

КНИГА ДОЛЖНА БЫТЬ
ВОЗВРАЩЕНА НЕ ПОЗЖЕ
УКАЗАННОГО ЗДЕСЬ СРОКА

Колич. предыд. выдач _____

Голосов - 7/9-66

Зак. 23-Д

48507.

(A)

Я. А. КАНТОРОВИЧ

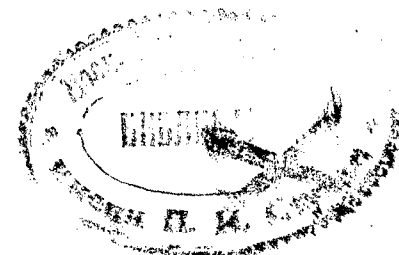
1986

*7 ГП 6
N 19*

ОСНОВНЫЕ ИДЕИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

*35.3497
48507*

С ПРЕДИСЛОВИЕМ ПРОФ. АЛ. МАЛИЦКОГО



ЮРИДИЧЕСКОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО НКЮ УССР

„ХАРКІВ-ДРУК“
ДЕРЖДРУКАРНЯ
Пушкінська вул., № 31

Україноліт № 2397-к
от 1-х—27 р.
Зам. № 64, т. 3000.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Имя Я. А. Канторовича очень хорошо известно юристам — читателям юридических журналов дореволюционного времени. Широко образованный цивилист, он целый ряд своих работ, разбросанных в юридических журналах эпохи 1906—1917 годов, посвятил выяснению проблем гражданского права, выдвигаемых развитием гражданского оборота. Не будучи марксистом, он вполне ясно улавливал тесную связь между развитием экономической жизни, экономических взаимоотношений внутри общества, и развитием правовых форм этих взаимоотношений. Его работы привлекали к себе неостывающий интерес громадной эрудицией автора и блестящим изложением рассматриваемых им проблем.

Идеология автора далека от нашей. Мы не можем согласиться с ним во многом, но подход автора к рассмотрению проблем гражданского права и освещение их полны глубокого интереса, как равно и обилие фактического материала из западно-европейской литературы по вопросам права.

Работа эта интересна по своему содержанию, блестяща по своему выполнению. Ее предмет — сравнение западно-европейского и советского гражданского права, освещение основных идей гражданского права в свете их критики и защиты со стороны различных школ и течений в области научной правовой мысли и выяснение того, как преломляются эти идеи в советском гражданском праве, вошли ли они в советский гражданский кодекс и в каком виде. Основная идея автора, повидимому, та, что советское гражданское право включило в себя квинт-эссенцию западно-европейских правовых теорий, давно уже провозгласивших социализацию права, регулирование собственности, замену личной свободы выполнением социальной функции, отказ от договорной свободы во имя интересов коллектива и т. д.

Поэтому у автора исходной точкой является эволюционизм в праве и советское право возникает у него, хотя и в результате революции, но по существу эволюционным путем. Это видно из утверждения автора, что советское гражданское право и буржуазное гражданское право „имеют общие корни в правовых идеях, началах, институтах и конструкциях, которые преемственно, начиная с римского права, выработывались правосознанием и, эволюционируя вместе с развитием и эволюцией социальной жизни, находят свой синтез в современном праве, в теоретической здоровой мысли и новейших законодательствах“. Далее автор утверждает, что „наше советское имущественное право с его коллективистическими тенденциями — плоть от плоти и кость от

кости индивидуалистического буржуазного имущественного права, в котором уже давно зреют коллективистические идеи, находящиеся ныне еще в фазисе проблем, но неуклонно приближающиеся к своему осуществлению в нормах законодательств.

При этом автор, очевидно, совсем не представляет себе классовой разницы между буржуазным и советским гражданским правом. Это видно из рассеянных во многих местах его работы ошибок и неверных предпосылок, как, например, — смешение коллектива с государством; определение современной советской системы как государственного капитализма; указание на принцип коллективной собственности на землю, действующий в советском праве; утверждение, что „внутренней движущей пружиной социалистического движения является неистребимо живущая в человечестве идея справедливости“ и т. д.

И тем не менее мы считаем целесообразным выпустить эту работу в свет, несколько не опасаясь, будто она может внести смутение в умы наших советских или советизированных юристов. Кто держится индивидуалистического воззрения на право, тому эта работа Я. А. Канторовича принесет ряд сомнений в правильности принципа индивидуализма, т. к. автор глубоким анализом тенденций развития современного гражданского права в связи с развитием техники и экономики со всею убедительностью доказывает, что индивидуализм в праве отстает перед началом коллективизма и находится на пути к полному своему исчезновению. Для юриста советизированного настоящая работа покажет, что советское гражданское право, как часть идеологии господствующего класса, разрешает те проблемы, которые уже выдвинуты были научною мыслью юристов Запада. Для юриста советского эта работа явится лишним доказательством того, что допущение гражданского оборота с его известною свободою экономических взаимоотношений; рынка и договоров в условиях общей планомерности народного хозяйства вызывает необходимость вмешательства государства в гражданский оборот, государственного регулирования свободы гражданских сделок и контролирования свободы волеизъявления сторон. Для юриста-марксиста исповедуемый автором этой работы эволюционизм в праве ни в какой степени не может быть опасен.

Эта работа предназначается для квалифицированного юриста, уже знакомого с различными школами и течениями в науке права, для которого весь столь тщательно собранный автором материал представит особенный интерес, как систематизированный в одно целое, и послужит одним из стимулов к углубленной проработке проблем советского гражданского права, как права обусловленного советской экономикой и обуславливающего таковую.

Харьков, 11 августа 1927 г.

Ал. Малицкий

ОТ АВТОРА

Большая часть статей, помещаемых в этой книге, были напечатаны в дореволюционное время (1906-1917 г.г.) в „Журнале Министерства Юстиции“, „Праве“, „Вестнике Права“, „Судебном Обзрении“ и также в недавнее время в журналах „Право и Жизнь“ и „Вестник Советской Юстиции“. В настоящей книге эти статьи перепечатываются в значительно дополненном и измененном виде, главным образом, в тех частях, которые касаются действующего советского законодательства, во многих отношениях отступающего от нашего прежнего дореволюционного гражданского законодательства.

Эти отступления вызываются особым характером имущественного оборота в СССР. Взаимоотношения этого оборота в значительной степени регулируются и направляются интересами главного участника его — государства, и, вследствие этого, юридическая структура его имеет ту отличительную от имущественного оборота в буржуазных странах особенность, что нормы, регулирующие его, заключают в себе сочетание частно-правовых начал с публично-правовыми, соединение в один юридический комплекс интересов экономических и государственных. Буржуазное гражданское право, созданное на основе частно-капиталистической, проникнуто индивидуалистической точкой зрения, отражающей на себе экономический уклад буржуазного общества. Советское гражданское право, отражая взаимоотношения имущественного оборота в условиях советской государственности, естественно, проникнуто публично-правовыми началами и базируется на коллективистическом принципе.

Несмотря, однако, на это глубокое принципиальное различие между буржуазным и советским гражданским правом, то и другое имеют общие корни — в правовых идеях, началах, институтах и конструкциях, которые преемственно, начиная с римского права, выработывались правосознанием и, диалектически развиваясь и эволюционируя вместе с развитием и эволюцией социальной жизни, находят свой синтез в современном праве — в теоретической правовой мысли и в новейших положительных законодательствах. Наше советское имущественное право с его коллективистическими тенденциями — плоть от плоти и кость от кости индивидуалистического буржуазного имущественного права, в котором уже давно зреют коллективистические идеи, находящиеся ныне еще в фазисе проблемы, но неуклонно приближающиеся к своему осуществлению в нормах законодательств.

Эта общность корней выразилась в том, что целые институты и отдельные нормы нашего Гражданского Кодекса почти ничем

не отличаются от институтов и норм буржуазных кодексов и даже прямо и дословно заимствованы из буржуазных законодательств, между прочим, из нашего дореволюционного проекта обязательного права Гражданского Уложения. Несомненно, что дальнейшее развитие у нас гражданского оборота потребует расширения и углубления институтов и норм, регулирующих этот оборот, между прочим, издания специальных институтов торгового права (проекты которых уже вырабатываются ныне в Комиссии Законодательных Предположений), и таким образом наше имущество право как в общих терминологических очертаниях своих, так и по содержанию своих нормативных постановлений, будет все более приближаться к обычным типам гражданских институтов, свойственных частно-правовому строю капиталистических стран.

Институты права управляют жизнью не в силу своей формальной обязательности, а в силу вложенных в них правовых идей, соответствующих данным условиям и потребностям социальной жизни и удовлетворяющих требованиям, предъявляемым человеческой личностью на данной ступени ее общественного развития. Один из самых крупных немецких цивилистов, Отто Гирке, выразил эту мысль в следующих словах: „Ценность, сила и прочность господства права зависит от того, в какой мере положительное право представляется чувству, воле и разуму, как объективное выражение идеи права“.

Поэтому наука гражданского права должна находиться в теснейшей связи и в живом соприкосновении и взаимодействии с общими течениями, идеями и проблемами, в кругу которых вращаются и развиваются науки экономические, политические и философские. Вопреки общепринятому мнению, гражданское право не исчерпывается догматикой, не занято только казуистикой. Подобно другим наукам, наука гражданского права не остается изолированной, а непрерывно воспринимает идеи извне и, оплодотворяясь ими и разрабатывая их со своей специальной точки зрения, в свою очередь дает результаты своих исканий и конструкций другим научным дисциплинам, которые включают их в круг своих достижений.

Ибо все науки имеют один общий источник — человеческий дух, вечно ищущий, творящий, стремящийся возводить частности действительности в общности идей и претворять идеи в действительность.

Эта связь и взаимозависимость между наукой права и другими науками, в особенности и в частности, с науками социальной жизни и экономики должна все более и более укрепляться и углубляться; в этом залог правильного развития гражданского права и плодотворного служения этой науки общественным интересам. В этом общественном служении заключается задача права, которая, как говорит немецкий цивилист Эндеманн, сводится к тому, чтобы „извлечь из экономических явлений, фактов и понятий главные основания для нормировки правооборота“. Жизнь

беспрерывно меняет русло своего течения, и право, которое есть выражение жизни, должно также, вместе с жизнью, изменяться и эволюционировать. В особенности эта связь гражданского правоуправления с жизнью должна проявляться у нас, в Советской России, в которой с таким широким размахом и таком огромном масштабе прокладываются пути к новой жизни и творится новый социально-общественный строй.

В этой грандиозной творческой работе праву принадлежит огромная роль, которая может быть им выполнена надлежащим образом только тогда, когда оно будет исходить из отчетливого понимания сущности и процесса развития социально-экономических явлений, которыми оно в своих конструкциях оперирует, и одухотворяться общими идеями и началами, которыми движется современная научная мысль в разных областях знания.

В настоящей книге собран воедино и систематически изложен материал, освещающий некоторые из основных идей и проблем гражданского права в их историческом ходе развития и в очертаниях, в которых они получили осуществление и разрешение в современном праве, в частности, в советском праве.

Мы думаем, что ознакомление с этим цивилистическим материалом может не только представлять чисто теоретический интерес, но также принести некоторую практическую пользу юристам-цивилистам, облегчив им возможность ориентироваться в тех общих правовых понятиях, которые должны служить исходными точками и критерием при разрешении многих встречающихся в судебной практике спорных вопросов и контравверз. Судье в его трудной судебской деятельности приходится нередко рассекать орудием юридического анализа сложные и запутанные узлы правоотношений и не только толковать и применять соответственные нормы закона, но и творить право для данного конкретного случая. Для того, чтобы надлежащим образом исполнить эти сложные судебские функции, требуется широкий юридический кругозор, необходимо при разрешении спорных вопросов права обозревать правовые явления и их перспективные линии, стоя на высотах цивилистической науки, с которых открывается связь этих явлений с общими социально-экономическими и общественно-философскими течениями и проблемами.

Задача настоящей книги заключается именно в том, чтобы осветить действующие гражданские институты с точки зрения заложенных в них правовых и общекультурных идей и тем облегчить цивилистам-практикам возможность расширить свой юридический кругозор, необходимый для того, чтобы понимать и творить право. Вместе с тем, думается, книга эта, по затрагиваемым в ней вопросам и по доступному изложению, может быть полезна и для неспециалистов, а для широких кругов интеллигентных читателей, для которых не может не представлять интереса область идей и вопросов, касающихся основных институтов гражданского права.

ЭВОЛЮЦИЯ ИДЕИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

1

Социалистическая литература обычно выводит социалистические идеи из экономических категорий (научный социализм) или из филантропических целей (утопический социализм) и совершенно не рассматривает их с точки зрения правовых начал. Между тем, конечные цели социализма, клонящиеся к созданию нового порядка хозяйственной жизни человечества, сводятся, при практическом осуществлении их, не к чему иному, как коренному изменению действующего имущественного права — вещного, наследственного, обязательственного. При этом оказывается, что действующий имущественный правовой порядок, который многим представляется затвердевшим, веками и на веки освященным, на самом деле подвергался в течение истории непрерывным изменениям и, можно сказать, находится в состоянии постоянного движения и эволюции.

Понятие „собственности“, как это доказывается историей этого института, — понятие не постоянное, а изменяющееся по своему содержанию, объему и форме соответственно изменчивым условиям экономической и общественной жизни. Собственность — не неизменный социальный факт, не психологическая форма или абсолютная догма, а историческая категория, которая, подобно многим другим общественным и правовым институтам, принимает ту или иную форму, приспособляющуюся к потребностям, которые вызываются и обуславливаются данным общественно-экономическим строем. Этот продукт общественного сожителства, подчиняющийся законам развития общества и непрерывно изменяющийся по своему содержанию и форме под влиянием экономических, психических и этических факторов.

Не вдаваясь в исторические изыскания происхождения собственности, достаточно отметить, что все эти изыскания сводятся к тому, что собственность появляется сначала как факт, а потом как правовая идея. По меткому афоризму Руссо собственность появилась, когда первый человек объявил: „это поле мое“ — и нашел таких дураков, которые ему поверили. Первоначально всякое владение есть только факт, результат чувственно-инстинктивных побуждений, без каких-либо правовых представлений о собственности. Впоследствии факту оккупации, как источнику происхождения собственности, было сообщено философско-правовое оправдание и найдено экономическое основание для установления права собственности.

Теоретически частная собственность объясняется различно. Одни видят главное основание ее в человеческом труде. „Хотя земля и все животные, говорит Локк, отданы всем людям обща, но человек обладает правом собственности на себя самого, на свою собственную личность. Труд его тела, дело его рук принадлежит ему. Если он вкладывает труд в продукт природы, если он дает этим продуктам нечто от своей природы, то он делает их предметом своей собственности¹“.

Другие видят оправдание частной собственности в потребностях личности (Фихте, Блюнчли); третьи объясняют ее волевым актом первоначального владельца (теория оккупации — Гуго Гроций); четвертые объясняют и оправдывают ее существование утилитарными соображениями, ее общественной полезностью и необходимостью (Гоббс, Монтескье). Все эти теории являются только объяснениями происхождения частной собственности и основанием ее существования, как общественного института, но не устанавливают незыблемости ее в отношении формы и содержания; последние в течение истории непрерывно изменялись, и, следовательно, не исключается возможность дальнейших изменений их в будущем.

Идея собственности в ее юридической форме есть сложный исторический процесс — психический и социальный. В первобытных человеческих обществах нет идеи собственности, обладание является только необходимым чувственным результатом борьбы за существование. Сила и право еще не дифференцировались, они составляют еще одно и то же понятие. Постепенно выявляется идея индивидуальной собственности, как общественной институт. В древнеримском праве принадлежность вещи кому-либо считалась нормальным состоянием, а отсутствие собственника считалось состоянием ненормальным. Отсюда возникает обряд оккупации, имеющей символическое значение превращения ненормального состояния в нормальное. Индивидуальная собственность исторически предшествует общей собственности,

¹ Многие писатели признают труд основой ценности продуктов, основой не только экономической и фактической, но и моральной. Еще Фома Аквинский указал на моральную сторону трудовой ценности в своем учении о справедливой цене (*justum pretium*), согласно которой цена обмениваемых продуктов может считаться справедливой только тогда, когда она соответствует затраченному на их производство труду. Это — этический идеал экономических отношений, соответствующий учению христианства („Коемуждо по трудам его“), который, однако, в действительной реальной жизни неосуществим. В действительности труд является не единственным моментом, регулирующим средние цены производимых товаров, а на последние влияющие еще другие факторы. Эта относительность трудовой ценности выставлена Рикардо и другими теоретиками классической политической экономии. Напротив, научный социализм в лице Маркса выставил теорию абсолютной трудовой ценности, по которой ценность есть овеществленный в товарах труд: „как ценность, все товары суть не что иное, как определенная масса застывшего рабочего времени“ (Маркс „К критике полит. эконом.“). Таким образом, по Марксу только труд определяет ценность товаров.

которая знаменует высшую степень первобытной культуры и которая получает свое выражение, главным образом, в общинном землевладении и также в некоторых ограничениях индивидуальной собственности на движимость¹.

Затем следует развитие современного, преимущественно индивидуалистического, порядка владения; в настоящее время все более и более выявляется тенденция к коллективизации собственности и к переходу к социалистическому порядку владения. Нет сомнения, что и этот порядок не явится неизменным, конечным завершением эволюции, а получит новые формы, новое содержание².

2

Условный характер права собственности с особою рельефностью обнаружился в воззрениях деятелей французской революции на отношение государства к частной собственности. По концепции воззрений, господствовавших во всей просветительной философии конца XVIII в., начиная с Фенелона, Руссо, Монтескье, Мабли, Рейналя и кончая деятелями революции — Мирабо, Робеспьером и др., — государству принадлежит неограниченная власть во всех

¹ Иной точки зрения придерживается М. Ковалевский, который отмечает, что этнография и история права дают нам показания, что индивидуальное присвоение неизвестно первобытному человеку, так как отдельная личность была настолько слаба, что совместное производство и общность имущества являлись технически необходимыми (М. Ковалевский, „Очерки происхождения и развития семьи и собственности“). Также Мэн указывает ошибку классической римской юриспруденции, считавшей древнейшим институтом индивидуальное право собственности, между тем как таковым являлось совместное владение, опиравшееся на родовой быт (Мэн, „Древнее право“). Напротив, Пельман („История античного коммунизма“) утверждает, что право частной собственности на землю — учреждение, восходящее к первобытной древности, и что в эпоху XII таблиц она была вполне развита и мобилизована. Повидимому, прав проф. Евтихийев, который полагает, что „частная собственность не только не являлась единственным способом владения на протяжении человеческой истории, но даже и не первоначальным. Если и нельзя сделать окончательного вывода о коллективном обладании землей, как первоначальном, то все же можно с уверенностью сказать, что на протяжении истории мы видим перекрещивающееся влияние индивидуального и коллективного начала, взаимное чередование индивидуальной и коллективной собственности, в зависимости от требований производственного характера и сложившейся социальной организации. Можно отметить не только факт чередования преобладающей формы, но приходится сказать, что вряд ли были эпохи, когда существовала только индивидуальная или коллективная собственность“ („Земельное право“, 1923).

² Маркс, применяя гегелевскую триаду диалектического закона развития, в связи с историческим материализмом, различает три экономических периода в отношении формы собственности. В первом периоде рабочий — частный собственник своих средств производства. В следующий период, путем накопления капитала на основе экспроприации труда непосредственного производителя, т. е. разрушения основанной на собственном труде частной собственности, происходит переход от личной частной собственности к капиталистической частной собственности. В третий период должен наступить переход от капиталистической собственности к общественной собственности, как отрицание отрицания.

областях политической и социальной жизни в силу теории общественного договора, по которому государству переданы гражданами все права. Поэтому оно обладает никем и ничем не ограниченными правами по отношению к личным и имущественным правам отдельных граждан, которые оно может ограничивать или полностью уничтожать, если того требует „благо народа“, которое есть „верховный закон“. Собственность, как социальный институт, является результатом общественного договора, „продуктом общественного творчества“ (выражение Мирабо) и она не более и не менее священна и неприкосновенна, чем всякий другой результат договора; она подчиняется верховной власти государства, по воле которого она может быть отменена или изменена, ибо собственность нации выше собственности отдельных лиц.

Но признавая условный характер частной собственности и верховное право государства на нее, Мирабо, Робеспьер и большинство деятелей революции не желали отмены этого института, потому что в ту эпоху расцвета индивидуалистических идей никто не сомневался в том, что личная собственность полезна, благотворна и необходима, а уничтожение ее есть вторжение в область прав личности и должно влечь за собою опасные последствия для общества (Поэтому Конвент 18 марта 1793 года вотирует смертную казнь для всякого, кто предложит „аграрный закон“, т. е. национализацию земли, а 30 марта то же наказание установлено за всякое подстрекательство к нарушению права собственности). Но государство может и обязано ограничить пользование собственностью в известных случаях и для известных целей — для обеспечения существования всех элементов общества. Таким образом, по общему мировоззрению деятелей революции, государство является верховным судьей полезности частной собственности и допустимых ее границ. Как известно, революционная власть предлагала много мер к установлению этих границ, — для уничтожения пагубных последствий неравенства и для торжества эгалитарных идей революции: прогрессивный подоходный налог, ограничение или даже отмену наследственного права, максимальный размер имущества, налог на предметы роскоши, общественную помощь нуждающимся, право на работу и открытие рабочих домов в национальных мастерских, наделение земель из государственного фонда, установление такс на предметы продовольствия и т. д.

Эта философская доктрина об условном характере частной собственности, как продукта общественного договора, не получила, как и многие другие концепции теоретиков французской революции, полного осуществления. Она была вытеснена другой теорией, исходящей от Локка и физиократов, которая выводила частную собственность из труда и свободы личности: человек в процессе труда, так сказать, ассимилирует часть материи; он тесно сливается с нею, и с этого момента она становится его собственностью, независимо от всяких прав государства и при

всякой форме политического строя. Эту теорию приняло Учредительное Собрание во Франции, которое признало в Декларации прав, что собственность вытекает из пользования человека своими способностями и составляет одно из священных и неотъемлемых прав личности. Эту же мысль развивал Сиейс в „Введении к Конституции“ и принимали также другие деятели революции, между прочим, вожди жирондистов — Кондорсье, Верньо. Этой теории не противоречила отмена феодальных повинностей, отнявшая у дворянства и духовенства их собственность: она была произведена не во имя какого-либо принципа социального характера, а исключительно во имя прав личности. Это было раскрепощение индивидуальной собственности от разных феодальных, общинных, цеховых и других ограничений, утверждение этой собственности, а не нарушение собственности и национализация ее. Согласно с этим учением, по Конституции 1793 г. собственность определяется, как „принадлежащее каждому гражданину право пользоваться и располагать, как ему угодно, своим имуществом, своими доходами, плодами своего труда и своего прилежания“¹.

Это определение в своей сущности вошло впоследствии в Гражд. Кодекс Наполеона (Code civil) и от него заимствовано гражданскими кодексами других стран. Оно также легло в основание учений ортодоксальной политической экономии.

Итак, еще в конце XVIII в. был превозглашен принцип, по которому государству принадлежит неограниченная власть по отношению к личным и имущественным правам отдельных граждан, которые могут быть ограничены или полностью уничтожены во имя „блага народа“, которое есть „верховный закон“. Наиболее последовательные и решительные из этих теоретиков идеей всемогущего народного суверенитета доходили даже до того, что считали государство управомоченным устанавливать нравственные начала и принципы добра и зла для обязательного руководства. Известно, что Робеспьер установил культ высшего существа (Разума)².

Отсюда прямой путь к учению о праве государства устанавливать общественные и экономические отношения на началах социалистических. Раз частная собственность является результатом общественного договора, продуктом соглашения, то она

¹ По проекту конституции, предложенному Робеспьером, этот пункт гласил иначе: Право собственности — это право каждого гражданина распоряжаться той частью имущества, которая ему предоставлена законом. Право собственности, как и всякое другое право, ограничено обязанностью соблюдать право других. Оно не должно угрожать ни безопасности, ни свободе, ни существованию, ни собственности других. Всякое владение, всякое приобретение, нарушающее этот основной принцип, безнравственно и недопустимо.

² 8 мая 1794 г. Конвент после речи Робеспьера о необходимости для демократии веры в бога, издал декрет, вменивший гражданам в строгую обязанность верить в бога и бессмертие души.

может быть осуждена и отвергнута, как всякая другая политическая или социальная условность, как, например, монархия или наследственное право.

Весь вопрос только в том, признается ли она злом или добром, необходимостью или вредом для счастья человечества. Деятели французской революции, несмотря на раздававшиеся уже в то время резкие нападки на социальное неравенство и несмотря на страстные стремления той эпохи к торжеству эгалитарных идей и установлению полного не только формального, но и экономического равенства (Союз равных Бабефа), — были так уверены в необходимости частной собственности, как неразрывного элемента личности, что не только не поднимали руку на частную собственность, а, напротив, подчеркивали абсолютный и священный характер ее, как основы всякого общежития.

Человечество должно было пройти длинный путь развития капиталистической собственности, чтобы постепенно выявились содержащиеся в недрах ее социальные противоречия, и чтобы вновь могла выступить старая проблема о частной собственности, которая столетием раньше стояла перед философской мыслью в виде бесспорного для него положения о необходимости индивидуальной собственности для свободы личности и счастья человечества.

Развитие социалистического движения, начиная с Бабефа и различных малоизвестных предшественников его, продолжая Оуэном, Фурье, Сен-Симоном и другими утопическими социалистами, а впоследствии — Марксом, Энгельсом и другими представителями научного социализма, выдвинуло эту проблему на первый план и поставило ее в центре современной социально-политической мысли.

3

Если по догматическому определению права собственности оно означает полное неограниченное господство над вещью, то это право в течение истории потердело огромные ограничения и трансформацию. — начиная от института рабства, распространившего господство собственника даже на человека-раба и получившего признание не только в праве, но и в философии (Платон, Аристотель), и кончая современным правом, допускающим во многих случаях, где частная собственность сталкивается с общественными нуждами, многочисленные ограничения вплоть до принудительного отчуждения государством частной собственности в интересах государственных и общественных.

Право собственности, которое, по выражению Лавеле, „составляет привиллегию без обязанностей и не имеет другой цели, кроме обеспечения благосостояния индивидуума“, и которое, в своей первоначальной юридической форме института квинтиской собственности в Риме и последующей своей форме свободной от феодальных стеснений капиталистической собственности в начале XIX ст., давало собственнику не только право пользования объектом, но и свободу злоупотребления правом, включительно

до права уничтожения самой вещи, — это абсолютное право в современных условиях стало уже невозможным и является уже исторически изжитой формой собственности.

За время, истекшее после того, как французская революция провозгласила в декларации прав и в конструкциях принцип священной собственности, эта священная собственность, которая во всех конструкциях окружается пиезетом и благоговением и о ненарушимости которой говорится, как замечает Менгер, в таких же выражениях, как о неприкосновенности монарха, — постепенно подвергается таким ограничениям как в фактическом объеме, так и в правовых определениях ее, что традиционные очертания ее, как полное господство над вещами, совершенно утратились. Уже Кодекс Наполеона, воспринявший идею неограниченной собственности¹, допустил целый ряд существенных ограничений ее. Так, в области наследственного права, в котором наиболее должна была бы проявиться неограниченная воля индивидуума к господству над имуществом, эта воля собственника, в интересах семейных и морально-общественных, ограничена установлением обязательных наследственных долей, и таким образом, посмертная индивидуальная собственность подверглась коллективизации в пределах семьи наследодателя (семейная собственность). Тот же Кодекс впервые установил институт экспроприации (принудительного отчуждения) для государственных и общественных нужд, представляющей собой прообраз социалистического огосударствления частной собственности.

Этот Кодекс, завоевавший мир, благодаря абсолютизму сохраняющихся в нем частно-владельческих принципов, постепенно и беспрерывно подвергается изменениям, которые производились путем прибавления или отмены отдельных статей или изданием новых законов, которые изменяли самое существо принципов. так, по ст. 552 Кодекса, „собственность на землю включает в себе собственность на воздушное пространство, находящееся над данным участком и на недра его“. Эта безграничная частно-владельческая собственность уже давно разрушена. Именно прогресс культуры и техники заставил ограничить абсолютное право собственника земли установлением права прокладки телеграфной и телефонной линии и проводов электрической энергии через чужой земельный участок (Законы 1885 и 1906 г.). В этом процессе эволюционного изменения принципов Наполеоновского Кодекса к открытой работе законодательства следует, как указывает Леруа, присоединить окольную и подпольную работу жизненных потребностей и судебной практики.

¹ „Кодекс Наполеона, говорит Максим Леруа („Старое и новое право“), занимается собственностью в многочисленных статьях (в ст. 516-1110 и 1582-1778). Он обеспечивает уважение к собственности на тысячу лавов; определение, даваемое Кодексом, превозглашает ее абсолютным правом по образцу римской теории: „собственность есть право пользоваться и распоряжаться вещами с полнейшей свободой“ („de la manière la plus absolue“).

Государство уже давно сделалось участником во владении собственностью. Это участие осуществляется, с одной стороны, посредством финансового законодательства, отдающего государству значительную долю доходов, которые получают собственником с важнейших объектов частного владения, с другой стороны, государство присваивает себе распоряжение частной собственностью — путем разнообразных административно-полицейских мероприятий, которыми власть собственника над своим имуществом непрерывно ограничивается. Как замечает Менгер, „благодаря развитию публичного права, культурное государство давно уже превратилось из бескорыстного друга и покровителя собственника в его неприятного компаньона, который требует себе высокомерным тоном участия во владении и пользовании частной собственностью“. Трудно перечислить все те многочисленные отрасли и виды полицейской деятельности государства, которые в современных культурных странах обуславливают широкое вмешательство властей в распоряжение собственника своим имуществом; достаточно упомянуть об установленных во всех законодательствах институтах горного права, ограничивающего право собственности на недра земли, водного права, регулирующего общественное пользование водами на территории собственника, о различных правилах строительных, санитарных, противопожарных, полевых, лесных, дорожных и многих других регламентирующих правилах и предписаниях, которые на каждом шагу связывают волю собственника в распоряжении своим имуществом, подчиняя его частно-правовые интересы интересам публично-правовым. В особенности много ограничений частной собственности применяется в области муниципальной деятельности. Эти ограничения, которые проводятся как в законодательном, так и в административном порядке, касаются различных сторон городского строительства — в целях застройки, планировки, благоустройства, санитарных, антипожарных и т. д., и регламентируют распоряжение собственностью вплоть до изъятия ее из рук собственника путем принудительного отчуждения.

Новейшие гражданские кодексы содержат в себе многочисленные ограничения права собственности в разных областях, в виде сервитутов и других институтов соседского права, ограничительных сроков владения, обязательных правил, такс, повинностей и других принудительных мер, суживающих сферу пользования и распоряжения имуществом — не только в интересах общественных и государственных, но и в целях защиты экономически слабых лиц. Начиная со второй половины XIX столетия, во всех странах получило развитие рабочее законодательство, которое по самому существу содержащихся в нем мер представляет коренное ограничение права собственности, ибо во многих отношениях (вмешиваясь в свободу договора между предпринимателями и рабочими, фиксируя минимум заработной платы, продолжительность рабочего дня, регламентируя условия труда и т. д.)

совершенно лишает собственника свободы распоряжения своим имуществом и, до некоторой степени, сообщает собственности, вместо традиционного индивидуалистического частного правового характера, коллективистический публично-правовой характер. Это в особенности обнаруживается в области коллективного (тарифного) договора, получившего в последние десятилетия столь широкое распространение и многими своими сторонами выходящего далеко за пределы действующего частного права, и еще более в области рабочего контроля над предприятиями в виде, например, германских советов предприятий (Betriebsräte) или английских союзов предпринимателей и рабочих. Идея о борьбе классов убила дух индивидуализма, на котором зиждется частная собственность, ибо вместо личности выступают социальные группы, вместо личной воли проявляется воля коллективов. Благодаря этому, собственность, которая в условиях капиталистического строя характеризует личность, составляет ее дополнение и продолжение, утратила свою социальную основу индивидуализма. Собственник-предприниматель уже не является автономным бесконтрольным хозяином своего предприятия и нанятого им труда. Государство разрешает ему пользоваться предприятием и трудом обслуживающих его рабочих только на известных условиях; управление фабрикой он делит с рабочими в лице их коллективов или с обществом в виде государственного контроля; ему могут быть предписаны, во имя общественных интересов, правила внутреннего распорядка в предприятии, те или другие обязательные условия найма труда и расчета с рабочими, может быть ограничена свобода пользования прибылью, с обязательной организацией за ее счет касс для рабочих и т. д.

С ростом административной власти государства, все экономические категории, в том числе и собственность, подвергаются все более и более сильному натиску с ее стороны. Различнейшие мероприятия во всех областях промышленной и хозяйственной жизни сжали собственность до такой степени, что от „свободы“ ее, которая в начале 19 века мыслилась, как основа ее, остались только незначительные следы.

1. Charmont („Les transformations du droit civil, 1912) отмечает происшедшую эволюцию идеи собственности, которая выразилась в ограничениях права собственности двойного характера: одни из этих ограничений непосредственно связаны с самой идеей частной собственности и являются следствием множества индивидуальных собственности, их сосуществования; другие подчиняют частную собственность публичному интересу. В первом случае государство, которое устанавливает ограничения, чтобы облегчить отношения соседства, играет роль арбитра; во втором случае, когда дело идет об оценке важности публичного интереса, государство является судьей и стороною в деле. Ограничения, установленные для этой цели, чрезвычайно многочисленны и имеют тенденцию без конца увеличиваться.

2. Основ. идеи гражд. права



Все это указывает, что общий ход истории идет в направлении постепенного ограничения права собственности, постепенного сужения сферы автономного и свободного распоряжения имуществом, постепенно усиливающегося проникновения в индивидуалистические частно-правовые отношения начал публично-правовых и тенденций коллективистических. Чем сложнее, с течением времени, делаются условия общежития, чем дальше и глубже развивается правосознание в сторону улучшения общественного строя, тем настоятельнее обнаруживается потребность во взаимном ограничении и в общественном регулировании. И на первом плане тут стоит право собственности, в котором наиболее резко обнаруживается противоречие между эгоистическими частными интересами и публичными, общественными интересами и которое прежде всего требует социализации, т. е. регулирования его на основе главенства общественного интереса и общего блага. В этом направлении цивилистическая мысль делает все новые и новые шаги.

Еще Менгер в своей известной книге „Гражданское право и неимущие классы населения“, 1890 г., содержащей в себе критику проекта Германского Гражданского Уложения, указывал на несоответствие существующее между формальным определением права частной собственности, принятым во всех гражданских кодексах, и фактическим положением современного собственника, у которого остались только слабые следы свободного, по своему усмотрению, распоряжения своим имуществом. Он поэтому предлагал установить в Гражданском Уложении такое определение права, указывало бы, что собственник пользуется произвольной властью над своим имуществом только в тесных и с каждым днем все более суживающихся рамках закона. По его мнению, такое определение собственности соответствует уже нынешнему состоянию правосознания, а в будущем станет еще более верным. „Бреши, проломанные в понятии о частной собственности, и постепенное сужение содержания его составляет результат непрерывной законодательной работы, продолжающейся меньше 200 лет; можно предсказать с уверенностью, что поток будущего развития права будет двигаться в том же направлении с увеличенной скоростью. Окончательный результат этого исторического процесса, без сомнения, будет состоять в том, что частная собственность и вообще все частное право затонет окончательно в волнах общественного права, подобно острову Гельголанду, от которого ежегодно отламывается по куску и который в конце концов исчезнет без следа в волнах океана“.

4

Самая форма собственности изменилась до неузнаваемости. Первоначально, как указывает Гирке¹, „собственность была правом, не отделенным от вещей, — это была захваченная или

¹ „Deutsches Genossenschaftsrecht“.

обрабатываемая человеком земля, имущество, имеющийся предмет. Каждое юридическое действие было связано с неизменными формами, с определенными торжественными формулами, с символами, основанными на идее, что вещи или личность при том присутствуют сами физически или чувственно“. Современная собственность сделалась безличной и безвещной. Огромные имущества находятся в распоряжении акционерных обществ, синдикатов и других экономических союзов, представляющих юридические лица, т. е. фикцию личности и осуществляющих свое господство над вещами вне конкретного фактического держания их. Собственность какого-нибудь американского железнодорожного короля, распоряжающегося с неограниченной властью огромными транспортными средствами целых государств и владеющего колоссальными имуществами, символически, по выражению Людвига Штейна, сводится к обладанию небольшим ключом от кассы.

Коллективизация частной собственности все более и более проявляется в росте широко распространяющихся в современной экономической жизни разнообразных форм хозяйственных соединений — акционерных компаний, товариществ, кооперативов, торгово-промышленных коллективов, трестов, картелей и т. п., также все более и более расширяющейся муниципальной собственности и монополизированной государственной собственности. Осуществление этими хозяйственными объединениями права собственности совершенно потеряло свой вещный характер в смысле традиционного отношения субъекта к объекту собственности, а приобрело, как правильно замечает Жорес¹, исключительно характер правового документа: она становится настолько чуждой акционеру, что последний узнает о ней новости только из газет.

Вообще у современного капитализма право собственности в его чистом виде уничтожилось; капитал обезличился, сделался анонимным, принял форму обобществления, так как капиталист в значительной степени лишен возможности непосредственно распоряжаться своим капиталом. „Отдельное лицо, говорит Гельфердинг, имеет право только на выручку; собственность, которая некогда знаменовала фактическое неограниченное распоряжение средствами производства, а, следовательно, такое же руководство производством, теперь превратилась в простой титул доходности, ибо у отдельного лица отнято право распоряжения производством“.

Процесс обобществления частной собственности по мере и в зависимости от развития капиталистического строя, идет все шире и глубже, так как капитал все более и более монополизирован в руках отдельных крупных торгово-промышленных, финансовых и банковских коллективов и организаций, диктующих свою волю, подчиняющих себе не только отдельных капиталистов, но и целые государства. Таким образом, в хозяйственной жизни капиталистических стран область частной собственности в ее

¹ „Etudes Socialistes“.

чистой индивидуалистической форме все более суживается и самым естественным ходом вещей обрекается на постепенное отмирание. Само буржуазное право постепенно подготавливает разрушение частной собственности. Можно сказать, что социализм осуществляется в буржуазных странах каждый день на наших глазах — с одной стороны, постоянной трансформацией частной собственности в направлении коллективизации ее, с другой стороны, непрерывными изменениями в области правосознания и социальной психики.

В особенности, эта трансформация и эти изменения проявились во время мировой войны, когда, в интересах общественного блага, государство во всех странах, в особенности в Германии, взяло на себя регулирование всех производственных отношений и организовало производство и потребление на началах вполне социалистического характера. Правда, это был так называемый „военный социализм“, который с окончанием войны перестал, как таковой, применяться. Но, несомненно, многое из государственных мероприятий этого военного социализма получает признание целесообразной системы и сохраняет свое значение и для мирного времени. К этому сознанию приводит то состояние экономической разрухи, в которой очутились и еще долгое время будут пребывать все страны Европы, и с которым неразрывно связан дальнейший ход социалистического движения в культурных странах. Дальнейшая эволюция или грядущая революция в Европе будет проходить именно под знаком этих коллективистических идей.

Весьма метко и образно выразил мысль о такой эволюции австрийский публицист Karl Renner в книжке своей „Marxismus, Krieg und Internationale“¹. Характеризуя прежние буржуазные революции, говорит, что они имели своей задачей — развязывать, освободить людей и вещные элементы производства от всех традиционных, феодальных, сословных и других оков и предоставить их себе самим. От имени этих революций государство говорило человеку: „Отныне ты являешься личностью и экономически пользуешься свободой делать что и как тебе угодно; твое высшее основное право заключается в том, что в этой области ты от меня несколько не зависишь“. Точно так же оно обращалось к вещам: „Отныне вы ничто иное, как товар, чем бы вы ни являлись — земельными участками, плодами, животными, продуктами труда или чем угодно иным, — я не знаю никакого различия между вами, и основной ваш закон — находиться в обращении без моего содействия. Личности и товары! Двигайтесь на основе свободных договоров; у меня нет иной задачи кроме задачи — обеспечить имеющимися у меня принудительными средствами исполнение и осуществление ваших договоров“. Грядущая революция, по мнению Реннера, будет иметь задачу прямо противоположную: не освобождать, а связывать живые вещные элементы производства —

¹ Книжка вышла в 1917 г. до нашей Октябрьской революции.

заставлять их двигаться не на основе свободных договоров, а сообразно с интересами общественными и в порядке принудительной государственной регламентации.

В этом направлении идет современное прогрессивное законодательство, которое все более и более проникается тенденцией к регламентации индивидуального договора, в особенности договора труда, в смысле сужения сферы свободного соглашения, и, вообще, к применению публично-правовых начал в области частно-правовых отношений, в виде государственного контроля над производством и распределением или в виде законом установленного участия рабочих коллективов в производственной и хозяйственном процессе предприятий. Эта тенденция проходит красной нитью через все законодательство, последовавшее в Германии в после-революционный период (начиная с ноября 1918 г.). Она сказывается также в новых течениях социалистической мысли (английский „гильдейский социализм“) и в новых учениях о государстве в духе преобразования его на основе хозяйственных советов.

5

Эта новейшая тенденция к коллективизации гражданского оборота не могла не отразиться на науке гражданского права, в которой намечаются новые цивилистические доктрины, резко отличающиеся от старых традиций, идущих еще от римского права. Традиционное гражданское право, как известно, по самому существу своему, насквозь проникнуто духом индивидуализма, так как оно предполагает автономию субъектов прав, которым предоставляются так называемые „субъективные права“, т. е. предоставляется право действовать, распоряжаться и устраиваться вполне автономно, исключительно по своей воле. Эта гражданская автономия личности, как субъекта прав, встречается в новейших доктринах гражданского права сильную критику. Высказывается мысль, что идея субъекта прав несостоятельна. „То, что придает известному имущественному комплексу юридическое единство и что индивидуализирует один комплекс от другого — говорит немецкий профессор Gustav Schwarz — заключается отнюдь не в субъекте, которому то или иное имущество принадлежит, а в той юридической цели, которой это имущество служит. Имущество, вообще, служит не кому-нибудь, а чему-нибудь, т. е. тем или иным признанным и одобряемым правопорядком целям. Даже если имущество принадлежит кому-нибудь, напр., лицу А, то и в этом случае такая принадлежность значит только одно — именно то, что данное имущество предоставлено правопорядком для служения целям лица А. Но и эти личные цели А признаются заслуживающими правовой охраны не потому, что они цели А, как личности, как самостоятельного субъекта прав, а потому, что они считаются необходимыми разумными целями всего общества. Если человек начинает тратить предоставленное ему имущество на цели неразумные, т. е. всему правопорядку

не нужные, то государство ставит на его место другого „управителя“ (Verwalter), который и возвращает имущество к его объективно-разумному назначению (так бывает, напр., в случае расточительства). Человек, таким образом, по существу, есть не субъект прав, а лишь объект правительственной заботы („Objekt der rechtlichen Fürsorge“); он не автономный автор целеполагания, а лишь управитель имущества, предназначенного служить уже извне положенным целям. Вследствие этого, говорит Шварц, современная юриспруденция поступила бы правильно, если бы вовсе выбросила из системы своих понятий понятие субъекта прав и заменила бы его понятием „правовой цели“ (Rechtsw Zweck)¹.

В том же направлении высказывается французский профессор Léon Duguit. По его мнению, ни общество, ни индивид не имеют прав. Но всякий индивид имеет в обществе известную функцию, которую он должен выполнять. В этом заключается основная сущность нового порядка — „реалистического и социалистического“, который должен глубоко изменить все наши понятия, представления и утверждения. Возьмем, например, понятие свободы. Ее в нынешней индивидуалистической системе определяют, как право делать все, что не вредит другим, т. е. прежде всего á fortiori право ничего не делать. Новое понятие свободы иное. Всякий человек должен выполнять некоторую социальную функцию, вследствие чего на нем лежит обязанность — прежде всего, насколько возможно, развивать свои физические и духовные силы, необходимые для наилучшего выполнения этой функции. Он не вправе оставаться пассивным и ничего не делать. В случае его бездеятельности, власть может вмешаться, чтобы возложить на него работу (pour lui imposer le travail); тем более она может регламентировать его труд. Точно так же она может регламентировать собственность, конечно, есть и должна оставаться; она составляет неперенное условие процветания и величия обществ, и все коллективистические доктрины представляют собой возврат к варварству. Но собственность не есть право, она также только социальная функция. Собственник, т. е. держатель известного имущества, уже вследствие факта своего обладания подлежит выполнению известных, связанных с этим обладанием, обязанностей. Поскольку он выполняет эти обязанности, всякий его акт заслуживает охраны; но если он их не выполняет или выполняет дурно, если, напр., он не культивирует своей земли или оставляет свой дом на разрушение, власть вправе вмешаться и принудить его к выполнению социальной функции собственника, которая состоит в употреблении богатств сообразно их назначению. На собственнике лежит обязанность употреблять вещь для удовлетворения не только своих, но и общих потребностей, потребностей нации или других более мелких

¹ Gustav Schwarz, „Rechtssubjekt und Rechtsw Zweck“, b. Archiv für bürgerliches Recht Bd. 32, 1908. См. Покровский „Основные проблемы гражд. права“, 1917.

союзов, и лишь из этой его обязанности вытекает его власть над вещью. „В настоящее время, заключает Дюги, мы пришли к ясному сознанию, что индивид не цель, а средство, что он не что иное, как только колесо в той огромной машине, которою является социальное тело; каждый из нас имеет raison d'être лишь постольку, поскольку он выполняет ту или другую социальную миссию¹.

Дюги далее высказывается против ортодоксальных юристов, большинство которых, пропитавшись римским правом и будучи склонно видеть в Дигестах и в Кодексе Наполеона последнее слово человеческой мудрости, считает главным основанием всякого цивилизованного общества — право индивида, субъективное право, т. е. власть индивида противопоставить свою личность, как таковую, обществу и другим индивидам. Это право индивида кажется им даже как бы кристаллизованным в неизменную форму, которую придали ему римские юристы и которую принял Кодекс Наполеона, — именно, форму индивидуальной собственности, являющейся как бы синтезом всех индивидуальных прав.

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 коллективистических доктрин; но это обозначает две вещи: 1) что индивидуальная собственность перестает быть правом индивида и становится социальной функцией и 2) что случаи предназначения блага для коллективов, которые должны быть юридически защищены, становятся все более и более многочисленными. „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 или коллективных целей, и, следовательно, потребность социально защищать и гарантировать это предназначение. Для этого требуются две вещи: нужно, во-первых, вообще говоря, чтобы всякий акт, совершенный согласно одной из этих целей,

¹ Léon Duguit, „Les transformations generales du droit privé“, 1912. — Русский перевод под редакцией проф. Гойхбарга, 1921.

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 понятии основывается социальный институт, имеющий своим предметом защиту предназначения вещи для индивидуальной или коллективной цели, санкцию актов, согласных с этой целью, и подавление актов, противных ей¹.

По мнению Дюги, понятие субъективного права не должно иметь места в позитивной организации современных обществ. Это понятие субъективного права, которое многие принимают за абсолютную истину, было лишь моментом вечно изменчивой истории учреждений и идей, правда, моментом важным, но не более. Явившись в свое время, оно играло в мире важную роль и имело за собой громадные заслуги. Но ныне господство его кончилось. „Ныне вырабатывается новое общество, из которого будут одновременно исключены и понятие принадлежащего коллективу права приказывать индивиду и понятие принадлежащего индивиду права противопоставить свою личность коллективу и другим индивидам“¹.

Замечательно, что еще отец позитивной философии Огюст Конт разделял это представление о частной собственности. „Во всяком нормальном состоянии человечества, — говорит он, — каждый любой гражданин представляет собою настоящего государственного чиновника, более или менее определенный атрибут которого одновременно устанавливает и обязанности и права. Этот всеобщий принцип, разумеется, должен простираться вплоть до собственности, в которой позитивисты видят, главным образом, необходимую общественную функцию, назначение коей — создавать и управлять капиталами, благодаря которым каждое поколение prepares результаты труда для последующего поколения. Благоразумно понятая, эта нормальная оценка обязанностей гражданина облагораживает владение собственностью, не ограничивая ее справедливой свободой и даже вызывая еще большее уважение к ней“².

Также еще Сен-Симон указывал на общественный характер собственности и на условность ее форм. По его мнению, „закон, учреждающий власти и форму правительства, не настолько важен и не оказывает такого влияния на счастье нации, как закон, устанавливающий право собственности и регулирующий его

¹ Там же. См. также его же: *Le droit social, droit individuel et la transformation de l'état*. 1908. Однородные мысли еще до Дюги высказывает Фуиллье (*La propriété sociale*, 1884 г.), по мнению которого собственность нельзя рассматривать исключительно как продукт индивидуального труда. Собственность по своей природе должна быть социальной, ибо в ней заключена работа целых поколений. В силу этого исключительно индивидуалистический подход к собственности неприменим.

² „Systeme de politique positive“, 1850.

осуществление“ Но при этом должно быть принято во внимание, что право индивидуальной собственности основано на „общей пользе, вытекающей из осуществления этого права, — пользе, которая может меняться в зависимости от времени. Поэтому изменения в режиме собственности, соответствующие общему прогрессу идей и нравов, вполне понятны, так как, если безусловно необходимо для порядка и, следовательно, для самого существования общества, чтобы закон санкционировал известное право собственности, то нет никакой необходимости, чтобы всегда была одна и та же форма этого права“¹.

В настоящее время, под влиянием многих факторов, уже давно подготовлявшихся и окончательно выявившихся после мировой катастрофы, творится новая хозяйственная жизнь, в которой возникают новые формы собственности, создающие новое понимание права собственности. Один из наиболее чутких современных цивилистов, проф. Йенского Университета J. Hedemann в недавно вышедшей брошюре „Gründzüge des Wirtschaftsrechts“, 1922², следующим образом объясняет смысл метаморфозы, которой подвергается теперь частная собственность.

Мы можем, говорит он, рассматривать собственность в состоянии покоя или в состоянии движения. Оба эти состояния не совсем исключают друг друга, но основной тон зависит только от одного из них. Кто придерживается первого способа рассмотрения, как это сделал прошлый век и вместе с ним Герм. Гражд. Улож., тот защищает в первую очередь обладание, помещает центр тяжести в самое распределение жизненных благ и не заботится о том применении, которые эти блага испытывают в руке обладателя, защищаемого законом. Это по необходимости должно повести к тому, что обладатель может свои блага, по своему усмотрению, уничтожать, может их использовать самым хищническим образом, и что он, осуществляя свое право собственника, совсем или почти совсем не подчинен контролю со стороны закона. Тут пред нами выступает т. н. абсолютная собственность, научно и со всей полнотой разработанная романистами XIX в. и философски связанная с идеями и явлениями индивидуализма. На этой точке зрения стояли еще составители Герм. Гражд. Улож. и ею целиком были проникнуты прения в Рейхстаге при обсуждении проекта Улож. Планк, великий ученый и позднее первый комментатор Гр. Ул., доказывал, что дополнение о том, что собственник может поступать „по своему усмотрению“ (в первом проекте стояло даже — „по своему произволу“) является составною частью понятия собственности. Также Рудольф Зом, как представитель правительства, в своей речи в Рейхстаге высказался так: „Свобода собственности необходима для нас всех; ради этой свободы

¹ „Doctrines de S. - Simon“.

² Имеется русский перевод „Основные черты хозяйственного права“, Изд. НКЮ УССР, 1924 г.

мы живем; вся наша общественная и нравственная свобода, которой мы обладаем, как отдельные личности, т. е. наиболее драгоценное правовое благо, которое мы все имеем, дается нам только частной собственностью, свободной частной собственностью. В частном праве заключается великая хартия нашей общественной свободы". В этих словах Зома, как в зеркале, отражается весь ход XIX века.

Напротив, кто выдвигает на первый план второй способ рассмотрения, который является характерным для современного развития (отнюдь не исключительно революционного), именно, кто рассматривает собственность в ее движении, в ее применении, ее меняющемся использовании и соответственно подходит к правовому регулированию ее, тот будет склонен к ограничению чрезмерной возможности использования. Для него главное значение уже имеет не состояние обладания, не совершившееся уже распределение благ, не ненарушимое покойное владение, а справедливое установление границ возможности использования, контроль, постоянный контроль над применением. И это должно его привести к совершенно другому основному положению относительно проблемы распределения. Основным положением является уже не обладание, но участие в текущем процессе, в управлении, в доходности, в прибыли. Отсюда — разнообразные публично-правовые воздействия на собственность, которая формально еще осталась в руках отдельного предпринимателя, но по существу не может быть объектом свободного хозяйственного распоряжения. В этом заключается, по мнению Гедемана, смысл тех сильных ограничений, которым подвержена теперь собственность и которые доводят ее почти до полного бессилия.

Старое понятие собственности было приспособлено к обладанию, к владению (почти в буквальном смысле), к собственности в состоянии покоя. В настоящее время высокое хозяйственное напряжение привело собственность как бы в движение. Возможность использования выступила на первый план, собственность представляет собою сумму меняющихся прав, конгломерат функций, живую, находящуюся в движении, силу.

Благодаря этому, значительно ослабело доминирующее положение собственника, ибо коль скоро спокойное обладание отошло на задний план, а решающее значение осталось за осуществлением хозяйственных функций, содержащихся в собственности, то, с точки зрения юридической, совершенно безразлично, кто осуществляет право собственности. А отсюда небольшой мысленный шаг к тому, чтобы допустить участие нескольких в одной и той же собственности, с возможностью расчленения ее функций, к тому, чтобы право собственности одного подчинялось высшему праву собственности другой силы, напр., государства или какой-либо другой самоуправляющейся организации. В этом кроется ядро движения социализации. Возможность использования

может быть совершенно иначе подвергается внешнему контролю, чем простое обладание. Вследствие этого исчезает и "абсолютность" понятия собственности.

Эта перемена отразилась на разнородных областях права, между прочим, на акционерном праве. Прежде существовала акция, действовавшая в виде абсолютной величины, и на первом плане стояло спокойное "обладание" ею. Теперь "обладание" (включая и дивиденд) отступило на задний план. Решающее значение приобрело распределение власти, связанной с акцией, соучастие, влияние на "текущий хозяйственный процесс". "Пакеты" акций являются орудиями борьбы за влияние на хозяйственную жизнь.

Таким образом, центр тяжести понятия собственности лежит теперь не в обладании, а в использовании. Это — основной тон всего права настоящего момента. Эту перемену Эндеманн приписывает, как главной причине, особому направлению и темпу хозяйственности новейшего времени, которая характеризуется огромной напряженностью, подвижной и быстрой сменой явлений напряженным устремлением к переустройству форм жизни. Это хозяйственное напряжение вызвало подчинение личности коллективу, привело к праву союзов с их доминирующей над правом личности ролью, создало так называемое "хозяйственное право", несущее в себе новое понимание права в связи с возникшими новыми формами экономики.

6

Эволюция взглядов на собственность наиболее характерно выявилась на проблеме земельной собственности и вызванном ею ряде проектов аграрных реформ.

Еще Прудон в своей известной книге "Что такое собственность" поставил вопрос: "в силу как го права человек присвоил себе это богатство, которое он не создал и которое природа дает ему бесплатно? Кто имеет право заставить платить за пользование землей, этим богатством, которое не есть дело рук человеческих?" По мнению Прудона, земля, подобно воде, воздуху и свету, "есть вещь, необходимая для нашего существования, следовательно, общее достояние, вещь, неспособная быть частной собственностью; земля еще более ограничена в своих размерах, чем другие элементы, пользование которыми должно быть регулировано не к выгоде немногих, а в интересах и обеспеченности всех".

Ту же мысль, но не с точки зрения социалистической, а, напротив, с точки зрения индивидуалистической, именно, принципа свободы личности, высказал Спенсер ("Социальная статистика", 1868), по мнению которого единственный законный собственник земли есть общество.

На основании этого общего положения Спенсер представляет себе будущую аграрную реформу в следующем виде, близко

подходящем к советскому институту трудового землепользования: „Перемена, которая требуется — говорит Спенсер — это только перемена собственников. Отдельная собственность сольется в товарищескую собственность всего общества; вместо того, чтобы быть во владении отдельных лиц, страна будет в великой кооперации общества. Вместо того, чтобы получать свою землю от отдельных собственников, фермер будет получать ее от нации... Аренда будет составлять единственный способ владения землей... Все люди будут в равной степени земледельцами, все люди будут иметь одинаковую свободу взять на себя аренду... Для поддержания этого права (закона о равной свободе) неизбежно воспретить всякую земельную собственность“... В этом построении своем Спенсер исходит не из социалистического принципа обобществления орудий и средств производства, а из принципа равной свободы каждого индивидуума (equal freedom). „Если каждый имеет свободу делать все, что он хочет, не нарушая равной свободы других, то каждый имеет свободу пользоваться землей для удовлетворения своих потребностей, если только он предоставляет всем другим пользоваться такою же свободой... Наш основной принцип требует только, чтобы все имели равную свободу при добывании предметов, которые служат для удовлетворения наших потребностей, чтобы каждый имел равные шансы для своей деятельности“.

Весьма большой популярностью в последнюю четверть прошлого столетия пользовалась аграрная теория американского экономиста Генри Джорджа, изложенная в его главном труде „Прогресс и бедность“ (1869 г.). Пытаясь раскрыть причину все более возрастающей бедности наряду с увеличивающимся накоплением богатств и с развитием всех производственных сил, Джордж, в противоположность учениям классической школы, видит источник зла не в чрезмерном возрастании прибавочной стоимости вообще, а в возрастании одного из ее видов — земельной ренты. Существование прибыли в отраслях промышленности, занимающихся только переработкой или обработкой материала, обуславливается естественным процессом распределения прироста между всеми отраслями промышленности; поэтому, по мнению Джорджа, тут существование прибыли не только не может оказывать вреда обществу, но является необходимым условием самого бытия промышленности. Не то по отношению к земельной ренте, которая, как это было доказано Рикардо, в процессе экономического развития стремится возрастать и в конечном результате поглощает наибольшую долю рабочей платы и прибылей. По этому все социальные реформы должны быть единственно направлены на уничтожение ренты: государство должно присвоить себе основной источник ее происхождения — землю, при помощи установления всеобщего земельного налога, поглощающего без остатка всю ренту.

Взгляды Генри Джорджа приобрели многих последователей и вызвали в Германии и в других странах движение в пользу

земельной реформы (Bodenreform). У нас в России взгляды Джорджа получили в 80-90 годах довольно широкую известность, благодаря, главным образом, Льву Толстому, который пропагандировал автора сочинения „Прогресс и бедность“, как поборника идеи национализации земли и защитника трудового крестьянского населения. (См. Брошюру Л. Толстого: „Единственно возможное решение земельного вопроса“, 1907).

Таким образом, согласно теории Джорджа, современный социальный вопрос есть проблема не производства, а распределения, и центр тяжести этой проблемы лежит в юридическом институте землевладения.

Иначе конструируется аграрная проблема в доктрине социализма. „Революция, к которой стремится социал-демократия — говорится у Каутского в его книге „Аграрный вопрос“ — имеет в конечном счете не юридический, а экономический характер; это не переворот в отношении собственности, а переворот в способах производства. Не уничтожение частной собственности, а уничтожение капиталистического способа производства — такова его цель; к уничтожению первой социал-демократия стремится лишь постольку, поскольку уничтожение ее является средством уничтожения второго. Огромнейшие трудности, которые приходится преодолевать социализму, лежат не в юридической, а в экономической области“.

Исходя из этих экономических предпосылок, все социалистические учения сходятся на том положении, что вся земля должна быть в конечном счете изъята из частной собственности и объявлена общественной. Но они расходятся в отношении мер, объема и характера этого изъятия. Эти различные меры сводятся к национализации, муниципализации, социализации.

Еще первые теоретики научного социализма придавали особое значение земле, как одному из важнейших видов капитала, как одному из главных средств производства, считая, что отмена частной собственности на землю является необходимой и должна быть проведена в первую очередь раньше, чем отмена на другие средства производства, так как частное преобладание в области земледельческого производства является главной помехой развитию производительных сил.

Это отрицательное отношение социализма к частной земельной собственности в особенности относится к мелким карликовым сельским хозяйствам, которые, как указывает Маркс, являются и при капиталистическом строе сильнейшим тормозом для всякого технического прогресса в области земледелия и для увеличения производительности в этой области¹.

¹ „Мелкая земельная собственность, говорит Маркс, создает находящийся на половине вне пределов общества класс варваров, соединяющих всю грубость первобытных общественных форм со всеми мучениями и всей нищетой цивилизованных стран“.

Таким образом, с точки зрения социализма, земельная собственность занимает особое положение в сравнении со всякими другими средствами производства: последние, например, орудия производства в городской промышленности (фабрика и заводы), должны быть изъяты из частного правообладания для передачи государству, главным образом, или исключительно с целью освобождения пролетариата, путем обобществления труда, от угнетения капиталом, при чем могут быть оставлены мелкие промышленные хозяйства (мастерские, заведения ремесленного производства), т. е. частная собственность на орудия производства, эксплуатируемые без наемного труда; по отношению же к земле, как почвы, государственная экспроприация частной собственности должна быть осуществлена еще с той целью, чтобы этим путем уничтожить всякие мелкие парцелярные сельские хозяйства, т. е. самое существование мелкой формы сельского хозяйства, независимо от того или другого общественного строя, тормозит технический прогресс в области земледелия и мешает поднятию производительности земли. Поэтому одна отмена частной собственности без уничтожения мелких хозяйств недостаточна. Другими словами, по социалистической доктрине вся земельная собственность, безразлично, крупная или мелкая, обрабатываемая при помощи капитала или единоличным трудом, должна перейти в собственность государства, в его исключительное распоряжение, дабы она могла быть приведена в единое коллективное хозяйство, т. е., не только национализирована, не только социализирована, но и коммунизирована.

Советская власть, полностью исповедуя эти положения социализма, принуждена была, однако, по политическим и тактическим соображениям, в первое время отступить от этих положений и даже так далеко отступить, что в первое время программа коммунистической партии в земельном вопросе ничем не отличалась от программы эсэровской партии.

Первый декрет, изданный на следующий день после ночи октябрьского переворота — 26 октября 1917 г. и названный „Декретом о земле“, содержит в себе только несколько общих положений об отмене помещичьей собственности, откладывая разрешение вопроса о земле во всем его объеме до Учредительного Собрания.

Из этого декрета видно, что Советская власть первоначально мыслила земельную реформу не как социализацию, а как национализацию земли, т. е. в виде перехода всей крупной земельной собственности в распоряжение государства, которое распределяет ее между трудящимися на началах уравнительного (по трудовой или потребительской норме) землепользования с назначением арендных цен за землепользование.

Второй декрет, названный декретом „О социализации земли“ и изданный после разгона Учредительного Собрания 19 февраля 1918 г., не внес ничего нового по сравнению с первым

декретом, кроме лишь того, что разрешение земельного вопроса не откладывается до Учредительного Собрания, а окончательно производится Советской властью в лице Всероссийского ЦИК Советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов. Этот второй декрет, хотя назван декретом о социализации, также не разрешает земельного вопроса в согласии с учением основоположников социализма: вместо полного уничтожения мелких карликовых хозяйств путем сосредоточения всего сельскохозяйственного фонда в руках государственного коллектива с передачей его органам исключительного ведения и управления всей сельскохозяйственной конъюнктурой производства при помощи обобществленного труда, — получилось, напротив, увеличение мелких хозяйств, раздробление земельного фонда, благодаря раздаче земельных участков в единоличное пользование. Таким образом, получилась не коллективизация земледельческого производства, а индивидуализация его, т. е. полная противоположность основной мысли социализма по земельному вопросу.

Третий декрет, изданный через год (28 февраля 1919 г.), носит заглавие „О социалистическом землеустройстве и о мерах перехода к социалистическому земледелию“. В этом декрете коллективизация земельной собственности проводится с большей последовательностью. Основная идея декрета выражена в ст. ст. 3 и 4:

„Для окончательного уничтожения всякой эксплуатации человека человеком, для организации сельского хозяйства на основах социализма с применением всех завоеваний науки и техники, воспитания трудящихся масс в духе социализма, а также для объединения пролетариата и деревенской бедноты в их борьбе с капиталом, — необходим переход от единоличных форм землепользования к товарищеским. Крупные советские хозяйства, коммуны, общественная обработка земли и другие виды товарищеского землепользования являются наилучшими средствами для достижения этой цели; поэтому на все виды единоличного землепользования следует смотреть как на проходящее и отживающее“ (ст. 3).

„В основу землеустройства должно быть положено стремление создать единое производственное хозяйство, снабжающее советскую республику наибольшим количеством хозяйственных благ при наименьшей затрате народного труда. В соответствии с этим землеустройство обнимает собою всю совокупность мероприятий технического характера; направленных к постепенному обобществлению землепользования“ (ст. 4).

Эти основные положения декрета 28 февраля 1919 г. оказались идеологическим построением, которое не нашло себе оправдания в конкретных условиях действительности. Через два года после издания этого декрета окончательно выяснилось, что расчет на развитие советских хозяйств и рост товарищеских объединений — не оправдался и что результаты их деятельности,

вопреки ожиданиям, оказались вполне отрицательными в смысле возможности поднять общую производительность сельского хозяйства и разрешить продовольственный кризис. В связи с этим и также в соответствии с предпосылками, данными новой экономической политикой, земельная политика подверглась перелому и прониклась прежней тенденцией в пользу признания единоличного крестьянского хозяйства наиболее целесообразным в целях поднятия производительных сил республики.

Эта тенденция выразилась в ряде постановлений, направленных к упрочению производственно-хозяйственной самостоятельности единоличного крестьянского хозяйства и к обеспечению прав трудового землепользования, как в отношении к государству, так и в гражданском обороте. Эти постановления были впоследствии кодифицированы в виде „Земельного Кодекса РСФСР“, принятого на IV сессии ВЦИК'а 30 октября 1922 г.

С основными положениями земельного права, созданного Земельным Кодексом, и также одновременно изданным Гражданским Кодексом, мы познакомимся ниже.

7

Трансформация частной собственности, превратившейся из неограниченного произвольного права в социальную функцию, отразилась, между прочим, в новой Германской Конституции, принятой Национальным Собранием 1919 г. В ст. 153 указывается: „Содержание права собственности и его пределы вытекают из законов... Собственность обязывает“. Ее использование должно в то же время служить общему благу“. Это декларативное начало служит основанием для ряда отдельных постановлений Конституции, ограничивающих свободу распоряжения собственностью. Согласно ст. 155-156, „Земельная собственность, приобретение которой необходимо для удовлетворения жилищной нужды, для содействия колонизации или для поднятия сельского хозяйства, может быть принудительно отчуждена... Обработка и эксплуатация земли является обязанностью землевладельца по отношению к обществу. Увеличение стоимости земли, не являющееся результатом затраты труда или капитала, должно поступить в пользу общества... Государство может путем закона, за вознаграждение и соответственно применяя правила о принудительном отчуждении, перевести в общественную собственность частно-хозяйственные предприятия, пригодные для социализации. Оно может предоставить себе самому, областям или общинам участие в управлении хозяйственными предприятиями или другим способом обеспечить за собою решающее влияние в этих предприятиях“. В соответствии с этими декларативными началами конституции издан и действует в Германии ряд специальных законов, ограничивающих свободное распоряжение земельной собственностью, например, законы о неразрешении отчуждать сельскохозяйственные земли и также

городские недвижимости, если это отчуждение противоречит общим интересам, закон о принудительном установлении права застройки на чужой земле и т. д.

В основу закона о социализации, принятого Германским Национальным Собранием 13 марта 1919 г., был положен принцип огосударствления предприятий, составляющих главнейшие отрасли народного хозяйства; по этому закону намечено было социализирование угольной, калийной и электрической промышленности.

Те же принципы, которые содержатся в Германской Конституции, проводятся и в конституциях Югославии и Румынии. „Свобода заключать договоры при экономических отношениях признается в той мере, в какой она не противоречит социальному интересу... В интересах общества и на основании закона государство имеет право и обязанность вмешательства в экономические отношения граждан в духе справедливости и с целью устранения социальных конфликтов“ (Конст. Югославии, ст. 25-26). „Все факторы производства пользуются одинаковым покровительством. Государство может вмешиваться посредством законов во взаимоотношения между этими факторами, чтобы предупредить экономические или социальные конфликты“ (Румын. Конст., ст. 21)¹.

В Югославском законе 25 февраля 1919 г. говорится: „Все крупные земельные владения, превышающие 60 десятин, на территории королевства (Сербии, Хорватии, Словении), подлежат отчуждению. Из этого фонда земля должна передаваться тем гражданам, которые занимаются обработкой земли, а сами или не имеют земли, или имеют ее в недостаточном количестве; при этом они удовлетворяются землей в пределах, доступных для обработки силами одной семьи“.

В Болгарии закон 19 мая 1921 г. ограничивает право землеуладения теми размерами, которые могут быть обработаны членами семьи и без применения наемного труда или аренды. Все без исключения нетрудовые землеуладения ликвидируются и все сверхтрудовое количество земли переходит в государственный земельный фонд, который служит для наделения безземельных и малоземельных; получившие землю не имеют права продавать ее в течение 20 лет; если в течение 3 лет, крестьянин, получивший землю, оставит ее без обработки или будет плохо вести хозяйство, то он лишается права на владение, и земля переходит обратно в земельный фонд².

Ограничения землеуладения с установлением максимума владения приняты также в Венгрии законом 7 ноября 1920 г., Польше законом 15 июля 1920 г., Румынии законами 16 декабря 1918 г. и 17 июля 1921 г., также в Чехословакии, Литве.

¹ См. проф. Гойхбарг, „Хозяйственное право РСФСР“, т. I.

² Проф. Евтихийев, Земельное право, 1923.

Даже в Англии — стране с крепкими традициями частной земельной собственности — замечается тенденция к ограничению землевладения в сторону национализации земли. Законами 1892 и 1907 г.г. Советам Графств предоставляется право принудительным путем приобретать земельные участки, которые Советы не в праве продавать в частную собственность, а могут только сдавать в аренду мелким фермерам. По мнению Туган-Барановского („земельный вопрос на Западе“), в основу закона 1907 г. положено не насаждение мелкой крестьянской собственности, а национализация земли, как средство перехода земли в руки трудящегося населения. Также по мнению проф. И. И. Евтихиева („Земельное право“), проводимый в этих законах отказ от передачи в мелкую собственность, с установлением аренды от государства, объясняется стремлением последнего влиять на социально-правовой характер слагающихся земельных отношений и является до некоторой степени отражением идей Спенсера, о которых нами выше было упомянуто.

8

Идея частной собственности, как социальной функции, получила наиболее полное выражение в советском законодательстве. В соответствии с социально-экономической структурой советской государственности, имущественные права предоставляются гражданам и охраняются законом не безусловно, в силу принципа естественной правоспособности и субъективных прав личности (принцип, применяемый в буржуазных законодательствах), а лишь в известных пределах и для определенных хозяйственных целей, которые советское государство признает нужным установить (ст. 4 Гр. Код.). Эта коллективистическая точка зрения декларируется во многих постановлениях нашего Гр. Код. Гражданская правоспособность и дееспособность предоставляется гражданам СССР — в целях развития производительных сил страны (ст. 4 и 5 Гр. Код.). Гражданские права охраняются законом, за исключением тех случаев, когда они осуществляются в противоречии с их социально-хозяйственным назначением (ст. 1 Гр. Код.). Также в области обязательственного права наш закон рассматривает гражданские права, возникающие из сделок и договоров, не с индивидуалистической, а с коллективистической точки зрения, исходя из интересов не отдельных индивидов, а коллектива, рабоче-крестьянского государства (стр. 30 и многие другие).

В противоположность западно-европейским странам, в которых, несмотря на то, что, как мы видели, идея социализации все более и более нарастает и усиливается, проникая собою гражданское и земельное законодательство, все-таки остается в силе основная база прежнего права — частная собственность, — русское революционное законодательство окончательно порвало с индивидуалистической буржуазной концепцией, на которой

покоится институт частной собственности. По советскому законодательству предмет частной собственности может быть только то, что по закону не изъято из гражданского оборота; изъятыми же из гражданского оборота закон признает, безусловно или при известных условиях, все виды имущества, составляющие главнейшие ресурсы в хозяйственной жизни страны: землю, недра, леса, воды, железные дороги общего пользования, их подвижной состав, летательные аппараты, предприятия с числом наемных рабочих, выше установленного законом, телеграф, радио-телеграф, а равно всякие сооружения, имеющие государственное значение (ст. 53-56 Гр. Код.).

Из перечисленных в законе родов имущества, изъятых из частного оборота, самое главное, самое основное место по хозяйственно-государственному значению своему занимает земля. В отличие от буржуазно-капиталистических стран, в которых частная земельная собственность является основной базой, на которой покоится весь хозяйственный строй, и которая, главным образом, определяет условия гражданского оборота в Советской России „земля является достоянием государства и не может быть предметом частного оборота; владение землей допускается только на правах пользования“ (Гр. Код., ст. 21). Всякие сделки (покупка, продажа, запродажа, залог, завещание, дарение), имеющие своим предметом землю, воспрещаются и считаются недействительными; совершение их даже влечет за собою наказание в уголовном порядке (ст. 26 Зем. Код.). Земля может быть предметом сделок, совершаемых только органами государства и только на предмет пользования, в виде договоров арендных, застроечных, концессионных и особых актов трудового землепользования на основании положения Земельного Кодекса.

Вследствие этого и в виду особой публично-правовой цели, лежащей в основе национализации земли, земельный порядок построен у нас на совершенно иных началах, чем те общие начала, которыми регулируются другие отношения гражданского оборота. Эта публично-правовая цель национализации земли заключается в осуществлении трудового землепользования, т. е. в организации планомерного, в интересах народного хозяйства, использования производительных сил земли, путем предоставления ее всякому гражданину, желающему приложить к ней свой личный труд. Это выражено в ст. 3 и 9 Зем. Кодекса, которые гласят: „Все земли сельскохозяйственного назначения, а также могущие быть использованными для сельскохозяйственного производства, составляют единый государственный земельный фонд, который находится в заведывании Народного Комиссариата Земледелия и его местных органов“ (ст. 3).

„Право на пользование землем для ведения сельского хозяйства имеют все граждане РСФСР (без различия пола, вероисповедания и национальности), желающие обрабатывать ее своим

трудом. Граждане, желающие получить землю в трудовое пользование, наделяются землей или земельными обществами, в состав которых они входят, или земельными органами, если в распоряжении последних имеется земля, предназначенная для трудового пользования" (ст. 9).

Таким образом, правоотношения между государством, как собственником земли, и гражданами, как землепользователями, образуют публично-правовой институт и регулируются в порядке административном, а не в порядке гражданского права, т. е. основываются не на свободных договорных соглашениях между равноправными сторонами — контрагентами (как устанавливаются и определяются земельные правоотношения в буржуазно-капиталистическом строе), а на специальных постановлениях закона, определяющих права и обязанности, связанные с землепользованием. Поэтому земельное право в нашем законодательстве выделено в особую самостоятельную систему норм, регулирующую специальным Земельным Кодексом, — в отличие от западно-европейских законодательств, в которых земельные правовые отношения занимают место в составе гражданских кодексов в ряду других институтов права собственности.

Юридическая природа права крестьянского трудового землепользования представляет своеобразные черты, отличающие его от обычных типов земельно-правовых отношений. Оно обладает одним из элементов собственности — оно бессрочно. Но оно не содержит другого существенного элемента собственности — права распоряжения. Субъектом его является не отдельный крестьянин-домохозяин, а крестьянский двор, который, подобно юридическому лицу, изменяется в личном составе, увеличиваясь или уменьшаясь, в зависимости от естественной прибыли или убыли семьи. Установление права землепользования, наделение или закрепление определенного участка, условия осуществления трудового землепользования, прекращение его — все это устанавливается не в порядке частно-правовом, путем договорного соглашения между государством-собственником и землепользователем, а в порядке публично-правовом — путем административных распоряжений земельных органов, в ведении которых находится земля.

Что касается земель, не предназначенных для сельскохозяйственного производства, т. е. земель в городских и поселковых местностях, то правоотношения между государством-собственником земли и гражданами, которым земля передается для пользования или эксплуатации, определяются на общих началах обязательственного (а не вещного) права, установленных в Гражд. Кодексе, т. е. на основании договоров об арендном пользовании или договоров о праве застройки.

В виду уничтожения частной собственности на землю, принятое в буржуазных кодексах деление имущества на движимое и недвижимое потеряло свое значение, и поэтому оно нашим Кодексом упразднено (ст. 21, прим.).

Таким образом, в отношении земли наше законодательство безусловно не допускает режима частной собственности, рассматривая землю как общегосударственное достояние, как коллективную собственность. Тут в полной мере применяется принцип национализации, который, по определению проф. Покровского, представляет собою „возведение мысли о недвижимости, как о национальном достоянии, в юридический принцип и низведение права собственности на нее на стеньгу зависимого пользования чужой (государственной) вещью“.

Однако, в отношении сельскохозяйственной земли этот принцип коллективной собственности приходится нашему закону применять не с безусловным характером, а в сочетании с некоторыми чертами частно-владельческой собственности. Это сочетание усматривается в институте трудового землепользования, в котором вместе с социализацией объекта пользования — земли, являющегося коллективным, устанавливается индивидуальное владение в лице субъекта права землепользования — на основе твердого и бессрочного наследственно-трудового преемства крестьянского двора: получивший землю в пользование является автономным субъектом этого права, может самостоятельно организовать свое хозяйство, пользуется безраздельно экономическими результатами ведения этого хозяйства, которые составляют его полную собственность, и т. д. Такое сочетание черт коллективной и индивидуальной собственности вызывается особенностями сельскохозяйственной деятельности и объясняется необходимостью сохранить за землепользователями наличность личных стимулов к интенсивной деятельности, к максимальному трудовому напряжению, которое возможно только при твердости и длительности владения, позволяющих каждому рассчитывать на использование результатов своего труда.

С другой стороны, эти черты индивидуального владения ограничены весьма узкими пределами, благодаря тому, что публично-правовые черты в институте землепользования являются преобладающими и основными. Сюда относятся: изъятие земли из торгового оборота с воспрещением всяких юридических сделок, зависимость права землепользования от выполнения поставленных землепользователю целей, ряд ограничений, установленных в интересе общественно-публичном, контроль государства в отношении земельного оборота, особая административная юрисдикция в отношении земельных отношений и т. д.

9

Цитированные выше ученые — Шварц, Дюги и Эндеманн — не социалисты, а напротив представители цивилистической науки, как раз той науки, которая по самому существу своему наиболее индивидуалистична и, следовательно, наиболее антисоциалистична. Но с точки зрения этих цивилистов не только допускается, но и признается необходимой, в интересах общественного развития,

социализация некоторых частно-правовых отношений, путем расширения пределов государственного вмешательства и применения принципов коллективизма. Новейшие цивилистические учения (Штамплер, Зомбарт, Менгер, Покровский) видят в этом только эволюцию правовых идей, естественное развитие правовых исканий, вызываемых цивилистическими проблемами, которые ставят праву усложнившаяся социальная жизнь.

Старое деление права на право публичное и право частное — первое, имеющее в виду интересы государства, как целого, второе, имеющее в виду интересы, индивида, как такового (определение знаменитого римского юриста Ульпиана: *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singularum utilitatem*) в настоящее время, с усложнениями социальной жизни и с расширением государственных задач, потеряло свое значение. Во многих случаях частные взаимоотношения и охрана частных интересов получают общегосударственное значение и публичный характер, а потому не могут быть всецело предоставлены инициативе и свободному волеизъявлению частных лиц, не могут подлежать системе юридической децентрализации, а должны войти в область принудительной регламентации со стороны государственной власти, подлежать системе юридической централизации¹.

Такое расширение пределов публичного права не представляет собою ничего особенного, являясь естественным фазисом в ходе исторического процесса. Как известно, в древнее время уголовные преступления составляли область не публичного, а частного права: разделяться с вором, разбойником и убийцей, государство предоставляло самому потерпевшему. Но с течением времени такой порядок был признан неудобным и не соответствующим интересам общественной безопасности, — и государство нашло нужным централизовать в своих руках систему уголовно-карательной политики, отнеся частные уголовные правонарушения к области публичного права. И в настоящее время обнаружившиеся недочеты и неудобства существующей крайней децентрализации частно-правовых отношений могут заставить государство в интересах общественных включить в сферу своего ведения явления частного права, напр., некоторые отношения хозяйственной жизни страны, отношения, связанные с производством и распределением экономических благ, отношения между трудом и капиталом, регулирование права собственности, ограничение свободы обязательственных отношений правового оборота

¹ Принципиальное различие между правом публичным и частным И. А. Покровский видит в следующем: „Если публичное право есть система юридической централизации отношений, то гражданское право, наоборот, есть система юридической децентрализации“: оно до самого 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 инициативы („Основные проблемы Гражд. права“, стр. 10).

и других видов индивидуальной и общественной деятельности которые в современном правовом государстве составляют область частно-правовых отношений.

В этом заключается прямая функция права, которое, по словам Штамлера, представляет в человеческой общественной жизни управляющую, регулирующую, обуславливающую „форму“, а социальное хозяйство есть управляемая, обусловленная правом, „материя“. Поэтому, по мнению Штамлера, „политическая экономия в качестве особой социальной науки представляет не что иное, и не может представлять ничего иного, как изучение определенных систем права со стороны их фактического осуществления“. Исторически-хозяйственные строи могут быть охарактеризованы, как компромиссы между централизованным и децентрализованным строем, как смешанные формы различного содержания, смотря по размеру сферы господства того или другого строя¹.

Таким образом, социалистический строй, огосударствляющий орудия производства и централизующий в руках государства все хозяйственные производственные отношения, не представляет, собственно говоря, ничего невозможного с точки зрения эволюции права и является вполне нормальным правовым явлением организации известных частных отношений по принудительным началам публичного права. Юридическая сущность социализма именно заключается в замене частно-правового характера имущественных отношений характером публично-правовым, т. е. в замене порядка, построенного на началах личной инициативы и полной свободы индивида в распоряжении производственными силами, на начале индивидуальной собственности, — другим порядком, основанным на государственной организации производственных отношений, с обобществлением элементов частной собственности и имущественного оборота и с применением принципа коллективизма в области экономики.

Таким образом, в эволюционной цепи государственных идей социальная проблема, которая социалистами выводится из чисто экономических категорий отношений, сближается и сталкивается с другой проблемой — чисто правовой, над разрешением которой работал XIX век, — проблемой соотношения между государством и личностью, которая издавна, с тех пор, как существует государство, занимала умы философов и государствоведов и всегда останется трудно разрешимой задачей².

Социализм, рассматриваемый не с точки зрения исторического материализма, как категория экономических явлений,

¹ „Wirtschaft und Recht“. В русском переводе — „Хозяйство и право“ 1907 г.

² Менгер считает, что социализм получит практическое значение „только тогда, когда социалистические идеи выйдут из круга экономических и филантропических исследований, составляющих главное содержание социалистической литературы, а превратятся в трезвые правовые понятия“ („Право на полный продукт труда“).

а с точки зрения юридической, как категория правовых идей, имеет то же культурно-прогрессивное значение, какое имела в конце XVIII в. идея естественного права. Как тогда несправедливость феодального строя, закрепленная действовавшим положительным правом, вызвала в прогрессивных умах протест во имя требования права, истекающего из вечной справедливости, из абсолютного разума, из требований естественного права, и как тогда господствовала вера, что стоит „уничтожить старые законы и написать новые законы“ (завет Вольтера), и на земле, вместо угнетения, деспотизма, зла и неравенства между людьми, установится царство свободы, равенства и братства, — так и теперь социалистическая мысль питается уверенностью, что с уничтожением законов, охраняющих капиталистический строй, воцарится истинная свобода и фактическое равенство. Правда, ортодоксальные марксисты основывают эту уверенность не на идеалистических предпосылках, а на материалистических учетах законов развития производственных сил и отношений. Но всякому ясно, что внутренней движущей пружиной социалистического движения является неистребимо живущая в человечестве идея справедливости, без которой социалисты не получили бы никакой силы массового движения и общественного явления, несмотря на всю стройность материалистического построения и логическую непрекаемость вытекающих из него положений, а социализм оставался бы предметом академического изучения в профессорских курсах. Социалистическая доктрина, несмотря на строго реалистическую марксистскую концепцию свою, есть, несомненно, в своей основе чисто идеалистическое построение, есть в известной степени, проявление социального романтизма. И именно, благодаря этому элементу, социалистическое движение привлекает на свою сторону все более широкие круги населения, — подобно тому, как философско-просветительное движение конца XVIII века сделалось властительницей дум и чувств в широких кругах Франции и далеко за пределами ее и распространило свое влияние даже в среду представителей старого феодального мира.

ЭВОЛЮЦИЯ И ПРОБЛЕМЫ ОБЯЗАТЕЛЬНОГО ПРАВА

1. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЕ ПРАВА В ИХ ИСТОРИЧЕСКОМ РАЗВИТИИ

1

В теории и в положительных законодательствах гражданские (имущественные) права разделяются на вещные права и обязательственные права или, иначе называемые, абсолютные и относительные права. Различие между ними заключается в объеме их содержания: вещное право, главным видом которого является право собственности, обнимает собою всю полноту

господства над вещью — право владения, право пользования и право распоряжения. Обязательственное право создает только право владения и пользования вещью без права распоряжения, т. е. без права отчуждать ее, изменять ее состав, потреблять ее, уничтожать, словом поступать с нею неограниченно, по своему собственному усмотрению. Вещное право устанавливает непосредственное отношение лица к вещи, предоставляя управомоченному полное господство над вещью, для осуществления которого он не нуждается в посредничестве других лиц; напротив, в обязательственных правах отношение лица к вещи может возникать только при посредстве другого лица, обязавшегося к определенному действию по поводу этой вещи. Таким образом, объектом вещных правоотношений служит вещь, а объектом обязательственных отношений — действие. Вещное право, как право на вещь, не предполагает волю объекта, обязательственное право, как право на действие, необходимо предполагает волю в лице обязанного, без наличия которой нет обязательственного отношения.

Указанное различие вытекает из того, что для удовлетворения наших потребностей мы пользуемся благами внешнего мира в двух формах: или непосредственно обладая ими, или прибегая к услугам других лиц для приобретения возможности пользования ими. Например, потребность в жилище может быть удовлетворяема или посредством обладания домом на праве собственности, или посредством заключения договора имущественного найма, которым представляется право пользования домом. В первом случае мы имеем непосредственное отношение к вещи (вещное право), во втором случае — непосредственное отношение к лицу (обязательственное право).

Другое весьма существенное различие между вещными и обязательственными правами заключается в объеме судебной защиты тех и других прав.

Вещные права ограждаются против всех и каждого, они обязательны для всех третьих лиц, хотя бы совершенно посторонних, обладатели их не должны считаться ни с какими конкурирующими притязаниями и имеют преимущественное право отыскивать свою вещь, в чьих бы руках она не находилась. Следовательно, в вещном праве праву одного лица — собственника соответствует обязанность неопределенного количества обязанных лиц — всех вообще граждан.

Обязательственное же право связывает только определенные лица, участвующие в данном договорном отношении, обязывая их совершить или не совершить определенные действия. Оно создает правоотношение, имеющее силу только между двумя сторонами — кредитором и должником, и не касается всех прочих граждан, в этом правоотношении не участвующих. Исполнение определенной в обязательстве обязанности (определенного действия или передачи вещи или уплаты или воздержания от действия) не

может требовать ни кто другой, кроме управомоченного на это определенного кредитора, и ни от кого другого, кроме обязанного определенного должника. Следовательно, в обязательственном праве управомоченному противостоит только определенная связанная обязательством сторона.

2

Обязательственные правоотношения исторически возникли позднее, чем вещные правоотношения. В первобытном патриархальном строе, в котором, при господстве натурального хозяйства, ограниченный круг предметов, необходимых для удовлетворения примитивных потребностей человека, не приобретался путем обмена, а непосредственно изготовлялся самим потребителем или трудом рабов, — не было условий для обязательственных отношений. Вообще, первоначально обязательственные правоотношения мало отличаются от вещных, ибо еще не сознается отличие права на действие от права на вещь. Право на действие представляется слишком отвлеченным понятием, недоступным пониманию примитивного человека, и поэтому право на действие другого лица сливается у него с господством над самим лицом¹.

Отсюда на низшей ступени развития юридического быта обязательство представляет собою господство над личностью должника, подобно тому, как право собственности представляет собою господство над вещью.

Если проследить исторически ход развития законоположений о долговых обязательствах в различные эпохи и у различных народов, то увидим, что на известной стадии культурного состояния почти у всех народов ответственность должника перед кредитором не ограничивается его имуществом, а распространяется на его тело и жизнь.

Древнее право, как указывают многие исследователи, еще не различает правонарушения уголовного и гражданского; последнее обыкновенно вызывает такую же психологическую реакцию в душе потерпевшего, как и первое, и приводит к такой же личной расправе над неисправным должником.

По постановлению закона XII таблиц, если должник истечения льготного срока в 30 дней не уплатил долга, он подвергался аресту и держался в заключении 60 дней; три *pundinae* (базар, бывавший раз в 9 дней) сряду его выводили на народную площадь и провозглашали его долг, вызывая желающих его выкупить. Если таковых не оказывалось, заимодавец мог продать должника в рабство и также мог отрезывать от его тела куски мяса „много или мало“, по своему усмотрению, а в случае множественности кредиторов, им предоставлялось рассечь должника на части.

¹ Отчасти этим объясняется юридическое положение рабов в древнем мире, рассматривавшихся как вещи, и также полурабское положение крепостных в следующие эпохи.

Одним из наиболее ранних видов договорного обязательства является поручительство в виде заложенничества. Лицо, обязанное к исполнению чего-либо, дает противной стороне заложника, который и является затем порукой и на которого переносилась вся ответственность за неисправность исполнения обязательства; вместо неисправного должника, заложник поступает в полное распоряжение кредитора, который может его убить, продать в рабство или оставить у себя в качестве раба, словом, распоряжаться заложником, как своею вещью. Но вместо заложника кредитор мог обратиться к заложнику и на неисправного должника, который становился его рабом. Многими исследователями засвидетельствовано, что власть кредитора распространялась и на семейство должника, с которым он мог поступать по своему произволу.

Такие же правовые понятия на ответственность должника мы встречаем у всех древних народов, в законодательных памятниках которых имеются постановления, отдающие честь, свободу, тело и жизнь должника в полную бесконтрольную власть заимодавца. Эти же постановления, в несколько смягченном виде, повторялись и в старейших памятниках почти всех современных народов — в старо-германских, французских, итальянских кодексах и, в особенности, шведском и норвежском праве. В норвежском праве существовало постановление, аналогичное римскому постановлению XII таблиц: кредитор обращался к родственникам должника, предлагая им выкупить его; если те отказывались, он имел право отрезать куски тела должника, „где он пожелает, сверху или снизу“. Каждая часть тела должника представляет определенную стоимость и отсечением или отрезыванием этих частей погашалась определенная часть долга.

В законодательствах последующего времени (в средние века) у кредиторов было отнято право жизни над должниками, но им предоставлено было бесконтрольное право распоряжения свободой и честью должника. В особенности по статутам итальянских городов, в которых процветала торговля, вследствие чего вызывалась забота о развитии кредита и об ограждении его от злоупотреблений, — должники подвергались возмутительно жестокому обращению. Несчастного выводили на площадь, полную народом, ставили его на особый камень и заставляли раздеться до нага. Затем над ним совершали самые позорные процедуры. Такие процедуры предписывались также статутами некоторых французских городов.

Хотя эти жестокие постановления постепенно смягчались и исчезали из законодательств (насколько глубоко укоренились понятия древнего долгового права видно из того, что лишение должников свободы сохранилось до совсем недавнего времени, напр., в Англии, где оно существовало еще во время Диккенса („Пиквикский клуб“), а в некоторых законодательствах система заключения за долги сохраняется еще до сих пор), — но права

кредиторов в том же виде еще долгое время продолжали фактически существовать на основании договорного права. Именно, при совершении займа заключался договор, по которому кредиторы выговаривали себе, в случае неуплаты долга, те же права над личностью должника, на его свободу, честь и тело, какие раньше освещались постановлениями закона. Договоры, в которых должник закладывает в обеспечение долга свою личность, встречаются очень часто в средние века, в особенности во Франции¹. В законности и действительности таких договоров еще не могло возникнуть сомнений в правосознании того времени, когда законодательство еще только выходило из той стадии развития, которое стремилось закреплять и освещать договорные отношения, и когда по народным воззрениям жизнь и свобода личности еще не считались неприкосновенными благами. Лишь в позднейших стадиях развития законодательства поднимаются изредка робкие и неуверенные голоса против действительности таких договоров. Первый шаг в этом отношении был сделан тем, что для действительности таких договоров ставились известные условия, напр., присутствие судьи. Дальнейшее выражение эта перемена нашла в практике судов, настаивавших, правда, на исполнении условий, но смягчавших и урезывавших последствия договоров, вопреки содержанию и смыслу последних.

3

К этому времени, именно, относится договор Шейлока с Антонио, по которому он имел право, в случае неуплаты долга, вырезать у должника фунт мяса. Законность этого договора признается и законодательством того времени. Шекспир прекрасно характеризует опору, которую Шейлок находит в современном ему праве, в словах Порции:

Иск затеяли вы странный,
Но вместе с тем такого рода он,
Что помешать не могут вам законы (Венеции).

¹ Колер приводит целый ряд таких договоров, в которых должник отдавал кредитору в залог члены своего тела и даже свою жизнь. В дошедшем до нас договоре, заключенном в Кельне в 1263 г., один из контрагентов обязался, в случае неисполнения им своего обещания, дать отрубить себе голову. Часто должник обязывался, в случае неуплаты долга, отдать себя в полное распоряжение кредитора так, чтобы последний мог с ним сделать, что ему угодно, между прочим, отрубить какую-нибудь часть его тела. Особенно часто практиковалось закладывание своей чести; подобные договоры влекли за собою разные позорные процедуры, которым должник должен был подвергаться в случае неуплаты. Так, в одном договоре, заключенном в 1578 г., кредитору дается право „выставить должника у позорного столба, церковной паперти или где он захочет и осыпать его перед всеми честными людьми насмешками, ругательствами и всяческими поношениями“. Нередко должник обязывался носить на себе позорного содержания аншлаг или рисунок. Аналогичен распространенный на востоке обычай закладывать бороду, так как там снятие бороды считается большим позором. (Колер, „Schakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“, 1883. Русский перевод — „Шекспир с точки зрения права“, 1899).

Поэтому Шейлок мог так настойчиво, на законных основаниях, отстаивать свой жестокий иск:

Тот мяса фунт, которого теперь
Я требую, мне очень много стоит;
Он мой, и я хочу иметь его.
Откажете — я плюну на законы
Венеции: в них, значит, силы нет.
— Я требую исполнения закона!
— Я требую уплаты по векселю!

Но время Шейлока дошло уже до инстинктивного сознания, что Шейлоковское условие не должно быть приведено в исполнение, как противоречащее требованиям нравственности, хотя действительное по закону. Мотивы этого сознания еще не находят себе ясно сформулированного выражения, достаточно определенного для того, чтобы претвориться в правосознании и вызвать собою процесс эволюции в законодательстве. Закон еще действует, но он уже не находит себе оправдания и опоры в народных воззрениях. Поэтому суд в лице „мудрого Даниила“ находит такое решение, которое, оставляя в силе Шейлоковский договор, основанный на законе и потому действительный, составляет самое исполнение этого договора такими условиями, при которых он превращается в недействительный (вместе с признанием за Шейлоком права вырезать у Антонио фунт мяса — задержание связанного с этим пролития крови)¹.

Решение „мудрого Даниила“ весьма плохо обосновано, аргументация его не выдерживает критики и не может удовлетворить юриста, — потому что, с точки зрения формальной юриспруденции. Шейлоку должны быть предоставлены все способы для реализации договора, раз этот договор признается законным. Ясно, что кому разрешено вырезать мясо, тому должно быть разрешено и проливать кровь, если эта операция не может быть совершена без пролития крови; и кто имеет право вырезать фунт мяса, волен ограничиться меньшим весом, так как он по своей доброй воле может отказаться от известной части следующего ему; равным образом ему не может быть поставлено в вину небольшое превышение веса, так как все человеческие операции могут быть выполнены только с приблизительной точностью. Таким образом, решение „мудрого Даниила“ находится в противоречии

¹ Решение Порция (Мудрого Даниила) гласило:
По этой

Росписке ты имеешь право взять
Лишь мяса фунт; в ней именно: фунт мяса
Написано; но права не дает
Она тебе ни на одну кровинку.
Итак, бери, что следует тебе, —
Фунт мяса; но, вырезывая мясо,
Коль каплю крови христианской ты
Прольешь, — твои имущества и земли
Возьмет казна республики себе.
Так в закон Венеции.

с общим юридическим принципом и содержит в себе софизм, применение которого может сделать всякое право прозрачным.

Поэтому Иеринг в своем известном сочинении „Борьба за право“ считает, что решение мудрого Даниила было жалким крючкотворством со стороны судьи, который, признав договор действительным, законным, вместе с тем лишил истца возможности привести этот договор в исполнение. „И когда Шейлок, согбенный под тяжестью приговора, удаляется, преследуемый жестокими насмешками, мы не можем отогнать от себя мысли, что поражение потерпел не он, а закон Венеции“.

Иначе относится к этому решению Колер. По его мнению, это решение оправдывается внутренним чувством судьи, вопреки всем соображениям о юридической несостоятельности аргументации его; оно отвечало правовому сознанию, которое было отзвуком времени мудрого Даниила и которое не могло уже допустить удовлетворения ужасного искового требования Шейлока. По взгляду Колера, в драме Шекспира „Венецианский купец“ изображен великий всемирно-исторический процесс развития права — процесс отживания правовых воззрений, который совершается не сразу, не скачком, а проходит в своем развитии через целый ряд промежуточных ступеней, пока новые созревающие правовые воззрения не находят себе ясного юридического выражения в законодательстве. В таком направлении также шла эволюция воззрений на долговые договоры. Прежде, чем законодательство начинает считать долговые договоры, стоящие в противоречии со созревшим правовым сознанием, недействительными, — еще до того времени в народном сознании начинает чувствоваться реакция против таких договоров, не с точки зрения права, а с точки зрения нравственно-общественных требований. Затем правовое сознание доходит до того, что подобные договоры признаются законом недействительными: закон не только более не гарантирует наступление последствий таких договоров, но прямо запрещает заключение таких договоров¹.

В этом процессе огромную роль играет судебное правотворчество, чрез которое просачивается народное правосознание и которое дает законодателю жизненный материал, „человеческие документы“ — для претворения его в законодательные нормы. „Это судебное правотворчество, говорит Колер, совершается часто бессознательно и незаметно для самого суда, но тем не менее непрерывно совершается путем судопроизводства. Ибо никакой суд, будь он самым ученым и абстрактным в мире, не в состоянии вполне изолировать себя от правового сознания народа, так как он не может выйти из той духовной атмосферы, из которой право, подобно новому Антеу, ежедневно черпает новую силу и крепость“. Это правовое чувство народа, бессозна-

¹ Колер, „Шекспир с точки зрения права“, 1899.

тельно для судьи, проникает в его судейскую деятельность и направляет с непреодолимой силой его приговор в известную сторону: судья тогда довольствуется самыми плохими доводами, которые сами по себе никого убедить не могут, он хватается за каждый кажущийся довод, лишь бы как-нибудь мотивировать свое решение и подвести какой-нибудь юридический фундамент живущему в нем правовому сознанию, не получившему еще выражения в положительном законе.

Эту правотворческую роль выполнил суд, постановивший решение по иску Шейлока, хотя и юридически плохо мотивированное, но по существу соответствовавшему новому воззрению, с которым находился в противоречии действовавший в Венеции закон.

Руководимый этим воззрением, суд мудрого Даниила произнес хороший приговор, но плохо обоснованный. Такой приговор, говорит Колер, следует предпочесть плохому приговору, но хорошо обоснованному. Неправильные мотивы служили часто лестницей, по которой поднималось правовое сознание.

Но не лучше ли было бы, если бы суд, вместо того, чтобы искать искусственную мотивировку для своего решения, просто отказал бы Шейлоку в его иске? Не может ли суд — спрашивает себя Колер — на один только раз уклониться от правосудия и лишить жестокосердого истца его законных прав? Не предпочесть ли один только раз совершенную несправедливость исполнению ужасного условия?

Эта мысль отвергнута Шекспиром с чрезвычайно глубокой мотивировкой: если допустить одно нарушение закона, то за ним последует много других, еще худших нарушений; в торговле исчезнет кредит, государство потеряет свой престиж, и повсюду проникнет беззаконие и произвол.

„Нет, так нельзя. Установленный закон
Переменить нельзя ничьею властью.
В Венеции. Как происшедший факт,
Запишется решение такое,
И вторгнется затем не мало зла
В республику по этому примеру.
Нет, так нельзя!“

Открыто и прямо преступить закон нельзя, но как быть, если этот закон является застывшим остатком от старых времен, ставшей поперек дороги развалиной старых порядков, устаревшим и оцепеневшим законом, совершенно не отвечающим духу нового времени?

Гениальный поэт, который сумел проникнуть также верно и глубоко в глубины истории и философии права, как и во все другие области человеческого духа, поставил эту проблему на высоту художественного произведения, в котором изображается борьба старого закона с новым правосознанием и победа последнего над первым.

С дальнейшим развитием правосознания, обязательственное право дифференцируется. Постепенно вырабатывается идея о том, что за неисполнение обязательства отвечает имущество должника, а не его лицо, постепенно отпадает момент личной ответственности и на первый план выступает имущественная сторона обязательства. С этого времени обязательственное право получает самостоятельное значение, как такое юридическое отношение, из которого вытекает право одного лица на известное действие другого определенного лица.

Личная связь между кредитором и должником, которая характеризовала примитивное обязательство и которую обуславливалась обреченность должника произволу кредитора, заменяется юридическим отношением между кредитором и имуществом должника. В деловом обороте личность должника исчезает за его имуществом, на котором одним фиксируется юридический момент ответственности. „Обязательство—говорит Зом (Systematische Rechtswissenschaft) — связывает не волю должника, а только обязывает его имущество. Долг есть только уменьшение его имущества, а не его свободы. Долговое право есть часть имущественного права“.

Эта перемена коренным образом изменила самый характер обязательства, которое сделалось в торговом обороте самостоятельной формой имущественного отношения, совершенно независимого от личности субъектов этого отношения. „Превратившись, главным образом, в имущественное отношение — говорит Покровский — обязательство вступило на путь циркуляции и само сделалось объектом оборота. Пока оно было чисто личной связью двух лиц, связью, проникнутой еще значительным эмоциональным элементом, ни о какой переуступке обязательства от одного лица к другому не могло быть речи. Но когда оно стало в руках кредитора правом на получение некоторой ценности из имущества должника, никаких препятствий для его перехода из рук в руки не существует: должнику все равно, кому платить. Право допускает переуступку требований и направляет свое внимание на то, чтобы создать более легкие формы для их циркуляции. Постепенно работая в этом направлении, оно дошло до признания обязательств на предъявителя: должник сразу, в подписываемом им документе, изъявляет согласие уплатить тому, кто этот документ предъявит. Отвлечение от личного элемента достигает в этих обстоятельствах своего кульминационного пункта: должник не знает своего кредитора и не интересуется его узнать. Обязательство стало просто ценной бумагой, воплощением некоторой денежной ценности, гарантированной определенным имуществом“¹.

Круг обязательственных (договорных) правоотношений постепенно, по мере развития капиталистического строя, с его

¹ Покровский, „Основные проблемы Гражд. права“, 1917.

колоссальным меновым хозяйством, все более и более расширяется не только количеством, но и многообразием видовых особенностей этих отношений. В условиях разросшегося экономического и торгового оборота на фоне усложнившейся культурной и хозяйственной жизни развертывается широкая картина разнообразных и разнородных договорных отношений, которые наполняют собою всю правовую жизнь современного общества и играют в современном быту такую огромную роль, что вытесняют во многих случаях вещные права.

Некоторые виды этих правоотношений уже издавна зафиксированы наукой и законодательством, как типичные, и по признакам их юридической природы получили определенное место в установленной системе классификации договоров. Но современный торговый и общественный быт выдвигает все новые договорные соглашения, такие, которые законодательство еще не успело выяснить с юридической стороны и определить их типичные стороны. Такие договорные соглашения, хотя и не включенные еще законодателем в установленный круг договорных типов также признаются имеющими юридическую силу. Большею частью они образуются из юридических элементов уже известных договорных типов, но в новых сочетаниях или с добавлением новых элементов; но многообразность современной жизни порождает и совершенно новые комбинации обязательственных элементов, прежнему законодательству и старой науке неизвестных, складывающихся под влиянием новых потребностей экономического оборота и получивших определенную конструкцию в практике жизни; юридическая сила некоторых из них определяется пока не законом, а правосознанием, сложившимся в практике повторяющихся случаев. В особенности это замечается в области торгового права, в которой возникли и развились на практике многочисленные институты правоотношений без содействия закона.

В противоположность римскому праву,¹ в современных законодательствах и также в нашем Гражд. Кодексе нет замкнутого круга договорных типов, исключительно за которым признается юридическая сила. Юридически действительны всякие соглашения, хотя бы и не подходящие под тот или другой из предусмотренных в законе типов, — если они не противоречат ни закону, ни „добрым нравам“ и общественному порядку.

В отношении вещных прав, напротив, все законодательства (и также наше) стоят на точке зрения замкнутого круга, не допуская произвольного установления непредусмотренных законом

¹ Римское право признавало юридически действительными только такие договоры, которые могли быть подведены под тот или иной тип предусмотренный законом (contractus); всякие другие соглашения нетипичные (pacta), хотя бы они не противоречили ни закону, ни добрым нравам, в принципе юридической силы не имели, были „голыми соглашениями“ (nuda pacta). Таким образом, римское право было построено не на признании договора, как такового, а на признании лишь известных типов его. (См. Покровский, цит. соч.).

4. Осн. идеи гражд. права

договорных форм с вещным действием. Это объясняется тем, что вещные права, в отличие от обязательственных прав, обязательны для всех, даже посторонних участников, лиц, и поэтому установление их должно быть для всех распознаваемо, а для того, должно фиксироваться точно определенными в законе признаками и в определенной законом форме. Наш Кодекс устанавливает только три вещных права: право собственности, право залога и право застройки.

В литературе еще совсем недавно высказывалось мнение, что замкнутость договорных типов была бы полезна, как в видах воспитания юридической мысли в стране, так и потому, что число имущественных форм в настоящее время является почти исчерпывающим, и в этом смысле расширение типов сделок приводило бы к расшатыванию имущественного правооборота. Противником принципа без формальности сделок, расширяющего договорную свободу в этом отношении, является, между прочим, Эндеманн,¹ который полагает, что если договор не может быть подведен под тот или иной законом регулированный тип, то суд должен в признании ему отказать. Впрочем, Эндеманн считает нужным сделать оговорку: „разве бы в этом нетипичном обязательстве проявлялось юридическое творчество народа“

Ныне это мнение, лишаящее охраны закона соглашения только потому, что они не определяются какими-нибудь типичными признаками, установленными в законе, никем не разделяется. Оно недопустимо в виду многообразности современной жизни, при которой совершенно невозможно в законе предусмотреть всевозможные комбинации обязательственных отношений, и, следовательно, нельзя отказать в юридической силе соглашениям, отклоняющимся от типичных договоров.

Таким образом, в современном обязательственном праве более всего, более чем в других областях права (вещном, наследственном, семейном) осуществляется принцип частной автономии, — принцип, который был провозглашен еще доктриной естественного права, и выражен в формуле, *pacta sunt servanda*, т. е. всякое соглашение, как таксовое, независимо от признания или непризнания его государством, с точки зрения его типичных признаков, должно быть исполнено. Тут индивидуальной воле дается наибольший простор, она может по своему усмотрению устанавливать соглашения какого угодно содержания (разумеется, если оно не противоречит закону или требованиям нравственности) вне какой-либо классификации договорных типов, установленной в законе.

Это выражено в Герм. Гр. Улож., которое объявляет юридически действительным „всякое дозволенное на почве гражданской жизни соглашение, направленное на установление или изменение юридических отношений“.

¹ Lehrbuch des bürg. Rechts, 1903.

II. ПРОБЛЕМА ДОГОВОРНОЙ СВОБОДЫ

1

Проблема договорной свободы не ограничивается пределами применения вышеуказанного принципа бесформальности договорных соглашений. При осуществлении индивидуальной воли в договорных соглашениях, кроме внешней формальной стороны, выражающейся в свободном установлении договорного отношения вне того или другого типа, определенного в законе, имеется еще внутренняя-сторона, касающаяся самого содержания договорного отношения. Тут проблема договорной свободы приобретает глубокое принципиальное значение и рисуется в весьма широких очертаниях.

В литературе еще со времени Савиньи ведется спор об источнике договорных соглашений. По учению одних, частное волеизъявление является единственным правообразующим фактом, порождающим юридическую сделку. Источником сделки является воля контрагентов, — подобно тому, как воля законодателя (являющегося выразителем общей воли) является источником нормы закона. Поэтому договор называют законом между частными лицами, частным законом.

Это учение является выражением индивидуалистического мировоззрения, согласно которому вообще основание права лежит только в индивидуальной воле. Этому взгляду держатся Виндшейд, Цительман, Енексерус, Брунс и др.

Другое течение (Лотмар, Шлосман, Тон, Колер и др.) считает основанием юридической сделки исключительно объективное право, а не волю сторон. Стороны своим волеизъявлением только приводят в движение объективное право, действие которого производит последствия юридической сделки. Индивидуальная воля направлена в сделке не на юридические последствия, установленные объективным правом, а только на экономический или практический результат удовлетворения соответствующих ее цели потребностей.

Спор этот имеет не только принципиальное, но и весьма важное практическое значение. Если индивидуальная воля служит единственным основанием юридической сделки, то она имеет решающее значение для всех последствий юридических сделок, и должна пользоваться свободой имущественного самоопределения, — полной автономией волеизъявления. Если же исходить из той точки зрения, что юридические последствия предопределяются объективным правом и индивидуальная воля служит лишь поводом для обнаружения этих последствий, то приходится признать, что тут решающее значение для этих последствий имеет не только индивидуальная воля, но также объективные требования гражданского оборота и другие общие условия, в которых действует человек и выражается его воля. Отсюда различное отношение законодательства к вопросу о договорной

свободе: при первой точке зрения — полная свобода заключения сделок как в отношении формы, так и содержания, исключительно диспозитивные нормы договорного права; при второй точке зрения — ограничения договорной свободы, установление определенных категорий обязательственных правоотношений, подчинение их действию принудительных норм, недействительность сделок, нарушающих какие-либо интересы (публично-правовые или экономически слабых).

Это принципиальное разногласие отразилось на эволюции проблемы договорной свободы в положительных законодательствах:

В Кодексе Наполеона, изданном в начале XIX в., принцип договорной свободы проводится со всей последовательностью: от воли сторон всецело зависит предусмотреть в договорах все условия и все последствия своих обязательств, нормы же закона, касающиеся договорного права, применяются только тогда, когда стороны чего-либо не предусмотрят или забудут предусмотреть какое-либо условие или вовсе не урегулируют своих отношений; в этих случаях пробел или недостаток воли сторон восполняется нормой закона, которая является „предполагаемой волей сторон“. Таким образом, нормы закона в договорном праве — исключительно диспозитивные.

Ко времени издания Германского Гражд. Уложения (1896 г.) и в особенности Швейцарского обязательственного права (1911 г.) положение сильно изменилось: в этих Кодексах уже имеется значительное число норм, касающихся договорных отношений, которые являются принудительными для сторон, т. е. которым не могут противоречить договорные условия, под страхом недействительности договоров. В особенности много таких принудительных норм в Швейцарском Кодексе.

Превозглашенный в эпоху *laissez faire, laissez passer* принцип договорной свободы, которая выставлялась как необходимое условие гражданского оборота и как основной принцип законодательной политики и которой в течение первых трех четвертей XIX в. не ставилось никаких границ, — в настоящее время значительно урезан во всех законодательствах. Под влиянием коллективистических тенденций новейшего времени все более и более суживается сфера свободного усмотрения сторон при заключении сделки.

Законодатель вмешивается в совершение сделок и не только устанавливает принудительные нормы, от которых стороны не могут отступить, под страхом недействительности сделок, но даже в некоторых случаях принуждает к вступлению в договорное соглашение, тем нарушая основной принцип договорной свободы, заключающийся, прежде всего, в том, что против своей воли никто не обязан вступить в договор. Такая обязанность вступать в договоры устанавливается законом для предприятий, являющихся в своей области монопольными, например, в железнодорожной перевозке, в страховании, в товарных складах для поклажи и т. д. Такое же принуждение ко вступлению в договоры в новейших

законодательствах применяется вообще ко всем предприятиям, предлагающим свои услуги публике — аптекам, магазинам, стоящим на улице извозчикам, наемным автомобилям и т. д.

В последнее время мировая война и последовавшая за нею эпоха восстановления разрушенного войной внесли в область договорного права много новых правовых форм, совершенно изменяющих традиционные основы этого права, наиболее индивидуалистического, наиболее проникнутого автономией и свободой частных волей. Одной из этих форм является правовая институт принудительных договоров (*Kontrahierungszwang*), заключающийся в том, что субъекту прав вменяется в обязанность заключить договор с другою стороною в интересах последней или с определенным содержанием, причем неисполнение этой обязанности влечет за собой принудительное установление таких договорных отношений между контрагентами. Как известно, этот институт практиковался в широких размерах во время войны в области военного хозяйства. В настоящее время он имеет законодательное применение в области имущественного найма и рабочего права. Достаточно в этом отношении указать на принудительные вселения в частные квартиры, на принудительные поставки для потребностей государства, на принудительный труд для больных или тяжело раненных; далее в области рабочего законодательства — на обязательность решений третейских судов по спорам между рабочими и работодателями также и для лиц и союзов, не участвовавших в этих спорах, на судебное признание общеобязательными условий коллективного договора или правил внутреннего распорядка, установленных в одном предприятии, также и для других предприятий, в этом коллективном договоре не участвовавших или этих правил не установивших. По поводу этих, так называемых, принудительных договоров Hedemann говорит: „В некоторых случаях можно колебаться, относятся ли они еще действительно к частному праву или же их договорное облачение есть не более, как фикция, самообман законодателя“¹.

Принятое всеми законодательствами предоставление суду права уменьшить условленную сторонами неустойку означает, собственно говоря, то, что усмотрение сторон заменяется усмотрением суда, и, следовательно, о свободной воле сторон уже не приходится говорить. Также не санкционируется законом воля сторон во многих случаях, когда закон опорачивает сделки и объявляет их ничтожными или оспоримыми — в интересах стороны, заключившей договор под влиянием бедности и нужды.

Более всего принцип договорной свободы потерпел крушение в области трудового договора (индивидуального и коллективного), содержание которого предопределяется законом и зависит не от свободной воли сторон, а от многих регламентирующих факторов, исходящих от государства, которое вынуждено было

¹ Hedemann, *Schuldrecht des B. G. B.* 1921.

ставить границы договорной эксплуатации и взять на себя защиту экономически слабых.

2

Защита экономически слабых, в качестве основания ограничения договорной свободы, выступает в современных законодательствах с все более доминирующим значением.

Мероприятия в этом направлении прошли длинный эволюционный путь. Они относятся еще к древнейшим эпохам, в частности, к эпохе господства римского права, и выражались прежде всего в попытках урегулировать взимание процентов — в полном запрещении взимания процентов (древне-еврейское законодательство) или в установлении максимума дозволенных процентов (римское право эпохи Империи). В дальнейшем борьба с ростовщичеством продолжается с теми же колебаниями — то усиливаясь до полного запрещения процентов (под влиянием канонического права), то возвращаясь на путь ограничений в виде установления максимального размера дозволенного взимания процентов. Великая Французская Революция, отчасти под влиянием просветительной идеи эмансипации от церкви и канонических запретов, а главным образом, под влиянием господствовавшей тогда идеи экономической свободы, провозглашала в законе Конституанты 2—12 октября 1782 г. полную свободу процентов, которая, однако, вскоре вновь ограничена. Затем, в течение XIX в. во всех законодательствах продолжающаяся борьба с ростовщичеством расширяется, распространяясь не только на взимание процентов свыше известного максимума, но и на всякие сделки, устанавливающие чрезмерную выгоду по поводу займа, отсрочки долга или иной кредитной сделки и, вообще, содержащие в себе эксплуатацию нужды и неопытности другого. Такое расширение понятия ростовщичества, между прочим, было усвоено гер. законами 1880 и 1893 г.г., в которых предусматриваются не только процентное ростовщичество (*Zinswucher*), но и денежное или кредитное ростовщичество (*Geldswucher* и *Kreditswucher*) и ростовщичество в виде промысла (*Sachwucher*).

В дальнейшем, начиная с конца прошлого столетия, во всех законодательствах все более и более усиливается тенденция к ограничению договорной свободы в целях защиты экономически слабых против всякого рода эксплуатации их нужды (кабальные сделки), в частности, защиты рабочих против эксплуатации со стороны промышленного капитала.

Эта тенденция нашла себе формулировку в § 138 Герм. Гр. Улож., согласно которому „ничтожна сделка, в силу которой одно лицо, эксплуатируя нужду, легкомыслие или неопытность другого, выговаривает себе или постороннему такие имущественные выгоды, которые настолько превышают его обязанности, что при обстоятельствах данного случая стоят к последним в очевидном несоответствии“.

Это правило обнимает собою различные случаи эксплуатации, объективным признаком которой служит „очевидное несоответствие“ между обязанностью и выгодой, т. е. явно чрезмерное превышение выговариваемой выгоды над возлагаемой на контрагента обязанностью, а субъективным — знание нужды, легкомыслия или неопытности другой стороны и намеренное желание воспользоваться ими и эксплуатировать их. Дополнением к этому правилу служит правило § 343, которое предоставляет суду, по требованию должника, понизить неустойку, если она оказывается слишком высокой.

Примеру Герм. Улож. последовали и другие новейшие Кодексы. Так, в Швейцарском Уложении об обязательствах 1911 г. имеется совершенно однородного содержания ст. 21: „Если в договоре, заключение которого было вызвано тем, что одна сторона воспользовалась нуждой, неопытностью или легкомыслием другой, существует очевидное несоответствие между взаимными обязанностями, то потерпевшая сторона в течение года может заявить об отказе от договора и потребовать назад то, что уже было уплачено“.

Аналогичное правило было включено также в наш дореволюционный проект обязательственного права, в котором ст. 31 гласила: „Договор может быть также оспорен и в тех случаях, когда кто-либо, злоупотребляя принадлежанием ему властью или оказываемым ему доверием, либо пользуясь нуждой или несчастием другого, заключает с ним невыгодный для него договор“.

Ограничение договорной свободы в целях борьбы с экономической эксплуатацией принято также в некоторых новейших Конституциях. Так, в Конституции Юго-Славии говорится: „Свобода заключать договоры при экономических отношениях признается в той мере, в какой она не противоречит социальному интересу“ (ст. 25). „В интересах общества и на основании закона государство имеет право и обязанность вмешательства в экономические отношения граждан в духе справедливости и с целью устранения социальных конфликтов“ (ст. 26).

Также в румынской Конституции 1923 г. указано: „Все факторы производства пользуются одинаковым покровительством. Государство может вмешиваться посредством законов во взаимоотношения между этими факторами, чтобы предупредить экономические или социальные конфликты“ (ст. 21).

Наиболее далеко в ограничении договорной свободы идет наш Гражданский Кодекс, который ставит вмешательство государства в область частно-правовых отношений в основу своей законодательной политики. Предоставляемые нашим порядком гражданам гражданские права должны служить общей цели — развитию производительных сил страны и не могут осуществляться в противоречие с их социально-экономическим назначением (ст. 1 и 5); в противном случае они законом не охраняются. Кроме аннулирования сделок, совершенных с целью

противной закону или в обход закона, признаются недействительными вообще всякие сделки, направленные к явному ущербу для государства (ст. 30). Под эти последние могут подходить весьма разнообразные сделки, почему-либо по своим последствиям нарушающие интересы государства. Сюда, в особенности, относятся сделки, заключаемые частными лицами с трестами и другими государственными хозяйственными органами, на явно убыточных условиях. Защита экономически слабых выражена в ст. 33, согласно которой сделка, заключенная под влиянием крайней нужды и на невыгодных условиях, может быть судом признана либо недействительной, либо прекратившейся действием на будущее время. Государство в лице суда может вмешиваться в договорные отношения во всех случаях, где требуется охрана экономически слабых, и аннулировать кабальные сделки, при чем это вмешательство может последовать не только по требованию потерпевшей стороны, но и подлежащих государственных органов и общественных организаций (прокуратуры, исполкома, земельных органов, инспекции труда, профессиональных организаций), т. е. даже помимо воли потерпевшей стороны.

Ст. 33 несомненно имеет в виду только защиту экономически слабых и только в этом смысле нужно применять термин „крайняя нужда“. Поэтому, если невыгодная сделка совершена богатым непманом под влиянием, напр., временной нужды в деньгах, вследствие которой он вынужден был платить большие проценты, или продать вещь по чрезмерно дешевой цене, то тут не будет „крайней нужды“ в смысле ст. 33, хотя по герм. закону этот случай можно было бы подвести под § 138, в котором норма закона, предоставляющая суду признавать ничтожными кабальные сделки, относится одинаково ко всем участникам оборота, независимо от того, являются ли они экономически слабыми или нет. В жизни могут встречаться и другие подобные случаи. Напр., рабочие, зная, что предприниматель связан по контракту большой неустойкой в случае неисполнения заказа к известному сроку, пользуются этим и требуют платы в преувеличенном размере, и предприниматель принужден согласиться. Содержатель гостиницы, пользуясь тем, что на единственную оставшуюся свободной комнату имеется много желающих, запрашивает чрезмерно высокую плату, а я согласился, в расчете, что могу потом оспорить сделку, как совершенную под влиянием крайней нужды. Эти и подобные случаи под ст. 33 нашего Кодекса не подходят, так как тут есть только „невыгодная сделка“, но нет „крайней нужды“ в смысле этой статьи, имеющей в виду не нужду в логическом смысле, а нужду в экономическом смысле, т. е. нужду — бедность.

Весьма существенное ограничение договорной свободы устанавливается в ст. 142, которая дает суду право, по просьбе должника, уменьшить условленную в договоре неустойку, если он найдет, что она чрезмерно велика по сравнению с действительными убытками кредитора, при чем, суд, между прочим, должен

принять во внимание имущественное положение той и другой стороны. Вообще, принцип защиты имущественно слабых дает по нашему закону судейскому усмотрению широкий простор, в делах которого суд может парализовать последствия обязательств, установленных договором или законом. Суд может, в зависимости от имущественного положения должника, отсрочить или рассрочить принужденное с него в пользу кредитора вознаграждение за неисполнение или просрочку (ст. 123). Суд может, принимая во внимание имущественное положение сторон, обязать причинившего вред к возмещению его, хотя бы по закону он был свободен от этой обязанности (ст. 406).

Наш Гражданский Кодекс содержит в себе также много принудительных норм в отношении отдельных видов договорных соглашений (имущественного найма, купли-продажи, займа, подряда), которые ограничивают свободное усмотрение сторон, предписывая им обязательное включение известных условий, или запрещая установление известных условий. В особенности много таких принудительных норм содержится в Кодексе законов о Труде, регламентирующем содержание трудового договора; отступление от этих норм во вред рабочим влечет за собою даже уголовную ответственность для нанимателей-предпринимателей.

III. ПРОБЛЕМА „ДОБРЫХ ПРАВОВ“

1

Признание недействительными сделок, противоречащих закону, само собою объясняется. Тут ограничение договорной свободы вызывается элементарными требованиями правопорядка. Право не может санкционировать договоры, имеющие своим предметом соглашение об убийстве, о преступном присвоении чужого имущества, об эксплуатации нужды, о нарушении постановлений об охране труда и народного здоровья и т. д. Все такие договоры, при самом заключении их, являются противозаконными, а потому, как таковые, признаются ничтожными.

Но могут ли признаваться недействительными сделки, которые прямо не нарушают никаких предписаний закона, но не согласуются с общепринятыми представлениями о приличии и морали и потому считаются безнравственными?

Такой критерий безнравственности договоров устанавливается в большинстве законодательств в виде понятия „добрых нравов“: договор, противный „добрым нравам“, признается ничтожным, недействительным. Это правило, принятое во Франц., Герм., Швейц. и других кодексах, ведет свое начало еще от римского права, в котором понятие „добрых нравов“ (*boni mores*) отождествлялось с представлением о нарушении требований нравственности (*turpitudō*) и служило надзаконной инстанцией для проверки действительности сделки.

Но в чем заключается понятие „добрых нравов“?

Неопределенность этого понятия вызвала обширную литературу, содержащую в себе различные мнения и толкования этого понятия, и также весьма обильную казуистическими случаями судебную практику. По одному из этих мнений „добрые нравы“ отождествляются с нравственностью; договор, противный „добрым нравам“, есть ничто иное как договор, противный нравственности. (Лотмар, „Der unmoralische Vertrag“). Но понятия о нравственности в современных обществах неоднородны, а различны, в связи с различием классов, общественных групп, социальных интересов и т. д. Каких же представлений о нравственности должен держаться судья при разрешении вопросов о действительности сделки — своих личных представлений о нравственном и безнравственном, или представлений того класса, к которому принадлежит тяжущийся, или, как думает Лотмар, „воззрений господствующих групп“, или, как определяет Колер, воззрений „духовных вождей народа“, „людей, прилично и справедливо мыслящих“. Совершенно очевидно, что это толкование понятия „добрые нравы“ полно неопределенности и создает путаницу для судьи, который лишается всякой почвы при конкретном судебном разрешении спорного вопроса¹.

К таким же затруднениям и недоумениям приводит и другое учение, которое отрицает отождествление „добрых нравов“ с нравственностью, а считает целью воспрепятствования на „добрые нравы“, „не борьбу с безнравственными движениями человеческой души, а охрану того ценного культурного богатства, который имеет каждый народ в своих нравах“. Ибо нравы суть не что иное, как отложение старой культуры народа, продукт его долголетней истории².

Но как правильно замечает Покровский, нравы являются отложением не только старой культуры, но и старых предрассудков. Охрана последних, разумеется, не входит в намерения законодателя, и, следовательно, судье надо производить отбор „добрых“ нравов от „недобрых“ нравов. Но где взять критерий для такого отбора? В воззрениях народных масс или господствующих групп или „духовных руководителей народа“ и т. д.? Другими словами, мы приходим к этой же неопределенности и принципиальной неуловимости понятия „добрых нравов“, к каким приводит учение Лотмара и его последователей³.

¹ Известный германский цивилист Дернбург, иллюстрируя понятие „добрых нравов“, берет случай покупки браслета для любительницы и спрашивает, можно ли признать такой договор недействительным, как противоречащий „добрым нравам“. Ответ гласит: нет; разрушение договора принесло бы тут гораздо больший вред обороту, чем та выгода, которую мы получили бы от проблематической защиты нравственности. Только те договоры должны быть признаваемы противным „добрым нравам“, которых юридическое признание несовместимо с здоровым, в этом смысле добрым, социальным состоянием. (Das bürg. Recht, т. I, 1902 г.)

² Leonhard, „Das Recht des BGB in Finseldarstellungen“, 1910.

³ Покровский, цит. соч.

Эта неопределенность побудила многих цивилистов отказаться от моментов, заимствуемых из области морали и определяющих понятие „добрые нравы“, в качестве высшей, стоящей над правом, инстанции, а признать это понятие условной формулой чисто-правового характера, которая раскрывается и применяется в зависимости от конкретных обстоятельств. Противно „добрым нравам“ то, что „противоречит пользе общества“, что „несовместимо с общественным благосостоянием“, что „нарушает юридически важные интересы“ и т. д. Словом, в каждом отдельном случае задача заключается в том, чтобы исследовать экономическую и социальную подпочву его и, соответственно этому, обсудить и разрешить вопрос о том, подходит ли данная сделка под категорию договоров, противных добрым нравам и потому недействительных, или не подходит.

Само собой разумеется, что и это трактование понятия „добрые нравы“ не дает судье твердых объективных оснований для суждения, а, напротив, еще более расширяет пределы его субъективного усмотрения. В конце-концов приходится признать, что понятие „добрые нравы“ — понятие, не поддающееся определению объективными признаками, что его нельзя наполнить определенным содержанием, выводя это содержание из области отвлеченной морали или из общественно-социальных требований общегития, и что, вследствие этого, по необходимости разрешение вопросов о соответствии или несоответствии данного отношения добрым нравам должно быть предоставлено в каждом отдельном случае усмотрению суда.

Центр тяжести в этой проблеме лежит в том, что право, в своем стремлении регулировать поведение и взаимоотношения людей, не может обнять и закрепить в формулах закона все многообразие случаев, сторон и оттенков, которое дает жизнь. Всегда останутся за пределами велений и запретов закона им не предусматриваемые действия и отношения, на которые, как нарушающие общественный или частный интерес, правопорядок должен реагировать отрицанием их дозволенности и устранением их юридических последствий. Но на каких основаниях и мотивах установить это отрицательное реагирование правопорядка, раз не имеется соответственной формулы закона? В качестве такой формулы законодатель дает суду общую директиву: не дозволено в смысле гражданском не только то, что прямо запрещается законом гражданским или уголовным, но также и то, что, хотя не предусмотрено законом, но не соответствует общепринятым воззрениям на требования честности, добросовестности, справедливости, правдивости, порядочности — словом, на все те требования, которые подсказываются нашим нравственным чувством и правовым сознанием и на которых, собственно говоря, основано большинство норм закона. Соблюдение членами общегития этих требований в своих взаимоотношениях и создает „добрые нравы“ в обществе.

Следует различать действия, нарушающие добрые нравы, и действия, не соответствующие добрым нравам. Правопорядок карает нарушения моральных запретов, но он не может возлагать обязанность исполнения моральных велений. Например: я не спасаю утопающего, хотя я мог бы это сделать, как хороший пловец, или видя, как прохожий в темноте подвергается опасности попасть в яму, не предупреждаю его об опасности, хотя мог бы это сделать. Разумеется, я поступаю против велений морали, вменяющей нам любовь к ближнему и даже самопожертвование, но право не может считаться с этими велениями, ему безразличны, соблюдаются ли контрагентом при юридических сделках заветы о любви к ближнему, о верности к другу, о незлобности к врагу и т. д. Это дело религии, совести. Равным образом, исполнение своего обязательства, вообще говоря, требуется добрыми нравами; однако неисполнение договорных обязательств не есть нарушение добрых нравов.

2

Герм. Гражд. Уложение применяет понятие „добрых нравов“ не только в качестве границы договорной свободы (§ 138: „Сделка, противная добрым нравам, ничтожна“), но и в качестве самостоятельного основания ответственности за причинение вреда (§ 826: „Кто умышленно причинит другому вред вопреки добрым нравам, тот обязан возместить ему этот вред“).

По отзывам авторитетных немецких ученых и практических судебных деятелей, правило §§ 138 и 826 является „коррективом ко всему гражданскому правопорядку“, „нравственным фактором в жизни немецкой нации“, „оплотом права“, „выразителем народного самосознания“, „руководителем народной правовой совести“, в особенности, „чрезвычайно ценным регулятором хозяйственной и промышленной жизни“.

Германская судебная практика посвятила огромную массу внимания выяснению, на конкретных случаях, содержания понятия „добрые нравы“, определению критерия и границ его применения для установления соответствия или несоответствия данного отношения требованиям, обнимаемым понятием „добрые нравы“.

По определению быв. Имперского (высшего Кассационного) суда, мерилом для понятия добрых нравов должно служить для судьи господствующее народное сознание и „чувство приличия всех разумно и справедливо мыслящих людей“. Это формула, почти стереотипно повторяемая во многих решениях Касс. Суда, применяется на практике, к частным случаям, в более конкретизированном виде.

Под действия, противные добрым нравам, суд относит действия, расходящиеся с принципом честности, — поведение, уклоняющееся от средних норм добросовестности и порядочности — и притом не чьей-нибудь личной или узко групповой, а с общей

точки зрения, т. е., как это высказано в одном из решений, с точки зрения „широких, знакомых с делом и с потребностями соответственной области жизни, слоев населения“¹.

Имперский суд, однако, при применении § 826, не предъявляет чрезмерных требований к образу поведения во взаимных отношениях контрагентов. § 826 говорится в одном решении, не требует, „чтобы каждый человек в своих поступках проявлял джентельменство и благородство, а требует всего лишь, чтобы он не выходил из рамок простого приличия, не опускался ниже среднего этического уровня, ниже той черты, за которой начинаются поступки этически безобразные, нравственно неприличные, выражаясь точнее, такие поступки, против которых у нормально развитого человека восстают не только этические, но и эстетические эмоции. На характер и меру требований, предъявляемых, во имя добрых нравов, к тому или иному лицу, не может, разумеется, не оказывать влияния принадлежность его к определенной общественной группе и типическое мирозерцание и настроение этой группы. Судья должен иметь в виду, что нормы классовой или профессиональной этики, в каком бы то ни было объеме, могут претендовать на значение юридически обязательных норм добрых нравов лишь при том условии, что они не противостоят господствующим в стране воззрениям, а только развивают и дополняют собою общие этические начала, присущие нравам народа во всем его целом. Устарелые или извращенные (под влиянием расовых, религиозных, социальных и пр. предрассудков) этические понятия, равно как и всеобщая индифферентность по отношению к обычным в данной среде злоупотреблениям, не изъемят из - под действия § 826 противные, с общей точки зрения, добрым нравам поступки.

На основании этих соображений Имперский Суд отверг ссылку Гамбургского Оберландгерихта на то, что нежелательные приемы, которыми пользовался ответчик, составляют „повседневное бытовое явление в экономической борьбе на почве конкуренции“. „Мало ли каких махинаций — ответил на эту ссылку Касс. Суд — проделывается в деловой практике, особенно под влиянием конкуренции, но на то и существует § 826, чтобы служить оплотом против злоупотребления экономической свободой“. „Низменный образ мыслей и поступков — говорится в другом решении — даже если бы он стал господствующим в отдельных слоях народа, все-таки остается дурным обыкновением и не становится нормою нравов“.

Дик сводит отдельные случаи применения понятия „нарушения добрых нравов“ в герм. судебной практике к следующим двум

1. См. Otto Dick. „Der Verstoss gegen die guten Sitten in der gerichtlichen Praxis“, b. Archiv für bürgerliches Recht, Dd. 33, 1910. Также Сливидкий. „Право на честное к себе отношение“ в сбор., посвященном памяти Шершеневича, 1915. Автор приводит многочисленные решения герм. судов по этому предмету, из которых он извлекает общие положения. Ниже приводятся нами некоторые из этих решений и положений.

общим категориям: 1) действия, абсолютно противные морали, и 2) относительно противные морали, т. е. в связи и в зависимости от конкретных обстоятельств случая. Первые распадаются на: а) чисто безнравственные, обнимающие собою, главным образом, нарушение в этой области морали, которая относится к половой жизни (напр., юридические сделки и действия, клонящиеся к оскорблению половой чести, договор купли-продажи дома терпимости и другие сделки для извлечения выгоды из него путем сдачи в наем или постройки и т. д. соответствующего помещения, договоры, клонящиеся прямо или косвенно к допущению проституции, сутенерства, непотребства, сводничества, обольщения и т. д.), и б) „засорные“ (anruechtig), к которым относятся всякие другие действия, оскорбляющие моральное чувство, но не относящиеся к половой жизни (сюда относятся: лишение по договору свободы, напр., предоставление своего тела в некоторых отношениях в чужое распоряжение, и, вообще, договоры, которые прямо или косвенно отдают всецело кого-нибудь во власть другого, действия, нарушающие моральные основы брачного союза, напр., многоженство, обручение с одним из супругов до окончательного развода, отказ в пользу другого от супружеских прав и т. д.).

К действиям „относительно противным морали“, т. е. зависящим от особенностей данного случая, относятся, главным образом, случаи чрезмерного ограничения современных принципов личной и хозяйственной свободы — свободы совести, передвижения, промысла, коалиции, классовой борьбы и т. д. Сюда относятся: договорные оговорки о конкуренции, ограничение свободы договоров, воспрепятствование мерам политической борьбы против противника и мерам борьбы за увеличение заработной платы, как бойкот, стачка, локаут и др., сделки-ростовщические; сюда также относятся договоры об уплате вознаграждения за неподачу уголовной жалобы или за недонесение о преступлении, договор с матерью о неназвании отца ребенка и т. д.

По общим началам германской судебной практики, при определении того, согласно или несогласно поведение такого то лица в таком-то жизненном положении с нормами добрых нравов, нельзя вырывать отдельные поступки из общей связи фактов, а необходимо рассмотреть и обсудить всю совокупность обстоятельств каждого единичного случая: побуждения, руководившие данным лицом, характер и значение преследовавшихся им целей, род, достоинство и силу действия избранных им средств. С этих точек зрения представляются противоречащими добрым нравам, прежде всего, такие действия, которые уже сами по себе, независимо от всего прочего, по оценке широких и сознательных кругов современного общества, считаются унижительными для того, кто их совершает, и безусловно несовместимыми с должным уважением к правам других лиц, — таковы: ложь, предательство, подкуп, неверность данному слову, обирание и эксплуатация нужды

легкомыслия, неопытности контрагента, „корыстная эксплуатация и угнетение других“ и пр.; действия из побуждения злобы, ненавистничества, мести или простого пакоствничества, способы наживы и ведения своих дел, основанные на обмане или обманном умолчании и тому подобные недобросовестные приемы конкуренции и т. д.

Юридическое понятие „добрых нравов“ шире общепринятого понятия морали, обнимая собою случаи, с точки зрения обычной морали, безразличные, — если в них имеется нарушение общественного интереса. В этом смысле в некоторых законодательствах, напр., во франц. Code civil, нарушения добрых нравов (bonnes moeurs) отождествляются с нарушениями „общественного порядка“. Однако, как разъясняется в одном из решений Герм. Имп. Суда, нарушения добрых нравов должны иметь известные границы: не всякое нарушение требований общепринятой морали имеет опорочивающее влияние на силу сделки, а только нарушение таких требований, в соблюдении которых общество имеет важный интерес. Поэтому нарушения, которые оскорбляют только высокий образ мыслей, утонченное чувство приличия, какие-либо идеальные мировоззрения, сюда не относятся¹.

3

Одна из наиболее злокачественных форм „корыстной эксплуатации и угнетения других“ — это эксплуатация безработных и ищущих мест и занятий: наем нуждающихся за чрезмерно низкую „голодную“ плату (Hungerlöhne). Борьба с этим видом эксплуатации при помощи §§ Гр. Улож. о добрых нравах (§§ 138 и 826) встретила поддержку со стороны Имперского Суда в его нашумевшем решении от 26 ноября 1909 г., которое в общем сводится к следующему: договор найма за „голодную“ плату признается безнравственным или ростовщическим и потому, в силу § 138, ничтожным; нанявшийся освобождается от договорного обязательства по отношению к хозяину, может во всякое время отойти от него, потребовать „обычного“ или „соответственного“ вознаграждения за проработанное время и, если к тому же нанявшийся, опутанный наемным договором, упустил другое место, то может требовать возмещения убытков, на основании § 826 Гр. Улож.

Это решение встретило чрезвычайно сочувственное отношение со стороны руководителей профессионального движения, которые видели в этой практике судов отражение этических воззрений трудящейся массы народа и один из тех полезных палиативов, при помощи которых можно хоть до некоторой степени сократить число случаев вопиющей эксплуатации нуждающихся. Также одобрительно отнеслись к этой новой практике судов многие юристы-

¹ Otto Dick, „Der Verstoß gegen die guten Sitten in gerichtlichen Praxis“.

теоретики и практики, находя, что „при всех своих несовершенствах критерий добрых нравов, если его применять как следует, является серьезным оружием и позволяет, при содействии разумной и осторожной судебной магистратуры, подавлять не малое количество злоупотреблений“¹.

Особый интерес представляют попытки герм. судеб. практики при помощи § 826 разрешать конфликты, возникающие на почве классовой борьбы между трудом и капиталом, — борьбы, осуществляемой посредством забастовки, локаута, бойкота и т. п. массовых средств резкого воздействия на противника. По взгляду высшей в Германии судебной инстанции, забастовка имеет в виду достижение какой-либо, на взгляд устраителей, основательной цели и не происходит так себе просто, по злобе или из мести; поэтому должны считаться согласными с добрыми нравами не только экономические забастовки, но и демонстративно политические забастовки, ибо и они предпринимаются не для утоления злости и не из жажды мести, а ради, на взгляд устраителей, вполне основательных целей.

Также допустимость, с точки зрения добрых нравов, массового расчета рабочих (локаут), в целях противодействия рабочим, помогающим от хозяев тех или других улучшений, по мнению Имперского Суда, не вызывает никаких принципиальных сомнений. Некоторые сомнения вызывал майский локаут. Но общее мнение юристов сходится на том, что и майский локаут, как бы к нему ни относиться с других точек зрения, не содержит в себе состава деликта, предусмотренного § 826. „Пусть, говорит Эртман, праздник 1 Мая с точки зрения сознательной классовой политики, является допустимым; но само собою разумеется, что и работодатель должно быть дозволено, с точки зрения его столь же достойных защиты классовых интересов, принимать, в свою очередь, соответственные меры противодействия“².

Также, по объяснению Имперского Суда, вполне согласны с добрыми нравами локауты „по симпатии“, выражающиеся в том, что на помощь предприятию, где слишком долго затянулась забастовка, приходят другие работодатели, прекращая работы в своих предприятиях; умножая число безработных, выбрасывая на улицу, кроме бастовавших, еще и рассчитанных рабочих, действующие „по симпатии“ работодатели имеют в виду истощить возможно скорее кассы рабочих союзов и, лишив забастовщиков материальной поддержки из союзного фонда, положить конец движению. Допустимость локаутов „по симпатии“ мотивируется в решении Имперского Суда от 26 марта 1903 года (по иску портовых и доковых рабочих к акционерной компании Hamburg America Linie и к другим судовладельческим компаниям,

¹ Brants, La lutte contre l'usure dans les lois modernes, 1907. См. Сливичкий цит. статья.

² Oertmann, „Recht des Schuldverhältnisse“, 1910.

присоединившимся к локауту) следующим образом: „рабочие часто приходят на помощь своим борющимся товарищам: бастуют по симпатии, требуют обратного принятия уволенных товарищей, отказываются выполнять так называемую Streikbrecherarbeit, т. е. работу, оставленную забастовавшими рабочими. Ни в рабочей среде, ни у справедливо мыслящих представителей нейтральных общественных кругов такое поведение не считается противным добрым нравам. Равное право существует как для рабочих, так и для работодателей: мы стали бы в разрез с тенденцией § 152 Уст. о промыш., если бы пожелали то, что на стороне рабочих должно считаться юридически и нравственно дозволенным, на стороне работодателей рассматривать, как нарушение добрых нравов“.

Эту же точку зрения Имперский Суд применяет и к другому методу борьбы работодателей против рабочих — к так называемой „Spersystem“, заключающейся в том, что для препятствования провинившимся рабочим получить работу, они заносятся в так называемые „черные списки“, или для достижения той же цели делаются отметки на „личных карточках“ рабочего, или, по взаимному соглашению работодателей, запрещается нанимать рабочих без представления аттестатов от прежнего работодателя или без удостоверения о неимении препятствий к найму со стороны работодателеского бюро труда.

„Черные списки“ и другие подобные приемы бойкотирования рабочих, практикуемые союзами работодателей по разным основаниям и для различных целей, приобретают особенно одиозный характер, если они ведутся втайне, так что лицо, обреченное на все ужасы безработицы, даже не подозревает источника обрушившейся на него беды: кроме того, на почве тайны возможны произвол и всевозможные злоупотребления.

Имперский Суд в принципе считает эту систему допустимой и согласной с добрыми нравами, поскольку сведения или факты, сообщаемые в черных списках или в циркулярах, которыми отдельные предприниматели обмениваются между собою относительно провинившихся рабочих, согласны с действительностью или, по крайней мере, добросовестно принимаются за истинные. Суд только считает несправедливым и потому несогласным с добрыми нравами — обречение рабочего, при помощи черных списков, на безработицу без достаточно серьезной причины и на долгое время или вовсе без определения срока, ибо, как разъясняется в одном решении, „действие, имеющее своей целью или последствием подрыв промышленного существования противника, лишение его на долгое время возможности добывать себе денежные средства и хлеб насущный, должны вызывать к себе иное отношение и оценку, нежели мера борьбы, рассчитанная только на то, чтобы на сравнительно короткое время, до разрешения возникшего конфликта, отнять у противника возможность иметь доход или заработок в определенной отрасли промышленности,

и тем понудить его к уступкам и подчинению выставленным условиям".

С другой стороны, Имперский Суд также признает допустимым бойкот, проводимый по постановлениям рабочих организаций, — с целью борьбы за удешевление жизненных припасов или с целью боевой поддержки рабочих, добивающихся от хозяев лучших условий работы и жизни. При этом, однако, суд считает нужным выставить то общее положение, что бойкот является неподходящим и нетерпимым, с точки зрения добрых нравов, средством для разрешения важных и сложных вопросов экономической и социальной политики, еще не получивших разрешения в законодательном порядке. На этом основании суд в решении 13 мая 1912 г. нашел нравственно недопустимым и противным добрым нравам организованный в Берлине в 1905—1906 г., по инициативе центрального союза рабочих-портных, с одобрения местного комитета социал-демократической партии, бойкот мужского платья, изготовленного на дому „потогонным“ способом, и высказался за удовлетворение исков к устроителям и руководителям бойкота о возмещении убытков. „Без сомнения — так аргументирует суд свое решение — с системой домашнего производства связан целый ряд печальных явлений, которые заключаются, главным образом, в чрезмерной продолжительности рабочего времени, в низкой оплате труда, в привлечении к работе детей, начиная уже с самого нежного возраста, в нездоровой работе, в тесных, плохо проветриваемых жилых помещениях, кухнях и спальнях, в необеспеченности завтрашнего дня, во вредном влиянии на заработную плату рабочих и фабричных мастеровских. С другой стороны, работа на дому для большого числа семейств служит необходимым подспорьем, в виду недостаточности дохода, доставляемого отцом или главным кормильцем семьи, или даже, если глава семьи неспособен к работе, служит заменой его заработка. Она облегчает семейным женщинам возможность вести домашнее хозяйство и смотреть за детьми, следовательно, предотвращает вред фабричной работы замужних женщин для их семейств; она дает не имеющим средств женщинам и девушкам, которые по общественным или личным причинам не хотят или не могут сделаться фабричными работницами, а также больным и инвалидам, возможность снискать себе средства к жизни. Упразднение домашнего производства нанесло бы экономическому положению всех этих лиц тягчайший удар. В виду таких противоположных, здесь и там достойных защиты, интересов, законодатель и правительственные места с величайшей осторожностью и сдержанностью подходят к обсуждению и решению задач, связанных с урегулированием системы домашнего производства. Было бы невыносимо, а потому и нравственно недопустимо, если бы группа односторонне заинтересованных лиц вздумала насильственно — ко вреду других частей населения — разрешать столь важные и сложные вопросы экономической

политики при помощи имеющихся у нее в распоряжении средств принудительного воздействия бойкота".

Это решение было подвергнуто весьма основательной критике. Между прочим, В. И. Сливицкий, в цитируемой нами статье его, справедливо указывает, что „подобный принцип в сильнейшей степени может задержать плодотворное проявление общественной инициативы, в частности, помешать широким массам населения познать свою силу, как потребителей, и использовать ее в смысле влияния на улучшение общего положения наемного труда в современной системе промышленных отношений. Само собою ясно, что этика воздержания от воздействия, в меру разумения и сил, на изменение к лучшему общественных отношений до урегулирования спорных вопросов законодательным порядком, не может быть этикой жизнеспособного и прогрессирующего народа“.

Нельзя также не согласиться с выводом В. И. Сливицкого о том, что § 826 Гр. Улож. оказался менее всего пригодным для охранения и воспитания „добрых нравов“ в социальной борьбе. Разумеется, говорит он, никто не станет спорить против того, что не всякое средство хорошо, чтобы побороть противника. Есть такие приемы борьбы, от которых брезгливо отвернется всякий „справедливо мыслящий человек“, к какому бы социальному лагерю он ни принадлежал. Обман, шпионство, пользование услугами предателей, насилие и издевательство над убеждениями и совестью людей противоположного лагеря — какой же „справедливо мыслящий“ человек сочтет это допустимым? Но та область „этики борьбы“, где выработался более или менее согласный взгляд на вещи у представителей различных классов общества, сравнительно невелика. В общем же представления борющихся сторон о правде и неправде социальных отношений еще слишком различны, и слишком сильна опасность, что судьи, близкие по психологии вследствие одинаковых условий воспитания и жизни к одной из борющихся сторон, даже при самой высокой степени судейского беспристрастия и добросовестности, окажутся не в силах постоянно контролировать себя по данным народного правосознания и могут, следуя указаниям своей совести, объявить недостойными честного противника и честного борца за правое и хорошее дело такие приемы действий, которые вполне оправдываются как объективными условиями общественного развития, так и правовой совестью передовых общественных групп“¹.

За исключением отношений социальной борьбы, обширное и разнообразное применение § 826 в деле борьбы с ложью и обманом, с эксплуатацией разных видов и оттенков, со всевозможными приемами недобросовестности и злоупотреблений, в общем и целом с успехом выполняет свое социально-воспитательное и экономическое назначение, укрепляя правосознание народа

¹ Сливицкий, цит. статья.

в направлении „добрых нравов“ и поддерживая в обществе мысль, о том, что честное поведение должно составлять нормальное явление в деловом обороте. Необходимо только, чтобы понятие „добрые нравы“ не оставалось окаменелым и неподвижным понятием, а приравнивалось к вечно меняющимся отношениям жизни и отвечало действительному состоянию фактических экономических и социальных отношений.

4

Нашему Гражданскому Кодексу понятие „добрых нравов“ чуждо, и термин этот нигде в нем не упоминается. Идеологическая концепция права, на которой построено наше гражданское законодательство, рассчитанное на действия и условия диктатуры пролетариата, лишает понятие „добрых нравов“ того содержания, которое ему сообщается в буржуазных кодексах, и, при нашем государственно-хозяйственном укладе, делает применение его излишним и качестве регулятора социально-экономической жизни. Эта концепция исходит, прежде всего, из того марксистского положения, что право есть явление историческое, обусловливаемое исключительно экономическими отношениями в каждую данную эпоху и в каждой данной стране, и выражает интерес того общественного класса, который в данную эпоху является господствующим экономически и политически и влияет на структуру этих экономических отношений. Эпоха диктатуры пролетариата, т. е. эпоха экономического и политического господства трудящихся, создает свое право, которое является выражением и защитой классовых интересов трудящихся, как общественного класса, и которое, вследствие этого, проникнуто началами коллективизма, т. е. началами публично-правовыми, доминирующими над частно-правовыми и во многих случаях поглощающими последние.

Соответственно социально-экономической структуре советской государственности, имущественные права предоставляются гражданам и охраняются законом не безусловно в силу принципа естественной правоспособности и субъективных прав личности (принцип, применяемый в буржуазных законодательствах), а лишь в известных пределах и для определенных хозяйственных целей, которые советское государство признает нужным установить.

Цель эта — развитие производительных сил страны (Гр. Код. ст. 4). В соответствии с этим советское государство охраняет не всякое право граждан, а только такое, которое осуществляется не в противоречии с социально-хозяйственным назначением его (ст. 1), т. е. не в целях удовлетворения только личного частного интереса, но в целях удовлетворения интереса общественного и общегосударственного.

Поэтому государство является единственным источником прав, которыми наделяются граждане. Отсюда отправной точкой и руководящим началом при применении и толковании норм Гр. Код. служит общий интерес рабоче-крестьянского государства.

В отличие от буржуазного гражд. права, в котором центром внимания является личность, охраняемая от вторжения государства в сферу ее свободы, в советском гражд. праве центром является коллектив — в лице государства, которое устанавливает границы не себе, а своим гражданам. Граждане имеют только те права и пользуются свободой осуществления их только в тех пределах, какие и в каких государству угодно, по своим хозяйственным и политическим соображениям, предоставить гражданам. Основная же тенденция пролетарского государства в переходный период от частного капитализма через госуд. капитализм к коммунизму — постоянное и систематическое сужение частного капиталистического начала и ограничение сферы применения его. Эта тенденция закреплена в нормах Гражд. Кодекса, распространительное толкование которых допустимо лишь в одну сторону — в сторону охраны интересов рабоче-крестьянского государства и трудящихся масс (ст. 5 Постан. о введении в действие Гр. Код.); за недостатком узаконений и распоряжений для решения какого-либо дела, суд решает его, руководствуясь общими началами советского законодательства и общей политикой рабоче-крестьянского правительства (ст. 4 Гр. Проц. Код.).

Таким образом, буржуазное понятие „добрых нравов“ в смысле комплекса требований морали, т. е. требований, вытекающих из отвлеченного идеалистического начала и сводящихся к личному моменту в юридических взаимоотношениях людей, — это понятие в значительной степени теряет свой смысл при материалистическом понимании правовых взаимоотношений; применение его может иметь весьма ограниченную сферу при коллективистическом характере нашего гражданского законодательства и в условиях господствующего у нас режима государственного капитализма.

Буржуазное индивидуалистическое понятие „добрых нравов“, с которыми должно согласоваться поведение граждан, заменяется у нас коллективистическим понятием „социально-хозяйственного назначения“, в соответствии с которыми должны осуществляться гражданские права, предоставляемые государством гражданам. Это „социально-хозяйственное назначение“, подобно „добрым нравам“ в буржуазных кодексах, служит не только границей договорной свободы, но и самостоятельным источником возникновения и осуществления прав. По общему же духу советского законодательства, понятие „социально-хозяйственное назначение“ обнимает собою обширный комплекс требований общегосударственного значения: развитие производительных сил страны, укрепление диктатуры пролетариата, защита классовых интересов трудящихся и экономически слабых, развитие социалистических принципов для достижения коммунистического строя. Все, что противоречит этим требованиям, признается антисоциальным, антигосударственным и потому не только не санкционируется государством (как и не санкционируется в буржуазных законодательствах все, что противоречит „добрым нравам“), но даже

в некоторых случаях влечет за собою, кроме гражданской ответственности, еще уголовное преследование. За пределами этих требований общегосударственного значения остается небольшой круг требований индивидуального характера и частного значения, нарушение которых может иметь опоращающее влияние на судьбу сделок. Но эти требования наш Гражданский Кодекс фиксирует в соответственных определениях закона (ст. 31, 32, 33), применение которых, при существующей у нас системе широкого судебного усмотрения, делает излишним установление надзаконного критерия достоинства сделок — в виде отвлеченного понятия „добрых нравов“ или „общественного порядка“.

IV. ВОЛЯ И ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕ

1

Всякое действие предполагает присутствие воли, его производящей. В юридическом действии, т. е. таком действии, которое право принимает под свое ведение, момент воли составляет существенное условие действительности его. Но воля есть психологический феномен, скрытый в тайниках души деятеля. Право может распознать волю только во внешнем ее проявлении, лишь после того как она выразилась во вне в каком-либо факте. Проявления воли, оставшиеся в сознании, в виде намерения, желания, помысла, хотя и могут составлять сами по себе акты весьма сложной психической деятельности личности, но области права не подлежат; право знает только акты воли, появившиеся во вне, и считается только с фактами, в которых она выразилась. Воля, ни в чем не выразившаяся, для права как бы не существует.

Поэтому для того, чтобы воля могла связывать стороны во взаимном соглашении (сделке), необходимо, чтобы воля их выразилась в каком-нибудь объективном виде, дающем возможность установить наличность этой воли. Таким образом, понятие юридической сделки складывается из двух элементов: субъективного, состоящего в сознательном волевом акте, как источник волеизъявления, и объективного, состоящего в акте волеизъявления.

Идеально оба эти элемента — воля и волеизъявление — совпадают в юридической сделке, покрывают друг друга и нераздельны: где имеется волеизъявление, там предполагается наличность воли соответствующего содержания. Но в действительности воля и волеизъявление могут не совпадать, между ними может существовать несоответствие, обуславливаемое разнообразными причинами. И тут возникает вопрос: чему следует придавать решающее значение при обсуждении юридических сделок — воле или ее выражению? Т. е. следует ли принимать во внимание лишь внешний факт изъяснения воли, безразлично, была ли эта воля выражена свободно, сознательно, при полном желании и возможности деятеля именно так выразить свою волю, или для оценки

юридической сделки имеет существенное значение субъективная сторона воли — ее внутреннее состояние при выражении во вне? С чем должен считаться суд — с подлинным содержанием воли или с внешним ее выражением в акте волеизъявления?

Ответом на эти вопросы служат две теории — объективная и субъективная. Первая придает юридическое значение не той действительной воле участников сделки, которая всецело относится к сфере их субъективного мира, а той воле, которая выразилась во вне и воспринимается, как объективный факт не только участниками сделки, но и всеми другими, вобщем говоря, гражданским оборотом. По этой теории суд должен считаться исключительно с актом волеизъявления, обсуждая его содержание и последствия не в том смысле, в каком они соответствовали бы субъективно воле того, от кого они исходят, а в том объективном значении, которое вытекает из формального толкования акта¹. Акт волеизъявления в сфере юридических отношений есть как бы опубликование результата соглашения между сторонами (сделки), — подобно тому, как в сфере юридических норм закон есть опубликование результата законодательной работы. Поэтому судья, имея дело с тем или другим актом волеизъявления, должен обсуждать его по его содержанию, независимо от того, соответствует ли оно подлинному содержанию воли участников сделки, — подобно тому, как применяя норму закона, судья толкует ее как объективное выражение воли законодателя, не проверяя подлинное содержание этой воли.

Теорию эту называют „теорией“ изъяснения“ (Erklärungstheorie), и защитники ее довольно многочисленны (Иеринг, Бер, Лотмар, Леонгард, Ленель, Гердер и др.).

Другая теория — „теория воли“ (Willenstheorie) исходит из того, что воля и волеизъявление должны покрываться, ибо иначе волеизъявление не имеет никакой силы. По учению Савиньи, которому эта теория обязана своим развитием, между волею и ее изъяснением существует отношение, подобное отношению между духом и телом; как одна воля без изъяснения ее во вне не может иметь значения, так, наоборот, не может иметь никакого значения и одно изъяснение без воли. В области сделок каждый автономен и сам определяет свою юридическую судьбу, следовательно, решающее значение имеет его воля, и все, что ей противоречит, что с ней не совпадает, что ею не покрывается, — недействительно. Волеизъявление должно быть понимаемо лишь как средство к распознаванию подлинной воли, оно есть только вестник, оттиск воли; и неправильно говорить, что изъяснение

¹ „Воля неуловима. Изъявление уловимо. Так как у человека нет органа для сознания неуловимого (чисто внутреннего события) в другом человеке, то в гражданском обороте и перед судом может быть принята во внимание только воля, воплотившаяся в изъяснении, и ей не может быть приписано никакое другое содержание кроме того, которое может быть постигнуто из изъяснения воли“. (Bekker, systm qes pandectenrechts).

воли есть воля в чувственном (чувствами воспринимаемом) проявлении. Поэтому в каждом отдельном случае требуется установить, покрывается ли субъективное содержание данной воли соответствующим ему объективным волеизъявлением, и в зависимости от этого признавать или не признавать юридическую силу за волеизъявлением. Эта теория, развитая Савиньи, считает в числе своих приверженцев Виншеда, Вехтера, Цительмана, Энексеруса и др. Каждая из этих теорий имеет свой *raison d'être*, но ни одна из них не может на практике применяться со строгой последовательностью и односторонностью.

Теория волеизъявления соответствует потребностям гражданского оборота, интересы которого были бы необеспечены и поставлены в неопределенное положение, если бы волеизъявления толковались не по их объективному, для всех участников оборота распознаваемому содержанию, а исключительно с точки зрения внутреннего состояния воли, на основании предположений о неуловимых, недоступных констатированию, желаниях, намерениях, мотивах лица, выразившего волю. Это значило бы основать гражданский оборот на шаткой почве и лишить его устойчивости, что могло бы весьма вредно отзываться на всем хозяйственном и юридическом строе.

Всякое изъявление воли лица имеет целью воздействовать на контрагентов, вызвать у них представление о существовании у лица определенной воли и побудить их к соответствующим с этим представлением встречным действиям. Кроме того, в гражданском обороте взаимно связаны интересы многих людей. Действительность или ничтожность юридической сделки может иметь последствия не только для контрагентов, непосредственно связанных договорами, но и для третьих лиц, которые могут находиться под воздействием данного волеизъявления и интересы которых могут быть связаны с данной сделкой. Очевидно, что с точки зрения устойчивости гражданского оборота, требующей твердой уверенности участников сделки и третьих лиц в обеспеченности прав, обуславливаемых данным волеизъявлением, необходимо, чтобы, как общее правило, каждое волеизъявление считалось всецело покрывающим собою подлинную волю автора сделки, т. е. чтобы воля, изъятая и получившая формальное выражение во вне, принималась по общему правилу за подлинную, — разве бы в отдельных случаях было доказано иное. Но в этих случаях доказывать недостатки воли, обуславливающие несоответствие между ее подлинным содержанием и волеизъявлением, лежит на обязанности того, кто опирается на волеизъявление. Таким образом, волеизъявление получает как бы независимое от воли бытие, как самостоятельный объективный фактор, определяющий сущность сделки и ее юридические последствия.

Но с другой стороны, эта объективная теория, односторонне применяемая, может привести на практике к неправильным последствиям. Рядом с интересами гражданского оборота, требующими

формальной твердости волеизъявления, имеются интересы живой личности, к которым государство не может относиться безразлично и которые требуют, чтобы подлинная воля автора сделки не поглощалась мертвым формализмом юридического акта волеизъявления. Случаи такого несоответствия в области договорных отношений могут вызываться разнообразными причинами, заключаясь в воле отсутствующей (несовершеннолетних), слабой (недееспособных), заблуждающейся, принуждаемой и т. п. и также в несовершенстве техники волеизъявления (описка, обмолвка, оговорка, двусмысленность и неопределенность выражения и т. п.) Если во всех этих случаях применять „теорию волеизъявления“ отвлеченную от воли, то интересы личности остались бы без всякой защиты, что является недопустимым при современном состоянии правосознания, требующего от государства вмешательства для защиты лиц, духовно и экономически слабых. С этой точки зрения, судьба сделки должна определяться не абстрактной волей, презумптуемой в данном волеизъявлении, а конкретным содержанием воли, которое составляет подлинный действительный элемент данной юридической сделки. Таким образом, теория волеизъявления представляется антисоциальной и, применение ее, как всякой формальной системы, может привести на практике к нежелательным последствиям.

Но и противоположная ей субъективная „теория воли“ не выдерживает критики и не оправдывает себя на практике. Ибо, опираясь на внутренние процессы душевного мира человека, она не может быть пригодна для права, которое имеет дело не с проблемами внутреннего мира человеческой воли, а с внешними проявлениями воли, объективно зафиксированными. Применение этой теории означало бы заменить объективный пригодный для целей права критерий наличности воли, заключающийся в акте волеизъявления, неопределенным и ненадежным исследованием внутренних процессов в волевой сфере.

Затем субъективная сторона воли, имеющая столь важное значение в уголовном праве при оценке „вины“ деятеля, не может иметь этого значения в гражданско-правовых отношениях — для погашения гражданских последствий совершенного действия. Напр., некто совершает сделку под влиянием аффекта или в состоянии опьянения. Является ли он ответственным за эту сделку, должна ли она считаться юридически действительной? Если тут не было воли лица на совершение самой сделки, то само опьянение было результатом его воли, и поэтому он должен отвечать за действия, которые он учинил, доведши себя добровольно до бессознательного состояния. Также действие, совершенное под влиянием принуждения, все-таки может считаться произведением воли, потому что человек с твердым характером может остаться непоколебимым, как бы сильно ни было принуждение. Самое принуждение можно считать ничем иным, как мотивом, определившим его волю, и так как, вообще, при

действия на волю влияют различные мотивы, как надежды, опасения и т. д., которые и определяют ее к тому или другому акту, при чем этим не уничтожается самая воля, — то и принуждение в качестве мотива не уничтожает волю лица, производившего действие. На определение воли всегда имеет влияние какое-нибудь обстоятельство, опасения, сообщительным образом, напр., известные расчеты, придающий значение дительности о необходимости поступить так, а не иначе и т. д. Если последовательно проводить принцип, придающий значение воле, а не факту проявления воли, то всякое действие может быть легко опорожено и представлено в виде действия, совершенного под влиянием аффекта, принуждения, ошибки и т. д.

Таким образом, и та и другая теория при своем применении на практике оказывается неудовлетворительной: с одним случаем односторонне защищаются интересы тех, кто воспринимает волеизъявление и всех третьих лиц, находящихся под его воздействием — в ущерб интересам личности автора сделки; в другом случае — интересы того, от кого исходит волеизъявление — в ущерб участникам сделки и интересам гражданского оборота. Тут имеется весьма трудная проблема. С одной стороны, представляется недопустимым, противоречащим самой природе договорного соглашения, — возложение на изъявившего волю обязанностей, которых он в действительности в момент изъявления воли в виду не имел и не желал; с другой стороны, представляется несправедливым и противоречащим интересам контрагента — освобождение изъявившего волю от обязанностей, на исполнение которых контрагент рассчитывал и на основании которых он, в свою очередь, мог обязаться перед третьими лицами и, таким образом, невинен потерпеть убытки.

В виду неуволности момента воли, в новейшей юриспруденции замечается стремление совершенно отказаться от оценки юридических сделок с точки зрения момента воли и придавать значение не воле или ее выражению, а моменту добросовестности, обнаруженному в каждой данной сделке авторами ее и оцениваемому свободным усмотрением судьи. К такому синтезу, отчасти, приходит «теория доверия» (Vertrauenslehre), представляемая Германом, Гартманом, Беккером и также Дернбургом и др. Эта теория находит масштаб, которым должно измеряться соответствие или несоответствие каждого волеизъявления предположительному или необходимому для гражданского оборота соответствию или несоответствию к сделкам. «Мы не можем, говорит Беккер, выставить окончательных правил, а должны довольствоваться отнесением всего учения в области bona fides: судья должен решать о том, должно ли в отдельном случае придать более значения воле или ее изъявлению, и какие факты при этом намерении положить на весы»¹.

¹ Bekker, „System des Pandectenrechts“.

Римская юриспруденция не допускала исследования воли, она выразилась в требуемой форме (stipulatio). Этот формальный взгляд на договорное обязательство римляне выразили в известной лапидарной формуле: *quatinvis incoactus poluiss tamen coactus volui* (хотя будучи не принужден, я не пожелал данного юридического результата, однако, будучи принужден, все таки пожелал)¹.

Таким образом, по догме Римского права, решающее значение при обсуждении юридических сделок придается одному внешне факту изъявления деятелем воли, а не самой воле, т. е. сделка оценивается по буквальному смыслу, по внешней форме, в которой воля выразилась, безразлично к ее внутреннему состоянию. Только в позднейшем праве, путем преторской практики, этот формализм был до некоторой степени смягчен и допускалось исследование воли лишь в исключительных грубых случаях: принуждения (metus), обмана (dolus), ошибки, (error).

Современные законодательства в общем стоят на точке зрения теории воли, признавая, что только подлинная воля может служить основанием договорного соглашения, но, принимая вместе с тем, что волеизъявление должно толковаться, по совокупности обстоятельств, как источник воли. Эта средняя точка зрения, между прочим, принята Герм. Гр. Улож. С одной стороны, оно отвергает буквальное волеизъявление и требует установление „действительной воли“ участников сделки (§ 133); с другой стороны, признает акт волеизъявления ближайшим и решающим средством для распознавания этой воли, — поскольку не имеется явных указаний на уклонения выраженной воле от действительной воли, при чем и в случаях такого противоречия между волей к волеизъявлению, недействительное волеизъявление теряет свое значение не при всех, а лишь при известных условиях, определяемых различно для разных юридических отношений, и не всегда освобождая автора недействительного волеизъявления от ответственности. Другими словами, волеизъявление принимается за подлинную волю, пока несоответствие между ними не доказано тем, кто его утверждает.

Также другие законодательства (Швейцарское, наш дореволюционный проект обязат. права) в общем стоят на принципе волевой теории. По господствующему в литературе мнению, точка зрения, исходящая из этой теории, признается правильной, потому что „в нормальной граждански-правовой жизни не слепая

¹ Это ригористическое положение римской юриспруденции некоторые объясняют тем, что римские юристы принадлежали большей частью к стоической школе философии, а по учению стоиков от человека требуется, чтобы он определялся в своих действиях не постороннею, а собственно волею; поэтому человек, совершивший сделку, хотя и под влиянием принуждения, должен считаться действовавшим по своей воле.

случайность описки, ошибки и т. д., а только сознательная и свободная воля людей может быть поставлена в качестве активного правотворящего агента. Только в принципе воли может найти себе надлежащее выражение идея частной автономии личности, и отказ от этого принципа лишил бы гражданское право той ариадниной нити, которая единственно может провести его через запутанный лабиринт всевозможных коллизий¹.

V. ВОЛЯ ЗАБЛУЖДАЮЩАЯСЯ. ВОЛЯ ПРИНУЖДАЕМАЯ. (Ошибки, обман, угроза)

1

Современное договорное право зиждется на том общем начале, выдвинутом еще доктриной естественного права, что всякое соглашение должно быть исполнено (*pacta sunt servanda*). Но это положение применимо только в том случае, когда сделка является результатом свободной воли договаривающихся; в противном случае, когда сделка заключена под влиянием какой-нибудь ошибки, обмана, принуждения или угрозы, когда, таким образом, в сделке не выявилась подлинная воля, — сделка может подлежать уничтожению. Но эти понятия: ошибка, обман, принуждение, угроза — заключают в себе элемент субъективный, изменчивый в своем объеме и степени напряжения, — в зависимости от индивидуальных свойств субъекта. Поэтому и в виду того, что гражданский оборот требует устойчивости и разрушение заключенных юридических сделок не может быть поставлено в зависимость от субъективных изменчивых психических процессов контрагента, — не всякая ошибка, не всякий обман, принуждение и угроза может служить основанием к признанию договора недействительным, а только такие, которые существенно, объективно и безусловно оказывали влияние на проявление воли и притом касались существенных, а не второстепенных элементов договора.

Отыскание общего критерия существенности ошибки, обмана, угрозы, как момента, опорачивающего сделку, представляется весьма трудной проблемой. Созданное юриспруденцией в этом отношении учение приходит в общем к выводам в значительной степени неопределенным. Неопределенность эта выражается, главным образом, в разрешении вопроса о том, какой применять критерий — субъективный, т. е. такой, при котором принимается во внимание то, что считается существенным по личным понятиям данного конкретного человека, воля которого была при заключении договора поражена ошибкой, обманом, угрозой, или объективный, т. е. такой, при котором должно быть принято во внимание то, что считается существенным по общим понятиям данной среды, данным условиям оборота и т. д.

¹ Локровский, цитир. сочинение.

Возьмем такой пример: наниматель, нанимая дом, не знал, что он значится под № 13; эта ошибка для него, как суеверного человека, имеет весьма важное существенное значение; если бы он это знал, он не нанял бы дома. Может ли на основании этой ошибки быть разрушен договор найма? Очевидно, тут субъективный критерий неприменим, ибо такой суеверный страх перед числом „13“ является личной особенностью данного нанимателя, который должен нести все последствия своей ошибки.

Но если этот наниматель при найме дома предварительно осведомился у собственника, не значится ли он под № 13, и собственник умышленно ответил отрицательно и, таким образом, обманул нанимателя, — может ли последний требовать расторжения договора, как заключенного под влиянием обмана? Тут возможен двоякого рода ответ: положительный, — если, применяя субъективный критерий, считаться с понятиями и свойствами нанимателя, независимо от того, основательны они или нет, и отрицательный, — если принять во внимание, что объективно, по общим понятиям и взглядам разумных людей, номер дома не может иметь никакого значения для нанимателя его и, следовательно, ошибка данного нанимателя ни в какой мере не может считаться существенной, хотя бы суеверный страх причинял данному нанимателю тяжелые переживания и лишил бы его возможности поселиться в этом доме.

Та же неопределенность критерия имеется и в отношении угрозы. Не все люди одинаково поддаются влиянию угрозы; степень давления угрозы на волю зависит от личных свойств субъекта, от объективных обстоятельств каждого конкретного случая и т. д. То, что для одного представляется серьезной, основательной угрозой, возбуждающей в нем страх потерпеть лишение, для другого имеет очень слабое значение или вовсе не имеет значения. Один с твердым характером находит в себе мужество противостоять принуждению и не подчиняться насилию чужой воли, другой лишен этого мужества; для одного угрожаемое благо, в силу каких-либо личных свойств и особого душевного склада, имеет очень большое значение и отнятие его может причинить большое страдание, а для другого это благо — простая прихоть и отнятие его может причинить ему только мимолетное неудобство. Угроза, способная произвести сильное впечатление на человека простого, суеверного, не будет иметь значения для человека развитого, образованного. Словом, разные люди могут различно реагировать на угрозу, в зависимости от душевного склада человека, от степени его развития, пола, возраста и т. д. Какой же критерий тут должен быть применяем — субъективный или объективный?

Да и самый вопрос о том, является ли угроза формой принуждения, опорачивающей сделку, — может быть поставлен под сомнение. При психическом принуждении (угрозе) лицу ставится альтернатива: или перетерпеть страдание, которое ему угрожает,

и не подчинить свою волю чужой воле, или совершить вымогаемую сделку и тем избежать грозимого зла. Если он выбирает совершение сделки, вымогаемой от него, то значит он этого хочет, значит он тут проявляет свою волю. Поэтому римское право, как уже было выше упомянуто, считало, что юридическое действие, совершенное под влиянием принуждения, все-таки признается продуктом воли и не может считаться безусловно ничтожным: *quamvis incoactus voluissent, tamen coactus volui* — говорит римский юрист. Вообще, определение воли всегда находится под влиянием какого-либо обстоятельства и до известной степени всегда чем-нибудь принуждается. Какому же принуждению должно быть придано значение юридического момента, оказывающего влияние на силу сделки?

2

Как в ошибке, так и в обмане мы имеем дело с заблуждением человека. Различие заключается в том, что в ошибке заблуждение коренится в самом действующем лице, в его собственном неведении или умственном промахе, а в обмане заблуждение имеет своим источником действие другого лица, намеренно и с корыстной целью вызвавшего в действующем лице ошибочные представления о данном предмете.

Под общее понятие заблуждения, в юридическом смысле, подходят двоякого рода случаи: такие, в которых отсутствует какое-либо определенное представление вследствие неведения о существующем предмете или происшедшем факте, и случаи, когда существует ложное представление (ошибка в собственном смысле), не соответствующее действительности. В том и другом случае мы имеем несоответствие между волей и волеизъявлением; только при неведении ложное представление — отрицательное, без содержания, при ошибке — ложное представление имеет положительное содержание, не соответствующее действительности.

Ошибка, как бессознательное несоответствие между волей и волеизъявлением, может обуславливаться разными причинами и выражаться в разных формах: ошибка в акте волеизъявления вследствие описки, обмолвки, двусмысленности выражения и т. д., ошибка вследствие неправильно понятого содержания или смысла волеизъявления, ошибка относительно каких-либо обстоятельств, с которыми связано самое заключение сделки, при чем ошибка, смотря по содержанию заблуждения, может относиться или к самой воле или к мотиву воли, ошибка относительно юридической природы заключаемой сделки и проч.

Савиньи различает: ошибку в волеизъявлении и ошибку в содержании волеизъявления. Ошибка первого рода заключается в том, что действующее лицо выражает не то, что хочет выразить; тут, собственно говоря, нет подлинной ошибки, а есть отсутствие воли, и потому нет и сделки. При ошибке второго рода действующее лицо,

хотя выражает то, что хотел выразить, но делает это под влиянием ложного представления о положении вещей. В этом последнем случае имеется подлинная ошибка; к этого рода ошибке и должно относиться учение о влиянии ошибки на силу юридического действия.

Не всякая ошибка, однако, может опорочить правовое действие и лишить его силы. Разрешение вопроса, в каких случаях и какая ошибка может служить основанием для опорочения сделки, — составляет трудную проблему в учении об ошибке.

Римское право, руководствуясь общим правилом, что законы гражданские пишутся для людей бдительных (*ius civile vigilantibus scriptum est*), выработало в этом отношении многочисленные подразделения видов ошибок с разным значением их для правовых действий: ошибка в праве (*error iuris*), ошибка фактическая (*error facti*), ошибка извинительная и неизвинительная и т. д. Ошибка в праве, по общему правилу, не могла вести к недействительности действия; ошибка фактическая опорочивала действие в отдельных случаях лишь по признанию судьей ее существенности, извинительности и пр.

Современные законодательства в общем допускают влияние ошибки на юридические последствия сделок в весьма ограниченных пределах. Этого требует устойчивость гражданского оборота, в особенности, в области торговых сделок.

В общем политика законодательств в вопросе о влиянии ошибки сводится к тому, что в области торгового оборота ошибка, касающаяся несущественных сторон сделанных волеизъявлений, не может иметь влияния на юридические последствия сделок и всецело падает на того, кто ошибается. Тут не имеет места критерий извинительности или неизвинительности ошибки: всякая такая несущественная ошибка ставится в счет ошибающемуся; каждый может ошибаться только за свой счет. Вопрос о том, какие пункты волеизъявления следует считать существенными или несущественными, — вопрос факта, который может быть разрешен усмотрением суда по конкретным обстоятельствам данного правоотношения. Общим критерием тут может служить разумный интерес участников сделки; если ошибка такого рода, что, как можно предположить, не будь этой ошибки, не была бы заключена сделка, как не соответствующая разумному интересу участника, то мы имеем налицо ошибку существенную.

Во французском законодательстве различаются три вида ошибки: 1) ошибка в природе сделки и тождестве ее предмета; такая ошибка безусловно разрушает сделку; 2) ошибка в лице и существенных качествах предмета; такая ошибка сама по себе не разрушает сделки, но может дать право на ее оспаривание; 3) ошибка в несущественных качествах предмета и мотивах сделки; такая ошибка остается без влияния на действительность сделки, за исключением некоторых случаев, указанных в законе, напр., случаев обмана.

По Герм. Уложению ошибка определяется одновременно субъективным и объективным моментом: первый находит свое выражение в требовании таких качеств ошибки, наличие которых позволяла бы думать, что сделка не была бы заключена, если бы эта ошибка сознавалась при ее заключении; второй — выступает в требовании обсуждения этой ошибки согласно воззрениям гражданского оборота (§ 119). Решение вопроса об извинительности ошибки для каждой отдельной сделки, в случае заявления спора о ней, предоставляется свободному усмотрению судьи. В случае, если договор оспорен на основании ошибки, за потерпевшей стороной, если она не знала при заключении договора об ошибке, признается право искать те убытки, которые понесены ею вследствие признания договора недействительным (§ 122).

По нашему Гражд. Кодексу для оспоримости сделки, совершенной под влиянием заблуждения, требуется, чтобы оно имело существенное значение (ст. 32). Закон не дает никаких указаний ни относительно понятия заблуждения и обнимаемых им видов ошибки, ни относительно критерия существенности заблуждения. Следовательно, разрешение этих вопросов предоставляется всецело свободному усмотрению суда в зависимости от обстоятельств каждого конкретного случая.

В качестве общей директивы для суда можно установить следующие руководящие положения относительно главных видов заблуждения:

1) Ошибка в лице контрагента: А полагает, что заключает договор с Б, но оказывается, что контрагент его В. Имеет ли такая ошибка влияние на силу договора? Конечно, для договора весьма существенна личность контрагентов его, так как оборот основан в значительной степени на доверии, и следовательно, договор, заключенный с ошибкой в лице контрагента, должен считаться недействительным. Но если с этой ошибкой в лице контрагента не связано никакого имущественного ущерба для другого контрагента, впавшего в ошибку, и договор, заключенный с такой ошибкой, исполнен и ликвидирован так, как будто вовсе не было ошибки, то нет основания для признания недействительности сделки. Напр., товар продан на наличные деньги, при чем оказывается, что продавец ошибся в лице покупателя, полагая, что он продает товар А, а на самом деле купил товар Б. Тут ошибка не имела для продавца значения, не привела ни к каким невыгодным для него результатам, а потому он не может опротестовать договор, который остается в силе. Другое дело, если товар продан в кредит, тогда личность покупателя имеет значение для продавца, и поэтому договор, заключенный с ошибкой в лице кредитора, должен считаться ничтожным.

2) Ошибка в предмете договора может касаться существования предмета (договор заключается относительно предмета, который вовсе не существует), или тождественности предмета

(напр., А продает вещь X, а покупатель полагает, что договор заключается относительно вещи Y), или количества и качества предмета. (Один контрагент имеет в виду большее количество, чем другой; кто-либо покупает вещь, полагая, что она золотая, а она оказывается позолоченной).

Во всех этих случаях влияние ошибки на действительность договора зависит от того, связан ли с ошибкой какой-либо имущественный ущерб для того из контрагентов, кто впал в ошибку. Тут, вообще, следует иметь в виду, что задача закона не разрушать, а поддерживать силу установившегося юридического положения и, следовательно, если ошибка не затрагивает реального интереса, сделка должна оставаться в силе.

3) Заблуждение в мотивах сделки, вообще, не должно быть принимаемо в значении обстоятельства, могущего влиять на ее действительность, ибо таким заблуждением не нарушается свободная воля при заключении сделки. Мотивы воли не входят в юридический состав сделки: право, вообще, не интересуется побуждениями участников сделки и ему безразлично, почему совершается та или другая сделка, а важно только то, что совершается в сделке. Но иногда мотивы сделки получают юридическое значение, именно, когда они вносятся в ее содержание в виде условия, от которого зависит юридический эффект этой сделки, или выступают в качестве единственной побудительной причины к совершению сделки, указывающей на ее определенную хозяйственную или юридическую характеристику, так что сделка и не возникла бы, если бы не было в виду осуществления самого мотива сделки. В этих случаях, разумеется, заблуждение в мотиве может оказывать влияние на силу сделки.

4) От заблуждения в мотивах следует отличать заблуждение в цели сделки. Последнее также не может рассматриваться, как обстоятельство, влияющее на действительность сделки, потому что и тут не нарушается свободная воля при заключении сделки. В гражданском обороте очень часто встречаются сделки, которые оказываются невыгодными для одной из участвующих сторон, вследствие ошибочной коммерческой конъюнктуры, т. е. вследствие неверных ошибочных представлений (заблуждения) об экономических условиях оборота или коммерческих последствиях исполнения сделки (напр., кто-нибудь покупает товар в надежде на повышение цен и ошибается в расчете; цены не повышаются, а падают). Разумеется, такое заблуждение не может опротестовать сделку¹.

¹ На основании ст. 30 Гражд. Код. недействительны сделки, направленные к явному ущербу для государства. Сюда, главным образом, относятся сделки, заключаемые трестами или другими хозяйственными органами на явно убыточных для государства условиях. При применении правила ст. 30 было бы неправильно признавать за ошибкой в мотивах (целей) опротестовываемое значение (как это иногда допускается нашей судебной практикой). Под словами „явный ущерб для государства“ следует понимать

На практике между целью и мотивом часто существует тесная связь, благодаря которой они сближаются и трудно различимы. В тех случаях, когда цель сделки входит в ее содержание и стоит в непосредственной связи с юридическим эффектом сделки, заблуждение в такой цели изменяет юридический состав сделки и поэтому должно быть рассматриваемо, как ошибка воли, лишающая сделку ее силы.

5) Заблуждение вследствие незнания закона не оказывает влияния на силу сделки: все последствия падают на заблуждающегося; это основывается на той предпосылке, что все граждане обязаны знать законы, которые для этого и публикуются ко всеобщему сведению. Хотя в действительности предположение, что все знают законы, не оправдывается, но это одна из тех фикций, которые вызываются сущностью закона, как основы юридического быта, который без этой фикции не мог бы существовать.

В особенности эта фикция оправдывается в СССР, где все граждане участвуют в лице своих выборных в издании законов и где законы являются действительным отражением правосознания граждан.

3

Для нас теперь представляется ясным и очевидным, что закон должен заступиться за обманутого и признать ничтожную сделку, совершенную под влиянием обмана. Но было время, когда это вовсе не казалось очевидным, когда обманное действие контрагента, хотя и считалось безнравственным, но не признавалось подлежащим ведению гражданского закона. Известен рассказ Цицерона о хитром Сиракузском купце, обманувшем благородного римского гражданина Кания. Этот купец пригласил Кания в свой сад и устроил ему нечто вроде спектакля с декорациями и статистами, подобно знаменитым Потемкинским феериям: множество рыбаков маневрировало в лодках перед садом и поминутно вносили рыбу за рыбой, пока Каний не попался в расставленные сети, купивши виллу с садом за дорогую цену и заключивши соответственное условие (вроде нашего векселя). На завтра римский гражданин не нашел ни рыбаков, ни лодок, ни рыбы, и был, конечно, не мало разочарован, заметивши, как основательно его надули. Но расторгнуть договор невозможно было; закон того времени не имел средств помочь ему. Тогда еще не существовало знаменитого закона Эквилия Галла против *dolus malus*, против обмана и ухищрений в гражданском обороте.

Ущерб по такой сделке, убыточность которой была ясна и очевидна при самом совершении ее, вытекая непосредственно из самих условий ее, а не, вообще, всякий ущерб, причиненный государству сделкой, убыточность которой явилась результатом хозяйственной невыгодности или нецелесообразности самой сделки, или в результате неудачной хозяйственной деятельности контрагента, или вследствие общеэкономических причин. В этих случаях, разумеется, договорные сделки расторжению, как недействительные, подлежать не могут.

„Этим законом (изданным в 688 г.),—говорит Колер,—был дан правовой жизни Рима сильный спасительный толчок, и законодательство приобрело новый могучий рычаг для действия. У всякого, взирающего в вечном городе на развалины Форума, грудь должна высоко подниматься при мысли о культурной благодати, распространенной с этого места по всему миру. Издание Эквилия закона, завоевавшего судопроизводству новую позицию, представляет юридический факт величайшей важности: Эквилию удалось фиксировать находившуюся в воздухе идею и обратить ее в неотъемлемую принадлежность права. Начиная с этого момента, принцип доверия проникает постепенно во все поры римского права и становится его главным украшением, его постоянным преимуществом перед законодательствами других стран, ибо нигде процесс поглощения этой этической идеи правовой жизнью не совершился в таком размере и с такой энергией как в Риме“¹.

Понятие, существо и виды обмана определяются в уголовных кодексах. Влияние обмана на юридические последствия сделки определяются в гражданских законах.

Обманом, по нашему уголовному закону, „считается, как злоупотребление доверием или обман в целях получения имущества или права на имущество или иных личных выгод (мошенничество)“. (Угол. Код., прим. к ст. 169). Гражданское понятие обмана шире уголовного. Опорочивающее влияние обмана на силу сделки может иметь место и в случае отсутствия существенных элементов уголовного деяния. Обманом, влияющим на действительность сделки (Гр. Код., ст. 32), должны считаться не только те виды его, которые предусмотрены уголовными законами, но всякое намеренное извращение истины, путем ложного утверждения или недобросовестного умолчания, с корыстной целью возбудить в контрагенте неверные, несоответствующие действительности представления и тем побудить его к заключению сделки.

С другой стороны, для того, чтобы обман опорочил сделки, недостаточно, вообще, лживого утверждения, направленного на возбуждение в ком-либо ложного представления, а необходимо, чтобы обманщик имел в виду определенное лицо и определенные последствия, на которые направляется обманное действие, т. е. необходима прямая причинная связь между обманом и заключением данной сделки. Поэтому, напр., рекламная публикация торговца с лживым восхвалением своего товара, или выкрикивание продавца с целью привлечь внимание покупателей не составляют обмана в гражданском смысле. Также не составляют обмана лживые обещания или заверения, так как они не касаются существующих фактов, а относятся к возможным в будущем действиям, напр., если кто-либо обещает контрагенту к сроку

¹ Kohler, „Schakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“, 1883, — Русский перевод — „Шекспир с точки зрения права“, 1899 г.

уплатить деньги, заверяя, что эти деньги он имеет получить от другого, между тем как в действительности никаких денег он получить не должен. Также нет обмана в случае отсутствия у обманщика личной корыстной цели, напр., когда имеется в виду путем обмана спасти обманывавшего (обман, который римляне называли *dolus bonus*, в отличие от корыстного обмана — *dolus malus*).

Обманом считается не только утверждение заведомо ложных фактов, но и умолчание или сокрытие истины. Но не всякое сокрытие истины составляет обман, так как, вообще, не существует обязанности открывать другому глаза на окружающее: только в случае, если по свойству договора на контрагенте лежит прямая обязанность сообщить истину относительно предмета или обстоятельств договора, сокрытие этой истины образует обман, напр., при заключении страхового договора — сокрытие истины относительно наличия состояния имущества и т. п.

Итак, основным признаком обмана в гражданском смысле является то, что по результатам своим он приводит к заблуждению контрагента относительно предмета или мотивов сделки; в этом смысле обман, как уже выше было упомянуто, является одним из случаев ошибки вообще.

Поэтому некоторые считают обман осложненным заблуждением. Различие между заблуждением от ошибки и заблуждением от обмана заключается в том, что в первом случае дефект волевого акта обуславливается свойствами самого субъекта (невнимательностью, недостатком внимательности и сообразительности, вообще, умственным промахом), а во втором случае имеется вторжение постороннего лица в сферу свободного самоопределения субъекта, совершающего сделку. Это различие имеет принципиальное значение в смысле юридических последствий: последствия ошибки без обмана, по общему правилу, ложатся всей тяжестью на того, кто ошибается, и только в исключительных случаях ошибка освобождает от договорной ответственности; последствия ошибки от обмана падают всецело на того, кто обманывает, так как обманное действие, как преступное (если оно предусмотрено уголовным законом) или недозволенное правилами общежития и морали, не может служить в пользу лица, виновного в его совершении.

4

Общим понятием принуждения обнимается два вида его: угроза и насилие; т. е. принуждение может быть или психическим, когда одно лицо угрозой причинения морального или физического или имущественного вреда заставляет другое лицо, для избежания грозимого зла, совершить сделку, или физическим, когда одно лицо делается безвольным, пассивным орудием другого лица, применением физической силы вынуждающего его совершить какой-либо юридический акт (напр., одно лицо насильно рукой другого подписывает вексель или другой доку-

мент, или подвергает его нестерпимой физической боли, побоям, истязаниям до тех пор, пока он не согласится подписать документ)¹.

В обоих случаях нет свободного изъявления воли, которое по общему правилу требуется для действительности сделки. Поэтому лицо, совершившее сделку под влиянием угроз или насилия, может требовать по суду признания сделки недействительной (Гр. Код. ст. 32). Для признания сделки недействительной, как заключенной под влиянием принуждения, не требуется, чтобы это принуждение было уголовно-наказуемым, оно может быть безразличным с точки зрения уголовного закона.

Однако, не всякая угроза может считаться принуждением и служить основанием для опорожнения сделки. Принуждением должно быть противозаконным, т. е. должно содержать в себе угрозу таким действием, на которое угрожающий не управомочен законом и которое, следовательно, является актом насилия с его стороны. Поэтому принуждение к совершению какого-нибудь юридического акта угрозой, что в противном случае угрожающим будет приняты законные меры понуждения (обращение к милиции, к прокурору, к суду, к судебному приставу) или будут им применены иные дозволенные законом средства охраны своих интересов (напр., объявление неисправного должника несостоятельным), не может служить основанием признания сделки недействительной, как заключенной под влиянием принуждения. Также не могут оказывать влияния на действительность сделок такие угрозы, часто встречающиеся в жизни, как угроза прервать деловые отношения, вступить в деловые переговоры с другим лицом, оставить место и перейти на службу в другое предприятие, открыть конкурирующее промышленное или торговое заведение и т. д.

Но и не всякая противозаконная угроза может считаться принуждением в смысле опорожнения сделки. Психическое принуждение под влиянием угрозы должно заключаться в том, что она должна вызывать у угрожаемого страх за какое-либо существенное благо его или его близких. Следовательно, угроза должна быть: 1) направлена на такое благо, отнятие которой представляло бы серьезное лишение или зло для угрожаемого, и 2) она должна быть такою, чтобы она могла не только субъективно, но и объективно оказать влияние на угрожаемого, т. е., чтобы всякий человек средней рассудительности и чувствительности, среднего мужества и самообладания должен был бы оказаться под влиянием принуждения в виду такой угрозы. Угроза, направленная на какое-нибудь незначительное благо (напр., угроза

¹ Психическое принуждение определяется в нашем Угол. Код. как вымогательство; в ст. 174 „вымогательство, т. е. требование передачи каких-либо имущественных выгод или права на имущество или же совершения каких-либо действий под страхом насилия над личностью потерпевшего, оглашения о нем позорящих сведений или истребления его имущества, карается“...

сообщить об угрожаемом что-нибудь смешное или неприятное или перестать кланяться, не подать руки в обществе и т. д.), или угроза, рассчитанная на очень трусливого и безвольного человека (напр., некто испугался такой угрозы, которая обыкновенному среднему человеку показалась бы пустяковой, неосновательной), — не может считаться принуждением в смысле ст. 32 Гр. Код.

Такое ограничительное толкование ст. 32 вызывается тем соображением, что широкое допущение оспаривания сделок в случаях неосновательных пустых угроз представляло бы большую опасность для гражд. оборота: оно лишило бы понятия угрозы, как нормы принуждения, всякой определенности, и благодаря этому могла бы получиться неустойчивость обязательственных правоотношений и приобретенных прав. Поэтому в некоторых кодексах понятие принуждения определяется более точными признаками. По нашему дореволюционному проекту обязательственного права в ст. 61 это понятие определялось следующим образом: „Изъявление воли признается последовавшим под влиянием принуждения, когда оно вынуждено насилем, лишением свободы, истязанием или возбуждением страха угрозою нанести личный или имущественный вред совершившему сделку или кому-либо из его близких“. Герм. Гражд. Уложение придерживается субъективной точки зрения, не давая понятию угрозы никаких ограничительных определений (§ 123). Швейц. обяз. право, напротив, применяет объективный критерий, постановляя, что страх, возбуждаемый угрозой, считается обоснованным только в том случае, когда угрожаемый должен был, по конкретным обстоятельствам дела, ожидать для себя или для кого-либо близко связанных с ним лиц близкой и явной опасности от угрозы в отношении здоровья, жизни, чести или имущества (ст. 30).

По Франц. Гражд. Кодексу угроза должна быть такова, чтобы иметь влияние на человека рассудительного, а самый вред от угрозы должен быть немаловажным (ст. 112).

Для признания договора недействительным вследствие принуждения не требуется, чтобы принуждение исходило непременно от другой стороны, участвующей в двусторонней сделке; оно может исходить от третьих лиц, при чем безразлично, знала ли другая, участвовавшая в сделке, сторона о таком принуждении или нет.

Принуждение служит основанием недействительности сделки, когда насильственные действия или угрозы направлены не только на самого контрагента, но и на близких ему лиц, при чем некоторые законодательства ограничивают круг этих лиц супругом, нисходящими и восходящими родственниками. Разумеется, такое ограничение представляется неправильным, потому, что влияние страха, возбуждаемого угрозой, на свободу воли может оказываться и в отношении не только родственников, но и друзей, воспитанников и т. д.

Тут возникает общий вопрос: должно ли благо, на которое направлена угроза, принадлежать самому потерпевшему или его близким, или же оно может принадлежать и постороннему человеку? Если, напр., сделка была совершена человеком с сильно развитым чувством альтруизма под влиянием страха, возбужденного угрозой причинить зло постороннему человеку, — может ли суд признать, что в данном случае не было принуждения, потому, что лично потерпевшему ничего не угрожало, а страх за чужого ему человека — неосновательный страх и потому не может опорочить сделку?

В литературе высказывается взгляд, что разрешение вопроса о влиянии страха, вызываемого угрозой на свободу воли, в связи с значительностью ожидаемого вреда, зависит от особенностей каждого данного случая и от субъективных свойств данного лица, определяемых его возрастом, полом, умственным развитием и т. д., и что, следовательно, невозможно преподавать по этому предмету в законе какие-либо твердые, руководящие правила для судебной практики. Тут общим критерием может быть тот, что только такое волеизъявление может быть оспорено, как последовавшее под влиянием принуждения, которое не последовало бы, если бы этой причины не существовало.

Некоторые указывают на полную несправедливость каких-либо ограничений в понятии угрозы. „Пусть, говорит проф. И. Покровский, боязнь данного лица является смешной и нелепой (напр., кто-нибудь не может переносить шума или диссонанса или, вследствие каких-нибудь воспоминаний и переживаний, не может слышать похоронного пения, — и угрожающий пользуется этой слабостью потерпевшего, чтобы угрозой произвести шум или диссонанс или петь похоронный марш — принудить его к совершению сделки), но неужели следует допустить, чтобы этот психический дефект мог стать источником доходов для всяких ловких людей? Какой бы пример пустой угрозы ни привели, всегда можно представить себе такое стечение обстоятельств, при которых она может иметь in concreto значение более могущественное, чем многие другие, законом признанные¹.

Также Дернбург того мнения, что духовные и физические особенности человека могут сделать внушительной такую угрозу, которая при обыкновенных условиях не имела бы значения. Суд должен принять во внимание фактическое положение вещей, вызванное угрозой в каждом конкретном случае, а не считаться только с абстрактными представлениями о страхе, вызываемом обычно угрозой у среднего человека. Но само собою разумеется, подвергнувшийся угрозе должен доказать, что именно угроза вынудила его волеизъявление.

¹ „Основные проблемы Гр. права“, 1917.

ГРАЖДАНСКАЯ ВИНА

1

Основанием обязательства возмещения вреда является или неисполнение договорной обязанности, или нарушение общей обязанности всякого члена общества не вторгаться, без особого на то уполномочия закона, в личную или имущественную сферу других членов общества. Условиями возникновения ответственности за вред является действие или бездействие ответственного лица. Это действие может быть или запрещенным законом (преступное, т. е. уголовно-наказуемое деяние), или уголовно-безразличным, но граждански правонарушительным; под гражданским правонарушением понимается действие, нарушающее чужое право причинением имущественного вреда (недозволенное действие).

Не всякое право основывается на законе. Есть права, основывающиеся на правилах общежития, на требованиях, предъявляемых к взаимным отношениям людей. Действия, нарушающие такие права, также подходят под понятие недозволенных. Таким образом, понятие недозволенного действия, в смысле гражданского права, есть родовое понятие, обнимающее собою всякие юридические действия, в которых проявляется гражданская деятельность лиц, если они имеют своим последствием нарушение чужих прав, — независимо от того, охраняются ли эти права положительным законом или основаны на обычных правилах общежития и правопорядка, и от того, находятся ли эти действия под прямым запрещением постановлений закона или распоряжений власти, или же лежат вне законодательной и полицейской регламентации и являются безразличными с точки зрения публично-правовой.

Неисполнение обязавшимся лицом своего обязательства может быть, вообще говоря, приравнено к действию или упущению с его стороны, которое, по общему правилу, влечет за собою обязанность возмещения происшедших от этого убытков в пользу потерпевшего. Следовательно, по существу нет разницы между ответственностью договорною и ответственностью внедоговорною за причиненный вред¹.

И тут выступает на первый план одна из старых проблем цивилистики: какому из двух принципов должна подчиняться ответственность за причиненный вред — принципу ли вины или принципу причинения?

В римском праве получила развитие возникшая из публичного уголовного права частно-правовая норма: как без вины

¹ Ср. ст. 106 Гр. Код.: „Обязательства возникают из договоров и других указанных в законе оснований, в частности, вследствие неосновательного обогащения и вследствие причинения другому лицу вреда“.

нет наказания, так без вины нет возмещения убытков¹, этот принцип нашел себе защитника в лице Иеринга, который считает великим актом римского правосознания воспринятое им начало, что без вины нет обязательства к возмещению убытков. По этому началу вина, а не причиненный вред, обязывает к возмещению убытков: *Kein Uebel ohne Schuld*.

Этот принцип долгое время считался бесспорным. Но с развитием технической и экономической жизни и усложнением связанных с этим форм гражданского оборота и правоотношений, возникли сомнения в правильности и целесообразности этого принципа, и взгляд Иеринга встретил серьезные возражения. Именно, находили ошибочным переносить в область гражданского права принцип, являющийся истинным только для уголовного права, ибо тут имеется глубокая разница. Уголовное право имеет своей целью исключительно воздействие на волю человеческую, на злую, заблуждающуюся волю. Гражданское же право стремится определить юридические последствия человеческого действия — последствия всякого вредоносного человеческого действия, предосудительного ли с точки зрения нравственных требований или нравственно-безразличного, воспрещаемого ли или незапрещаемого законом. Биндинг видит различие между наказанием и вознаграждением за вред и убытки в следующем: 1) к наказанию может быть приговорен только сам преступник, между тем как возмещение убытков может быть возложено не только на самого причинившего вред, но и на наследников его, 2) убытки взыскиваются в пользу потерпевшего лица, а наказание налагается в общественном интересе, 3) наказание не в состоянии уничтожить содеянное зло и имеет целью причинить преступнику страдание, а вознаграждение за вред направлено к восстановлению нарушенного правового положения потерпевшего лица, 4) мера наказания определяется по мере вины, тогда как размер вознаграждения вообще не зависит от степени различия, по мнению Биндинга, наказание и вознаграждение не могут быть подведены под одно общее начало. Отсюда Биндинг приходит к заключению, что обязательство вознаграждения за убытки не может быть основано на вине, а должно вытекать из общего принципа: кто причинил вред, тот должен нести убыток, — независимо от вопроса о вине его².

Со времени Биндинга в литературе и в законодательных проектах обозначается непрерывный спор между старой римской идеей индивидуальной вины, воспринятой всеми законодательствами и положенной в основание гражданской ответственности

¹ Римское право выражает это положение в отрицательной форме — в правиле: *casus a nullo prestatatur* или *casus sentit dominus*, т. е. ответственность устраняется при наличии „случая“.

² Binding, „Die Normen und ihre Uebertretung“, 1877.

за причиненный вред, и новой концепцией ответственности, выдвигаемой социально-экономическими требованиями современности — ответственности за чужую вину и без вины.

Еще Gierke в своих замечаниях на проект германского гражд. кодекса резко нападает на составителей проекта за то, что они, основав ответственность за вред от недозволенных действий исключительно на вине, остались чужды движению жизни нашего времени, указывающему на недопустимость деликтной точки зрения в вопросе о вознаграждении за вред и на обязанность всякого кодекса, желающего исполнить свою социальную и экономическую задачу, воспринять и развить идею об ответственности за причиненный вред по принципу причинения. Только романтистически-индивидуалистическому заблуждению, — говорит он, — только полному забвению социальных задач гражданского права мы должны приписать то, что все регулирование ответственности за вред строится на принципе вины и деликта. Напротив, если мы не будем упускать этих задач из виду, то нам не обойтись без принципа ответственности, возникающей уже вследствие простого факта причинения. Пусть причинивший вред невиновен, но ведь еще менее виновен пострадавший¹.

В том же смысле высказывается другой горячий защитник принципа причинения Mataja, по мнению которого, римский принцип „casum sentit dominus“ является выражением близорукого эгоизма и противоречит общим интересам народного хозяйства². Противниками господствующего принципа вины, как основания гражданской ответственности, являются многие из германских цивилистов, — Kosack, Thon, Manczko, Hedemann, в особенности проф. Adler. Последний полагает, что юриспруденция вступила на ложный путь, когда само собою понятное положение: „где вина, там возмещение убытков“ хотела вывернуть наизнанку и вслед за Иерингом провозгласила: „где возмещение убытков, там вина“. Не во всех случаях, говорит он, где есть возмещение убытков, есть вина. По общему правилу, потерпевший или подвергшийся опасности имеет право требовать воздержания от действий, право отражения, необходимой обороны и возмещения убытков. Между тем в весьма многочисленных случаях право постановляет: „ты вправе вредить и грозить опасностями своим согражданам“. Если бы право этого не говорило, то не могли бы существовать жел. дороги и автомобили, также многие фабрики, вредящие здоровью граждан своим шумом, дымом и угрожающие всякими опасностями их жизни. Закон обыкновенно поступает в этих случаях так, что из двух последствий виновного образа действий: обязанности возмещения вреда и обязанности воздержания от действий — сохраняет и иногда даже усиливает первое

¹ Gierke, „Der Entwurf bürgerl. Gesetz“, 1889, также „Die sociale Aufgabe des Privatrechts“ 1889.

² Mataja, „Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der National-ökonomie“, 1888.

(возмещение вреда) и устраняет второе (воздержание от действия). Вредный образ действия допускается под условием возмещения, он таким образом одобряется законом, — следовательно, тут о вине в обычном смысле уже нельзя говорить. Тут перед нами случаи ответственности без вины, ибо, согласно с господствующим учением, вина в юридическом смысле не может, конечно, заключаться в дозволенном причинении вреда и, следовательно, не может быть „дозволенной вины“: „закономерный поступок“ и „вина“, согласно этому учению, должны представлять собою два друг друга исключающие понятия. Против железной дороги, угрожающей крыше моего дома, я не могу предъявлять требования воздержания от действия, например, загородить рельсы. Я могу только требовать возмещения убытков. Между тем против сумасшедшего, угрожающего мне опасностью, мне предоставлено право требовать воздержания от действий и право необходимой обороны. Ответственность хозяина за действия своего служащего или владельца животного за причиненный вред — в сущности ответственность без вины. Безумные или больные, благодаря своему состоянию причинившие вред, отвечают за него своим имуществом, — хотя, конечно, тут не может быть речи о вине. Говорят, что это несправедливо. Но, говорит проф. Адлер, это несправедливо лишь в том смысле, в каком несправедливо то, что страдающий зубною болью должен заплатить еще зубному врачу: это несправедливость судьбы, а не права. Адлер находит, что принцип вины находится в непримиримом противоречии с требованиями жизни и справедливости, а, напротив, безусловная ответственность за последствия является здоровым принципом гражданского права, которому принадлежит будущее¹.

По мнению Тона, указание на то, что правопорядок не может осуждать того, кто не в состоянии внимать и следовать его велениям и запретам, между прочим, запретам, касающимся вредоносных действий, не заслуживает внимания, ибо принцип ответственности за последствия вовсе не требует, чтобы правопорядок должен был в таких случаях негодовать и карать. Известные законные последствия правонарушения должны быть применимы также и по отношению к невиновному, если они установлены не в наказание нарушителю, а ради интересов другого, которые должны быть охраняемы, хотя бы в ущерб невиновному вредителю².

Также Manczko³, Kosack⁴, Hedemann⁵ и др. высказываются за установление ответственности по принципу причинения, находя, что принцип вины не отвечает требованиям простой справедливости:

¹ См. русский перевод: проф. Адлер, „Ответственность без вины в гражд. и угол. праве“, 1913.

² Thon, „Rechtsnormen und subjectives Recht“, 1818.

³ Manczko, „Der Rechtsgrund des Schadenersatzersbindlichkeit“, 1904.

⁴ Kosack, „Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts“, 1909.

⁵ Hedemann, „Die Umwandlung des Eigenthumsbegriffs und Wirtschaft“, 1922.

из двух лиц — невинного вредителя и невинного потерпевшего — разумеется, должен страдать за происшедшее несчастье тот, который стоит ближе к источнику несчастья, в сфере деятельности которого оно произошло, и который в этой же сфере при нормальных условиях извлекает выгоды для себя, а не тот, который стоит совершенно в стороне от случившегося несчастья. По мнению Hedemann'a, некоторые виды причинения вреда исходят от чересчур мощных экономических факторов, которым остальное население совершенно бессильно противостоять. Если в этой области применять начало вины, то потерпевшие в большинстве случаев не могли бы получить возмещения. Против этого, говорит Hedemann, возмущается простое чувство: „кто обладает такими мощными и притом опасными орудиями оборота, как железные дороги, фабрики, автомобили, тот должен принять на себя ответственность за всякий, а не только по вине причиненный вред; иной вывод был бы несоциальным“.

Некоторые указывают еще на то, что строгая безусловная ответственность за исполнение обязательств является необходимым условием устойчивости и прочности гражданского оборота, а этому условию никоим образом не может удовлетворять принцип вины, подвергающий постоянному риску вверяемые интересы, и, благодаря этому, ограничивающий свободу оборота¹.

В том же смысле высказывается известный французский юрист Рэмон Салейль. Он говорит, что римский принцип вины неприемлем к настоящему времени: в римском праве субъективное начало вины объяснялось тем, что в древнем Риме в гражданской ответственности заключалось и наказание — *roena privata*, а в современной действительности дело идет об ином — не об осуждении и наказании, а всего лишь о вопросе, кто из двух должен понести риск, — тот ли, кто совершил действие, или же тот другой, кто оказался жертвою действия? Тут, по мнению Салейля, должна быть применима не точка зрения уголовная, а точка зрения социальная: нести ущерб, платиться за риск обязан по всей справедливости тот, кто, решившись действовать, тем самым взял на себя и последствия своего действия, своей активности. „По моему мнению, говорит Салейль, нет ничего более ложного, а иногда и более унижительного, чем пресловутая идея вины, то и дело приводимая по адресу малейших наших актов, малейших проявлений нашей свободы. Неосторожностью привыкли называть самый обыкновенный поступок человека, который действует, а злую форту, приведшую к несчастному случаю, превращают в вину и в деликт. На самом деле, девять раз из десяти, все, кто говорят о вине, и прежде всего сами

¹ Это последнее мнение было, между прочим, высказано в замечаниях на проект германского гражданского уложения, но защитники принципа вины доказывали, что, напротив, именно применение принципа причинения могло бы чрезмерно стеснять гражданский оборот, ограничивая свободу действий каждого человека.

судьи прекрасно знают, что так же точно, как данный деликвент, поступил бы на его месте всякий другой. Разница лишь в том, что другому, быть может, посчастливилось бы и удалось бы избежать причинения вреда. Но если так, то вопрос, следовательно, вовсе не в вине, а просто в случайности. Так станем же называть вещи их настоящими именами и отбросим всю эту идею вины... Это будет с общественной точки зрения справедливее“¹.

В русской литературе эта проблема очень мало затрагивалась. Мы находим о ней только несколько попутно высказанных замечаний, главным образом, в связи с толкованием неясных постановлений нашего дореволюционного законодательства.

Против ответственности по началу вины высказался Кистяковский, который так же, как и Биндинг, находит неправильным перенесение начал уголовного права в гражданские отношения, ибо „уголовная ответственность уже ограниченнее ответственности гражданской; в уголовном праве сомнение толкуется в пользу подсудимого, и к нему применяется снисхождение и милосердие, которые не могут иметь места в области гражданского права, где такое снисхождение было бы несправедливым нарушением прав другой стороны“².

Также Победоносцев делает различие между уголовною и гражданской ответственностью. По его мнению, в гражданском смысле нет деяний случайных. Действие, хотя и ненамеренное в своих последствиях, хотя и нечаянное, не может быть признано вполне случайным, ибо случай бывает вовсе без воли, а действие, исходя от лица, всегда состоит в связи с волею, и потому, кто, совершив его, нанес, хотя и нечаянно, вред чужому имуществу, нарушил сферу чужого права, — тот и без вины должен вознаградить потерпевшего³.

Решительным противником принципа вины является П. Н. Гусаковский, по мнению которого „вина должна быть вовсе исключена из числа тех условий, наличность которых представляется необходимой для возложения обязанности вознаграждения за вред, причиненный недозволенным деянием; для установления такой обязанности необходима лишь наличность вреда, недозволенного деяния и причинной связи“⁴. Правильность этого положения П. Н. Гусаковский демонстрирует на многих примерах причинения имущественного ущерба, в которых представляется явно несправедливым оставлять без внимания интересы невинно потерпевшего и освобождать вредителя от ответственности только потому,

¹ Les accidents et la responsabilité civile „Essai d'une théorie objective de la responsabilité delictuelle“, 1897.

² См. Пирвиц, „Значение вины в гражданском праве“, Журн. Мин. Юст. 1835, январь, стр. 17.

³ Курс гражд. права т. III, стр. 602.

⁴ „Вознаграждение за вред, причиненный недозволенными деяниями“ Журн. Мин. Юст. 1912, VIII, стр. 13.

что в совершении деяния, причинившего вред, не участвовала его сознательная воля, т. е. вред был случайный.

С. А. Беляцкий имеет в виду, главным образом, договорные обязательства и полагает, что „форсированная ответственность (т. е. и за случай) по обязательствам нисколько не противоречит ни справедливости, ни логике и даже диктуется престижем гражданского и еще более торгового оборота, в особенности у нас в России, где обязательства по договорам далеки от той высоты, на которой недобросовестный или уклончивый должник с трудом находит поводы и лазейки для нарушения“¹.

2

Как видим, принцип причинения, выдвинутый новейшей юриспруденцией, ищет себе опоры в требованиях социальной справедливости и целесообразности, чтобы вытеснить старый принцип вины, коренящийся в естественном императиве субъективизма, по которому основанием ответственности признается только внутреннее отношение лица к своему деянию, его субъективная виновность. В этом круге противоположений вращается спор между защитниками того и другого принципа, вызывающий взаимную критику.

Стакой критикой принципа причинения в нашей литературе весьма энергично выступает проф. И. А. Покровский. Он, прежде всего, не находит этического оправдания для привлечения к ответственности того, кто оказался лишь случайной и невольной причиной вреда. Проходя по улице, вы внезапно почувствовали себя дурно и, падая в обморок, разбили стекло магазина; охотясь в лесу, где вообще охотиться можно, вы случайно подстрелили человека, находившегося там также случайно. По каким этическим соображениям—спрашивает проф. Покровский—мы привлечем к ответственности в подобных случаях лицо, которому мы никакого упрека по поводу его поведения сделать не можем? Усилия, потраченные многими теориями на поиски этого этического оправдания, проф. Покровский считает неудачными. Одни усматривают его в идее риска (*idée du risque*) французской юриспруденции („*Handeln auf eigene Gefahr*“ *Unger*): всякий, кто действует, должен нести на себе риск за все случайные последствия своей деятельности. Но это соображение, как общее основание, не выдерживает пробы: если действовал причинивший вред, то, с другой стороны, также действовал пострадавший. Если моя прогулка по улице должна быть действием на мой риск, то почему не является таким же действием на свой риск и наличие стеклянной витрины в магазине? Если моя охота является действием на мой риск, то в такой же степени является действием на его риск и прогулка в лесу того, кто попал случайно под выпу-

¹ „Гражд. оборот и война“, 1915.

щенный мною заряд. Другие ссылаются на принцип активного интереса (K. Merkel): всякий, кто активно осуществляет свой интерес, должен взять на себя и все возможные последствия этого осуществления. Но и эта ссылка разбивается о те же соображения, которые только что были приведены. Третьи (Rümelin) думают найти опору в идее повышения опасностей (*Gefährdungsprinzip*): тот, кто своею деятельностью повышает опасности для окружающих свыше обычного уровня, должен нести на себе и ответственность за это повышение. Но эта идея, быть может, пригодная для объяснения повышенной ответственности в некоторых особых случаях (железные дороги, автомобили и т. д.), очевидно, не годится для оправдания принципа причинения, как общего правила: в каком-нибудь особом повышении опасности для окружающих, конечно, серьезно нельзя говорить. Наконец, сторонники принципа причинения, доказывая несостоятельность принципа вины, апеллируют к чувству справедливости. Разве справедливо, говорят они, чтобы миллионер, случайно подстреливший на охоте крестьянина, оставался в стороне от той массы горя и нищеты, которая была создана его деянием? Непосредственное нравственное чувство подсказывало бы всякому порядочному человеку на его месте прийти на помощь пострадавшему и взять на себя последствия своего деяния. Право должно следовать за этим нравственным сознанием и санкционировать его веление: потерпевший не должен зависеть от милости причинившего вред, он должен иметь законное право. Однако, этот аргумент имеет свою оборотную сторону: если на этом основании установить общую ответственность за вред, то она легла бы не только на лиц состоятельных, но и на всех, и, следовательно, в случае, если потерпевший будет богатый, а вредитель бедный, такая ответственность оказалась бы в противоречии с тем самым чувством справедливости, во имя которого требуется установление принципа причинения.

Проф. Покровский полагает, что в практическом отношении установление принципа причинения привело бы к последствиям, едва ли желательным. „Возложение ответственности за всякий случайный вред погрузило бы всю нашу жизнь и деятельность в невообразимую пучину случайностей и тем до крайности стеснило бы свободу движения; наиболее верным средством для избежания этих случайностей явилось бы безвыходное сидение в своем муравье и воздержание от всякой активности даже в ее самых примитивных формах“¹.

На принципе вины стоят и другие наши цивилисты — Шершеневич, Гольмстен, Пирвиц, Вормс, Эльяшевич и др.

Но Шершеневичу гражданское правонарушение и уголовное преступление объединяются общим понятием „недозволенное действие“, которое, нарушая чужое субъективное право причинением

¹ Основные проблемы гражд. права, стр. 248 — 251.

имущественного вреда, является основанием для возникновения обязательственного отношения. Действие же представляет собою выражение воли с точки зрения юридической — воли зрелой и сознательной. Поэтому в основании гражданского правонарушения лежит вина, все равно, умышленная или неосторожная. Если нет воли, то нет вины. По мнению Шершеневича, принятие принципа причинения повело бы к большим сомнениям; вред может быть причинен только действием, которое есть выражение воли, а, где нет вины, нет воли; следовательно, пришлось бы отказаться от признака „недозволенное действие“, потому что действие, в основе которого нет ни умысла ни неосторожности, не может быть и недозволенным¹.

Весьма подробно останавливается на этом вопросе Пирвиц, который находит, что общее правило о необходимости вины для установления ответственности за вред и убытки является справедливым и целесообразным. Впрочем, он допускает в некоторых случаях и применение начала причинения. „Имущественный вред, говорит он, причиняемый одним лицом другому, может проявляться в двух видах, резко различающихся между собою по своим фактическим и экономическим последствиям, а именно, может заключаться в уменьшении имущества потерпевшего с увеличением имущества правонарушителя или же только в уменьшении имущества без всякой имущественной пользы для лица, причинившего вред“. Он находит справедливым, чтобы в отношении первого вида вреда (незаконного обогащения в обширном смысле этого слова), под который подходит незаконное владение чужим имуществом или незаконное пользование чужими правами, — восстановление имущественного положения сторон посредством восстановления нарушенного владения или возврата незаконного обогащения происходили независимо от вопроса о вине незаконного владельца или воспользовавшегося незаконным обогащением². В отношении же другого вида вреда положение иное: устранение такого вреда не может совершиться посредством безобидного для обеих сторон восстановления законного состава их имущества, именно, путем возврата потерпевшему полученного другою стороною обогащения, но может быть произведено лишь посредством возмещения убытков из имущества правонарушителя, при чем происходит уменьшение его имущества. Тут не может считаться справедливым применение принципа, что вознаградить за убытки обязан тот, кто фактически причинил таковые. Тут основанием ответственности должна служить только вина лица, причинившего вред, потому что, как ни желательно ограждать интересы лиц, потерпевших убыток, но нельзя, с другой стороны, не принять во внимание, что уплата вознаграждения за причиненные убытки

¹ Учебник гражданского права, стр. 573.

² Это положение Пирвица не вызывает сомнений и принято всеми законодательствами. Ср. § 812 герм. гражд. улож., ст. 70 швейц. зак.; также ст. 1059 русского дореволюционного проекта обязат. права.

является имущественным лишением для ответственного лица, которое может иметь для него более тягостные последствия, чем для потерпевшего, и является для него как бы наказанием. Поэтому, как уголовное право не допускает не только чисто личных наказаний, но и денежных штрафов, если обвиняемый в преступном деянии не будет признан виновным, так же и гражданское право не может в принципе допускать, чтобы лицо лишалось принадлежащего ему имущества, посредством взыскания с него вознаграждения за убытки, причиненные им без всякой вины с его стороны. Разумеется, могут быть исключения, когда для ответственности достаточно одна причинная связь между деянием (лицом) и убытком, т. е. независимо от вины, но такая ответственность (т. е. и за случайный вред) возможна лишь в определенных, законом установленных, случаях, по особым основаниям, потому ли, что вина в этих случаях предполагается, или потому, что такая усиленная ответственность требуется экономической природою правонарушения¹.

3

Спорность проблемы, которая обозначается указанным разногласием, теряет в значительной степени свою определенность, благодаря тому, что из двух противоположаемых принципов и тот и другой, при строго последовательном применении, оказываются одинаково несправедливыми и приходится допускать изъятия из них, чем разрушается цельность каждого из них. Те, которые отвергают принцип вины и требуют установления ответственности по принципу причинения за фактические последствия деяния, принуждены, однако, остановиться перед непреодолимой силой (*vis major*), как пределом, за которым прекращается всякая ответственность. Но если безусловная, независимая от вины (т. е. и за случай) ответственность требуется во имя справедливости, для охраны интересов невинно потерпевшего, или во имя целесообразности, для поддержания силы и перманентности договоров и крепости экономического оборота, — то почему останавливаться на середине пути — между „случаем“ и „непреодолимой силой? Почему не доводить эту ответственность до крайнего предела безусловности? Тут, несомненно, имеется непоследовательность и внутреннее противоречие. Кроме того, если принять во внимание, что грань между случаем (*casus om*) и „непреодолимой силой“ (*vis major*), (о чем речь будет в следующей главе), вообще, весьма легко стирается и теоретически и фактически эти два понятия могут совпадать и сливаться между собою, то теория ответственности по принципу причинения теряет под собою твердую почву.

¹ Пирвиц, „Значение вины в гражд. и угол. праве“, Журн. Мин. Юст. 1895 г., январь, стр. 36-41.

С другой стороны, приверженцы принципа вины принуждены, перед требованиями очевидной справедливости и под напором социальных факторов, допускать во многих случаях изъятия из этого принципа, возлагая ответственность на невиновных, напр., на малолетних и сумасшедших при отсутствии вины со стороны надзирающих за ними, на хозяев за служащих, на основании фикции о предполагаемой вине в выборе служащих и надзоре за ними, также в отношении некоторых предприятий, представляющих опасность, и по некоторым договорам — на основании чуждой понятию вины теории „профессионального риска“. Все эти отступления совершенно уничтожают неизбежность принципа вины и приближают его к принципу причинения.

Таким образом, между этими двумя принципами, теоретически противопоставляемыми друг другу и взаимно исключающими друг друга, в действительности нет определенной разделительной черты, которая давала бы возможность выставлять или тот или другой принцип в качестве безусловного единственного основания для возникновения ответственности за причиненный ущерб. Каждый из этих принципов принужден на практике делать другому принципу уступки, вызываемые требованиями социальной целесообразности и справедливости.

На место этих двух противопоставляемых принципов жизнь и за нею прогрессирующее право выдвигает третий принцип, представляющий собою некоторую равнодействующую, — принцип конкретной справедливости.

Идея, лежащая в основании этого принципа, которой Hedemann¹ предсказывает торжество в будущих законодательствах, заключается в том, что законодатель должен отказаться от предопределенного принципа обоснования ответственности за вред и убытки, предоставляя регулирование этой ответственности свободному усмотрению суда на основании требований справедливости в каждом конкретном случае.

Эта идея нашла себе выражение в правиле, которое предполагалось включить в герм. гражд. улож. По § 752 проекта второй редакции было установлено следующее общее положение: „Кто не отвечает за причиненный им вред, потому, что на его стороне нет ни умысла, ни вины, должен все-таки возместить убытки, насколько этого требует справедливость по обстоятельствам конкретного случая, а в особенности по имущественному положению сторон, и насколько причинивший вред не лишится от этого средства для подходящего ему существования“. Правило этого параграфа, однако, при дальнейшем обсуждении проекта в комиссии рейхстага, было отвергнуто и в виде общего положения в действующий закон не вошло: оно получило лишь частичное применение — в отношении душевнобольных, глухонемых и несовершеннолетних (§ 829). В таком

¹ Hedemann, „Die Fortschritte des Civilrechts“, 1910.

частичном виде оно принято также другими новейшими кодексами.

Наиболее полное выражение эта идея получила в нашем гражд. кодексе, в ст. 406: „В тех случаях, когда, согласно ст.ст. 403-405, причинивший вред не обязан к его возмещению, суд, однако, может обязать его возместить вред в зависимости от его имущественного положения и имущественного положения потерпевшего“.

4

Самое понятие вины в смысле юридическом является понятием определенного содержания. Вина есть нарушение известных существующих обязанностей, которые общим образом заключаются в правиле не причинять никому вреда — *neiniem laedere*, — все равно, предусматривается ли каждая отдельная обязанность прямо и конкретно в положительном законе, или она вытекает из требований общежития, из требований правопорядка, или устанавливается волею договорившихся. Правовой порядок не только требует воздержания от действий и упущений, запрещаемых законом, но также налагает на каждого обязанность применять в своей деятельности всю возможную обдуманность и внимательность, какая требуется, дабы эта деятельность всегда находилась в согласии с правами и интересами других людей. Вина, следовательно, есть акт незаконный или противный правовому порядку. Только при наличии этого момента — неправомерности деяния — право интересуется поведением человека, его виною. Если лицо не обязано что-нибудь делать или чего-нибудь не делать, — оно невиновно в юридическом смысле, делая или не делая этого. В этом заключается отличие юридической вины от вины моральной, от вины в житейском смысле. Характер неправомерности в поведении лица устраняется только или в определенных случаях, указываемых законом (в случаях законной обороны, крайней необходимости, принуждения законной власти), или при добровольном согласии потерпевшего (*volenti non fit injuria*).

Другой элемент юридической вины — наличие вторжения в чужую правовую сферу. Где нет налицо нарушенного чужого права в виде причиненного личного или имущественного вреда, — там нет вины в юридическом смысле, нет ответственности юридической. И в этом отношении юридическая вина отличается от вины против морали или против правил житейского обихода.

Таково объективное содержание понятия вины. С субъективной стороны для наличия вины требуется свободная и полная сознательность деликвента, воля его к совершению вредоносного деяния или к достижению вредоносного результата. Где нет этой сознательной воли (у лиц неволееспособных — малолетних, безумных) или, где воля парализуется (в случаях непреодолимой силы, уничтожающей сознательную самодеятельность лица

и делающей его пассивным орудием), — там нет вины. Следовательно, вина в субъективном смысле есть неправомерное направление воли.

Вина может проявляться в двух формах — в форме умысла (*dolus*) и в форме неосторожности (*culpa*). Различие между ними весьма метко характеризуется немецкими юристами, которые определяют умысел, как упречность воли (*Willensmangel*), а неосторожность, как упречность интеллекта (*Wissensmangel*).

В области гражданского права — как договорных отношений, так и деликтных обязательств — вина проявляется преимущественно в форме неосторожности и определяется как нерадение, небрежность, непредусмотрительность в исполнении добровольно принятых на себя или возложенных законом обязанностей к другим лицам и их имуществу. В этом гражданском смысле определяемое понятие вина представляется понятием относительным. Оно зависит от степени радения, требуемой от должника: чем больше эта степень, тем более расширяется понятие вины. Степень же требуемого радения не может быть одинакова, а зависит в каждом данном случае от условий, в которых проявляется деятельность человека. Поэтому понятие радения получает значение юридического момента, и еще римское право считало необходимым подробно остановиться на этом понятии. Как известно, оно различало два вида его: 1) *diligentia quasi diligens familias*, т. е. радение, предполагаемое у каждого среднего добропорядочного домохозяина, радение в отвлеченном смысле (*diligentia in abstracto*, и 2) *diligentia quam quis suis rebus adhibere solet*, т. е. радение, которое должно было бы соблюдать данное лицо в своих личных делах, радение индивидуальное, конкретное (*diligentia in concreto*). Отсутствие одного из этих двух видов радения обусловливает собою вину или — что то же самое — неосторожность (*culpa*), которую римские юристы разделяли на три степени: *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima*, требуя большого или меньшего радения в зависимости от типа договорных отношений и тем раздвигая или суживая пределы вины в каждом данном случае.

Эта градация радения и обусловленные ею степени вины (неосторожности) отчасти сохранились в современных законодательствах. Германское уложение не довольствуется ординарной меркою радения в смысле римской *diligentiae patris familias*, т. е. обыкновенного рачительного домохозяина, а требует специального радения, вызываемого в каждом данном случае деловыми особенностями оборота („im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ — § 276). Равным образом германское торговое уложение устанавливает в торговых делах рачительность специальную — „добропорядочного купца“, „добропорядочного делового человека“, „добропорядочного возчика“, „добропорядочного кораблехозяина“ и др. Также швейцарское обязательственное право требует предусмотрительности свойственной не просто человеку, доброму хозяину, а человеку деловому (§ 99).

В германской литературе указывается, что отвлеченное выражение „рачительность добропорядочного хозяина“ (*diligens bonus pater familias*) есть теоретически бессодержательное выражение (*Gierke, Hölder*), что *bonus pater familias* есть „*Durchschnittsphiltster*“ (*v. Liszt*) „ein Wesen ohne Fleisch und Blut“ (*Brodmann*),¹ и на место этого понятия выставляется понятие рачительности, более конкретизированное, индивидуализируемое признаками, взятыми из практической жизни. Поэтому судья должен принимать в соображение, „требуемую заботливость“ не вообще рачительного хозяина, а человека данного круга жизни, данной деятельности призвания, со всеми индивидуальными особенностями его, зависящими от его духовных и физических сил, пола, возраста, образования, имущественного положения и т. д.

Понятие „добропорядочный отец семейства“ (*bonus pater familias*), которое принято во французской и многих других законодательствах и которое было введено в первоначальный проект герм. уложения, в качестве масштаба правомерного образа действий, подвергается меткой критике со стороны проф. Менгера в его известной книге „Гражданское право и имущественные классы населения“. Хотя, говорит Менгер, мы нигде не найдем определения понятия о „порядочном отце семейства“, но из многочисленных постановлений гражданских кодексов можно составить себе ясное представление об этом жалком создании, играющим роль нормального человека юриспруденции. Если порядочный отец семейства оставляет без помощи в опасности и нужде человека, которому он легко мог бы помочь, то он оправдывается тем, что порядочный отец семейства должен заботиться добросовестно и усердно только о своих домочадцах и о своем имуществе. Если он соблазнил девицу и она требует вознаграждения, то он отвечает соблазненной, что она ведь не была лишена „свободы воли“, а тот, кто добровольно согласился на вредное для него самого действие, не имеет права на возмещение убытков. Если рабочий расстроил свое здоровье или лишился своей работоспособности на службе у этого добропорядочного отца семейства или занимая вредное для здоровья помещение в его доме, то он говорит в утешение пострадавшему, что он исполнил в точности свои обязанности согласно договору. Если порядочный отец семейства закрыл своему соседу окна выстроенной им стеной без всякой пользы для себя и исключительно из злобы, то он ссылается на постановления закона, в силу которых, кто пользуется своим правом, тот не подлежит никакой ответственности. В гражданских кодексах можно набрать еще много других подобных ответов добропорядочного отца семейства, который в действительности есть ни что иное, как тип своекорыстия и эгоизма имущих классов, представляющий собою яркую иллюстрацию буржуазного имущественного права.

¹ „Ординарный обыватель“, „существо без мяса и крови“.

Менгер предлагает заменить понятие „порядочного отца семейства“ понятием „добросовестного человека“ и различать три формы вины: злой умысел, нерадение и своекорыстие, понимая под нерадением отсутствие должной заботливости, свойственной всякому разумному человеку, и под своекорыстием — отсутствие заботливости об интересах других людей, свойственной добросовестному человеку. Благодаря этому, естественным образом расширилась бы сфера недозволенных действий, обязывающих к возмещению вреда, и вместе с тем была бы сделана попытка поднять нормального человека современной юриспруденции, замыкающегося в узком кругу своих эгоистических интересов, от нулевой точки нравственности на более высокий уровень, без чего никогда не удастся осуществить реформы частного права в духе социальных требований¹.

5

Все законодательства (за исключением английского) восприняли римскую идею индивидуальной вины, устанавливая необходимым условием возникновения ответственности за причиненный вред наличие в действии вредителя — должника умысла (*dolus*) или неосторожности (*culpa*) и таким образом, и по общему правилу, устраняя ответственность за случайный вред².

В нашем гражданском кодексе условия ответственности за причиненный вред и убытки определяются в ст. 117-119 для договорных обязательств и в ст. 403-406 для обязательств, возникающих из недозволенных действий (внедоговорных). И по договорным и по внедоговорным обязательствам ответственность, как общее правило, конструируется по принципу вины, ибо должник или причинивший вред отвечает не во всех случаях и не безусловно, а лишь когда и поскольку он мог предотвратить вред и не предотвратил его; он освобождается от ответственности, если он докажет, что он не мог предотвратить вреда (ст. 118 и 403) — вследствие ли того, что нельзя было предвидеть наступления вредоносного события или вследствие того, что нельзя было, при всех мерах предосторожности, устранить его вредоносные последствия. Разрешение вопроса о том, было ли в конкретном случае возможно или невозможно предот-

¹ По мнению Менгера, вообще следовало бы выделить из системы частного права отношения, возникающие из недозволенных действий, оставив в обязательственном праве гражданского кодекса только нормировку договорных отношений. Правила о возмещении вреда и убытков, возникающих из недозволенных действий, должны были бы составить особый кодекс, обнимающий собою карательные постановления, как общего, так и полицейского и административного права, о разного рода недозволенных действиях, и также частно-правовые нормы, регулирующие гражданские последствия недозволенных действий.

² Франц. Код. — ст. 1382, Герм. Код. — §§ 823—826, Швейц. обяз. прав. — ст. 41.

вратить вред, — зависит от фактических обстоятельств, указывающих, в какой мере причинивший вред обнаружил требуемую от каждого разумного человека степень осторожности, внимания и заботливости для того, чтобы от его образа действия не произошло вреда для кого-либо или для данного лица и при данных условиях. Отсутствие этой осторожности, внимания и заботливости и составляет вину лица, причинившего вред, так как в этом случае вред является не последствием случайного стечения обстоятельств („случая“ или „непреодолимой силы“), а последствием именно неправильного, а потому виновного образа действия его.

Принцип вины находит себе выражение также в ст. 405, которая заключает в себе два положения: 1) недееспособные не отвечают за вред, причиненный их действиями, и 2) за них отвечают лица, обязанные иметь за ними надзор. Как первое, так и второе положение вытекают из общего начала, по которому обязательство вознаграждения за вред и убытки возникают только при наличии вины, т. е. свободного сознательного отношения воли и интеллекта к действиям и их последствиям. Недееспособные не отвечают потому, что у них нет сознательной воли и, следовательно, не может быть речи о вменении им деяния, причинившего вред; за них отвечают лица, обязанные иметь за ними надзор, именно, за свою вину, которая заключается в том, что они не проявили достаточной заботливости о надзоре за ними, при чем презюмируется, что если бы этот надзор надлежащим образом был ими осуществлен, то поднадзорными не совершились бы вредоносные действия. Таким образом, и тут имеет место общее правило ответственности, так как надзирающие отвечают, в сущности, не за чужие действия, а за свои. Они могут освободиться от ответственности на общих основаниях ст. 403, если докажут, что не могли предотвратить вред.

Значительное расширение ответственности за причиненный вред, приближающее ее к ответственности по принципу причинения, установлено для предприятий и лиц перечисленных в ст. 404¹. Условия деятельности этих предприятий таковы, что не только вызывают многочисленные несчастные случаи, но лишают потерпевших возможности указать какое-либо лицо или событие, бывшее непосредственно причиной вреда, ибо несчастные случаи происходят большей частью без видимого соучастия какого-либо лица (напр., взрыв котла, сход поезда с рельс и т. п.), и причина их часто остается неизвестною и не может быть объяснена даже техниками и специалистами. Применение в подобных случаях общих оснований ответственности

¹ Лица и предприятия, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих, как то: жел. дороги, трамвай, фабрично-заводские предприятия, торговцы горючими материалами, держатели диких животных, лица, возводящие строения или иные сооружения, и т. п.

было бы, очевидно, несправедливым лишением потерпевшего возможности получить вознаграждение, так как ему очень трудно было бы и часто невозможно доказать причинную связь, а с другой стороны, ответчику легко было бы доказать, что он не мог предвидеть и предотвратить вред.

Поэтому представляется справедливым и целесообразным усилить в этих случаях ответственность, исходя из того соображения, что даже случайное событие, причинившее вред: 1) вызвано действием собственника предприятия, так как последнее возникло и действует по его воле и 2) могло быть даже отчасти предвидено собственником (в том смысле, что всякое лицо, учреждающее предприятие, сопряженное с особыми или повышенными опасностями для окружающих, на основании ежедневного опыта должно знать, что такие предприятия, вообще, могут причинять и часто причиняют вред по непредвиденным причинам).

Поэтому ответственность по ст. 404 расширена по сравнению со ст. 403 в двух отношениях: 1) ответственность возникает не только за вред, причиненный какими-либо конкретными действиями лиц, обслуживающих свою деятельность предприятием с повышенной опасностью, но и за вред, причиненный источником повышенной опасности, т. е. самими свойствами этих предприятий, технически обуславливающими опасность для окружающих (напр., пожар от искр, выбрасываемых паровозом, или вред для здоровья в некоторых отраслях производства); 2) освобождение от ответственности имеет место не во всех случаях, когда вред не мог быть предотвращен, а лишь когда он явился последствием воздействия непреодолимой силы, т. е. редкого, стихийного, катастрофического явления. Таким образом, и по ст. 404 ответственность устанавливается не безграничная, в смысле принципа причинения, а лишь с расширенными основаниями вины, выходящими за пределы „случая“ и ограничивающими вину только крайним пределом непредотвратимости вреда — „непреодолимой силой“.

Принцип причинения находит свое полное выражение в ст. 406, — при условиях, указанных в этой статье. Именно, в зависимости от имущественного положения сторон, суд может возложить на причинившего вред безусловную ответственность за возмещение вреда, не взирая на наличие законных оснований, освобождающих его, по общему правилу, от ответственности (невозможность предотвращения вреда, управомоченность на причинение вреда, вина самого потерпевшего, непреодолимая сила, недееспособность — ст. 403 - 405¹).

¹ Ст. 405 (как и ст. 411 и некоторые другие постановления Гр. Код.) имеет специальное значение: она выдвигает начало защиты экономически слабых и на основании этого начала вносит уравнивающую справедливость в распределение тяжести последствий, вызванных несчастным случаем.

Итак, ответственность за причинение вреда по нашему закону, как и по иностранным законодательствам, как общее правило, имеет своим основанием вину, отсутствие которой со стороны причинившего вред освобождает его от ответственности. И только в виде исключения — в отношении предприятий и лиц, указанных в ст. 404, и в порядке, предусмотриваемом ст. 406, — ответственность или расширяется до пределов экстраординарной непредотвратимости вреда, или устанавливается по принципу причинения, т. е. за фактические последствия деяния, независимо от наличия конкретной вины.

Как уже было выше упомянуто, различие между принципом вины и принципом причинения, теоретически противоположными, вообще не имеет практического значения при применении их к конкретным случаям. Момент вины сам по себе не имеет значения юридического факта, единственно обуславливающего наступление юридических последствий при обязательствах возмещения вреда. Это видно из того, что степень вины при этих обязательствах не принимается во внимание, а размер вознаграждения определяется степенью причинения вреда: хотя бы вина лица, причинившего вред, была небольшая, но если вред принял большие размеры, ответственность его за вред должна быть соответственно большая, и наоборот. Таким образом, момент вины не является главной причиной ответственности, в качестве самостоятельного масштаба этой ответственности, а служит только средством доказательства причинного соотношения (каузальности) между инкриминируемым действием и фактом вреда.

В действительности, на практике, разница между принципом вины и принципом причинения сводится исключительно к процессуальному положению сторон. Именно, при применении принципа вины потерпевший, в качестве истца, по общим правилам гражданского судопроизводства, обязан доказать все элементы своего искового требования, в том числе виновность того лица, которому приписывается действие, причинившее вред, т. е. наличие умысла или неосторожности с его стороны; до тех пор, пока потерпевший этого не доказал, причинившему вред (ответчику) нет надобности представлять, в свое оправдание, доказательства, устраняющие его ответственность, т. е. доказательства того, что не по его вине наступил вред, что он не мог его предотвратить. При принципе причинения, наоборот, потерпевший не обязан доказывать наличие вины со стороны причинившего вред, эта вина предполагается, раз от его действия произошел вред, и на нем, — ответчику лежит обязанность доказать отсутствие всякой вины с его стороны.

В смысле этой процессуальной разницы в иностранных законодательствах, как общее правило, применяется принцип вины и, как исключение, принцип причинения — по отношению к таким

предприятиям, как железные дороги, парходные общества, крупные заводы, — потому что в этих случаях доказывание вины причинившего вред представляется весьма затруднительным, часто совершенно невозможным для потерпевшего, вследствие сложности обстановки действия, которое имело своим последствием вред для потерпевшего.

В противоположность этим законодательствам, наш закон применяет принцип причинения не как исключение, а как общее правило. Ст. 403 в первой своей части устанавливает общее положение: причинивший вред обязан возместить причиненный вред; то же положение устанавливается в ст. 117 — в отношении должника по договорным обязательствам. Следовательно, истец не должен доказывать вину ответчика, она предполагается во всех случаях причинения вреда, и на должнике или причинившем вред лежит обязанность представлять доказательства, опровергающие это законное предположение о его вине. Причинивший вред освобождается от обязанности возместить вред, если докажет, что он не мог предотвратить вреда (ст. 403, ч. 2); также должник освобождается от ответственности за неисполнение договорного обязательства, если докажет, что невозможность исполнения обусловлена обстоятельством, которого он не мог предотвратить (ст. 118).

На том же начале законного предположения о вине лица, причинившего вред, основана и ст. 404, которая в этом смысле не представляет никакого отличия от ст. 403. Она отличается от последней только в отношении пределов ответственности: в случаях ст. 403 ответчик может освободить себя от ответственности ссылкой на то, что он не мог предотвратить вреда; в случаях, предусмотряемых ст. 404, такая ссылка недостаточна для освобождения ответчика от ответственности, он должен доказать, что вред произошел от действия непреодолимой силы, т. е. силы посторонней, внешней, с деятельностью ответчика ни в какой связи не находящейся.

Только в указанном процессуальном смысле наш закон применяет принцип причинения, в отличие от иностранных законодательств, которые, в этом же процессуальном смысле, применяют принцип вины. Но и там фактически, в условиях процессуального состязания сторон, оба эти принципа смешиваются, ибо если истец доказал наличие вреда и причинную связь его с деянием данного лица, то виновность последнего обыкновенно сама собою предполагается, если ответчик не докажет противного.

По существу же наш закон на совершенно одинаковых основаниях с иностранными законодательствами устанавливает ответственность за причинение вреда по договорным и внедоговорным обязательствам на принципе вины, ограничивая ее определенными пределами, лежащими в волевой и интеллектуальной сфере деятеля и исключаящими вменение последствий „случая“ и „непреодолимой силы“.

Нельзя поэтому согласиться с проф. Гойхбаргом, когда он утверждает, что „наш кодекс не стоит на точке зрения необходимости вины причинившего вред для возникновения его ответственности“. „Если, говорит он, в нашем уголовном праве, в нашем уголовном кодексе, вытравлен момент вины по отношению к возникновению уголовной ответственности, то тем меньше это начало вины могло быть принято в гражданском кодексе, как единственная причина гражданской, чаще всего имущественной, ответственности“ („Хозяйственное право РСФСР“, стр. 125). В отношении нашего уголовного права утверждение проф. Гойхбарга несомненно и определено ошибочно. Момент вины в нашем Уголовном Кодексе не только не вытравлен, а, напротив, во многих статьях подчеркивается, как основание для квалификации преступного деяния и для установления меры наказания. По ст. 10 прямо устанавливается, что „наказанию подлежат лишь те, которые: а) действовали умышленно, т. е. предвидели последствия своего деяния и их желали или же сознательно допускали их наступление, или б) действовали неосторожно, т. е. легкомысленно надеялись предотвратить последствия своих действий, или же не предвидели их, хотя и должны были их предвидеть“. Следовательно, при отсутствии умысла или неосторожности, т. е. вины, нет уголовной ответственности. Далее, при определении понятий, „приготовления к преступлению“, и „покушения на преступление“ и также при установлении условий невменяемости (ст. 11 и 19), обращается внимание на степень проявления воли к преступному действию или на наличие сознательной воли при совершении преступления. В особенности момент вины выступает при определении меры наказания (45, 47 и 48): тут учитываются и принимаются во внимание, кроме обстоятельств, указывающих степень и характер опасности преступника и совершенного им преступления, также личные мотивы, преднамеренность, состояние запальчивости, неосторожность, легкомыслие, словом, придается значение наличию тех или иных, того или другого характера волевых импульсов, от которых зависит размер уголовной ответственности. Те же самые основания, которые по ст. 11 Уг. Код. устраняют уголовную ответственность, по ст. 118, 403 - 405 Гр. Код. устраняют гражданскую ответственность, ибо причинивший вред освобождается от обязанности возмещения вреда при невозможности предотвращения его, при непреодолимой силе и при недееспособности. Что же это означает, как не то, что гражданская ответственность за причинение вреда определяется признаками вины?

„СЛУЧАЙ“ И „НЕПРЕОДОЛИМАЯ СИЛА“

1

Границей неосторожности, обусловливающей собою вину, является случайность, означающая отсутствие вины. „Случай“ (*casus cas fortuit, Zufall*) есть противоположность вины, отрицание вины. Понятие „случай“ обнимает собою такие события, которые, сами по себе или в отношении происшедших от них последствий, явились вне волевой сферы человека или даже вопреки воле его и им ни предвидены, ни предотвращены не могли быть, несмотря на все меры предосторожности, которые требовались и возможны были для данного лица при данных обстоятельствах. Событие, причинившее вред, само по себе могло быть предвидено, но вредные последствия не могли быть предвидены и предотвращены, и, наоборот, не могло быть предвидено само событие, которое, будь оно предвидено, не привело бы, благодаря мерам предосторожности, к вредным последствиям.

Таким образом, случайным может быть или событие, как причина, или происшедший вред, как последствие его, и между ними могут быть привходящие обстоятельства, зависящие от воли человека, которая имела возможность изменить взаимодействие элементов в причинной связи между событием и последствиями его. Поэтому „случай“, как противоположность вине, должен, в отношении гражданской невменяемости, определяться не в смысле абстрактной случайности, а в смысле фактического конкретного соотношения волевых и неволевых элементов данной причинной связи между лицом и вредом.

Область случайного в смысле уголовной и гражданской невменяемости, т. е. в том смысле, что оно не может быть предвидено и предотвращено физическими и интеллектуальными силами человека и потому исключает вину причинившего вред, весьма обширна. Она может иметь своим источником разнообразные причины, начиная с простого случая в обыденной жизни и кончая чрезвычайным явлением стихийных сил природы. Все это обнимается одним общим признаком — невозможностью для лица, причинившего вред, предвидеть и предотвратить этот вред. Таким образом, „случай“ есть родовое понятие, которое, как противоположность вины и общее основание невменяемости, не должно было бы быть делимо в юридическом смысле. Но мы уже видели, что принцип вины и принцип причинения принуждены делать друг другу уступки: с одной стороны, в некоторых случаях, вопреки первому принципу, ответственность расширяется за пределы вины, распространяясь и на случайный вред, а, с другой стороны, безусловная ответственность по второму принципу не является неограниченной, а доводится лишь до пределов *vis major*. Поэтому право, для удобства своих конструкций в соответствии с особенностями различных правоотношений граждан-

ского оборота, принуждено расчленить понятие „случай“, различая в нем простой случай, или случай в тесном смысле, и чрезвычайный случай, или так называемую превосходящую непреодолимую силу.

Понятие „непреодолимой силы“ (*vis major, force majeure, höhere Gewalt*) представляется в литературе спорным и в судебной практике трудно формулируемым. Как известно, существуют две теории: субъективная и объективная. По субъективной теории (Гольшмидт, Виншейд, Дернбург), под понятие *vis major* подходит всякое событие, которое по фактическим обстоятельствам, т. е. в конце концов, по мнению судьи, не могло быть предусмотрено и предотвращено при самой большей степени внимательности и предусмотрительности. В такой широкой формулировке понятие *vis major*, собственно говоря, совпадает с понятием *casus*. В том и другом случае главным моментом ответственности или безответственности является наличие или отсутствие вины, при чем понятие вины с гражданской-правовой точки зрения может быть весьма растяжимо и под нее может быть подведена не только недостаточная степень предусмотрительности и внимательности со стороны предпринимателя, но и самое осуществление им предприятия (напр., железные дороги, фабрики, заводы), которое угрожает опасностями участвующим в нем служащим или посторонним лицам.

Против такой широкой, растяжимой формулировки понятия непреодолимой силы выставляется объективная теория (Экснер, Вейс, Гафнер, Брукнер), которая определяет понятие *vis major* более точными, более определенными признаками, могущими сами по себе, по своей очевидности, устранить вопрос о вине. Экснер указывает следующие признаки: 1) событие должно быть чрезвычайным, выходящим из ряда обыкновенных, и огромных размеров (наводнение необычайное и в данное время или небывалое землетрясение в местностях, где оно обыкновенно не бывает, и т. п.), и 2) оно должно быть внешним, т. е. воздействие его должно исходить извне, а не происходить внутри предприятия (напр., пожар от молнии, а не от каких-либо причин внутри здания). Все, что не носит такой характер внешней чрезвычайности и очевидности, не относится к *vis major*, а подходит под *casus*. Таким образом, по этой теории непреодолимая сила отличается от случая в общем смысле, представляя собою квалифицированный вид случая.

Экснер объясняет это различие историческим развитием понятия *vis major*. Оно явилось как смягчение существовавшей в римском праве по преторскому эдикту безусловной ответственности судовладельцев и содержателей гостиниц, т. е. ответственности и за всякие случайности, независимо от вопроса о вине. В интересах справедливости, по инициативе римского юриста *Labeo*, эта ответственность, оставаясь безусловной, т. е. и за случайности, была ограничена дозволением ответчику ссылаться в свое

оправдание на непреодолимую силу — *vis major, casus major, damnum fatale, vis divi*. Сообразно этому, под понятие непреодолимой силы могли быть подводимы только такие события, которые по своему свойству своему (объективно) заключают в себе признаки, устраняющие самый вопрос о виновности человека.

Также современный законодатель считает необходимым, по разным соображениям, возлагать на некоторые предприятия и по некоторым договорам повышенную ответственность, т. е. ответственность и за случайный вред. Такая ответственность вызывается необходимостью охранять интересы потерпевших, которые могли бы оказаться вне защиты, вследствие трудности для потерпевшего собирать доказательства в подтверждение событий, причинивших вред, и в опровержение ссылок на отсутствие вины. В таком положении находятся лица, вверившие свое имущество гостиницам, пароходам, железным дорогам и другим сложным предприятиям с многочисленными служащими, в которых потерпевший не может не только раскрыть и доказать события, послужившие причиной происшедшего вреда, но даже понять и объяснить себе истинную причину или связь причин, производших вред. Кроме того, в таких предприятиях, как железные дороги, фабрики, заводы, в виду технической и административной сложности их, требуются со стороны предпринимателя такие специальные технические и административные меры для предотвращения связанных с этими предприятиями опасностей, что отдельный человек бессилён принимать какие-либо меры предосторожности и всецело зависит от распорядительности, предусмотрительности и внимательности предпринимателя, распоряжениям которого он принужден безусловно подчиняться. Для ограждения интересов потерпевшего и устранения затруднительного положения его перед судом, закон в отношении этих предприятий заранее допускает наличие вины во всех случаях, причинивших вред, и тем устраняет как необходимость для потерпевшего доказывать вину ответчика, так и возможность для ответчика доказывать в свое оправдание отсутствие вины, т. е. устраняет вовсе самый вопрос о вине, применяя в этих случаях принцип причинения.

Но — объясняет далее Экснер — презумпция вины, вероятность вины, которая принимается законом в отношении некоторых предприятий в видах охранения интересов потерпевших, должна иметь в современном праве, как она имела и в римском праве, известные пределы, за которыми она становится несправедливостью в отношении ответчика. Именно, презумпция вины падает, если имеется налицо общеизвестная и для всех очевидная невинность ответчика. Поэтому из общего положения о безусловной ответственности некоторых предприятий закон допускает исключение: установленной законом вероятной вине ответчика противопоставляется очевидная невероятность его вины, именно, когда причинение вреда произошло от непреодолимой силы; тогда ответчик может ссылаться в свое оправдание на эту чрезвычай-

ную причину. Поэтому объективная теория в лице Экснера и считает, что непреодолимой силой может быть только такое событие, которое с полной очевидностью, с первого же взгляда, устраняет вину ответчика, т. е. такое событие, отличительными признаками которого служат внешнее происхождение его и общеизвестность, так как только при такой общеизвестности (землетрясение, удар молнии, бомбардировка) может считаться достоверной та чрезвычайность событий, которая делает его непредотвратимым и которая, вследствие этого, устраняет всякое предположение о вине ответчика, — разумеется, если не будет доказано потерпевшим, что ответчик, несмотря на наличие непреодолимой силы, все-таки допустил вину.

Таким образом, между объективной теорией и субъективной теорией имеется весьма существенная разница. Прежде всего то или другое понимание понятия *vis major* обуславливает собою различные пределы устанавливаемой законом в отношении некоторых предприятий и договоров повышенной ответственности, ибо, чем шире и неопределеннее круг событий, обнимаемых понятием *vis major*, тем слабее ответственность, которая почти совпадает с ответственностью лишь за вину, а чем уже круг явлений *vis major* и чем объективнее их признаки, тем сильнее ответственность, которая устраняется только в редких исключительных случаях. Но, кроме этой разницы в объеме понятия *vis major* по определению той или другой теории, наиболее важным тут является различие в процессуальном положении предпринимателя и потерпевшего. При субъективном понятии *vis major*, обнимающем собою все виды событий и в их числе такие не выходящие из ряда обычных, которые, вообще, могут быть предвидены и предотвращены, и только в данном случае не могли быть предвидены и предотвращены, — действует презумпция вины предпринимателя или его агентов в недостаточной предусмотрительности и небрежности — до тех пор, пока они не докажут отсутствия своей вины. При объективном же понятии *vis major*, ограничивающем круг событий только теми явлениями, которые, по своей необычности, по своему происхождению извне, являются вполне очевидными и неизбежными, воздействие которых обнаруживается с полной несомненностью, — презумпция отсутствия вины находится на стороне предпринимателя — до тех пор, пока потерпевший не докажет наличия вины со стороны предпринимателя или его агентов¹. Вместе с тем приходится считаться в том и другом случае с различной степенью судебного усмотрения при разрешении вопроса об ответственности: в первом случае такое усмотрение должно неминуемо применяться в гораздо более широких пределах, чем во втором случае, в котором, в виду объективных признаков

¹ По нашему законодательству, как уже было выше упомянуто, указанное различие не имеет значения, потому что все равно *onus probandi* лежит во всех случаях по обязательствам возмещения вреда на ответчике (ст. 117 и 403-404).

событий *vis major*, освобождающих от ответственности, и очевидной и явной неизбежности воздействия их, суду приходится вносить очень мало субъективных моментов усмотрения.

2

При всей логической стройности и принципиальной правильности объективной теории, влияние ее на законодательства и судебную практику, однако, оказалось весьма ничтожным. Принцип вины, доминирующий во всех законодательствах, делает, вообще говоря, бессмысленным излишним различие между понятиями *casus* и *vis major*, ибо, если гражданская ответственность за причиненные убытки устраняется, по общему правилу, при отсутствии вины, т. е. при всякой случайности, то представляется безразличным — какая эта случайность, обыкновенная или чрезвычайная, внутренняя или внешняя, не говоря уже о том, что устанавливаемые для такого различия признаки, имея чисто доктринальное значение, вообще, очень трудно формулировать в законодательных определениях.

Усиленная ответственность, устанавливаемая законодательствами для некоторых предприятий и по некоторым договорам, может быть объясняема и применяема не по признакам различия между *casus* и *vis major*, а по другому началу, именно по началу риска, который возлагается на предпринимателя и должника за осуществление ими своих предприятий. С точки зрения социальной представляется целесообразным и справедливым, чтобы те предприятия, самим существованием которых обуславливается много опасностей (железные дороги, пароходы, фабрики, заводы), носили на себе весь риск, связанный с эксплуатацией этих предприятий, так называемый профессиональный риск, и поэтому усиление ответственности этих предприятий до пределов непреодолимой силы есть ни что иное, как расширение, в отношении этих предпринимателей, пределов гражданской вины до степени признания вины в самом факте эксплуатации ими предприятий, угрожающих опасностями и обуславливающих вред и убытки для окружающих. Тут, собственно говоря, не презумпция вины, тут прямая вина лица, эксплуатирующего опасное предприятие, именно в том, что таким предприятием причинен вред. Стало быть, тут непреодолимой силой, освобождающей от ответственности за вред, будет все то, что непосредственно не связано с эксплуатацией предприятия, что причинило бы вред и вне опасных условий эксплуатации: тогда, разумеется, нет вины собственника предприятия, а, раз нет его вины, то, по общему правилу, нет и ответственности.

Также установленная во всех законодательствах усиленная ответственность должников по договорам перевозки, поклажи объясняется рискованым характером этого рода договоров. По самому свойству современных условий перевозки и хранения имущества,

железные дороги, транспортные общества, товарные склады принимают на себя обязанности не только перевезти вещь, но и заботу о сохранности этой вещи во время пути, ибо отправитель сам лишен возможности принимать меры к охране вещи. Поэтому, возчик является вместе с тем страховщиком в отношении всех тех случайностей, которые непосредственно связаны с операцией перевозки (с неисправностью перевозочных орудий и средств, с действиями или упущениями агентов и т. д.), т. е. несет профессиональный риск. Тут также непреодолимой силой, освобождающей от ответственности, будет то, что находится вне сферы деятельности перевозчика и что причинило бы вред перевозимому им имуществу независимо от этой деятельности перевозчика.

Само собою разумеется, что понимаемую в указанном смысле усиленную ответственность возчика, поклажепринимателя, нельзя приравнивать к рискованной ответственности страховщика в собственном смысле, к страховой ответственности. Возчик несет риск профессиональный, т. е. вызываемый его деятельностью по эксплуатации предприятия, следовательно, основанием его ответственности служит в конце концов вина, между тем как страховщик отвечает не за свою вину, а за риск, вызываемый наступлением условленного случайного события; и, если по уставам страховых обществ он не отвечает в случаях непреодолимой силы, то не потому, что она устраняет его вину (о которой вопрос вовсе не возникает), а потому что такие случаи не соответствуют нормальным условиям страхования, условиям нормального риска.

Некоторые смешивают эти два вида риска, ничего общего между собою не имеющие. Так, проф. Эльяшевич впадает в явную ошибку, признавая необходимость различия понятий „случая“ и „непреодолимой силы“, между прочим, потому, что даже в тех договорах, по которым контрагент принимает на себя риск от случайных событий, он все же не отвечает за случаи *force majeure*, напр., в договоре страхования от огня, по которому страховщик отвечает за вред от случайного пожара, но освобождается от ответственности за пожарные убытки, когда они произойдут, „вследствие войны, возмущения, гражданских смут, землетрясения, взрыва пороховых складов и т. п.“¹. Смешение понятий, допускаемое проф. Эльяшевичем, очевидно: перечисление указанных рисков, освобождающих страховщика от ответственности, основано не на том, что они представляют собою случаи *force majeure* (за пожарные убытки, вызванные ударом молнии, т. е. типичным случаем непреодолимой силы, страховщик отвечает всегда), а на том, что такого рода риски не учитывались при определении характера риска и размера премии; при дополнительной же премии страховщик принимает на себя риски и за события, являющиеся случаями непреодолимой силы, напр., военные риски.

¹ „Война и гражданский оборот“, 1914, стр. 12-13.

Ни одно законодательство не дает определения понятий „случая“ и „непреодолимой силы“. Содержание того и другого понятия признается вопросом факта, подлежащим обсуждению суда, по конкретным обстоятельствам данного дела.

Так, во французском кодексе соответствующие этим понятиям два выражения употребляются рядом с одинаковым значением: *cas fortuit ou force majeure* (ст. 1148, 1784). В некоторых статьях упоминается отдельно о *cas fortuit* (ст. 1302, 1379, 1825 и др.) и отдельно о *force majeure*. Но литература и судебная практика не делают никакого различия между ними, вполне отождествляя оба понятия, как противоположность понятию вины, т. е. подводя и *cas* и *force majeure* под одно общее основание, освобождающее от ответственности, согласно общему правилу, выраженному в ст. 1147, при чем под тем и другим понятием одинаково понимаются такие события, которые происходят вне волевой сферы должника и не могли быть им предвидены и предотвращены (см. Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, 1909). Таким образом, французская практика примыкает к субъективному пониманию понятия *vis major*.

В германском законодательстве также не содержится определения непреодолимой силы (§§ 203, 701, 1996 Гражд. Улож., §§ 453, 456 Торг. Улож., закон 7 июня 1871 г.). В виду трудности дать этому понятию („*Höhere Gewalt*“) точное определение, при обсуждении проекта В.Г.В. возбуждался вопрос, не следует ли вовсе устранить это выражение из законодательства и заменить его конкретными указаниями на определенные виды причинения вреда, за которые известные предприятия несут безусловную, т. е. независимо от вины, ответственность, или перечислением явлений, исключающих ответственность¹.

Однако, в виду установившегося в литературе и в практике определенного технического значения за этим понятием, было признано целесообразным сохранить его в законе. Из этого видно, что германское право понимает *vis major* в смысле субъективной теории, включая его в понятие случайностей вообще и противопоставляя понятию вины. По общему правилу (§ 276), ответственность устраняется, если нет вины (умысла и небрежности), т. е. при всяких случайностях. Исключение устанавливается только в отношении некоторых предприятий, которые отвечают и за случай, но не за такой случай, который может быть рассматриваем как *höhere Gewalt*, при чем судебная практика и также некоторые авторы (проф. Зенкель) основывают тут различие между *casus* и *vis major* на том, что „случай“ (*innere Zufall*) связан с самими условиями эксплуатации предприятия,

¹ Также съезд германских юристов в 1893 году требовал, чтобы на место „непреодолимой силы“, „*Höhere Gewalt*“ законодательства в позитивной форме выразили лежащие в основе этого выражения юридические понятия.

а непреодолимая сила — это случай (*ausserer Zufall*), который не относится к нормальным опасностям предприятия (*nicht zu den normalen Betriebsgefahren gehört*). Ответственность за первый основана на том, что „внутренний случай“ есть недоступное для внешнего распознавания неудовлетворительное, по своей неисправности, ведение эксплуатации предприятия.

Также швейцарское право не дает определения понятия *vis major*, но судебная практика придерживается объективной теории, определяя *vis major*, как такое в особенности извне приходящее явление (как молния, огонь и т. п.), наступление и вредные последствия которого, несмотря на все меры предосторожности, не могли быть предвидены, или устранены, или избегнуты. Поэтому нет непреодолимой силы, если рельсы стали скользкими вследствие тумана, ибо, с точки зрения железнодорожной эксплуатации, это лежит „*im gewöhnlichen Laufe der Dinge*“ (по естественному ходу вещей); нет непреодолимой силы, если лошадь испугалась приближающегося поезда, ибо это воздействие на животное лежит „*im Wesen des Bahnbetriebes*“ (в свойствах железной дороги); нет непреодолимой силы, если горный обвал при местных геологических исследованиях мог бы быть предвиден и предотвращен. Все, что обязано присущей опасности промысла (*Betriebsgefahr*), есть „внутренний случай“ и не входит в область *vis major*¹.

В английском праве понятие *vis major* выражается словами „*the act of God and of the King enemies*“ — событие, зависящее от воли божьей или неприятелей короля.

Следовательно, по английскому праву континентальное понятие *vis major* имеет строго объективные признаки и с понятием „случая“ не совпадает. Различие между этими двумя понятиями не имеет никакого значения для английского права, потому что оно не освобождает должника от ответственности за неисполнение обязательства ни при каких обстоятельствах — ни при случае, ни при непреодолимой силе, применяя во всей строгости принцип причинения. Смягчение этого принципа проводится практикой путем презумпции о наличии в договоре молчаливо подразумеваемого условия о том, что за *act of God* или *act of the Kings enemies* стороны не отвечают.

Подобно континентальным законодательствам, и наше законодательство не дает определения ни понятия случая, ни понятия непреодолимой силы. Всякие виды случайных событий, обыкновенные или чрезвычайные, наш закон обнимает общим выражением, заключающим в себе один признак: невозможность для причинившего вред предотвратить вред (ст. 118 и 403). Специально о непреодолимой силе упоминается в Гражданском

¹ См. проф. Яблочков. „Влияние вины потерпевшего“, II, стр. 3.

Кодексе только в ст. 48, как об основании для приостановления течения давности, и в ст. 404, как об основании для освобождения от исключительной ответственности за причинение вреда в случаях, предусматриваемых этой статьей.

Так как эта статья 404 устанавливает расширенную ответственность по сравнению с обыкновенной ответственностью по ст. 403, то надо признать, что общий признак неотвратимости и вреда, употребляемый в ст.ст. 118, 403 и др., обнимает собою обыкновенные случаи, не могущие быть предвиденными („случаи“), а непреодолимая сила — чрезвычайные исключительные события.

Под понятие непреодолимой силы подходят не исключительно явления стихийных сил природы, но могут быть подводимы также явления общественной жизни, препятствующие правильному ее течению, например, военные действия, крупные волнения, охватывающие большие районы, стачки, забастовки. Сюда могут быть отнесены также какие-либо совершенно неожиданные и необычайные действия людей, которые не могут быть предвидены и предотвратимы обыкновенными средствами, например, нападение шайки разбойников на поезд, так как железная дорога не обязана отправлять поезд с конвоем. С другой стороны, и не всякое стихийное действие природы устраняет ответственность, так как собственники опасных предприятий обязаны предпринимать меры предосторожности и против возможных последствий от действий природы, например, предупреждать размыв полотна железной дороги вследствие возможных наводнений или проливных дождей и т. п.

Вообще определенной границы между „случаем“ и „непреодолимой силой“ нет. Одно и то же событие может быть и простым случаем и непреодолимой силой, смотря по тому, до каких пределов и размеров интенсивности оно фактически в своем действии дошло (напр., обычные беспорядки уличной толпы и стихийные народные беспорядки политического или экономического характера). Установление признака „необычайности, чрезвычайности, превращающего простой случай в непреодолимую силу, есть вопрос факта, подлежащий обсуждению и разрешению в каждом данном случае.

Основной признак понятия непреодолимой силы, служащего основанием к освобождению от ответственности по ст. 404 и отличающегося от понятия простой непредотвратимости вреда, которая освобождает от ответственности по ст. 403, заключается в том, что вредное событие или явление должно стоять вне всякой связи с данного рода деятельностью предприятия и, воздействуя на нее или соединяясь с ней, является посторонним, вполне самостоятельным фактором. Так, напр., пожар, происшедший на фабрике от соединения действующих там электрических проводов или от взрыва котла, не будет непреодолимой силой в смысле ст. 404, хотя бы такой пожар был непредотвратимым в смысле ст. 403.

Одним из явлений, образующих собою понятие непреодолимой силы, является состояние войны, в котором находится страна. Но война, сама по себе, не является всегда и необходимо явлением непреодолимой силы, влияющей на гражданский оборот и создающей объективную невозможность исполнения обязательств: она может вовсе не касаться определенной местности воюющей страны или определенных юридических отношений. Поэтому ни в одном из законодательств не упоминается общее понятие „войны“, как *force majeure*, а в качестве таковой указываются отдельные факты и обстоятельства, непосредственно связанные с военными действиями или составляющие последствия нахождения страны в состоянии войны.

Так, в ст. 1773 франц. *code civil* говорится не о „войне“, а о „*ravages de la guerre*“, т. е. специальных событиях и фактах военного времени („*faits de guerre*“ — по терминологии судебной практики), делающих невозможным исполнение обязательств и потому создающих собою явление *force majeure*.

Во французской литературе и судебной практике, после франко-прусской войны 1870 г., было уделено много внимания вопросу о том, что следует понимать под понятием „*faits de guerre*“. Определение этого понятия представляется существенно важным при разрешении на практике вопросов об ответственности государства за убытки, причиненные населению военными действиями. По общему принципу, строго проведенному в *code civil*, вредоносное действие влечет за собою ответственность за убытки только при наличии вины (умысла и неосторожности) деятеля (ст. 1382) и не соединено с ответственностью, если оно было последствием случая или непреодолимой силы (ст. 1148). Поэтому убытки, происшедшие от „фактов войны“, как обуславливаемые действием непреодолимой силы, не могут служить, по общему началу, основанием для исков против государства или отдельных департаментов и коммун, — разве бы специальный закон, вызванный великодушием государства, установил право потерпевших на государственное возмещение таких убытков. Однако, возможны убытки, хотя и происшедшие от „фактов войны“, но при таких условиях, которые возлагают на государство ответственность на общих основаниях. Положение это было сформулировано еще Тьером: „Государство никогда не возмещает убытки, происшедшие от случайностей войны, но оно отвечает лишь за те убытки, которые оно, во время войны и вследствие войны, причинило добровольно, намеренно, сознательно“. Так, если неприятель еще находится далеко и принятые военною властью какие-либо работы по укреплению местности или другие военные действия, влекущие за собою уничтожение частного имущества или другие ущербы для населения, имеют лишь характер превентивной меры, свободно обдуманной и исполненной, против возможной, хотя отдаленной,

опасности неприятельского нападения, — то ответственность государства по возмещению причиненных убытков налицо, и нормируется она на общих основаниях; но если уничтожение имущества или другие причиненные населению ущербы произошли от военных действий во время или при обстоятельствах, непосредственно и повелительно связанных с опасностями предстоящей борьбы, с требованиями общественного спасения, с высшими интересами защиты отечества, — то за такие убытки государство не ответственно.

На этом основании были признаны, как превентивные меры, дающие потерпевшему право на возмещение убытков, военные работы по укреплению Парижа, предпринятые во время франко-прусской войны 1870 г. до капитуляции Седана, между тем как те же работы, имевшие место после капитуляции Седана, были признаны, как *faits de guerre*, не дающие права на возмещение, ибо в первом случае осада Парижа представлялась лишь вероятной, возможной, а во втором случае обнаружилась действительная опасность осады и настоятельная необходимость ближайшей и очевидной борьбы (Госуд. Совет 23 мая 1873 г., 1 мая 1874 г.)¹. Руководствуясь тем же принципом, Госуд. Совет установил для городов Soissons, Belfort, Havre, Cherbourg различные даты, до и после которых причиненные убытки подлежали или не подлежали возмещению со стороны государства, в зависимости от обстоятельств, которые составляли отдаленную, возможную или ближайшую, очевидную опасность борьбы для защиты этих городов и которыми определялась превентивность или непосредственная необходимость мер, приведших к причинению частным лицам убытков (Государственный Совет 28 июня 1873 г., 13 февраля 1874 г., 16 мая 1874 г.).

Независимо от указанного внешнего признака, понятие „*faits de guerre*“ подверглось во французской практике определению по существу. В этом отношении французская юриспруденция в многочисленных процессах, возникших после франко-прусской войны, выставляла различные определения, и практика представляется колеблющеюся. По одним определениям, *faits de guerre* — это только случаи штурма, бомбардировки, атаки, вообще, какие-либо чисто боевые случаи; по другим определениям, сюда относятся не только случаи агрессивного боевого характера, но и всякие военные действия и меры, которые по своему предмету, времени и месту имеют посредственное или непосредственное отношение к стратегическим задачам и целям войны. Так, Госуд. Совет признал, как *faits de guerre*, не дающие права на возмещение убытков, следующие действия: занятие воинскими частями частного имущества вблизи местонахождения неприятеля, хотя эти части никакого участия в боевых действиях не принимали; уничтожение моста в виду приближающегося

¹ Это и нижеприводимые постановления Государственного Совета (Conseil d'Etat) указаны у Meignen в его справочной книге „Les contrats et la guerre“, стр. 61-70.

неприятеля; сожжение посева и лесных материалов при приближении неприятельской армии. В некоторых случаях, наоборот, было признано право на возмещение убытков, несмотря на то, что причинение их военной властью было вызвано обстоятельствами войны, именно, необходимостью защиты угрожаемых неприятелем местностей в области городов.

Даже осада городов неприятелем не всегда сообщает военным действиям и мерам защиты осажденного города характер *faits de guerre*: так, занятие в осажденном городе частного помещения под мастерскую для изготовления военных снарядов Гос. Совет признал реквизициею, дающей право на возмещение, между тем как в факте занятия также в осажденном городе частных зданий для расквартирования войск, назначенных для защиты части города, Госуд. Совет усмотрел *fait de guerre*, не дающий права на возмещение. Различение между „реквизициею“, влекущей безусловную ответственность государства, и „*fait de guerre*“, таковой ответственности не обуславливающим, представляется на практике часто весьма затруднительным. Так, арест кормовых продуктов и древесных материалов, их уничтожение или употребление для потребностей войска в момент, когда это не вызывалось очевидною близостью неприятеля, были признаны реквизициею, а арест или уничтожение тех же продуктов и материалов с целью лишить неприятеля возможности завладеть ими или арест мешков с целью употребить их для устройства траншей составляют *faits de guerre*, не влекущие за собой обязанности возмещения.

Состояние войны, образующее собою явление непреодолимой силы, формально начинается со дня объявления его государственным актом и прекращается только после ратификации и опубликования мирного договора (франц. касс. суд., 8 июня 1871 г.). Однако, и поле этого оно может считаться продолжающимся, если известные обстоятельства имеют, посредственно или непосредственно, тот же характер, как обстоятельства, происходящие от войны, напр. если пути сообщения не восстановлены, если неприятель продолжает оккупировать часть территории и т. п. Вопрос о том какой момент события перестают составлять случаи *force majeure* после заключения мира, зависит от усмотрения суов. Вообще, в принципе и при отсутствии на этот счет специального законодательного акта, — разрешение в конкретных случаях вопросов о наличии *faits de guerre*, о различении между ними и случаями реквизиции или экспроприации и о значении данного *fait de guerre* в смысле *force majeure*, освобождающей от ответственности, — предоставлено французскою юриспруденциею всецело свободному усмотрению судов и относится к существу дела не подлежащему проверке в кассационном порядке (франц. кассац. суд, 13 февраля 1872 г., 13 января 1877 г., 22 февраля и 22 декабря 1884 г.¹).

¹ Замечательно, что две войны, которые Россия вела в течение времени действия новых судов, — русско-турецкая и русско-японская (последняя мировая война, за которой непосредственно последовала революция,

ПРОБЛЕМА ПРИЧИННОЙ СВЯЗИ В ПРАВЕ

1

Для установления ответственности за причиненный чьим-либо действием или упущением вред, необходимо, чтобы между действием и вредом была не только внутренняя связь (*imputatio juris*), выражающаяся в вине, т. е. в сознательном направлении воли к причинению вреда или в неосторожном причинении вреда, но и внешняя причинная связь (*imputatio facti*), т. е. необходимо, чтобы это действие или упущение относилось ко вреду, как причина к следствию. Но установить причинную связь между действием человека и последовавшим вредом не всегда легко. Действие человека не всегда бывает единственной и непосредственной причиной того факта или результата, к которому приурочиваются известные юридические последствия. В физическом мире и в жизненной обстановке причины и следствия переплетаются между собой, и вред может явиться результатом не одного события, а ряда фактов и явлений, вытекающих одно из другого или сопровождающих и присоединяющихся одно к другому. Отсюда — право, уголовное и гражданское, встречается с трудной проблемой причинной связи.

Понятие причинности есть понятие логическое, и относится к области философии. Оно основано на философском выводе, утверждающем, что нет явлений без причины — *ex nihilo nihil fit*¹. Под причину явления логика понимает то предше-

в счет не идет) — не оставили почти никаких следов в нашей кассационной практике, в которой мы не находим ни одного решения с какими-либо принципиальными разъяснениями, касающимися войны, как непреодолимой силы, и влияния ее на гражданский оборот. Едва ли можно допустить, что „состояние войны“, в котором находилась Россия во время этих двух крупных кампаний, так мало отразилось на гражданском обороте страны и в такой незначительной степени затрагивало область обязательственных отношений, чтобы не было поводов для судебных споров и материала для судебной практики. Но, повидимому, эти споры затихали в инстанциях, рассматривавших дела по существу, и если некоторые из них восходили на рассмотрение сената, то не давали поводов и материала для принципиальных сенатских разъяснений.

Понятие „причина“ привлекало к себе внимание еще древних философов. Платон учил: „все, что совершается, необходимо совершается по какой-нибудь причине, ибо невозможно, чтобы произошло что-нибудь без причины“. Неоплатонический философ Прокл насчитывает у Платона 64 различных вида причин. Аристотель в первой книге „Метафизики“ дает подробный анализ понятия причинности, сводя его к четырем главным причинам, вытекающим из четырех элементов, в которых заключается сущность вещей. В каждом предмете различаются: то, что его произвело, то, из чего он возник, идея или план, по которому он создан, и, наконец, цель, ради которой он существует. Эти четыре элемента всякой реальности Аристотель называл производящей, материальной, формальной и конечной причинами. Это учение Аристотеля о четырех причинах или началах, разработанное в его школе (перипатетиков) и также у неоплатонников и перешедшее в схоластическую философию, получило впоследствии некоторые изменения. Стали различать первые причины от вторых или ближайших (*causae secundae seu proximate*), посредствующие (*causae mediae*), орудные (*instrumentales*), сопутствующие или сопровождающие (*causae concomitantes*) (См. Вл. Соловьев, Энциклоп. словарь Брокгауз — Эфрона, 49).

ствующее или совокупность предшествующих, за которыми явление неизменно и безусловно следует (Милль, Система логики), и, следовательно, причинностью (каузальностью) называется такая связь между явлениями, вследствие которой существование одного явления непременно влечет за собой возникновение другого. Такое общее определение причинности, конечно, не дает объяснения конкретной причинности, а заключает в себе лишь объяснение этого понятия — в чисто метафизическом абстрактном смысле. Во внешнем мире господствует общая непрерывная причинная связь, так что всякое явление природы, действие непрерывной цепи явлений, лежащих в прошедшем; всякий член этой цепи есть результат предшествующего и в то же время причина последующего члена, а происхождение ее первого члена совпадает во времени с сотворением мира¹. Отсюда средневековая мистическая философия пришла к отрицанию причинности, возводя все происходящее в мире к одной первоначальной причине — к богу.

До Канта существовали две теории относительно идеи причинности: одна из них считала эту идею возникшею из опыта, как результат привычки наблюдать постоянное следование одного явления за другим (эмпиризм); другая принимала, что идея причинности прирождена нашему разуму помимо опыта (рационализм). Со времени Канта критическая философия считает причинность априорным принципом, т. е. таким, достоверность которого должна быть допущена, несмотря на полную невозможность доказать ее каким бы то ни было путем при помощи опыта, и рассматривает его как неизбежную, неотделимую форму самого сознания. Эмпирическое понимание причинности дано в середине XVIII в. шотландским философом Давидом Юмом, который задался вопросом, откуда и почему появился и в чем заключается закон причинности, и пришел к выводу, что причинность есть не что иное, как эмпирически воспринятая и сделавшаяся для нас привычной временная последовательность вещей и состояний.

По его мнению, принцип причинности нельзя оправдывать ни опытом, ни разумом. Она возникает как необходимое психологическое понятие из закона ассоциации идей. Правильная и постоянная смена представлений вызывает в сознании ожидание появления определенных представлений вместе с необходимостью перехода от этих представлений к другим. Это ожидание толкует правильную смену, как причинную зависимость (*posthoc — ergo propter hoc*). В таком взгляде Юма, собственно говоря, отрицается самое понятие причинности, так как этим понятием выражается только постоянная связь двух явлений, из которых одно неизменно предшествует другому. Тут очевидная логическая ошибка,

¹ Известен школьный пример отдаленной причинности: если бы Колумб не открыл Америки, то я не ел бы в данный момент яблока, потому что, благодаря открытию Колумба, мой прадед переехал в Новый Свет, там жаждал деньги, на которые купил тот сад, яблоко которого я ем.

на которую было указано многими писателями, между прочим Вл. Соловьевым. Соловьев демонстрирует эту ошибку на следующем примере: научно признанная причина дня и ночи — суточное вращение земли вокруг своей оси, заставляющее ее попеременно обращаться к солнцу тою или другою стороною, — должна была бы быть, по взгляду Юма, наблюдаемым явлением, постоянно предшествующим дню и ночи, тогда как на самом деле это вращение вовсе не есть наблюдаемое явление, а умственный вывод из астрономических данных. Да и вообще, если говорить о последовательности во времени, следовало бы, согласно с точкой зрения Юма, признавать причиною дня предыдущую ночь, а причиною ночи — предыдущий день.

Логический анализ понятия причины и причинности, в связи с разработкой теории доказательств (индукция и дедукция), дал Джон Стюарт Милль в „Системе логики“, вышедшей в 1843 г. Милль устанавливает четыре основных метода, посредством которых индуктивным путем можно найти причину данного явления: методы, согласия или совпадения, различия остатков и сопутствующих изменений.

Эти основные методы научной индукции (или индуктивные доказательства) общеизвестны. Считаю, однако, не лишним изложить тут в общих чертах сущность миллевских методов, в виду того, что учение Милля, как увидим ниже, имело весьма большое влияние на уголовно-правовую литературу и послужило начальной исходной точкой выработанных ею многочисленных и разнообразных взглядов на причинность в применении к специальной области уголовного права.

Метод согласия или совпадения состоит в следующем: для того, чтобы доказать, с помощью этого метода, что явление X служит причиною явления Y, надо среди данных опыта подобрать такие примеры, т. е. такие случаи возникновения явлений Y, чтобы в них было только одно общее для них всех обстоятельство, именно — присутствие явления X в каждом из них. Если мы имеем случаи, в которых явление Y возникло при обстоятельствах XAB, XAC и XBC, то мы можем доказать, что причиною возникновения явления Y надо считать явление X, потому что это единственное обстоятельство, которое присутствовало каждый раз, как возникало явление Y, а всякое другое обстоятельство (ABC) присутствовало при этом не каждый раз; явление же Y, конечно, не могло возникнуть там, где не было его причины.

В противоположность этому методу согласия, при методе различия, для доказательства, что явление X служит причиною явления Y, надо среди данных опыта или посредством эксперимента подобрать, рядом с каким-нибудь случаем или примером возникновения явления Y, еще такой другой случай или пример, в котором оно не возникло, но который во всем остальном был бы точь в точь таким же, каким и первый случай, кроме одного лишь обстоятельства, именно — кроме того обстоятельства, что в первом случае (т. е. когда возникло явление Y) присутствовало

еще и явление X, а во втором случае (когда явление Y не возникло), его не было. Если мы имеем два случая, из которых в одном явление Y возникло при обстоятельствах XAB, а во втором явление Y не возникло при AB, то мы можем сказать, что так как явление Y неизменно должно было возникнуть там, где присутствовала его причина, а причиною в этих двух случаях нельзя считать ни A, ни B, ни их соединения только между собой без участия явления X (ибо все это присутствовало во втором случае, и однако явление Y тут не возникло), то, следовательно, причиною явления Y может быть только или само явление X, или его соединение с каким-либо из обстоятельств, бывших рядом с ним, так что явление X есть или причина, или, по крайней мере, составная часть причины явления Y.

Метод остатков состоит в следующем: доказав, что сложное явление XAB служит причиною другого сложного явления UMN, и доказав вместе с тем, что часть AB первого явления служит причиною части MN второго явления, мы вправе заключить из всего этого, что оставшая часть первого сложного явления (т. е. X) образует причину или, по крайней мере, составную часть причины остальной части второго сложного явления (т. е. Y).

Наконец, при методе сопутствующих изменений, чтобы доказать, что явление X служит причиною явления Y, надо среди данных опыта или специально созданного эксперимента брать, по крайней мере, два таких случая или примера явления Y, чтобы, во-первых, в каждом из них это явление возникло в ином виде (напр., сильнее или слабее), чем в данном подобранном случае, и чтобы, во-вторых, среди обстоятельств, при которых возникло это явление, неодинаковым или изменившимся оказывалось только явление X, а все прочие обстоятельства оставались бы без всякой перемены. Допустим, что нам удалось найти два таких подчиненных этому правилу случая возникновения явлений Y: явление Y¹ возникло при обстоятельствах X¹AB и явление Y² возникло при обстоятельствах X²AB (неодинаковость в обоих случаях одного и того же обстоятельства указана цифрой, поставленной при букве, обозначающей это обстоятельство, а те обстоятельства, которые повторяются без всякого изменения, обозначены одною и тою же буквою без цифры); тогда мы можем рассуждать так: если нет никакой перемены в причине, то не может быть перемены и в производимом ею действии; поэтому причиною явления Y нельзя считать ни A, ни B, ни их соединений между собой без участия явления X, ибо все это осталось во втором случае без всякой перемены, а Y между тем изменилось. Следовательно, причиною явления Y может быть или только само явление X, или его соединение с каким-либо из обстоятельств, бывших рядом с ним, ибо только в нем одном и произошла перемена во втором случае. Значит, X есть или причина или, по крайней мере, составная часть причины явления Y.

Понятие причинности в смысле философском не совпадает с этим понятием в смысле правовом. Из бесконечного многообразия причин, которые, с точки зрения естественно-научной обуславливают и вызывают известное явление, право интересуется только действием человека. Все же остальные причины и условия явления — силы природы и физические законы, как материя, свет, атмосфера, притяжение и т. п., и также в их числе общие предположения человеческой деятельности — являются для права лишь необходимыми условиями, но не причинами последствия. Но и не всякое действие человека, составляющее одно из условий явления, есть и причина его в смысле правовом, т. е. в смысле основания для вменения. Так, напр., причиной убийства, можно сказать, являются действия всех лиц — и рудокопа, и фабриканта, и торговца, — своею деятельностью изготовивших и доставивших убийце оружие, которым было совершено убийство. Но для вменения недостаточно такой общей причинности, а кроме нее необходима еще специальная, в смысле юридическом, причинность, именно, необходимо, чтобы данный факт явился последствием виновного действия человека, т. е. находился в причинной связи с умыслом или неосторожностью его. Человек или вследствие своей деятельности, или не умышляет их, а лишь производит их, т. е. предвидено, как возможное, и избегнуто — неумышленное, или таково, что не могло быть предвидено и избегнуто — случайное. Последствие, стоящее за пределами возможности предвидения, является стоящим и за пределами причинной связи и, следовательно, за пределами вменения.

Однако, последовательная цепь явлений, на которую распространяется возможность человеческого предвидения, не замыкается моментом, непосредственно заключающим в себе данное действие человека. Между этим действием и последствием его всегда стоят другие силы, действующие в природе и являющиеся посредствующими членами причинной цепи (например, между действием убийцы и смертью убитого стоит ряд происшедших физиологических изменений в организме убитого), и каждый дееспособный человек, в силу свойственной ему познавательной способности или опыта, предпринимая какое-либо действие, не может не иметь в виду эти силы и обыкновенно и обязательно рассчитывает на естественное присоединение или совпадение их действия. Поэтому эти силы не могут прерывать цепи причинной связи, а вместе с действием человека обнимают собой весь комплекс элементов вины, обуславливающей вменение. Перерыв причинной связи между деянием деликвента и результатом имеется только тогда, когда какое-либо из приходящих событий выходит далеко из пределов обычности и при этом выступает с самостоятельным каузальным характером, так что, благодаря его вмешательству и содействию, течение причинности, имеющее

своим началом деяние деликвента, принимает другое новое направление, изменяющее путь и последовательный порядок наступления результата или усиливающее размер конечного результата¹.

Элементом в цепи причинной связи может быть также действие самого потерпевшего, которое имеет то же значение, как и присоединяющаяся деятельность третьего лица. Как действие потерпевшего, так и действия третьих лиц могут прерывать причинную связь. Но могут быть случаи, в которых действовавший мог предвидеть встречную деятельность потерпевшего или действия третьих лиц и рассчитывать при естественном ходе вещей на присоединение или совпадение этих действий, и тогда, разумеется, комплекс элементов вменения не разрушается и причинная связь не прерывается.

Однако, в действительности, при бесконечном многообразии сил, в различных сочетаниях, присоединяющихся к действию человека или с ним совпадающих, не всегда легко установить в цепи причин и следствий, в которой развивается явление, тот предел, за которым теряется связь между действиями человека и явлением; не легко найти критерий, определяющий, в каких случаях, в какой момент и в каком месте прерывается связь между первоначальным действием и наступившим последствием и первое теряет значение причины для последнего. Например: пуля попадает в сердце, возникает известный физиологический процесс, в результате смерть; или пуля попадает в руку и производит неопасную рану, различные обстоятельства при лечении (больной сбрасывает повязку, в горячем состоянии выскрывает на мороз и т. п.) осложняют патологические процессы, развивается другая болезнь, напр., воспаление легких, от которой больной умирает спустя много времени после выстрела. Цепь причин, приведших к смерти, может развиваться еще сложнее: острый поворот в болезни раненого пугает его беременную

¹ Вопрос о том, отвечает ли человек только за непосредственные результаты его деятельности или же эта ответственность существует и за результаты посредственные, и в последнем случае — в каком объеме, — составлял в старом уголовном праве предмет трудно разрешимой контравверсы. В XIV, XV и до XIX ст. криминалисты признавали, что для вменяемости результатов требуется непременно отношение непосредственное и что наличие каких-либо иных сил, приведших к действию, устраняет возможность ответственности. На этом положении была основана старая уголовно-наказательная система (учение о критических днях, о безусловно и условно смертельных повреждениях). Несостоятельность этой теории в теоретическом и практическом отношении очевидна. Непосредственные результаты также мало могут возникнуть из одного только действия данного лица, как и посредственные результаты, ибо для причинения тех и других требуется целая масса обстоятельств и условий, лежащих в окружающих явлениях. Если, напр., виновник выстрелом убил наповал свою жертву, то и в этом случае очевидно, что к действию виновного должен был присоединиться целый ряд физиологических сил, при помощи которых только и делалось возможным произведение результата. Все отличие случаев этого рода от так называемых посредственных результатов заключается только в степени очевидности этого участия посторонних сил и в степени их влияния (см. Таганцева. Курс русск. угол. права, I, стр. 304-306).

жену, происходят преждевременные роды, умирает ребенок. Или: выстрел производит рану, рана вызывает необходимость для раненого остаться в известном доме, в доме делается пожар или обрушивается потолок, или в этом доме свирепствует заразная болезнь, и раненый погибает. Или раненый остается лежать в лесу, не имея сил подняться, охотник принимает его ночью за зверя и убивает¹.

В области уголовного права, в особенности, понятие причинной связи является необходимым элементом ответственности, ибо почти все уголовные нормы карают не самые действия, независимо от последствий их, а лишь в случае наступления известного результата, т. е. явления, отдельного от действия, но стоящего с ним в известной зависимости. Так, в преступлениях, заключающих в себе присвоение или истребление чужой собственности, действия сами по себе безразличны с точки зрения уголовного права — закон запрещает не эти действия сами по себе, а то изменение в сфере правовых отношений, которое они производят и которое, следовательно, является их последствием. Необходимость известных последствий также требуется в преступлениях против жизни, телесной неприкосновенности, чести. Таким образом, для вменения, т. е. для установления ответственности, необходима наличность связи между явлением, образующим собою нарушение нормы, и деятельностью лица, которому это нарушение вменяется. Где нет этой связи, нет уголовного вменения, а где вменение и имеется, там ответственность устанавливается только за то преступное последствие и только в меру того преступного последствия, которое определяется пределами этой связи².

Отсюда понятно, какое важное значение должна иметь для уголовного права проблема причинной связи, и, действительно, эта проблема издавна интересовала криминалистов, которым, главным образом, принадлежит разработка ее, а цивилисты лишь использовали и приспособили ее для целей цивилистических. Этой проблеме посвящена обширная литература, в которой мы находим многочисленные и различные теории, имеющие целью найти исходную точку зрения и общий критерий для выяснения

¹ Примеры эти приведены у проф. Сергеевского в его исследовании „О значении причинной связи в уголовном праве“. 1880.

² „Без наличности причинной связи, говорит Таганцев, преступление немислимо. Мы можем представить себе, напр., бытие злой воли, попытку ее осуществления, наступление желаемого последствия, мало того, даже совладение во времени последствия и действия и, несмотря на все это, — отсутствие полного состава преступления. Напр., кто-нибудь, в намерении поджечь дом, подкладывает зажженные материалы, но они тухнут, а в это время в дом ударяет молния, и он от нее сгорает; — или одно лицо подносит другому отраву, но, прежде чем отраву была выпита, жертва преступления умирает от разрыва сердца, от нервного потрясения и т. п. При подобных условиях, несмотря на наличность желаемого результата, мы можем признать только покушение на поджог, на убийство, а не оконченное преступление, так как тут отсутствует необходимая для этого причинная связь (Курс русск. угол. права, кн. I, стр. 238).

этого понятия и для установления пределов и условий его применения в качестве правового момента. Однако, несмотря на все усилия философов и юристов, разрешение проблемы следует признать до сих пор недостижимым.

3

Все теории, выставляемые в криминалистической литературе, могут быть сведены к трем главным категориям.

К первой категории относятся теории так называемой „общей причинной связи“, берущие свое начало в учении Милля. Милль считает причиной данного явления совокупность всех предшествующих фактов, за которыми это явление неизменно и безусловно следует. По этой формуле причину образуют все условия в совокупности, но не отдельные условия, которые не могут быть, по мнению Милля, выделены из группы необходимых для данного явления предшествующих, ибо необходимость не имеет степеней, и все необходимые условия должны быть налицо, чтобы явление могло возникнуть. Поэтому между условиями нет различия в смысле значения их для возникновения последующего явления, и все они должны считаться равноценными.

На почве этого учения и возникли в уголовно-правовой литературе теории, признающие причиной явления, как последствия, всякое действие, входящее в число условий явления. Представителями этой группы теорий являются Глазер, Круг, Бури, Гейгер, Иох, также Гельшнер, Лист, в нашей литературе проф. Колоколов, проф. Сергеевский. По мнению их, всякое действие лица, которое является одним из условий последствия, есть в то же время его причина. Последствие никогда не является непосредственным результатом деятельности того человека, который его произвел; между ним и деятельностью человека всегда стоят действия сил природы, как посредствующие члены причинной цепи. Но каждая отдельная сила есть *conditio sine qua non* явления, потому что она придает жизнь мертвой массе всех прочих отдельных сил и тем делает их причинными (каузальными). Поэтому всякая отдельная сила, в том числе действие человека, хотя бы, будучи изолирована от других, она и не могла бы произвести последствия, должна быть признана ответственной за последствие в полном объеме, в виду его неотделимости от других сил. Бури объясняет это на примере мельничного колеса: оно приводится в движение известным количеством воды; $\frac{2}{3}$ этого количества текут из одного бассейна, $\frac{1}{3}$ — из другого; можем ли мы сказать, что каждому из них принадлежит часть движения в отдельности, а не все движение? В том же смысле выражается Иох: „одно последствие зависит часто от тысячи причин, из которых ни одна не может быть удалена, если последствие должно совершиться... Конечно, одна из причин может быть ближайшею, а другая — более отдаленною“... Но какое значение может иметь порядок

возникновения? Если должен произойти внук, то дед также необходим, как и отец... *Causa causae est etiam causa causati*¹.

Практическое применение этой теории представляется весьма простым. Для удостоверения в существовании причинной связи Глазер предлагает следующий прием: следует мысленно исключить предполагаемого виновника из суммы явлений, и если окажется, что последствие, несмотря на это, все-таки возникает, что последовательный ряд промежуточных причин останется прежний, то ясно, что результат не может быть возведен к деятельности этого лица. Если же окажется, наоборот, что с удалением этого человека с театра явлений последствие вовсе не произойдет или произойдет другим путем, то мы будем иметь полное основание приписать последствие этому человеку, считать это последствие результатом его деятельности. То же самое высказывает Сергеевский. Он также исходит из того положения, что всякое действие человека, служащее условием явления, есть в то же время причина его, при чем нет причин главных и второстепенных—все они одинаково необходимы для воспроизведения явлений. Чтобы определить в каждом данном случае, представляет ли действие человека причину явления или нет, следует мысленно выделить это действие из всей суммы предшествующих фактов, и если окажется, что, несмотря на то, последствия наступили бы в том же порядке, то это значит, что последствия эти не могут быть приписаны обвиняемому; если же, напротив, окажется, что, за выделением действий обвиняемого, результат не воследовал бы или хотя бы и воследовал, но не в этом порядке, то это значит, что данное лицо есть причина происшедшего результата. По мнению Сергеевского, это положение должно считаться отправной точкой всего учения о причинной связи².

Несколько иную конструкцию дает той же теории фон - Лист³. Он также полагает, что причинение и обусловление, т. е. причина и условие, совпадают в смысле уголовно - правовом, что все условия наступления последствия должны считаться равноценными. В юридическом смысле причиной является и сопутствующая причина (*Mitursache*). Поэтому причинная связь между телесным движением (действием) и последствием имеется налицо и тогда, если бы оно без особых обстоятельств, при которых действие было совершено или которые привзошли к действию, не наступило бы. Поранение есть причина смерти, хотя бы последняя без

¹ См. Сергеевский. О значении причинной связи в уголовном праве, стр. 16-22.

² Там же 174-175. Проф. Познышев считает, что прием мысленного исключения, с помощью которого должна быть в конкретных случаях распознаваема связь действия с последствием, весьма ненадежен, ибо у нас нет никаких гарантий правильности наших рассуждений при этом мысленном исключении: весьма рискованно гадать, что было бы, если бы существовала иная комбинация предыдущего, и на подобных догадках основывать уголовную ответственность („Основные начала науки уголовного права“, общ. ч. 1912, стр. 321).

³ V. List. Lehrbuch des Strafrechts. Русск. пер. 1903, стр. 129-137.]

общей физиологической слабости раненого не последовала бы или не последовала бы, если бы не случился пожар госпиталя, в котором находился раненый для лечения, и этот пожар не присоединился бы к состоянию раненого, самому по себе не смертельному. Наличности причинной связи не препятствует и неосторожность третьего лица и неосмотрительное поведение самого потерпевшего. Причинной связи нет только в том случае, когда отсутствие телесного движения ничего не изменило бы в наступлении последствия, т. е. когда оно вызвано новым самостоятельным родом причин, не обусловленных осуществлением воли. Если А смертельно ранил моряка В, и этот последний до наступления смерти от поранения утонул вследствие крушения судна, случившегося от внезапно поднявшейся бури, то тут отсутствует каузальная связь между осуществлением воли А и смертью В, и А может быть осужден только за покушение на убийство. Но если раненый моряк В, именно, благодаря своему поранению, не был в состоянии управлять парусами и этим было обусловлено крушение судна, то А причинил смерть В, ибо тут кажущийся новый ряд причин был вызван осуществлением воли А, так как без него не наступил бы результат, и, следовательно, тут каузальная связь между действием и последствием налицо. Понятие причины, по взгляду Листа, должно быть понимаемо не в том строгом смысле, что она равна совокупности всех условий последствия, ибо при таком понимании осуществление воли вообще не могло бы быть причиной: всегда и без исключений значение его для последствий обусловлено содействием целого ряда внешних обстоятельств, которые не могут быть опущены мысленно без того, чтобы течение вещей не представилось изменившимся, — а в том ограниченном значении, что причина (человеческое действие) есть одно из необходимых условий последствия.

Таким образом, для Листа, опирающегося, как и Милль, на понимание причинности, как формы нашего познания, имеет решающее значение, в смысле уголовно - правовом, фактический ход вещей в данном конкретном случае, а не метафизическое понятие „действия“ в смысле единой, порождающей последствие и отличной от условий причины (*causa efficiens* в противоположность *conditio sine qua non*).

Ко второй группе относятся теории, которые в совокупности условий, образующих собою предыдущее известное последствие, как причину его, считают нужным различать: одни — как прямые причины последствия, другие — лишь как поводы и условия его.

Представителями этой теории являются Бар, Люден, Пфицер, Колер, Горн и многие другие, в нашей литературе Таганцев.

По взгляду Колера¹, *causa*, в противоположность простому условию, есть элемент, вызывающий существование явления

¹ Kohler, „Studien aus dem Strafrecht“.

и существенно определяющий характер и интенсивность его. Колер дает пример с засеиванием семени: хотя для существования и развития растения требуется ряд условий, от которых зависит, будет ли расти растение, но какое растение вырастет, — это зависит от семени, и поэтому семя есть причина растения. В указанном смысле причиной (*causa causae*) является такое действие человека, в котором он является виновником известного последствия, распоряжаясь действующей причиной, изменяя условия, в которых причина действует, или изменяя направление ее действия, и вообще является *dominus causae*.

Люден¹ объясняет это на следующих примерах: кто в ветряную погоду разводит огонь на земле, и ветер заносит искру на двор соседа, тот виновник вреда, причиненного соседу; наоборот, причинная связь не может быть принята, — если ветер поднялся после того, как разведен был огонь. В первом случае действие ветра должно рассматриваться, как часть действия человека; во втором случае — как обстоятельство самостоятельное, которое к действию не принадлежит. Дровосек, роняющий что-либо сверху вниз и убивающий таким образом проходящего, есть виновник убийства, если он работал в людном месте и не принял мер для предупреждения опасности; наоборот, нет причинной связи, если он сделал надлежащее предостережение. Ближайшая причина есть в обоих случаях падение тяжелой вещи, но в первом случае эта причина приведена в движение деятельностью рабочего — потому убит прохожий, что работник сбросил тяжесть; во втором случае причина приведена в движение самим убитым — не потому он убит, что работник сбросил тяжесть, а потому, что, не взирая на это, подошел к роковому месту. При разрешении вопроса о существовании причинной связи, имеющей юридическое значение, все зависит от того, присоединилось ли то обстоятельство, благодаря которому человеческая деятельность привела к результату до или после нее.

В том же смысле высказывается Пфистер². Когда камень падает с башни, говорит он, то причиной его падения должно быть признано действие человека, бросившего камень, а не тяжесть камня или земное притяжение: явление произведено вовсе не этими свойствами камня и земли; эти последние сами по себе никогда не произвели бы изменения в положении какого бы то ни было камня; они не продуктивны; продуктивным, т. е. производящим что-либо новое, является в этом случае только действие лица, сбросившего камень. Отсюда ясно, что причина и условие последствия или явления должны быть различаемы: причина производит (*bewirkt*), условие делает возможным (*ermöglicht*) явление. То же Horn³: причина отличается от условия тем, что причина есть начало деятельное, активное, находящееся в движении (*actuellen Bewegungen*), а условие — начало

¹ Luden, „Abhandlungen aus dem gemeinen Strafrecht“.

² Pfister, „Zur Lehre vom Causalzusammenhange“, 1875.

³ Horn, „Der Causalbegriff in der Philosophie und im Strafrechte“, 1893.

пассивное, находящееся в состоянии покоя (*ruhende stabile Zustände*); от условий зависит возможность для причины действовать или мера действия. Ортман выражает эту мысль так: „Понятию причины соответствует понятие действительности, а понятию условия — понятие возможности“.

Эта теория различения причины и повода (условия) получила наиболее систематическое выражение у Таганцева¹. Причиной, говорит он, мы называем то предшествующее или совокупность предшествующих, за которыми данное явление неизменно или безусловно следует. Так как для воспроизведения результатов требуется содействие сил природы, то виновный отвечает и за эти посредственные результаты своей деятельности, если только силы, присоединившиеся к его действиям, или были им вызваны, или были направлены к достижению задуманного. Но всегда ли и при всяком ли объеме и характере этих сил может существовать подобная ответственность? Таганцев полагает, что теория вменения всех результатов, по отношению к которым действие лица является одним из условий, хотя и весьма отдаленных, является несостоятельной и что необходимо установить такое начало, которое заключало бы в себе известное ограничение ответственности. Такое ограничение можно искать или в субъективных, или в объективных свойствах факта. Что касается до первых, то ограничение может заключаться в сознании лица о действии посторонних сил или, вернее, в ожидании их содействия. Этот способ ограничения ответственности представляется несостоятельным потому, что если ставить условием полного вменения представления действующим всего совершившегося в том виде, как оно было в действительности, то, очевидно, невозможно допустить такого вменения в большинстве преступлений, ибо очень мало найдется случаев, в которых такое знание всех обстоятельств совершения было бы доступно для действующих. Остается искать основания ограничения ответственности в объективных условиях факта.

Тут Таганцев различает следующие отношения присоединяющихся сил и действий человека к последствию: 1) действие лица вызвало известные силы, произведшие, сообразно с законами природы, данный результат, — здесь вменение результата не подлежит сомнению; 2) также несомненна ответственность в тех случаях, когда виновный, хотя и не возбуждал сил природы, но дал существующим или действующим силам такое направление, при котором они вместе с его действием привели к желаемому результату; 3) сила, присоединившаяся к деятельности виновного, не только имела источник самобытный, так что возникновение его не зависело от его действий, но он даже не давал направления этим силам, а его поступок только дал возможность действовать силам в данном направлении или устранил препятствия для их деятельности (например, жертва впала в обморок и была заедена дикими животными и т. под.); в этих случаях вопрос

¹ Таганцев, Курс I, стр. 307-318.

об ответственности первоначального действующего является, по мнению Таганцева, спорным, но он склоняется к разрешению его в утвердительном смысле, наконец, 4) силы, присоединившиеся к действию виновного, не только не были им вызваны, но его поступок даже не обуславливал и не облегчил их действия, так что они стоят совершенно независимо от него как относительно условий возникновения, так и относительно самой деятельности (например, кто-либо поджигает дом, но в этот самый момент молния ударяет в дом, и он сгорает от ее действия, или лицо, действовавшее с намерением убить, наносит легкую рану, а раненый вслед затем умирает от чахотки, от тифа или раненый остается лишним днем в городе и затем попадает под обвалившийся карниз, который его и убивает). Тут результат не может быть вменен первоначальному действовавшему, потому что во всех этих случаях соотношение между действием лица и результатом имеет безусловно мнимый характер, и о нем можно говорить только, как о поводе. Таким образом, по взгляду Таганцева, в случаях трех первых категорий действия лица являются причиной результата и этот последний ему вменяется; в случаях четвертой категории действия лица могут быть признаны лишь поводами, и поэтому результат вменению подлежать не может. Аналогичными с действиями сил природы Таганцев признает, в отношении причинной связи, и действия других лиц, если они примыкают к действию первого лица (которое их вызвало или на них рассчитывало, или ими воспользовалось) и сами по себе не имели преступного характера. Если же второе лицо само отвечает за совершенное, то связь первого действия и результата исчезает только тогда, когда присоединившийся действовал умышленно¹.

К третьей категории каузальных теорий относится так называемая теория равновесия Gleichgewichtstheorie, которая также стремится к различению причины и повода, но различение это основывает исключительно на особом представлении о возникновении всякого явления из борьбы содействующих и противодействующих сил, оканчивающейся нарушением их равновесия.

¹ Так как виновность является в двух видах — умысла и неосторожности то тут возможны четыре комбинации. Наступившее нарушение может быть результатом: 1) умышленных действий первого деятеля и неосторожных второго; 2) неосторожных первого и умышленных второго; 3) умышленных действий обоих лиц и, наконец, 4) неосторожных их действий. В первом случае (напр., некто нанес другому рану, от которой раненый упал в обморок, а затем третье лицо, найдя раненого и предполагая, что он умер, сбросило труп в воду) есть полное основание привлечь первоначально действовавшего за оконченное убийство, так как тут имеется налицо преступная и причинная связь действия и результата. Иначе в третьем случае (например, некто, с целью лишить жизни, нанес другому рану, а затем третье лицо, найдя раненого, с целью ограбления, задушило его), тут сознательное направление деятельности является прерывающим преемственным отношением с первоначальной деятельностью, которая является только попыткой, не имевшей осуществления, и поэтому в указанном примере первоначально действовавший отвечает только за покушение. Еще с большим основанием это решение может быть применено ко второй из указанных комбинаций, когда к неосторожности примыкает умышленная деятельность другого. Ответственность первоначально

Главным представителем этой теории является Биндинг¹, у которого она выражена в подробной и стройной системе.

Запретительные нормы, говорит Биндинг, могут быть с практической точки зрения сформулированы следующим образом: не будь причиной смерти, не будь причиной того или другого изменения во внешнем мире! Всякое изменение во внешнем мире есть результат победоносной борьбы одной силы с другой, элементов, разрушающих данное положение, с элементами, его сохраняющими или влекущими по другому направлению. Когда человеческая деятельность участвует в произведении какого-либо изменения, то это может происходить двумя способами: или человеческая деятельность усиливает условия, содействующие последствию, или ослабляет условия противодействующие. Кто задумывает произвести наводнение, тот может или усилить напор воды на плотину настолько, чтобы последняя была разрушена, или ослабить самую плотину, чтобы она не сдержала более воды. Кто совершает убийство, тот может произвести это или посредством нарушения телесной целостности, охраняющей жизнь, или посредством воспрепятствования доступу кислорода к легким. Это внешнее разнообразие способов, посредством которых человеческое действие принимает участие в произведении последствия, в существе своем сводится к полному тождеству. Все зависит от перевеса условий, последствию содействующих, над условиями, ему препятствующими, а вовсе не от абсолютной величины тех или других условий в общей их массе. Поэтому причинение какого-либо изменения тождественно с изменением равновесия между противодействующими и содействующими условиями на сторону последних. Причины суть содействующие условия, достигшие перевеса над условиями противодействующими, и, таким образом, произведение причины есть не что иное, как произведение содействующих или уничтожение противодействующих последствию условий. Только то действие человека, которое изменяет отношение равновесия, есть причина, все остальное — суть условия. Поэтому нет причинения, если, кто-либо усиливает в одинаковых размерах как содействующие

действовавшего при подобном условии вовсе отпадает, так как покушение при неосторожной вине юридически невозможно. Например, не может отвечать за неосторожное отравление аптекарь, который по неосторожности оставил склянку с синильной кислотой на столе, чем воспользовался другой, чтобы осуществить задуманное им отравление; при подобных условиях аптекарь может быть обвинен в небрежном хранении ядов, но не в убийстве по неосторожности. Наконец, при четвертой комбинации, когда известное событие является результатом небрежности нескольких лиц (например, при железнодорожных несчастных случаях разного рода, когда виновниками являются и начальник станции, и стрелочник, и машинист, и кондуктор, и т. п.), некоторые криминалисты применяют принцип, по которому позднешая неосторожность третьего лица исключает ответственность первоначально действующего. Таганцев признает, что и в этом случае существует причинное соотношение между результатом и первоначальной деятельностью, и поэтому ответственность первоначального деятеля не исключается (Таганцев, Курс I, стр. 317-318).

¹ Binding, „Normen und ihre Übertretung“.

так и противодействующие условия; нет причинения, если кто-либо усилит условия содействующие и затем ослабит их в том же размере прежде, чем они произведут последствие; наконец, нет причинения, когда кто-либо поставит условия противодействующие и сам уничтожит их. Относительно последнего случая мы должны только требовать, чтобы действующий вместе с поставленными им самим условиями не уничтожил и других, которые могли тем временем присоединиться неразрывно к его условиям. Например, если я, найдя на земле моего соседа открытую яму, в которую легко мог бы упасть прохожий, сначала закрою ее, а потом, не желая делать услуги хозяину земли, открою снова, то никто не может признать меня ответственным за то, что кто-нибудь упадет в яму. Иначе должен быть разрешен вопрос, если упавший в яму видел, что яма была закрыта мною, был этим успокоен и шел в темноте без особой осмотрительности; в этом случае мое действие возбудило в нем уверенность в безопасности и могло быть парализовано единственно предупреждением. Другой пример: кто-нибудь решится спасти утопающего, бросится для этого в воду, но затем, узнав в нем врага, откажется от своего намерения и возвратится назад. Он не может быть признан виновным в смерти утопавшего, хотя бы давал предварительно самые торжественные обещания спасти его, хотя бы был к тому обязан по закону. На человека не может быть возложена обязанность отказываться от совершения всех таких действий, которые, вообще, могут быть опасны для человеческой жизни. С такими требованиями пришлось бы прийти к бессмысленным результатам, — что человек вовсе ничего не может делать, что он не может ездить, ходить пешком, не может снимать старых рельсов для замены их новыми и т. д. На действующем лежит только обязанность заботиться о том, чтобы созданные им условия не произвели из себя причину. Без признания такой обязанности, которая внедрена в сознании членов общества, правовая жизнь не могла бы существовать. Запрещая создавать своими действиями причину правонарушения, закон тем самым повелевает действующим лицам уничтожать те причины, как возможные, так и действительные, которые вызваны к деятельности их деятельностью.

Упомянем еще о других попытках определить различие между причиной и условием. Ваг (Die Lehre von Causalzusammenhänge im Rechte, 1871) пытается разграничить причину от условий по признакам субъективным — по отношению, в каком деяние находится к „правилам жизни“ (Regel des Lebens). По его мнению, причиной в юридическом смысле может считаться лишь такое действие человека, которое отклоняет обычное нормальное течение вещей в человеческой жизни, которое не согласно с обычными правилами жизни, предвидение которых по человеческому опыту возможно и, следовательно, обязательно для каждого среднего человека.

По взгляду Birkmeyer'a (Ueber Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrechte, 1885), отношение между действием

и причиной есть отношение необходимости. Причиной можно назвать лишь то условие, которое порождает с необходимостью результат. Из понятия причины следует не равноценность, а принципиальное неравенство условий действующих сил: каждое условие должно продуцировать какую-либо часть результата, а причина есть то из условий результата, которое наиболее содействовало его наступлению. По мнению Huther'a (Causalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts, 1893), причина, в отличие от условий, непосредственно вызывает последствие, есть das hervorbringende Prinzip, causa efficiens. Наконец, Hess, Arnoldi, Waentig видят в причине „последнее по времени“ условие последствия.

Из изложенного видно, что центральным пунктом, на котором расходятся теории причинной связи, является вопрос о сравнительном значении, в смысле „каузальности“, каждого из условий, которые в совокупности участвуют в производстве того последствия, которое должно быть вменено деликвенту. С точки зрения логически-философской, все antecedенты данного конкретного результата равноценны в смысле возведения их на стелень причины исследуемого явления. Тонкий череп человека, убитого легким ударом по голове, слабое телесное состояние убитого, свойство его органов, крови, предрасположение его к болезненным процессам — все это причины его смерти. Но с юридической точки зрения — для вменения деликвенту его деяния — имеет значение не причина данного явления в философском смысле, а то событие из совокупности условий-причин, которое внесло непосредственное и неизбежное изменение в личном или имущественном положении потерпевшего, сравнительно с тем положением его, в котором он находился бы, если бы этого события не было. Следовательно, тут не все условия, имевшие место при наступлении известного результата, имеют в юридическом смысле значение самостоятельного каузального момента. Но как по какому критерию определить равноценность условий-причин в отношении их каузального значения для вменения результата, как установить принципиальное объективное различие между „причиной“ и „условием“? К разрешению этого вопроса сводятся, в сущности, все теории причинной связи; они, однако, не дают на этот вопрос достаточно удовлетворительного ответа, которым, как принципом, могла бы руководствоваться практика. Недаром один из исследователей понятия причинной связи, Вигг, говорит, что „тот, которому удастся провести объективное различие между причиной и поводом (условием), может вне всякого сомнения поставить себя в ряду реформаторов уголовного права“.

4

В тесной связи с учением о причинности стоит еще один вопрос: может ли бездействие (опущение, omissio) входить в состав причинной связи, т. е. имеется ли в несовершении чего-то момент, причиняющий последствие?

Этот вопрос о каузальности бездействия (опущения) вызывает много споров в литературе и составляет сложную контраверзу в науке уголовного права. Опущение есть пассивное неотклонение последствия. Осуществление воли тут состоит в том, что субъект умышленно или неосторожно, т. е. при наличии субъективного момента вины, не совершает того возможного для него действия, которое, если бы оно было им совершено, воспрепятствовало бы наступлению вредного последствия. С точки зрения логической причинности, такое бездействие может быть вполне приравнено к действию, ибо пассивное поведение человека, благодаря которому наступило непредотвращенное им событие, может считаться, по логическому ходу причинности, одною из причин последовавшего события, как и всякое активное поведение, приведшее к изменению во внешнем мире, есть одна среди других сил - причин, обусловивших данный результат. В этом логическом смысле бездействие и действие равносильны. Но с точки зрения юридической мы тут имеем дело с двумя различными понятиями. На общей обязанности каждого человека лежит не совершать действий, причиняющих вред; такие действия всегда могут быть фиксированы в законе, как основания ответственности, и они во всех законодательствах фиксируются в отношении правоохраняемых благ (действия, обуславливающие виновное причинение смерти, увечья, присвоение имущества, уменьшение экономических ценностей и т. д.); поэтому совершение таких действий противоправно и влечет за собою ответственность. Но на общем долге граждан не лежит обязанность совершать действия, помогающие ближним, устраняющие от них опасности и препятствующие наступлению для них вредных последствий, и поэтому несовершение этих действий, хотя бы оно противоречило требованиям морали, не может считаться противоправным и влечь за собою ответственность. Исключения составляют те случаи, когда существует прямая юридическая обязанность к действиям, направленным к воспрепятствованию или устранению вреда; эта обязанность может вытекать или из закона, прямо предписывающего известные действия, или из договора, обуславливающего данное действие. В этих случаях бездействие является противоправным, и именно потому, что оно противоправно, т. е. заключается в нарушении обязанности действовать, оно может быть приравнено к действию, в смысле момента, причиняющего последствие. Так, бездействие железнодорожного сторожа, выразившееся в том, что он не устранил с пути бревна, повлекшего катастрофу, или не дал сигнала об остановке поезда, может быть приравнено к действию, в смысле виновной причины, ибо на нем лежала обязанность действия, и потому он отвечает за последствие; между тем бездействие постороннего человека, заметившего бревно на железнодорожном пути и не устранившего его, не может считаться виновною причиною катастрофы, ибо на нем не лежало, как на стороже, обязанности действия, и потому он не несет ответственности за

последствие. Но даже в тех случаях, в которых законом установлено обязанность действия, бездействие не всегда связано с ответственностью за последствие. Так, в случаях нарушения предписываемой нормами некоторых уголовных кодексов обязанности оказания помощи погибающим или находящимся в опасности, субъект отвечает не за результат, наступивший вследствие его бездействия, а за нарушение нормы, предписывающей действие по оказанию помощи¹.

В указанном различии между действием и бездействием в отношении уголовно - правовой ответственности, т. е. в моменте чисто юридическом, а не в логическом понятии причинности, заключается, по нашему мнению, вся сущность возбуждаемой этим вопросом контраверзы. Но в литературе спор направлен именно на логическую сторону понятия бездействия.

Ваг² полагает, что различия между действием и бездействием (опущением) в абсолютном смысле нет. Человек, когда он бездействует, этим самым что-нибудь совершает, и даже, когда он спит, так и тогда, где и когда он должен бодрствовать, может сделать себя ответственным за последствие. По мнению Людена³, нельзя установить различия между содеянием и преступным бездействием. Тот факт, что человек оставляет беспрепятственно идти своим путем действие сил природы, хотя имеет возможность овладеть ими, на первый взгляд является чистою недеятельностью, но на самом деле это есть положительное действие. Вообще, по его мнению, совершенного бездействия нет: мы всегда что-нибудь делаем, хотя бы ограничились тем, что просто удаляемся от места или безразлично взираем; поэтому бездействие всегда заключает в себе каузальный момент. То же самое высказывает Меркель⁴: кто мог отклонить последствие и не отклонил, тот причиняет последствие. Также Buri, Hälschner, Berger находят в бездействии активный момент, заключающийся в том, что ему обыкновенно предшествует решение действовать для устранения последствия, а бездействие является противоположным решением, и оба эти решения составляют один активный процесс.

В нашей литературе эту точку зрения поддерживает профессор Познышев⁵. По его мнению, бездействие является причиной или частью причины данного явления во всех тех случаях, когда оно по существу представляется особым способом причинения, именно посредством невоспрепятствования тому, чтобы

¹ Иначе в гражданском праве: там бездействие (упущение) всегда равносильно действию и одинаково с последним влечет ответственность за последствие — вред (ст. ст. 403, 404 гражд. код.). Также в области договорных обязательств безразлично, основано ли неисполнение обязательств на положительном действии, напр., на уничтожении предмета договора, или на отрицательном бездействии (упущении), напр., на невоспрепятствовании порче предмета перевозки или поставки.

² Die Lehre von Causalzusammenhänge, 1871, стр. 20.

³ Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht.

⁴ Begehung durch Unterlassung, 1895.

⁵ Основные начала науки уголовного права. Общ. ч., 1912, стр. 339.

препятствовать наступлению вредного результата. Это — действие посредством бездействия. Сюда относятся также случаи так называемого „смешанного бездействия“, когда бездействию предшествовала обусловившая опасное положение положительная деятельность субъекта (напр., А угворил Б переплыть реку, обещая ему свою помощь в случае, если он станет тонуть, а затем этой помощи не оказал, и Б утонул). В этих случаях причинение лежит не в бездействии, а в действии, предшествовавшем бездействию. Это не *delictum omissionis*, а *delictum commissionis*.

Учение о каузальности бездействия разделяет и Kohler¹, но он выводит ее не из логического понятия бездействия, а из социально-правовых требований. Он полагает, что, кроме естественной причинности, есть еще причинность социальная (*Causalismus der sozialen Ordnung* — как он выражается). Бездействие, по его мнению, является причиной во всех тех случаях, когда человек, как член общественной организации, был поставлен на страже известных социальных интересов и в силу этого стал звеном в цепи социальной причинности, когда на нем лежала специальная обязанность охранять данные интересы. Вопрос же о том, в каких именно случаях человек играет подобную роль, решается различно, в зависимости от культурно-исторических условий. Колер сходится тут с вышецитированным Баром, который тоже полагает, что, согласно здравому жизнепониманию, согласно правилам жизни (*Regel des Lebens*), причинная связь должна быть признаваема и в некоторых таких случаях, в которых с точки зрения естественной причинности нет причинения. Это имеет место тогда, когда обязанность совершения известных действий представляется столь самоочевидной, что совершение их „ожидается“ всеми участниками события, и при условии, что данные действия могли предотвратить результат. Также Rolland видит в бездействии при известных условиях не прямое причинение (*undirecte Verursachung*), именно, когда на субъекте лежала особая правовая обязанность действовать и когда действие субъекта „ожидалось“².

Это направление, видящее в бездействии не эмпирическую, а лишь юридическую причинность, получает в новейшей литературе все большее распространение. Однако, большинство писателей (Krug, v. List, Beling, Höpftner, Meyer, Zittelman, Gand и др.), вообще, отрицают наличность в спущении причиняющего момента. Krug³ полагает, что бездействие само по себе (чистая недеятельность — *reine Unthätigkeit*) никогда не может быть причиной последствия. Несовержшение определенного телесного движения есть „ничто“, а ничто не может быть причиной чего-то. Бездействие может быть причиной последствия только тогда, когда оно находится в соединении с такими действиями, которые состоят с последствиями в причинной связи и совершая которые действующий

¹ Studien aus dem Strafrecht, 1890.

² См. Познышев, стр. 342.

³ Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht.

принимает на себя обязанность предпринять в дальнейшем известную деятельность. Напр., если кто-либо обещает другому вытащить его из воды в случае опасности, и этот другой, полагаясь на его обещание, поплывет через реку и утонет, то в неисполнении обещания будет заключаться причина смерти, потому что без этого обещания утонувший не предался бы опасности утонуть. Таким образом, бездействие, чтобы быть причиной последствия, должно заключаться в неисполнении обязанности, которую бездействующий принял на себя посредством какого-либо предшествующего действия. Эта обязанность должна вытекать из определенного обещания или условия договора.

Также v. List¹ считает, что бездействие само по себе никакого каузального момента в себе не заключает и что данная в нашем познании связь причины и следствия касается при опущении совершенно другого объекта, чем при содеянии; в этом последнем случае фактически наступившее последствие ставится в связь с действительно совершенным телесным движением, в первом же случае — лишь с представляемым. Поэтому, говорит Лист, мы должны отнести лишь на счет неточного словоупотребления, если мы говорим об осуществлении воли путем опущения; содеяние и опущение вполне различны, и речь может идти только о противоправном упущении, т. е. таком, которое заключается в нарушении нормы закона, предписывающей обязанность действовать, и которое, поэтому, по своим юридическим последствиям может быть уравнено с содеянием.

Критика теорий, отрицающих каузальный момент в бездействии, содержится в статье Т. С. Тимашева „Проблема невмешательства в уголовном праве“ („Журн. Мин. Юстиции“, № 10). Автор, между прочим, указывает на то, что при принятии оспариваемой им теории становится невозможным, на почве действующего права, привлечение к ответственности кого бы то ни было за бездействие. Ибо закон, поскольку дело идет о материальных деликтах, всюду говорит о причинении известных последствий; о приравнивании причинению некоторых случаев не причинения нигде не упоминается; следовательно, привлечение к ответственности за бездействие, которое по оспариваемой теории не включает в себе каузальности, было бы нарушением принципа *nullum crimen sine lege*. Между тем противно нашему правосознанию, чтобы, напр., тюремщик, уморивший арестанта с голода, или железнодорожный сторож, не выставивший сигнала об остановке, несмотря на известную ему неисправность пути, не отвечали бы за смерть заключенного или за крушение поезда, а были бы наказаны лишь за нарушение соответствующих обязанностей. Автор в своей статье доказывает, что между пассивным поведением и таким изменением во внешнем мире, которое при замене пассивного поведения активным не наступило бы, имеется причинная связь.²

Lehrbuch des deutschen Strafrechts.

² Все уголовные кодексы и в их числе наш советский уголовный кодекс стоят на точке зрения юридической причинности бездействия, уста-

Указанные теории, стремящиеся установить критерий причинности в связи с моментом вменения, имеют в виду, главным образом, область уголовного вменения. В области гражданского вменения понятие причинной связи определяется и применяется в иных очертаниях. Уголовное право имеет дело с последствиями, составляющими нарушение определенных деликтных норм, т. е. норм, запрещающих известные вредоносные действия. Гражданское право имеет дело с последствиями всяких действий, запрещенных законом или безразличных с точки зрения закона, в их числе действий, вытекающих из разнообразных договорных отношений. Таким образом, круг действий-причин в области гражданского права гораздо шире и многообразнее, чем в области уголовного права. Кроме того, в уголовном праве причинное соотношение между действием и последствием, обуславливающее собою ответственность, ограничивается исключительно субъективными моментами вины (умысла и неосторожности), между тем как в гражданском праве, во многих случаях, имеется ответственность по принципу причинения, т. е. вне субъективных моментов в деятельности ответствующего. Следовательно, и в этом отношении расширяется поле причинности, на котором приходится оперировать гражданскому праву.

Также различны в уголовном гражданском праве состав „последствия“ и последовательный ход его наступления. А стрелял в Б и причинил ему увечье или убил его. Увечье или смерть Б есть следствие действия (выстрела) А. С точки зрения уголовной, круг причинности тут завершен. С точки зрения гражданской, тут может быть и может не быть еще один член причинной связи; увечье требовало расходов на лечение, уменьшило трудоспособность Б; смерть Б лишила его семью средств к существованию. Тут причинная связь растягивается: выстрел есть

наваливая наказуемость бездействия только в случаях его противоправности, т. е. в случае нарушения предписываемой законом обязанности действия. Так, ст.ст. 156 — 157 карают за оставление без помощи лица, находящегося в опасном для жизни положении и лишенного возможности самосохранения по малолетству, дряхлости, болезни или вследствие иного беспомощного состояния, если оставивший без помощи был обязан иметь заботу о таком лице, также за неоказание помощи больному без уважительной причины лицом, обязанным ее оказывать по закону или по установленным правилам. Но советский уголовный кодекс, в отличие от буржуазных кодексов, в ст. 6 определяет понятие „преступления“ общими признаками, допускающими вменение и таких действий или бездействий, которые прямо не предусматриваются в кодексе. Согласно этой статье 6, „преступлением“ признается всякое общественно-опасное действие или бездействие, направленное против советского строя или нарушающее правопорядок, установленный рабоче-крестьянской властью на переходный к коммунистическому строю период времени“. Следовательно, у нас возможно квалифицировать, как преступное, такое бездействие, которое, хотя и не связано с нарушением какой-либо обязанности, прямо предписываемой законом, но, по основам нашего коллективистического строя, представляется общественно-опасным.

причина увечья или смерти, увечье или смерть суть причины последовавших имущественных ущербов. Причинное соотношение может быть простое, короткое или более сложное, удлиненное и в случаях чисто гражданских правонарушений. А уничтожил принадлежащую Б вещь, стоящую 100 руб., Б имеет право требовать возмещения ущерба в 100 руб.; тут причина действия, обуславливающего ответственность, есть вместе с тем причина ущерба. Но иначе в тех случаях, в которых какой-либо факт, как неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, становится в связь с каким-либо позднейшим событием или в соотношение с будущим, не воспоследовавшим событием (как это имеет место в случаях ответственности за лишение возможной прибыли). Тут в исследовании причинной связи между фактом-причиной и ущербом-последствием входят многие возможности, более или менее вероятные, более или менее близкие или отдаленные, образующие собою новый комплекс причинности.

В области гражданского права, таким образом, имеются два комплекса причинных отношений: отношение между действием человека и событием, обуславливающим собою ответственность деятеля, и отношение между этим событием и последовавшим имущественным ущербом, составляющим, в смысле гражданского права, конечное последствие действия.

В некоторых случаях событие совпадает с имущественным вредом, именно в тех случаях, в которых событие является столь очевидно вредоносным, что наступление, вследствие этого события, имущественного вреда, т. е. наличие причинной связи между тем и другим, не подлежит сомнению и само собою предполагается. Таковы случаи лишения жизни, причинения телесных повреждений, присвоения чужого имущества и других предусмотренных уголовным законом посягательств, совершение которых несомненно влечет за собой имущественный ущерб для потерпевшего.

Иначе в случаях имущественного ущерба, вытекающего из действий, не признаваемых преступными, т. е. таких, которые сами по себе непосредственно не производят такого очевидного изменения в сфере правовых благ потерпевшего, чтобы непосредственное наступление для него имущественного ущерба было несомненно, а наличие последнего может быть только выведена из сравнения данного имущественного положения с положением воображаемым, именно, с тем положением, каким оно должно было бы быть, если бы известное событие не наступило. Тут последнее — имущественный ущерб — есть не нечто в действительности существующее, как смерть, увечье, присвоенная или уничтоженная вещь, а нечто мыслимое, предполагаемое, воображаемое. Для установления этих воображаемых условий последовавшего имущественного ущерба приходится принимать во внимание обстоятельства и соображения, лежащие вне того причинного отношения, которое связывает действие с событием.

Для иллюстрации возьмем следующий пример, бывший в обсуждении германского Reichsgericht'a, который приводит Rümelin¹. Покупщик сахара X условился с поставщиком-отправителем Y, что сахар будет погружен на судно *a*. Вместо этого отправитель погрузил на судно *b*. Судно *a* потонуло, судно *b* прибыло благополучно. К этому времени цена на сахар сильно упала, так что X потерпел значительный убыток. Он предъявил к Y иск о возмещении этого убытка, ссылаясь на то, что Y нарушил условие договора погружением сахара на судно *b*, вместо судна *a*, и объясняя, что сахар был застрахован в сумме той цены, которая стояла при отправке, и что, следовательно, если бы сахар был, согласно условию, погружен на судно *a*, он получил бы страховое вознаграждение в большей сумме, чем он может теперь выручить за сахар. Суд и затем Reichsgericht признали отсутствие тут причинной связи и в иске отказали. Rümelin аргументирует это решение иными мотивами: при расчете того, как было бы, если бы действовавший неправильно действовал правильно, не следует принимать во внимание те преимущества, которые получились бы, благодаря неожиданному и вопреки воле потерпевшего происшедшему несчастному случаю. В данном случае покупатель сахара в своей коммерческой конъюнктуре рассчитывал не на прибыль, которую он получил бы в случае гибели судна, и поэтому он не может принять эту возможную прибыль в основание своей претензии на возмещение убытка. Разумеется, иначе было бы в том случае, если бы судно *a*, независимо от несчастного случая, прибыло ранее, чем судно *b*, и сахар, если бы он был погружен, согласно условию, на судно *a*, мог бы быть продан раньше наступившего падения цены; в этом случае иск о возмещении убытка вследствие действия Y — неправильного исполнения обязательства — был бы вполне обоснован.

Другой пример также из германской судебной практики. Истица передала одной фирме на сохранение товар, портящийся от сырости, с указанием на необходимость сохранения его в абсолютно сухом помещении. Ответчица поместила товар в первом этаже. Происшедшее наводнение подмачивает товар. Иск потерпевшей отвергнут всеми инстанциями. „Быть может, говорит в своем решении Reichsgericht, фирма виновна в не совсем точном исполнении лежащих на ней обязанностей, она могла бы поместить товар в верхнем этаже, более обеспечивающем сухость... Но убыток должен лежать именно в том направлении, в котором взята на себя и нарушена обязанность по договору... Убыток, правда, находится в причинной связи с деянием ответчика, но он лежит вовсе вне направления его вины. В данном случае хранение товара в нижнем этаже, может быть, не было дозволено, но не потому, что опасались или считали возможным наводнение, а потому, что ответчица иначе не могла

¹ Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe, 1900.

устранить вредного влияния атмосферических условий или естественной сырости пола. Она ответила бы за весь убыток, который возник бы чрез это самое или в этом направлении, но она не отвечает за убыток, который наступил случайно“¹.

Из этих примеров видно, что в области гражданского права применение понятия причинной связи вращается в пределах гораздо более широких и представляется во многих случаях более сложным, чем в области уголовного права. Поэтому теории, выдвигаемые представителями криминалистической доктрины, являются в некоторых отношениях недостаточными для потребностей цивилистики, и, в связи с учением о возмещении убытка, в цивилистической литературе делается ряд попыток развить и приспособить к практике теоретические построения причинной связи, выставляемые криминалистами.

Определения, основанные на криминалистических каузальных теориях различия условий и причин, не могут удовлетворить цивилистику, главным образом, потому, что эти теории ограничиваются исследованием обособленных конкретных случаев, считают решающим фактический ход вещей в данном конкретном случае. Но право не может этим довольствоваться; практические цели, которые преследует судья, должны иметь опору в обобщающей точке зрения. „Серому человеку, говорит Kries, свойственно судить по конкретной каузальности отдельного случая; утонченному правовому чувству свойственно обобщающее исследование; оно требует, чтобы виновное поведение обсуждалось по тому значению, которое оно имеет в связи социальных явлений, оно требует общих причинных отношений“².

Отсюда берет начало новейшая теория, получившая в последнее время большое распространение, преимущественно среди юристов-цивилистов, — теория адекватного причинения. Согласно этой теории, условия должны быть исследуемы не в конкретной обстановке, а в их общем значении, и возводятся в ранг причин, если они представляются причинами, в о б щ е благоприятствующими наступлению данного рода результата. Там, где установлено, что известное условие было необходимо для данного результата, надо еще различать: способен ли данный момент, вообще, вызывать последствия данного рода (adäquate Ursache) или он случайно послужил поводом к этому последствию, (zufällige Ursache). Kries дает такой пример: кучер заснул, завез седока в сторону, где последний был убит молнией. Надо спросить себя: тот факт, что кучер заснул, имеет ли он тенденцию в о б щ е вызвать данный результат, растет ли возможность и правдоподобие такого результата чрез поведение его? На этот вопрос мы должны ответить: нет. Ведь седок может быть убитым и если бы кучер бодрствовал. Другое дело, если бы повозка опрокинулась и седок получил повреждение, так как тут между сном кучера

¹ См. проф. Яблочкин, „Влияние вины потерпевшего“, I. стр. 122.

² „Tries, Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit“

и несчастием имеется налицо „обобщающая связь“¹. Таким образом, путем собщающего суждения, исследуя условия явления, определяем причиной то условие, которое заставляет с некоторым правдоподобием ждать результата, однородного с наступившим; всякие другие условия являются случайными и для данного результата и не могут быть причинами. Конкретный ход событий должен быть адекватным его типической картине, общеизвестной из человеческого опыта.

Эта теория, уже намеченная Ваг'ом и развитая и обоснованная Kries'ом, присобрела в новейшее время много приверженцев среди комментаторов германского гражданского уложения (Zittelmann, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, 1900, Crome, System des bürgerlichen Rechts, также Enneser, Rümelin, Hartmann и др.). Сторонники этой теории расходятся между собой в некоторых частностях. Так, Rümelin требует адекватного причинения лишь для условий, имеющих наступить в будущем, а не по отношению к условиям наличным в момент осуществления воли: для первых требуется объективная возможность предвидения, а не субъективная возможность, как у Kries'a, и совершенно исключаются из понятия адекватного причинения человеческие действия, как недоступные предвидению; для вторых решающим является только конкретный ход событий. Hartmann устанавливает адекватное причинение, наряду с умыслом и неосторожностью, в качестве особой третьей формы вины, именно „абстрактной возможности предвидеть“².

Однако, теория адекватного причинения, при всей верности ее теоретического построения, может вызывать, при практическом ее применении, некоторые сомнения, в виду того, что в понятии причинности, выставляемом этою теориею, главное место занимают чисто субъективные моменты. Если для определения причинной связи в каждом конкретном случае, — говорят противники этой теории, судье приходится обращаться к данным „человеческого опыта“, к установлению признаков общности и типичности условий, вызвавших данный результат, то, очевидно, понятие причинной связи становится неопределенным, зависящим от субъективного судейского усмотрения. Этими чисто практическими соображениями, не имеющими существенного принципиального значения, может быть, объясняется то, что теория адекватного причинения не получила еще до сих пор того признания, какого она заслуживает.

По господствующему же взгляду в цивилистической литературе и в судебной практике понятие причинности в области гражданского вменения основывается на начале „условие-причина“, т. е. на том начале, что всякое условие данного явления есть вместе с тем причина его. Согласно этому, течение причинной связи между действием и конечным результатом предполагается непрерывающимся, несмотря на присоединение к деятель-

¹ См. Яблочков, стр. 263.

² См. v. List, „Учебник уголовного права“, стр. 136.

ности человека других сил и других человеческих действий, которые вместе с первоначальным действием или в зависимости от него, или даже независимо от него обуславливают наступление последствия.

По мнению Виндшейда, не требуется, чтобы происшедший вред был непосредственным и необходимым последствием данного события: вознаграждению подлежит и тот вред, который произошел чрез посредство других событий, хотя бы такие могли и не наступить (напр., вред, происшедший для обманутого покупателя, которому продано большое заразною болезнью животное, вследствие гибели его стада от заразы, хотя то обстоятельство, что купленное животное пришло в соприкосновение со стадом, не было необходимым последствием обманного деяния продавца). Для признания причинной связи между вредом и данным событием (деянием) достаточно, если представляется достоверным, что вред не произошел бы, если бы не случилось этого события.

Также другие писатели (Кирхштеттер, Ферстер, Вентиг) исходят из того положения, что не требуется, чтобы вред был необходимым последствием данного деяния или чтобы деяние было единственною причиною вреда; причинная связь существует и тогда, когда вред мог произойти и вследствие других событий независимо от данного деяния; она отсутствует только тогда, когда достоверно, что вред последовал бы непременно, хотя бы вредное деяние и не совершилось. Вентиг, между прочим, указывает на то, что делаемое различие между необходимыми и случайными последствиями не совсем правильно, так как связь между причиною и следствием, по существу своему, всегда есть необходимая. Если же вследствие деяния иногда представляется случайным, то такой взгляд основан обыкновенно на недостатках человеческой познавательной способности, которая не в состоянии обозреть общую взаимную связь событий и убедиться в необходимости появления данного последствия. Поэтому наличность причинной связи должна быть признана во всех случаях, когда известное последствие является общим результатом деяния лица и других сопровождавших его событий, безразлично, заключались ли эти события в проявлении сил природы или деянии других лиц.

Положение это, однако, не может быть принимаемо в безусловном смысле, и применение его не может быть доведено до тех крайних пределов, при которых ответственность за конечное последствие относится на счет первоначального действия во всех случаях и при всяких сочетаниях посредствующих членов причинной связи. При определении причинной связи для установления как уголовной, так и гражданской ответственности, должны быть принимаемы во внимание не всякие человеческие действия, которые образуют *conditiones sine qua non* последствия, а только те из них, между которыми и последствиями стоят обычно предполагаемые условия, т. е. такие условия, которые при человеческой деятельности уже имеются всегда налицо, или такие,

с позднейшим наступлением которых, по обыкновению человеческого опыту, нельзя не считаться или наступлению которых, по обыкновению, должно благоприятствовать данное действие человека. Всякие же другие условия, стоящие между действием и последствием, которые выходят за пределы обычного естественного хода вещей, прерывают причинную связь, потому что они отводят течение причинности в другое русло, в которое первоначальное действие вовсе не впадает.

А, задумав убить Б, является с оружием на известное место, где должен быть Б; последний, заметив поджидающего его А и поняв угрожающую ему неизбежную опасность, вследствие испуга умирает от разрыва сердца. Тут несомненно имеется причинное соотношение в смысле *conditio sine qua non* между действием А и смертью Б, но все-таки нет причинной связи в смысле необходимой для ответственности адекватной причинности: чрез действие А не произошло того последствия, которое по закону должно влечь за собою уголовную и гражданскую ответственность. Или другой пример: А причинил Б легкий укол булавкой в руку; врач, сделавший перевязку руки, вследствие нашедшего на него внезапного безумия, привил ему в открытую ранку заразу, и Б погиб от заражения крови. Если бы не было укола в руку, не было бы смерти; следовательно, укол является *conditio sine qua non* смерти Б; однако, причинной связи между действием А и смертью Б, как основания ответственности, не имеется.

Иначе мы должны рассуждать в тех случаях, когда входящие обстоятельства, связывающие первоначальное действие с конечным последствием отношением *conditionis sine qua non*, предполагаются возможными по законам природы или в обычных условиях жизни и быта, представляются способными произвести данное последствие, напр., когда смерть от причиненной раны последовала вследствие каких-либо осложнений в ходе болезни, или вследствие не во время поданной медицинской помощи, или вследствие обычной неумелости врачей, или благодаря несовершенному состоянию современной медицинской науки, или какими-нибудь особенностям в организме раненого и т. п. возможностям. Во всех подобных случаях имеется причинная связь не только в смысле *conditio sine qua non*, но и в смысле адекватной причинности, потому что все указанные обычно существующие возможности неразрывны с действием человека — не потому, что человек мог и должен был предвидеть эти возможные условия (вообще невозможно человеку знать и предвидеть все условия явления, и вообще вопрос о возможности или невозможности предвидения относится к субъективному моменту деяния и вменения, а не к объективному понятию причинности), а потому, что в мире нет изолированных действий человека, а они необходимо переплетаются и взаимно связываются со многими другими условиями, составляя вместе с ними только часть целого. Поэтому, как с точки зрения уголовной, в случаях преступных последствий, имеется ответственность за оконченное преступление (напр.,

убийство, поджог), хотя бы событие (смерть, пожар) последовало от других (а не непосредственно от мускульных действий деятеля) возможностей, так и с гражданской точки зрения вредитель отвечает за имущественный ущерб, составляющий в этих случаях конечное последствие первоначального действия.

Этот критерий должен быть применен во всех случаях чисто гражданских отношений. А ранил лошадь, принадлежащую Б, лошадь погибает, — потому что ветеринар с умыслом вводит в рану яд. А испортил часы Б; часовой мастер, которому часы отданы в починку, рассердившись на Б, бросает часы о стену и разбивает их. Некоторые из писателей (Лист, Козак, Эндеманн и др.) переносят и сюда принцип, принимаемый криминалистической теорией о безусловной ответственности, и полагают, что А отвечает пред потерпевшим в полном объеме — в первом случае солидарно с ветеринаром, во втором случае — с часовым мастером. Они исходят при этом из той точки зрения, что для обоснования обязательства возмещения ущерба должна быть в наличности по крайней мере одна *causa*, относящаяся к конечному последствию¹. Разумеется, какой взгляд представляется неправильным, в особенности с точки зрения гражданской: несомненно, что в приведенных случаях А отвечает только за порчу лошади или часов, а не за конечное последствие. Эндеманн вводит то ограничение, что, по его мнению, причинная цепь разрывается действием другого дееспособного человека, и только тот из действующих отвечает, кто стоит наиболее к конечному последствию². Таким образом, в вышеприведенном примере с лошадью отвечает только ветеринар. Этим Эндеманн избегает неправильного решения Листа и др., но его точка зрения, правильная в применении к данному случаю, не обнимает собою многих других случаев, в которых в цепь причин вступают действия третьих лиц. Допустим в том же примере с лошадью, вместо необычайного, грубого злоупотребления со стороны ветеринара, обыкновенное, зависящее от обычной неумелости врачей, неправильное лечение лошади, от которого она погибла. Разумеется, в этом случае А, ранивший лошадь, должен отвечать также и за наступившее тяжелое последствие от его действия, хотя наиболее к конечному последствию — гибели лошади — стоит ветеринар.

Таким образом, гражданская ответственность за конечное последствие имеется во всех случаях, когда между этим последствием и первоначальным действием стоит то, что в Ваг называется „*Regel des Lebens*“, то, что свойственно условиям жизни, что обычно бывает в жизни. Если кто-либо открывает множество

¹ v. List, *Delikt sobbigation*. Лист выставляет следующую формулу: „деятель отвечает за все даже случайные убытки, причиненные его деянием“. Например: А причинил какую-либо порчу в доме Б; при ремонте дома рабочий совершает кражу; не будь порчи, не было кражи, поэтому А отвечает за конечный убыток.

² Endemann, *Einführngen in Recht* См. Rümelin, *Die Verwendng der Causal begriffe*.

людей возможность доступа к ценностям, то он этим своим действием обуславливает опасность кражи, потому что, естественно, что среди множества людей могут оказаться воры; поэтому, кто оставил чужую вещь на открытом месте, отвечает в случае, если случилась кража ее. Кто разбил окно в чужой комнате, отвечает за ущерб в вещах, происшедший от проникшего в комнату дождя. Кто продал негодные бревна, отвечает также за убыток, если, благодаря негодным бревнам, обвалился выстроенный дом. Кто не исполнил обязательства, исполнение которого договором условлено к известному сроку, отвечает за самые отдаленные последствия, происшедшие от этого неправильного действия контрагента в имущественной сфере потерпевшего, ибо как в отношении посягательств на физические блага нельзя знать, как выразится конечный результат посягательства, и причинивший лишь рану может отвечать и за наступившую впоследствии смерть, так и в отношении нарушений чужой имущественной сферы нельзя знать и предвидеть, какие могли быть возможности для потерпевшего, какие имущественные комбинации представляли бы для него, если бы не произошло данного нарушения. Обязанность возмещения не только убытка, заключающегося в уменьшении имущества лица (*damnum emergens*), но и убытка, заключающегося в неполучении известной выгоды, в лишении прибыли (*lucrum cessans*), объясняется тем, что всякое имущество должно быть рассматриваемо не как нечто спокойное, неизменяемое, а как находящееся в движении и способное приносить пользу или плоды. Отсюда вытекает, что все выгоды, которые кто-либо при естественном ходе вещей мог бы ожидать от своего имущественного положения, должны быть приняты во внимание при исчислении интереса, подлежащего возмещению, и, наоборот, должны быть исключены те выгоды, которые возможно было бы ожидать лишь при условиях, лежащих вне естественного хода вещей. При этом, конечно, следует иметь в виду только те выгоды, которые могли бы быть по общему правилу у данного лица при данном имуществе, а не те, которые были бы, вообще, возможны у всякого другого лица и при всяком другом имуществе. Поэтому может быть принята во внимание только прибыль, зависящая от нормальной деятельности лица, действующего как *diligens pater familias*, но не прибыль, которая могла бы получиться при экстраординарных обстоятельствах с пренебрежением правил благоразумного, осторожного ведения хозяйства¹.

¹ В этом смысле должна быть толкуема ст. 117 Гражд. Кодекса, обнимающая под понятием „убытка“ как *damnum emergens*, так и *lucrum cessans*, и определяющая первое — как положительный ущерб имуществу, т. е. потерю или уменьшение наличного имущества, а второе — как упущенную выгоду, возможную при обычных условиях оборота. Германский гражданский кодекс содержит следующее определение *lucrum cessans*: „неполученную прибыль“ считается та прибыль, которую можно было ожидать по обычному ходу вещей, или сообразно с особыми обстоятельствами, в частности, сообразно с принятыми мерами и сделанными приготовлениями“.

Указанный критерий для установления ответственности, разумеется, имеет значение лишь общего руководящего правила, дающего судье возможность ориентироваться в конкретных случаях, чтобы свободным в каждом данном случае усмотрением определить требуемые ограничения в применении понятия причинной связи. Обстоятельства и соображения, определяющие пределы этих ограничений, — вопросы факта, разрешение которых не может быть предусмотрено никаким законодательным определением, выражающим в себе ту или другую доктрину. Судье приходится мысленно представить себе событие, приведшее к определенному конечному результату, с таким ходом причинности, который протекал бы без этого события, и спросить себя, не наступил ли бы тот же самый результат или подобный ему без этого события¹. Во многих случаях такой ход рассуждения не представляет никаких затруднений — когда течение причинности между первоначальным действием и конечным результатом или, напротив, наличие перерыва ее представляются, по фактической обстановке дела, вполне очевидными и несомненными. Возможны случаи, в которых вопрос идет, собственно говоря, не о перерыве причинной связи, а о поглощении результата одной каузальной цепи результатом другой каузальной цепи. Возьмем такой пример: при постройке здания архитектор, вопреки договору, употребил негодный материал; вследствие землетрясения все здания, в том числе здание с негодным материалом, были уничтожены. Тут произошло уравнивание результатов различных действий. Виновное действие архитектора не может быть рассматриваемо как *conditio sine qua non* явления, причинившего ущерб контрагенту договора — хозяину здания, хотя вследствие плохого материала уничтожение здания, рассуждая с математически-физической точки зрения, должно было произойти иначе, чем это было бы, если бы материал был хороший. Другой пример: корова попадает в засеянное поле и причиняет убыток хозяину поля, а вслед за тем чрез это же

(§ 252). Rümelin приводит случай из судебной практики, возникший на почве § 252: А украл у Б известное количество акций, курс на эти акции неожиданно в короткое время пошел на повышение, но ко времени решения дела по иску о возмещении ущерба опять понизился до прежнего уровня. Разрешению подлежал вопрос, можно ли требовать разницу в курсе, если может быть доказано, что по обыкновенному ходу вещей обокраденный принял бы меры, чтобы использовать повышение курса. Суд отверг требование разницы в курсе, признав, что колебания в курсе не могут относиться к вероятности, которое имеет в виду § 252.

¹ Особо стоят случаи, в которых дело идет о последствиях нарушений каких-либо подлинейских или иных обязательных постановлений власти, изданных в видах предупреждения определенных опасностей. Хотя часто представляется сомнительным, произошло ли последствие именно вследствие нарушения данного постановления, но германский *Reichsgericht* в ряде решений исходит из презумпции, что при воздержании от нарушения данный вред не произошел бы, предоставляя нарушившему доказывать противное, именно, что последствие все равно должно было бы наступить, при чем ссылка на абстрактную возможность признается недостаточной в качестве доказательства.

поле проходят маневрирующие войска и окончательно его за- тапывают. Разумеется, тут не может быть речи о возмещении собственником коровы причиненного убытка, который всецело поглощается убытком от действия другой силы.

Иной ход рассуждения в следующем примере, в котором также последствие обуславливалось несколькими факторами: А и Б обязались для фабрики к поставке, первый — необходимых деревянных материалов, второй — необходимых машин. Оба просрочили поставку, фабрика не могла во время приступить к работам, и от этого произошел ущерб. Конечно, тут событие, причинившее ущерб и потому обязывающее к возмещению, обусловлено действиями обоих поставщиков, но никто из них не может сослаться на то, что ущерб произошел бы и без его виновного образа действия, так как, благодаря виновному образу действия другого, фабрика все равно не могла бы приступить к работам. Тут причинная связь между виновным действием каждого из поставщиков и последовавшим конечным результатом — имущественным ущербом — не разрывается при вхождении виновного действия другого поставщика в том смысле, что действие прерастает быть условием *sine qua non* последствия.

6

Наиболее часто в судебной практике встречаются случаи в которых к виновной деятельности деликвента (должника) присоединяется виновная деятельность самого потерпевшего, которая входит в причинную цепь, как одно из звеньев каузальности в отношении конечного результата (ущерба). Это — случаи так называемой „смешанной вины“. Вина потерпевшего, как и вина всякого постороннего лица, может, по характеру своей каузальности, или прерывать причинное отношение между деликвентом и наступившим вредом, — и тогда ответственность ответчика отпадает; или являться одной из сопутствующих, содействующих причин в общей причине, образованной вместе с виной деликвента сопричину, — и тогда деликвенту не может быть вменен весь результат его действия, а ответственность его погашается или уменьшается по принципу зачета вины (*compensatio culpaе*). Разумеется, если поведение потерпевшего входит в причинную цепь как побочное, не самостоятельное звено, лишенное всякого каузального значения в наступлении результата (убытка), или оно такого рода, что деликвент мог предвидеть и при естественном ходе вещей рассчитывать на присоединение или совпадение действий потерпевшего, — оно не может оказывать никакого влияния на размер ответственности ответчика.

Вопрос о так называемой „смешанной вине“, т. е. о виновной деятельности потерпевшего, как сопричине вреда, и о пределах и условиях „компенсации вины“, представляет собою, в связи с учением о причинной связи, очень сложную проблему, имеющую свои специальные, принципиальные и технические черты. Док-

трина выставляет разнообразные теории для обоснования принципа компенсации вины. По одной теории принцип *compensatio culpaе* сводится к тому, что каждый несет последствия своей собственной вины: *quod quis ex culpa sua damnum sentit non videtur damnum sentire*. Другая теория основывает *compensatio culpaе* на правиле *volenti non fit injuria*, — так как виновный потерпевший сам желал наступления убытка, тем, что по своей вине не предотвратил его. По третьей теории юридическое основание *compensatio* заключается в том, что вина потерпевшего прерывает причинную связь между виной деятеля и убытком, так как лишь последнее неправомерное условие события есть причина его (теория одной причины). По четвертой теории вина потерпевшего не уничтожает, а лишь ослабляет вину деликвента, ибо возмещение убытков, как всякая пеня, должно соответствовать степени вины. По пятой теории *compensatio* конструируется как зачет двух материальных правовых деликтных обязательств — потерпевшего в отношении вредителя и последнего в отношении потерпевшего, деликт которого заключается в несоблюдении лежащей на всяком человеке обязанности быть рачительным, действовать с надлежащей *diligentia*, чем он наносит убыток вредителю, расширяя его ответственность; таким образом, тут имеется зачет двух притязаний. По шестой теории не два материальных притязания зачитываются, а две вины покрывают одна другую: если два лица виновны друг перед другом, то их вины взаимно зачитываются, и никакого юридического отношения между ними не возникает. Некоторые применяют тут чисто-процессуальную точку зрения: вредитель — ответчик предъявляет к потерпевшему — истцу встречное притязание, являясь в свою очередь истцом. Наконец, по седьмой конструкции, зачет вины имеет не юридическое, а этическое основание, которое лежит в стремлении смягчить принцип неограниченной ответственности за каждое виновное причинение убытка и в установлении справедливого распределения тяжести потери¹.

Институт зачета вины принят практикой всех стран, но не во всех законодательствах получил определенное выражение. Германское Гражданское Уложение определяет его общим образом в § 254: „Если наступлению вреда способствовала вина потерпевшего, то обязанность к возмещению и размер его зависит от обстоятельств, в частности, от того, насколько вред был обусловлен преимущественно тою или другою стороною“. В частичной и недостаточно определенной форме зачет вины определялся в нашем дореволюционном проекте обязательственного права в ст. 1185: „Если потерпевший сам отчасти виновен, по своей неосторожности, в причинении ему вреда, то суд может соответственно уменьшить размер вознаграждения“. В нашем действующем законодательстве о смешанной вине

¹ См. Яблочков, II, стр. 59 - 100.

и о зачете вины прямого упоминания не имеется. Но понятие смешанной вины и влияние ее на распределение тяжести убытка между сторонами может быть выведено из ст. 118, 403, 404 Гр. Код.¹

Судебной практике приходится весьма часто встречаться с случаями смешанной вины. Эти случаи очень разнообразны и нередко представляются, по каузальному соотношению вин обеих сторон, весьма спорными и трудно разрешимыми.

А разбил окно в квартире Б; последний не принимает мер к охране квартиры, и воры задезают чрез открытое окно и похищают имущество. А не отвечает за понесенный ущерб от кражи, ибо тут приводящая деятельность потерпевшего разрывает связь между разбитием окна и убытком, происшедшим от кражи.

А открывает кран от бочки с вином, принадлежащим Б, и вино начинает течь. Явившийся хозяин, видя течь, остается равнодушным зрителем и не закрывает крана, хотя имеет полную возможность это сделать, вследствие чего вино выливается до конца. А не отвечает за весь убыток, ибо нормально предполагается рачительность хозяина, направленная на отвращение вреда, на устранение или уменьшение возникшего убытка, и, следовательно, в данном случае с момента появления хозяина вина течи из бочки не стоит более в адекватной связи с поведением ответчика, и поэтому она не может быть ему вменена².

Во всех случаях смешанной вины требуется, как необходимое условие для зачета вины, чтобы обосновывающий ответственность факт и собственное поведение потерпевшего стояли в причинном отношении к конечным вредным результатам. Где этого условия нет, там нет смешанной вины. Вор забрался в чужую квартиру и вследствие допущенного хозяином нарушения строительных правил ломает себе на плохо устроенной лестнице ногу. Очевидно, что вина потерпевшего (намерение украсть) не стоит в прямой причинной связи с полученным увечьем. Поэтому вор не лишается права иска к хозяину. Также не теряет права иска к железной дороге пассажир, пожелавший проехаться „зайцем“ без билета и получивший по пути увечье, — ибо причинной связи между его правонарушительным действием и происшедшим

¹ Хотя эти статьи говорят о полном отпадении ответственности причинившего вред при наличии вины (умысла или неосторожности) самого потерпевшего, т. е. имеют в виду случаи, когда поведение потерпевшего прерывает причинную связь между вредоносным действием и происшедшим вредом и является ближайшей причиной вреда, но, несомненно, что не исключаются случаи, когда действия лица ответственного и потерпевшего представляют соединение двух вин, образующих вместе причинную связь, в результате которой наступил вред. Разумеется, в этих случаях не может быть полного освобождения от ответственности, а должно иметь соответственное распределение между сторонами тяжести вреда.

² См. Яблочков, II, стр. 400.

несчастьем не имеется¹. Пассажир 3 класса, произвольно занявший место в 1 классе, где получил увечье, сохраняет право иска к железной дороге; но пассажир, не получивший билета именно вследствие переполнения омнибуса и севший на империал без билета, если вследствие ветхости омнибуса и его переполнения он опрокидывается в пути и пассажир получает увечье, — теряет право иска, ибо он тут сам виноват в постигшем его несчастии². Своеобразную конструкцию смешанной вины представляют те случаи, в которых деятельность потерпевшего, входящая в причинную связь, заключается не в небрежности, нерадении, легкомыслии или ином виде виновного поведения, а, напротив, в похвальном поступке, вызываемом побуждениями альтруизма и героизма. Известен старинный случай из американской судебной практики: на рельсах перед локомотивом движущегося поезда находился двухлетний ребенок, который должен был быть неминуемо раздавлен, но в это мгновение бросается некто спасать ребенка, сам попадает под локомотив и погибает. Железная дорога по поводу иска наследников умершего ссылалась на его собственную неосторожность. Однако, суд отверг этот довод, исходя из того положения, что понятие вины всегда предполагает поступок, заслуживающий порицания.

Несколько подобных случаев было на рассмотрении германского Reichsgericht'a. В одном случае истец, пытаясь задержать чужих понесших лошадей, подверг себя опасности и пострадал. Reichsgericht нашел, что „в этом поведении истца нельзя усмотреть вины, так как в деревне существует обычай, что взрослые односельчане добровольно принимают участие в удержании чужих вырвавшихся на свободу животных; в этом надо видеть между односельчанами похвальное чувство общности, исполнение этой нравственной обязанности не есть вина“. В другом случае инженер на фабрике прибежал на помощь рабочим, находившимся в смертельной опасности от истечения

¹ Подобного рода случаи однако представляются спорными в германской литературе и практике. „Вина потерпевшего, говорит Rümelin, не должна вовсе касаться вредоносного результата и еще меньше — самого убытка; достаточно вины его в каком бы то ни было направлении. Поэтому, если, напр., вор при похищении будет по неосторожности ранен обокраденным, — он не имеет иска на возмещение убытка, хотя его вина не стоит ни в каком отношении к поранению его тела, и это поранение им не было предвидено“. В том же смысле высказываются и другие — Oertmann, Weinrich, Franz, из которых последний считает, что пассажир, севший в поезд без билета и позволения кондуктора, не имеет права иска за полученное увечье. Однако, этот взгляд не имеет сочувствия в судебной практике, так как ответственность деливента была бы поставлена в зависимость от случайного обстоятельства — настроения потерпевшего (см. Яблочков, I, стр. 196). Относительно случая с безбилетным пассажиром интересно отметить постановление, содержащееся в швейцарском железнодорожном законе 28 марта 1905 г. По ст. 6 этого закона, „притязание на возмещение убытков совсем погашается, если потерпевший пришел в соприкосновение с железной дорогой чрез преступное или нечестное деяние“.

² Эти случаи — из французской практики (см. Яблочков, I, 195).

газа, но, как только он приблизился к машине, он потерял сознание и умер. Вдова и дети его предъявили иск к содержателю фабрики. Была установлена вина монтера, открывшего кран от газовых проводов. Reichsgericht нашел что „попытка инженера спасти рабочих, предпринятая в исполнение нравственных обязанностей, не прерывает причинной связи между несчастием и виновным поведением монтера“. По поводу подобных случаев Reichsgericht выставляет такое общее положение: „если кто-либо виновным образом создал такое положение, что для третьего лица возникает правовая или моральная обязанность вмешаться, не считаясь со связанными с этим вмешательством опасностями для спасения чужой жизни или здоровья, то тот, кто отвечает за возникновение опасности, отвечает и за вред, возникший при попытке спасти чужое благо“¹.

Также и французская практика признает, „что нравственный мотив исключает вину“. Кроме соображений справедливости, в практике французского кассационного суда встречается попытка найти юридическое основание для освобождения потерпевшего от ответственности за проявленные им акты альтруизма и самопожертвования. Именно, кассационный суд принимает ту идею, что отважный человек, бросающийся на чужую взбесившуюся лошадь с целью задержать ее и тем отвратить несчастье, — тем самым как бы исполняет молчаливое приглашение лица, создавшего опасность (кучера), вмешаться и оказать ему помощь. Поэтому привлечение к ответственности хозяина животного оправдывается тем соображением, что молчаливо-принятое добротным помощником предложение его представителя (кучера) рождает договор личного найма (услуг), который и переносит риск исполнения на хозяина².

7

Понятие причинной связи принадлежит к числу тех философско-логических понятий, которые не поддаются определению в законодательных постановлениях. Поэтому ни в одном из действующих законодательств мы не находим прямых указаний на это понятие, и непосредственно на них не отразилось в каком-либо виде то или другое из теоретических учений о причинной связи.

Однако, комментаторы германского гражданского уложения выводят из некоторых постановлений его определенные положения. Так, из § 830, ч. 2 („подстрекатели и пособники отвечают наравне с соучастниками“) некоторые делают вывод, что закон принимает теорию „общей причинной связи“, т. е. теорию отношения *conditio sine qua non* (условие-причина): причинная связь, налицо, если поведение данного деятеля (подстрекателя, пособника) послужило одним из условий наступления вреда, хотя

¹ См. Яблочков, I, 380; II, 574, 581 и 582.

² Там же, 577.

вредоносный результат причинен лишь совместным действием многих условий; из этого видно, заключают они, что возмещению подлежит не только непосредственный, но и посредственный вред. Этот же принцип неограниченной ответственности они усматривают и в постановлении § 287 („Должник несет ответственность и за случайно наступившую во время просрочки невозможность исполнения“) и также §§ 447 и 848, из которых делается вывод, что, так как должник отвечает и за случайный вред, то, следовательно, „наступление факта, представляющегося случаем, не в состоянии прервать причинной связи, если наступление случайного события приведено через деятельность ответчика и без этой последней не имело бы места“¹.

Другие комментаторы, наоборот, в этих же постановлениях закона усматривают исключение, подтверждающее общее правило об адекватности причинной связи. Раз постановления §§ 287 и 848, говорят приверженцы этой теории, считают нужным установить ответственность за случай, т. е. устанавливают вменение вреда, которому ответчик поставил одно условие, значит, в прочих случаях, в виде общего правила, устанавливается безответственность за отдаленные последствия его деяния, обязанные привхождению других условий. Подтверждение этому выводу они находят в § 252, по которому неполученной, подлежащей возмещению, считается та прибыль, которую можно было ожидать по обычному ходу вещей или сообразно с особыми обстоятельствами, в частности, с принятыми мерами и сделанными приготовлениями. „Этот принцип релятивной (адекватной) оценки вреда, говорят представители этой теории, должен быть принят для всякого возмещения убытка, даже там, где речь идет о *damnum emergens*“. Однако, большинство комментаторов не разделяет ни того, ни другого толкования, а, стоя на той позиции, что В.Д.В. не примыкает ни к одной контраверсной в литературе каузальной теории, предоставляет изъяснение понятия причинной связи и вопроса о вменении результата всецело судебной практике. При этих условиях нет надобности в отыскании общегодного понятия причины: весь вопрос разрешается процессуальными законами (§ 278 С.Р.О.) в том смысле, что в каждом отдельном случае решает судебное усмотрение о наличии причинной связи².

Однако, несмотря на то, что вопросы причинной связи, по общему правилу, составляют *questi facti*, Reichsgericht считает нужным дать руководящие принципиальные положения относительно этого понятия. Проф. Яблочков приводит несколько тезисов из этих решений. Прежде всего Reichsgericht высказывается против теории одной причины. „Для установления причинной

¹ Проф. Яблочков, II стр. 172 и 178. Проф. Яблочков оспаривает правильность этих выводов, указывая на то, что в этих постановлениях закона речь идет о вине, а не о каузальности.

² Там же, стр. 174.

связи не требуется, чтобы виновный вызвал все причины, которые содействовали возникновению убытка; „достаточно, чтобы учинитель был хотя бы одной из содействующих причин“. „Всякое деяние или упущение может быть причиной для возникшего вреда, раз вред не возник бы без этого деяния, а само событие не случилось бы“. В общем, Reichsgericht в своей практике приближается к теории адекватного причинения, применяя во многих решениях то положение, что, „причинная связь имеется, если следование явлений не лежит вне обычного житейского опыта“, и, напротив, прерывается при привождении „всякого события, лежащего вне естественного хода вещей“ (ausserhalb des natürlichen Verlaufes der Dinge). Так, в одном случае, в котором истец получил увечье от своей коровы, испуганной собакой ответчика, Reichsgericht высказал, что, „если дело идет о ряде событий, чередующихся во времени и стоящих друг с другом с внешней стороны в связи, предшествующее событие может считаться причиной последующего при том условии, что при подобных же обстоятельствах оно по опыту повседневной жизни имеет необходимым или обычным следствием фактически наступивший результат“. Тоже в другом случае, в котором истица, вследствие испуга от наскочившего вагона трамвая, сделала прыжок в сторону и упала в выбоину, где сломала себе ногу, Reichsgericht нашел, что, хотя истица не пришла в телесное соприкосновение со средствами эксплуатации трамвая, но „эксплоатация была также адекватной причиной убытка: вагон, внезапно налетающий в темноту с большой быстротой, вызывает, согласно опыту, у пешехода, если он не может судить о том, есть ли опасность от вагона, чувство испуга, которое заставляет его сделать скачок в сторону; прыжок истицы таким образом стоял в непосредственной местной, временной и внутренней связи с эксплуатацией трамвая¹.

Французская теория и практика стоят в отношении деликтных правонарушений, на почве широкой теории „общей причинной связи“, исходя из буквального смысла ст. 1382 cod. civ., по которой ответственность деликвента устанавливается без того ограничения, какое имеется в отношении договорных обязательств в ст. ст. 1150 и 1151, по которым должник отвечает только за убытки „prevus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat“ и за „suites immédiates et directes“. Исходя из этого сопоставления постановлений закона, французские суды считают возможным, в отношении деликтной ответственности, применять учение: условие — причина, расширяя течение причинности до самых отдаленных пределов

¹ Там же, стр. 176-180. В том же смысле высказался R. G. В другом случае, в котором истец выскочил из экипажа в виду опасности от взбесившихся лошадей. „Причинная связь не прервана этим деянием истца, ибо вполне отвечало естественному и обычному порядку вещей, что истец пытался спастись от угрожающей ему опасности чрез прыжок из экипажа; ни один разумный человек не останется пассивным при виде угрожающей ему опасности, но пытается устранить ее“ (там же, 380).

и до самых условных последствий. Вот несколько примеров из французской судебной практики, в которых с наибольшей ясностью обнаруживается эта точка зрения.

Два кучера состязаются в скорости; один из них опрокидывает прохожего и ранит его. Отвечает не только этот кучер, но и другой, ибо, не будь состязания, не было бы происшествия: „le coauteur peut être considéré comme l'auteur du préjudice entier, lequel ne serait peut être pas produit sans coopération“. (Касс. суд 5 марта 1894 г.). Два фабриканта причиняют вред соседним владениям испарениями, выпускаемыми из их фабрик. Установлено, что в отдельности действия каждого собственника могли и не быть вредоносными, но одновременность их и их комбинация были непосредственной причиной вреда, который и является неделимым целым. Суд признал, что конечный убыток является результатом каждого ответчика, и поэтому они отвечают солидарно. Патрон задерживает малолетнего ребенка в мастерской сверх установленного законом времени; в это неурочное время рабочий шалит со своим товарищем и попадает под привод машины. Суд признал наличие необходимой связи („génération nécessaire“) между виной патрона и несчастьем, случившимся во время неурочного продолжения работы: „не будь задержки рабочего, он не мог бы совершить в опасной обстановке своей шалости („sans laquelle il n'est pas été matériellement possible à celui-ci de commettre l'acte d'indiscipline“); поэтому должна быть признана причинная связь между этими двумя моментами“ (Кассац. суд 7 августа 1895 г.). Кучер оставил запряженную лошадь без призора на улице. Пьяный прохожий сел в экипаж и погнал лошадь по городу и задавил мальчика. Небрежность, допущенная кучером, говорит суд, дала повод и облегчила вину этого субъекта („à occasionné et facilité la faute de cet individu“). Между небрежностью кучера и совершенным проступком существует достаточная причинная связь, чтобы обосновать его ответственность (Кассац. суд 31 декабря 1900 года). И многие другие решения в этом роде.¹

8

Наше законодательство, как и иностранные законодательства, не содержит никаких определений, которые могли бы служить руководящими правилами для распознавания и установления причинной связи между данным деянием и вредом. Закон (стр. 403-404) ограничивается общим указанием лишь на необходимость такой связи для обязательства возмещения ущерба, предоставляя суду в каждом данном случае разрешить вопрос, находится ли деяние ответчика и понесенный истцом вред в отношении причины и следствия.

¹ Там же, стр. 259-263.

По общему правилу, право на вознаграждение за причиненный вред возникает лишь при доказанности причинной связи между вредом и деянием лица, привлекаемого к ответственности. Поэтому, вообще, при всех требованиях о возмещении вреда (по статье 403-404) бремя доказательств в отношении причинной связи лежит на истце — потерпевшем. Но при требованиях (по ст. 404, т. е. к лицам и предприятиям, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих, как-то: железные дороги, трамваи, фабрично-заводские предприятия, торговцы горючими материалами, держатели диких животных, лица, возводящие строения и иные сооружения, — вследствие особенностей этих предприятий, устанавливается законом более выгодное процессуальное положение истца, чем при требованиях по ст. 403: истцу — потерпевшему достаточно доказать лишь, что вред произошел вследствие тех или других причин, вызванных самым предприятием, источником его повышенной опасности, напр., вследствие действия какой-либо (хотя бы вполне исправной) машины, т. е. обязан доказать лишь ближайшую внешнюю причину происшедшего вреда, но не обязан доказывать, иногда весьма отдаленную, связь этой причины с каким-либо действием или упущением служащих и рабочих или самого собственника предприятия. Ответчик может опровергнуть предполагаемую законом причинную связь только в двух случаях: при наличии воздействия непреодолимой силы или вины самого потерпевшего. Во всех же остальных случаях ст. 404 устанавливает не только законное, но и не допускающее опровержения предположение (*presumptio juris et de jure*) о существовании внешней причинной связи между вредом и каким-либо действием или упущением хозяина предприятия либо его служащих и рабочих. Таким образом, вопреки общему правилу, по которому никто не отвечает за чужие деяния (за исключением только лиц, указанных в ст. 405), собственники упомянутых в ст. 404 предприятий обязаны нести безусловную ответственность не только за вредные, хотя бы непредотвратимые деяния своих служащих и рабочих, но даже за деяния посторонних лиц, причинивших вред в какой-либо связи с деятельностью этих предприятий.

Согласно ст. 408, солидарная ответственность распространяется на всех лиц, совместно причинивших вред, независимо от различной степени вины каждого и различной степени влияния действия каждого на факт причинения вреда; все одинаково отвечают, хотя бы кто-нибудь из них принимал меры к предотвращению вреда и хотя бы его действие само по себе, без действий других, не причинило бы вреда. Понятие „совместности“ определяется по совокупности звеньев причинной связи, а не по непосредственному влиянию действия данного лица на получение вреда. Не требуется также, чтобы действия, служившие общей причиной последовавшего вреда, были основаны на предварительном

соглашении лиц, совершивших эти действия, а достаточно самое отдаленное косвенное отношение каждого из этих действий к причиненному вреду. Так, напр., если пожар произошел в доме от того, что один жилец держал у себя большое количество пороха, которое воспламенилось вследствие неосторожного обращения другого жильца с огнем, то они оба виновны в неосторожном причинении пожара и подлежат солидарной ответственности. Или другой пример (взятый из французской практики): два извозчика ехали весьма быстро с целью перегнать друг друга, при чем один из них наехал на прохожего и причинил ему повреждение; Бордосский суд признал за потерпевшим право отыскивать вознаграждение с обоих извозчиков солидарно, на том основании, что их совместная езда в перегонку была причиной происшедшего вреда.

Доказывание наличности причинной связи между действием причинной связи или упущением и последовавшим вредом представляется часто на практике весьма сложной задачей, которая возлагает на стороны трудную обязанность и требует от суда много вдумчивости и внимания. Ибо доказывающему приходится часто оперировать не конкретными положениями, а предположениями и абстрактными представлениями о том, в каком порядке следовал бы ход причинности, если бы в данной цепи причин не было известного звена. С другой стороны, и ответчику, на котором лежит обязанность доказывать свои возражения против доводов истца, также приходится оперировать такими же абстрактными возможностями для установления противоположного хода причинности, что представляет те же трудности. В виду этого, на долю суда выпадает важная задача — найти меру требованиям, предъявляемым к сторонам, и пределы, в которых должно происходить распределение между ними тяжести доказательства. Судебная практика дает в этом отношении много примеров, по которым судья и исправность логического аппарата, которым он оперирует, чем какие-либо общие руководящие начала.

„НЕВОЗМОЖНОСТЬ“ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

1

„Невозможное не может служить предметом обязательства — таково старое общее правило, выставленное еще римскими юристами (*impossibilium nulla obligatio*). Оно воспринято почти всеми законодательствами. В некоторых из них оно получило прямое выражение, напр., в Германском Гражд. Кодексе, в § 306: „договор, по которому невозможно учинить удовлетворение, недействителен“. Другие законодательства выражают это право

в менее безусловной форме и в более ограниченном смысле, считая невозможным то, что невозможно „по законам природы“ или „по природе вещей“, и признавая недействительными только договоры о невозможном в этом объективном смысле.

Однако, выраженное в таком общем виде правило о недействительности обязательств, имеющих своим предметом невозможное, не разрешает вопроса о юридических основаниях и последствиях неисполнения обязательств, так как оно не определяет ни содержания понятия „невозможности“, ни пределов применения его в качестве юридического фактора, влияющего на судьбу обязательств. Невозможность исполнения сама по себе еще не разрешает вопроса об освобождении от ответственности. Не во всех случаях фактической невозможности для должника исполнения его обязательства имеется юридическое основание для оправдания его безответственности. Общее понятие „невозможность“ есть понятие относительное и растяжимое. Оно обнимает собою многообразные случаи различного характера и различных очертаний.

Прежде всего невозможность может быть различная по моменту ее возникновения — до или после заключения договора — так называемая невозможность первоначальная или последующая, при чем из них первоначальная может быть или заведомая для одной из сторон при заключении договора, или неведомая для обеих сторон; каждая из них имеет другие последствия.

Затем, общим образом, случаи невозможности различаются по моменту виновности ее: невозможность исполнения обязательств может обуславливаться или причиной, лежащей в волевой сфере должника (невозможность виновная), которая вовсе не устраняет ответственности, или причиной внешней, лежащей в случайности или в действии непреодолимой силы (невозможность невиновная), при которой должник может или промедлить с исполнением или совершенно освободиться от обязательства. Далее, невозможность может быть различная по предмету обязательства и по степени и по характеру тех затруднений, которые встречаются на пути к исполнению. Тут может быть прежде всего невозможность физическая, когда внешняя непреодолимая сила непосредственно и прямо, безусловно и объективно, устраняет возможность исполнения, создавая физическое препятствие или угрозу явной опасности для совершения действия со стороны обязанного лица, напр., когда самый предмет, служащий объектом договора, был уничтожен действием стихийного явления природы или был отнят вооруженною силою, или когда место, в котором должно быть произведено исполнение, сделалось фактически недоступным для обязанного лица, или, хотя оно и доступно, но с явной опасностью для жизни, или когда физические личные свойства и способности должника, при посредстве которых должно быть произведено исполнение, перестали существовать (смерть артиста или потеря им руки или голоса).

Далее, невозможность может проистекать для должника принудительно, в силу распоряжения власти, запрещающего именно то действие, которое служит предметом договора, или иным образом препятствующего исполнению обязательства, например, запрещение вывоза или ввоза известного предмета, к доставке которого обязался должник, или приостановление сообщения к месту или от места, условленного в договоре, или реквизиция известного предмета или обращение производства известных предметов в государственную монополию и т. д. Эта, так называемая, юридическая невозможность может быть приравнена к физической невозможности и при известных условиях оправдывать безответственность при просрочке или при полном неисполнении обязательства.

Наконец, имеется область так называемой экономической невозможности, т. е. такой невозможности относительного, производного характера, которая, являясь конечным результатом цепи причин и следствий, имеющей, в первоначальных звеньях своих, своим источником события непреодолимой силы, обуславливается затем привходящими обстоятельствами, лежащими в хозяйственно-экономической сфере должника. Тут может быть градация невозможности в различных степенях и с различными очертаниями, начиная с такой невозможности, которая совпадает с простой логической невозможностью, никаких элементов юридической невозможности в себе не заключающей. Напр., должник по случаю войны или возникших иных чрезвычайных пертурбаций, нарушивших нормальный ход общественной жизни, затруднен в кредите или вообще разорился, вследствие чего не имеет необходимых денежных средств, чтобы исполнить договор. Логически и фактически тут имеется невозможность, но юридических оснований для освобождения от ответственности, бесспорно, тут не имеется. Более спорно в том случае, когда отсутствие у должника средств обуславливается, напр., мораторием, не разрешающим банкам выдавать по текущим счетам и вкладам сумм свыше известного размера; тут рядом с действием внешней причины в виде распоряжения власти, вызванной непреодолимой силой (военными или иным обстоятельствами), действует другая причина, лежащая в ограниченности средств должника, за которую, конечно, он сам должен нести ответственность.

Сюда же относятся многообразные спорные случаи невозможности вследствие изменившихся обстоятельств коммерческой конъюнктуры, обусловленных какими-либо внешними чрезвычайными причинами (вздорожание цен по случаю военного времени или, напротив, снижение цен по обязательному постановлению власти, недостаток рабочих рук и т. д.), при которых должник может исполнить обязательство не иначе, как с такими материальными жертвами, которые сторонами при заключении договора не могли быть предвидены.

Таким образом, фактическая невозможность и юридическая безответственность не совпадают: с одной стороны, не все, что фактически в смысле логическом невозможно, является невозможным и в смысле юридическом (в вышеуказанном примере — отсутствие у должника денежных средств, несомненно, обуславливает невозможность исполнения обязательства, но это обстоятельство не имеет юридического значения; с другой стороны, не все, что возможно логически, является возможным и юридически (напр., рейсы между портами по морю, в котором плавают мины, логически возможны и абстрактно мыслимы, потому что не всякое судно обязательно должно столкнуться с миной, но в юридическом смысле такой риск равен невозможности).

Какой же критерий может быть установлен для определения разделительной границы между возможностью и невозможностью в смысле юридическом? По какому принципиальному основанию определяется область действия невозможности в качестве юридического момента, влияющего на судьбу обязательств?

В литературе, преимущественно немецкой, господствует доктрина, придающая невозможности исполнения значение самостоятельного фактора, который сам по себе вызывает недействительность обязательства, вне вопроса о том, является ли невозможность виновной или невиновной, т. е. извиняет ли она или нет неисполнение со стороны должника. Это воззрение подверглось в последнее время в германской литературе обстоятельной критике¹. Для обоснования учения о самостоятельном и безусловном влиянии на обязательства невозможности исполнения немецкие цивилисты приводят различные соображения. Одни пытаются вывести правило *impossibilium nulla obligatio* из логических соображений. Так, Дернбург говорит: „невозможное неисполнимо, а потому оно не может быть предметом обязательства“ (Пандекты, обязат. право, § 16)². Правильно Генкин указывает, что логика опровергает указанное положение. Обязательство заключает в себе известное долженствование, относящееся к какому-либо лицу. Но разве то, что невозможно, становится *eo ipso* недолжным? Между невозможным и недолжным нельзя ставить знак равенства, ибо ответственность, связанная с долженствованием, определяющим содержание обязательства, может выражаться не только в необходимости исполнить предусмотренное обязательством действие, но и в угрозе, в случае неисполнения, принудительного, по судебному решению, удовлетворения требования потерпевшей стороны о возмещении ущерба, происшед-

¹ См. ст. статью Д. М. Генкина. „К вопросу о влиянии на обязательства невозможности исполнения“ (сборник, посвященный памяти проф. Шершеневича), в которой изложена литература по этому предмету.

² То же положение у Победоносцева: „В обязательстве мыслимо только возможное действие, к которому обязываются. Невозможное само по себе не может иметь интереса ни для которой стороны. Во всяком обязательстве предполагается свободное действие в будущем, а совершение невозможного немисливо“ (Курс III, стр. 20).

шего от неисполнения обязательства. Следовательно, фактическая невозможность исполнения сама по себе не знаменует еще прекращения ответственности по договору, а вопрос о последствиях зависит от того, освобождается ли должник от обязанности возмещения ущерба, или нет, что в свою очередь связано с вопросом о виновности должника.

Другие выводят действие невозможности из отпадения цели договора: договор недействителен, если цель его недостижима, потому ли, что ее, вообще, нельзя достигнуть, или потому, что она достигнута другим путем. По этому взгляду содержание понятия невозможности определяется весьма широкими рамками, обнимающими собою всякие затруднения как физического, так и психического характера, которые встречает должник при исполнении обязательства. „К действиям невозможным в правовом смысле, говорит Titze¹, относятся не только те, возможность исполнения которых абсолютно исключена, но и те, которые хотя и могут быть исполнены, но при условии таких жертв со стороны должника, какие добросовестно от него не могут быть потребованы“. Titze приводит следующие примеры для подтверждения своего положения. Жилец не может очистить снимаемой им квартиры, срок найма которой окончился, так как он сам или кто-либо из его семьи заболел и не может быть перевезен с квартиры без опасности для здоровья; певец, обязавшийся выступить на вечере, не может этого сделать, так как вызван к умирающей матери или должен присутствовать на похоронах отца. Однако, примеры эти представляют частичное разрешение вопроса и не дают общего принципиального ответа на вопрос о влиянии невозможности. Во-первых, случаи эти, в которых идет речь только о невозможности физической (болезни жильца) или психической (для певца), весьма мало обнимают область невозможности, и во-вторых, и в этих случаях освобождение от ответственности имеется только частичное (отсрочка для жильца очистить квартиру, с обязанностью уплатить арендные деньги по договору).

Некоторые определяют понятие невозможности в смысле правовом путем различения между невозможностью объективной и субъективной. При этом выставляются различные критерии для этого различения. По одному критерию, под субъективную невозможность следует разуметь невозможность исполнить обязательства только для данного конкретного должника, а под объективную — такую, когда исполнение невозможно для всякого третьего². Критерий этот представляется неудовлетворительным, ибо в большинстве случаев верителю безразлично, исполняет ли обязательство должник лично или чрез посредство какого-либо третьего лица, и, следовательно, при обязательствах, не имеющих

¹ Titze. „Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschen bürgerl. Recht“, 1900.

² См. Дернбург, Пандекты. Также Шершеневич, Учебник русского гражданского права, 1912.

своим предметом строго личное исполнение, не может и возникнуть вопроса о субъективной невозможности исполнения; с другой стороны, указанный критерий неприменим и к обязательствам со строго личным исполнением, ибо в этих обязательствах всякая субъективная невозможность будет одновременно и объективной¹.

По другому выставленному критерию, объективная невозможность имеет основание в самом объекте обязательства, а субъективная берет свое основание в субъекте обязательства². Неудовлетворительность этого критерия Rabel³ демонстрирует на следующем примере: если проданная вещь украдена или утеряна, то налицо, согласно изложенному взгляду, лишь субъективная невозможность в лице продавца; если же вор, украв эту вещь, уничтожил ее, то налицо объективная невозможность. А так как в большинстве случаев неизвестно, продолжает ли существовать утраченная вещь или нет, то, исходя из вышесказанного различия, и нельзя решить, имеем ли мы дело с субъективной или объективной невозможностью. Затем, если указанное различие между объективной и субъективной невозможностью и можно провести при обязательствах, направленных на предоставление в пользование или собственность какого-либо объекта, то оно вовсе неприменимо к обязательствам, имеющим своим предметом действие обязанного лица, как таковое, так как в них предмет обязательства неотделим от субъекта: известный пианист, обязавшийся выступить в концерте, в день выступления сломал себе руку; налицо несомненно объективная невозможность, хотя она и вызвана причиной, исходящей от обязавшегося лица⁴.

По мнению Крюкмана⁵, правило *impossibilium nulla obligatio* применимо лишь к объективной невозможности, а так называемая субъективная невозможность ничем не отличается от простых случаев чрезмерной тяжести исполнения. Эти случаи, по его мнению, должны быть исключены из понятия невозможности и могут вполне удовлетворительно разрешаться при помощи принадлежащего должнику возражения, что он обязан исполнять договор добросовестно, согласно обычаям оборота, но не безусловно (*Einrede aus wichtigem Gründe*). Крюкман полагает, что практически легко определить, когда налицо объективная невозможность: „основное и практически наиболее целесообразное различие между объективной и субъективной невозможностью заключается в том, что при второй возможность исполнения может наступить каждый момент; тут вероятность, что самое действие, а вместе с тем и исполнение, сделаются возможными несравненно больше, чем при объективной невозможности“. Это определение объективной невозможности, даваемое Крюкманом,

¹ См. Генкин, стр. 110

² Krcme, System des deutschen bürg. Rechts.

³ Rabel . Unmöglichkeit der Leistung, 1907.

⁴ Генкин, стр. 110—111.

⁵ Kruckmann. Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, 1910.

представляется вполне неопределенным, ибо при помощи предлагаемого им субъективного метода разрешение вопросов о возможности или невозможности данного действия или исполнения возможно только в связи с конкретными условиями и обстоятельствами и на основании субъективной оценки имеющихся у нас данных, и, следовательно, невозможность объективная неминуемо сливается с невозможностью субъективной¹.

Таким образом, все попытки теоретически обосновать понятие невозможности, как самостоятельный безусловный юридический фактор, приводят к результатам мало удовлетворительным. Иных результатов и не может быть. Невозможность, как понятие с самостоятельным содержанием и с безусловным действием на силу обязательств, не существует. Она является одним, из фактических обстоятельств, производным результатом их, и только при известных условиях, может освободить от ответственности за неисполнение обязательств.

В числе этих условий главное значение имеет отсутствие вины (вины в гражданском смысле) со стороны должника, а гражданская вина есть сложное понятие, зависящее от различных обстоятельств и условий как объективных, так и субъективных, которые в совокупности образуют цепь переплетающихся между собою причин следствий. Следовательно, нет и не может быть единого и безусловного понятия невозможности, а вопрос о невозможности должен ставиться в связи с конкретными условиями данного случая, определяющими основания для освобождения от ответственности данного должника за неисполнение данного обязательства.

2

Как уже было выше указано, кроме невозможности физической, т. е. такой, когда внешняя непреодолимая сила непосредственно и объективно устраняет возможность исполнения, причиняя гибель предмета или создавая физическое препятствие к совершению действия со стороны обязанного, — имеется еще область разнообразных случаев невозможности относительного, производного характера, т. е. случаи такой невозможности, которая обуславливается обстоятельствами, лежащими в субъективной хозяйственно-экономической сфере должника. В этой области невозможности имеется большое разнообразие случаев, в особенности, в связи с обстоятельствами военного времени. Война, представляя собою сложное явление огромной непреодолимой силы, не может не отражаться в своих многообразных и многочисленных проявлениях и последствиях на коммерческой конъюнктуре многих договоров, на хозяйственных условиях исполнения обязательств. Во многих случаях это исполнение становится, по своей затруднительности, совершенно несоизмеримым с нормальными усло-

¹ Генкин, стр. 112—113.

виями торгово-промышленного товарооборота. Благодаря войне, увеличиваются цены на материалы, на рабочие руки, изменяются условия доставки (напр., только пассажирскими поездами, а не товарными, или только по железной дороге, а не водою, что связано с чрезвычайными затратами), крайне вздорожает фрахт, получение материалов из-за границы крайне затрудняется вследствие недостатка и вздорожания иностранной валюты и т. д. Все эти обстоятельства могут настолько изменить коммерческую конъюнктуру, с которою стороны считались при заключении сделки, что неисполнение договора при этих изменившихся условиях возможно для обязавшегося не иначе, как с огромными материальными жертвами, с разорением, другими словами, оно оказывается для него затруднительным в хозяйственном отношении в такой степени, которая граничит с фактической невозможностью.

Освобождает ли такая невозможность от ответственности за неисполнение обязательства? Вопрос этот является весьма спорным в литературе и в практике.

Французская судебная практика, создавшаяся после франко-прусской войны 1870 г., и ныне после мировой войны твердо стоит на точке зрения строгого сохранения силы договоров. В ряде решений устанавливается положение, что события войны могут освободить продавца или поставщика от обязательства только в том случае, когда они образуют для него абсолютную невозможность исполнения в виде безусловного препятствия к изготовлению или доставке предмета обязательства, но не тогда, когда они делают исполнение более затруднительным или более обременительным в хозяйственном отношении против предположений при заключении договора¹.

Еще строже в этом отношении английская практика, в которой вообще весьма ограничена область применения невозможности в договорных обязательствах. По общему правилу английского прецедентного права, ответственность за неисполнение договорных обязательств не устраняется ни при каких обстоятельствах, даже чрезвычайных, — она является для должника безусловной. В одном старом решении, относящемся к 1647 г. и, в силу преимущества прецедентов, сохранившем силу для последующих решений по настоящее время, суд признал, что, если кто-либо „им самим заключенным договором возлагает на себя обязанность, он обязан ее исполнить, несмотря на случаи неизбежной необходимости, ибо он мог в своем договоре такие случаи предусмотреть“. На этом основании был удовлетворен иск хозяина об арендной плате, обращенный к нанимателю, защищавшемуся возражением, что „некий германский князь по имени князь Руперт, чужеземец по рождению, враг короля и его королевства, вторгся в пределы страны с враждебной армиею,

¹ Более подробно эти решения приводятся в нашей статье, напечатанной в „Праве“, 1916, № 36.

и что это войско вступило во владения ответчика и изгнало его и не допустило к владению..., вследствие чего он не мог получить доходов“¹. В другом решении от 1801 г. дело шло о том, что ответчик по договору шертепартии обязался погрузить партию зерна в Либаве, но по прибытии туда он узнал, что русское правительство воспретило вывозить этот сорт зерна. Суд нашел возражение ответчика, основанное на непредусмотренном в договоре изменении иностранного закона, не заслуживающим уважения в силу общего правила о нерушимости „безусловных“ договоров и присудил иск, при чем судья, лорд Кенуон, установил следующее положение: „если кто-либо берется исполнить нечто, чего он исполнить не в состоянии, то он должен отвечать пред тем, пред кем он обязался“. На той же точке зрения стоят и все последующие решения английских судов. И также в связи с мировой войною указанная точка зрения находит себе подтверждение и защиту в вышедшем во время войны труде проф. Троттера, который, исследуя влияние военных обстоятельств на договорные обязательства, устанавливает то же старое положение английского права: „безусловный договор, по общему правилу, не теряет силы вследствие того, что исполнение его невозможно или стало фактически совершенно невозможным вследствие чрезвычайных обстоятельств, одним из которых является война“. В этом смысле имеется ряд решений английских судов по делам, возникшим в связи с мировой войною².

Это ригористическое правило о безусловной ответственности применяется английским правом только к договорным обязательствам, а не к обязательствам *ex lege*. „Когда сам закон создает обязанность или обязательство для должника, то последний может быть освобожден, если он не мог исполнить без всякой с его стороны вины и при отсутствии помощи и средств к исполнению“, — говорится в одном решении. Английские комментаторы находят оправдание применению различных принципов для договорных и внедоговорных обязательств в противоположении веления закона собственному волеизъявлению: закон не может возлагать на кого-либо обязанность исполнить невозможное, но добровольно обязавшийся по договору не может ссылаться, для

¹ См. Кантор. „Английские юристы о невозможности исполнения обязательств в связи с обстоятельствами военного времени“, „Вестн. гражд. права“, 1915 г., № 8, стр. 165.

² См. цит. статью Кантора. Автор резюмирует новейшие взгляды английских юристов в связи с обстоятельствами войны. Договор не может считаться прекратившимся единственно в силу того, что стороны при заключении его не предусмотрели войны между Англиею и Германиею. Чрезвычайное вздорожание материалов и рабочих рук не делает извинительным неисполнение подрядчиком заключенного в июле 1914 г. договора о постройке дома. Договор о поставке по определенной цене продукта, заведомо изготовляемого только в Германии, не прекращается в силу того, что товары не могут быть приобретены во враждебной стране: у английских торговцев могут иметься запасы, и только цены, в виду ограниченности этих запасов, могут сильно подняться и т. п.

освобождения от принятой на себя обязанности, на то, что исполнение ее не по его вине сделалось невозможным, ибо, если бы стороны имели в виду такое освобождение, то они оговорили бы это в договоре.

Однако, и в отношении договорных обязательств английской практике пришлось постепенно, в виде исключений и в связи с особенностями некоторых договоров, допустить отступление от правила о безусловной ответственности и тем смягчить его ригористичность. Отступление это выразилось в том, что в некоторых случаях суд допускает презумпцию о наличии условия об освобождении от ответственности в случае воздействия непреодолимой силы (the act of God and of the Kings enemies), хотя в действительности такой оговорки в договоре не имеется. Так, в договоре перевозки принимается за достоверное, for granted, условие о том, что возчик освобождается верителем от возмещения вреда, если причиной гибели перевозимой вещи будут собственные свойства ее или непреодолимая сила, ибо такое условие само собою молчаливо подразумевается, как естественная гарантия для возчика¹. Другими словами, суд, во внимание к требованиям справедливости и интересам должников, считает возможным в конкретных случаях рассматривать договоры не как „безусловные“, а как заключенные под молчаливым условием об освобождении от ответственности в случае невозможности исполнить договор вследствие воздействия чрезвычайных обстоятельств. Таким образом, путем судебного усмотрения дается возможность, не колебля незыблемости общего правила о безусловной ответственности, ослаблять его применение в каждом данном случае.

В германской литературе вопрос о влиянии экономической невозможности на силу договоров является спорным. Большинство авторов, повидимому, склоняется к разрешению этого вопроса в положительном смысле. Так, известный немецкий цивилист Еппесегус высказывает следующее общее положение: „если на пути исполнения обязательства оказывается необычайное препятствие, которое может быть устранено лишь путем несоразмерных жертв, больших опасностей, нарушением более высоких обязанностей, то сообразно разумному, отвечающему хозяйственной жизни, толкованию права, такое исполнение должно быть признано невозможным“. То же высказывает Titze, по мнению которого „к действиям, в правовом смысле невозможным, относятся не только те, возможность совершения которых абсолютно исключена, но и те, которые, хотя и могут быть исполнены, но при условии таких жертв со стороны должника, какие добросовестно от него не могут быть потребованы“.

Напротив, Kruckmann полагает, что случаи субъективной невозможности, т. е. невозможности вследствие чрезмерных затруднений,

¹ См. там же ряд решений в этом смысле. См. также Беляцкий „Гражданский оборот и война“, стр. 20 - 21.

встречаемых должником на пути исполнения обязательства, должны быть исключены из понятия невозможности, и правило *impossibilium nulla obligatio* должно быть применимо только к объективной невозможности¹. В том же смысле, как Kruckmann, высказалась германская судебная практика, которой пришлось столкнуться с этим вопросом по поводу таможенной войны с Россиею в 1893 г. Вопрос заключался в том, должны ли были немецкие импортеры принять закупленный ими хлеб, оплачивая его повышенной пошлиной, или они могли внезапно разгоревшуюся таможенную войну рассматривать как непреодолимую силу, освобождающую их от исполнения договоров. Не отрицая того, что таможенная война представляет собою явление непреодолимой силы, немецкие юристы пришли к выводу, что импортеры тем не менее должны выполнить договоры, так как таможенная война не создает настоящей невозможности, а лишь „экономическую невозможность“, — невозможность продать дороже, чем они купили².

Русская практика в этом отношении в связи с мировой войной не успела выясниться. В первое время после объявления войны в торгово-промышленных кругах распространились преувеличенные представления о войне, как о юридическом факторе, могущем безусловно прекращать действие договоров и освобождать от обязательств. В этом смысле было дано заключение юридической комиссией общества заводчиков и фабрикантов в Петрограде³. Но эта тенденция к расширению пределов применения непреодолимой силы, заключающейся в обстоятельствах войны, до самых отдаленных последствий ее, до распространения ее влияния на область невозможностей, лежащих в чисто субъективной хозяйственной сфере должника, вскоре встретила в нашей юридической литературе должную критику и осуждение. Благодаря этому, среди промышленников получил преобладание более умеренный взгляд, который, между прочим, выразился в заключении, выработанном юридической комиссией при московском биржевом комитете. В этом заключении указывается, что „состояние России на положении войны само по себе не может быть признано обстоятельством, освобождающим контрагентов от обязанности исполнять договоры, хотя бы заключенные до войны“, что, „если под влиянием событий военного времени изменились условия исполнения обязательства, напр., вздорожали цены на товар и материалы или увеличилась стоимость производства, то эти обстоятельства сами по себе не могут оправдывать неисполнения договоров или требований изменений условий сделки“.

¹ Ennecerus, Lehrbuch des bürg. Rechts. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Recht. 1909. Kruckmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeit process. 1910. См. Генкин, стр. 117, 108, 112.

² Проф. Эльяшевич, „Война и гражданский оборот“, стр. 17.

³ Ф. Осецкий, „Война и обязательства“, 1914, стр. 3-4.

Взгляды, высказанные по этому вопросу в нашей научной литературе, отличаются неопределенностью и уклончивостью. Трудность этого вопроса заключается в каждом конкретном случае в том, во-первых, в какой мере так называемая экономическая невозможность может считаться невозможностью абсолютной, объективной, а не относительной, субъективной, сводящейся к большей или меньшей затруднительности исполнения и разорительности для должника, и в том, во-вторых, до каких пределов может быть в этих случаях применена, в смысле не логическом, а юридическом, причинная связь между первоначальной причиной — событием непреодолимой силы (войной) и отдаленным конечным результатом, который лежит в автономной хозяйственной деятельности должника, в чисто-субъективных, часто даже лично индивидуальных моментах, определяющих конъюнктуру исполнения обязательств. Предпосылки, характеризующие понятие экономической невозможности, слишком растяжимы, неопределенны и субъективны и поэтому представляют весьма мало надежный критерий для установления границы между случаями, когда невозможность есть непосредственное последствие внешней силы и должна влечь безответственность за неисполнение обязательств, и случаями, когда последствия невозможности должны быть отнесены на счет вины должника.

В действительности, экономической невозможности, как самостоятельного юридического понятия, вообще не существует. Вообще говоря, всякая невозможность исполнения обязательств в области имущественных договоров есть в сущности невозможность экономическая. Поскольку невозможность исполнения обусловливается объективными физическими препятствиями, она оправдывает обязавшегося за неисполнение обязательства, а, поскольку этих препятствий нет, он должен отвечать.

Таким образом, невозможность, как основание безответственности за неисполнение договора, существует только одна — физическая. К ней приравнивается, во-первых, невозможность юридическая, так как принуждение правительственной власти есть внешняя, независимая от воли должника, причина и, во-вторых, невозможность экономическая, в тех исключительно случаях, когда исполнение обязательства, по хозяйственным условиям, делается фактически (т. е. физически) невозможным, напр., в случаях полного отсутствия на рынке предмета поставки, отсутствия рабочих рук, машин для производства и т. п.

3

Невозможность исполнения обязательства нельзя смешивать с невозможностью осуществления цели, для которой сторона приняла на себя обязательство. Тут должен быть применен тот же принцип, о котором было раньше упомянуто: невозможность исполнения должна относиться к существу сделки, к содержанию

обязательства, а не к цели или мотиву сделки, так как побудительные причины или соображения коммерческой целесообразности, которыми руководились стороны при совершении договора, являются моментами субъективными и не могут влиять на судьбу обязательств. Иначе в том случае, когда в договоре прямо оговорено или из договора конклюдентно вытекает, что данная цель составляет существенную часть сделки, входит в состав ее содержания¹.

Иностранной судебной практике, в связи с обстоятельствами мировой войны, пришлось встречаться с подобными случаями невозможности, вследствие отпадения цели договора, т. е. невозможности не в техническом смысле, а в смысле коммерческой конъюнктуры. Такие случаи, между прочим, были разрешены в практике нашего дореформенного сената. Победоносцев приводит два таких случая. Мавро в 1854 г. купил у Мангуби 1500 четвертей пшеницы, при чем Мангуби обязался заготовить пшеницу в Евпатории к 15 февраля 1854 г., приняв на себя все расходы по доставке ее на судно. Мавро уплатил Мангуби задаток и предоставил себе право, в случае недоставки пшеницы к сроку, купить пшеницу на счет Мангуби. К 15 февраля Мангуби заготовил пшеницу, но 18 февраля было получено высочайшее повеление о воспрещении вывоза хлеба из портов за границу. Мангуби требовал, чтобы Мавро принял пшеницу и уплатил остальные деньги, ссылаясь на то, что в договоре не указано, что хлеб покупается для вывоза за границу и покупатель может отправить его в один из русских портов. Сенат (в решении 8 Департамента 29 сентября 1854 г.) нашел, что по обстоятельствам дела, т. е. по роду торговли Мавро и по назначению зафрахтованного судна устанавливается, что хлеб был куплен именно для заграничной торговли, и поэтому условие должно считаться уничтожившимся по причинам и обстоятельствам, не зависевшим от воли сторон; уничтожение условия должно иметь последствием восстановление как продавца, так и покупателя в положение, бывшее до заключения условия, т. е. покупатель должен удержать свои деньги, а продавец — свой товар. На этом основании решено потребовать от Мангуби обратно полученный им задаток, не возлагая ни на какую сторону ответственность за убыток.

Иначе было решено в другом подобном деле, но с несколько иным фактическим составом. Мангуби по договору с Тработи обязался к 20 января 1854 г. доставить в Евпаторию 2000 четвертей ржи, хранить ее в своих магазинах и, по прибытии судна

¹ Ср. М. Я. Пергамент, „Война и непреодолимая сила“, 1914. Автор иллюстрирует это положение на таком примере: сырье покупается для переработки, которая в силу тех или других обстоятельств военного времени становится неосуществимой. Тут переработка, если она не входит так или иначе в качестве условия (пусть даже не явно выраженного, а только молчаливо подразумеваемого) в договоре купли сырья, — момент для договора посторонний, и, стало быть, непреодолимая сила в этом случае ничуть не мешает выполнению содержания обязательства, о котором идет речь (стр. 13).

от Тработи, нагрузить на свой счет и страх, а Тработи обязался уплатить деньги в определенные сроки и внес задаток. Мангуби доставил рожь к сроку, но Тработи отказался от принятия в виду последовавшего запрещения вывоза за границу. Сенат по Общему Собранию не признал в этом случае запрещение поводом к уничтожению договора, так как в договоре не было указано, для какой цели куплена рожь, и Мангуби не обязывался знать, назначена ли она за границу или во внутренние порты; поэтому последовавшая случайность должна быть принята Тработи на свой счет. На этом основании решено довызвать с Тработи остальные деньги и, кроме того, плату за хранение хлеба в магазинах Мангуби¹.

Интересна английская практика относительно подобных дел, т. е. дел, в которых договоры сами по себе не сделались невозможными к исполнению, но стали бесцельными. Таковы так называемые *Coronation Cases* — многочисленные процессы, возникшие в связи с отложением коронации Эдуарда VII, в котором судам пришлось решать вопрос о судьбе договора найма помещений, пароходов и проч., заключенных лицами, желавшими наблюдать назначенные по случаю коронации торжества. В одном деле истец снял места для наблюдения коронационного шествия, назначенного на 27 июня 1902 г. Места эти помещались на особых трибунах, которые имел возвести ответчик. Вследствие болезни короля шествие в этот день не состоялось. Истец, уплативший за места, предъявил иск о возврате внесенных им денег. Суд нашел, что устройство шествия в определенный день составляло основу договора, с отпадением которой прекратился самый договор, а так как ни одна из сторон не являлась ответственной за то, что исполнение договора сделалось невозможным, то стороны должны быть оставлены в том положении, в котором застали их непредвиденные обстоятельства². Поэтому в иске было отказано. В другом однородном деле нанимателем была уплачена не вся обусловленная сумма, а только задаток, и лицо, сдавшее в наем места, предъявило иск о неуплаченном остатке. Апелляционный суд и здесь последовательно применил правило, что, с прекращением договора, стороны остаются в том положении, в котором находились в момент прекращения договора, и поэтому также в этом иске было отказано. Наконец, в третьем случае получилась другая комбинация в положении сторон: лицо, снявшее место для наблюдения коронационного шествия, внесло часть обусловленной платы за это место, а остальная часть подлежала внесению за несколько дней до дня, на который было назначено шествие. В виду отмены последнего, истец требовал возврата уплаченных денег, а ответчик по встречному иску тре-

¹ Победоносцев, Курс, т. III, стр. 158-159.

² А не в том положении, в котором они были до момента заключения договора, как это было принято в вышеприведенных решениях нашего дореформенного сената.

бовал уплаты остальной суммы. Апелляционный суд нашел, что, так как исполнение сделалось невозможным, то стороны остаются в положении, в котором они находились, и, следовательно, ответчик вправе требовать уплаты ему остатка, ибо по условию платеж должен был быть произведен в срок, когда фактически „невозможность исполнения“ еще не наступала (т. е. еще не выяснилась)¹.

4

Наш Гражд. Кодекс уделяет понятию невозможности больше внимания, чем ему уделяют иностранные кодексы. Общее определение невозможности исполнения обязательств, освобождающей от ответственности, содержится в ст. 118: „должник, поскольку иное не установлено законом или договором, освобождается от ответственности за неисполнение, если докажет, что невозможность исполнения обусловлена обстоятельством, которого он не мог предотвратить, либо создалась вследствие умысла или неосторожности кредитора“. Те же основания безответственности, в отношении обязательств внедоговорных, установлены в ст. 403 и 404: причинивший вред освобождается от обязанности возмещения вреда, если докажет, что он не мог предотвратить вреда, либо, что вред возник вследствие умысла или грубой неосторожности самого потерпевшего (ст. 403); для лиц и предприятий, деятельность которых связана с повышенной опасностью, установлена более усиленная ответственность: они освобождаются не во всех случаях невозможности предотвратить вред, а только в тех случаях, когда эта невозможность обусловлена действием непреодолимой силы (ст. 404).

Затем в других статьях определяется конкретное применение общего правила о невозможности исполнения обязательства и устанавливаются юридические последствия неисполнения вследствие невозможности.

Ст. 119 указывает два обстоятельства, при наличии которых невозможность исполнения не освобождает должника безусловно и безоговорочно, а влечет за собой известные последствия в пользу кредитора.

Во-первых, должник не освобождается от ответственности в случае, если предмет обязательства определен родовыми признаками и доставление имущества того же рода не стало объективно невозможным. Другими словами, тут делается различие между субъективной и объективной невозможностью. Невозможность исполнения может относиться только к данному определенному имуществу, напр., в случае, если оно уничтожено действием непреодолимой силы или отнято вооруженной силой или реквизировано распоряжением власти и т. д. Если это имущество

¹ См. М. К. Кантор, цит. статью.

определяется не индивидуальными, а родовыми признаками, т. е. может быть заменимо такого же рода имуществом по весу и количеству, то риск падает на должника, который должен заменить исполнение, оказавшееся невозможным, исполнением, являющимся вообще для каждого (объективно) возможным. Если же предмет обязательства определяется индивидуальными признаками, т. е. не может быть, вследствие своих индивидуальных особенностей, заменен другим однородным предметом, или же, если он, хотя и определяется родовыми признаками и, следовательно, вообще заменим, но при данных условиях, вследствие каких-нибудь причин, от должника не зависящих и вообще объективно ни для кого непреодолимых, доставка его или замена его невозможна, — риск падает на кредитора, и должник свободен от ответственности.

Во-вторых, ст. 119 в п. 2 предусматривает частный случай ответственности должника при наличии вины с его стороны в возникшей невозможности исполнения обязательства. Из общего правила, выраженного в ст. 118, о том, что должник освобождается от ответственности, если невозможность исполнения обусловлена обстоятельством, которое он не мог предотвратить, логически вытекает, что если невозможность могла быть предотвращена и должником не были приняты меры к ее предотвращению, т. е. имеется с его стороны вина (умысел или неосторожность), то не может быть речи о безответственности его за неисполнение обязательства, и в этом случае должно быть применено правило ст. 117. Но возможен случай, когда непосредственной вины со стороны должника не было, а невозможность исполнения вызвана умышленными или неосторожными (т. е. виновными) действиями лиц, на которых, в силу закона или поручения должника, возложено выполнение обязательства. Тут, собственно говоря, в отношении должника имеется наличие условия, которое по ст. 118, должно освободить его от ответственности, ибо, конечно, он может доказать, что не мог предотвратить обстоятельства (виновных действий других лиц). Но закон рассматривает этот частный случай под иной точкой зрения. Он усматривает тут вину самого должника — в том ли, что он выбрал для выполнения своего обязательства таких ненадежных лиц, которые способны злоупотреблять его доверием, или в том, что он не принял надлежащих мер надзора за выполнением этими лицами возложенных на них поручений по выполнению обязательства, или, наконец, по тому чисто формальному соображению, что перед лицом кредитора ответственным является должник и, поэтому, действия его поверенных и агентов сливаются с действиями самого должника, в лице которого всецело покрываются, и следовательно, вина поверенного должника есть вина самого должника.

П. 2, ст. 119 имеет применение только в случае виновных действий поверенного должника. Само собою разумеется, — это

вытекает из концепции п. 2, ст. 119, — что если невозможность исполнения обусловлена обстоятельством, которого не могли предотвратить лица, действовавшие по поручению должника, его представители, т. е. при отсутствии с их стороны вины, то нет вины и со стороны должника, и в этом случае применяется правило ст. 118; он не отвечает перед кредитором за неисполненное обязательство свое.

Таким образом, как в отношении договорных, так и внедоговорных обязательств, основанием, освобождающим от ответственности, служит отсутствие вины. Выражение: „...если докажет, что... не мог предотвратить“, именно означает, что при всех принятых мерах предосторожности, требуемых от разумного человека, и при всех добросовестных стараниях исполнить обязательство, невозможность исполнения, несмотря на все эти меры и старания, все равно наступила бы, потому что обстоятельство, ее обусловившее, или вовсе не могло быть при нормальном ходе вещей предвидено или, если бы даже и могло быть предвидено, не могло бы быть преодолено и устранено обыкновенными человеческими силами. Насколько фактически были приняты в данном конкретном случае надлежащие меры и приложены надлежащие старания для предотвращения невозможности исполнения обязательства и в какой мере обстоятельство, обусловившее невозможность, было действительно непредвидимо или непреодолимо, т. е., другими словами, насколько предполагается наличие или отсутствие вины со стороны должника, — это вопросы факта, разрешение которых зависит от усмотрения суда и определяется конкретной обстановкой в каждом данном случае. Разумеется, для разрешения этих вопросов требуется также теоретическое усвоение понятий „гражданской вины“, „случая“, „непреодолимой силы“ „причинной связи“, — понятий, составляющих вообще необходимые для судебного суждения логические категории и, в частности и в особенности, определяющие это суждение в спорных делах по поводу невозможности исполнения обязательства.

Правило ст. 118 имеет характер диспозитивный, а не обязательный; договорным соглашением сторон могут быть установлены другие основания для освобождения от ответственности, чем то, которое установлено в ст. 118, или может быть оговорена безусловная ответственность должника.

Время доказывания обстоятельств, снимающих ответственность, как видно из буквального текста ст. 118, 403 и 404 („если докажет“) во всех случаях, при договорных и внедоговорных обязательствах, лежит на ответчике (должнике или причинившем вред); истец (кредитор или потерпевший вред) должен доказать только факт неисполнения обязательства, или причинения вреда и наличие обстоятельств, проистекающих от этого убытков.

Юридические последствия невозможности исполнения обязательства, общим образом, определяются в ст. 129: невозможностью

исполнения обязательство прекращается (п. „д.“), т. е. юридические отношения между сторонами по предмету исполнения обязательства, ставшего невозможным, ликвидируются полностью или в соответственной части. В частности, в отношении двустороннего договора (договора с взаимными обоюдными правами и обязанностями сторон — ст. 139), в виду того, что в таком договоре, в отличие от одностороннего, исполнение обязательства одной стороной зависит от встречного исполнения обязательства другой стороной, — предусматривается законом в ст. 144-146 три случая невозможности исполнения: 1) когда исполнение стало невозможным для одной из сторон, вследствие обстоятельства, за которое ни одна, ни другая сторона не отвечает, 2) когда оно стало невозможным для одной стороны в силу обстоятельства, на которое она отвечает, и 3) когда оно стало невозможным для одной стороны вследствие обстоятельства, за которое отвечает другая сторона.

В зависимости от различных в этих случаях оснований невозможности исполнения, устанавливаются различные пределы взаимных требований сторон. В этих случаях нередко возможна весьма осложненная причинная зависимость между встречными обязательствами, к исполнению которых стороны взаимно обязались по такого рода двусторонним договорам, и в связи с этим может быть весьма осложнено установление оснований и пределов взаимных требований при ликвидации договоров в порядке ст. 144-146. Тут, как, впрочем, во многих других случаях судебной деятельности, многое зависит от житейского опыта и исправности логического аппарата, которым оперирует судья...

5

Одною из возможных причин, обуславливающих невозможность исполнения обязательств, наиболее общей для различных видов договоров, является полное или частичное уничтожение имущества, служащего предметом договора. Если это уничтожение предмета договора произошло по вине лица, обязанного к исполнению договора, то весь риск падает на него, и он отвечает за все последствия неисполнения им своего обязательства, согласно ст. 117 Гр. Код. Если гибель имущества, служащего предметом договора, произошла случайно, т. е. вследствие обстоятельства, которого обязанное лицо не могло предотвратить, то применяется общее правило ст. 118 об освобождении должника от ответственности, с оговорками, содержащимися в ст. 119, и с последствиями, указанными в ст. 144-146, поскольку данный договор основан на взаимности прав и обязанностей и носит характер двусторонности.

Интересно проследить, при каких условиях и в каких пределах случайная гибель предмета договора отражается, по нашему закону, на обязательственных отношениях сторон по отдельным видам договоров.

По общему правилу риск за гибель предмета договора несет тот, кто состоит собственником его. В договоре имущественного найма применение этого правила не вызывает сомнений относительно того, на кого из контрагентов договора падает этот риск. Наймодаделец неизменно в течение всего времени договора остается собственником имущества, сданного в наем, и, следовательно, на него падают все последствия уничтожения имущества: действие договора прекращается, и наниматель освобождается от обязанности платить условленную наемную плату (ст. 158 и 171 п. „а“).

Не так просто выступает вопрос в договоре купли-продажи и однородных с ними договорах поставки и подряда. Тут привходящим обстоятельством является вопрос о том, кто из контрагентов, является в момент события, уничтожившего имущество, собственником этого имущества. По общему правилу, сторона, обязанная к передаче имущества, несет страх впредь до совершения отчуждения. В отношении имущества, которое в буржуазных законодательствах и по нашему дореволюционному законодательству именовалось недвижимым имуществом (земля, строения), положение сторон может быть установлено вполне определенно, так как тут момент перехода имущества и момент исполнения обязательства отчуждения обыкновенно совпадают. Но относительно движимого имущества эти моменты могут не совпадать: покупатель может явиться собственником вещи с момента волеизъявления сторон, независимо от фактического вручения имущества, именно с того момента, как стороны условились о предмете договора и о цене его. Таким образом, в зависимости от того, как законом определяется момент перехода права собственности на имущество, разрешается вопрос, к кому переходит риск в случае гибели этого имущества, т. е. обязан ли в этом случае продавец вернуть полученную покупную цену или покупатель — уплатить условленную цену.

По некоторым законодательствам при покупке-продаже страх за случайную гибель или порчу вещей до фактической передачи их покупщику лежит на продавце (Герм. Гражд. Код. § 446: „с передачей проданной вещи риск ее гибели или случайного ухудшения переходит на покупателя“; это объясняется тем, что § 929, „для передачи права собственности на движимую вещь, необходимо, чтобы собственник передал отчужденную вещь приобретателю“).

Другие законодательства относят момент перехода риска ко времени совершения договора продажи (Франц. Гражд. Код. ст. 1583: „продажа считается совершившеюся с момента, когда было условлено о предмете и цене, хотя бы вещь еще не была передана, а цена еще не уплачена“; ст. 1138: „обязательство доставить вещь считается совершившимся с момента соглашения; оно делает верителя собственником и возлагает на него риск с момента, когда вещь должна быть доставлена, хотя бы она и не была

доставлена, если только должник не просрочил доставку; в этом случае риск падает на него"). Из этого общего положения франц. кодекс, однако, делает исключение для случаев, когда проданы вещи, не индивидуально определенные, а по весу, счету или мере; в этом случае „продажа не считается совершившеюся, и вещи остаются на риске продавца до тех пор, пока они не будут взвешены, сосчитаны или измерены“ (ст. 1585).

Наш Гражд. Кодекс принял французский принцип. Согласно ст. 66, „Право собственности возникает в отношении индивидуально определенной вещи с момента совершения договора, а в отношении вещей, определенных родовыми признаками (числом, весом и мерой), с момента их передачи“. Соответственно этому, определяется момент перехода риска с продавца на покупателя в случае гибели проданного имущества: по ст. 186, риск переходит на покупателя одновременно с переходом к нему права собственности. Следовательно, если предмет договора о продаже является индивидуально определенной вещью, то риск случайной гибели переходит на покупателя в момент совершения договора, независимо от того, произошла ли фактическая передача имущества к покупателю или нет; если же предмет договора составляют вещи, определяемые родовыми признаками, то риск случайной гибели переходит к покупателю лишь с момента передачи их покупателю.

Передача имущества покупателю означает поступление имущества в его распоряжение, которое может осуществиться не только непосредственным вручением ему имущества из рук в руки, но и другими способами перемены владения. Примерное перечисление таких способов дается в ст. 67: вручение приобретателю или сдача на почту, для отправления по указанию последнего, распорядительного документа на товар (накладной, коносамента, складочного свидетельства и т. п.) или вручения отчужденных без обязательства доставки вещей возчику для отправки их по распоряжению приобретателя, или сдача вещей на почту для пересылки их по указанию приобретателя. Характерный признак всех этих способов заключается в том, что все перечисленные в ст. 67 действия, направленные к передаче приобретателю самих вещей или документов, дающих право распоряжения ими и заменяющих собою объект договора, — производятся по указанию и распоряжению приобретателя, а не по инициативе лица, отчуждающего имущество, и без принятия последним на себя обязанности доставки. Если продавец обязался доставить проданное имущество и для выполнения этого обязательства передал это имущество или распорядительные документы не представителю адресата или по указанию последнего относительно способов пересылки, а своему представителю или способом, избранным по своему усмотрению, — то нет передачи в смысле ст. 67.

Таким образом, по нашему закону переход права собственности на проданное имущество определяется или по моменту

совершения договора купли-продажи, или по моменту передачи имущества, — в зависимости от свойства проданных предметов (заменяемых или незаменимых). Соответственно этому, разрешается вопрос, кто несет риск за гибель предмета договора и как устанавливаются юридические отношения между продавцом и покупателем при невозможности исполнения договора продажи вследствие гибели проданного имущества. Эти отношения могут выражаться следующим образом:

1) если продана вещь, определяемая индивидуальными признаками, и она случайно погибла после формального заключения договора продажи, но до передачи ее продавцом покупателю, то продавец освобождается от ответственности за неисполнение продажи (ст. 118), а покупатель, на которого падает риск (ст. 66 и 186), обязан уплатить условленную покупную цену и не вправе требовать возврата ее, если она им была уплачена продавцу;

2) если проданное имущество определяется родовыми признаками, то случайная гибель его до передачи покупателю не освобождает продавца от обязанности выполнить продажу (ст. 119 п. 1), а он обязан передать покупателю однородное имущество того же качества и количества или же при объективной невозможности доставить однородные предметы — вернуть полученную покупную цену;

3) если случайная гибель произошла после того, как проданная вещь поступила каким-либо способом в распоряжение покупателя (ст. 67), то независимо от того, определяется ли она индивидуальными или родовыми признаками, исполнение договора является законченным и отношения между сторонами ликвидируются.

Само собою разумеется, что если проданное имущество погибло не случайно, а по вине продавца или его доверенных, то наступает безусловная ответственность продавца за неисполнение договора, согласно ст. 117, или — если в момент гибели имущества право собственности на него принадлежало покупателю (ст. 66) — ответственность продавца по возмещению причиненного вреда, согласно ст. 403. К числу случаев вины относится просрочка со стороны продавца в передаче вещей или со стороны покупателя в принятии вещей (ст. 121, 122, 186).

Распределение риска случайной гибели проданного имущества, установленное законом (ст. 186), применяется лишь в случае отсутствия в договоре иного по этому предмету соглашения между сторонами; ст. 186 имеет диспозитивный, а не обязательный характер; от соглашения сторон зависит установить ответственность за исполнение договора продажи и порядок распределения риска на других условиях и основаниях, чем указанные в ст. 186.

Однородным с договором купли-продажи является договор поставки, который существенно не отличается от первого, составляя его разновидность. Так как предметом поставки обыкновенно

бывает не какое-либо определенное данное имущество, а лишь предполагаемое, с объявлением лишь рода, количества и качества предназначенных к поставке вещей, то тут переход собственности совпадает не со временем заключения договора, а с моментом его исполнения доставкой или сдачей условленных вещей, а, следовательно, до этого момента риск за случайную гибель вещей падает на поставщика.

То же самое относится к договору запродажи, который нашим Гражданским Кодексом не выделяется в особый договор и который (в отношении движимого имущества, а не, напр., строений) обыкновенно по своей сущности ничем не отличается от договора поставки.

В отношении договора подряда действует общий принцип, что до приема подряда риск при случайной гибели лежит на подрядчике, ибо он является собственником того предмета, который получается в результате его труда и материала. Если же материал доставлен ему подрядившим (заказчиком), то риск за случайную гибель этого материала падает на подрядившего, как собственника его. В этом смысле устанавливается в германском кодексе (§ 644) и во французском кодексе (ст. 1788, 1789). Также по нашему Гражд. Кодексу: риск случайной гибели предмета подряда падает на подрядчика, который не вправе требовать от заказчика вознаграждения за работу и за употребленный им материал; если же материал доставлен заказчиком, то риск случайной гибели этого материала до сдачи работы несет заказчик (ст. 232-233).

Этот же принцип применяется и в отношении договора перевозки, который обнимается родовым понятием подряда, с тою особенностью, что в нашем, как и во всех других законодательствах, установлена усиленная ответственность перевозчика до непреодолимой силы. Следовательно, риск за гибель предмета перевозки, происшедшую от непреодолимой силы, падает, по общему правилу, на собственника предмета, и только в случае гибели предмета от простого случая имеется тут отступление от общего правила, и риск падает не на собственника, а на перевозчика.

В этом смысле установлена ответственность жел. дор.: по ст. 81 и 86 Уст. жел. дор. железная дорога отвечает за утрату или порчу принятого к перевозке багажа и груза (с момента принятия к перевозке до выдачи), если не докажет, что утрата или порча произошла от непреодолимой силы, от недостатков, свойственных самому грузу, или по вине лица, имеющего право распоряжения грузом. Таким образом, „случайность“ гибели предмета договора перевозки ограничивается пределами непреодолимой силы; до этих пределов железная дорога рассматривается как виновная в гибели принятого к перевозке груза, и поэтому по общему правилу о последствиях невозможности исполнения договора по ее вине, на нее падает риск.

Наш Гражд. Кодекс не предусматривает договора поклажи, вероятно, по той причине, что составители Кодекса считали этого рода договор специальным институтом торгового права и предполагали перенести его в будущий торговый Кодекс. Отличительным признаком договора поклажи, между прочим, служит то, что предметом поклажи могут быть лишь индивидуально-определенные ценности, так как вне этого существенного условия немислимо было бы исполнение обязанностей сбережения и возврата в целости в том же виде; договор, представляющий пользование вещами и возвращение не тех самых вещей или ценностей, а равной стоимости их денежной суммы, не будет договором поклажи. Эта особенность договора поклажи в связи с существом этого договора, заключающегося именно и специально в обязанности поклажепринимателя сберечь поклажу от всяких случайностей, вызывает необходимость в установлении усиленной ответственности его за гибель предмета поклажи.

Поэтому по некоторым законодательствам поклажеприниматель освобождается от ответственности только в случае гибели вещи, происшедшей от непреодолимой силы. При гибели же вещи, происшедшей от простого случая, ответственность поклажепринимателя не устраняется, при чем поклажеприниматели, занимающиеся принятием вещей на хранение в виде промысла (товарные склады), отвечают за случайную гибель безусловно, а другие поклажеприниматели — только в том случае, если они могли спасти вверенные им на хранение вещи без значительной притом потери из собственного своего имущества. Это ограничение ответственности простого поклажепринимателя, между прочим, выражено в нашем дореволюционном проекте обязательственного права следующим образом: „поклажеприниматель отвечает за случайную гибель или повреждение вверенной ему вещи, если при общей опасности для этой вещи и для его собственной, имея возможность спасти одну из них, спас свою собственную вещь“ (ст. 395).

В виду отсутствия в нашем Кодексе постановлений о договоре поклажи, вопрос о распределении между сторонами риска за случайную гибель предмета поклажи разрешается на общих основаниях ст. 118: поклажеприниматель освобождается от ответственности за всякую случайную гибель предмета поклажи, даже происшедшую от простого случая. Усиление этой ответственности до пределов непреодолимой силы специально предусматривается лишь для складочных операций железных дорог по краткосрочному и долгосрочному хранению грузов, предназначенных к перевозке или прибывших по железным дорогам на станцию назначения (Уст. жел. дор., ст. 3, 37, 41, 86). Хотя по Уст. жел. дор. изд. 1922 г. складочная операция жел. дорог отделена от перевозочной операции и является самостоятельной с выдачей грузохозяйну особого документа (складочного свидетельства), но правила об этих железнодорожных операциях, разумеется,

не могут быть распространены на договор поклажи вообще, — в виду специального характера этих операций, постановления о которых предусматриваются специальным законом, распространительному толкованию не подлежащим. Поэтому правило ст. 81 и 86 об усиленной ответственности жел. дорог до непреодолимой силы может относиться не к поклаже вообще, а только к железнодорожной поклаже.

ПРОБЛЕМА ВОЗМЕЩЕНИЯ НЕИМУЩЕСТВЕННОГО (МОРАЛЬНОГО) ВРЕДА

1

Обязательства, возникающие из договоров (договорные) или из причинения другому вреда (деликтные) могут признаваться юридически действительными и подлежащими судебной защите только в том случае, когда у лица, в пользу которого возникло обязательство, имеется интерес в исполнении этого обязательства. Отсутствие такого интереса делает обязательство бессодержательным, юридически безразличным, потому что всякое обязательство возникает не само для себя, *an und für sich*, а для каких-нибудь хозяйственных или жизненных целей и необходимо служит какому-нибудь заслуживающему правовой охраны интересу. Поэтому там, где нет интереса, нет обязательства в гражданском смысле.

Но должен ли быть этот интерес имущественным, т. е. поддающимся имущественной оценке, материальным, или он может быть не материальным, имущественно не оцениваемым, моральным?

Тут возникают два вопроса: во-первых, может ли быть признана юридическая сила за обязательствами, предметом которых служат неимущественные действия, и, во-вторых, может ли подлежать в судебном порядке возмещению неимущественный (моральный) вред, причиненный какими-либо деликтными действиями или возникающий из неисполнения договора.

Например: можно ли признать юридически действительным договор, обязывающий соседа по квартире в известные часы не играть на рояли, чтобы не нарушать ночного покоя другой договорившейся стороны? Или можно ли признать юридическую силу за договором, по которому пассажир обязался разбудить соседа по вагону ко времени прихода поезда на определенную станцию?

Другими словами, возможен ли иск в случае неисполнения таких договоров и может ли подобный иск подлежать судебной защите?

Другой возникающий вопрос относится к последствиям нарушения неимущественного интереса — к возможности возмещения морального вреда в судебном порядке.

Лицо, обязавшееся по договору воздержаться от игры на рояли в ночное время и не исполняющее этого обязательства, причиняет соседу моральный вред, лишая его необходимого ночного спокойствия; лицо, обязавшее разбудить пассажира ко времени прихода поезда на станцию и не исполнившее обещания, причинило последнему массу неприятностей и лишений, потому что проспал нужную станцию, он должен был всю ночь валяться на другой станции в ожидании другого поезда; извозчик, нанятый к известному часу, не приехал, вследствие чего седок опоздал к поезду, и это повлекло за собою для него разные неприятные последствия; портниха, обязавшаяся к известному дню изготовить платье, не исполнила обязательства, вследствие чего заказчица не могла попасть на бал, и это заставило ее испытать горькое чувство досады и сожаления; певец, приглашенный на вечер для увеселения гостей, не явился, чем причинил гостеприимному хозяину большую неловкость перед гостями и неприятность. Таких примеров можно привести множество.

Во всех этих и других подобных случаях потерпевший от неисполнения обязательства не понес имущественного ущерба, т. е. убытка в гражданском смысле, в смысле уменьшения или уничтожения своего имущества, а подвергся лишь нравственным страданиям, различным неприятным душевным переживаниям или физическим лишениям и неудобствам.

Но как возместить причиненный в этих случаях моральный вред? Как определить его денежный эквивалент? Вообще, применимо ли гражданское удовлетворение к интересу неимущественному, соответствует ли это юридической природе гражданского права?

2

Все эти вопросы образуют трудно разрешимую проблему, круг которой в течение последних 40 - 50 лет ведется спор между выдающимися представителями цивилистической науки.

По общему гражданскому принципу, институт возмещения вреда имеет своей отправной точкой и целью — установление соответствия между размером неосуществленного или нарушенного интереса и размером денежного эквивалента. Присуждение с ответчика денежного вознаграждения должно в точности равняться количеству понесенных истцом убытков. Поэтому, предметом гражданского права предполагаются только такие интересы, которые могут быть сведены на деньги; это составляет существо имущественных отношений.

Очевидно, что применение этого принципа невозможно при нарушениях морального интереса. Когда дело идет о материальных благах, имеется объективное мерило, позволяющее эквивалировать с точностью ценность блага. Это — деньги. В случае нарушения блага, легко восстановить нарушенное при помощи денег, возместить причиненный вред денежным эквивалентом.

Но когда дело идет о моральном благе, нет исходной точки для сравнения, нет средства, позволяющего определить его ценность, так как невозможно перевести моральный интерес на денежный эквивалент. Невозможно установить даже наличие причинения морального вреда, его степень и размеры, так как такой вред не может быть доказываем судейскими средствами. Ведь свидетелем наличия причиненного морального вреда и экспертом степени его остроты и размеров его напряжения может быть только лицо, которое подверглось этим моральным переживаниям и испытало их, т. е. сам потерпевший — истец, и, следовательно, в распоряжении суда не может быть объективных доказательств по этому роду искам.

Кроме того, условием всякого права является возможность принудительного осуществления его. Но в случаях неисполнения неимущественного обязательства такого принуждения быть не может; напр., нельзя в гражданском порядке принудить соседа не играть ночью на рояли.

За отсутствием объективных критериев для оценки нарушенного неимущественного интереса, разрешение вопроса о наличии и размере причиненного морального вреда приходится всецело предоставить свободному усмотрению суда. Но это значит предоставить суду суверенную власть над этой областью спорных отношений, основывать эти правоотношения на полном произволе.

Такая власть присвоена французской и английской судебной практике, которая включает неимущественные интересы в область гражданского права и присуждает в пользу субъектов этих интересов, в случае их нарушения, денежные штрафы. Разумеется, эти штрафы не могут считаться удовлетворением потерпевшего в смысле принципа гражданского права, а являются чем-то вроде наказания с гражданским характером, т. е. институтом вполне неопределенной юридической природы.

Эти соображения приводят к тому, что частно-правовые отношения отождествляются только с областью имущественных отношений и из гражданского права исключаются все неимущественные интересы.

На этой точке зрения стояло еще римское право, которое принимало за общее правило, что предметом обязательства может быть только то, что может быть выплачено деньгами („*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia cui praestarique possunt*“). Это воззрение, принятое всеми законодательствами, nasledовавшими римское право, и также господствующей доктриной, не вызывало до последнего времени никаких возражений и сомнений. Но в новейшее время, начиная с Иеринга, в литературе выступает другое воззрение, противоположное, требующее признания юридической силы и за неимущественными обязательствами.

Указывается на то, что культурный человек имеет потребности и интересы не только материальные, но, и духовные, для

удовлетворения которых он нуждается в обеспечении благ, неизмеряемых имущественною ценностью, а имеющих интерес идеальный, и которые, с ростом культуры и усовершенствованием личности, утончаются и умножаются. Основываясь на принципе имущественного интереса, право лишается возможности удовлетворить многие запросы личности в современной жизни, касающиеся разнообразных неимущественных (моральных и духовных) интересов и требующие от государства распространения на них общих частно-правовых гарантий.

Поборниками этого движения в пользу правовой защиты неимущественного интереса и гражданского возмещения морального вреда являются некоторые из выдающихся цивилистов — на западе Иеринг, Гирке, Колер, а у нас проф. Гамбаров, и И. А. Покровский.

3

Иеринг приводит следующий пример: кто-нибудь заказывает посредством письма или телеграммы номер в гостиннице во время приготовляющихся в городе празднеств, к которым ожидается большое стечение народа. Хозяин гостинницы принимает предложенный договор, известив об этом заказчика, но затем находит для себя выгоднее сдать нанятый номер другому лицу, предложившему за него более крупное вознаграждение. Первоначальный наниматель приезжает ночью в город с детьми, не находит себе ни в одной гостиннице помещения и принужден всю ночь скитаться по городу. Признает ли судья за ним право на возмещение расходов по разъездам на извозчике в ночных поисках помещения для ночлега? Если такие расходы у него были, судья признает за ним право на их возмещение. Но немецкий судья не предоставит ему никакого вознаграждения, если он ночью не нашел извозчика и он должен был ночью по неизвестному ему городу скитаться пешком. В этом случае, скажет судья, он не потерпел никакого ущерба в своем имуществе, так как в кармане у него на утро окажутся те же деньги, какие были налицо в начале его ночных скитаний. „И такой результат, нагло попирающий всякое здоровое чувство — восклицает Иеринг — находит себе защитников! Да я пойду скорее искать защиты своего права у турецкого паши, нежели у высокоразвитого правоведения, не дающего мне здесь охраны; я готов первый выкинуть за борт все правоведение, если такая нелепость должна быть признана за право“¹.

Проф. И. Покровский не сомневается, что, напр., договор с соседними жильцами в том, чтобы они не играли после 10 часов вечера, будет признан судом достойным охраны, так как им охраняется весьма существенное благо, хотя и не имущественного порядка — благо ночного спокойствия. Но он идет дальше;

¹ Иеринг, „Цель в праве“.

он хотел бы, чтобы судом также был признан договор с соседом о том, чтобы он не играл известной пьесы, которая тяжела для меня в силу каких-нибудь воспоминаний. „Не будет ли это — спрашивает проф. Покровский — признано прихотью? „Абстрактной ценности“, „ценности с точки зрения оборота“ содержание такого договора несомненно не имеет. А между тем для меня это вопрос огромной важности, вопрос всего моего психического равновесия, и если „опекающий суд“ признает мой договор действительным, он принесет меня, живую человеческую личность, в жертву абстрактному „гражданскому человеку“, человеку „оборота“. Имеете ли вы на это право? Думаю, что истинное культурное правосознание должно ответить „нет“. Пусть жизнь моя сложилась особенно, пусть я стал чувствителен к тому, к чему равнодушны другие, — но ведь надо же жить и мне. Пусть я чудак, но я все же человек, и если право желает закончить свою задачу, оно должно признать и право чудака на существование“¹.

Проф. Покровский признает, что судебная защита неимущественного интереса может осуществиться только в форме, не имеющей практического значения (напр., в форме опубликования во всеобщее сведение судебного решения, содержащего в себе признание судом того обстоятельства, что ответчик не выполнил своей неимущественной обязанности), но пусть, говорит он, подобная защита будет несовершенной, лучше защита несовершенная, чем никакая².

Колер оправдывает принцип возмещения морального вреда следующими соображениями. „Конечно, говорит он, в основе отрицания принципа возмещения морального вреда лежит возвышенная мысль, что душевное благополучие нельзя продавать за деньги, что никакая денежная сумма не может служить эквивалентом нарушения этого благополучия. Но дело идет не о том, чтобы продавать радости жизни, честь и свободу, оценивать их на деньги, а о том, чтобы реагировать на положение, создавшееся вследствие неправомерного нарушения чьих-либо благ и вызвавшее у пострадавшего чувство нравственной боли. Необходимо принести носителю душевной раны утешение и облегчение, по крайней мере в некоторой степени компенсирующей его страдание. Из того, что эта компенсация недостаточна и не эквивалентна страданию, не следует, что надо отказаться от всякой компенсации. Мы должны делать для страдающих то, что возможно“³.

В этом же смысле мотивируют справедливость и целесообразность возмещения морального ущерба и другие защитники этого принципа. Деньги, говорят они, по своей экономической

¹ Покровский, „Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражд. права“, 1913.

² Его же, „Основ. проблемы гр. права“, 1917.

³ Kohler, „Ideal in Recht.“

природе, составляют источник жизненных благ; обладающий ими может приобрести многое из того, что облегчает и украшает жизнь в материальном и нематериальном отношениях. И следовательно, денежное вознаграждение за потерянное нематериальное благо может доставить страдающему возможность облегчить свое страдание, напр., переменить местожительство, напоминающее ему горестную потерю, или создать для себя другую обстановку деятельности и т. д., вообще, дает ему возможность вознаградить себя другими духовными благами и в этом смысле представляет для него некоторый эквивалент потерянного и некоторую компенсацию за моральные страдания. Конечно, это — слабое средство залечить моральные раны. Но что делать? Лучше какое-нибудь средство, чем ничего; законодательство не может отбрасывать это средство только потому, что оно несовершенное.

Некоторые из приверженцев принципа возмещения нематериального вреда признают, однако, что признание юридической силы за обязательствами с неимущественным интересом могло бы привести к расширению понятия „интереса“ далеко за пределы, соответствующие его юридической природе, к распространению его на такие не гражданского характера обязательства, как, например, обязательство не курить, обещание протанцовать на балу вальс и т. д. Для избежания такого необъятного расширения области гражданского права, они допускают применение принципа не по отношению ко всяким нематериальным интересам, а только к „серьезным“, „достойным охраны“ интересам („Schutzwürdiges Interesse“). Необходимо, говорят они, чтобы неимущественный интерес, который служит предметом обязательства, представлял собою общепризнаваемое благо, имел объективное значение, как ценность, для всех людей важная и потому требующая охраны; сюда относятся такие блага, как жизнь, здоровье, свобода, честь. Другие же нематериальные интересы, имеющие субъективный, относительный характер, зависящие от чисто личных особенностей и свойств субъекта, от его капризов, прихоти и настроений, — не могут подлежать охране. Так, в вышеприведенном примере с соседом, обязавшимся не играть на рояли в ночные часы, имеется налицо объективное общепризнаваемое благо, требующее охраны, — необходимое и важное для всех ночное спокойствие.

Но договор, по которому кто-либо обязал соседа не играть на рояли определенной пьесы, почему-либо неприятной для лица, выговорившего это условие, — не может иметь юридической силы, потому что тут предметом обязательства служит интерес личный, субъективный и потому не заслуживающий охраны.

Seng¹ разделяет нарушения благ на три рода: нарушения имущественных благ, нарушения благ неимущественных, на которых покоится наше материальное пользование жизнью,

¹ Seng, „Archiv für Bürg. Recht.“

и нарушения неимущественных благ идеального характера. Первую группу составляет обширная область имущественных отношений, входящих в сферу применения гражданского права. Ко второй группе относятся телесные повреждения, болезни, обезображивание лица и тела, лишение органа чувств, потеря родителей жены, детей, лишение возможности свободного пользования личными или имущественными правами; неимущественный вред, причиненный и этим нарушениями, может подлежать возмещению в виде денежного вознаграждения. К третьей категории относятся: нарушения чести, обольщение, двоеженство и двуличие, потеря любви или дружбы, посягательство на семейный очаг и т. п.; эти нарушения гражданскому возмещению не подлежат, а влекут за собой только уголовное наказание.

4

Теория вознаграждения за моральный вред проникнута тенденцией цивилистического, если можно так выразиться, модернизма. Эта тенденция стремится — душевные переживания и страдания, т. е. то, что индивидуально, субъективно и интимно, что не может быть взвешено, исчислено и измерено расценивать и эквивалировать на деньги; она желает точное объективное гражданское правосудие, каким оно должно быть, превратить в арену состязаний об оскорбленных чувствах и раздраженных самолюбиях и на судей возлагать обязанность соразмерять сумму денежного вознаграждения с глубиной переживаний в чужой душе.

Возникновение этой доктрины, имеющей некоторый успех в западно-европейской литературе и получившей в весьма ограниченном виде выражение в новейших гражданских кодексах и в судебной практике, преимущественно французской, объясняется сознанием бессилия современного гражданского права, не могущего обнять все виды возможного в жизни нарушенного интереса, и также идеалистическим стремлением сделать из гражданского права источник всемиротворяющей компенсации, всеуравнивающей справедливости. При этом осуществление этого стремления приходится возложить на свободное судебское усмотрение, так как невозможно, за отсутствием определенных твердых критериев, в нормах гражданского закона зафиксировать признаки всеуравнивающей справедливости в многообразной области нарушений чужого интереса.

Но судебское усмотрение не может заменить закон. Как ни важен и плодотворен выдвигаемый новейшей юриспруденцией принцип свободного судебного усмотрения (теория „свободного права“), но он не должен переходить границы, за которыми он становится на место закона. Правопорядок должен покоиться на объективных твердых нормах закона, который не может уступить свое место, для какой-либо области правоотношений, всецело

судейскому усмотрению, по самому существу своему субъективному и случайному. В особенности, эта субъективность и случайность судебного усмотрения не может не проявляться в отношении такого растяжимого понятия, как „моральный вред“, и в области таких тонких и щекотливых взаимоотношений, как обязательства с нематериальным интересом.

Право имеет своей задачей охранять все блага, необходимые для существования личности: его роль — в случае нарушения какого-либо правоохраняемого интереса, восстановить его. Для этого оно имеет в своем распоряжении два средства: уголовное наказание и гражданское удовлетворение. Эти средства различны по своей юридической природе и по способам, которыми они приводятся в действие. Гражданский суд не имеет тех средств охраны, какими располагает уголовный суд или полиция, — он не имеет ни меча, ни тюрьмы, располагая только приговором, выражаемым в деньгах. Поэтому уголовный суд и полиция могут включить в сферу своей охраны всякие человеческие блага — имущественные и неимущественные, а гражданский суд может принять под свою защиту только такие интересы, которые поддаются учету посредством объективных способов измерения, исчисления и взвешивания и возмещению посредством денежного эквивалента, т. е. только имущественные интересы.

Неимущественный интерес может быть предметом гражданского права лишь постольку, поскольку он связан для потерпевшего с последствием имущественного характера, и поэтому может получить судебную защиту путем денежного вознаграждения, соразмерного этим последствиям.

Напр., в случае беспокойства, причиняемого ночью игрою соседа на рояли вопреки обязательству: если я принужден вследствие этого переменить квартиру, я, конечно, имею право на возмещение расходов, связанных с этой переменной квартиры. Или если неимущественное обязательство обеспечено неустойкой, то, разумеется, имеется право на взыскание этой неустойки, являющейся в данном случае возмещением морального вреда.

Иеринг возмущается, что моральные страдания и неприятные переживания, причиняемые неисполнением обязательства, в настоящее время остаются без возмещения. Но, ведь, и неисполнение обязательств с имущественным интересом часто в жизни связано для контрагента с нравственными страданиями и нематериальным вредом. Даже простая неуплата денег в срок по векселю может при известных условиях причинить большие душевные страдания кредитору, расчитывавшему на эти деньги и лишившемуся, вследствие неполучения их в срок, возможности, напр., устроить свою больную жену или ребенка в санатории или на даче. Однако, кроме удовлетворения по требованию об уплате вексельного долга никакого другого удовлетворения кредитор требовать не может. Гражданское право не может взять под свою защиту всевозможные интересы, которыми наполняется

существование человека, а может включить в круг своего ведения только такие интересы, которые могут быть судебными средствами точно оценены, восстановлены или возмещены денежным эквивалентом.

Таким образом, идея распространения гражданского порядка возмещения вреда и на область неимущественных интересов представляется неприемлемой, как несоответствующая юридической природе частно-правовых отношений. Также не может быть принято среднее компромиссное решение вопроса, которое признает одни неимущественные интересы подлежащими охране, другие неподлежащими. Это деление вполне неопределенно: каким критерием должен руководствоваться судья для определения, имеется ли в каждом конкретном случае „достойный охраны“ интерес или такой интерес не имеется? Кроме того, и принципиально такое различие неимущественных интересов несостоятельно. Если, вообще, допускать защиту неимущественных интересов, то почему делать различие между ними и на одни из них распространять и на другие не распространять защиту — в зависимости от неопределенного признака „общепризнаваемости и общезначимости“ интереса. Ведь всякий интерес, несомненно, имеет важное значение для того, кто считал нужным обеспечить его осуществление посредством договорного обязательства, и нет оснований оценивать этот интерес не с точки зрения лица заинтересованного в его охране, а с какой-то посторонней точки зрения.

Если в некоторых исключительных случаях и в весьма ограниченных отношениях и возможна некоторая компенсация морального вреда, то эти случаи не могут оправдывать самое построение этой доктрины, которая в применении к практике может не возвысить и углубить гражданское право, а привести эту дисциплину к полному искажению.

Защитники теории о моральном вреде должны были бы приурочить свою доктрину не к гражданскому, а к уголовному праву. Там она может найти себе надлежащее место и привести к плодотворному расширению защиты личности во всех её моральных интересах и правах.

5

Большинство законодательств стоят на точке зрения правила, не допускающего возмещение неимущественного вреда.

Германское уложение в § 253 прямо устанавливает, как общее правило, что возмещение неимущественного вреда в виде денежного вознаграждения допускается, как исключение, только в случаях, законом предусмотренных. При обсуждении проекта уложения в рейхстаге, было предложено исключить § 253, как излишний, так как само собою разумеется, что неимущественный вред не может быть предметом требования об удовлетворении. Но рейхстаг, напротив, считал необходимым подчеркнуть этот принцип в законе — в противовес замечающемуся течению в пользу противо-

положного принципа. При этом мотивы объясняют принцип § 253 следующими соображениями; поставить нематериальные блага на одну линию с материальными благами и возмещать моральный вред денежной суммой — противоречит господствующим в народе воззрениям, и гражданский суд не должен идти против таких воззрений, вводя противоположный принцип; введение такого принципа принесло бы выгоду только самым худшим элементам населения, которые воспользовались бы им, чтобы, под видом исков о возмещении морального вреда, осуществлять всякого рода шиканы и шантаж¹.

Случаи, в которых, в виде исключения, допускается вознаграждение за нематериальный вред, предусматриваются в § 847 и относятся исключительно к области деликтных нарушений. Именно, потерпевший имеет право на получение вознаграждения за неимущественный вред от телесного повреждения или повреждения здоровья от лишения свободы и от посягательства на женскую честь. Но и в этих случаях, по мнению некоторых комментаторов (Oertmann, v. Liszt), возмещение относится не к чисто моральному психическому вреду, как, напр., душевная боль, чувство сожаления, досады и т. д., а к физическим страданиям, которые связаны с расстройством здоровья, причиненным телесным повреждением или лишением свободы или посягательством на честь женщины².

Вознаграждение за неимущественный вред имеет место также как дополнение к уголовному наказанию за обиду, за клевету, за некоторые нарушения авторского права, в виде частного штрафа (Busse) в пользу потерпевшего.

Также Швейцарское улож. допускает требование о денежном вознаграждении за неимущественный вред только в случаях, законом предусмотренных (ст. 28). Такое удовлетворение суд может дать потерпевшему или его близким в случае убийства или телесного повреждения (Обязат. право, ст. 47) и также во всех случаях, когда кто-либо окажется потерпевшим в „своих личных отношениях“ (in seinen persönlichen Verhältnissen), если по усмотрению суда это оправдывается особенною тяжестью нарушения и вреда (там же, ст. 49).

Принцип возмещения морального вреда получил наиболее широкое применение во Франции и в Англии, при чем это применение не основано на прямом указании закона, а проводится судебной практикой в порядке толкования закона.

Ст. 1382 и 1383 code civil возлагают обязанность возмещения вреда, причиненного по чьей-либо вине. Франц. судебная практика толкует правило этих статей в том смысле, что оно

¹ Protokolle См. Muqdan, „Die gesammten Materialien zum qürg. Gesetzbuch.

² В правиле § 847 усматривается воспроизведение существовавшего в старо-германском праве института Schmerzensgeld (pecunia doloris) — денежной суммы, которую причинивший вред должен был уплатить потерпевшему за перенесенные им физические страдания.

обнимает всякого рода вред — имущественный и неимущественный. Также комментаторы франц. кодекса считают, что по смыслу этих статей не делается различия между благами человека: все блага подлежат охране. Разве, говорит Лоран, наше счастье и чувство не суть наиболее важные блага, наиболее необходимые для нашего существования? Правда, причиненный моральный вред не может быть восстановлен, не может быть точно оценен. Но из этого, по мнению Лорана, не следует, что закон должен его игнорировать.

В этом смысле имеется множество решений французских судов, в которых под понятие морального вреда, подлежащего возмещению, на основании ст. 1382 и 1383 Кодекса Наполеона, подводятся нарушения всевозможных нематериальных интересов. Сюда относятся нарушения, обнимаемые понятием диффамации, нарушения спокойствия, отдыха, пиетета в отношении мертвых, домашнего очага и его интимитета, посягательства на свободу личную, политическую, религиозную и т. д. Все эти нарушения дают основание потерпевшему требовать по суду в порядке гражданского вознаграждения за причиненные ему этими нарушениями моральные страдания и неприятные переживания. Французские суды, склонные к широкому применению принципа возмещения морального вреда, доводят эту практику до такого абсурда, что предоставляют мужу, оскорбленному неверностью жены, искать денежного вознаграждения с соблазителя в случае доказанного прелюбодеяния, или даже, с лица, виновного лишь в том, что своим ухаживанием скомпрометировал доброе имя жены и тем причинил нравственный вред ее семье.

Еще шире применяется такая практика в Англии.

Нашему Гражданскому Кодексу принцип возмещения неимущественного (морального) вреда чужд. Ст. 410 определяет порядок возмещения вреда: оно должно состоять в восстановлении прежнего состояния, а поскольку такое восстановление невозможно — в возмещении причиненных убытков. Определение понятия убытков дается в ст. 117, по которой под убытком разумеется как положительный ущерб в имуществе, так и упущенная выгода, возможная при обычных условиях оборота.

Из смысла указанных статей вытекает, что наш закон принимает под свою защиту только имущественный интерес — и не признает подлежащим возмещению нематериальный вред, т. е. такой, который не состоит в имущественных убытках и не выражается в уменьшении или уничтожении имущества потерпевшего. Хотя закон в ст. 403 говорит не только о вреде, причиненном имуществу, но также о вреде, причиненном личности, т. е. о вреде, относящемся к телесной или психической стороне личности, но и такой личный вред нельзя понимать как нематериальный. Объединение в нашем законе обоих видов вреда (обычно обозначаемых двумя терминами — вред и убытки) одним общим термином „вред“ объясняется тем, что и личный вред по своим

последствиям для потерпевшего сводится, в смысле гражданской ответственности, к имущественному вреду — к уменьшению или уничтожению трудоспособности потерпевшего, служащей источником и условием материального существования его и его семьи.

О неимущественном интересе в нашем Гражд. Кодексе упоминается только в одном случае, именно в ст. 142, согласно которой суд при вопросе об уменьшении суммы неустойки должен принять во внимание не только имущественный, но и всякий иной, заслуживающий уважения, интерес кредитора, следовательно, и неимущественный, но и тут закон не имеет в виду чисто моральный интерес, как это понимается в западных законодательствах, а лишь стремится дать суду простор для свободного усмотрения, предоставляя ему возможность при оценке обстоятельств дела учитывать все жизненное разнообразие интересов.

ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПРАВА

Объектом гражданского права служит, вообще, имущество, т. е. то, что можно иметь в своем обладании и что представляет экономическую ценность, удовлетворяя известным потребностям и интересам человека. Понятие имущества обнимает собою предметы внешнего мира, вещи, в их материальной осязаемой форме. Отсюда правоотношения, возникающие из обладания имуществом, называются вещными правами.

Но современные условия культурной и экономической жизни вызвали ряд отношений, имеющих своим объектом блага не вещественные, интересы нематериальные, которые, однако, имеют весьма важное значение для индивидуальной личности человека и также во многих случаях большую экономическую ценность на арене промышленной и торговой деятельности человека. Эти новые правовые блага, по меткому выражению Дербурга, „стучатся в наши дни у дверей права, требуя себе признания“.

Понятие личности расширяется с развитием культуры. У примитивного человека личность ограничивается только пределами его физического и материального существования. Он нуждается только в охране элементарных прав на свою жизнь, на телесную неприкосновенность, на материальную собственность. С усложнением жизни и развитием человеческого духа, область прав личности („*Persönlichkeitsrechte*“ — по терминологии германского права) переходит за пределы физических и имущественных интересов и обнимает чисто духовные интересы, в их числе такие, которые касаются самых утонченных свойств и особенностей психической личности, составляющих самую интимную сущность ее индивидуальности.

Отсюда тенденция новейших течений права — обнять своей охраной все виды проявления индивидуальной личности, даже такие нереальные и нематериальные интересы и права ее,

которые не поддаются объективному учету, как, например, право автора на содержание и форму произведений его творчества в области науки, литературы и искусства, право изобретателя на продукты его изобретательской мысли, право на свое имя, на свое изображение в фотографии и живописи и на кинематографической ленте, а также на другие виды личного или семейного интимитета, которые могут подвергаться нарушениям (напр., путем изображения кого-либо в романе или на сцене посредством гримма и т. п.), право на тайну частных писем, на профессиональную тайну и т. д. Новейший из гражданских кодексов — Швейцарское гражд. уложение в ст. 28 устанавливает право иска для всякого, чьи „личные отношения“ („persönliche Verhältnisse“) будут нарушены, при чем под этим общим выражением, как объясняют комментаторы, обнимается вообще защита личности („Schütz der Persönlichkeit“) во всех возможных проявлениях ее индивидуальности, — в предвидении законодателя, что эта область личных прав будет все более и более увеличиваться и расширяться и вовлекать в себя новые, ныне еще не предугадываемые, потребности и интересы индивидуальной личности.

Другая группа неимущественных благ и нематериальных интересов вызывается новейшими условиями торгово-промышленной жизни, — в связи с чрезвычайно разившейся техникой производства, с крайним обострением конкуренции, с расширением потребностей и уточнением вкусов потребителей и создавшимися, вследствие всего этого, новыми методами торгового оборота и новыми чертами торгово-промышленного быта.

Эти нематериальные интересы и неосязаемые блага составляют в массе своей, участвуя в производстве и в гражданском обороте, неимущественный капитал, который требует такой же охраны, как и вещественный капитал, потому что для создания его требуется также много труда, уменья и затрат, как и для создания материальных благ, и, следовательно, обладатель его, как и обладатель вещественного капитала, имеет интерес в исключительном пользовании им, в охране его от посягательства других лиц.

Общим образом можно определить этот неимущественный капитал, как особенную связь данного предприятия или предпринимателя с потребителями и клиентами. Эта связь удерживается употреблением в торговом быту разнообразных средств для индивидуализации товаров и для приобретения торгово-промышленной известности: фирм, марок (товарных знаков), вывесок, этикеток, бандеролей, проспектов, реклам и т. п. Все эти знаки важны для оборота тем, что служат для потребителя показателем качеств и свойств товаров или услуг, ему доставляемых. Иметь фирму, значит обладать известным кругом постоянных клиентов, известными шансами на доверие их к предприятию и его продуктам, находиться, вследствие этого, в исключительных условиях спроса на рынке и т. д.

Экономическое значение марки (товарного знака), которую Rouillet называет „флагом товара“, заключается в том, что потребитель связывает с маркой представление о качестве товара, и таким образом марка служит средством индивидуализации товара в ряду товаров других конкурирующих предприятий. Также имеют экономическое значение фабричные рисунки и модели, по которым изготавливаются товары данного предприятия, так как они создают ему возможность рассчитывать на хороший сбыт среди потребителей, которым нравятся эти рисунки и модели. Ясно поэтому, что предприниматель имеет интерес в исключительном пользовании фирмой или маркой или рисунками и моделями и в преследовании всякого посягательства на эти права его со стороны конкурентов. То же самое относится и к другим торгово-промышленным знакам.

Сущность всех этих указанных нематериальных интересов заключается в том, что они возникают из известного рода личных свойств и действий человека, результат которых создает ему или нравственное духовное удовлетворение (известность, славу авторства), или известные экономические преимущества в его торгово-промышленной деятельности (репутацию фирмы, устойчивость клиентеллы и т. д.).

Все эти права — права авторские и права промышленные — носят название исключительных прав. Название это присвоено этим правам потому, что охрана их в современном праве сводится к предоставлению управомоченному исключительной привилегии или монополии производить известные действия, доставляющие ему выгоду, или извлекать выгоду из продуктов его творчества, с воспрещением всем другим производить эти действия или извлекать выгоду из этих продуктов творчества. Таким образом, как вещное право дает управомоченному право пользоваться материальными вещами, с устранением всех других от пользования этими вещами так и исключительные права предоставляют нематериальные блага в пользование одному лицу, уполномоченному на то законом, с устранением всех прочих, на то не уполномоченных. Но между вещными и исключительными правами имеется существенное различие, относящееся как к характеру объекта правовой охраны, так и к основаниям, способам и пределам этой охраны.

Из отдельных видов исключительных прав мы остановимся с наибольшей подробностью на авторском праве, так как в этом институте охрана духовной стороны человеческой личности получила наиболее широкое применение. Через аналогичный с авторским правом процесс развития прошли и исключительные права промышленного характера, как право на изобретение (патентное право), право на художественно-промышленные произведения (промышленные рисунки и модели), право на имя (фирму), право на добросовестную конкуренцию. Порядок охраны этих исключительных промышленных прав установлен

в законодательствах на иных основаниях и в иных пределах, чем охрана авторских прав. Это объясняется различным назначением результатов творчества в области тех и других прав. Как указывает известный исследователь Pouillet (*Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrique*, 1911), „произведения интеллекта должны логически найти свою защиту в двух единичных законах: одном, относящемся к изобретениям, если они доставляют непосредственную пользу и дают результат промышленный, и другом, защищающем произведения литературы и искусства, если они имеют целью искание идеи, формы гармонии и красоты“.

I. АВТОРСКОЕ ПРАВО

1

Понятие авторского права распространяется на произведения духовного творчества тройного рода: на произведения литературы, на произведения музыки и на произведения художества. Наиболее раннее развитие и признание в положительных законодательствах получило право на литературные произведения или так называемое право литературной собственности. Лишь впоследствии, по аналогии с литературной собственностью, были установлены в законодательствах правила, охраняющие право композиторов и художников на их произведения.

„Литературную собственность“ принято было называть принадлежащее автору исключительное право воспроизведения и продажи своих произведений. Право это, имеющее сходственные черты с правом собственности в общем смысле, вошло во многие законодательства, как один из видов собственности, и утвердило за собою сообщенный ему французскими юристами конца XVIII столетия термин „*propriété littéraire*“. Новейшие законодательства избегают выражения „собственность“ по отношению к произведениям творчества и называют право авторов на их произведения „авторским правом“ (*Urheberrecht, droit d'auteur, copyright*), наполняя это право самостоятельным содержанием и определяя его как исключительное право автора размножить свое произведение всеми возможными способами. То или другое определение авторского права имеет своим основанием различные научные теории, оказывавшие, как это будет видно из последующего изложения, весьма большое влияние на юридическую конструкцию этого института.

Авторское право, имея в виду защиту личных и имущественных интересов авторов, принадлежит к числу категорий частно-гражданских прав. Но, вместе с тем, авторское право сопрягается с областью публичного права, так как оно затрагивает самые важные интересы общества — его духовные интересы. Этим объясняется огромный интерес, выпавший на долю этого

института в научной литературе — не только юридической, но и философской — и вызывавший обширные дебаты в законодательных собраниях и международных литературных конгрессах. Благодаря этому же двойственному характеру институту авторского права, юридическая конструкция его представляет до сих пор предмет спора для ученых и считается далеко не выясненной в науке права.

2

Авторское право — понятие новейшего времени, продукт новейших технических, экономических и культурно-общественных условий жизни.

Древнему миру было совершенно чуждо это понятие. Воззрения древних на авторский труд носили идеальный характер и исключали всякие представления о каком-либо материальном вознаграждении за эстетическое удовольствие, доставляемое произведениями литературы и искусства. Вознаграждением для авторов служили — венок, слава, бессмертие. Гомер обходил греческие страны и пел свои божественные песни о подвигах богов и героев-полубогов, получая лишь гостеприимный прием. Пиндару, возбуждавшему своими песнями воинственный экстаз греческих воинов, было чуждо представление о гонораре за свой патриотический подвиг. Сократ учил истинно по внутреннему влечению и не требовал от своих слушателей никакого вознаграждения за свои лекции по логике и философии. Даже афинский театр не служил местом развлечения, а был религиозным учреждением, в котором рядом с представлениями трагедий Эсхила, Эврипида и Софокла совершались торжественные обряды в честь Дионисия.

В римской жизни литература достигла значительной степени развития и являются даже зачатки книжной торговли. Но и для римлян понятие литературной собственности в его современном смысле не могло иметь место. В их время письменный способ передачи мыслей был крайне несовершенен, произведения литературы могли только переписываться на пергаменте или папирусе, при помощи ручного труда переписчиков, и такая переписка отдельных экземпляров была сопряжена с громадной тратой времени, труда и материальных средств, вследствие чего каждый экземпляр сочинения (манускрипт) был очень дорог и доступен только людям с значительным состоянием. Римские писатели для обеспечения своего существования должны были искать покровительства меценатов и, по словам Моммсена, „наряду с поваром, красивым мальчиком, фокусником, в толпе греческих прислужников, которыми окружал себя знатный римлянин, выдающуюся роль играли и философ, поэт, составитель мемуаров“. Некоторые знатные римляне, как рассказывает Сенека, окружали себя рабами, из которых каждый знал наизусть все произведения какого-нибудь поэта, так что по приказанию

своего господина они говорили пред ним те или другие отрывки из произведений поэтов. При необходимости затратить труд и время на изготовление, путем переписки, каждого отдельного экземпляра сочинения представлялось вполне естественным, что всякий пользовался полной свободой переписывать какую угодно рукопись, и с точки зрения римского правосознания являлось бы в высшей степени странным запрещение переписки всякому другому, кроме одного, уполномоченного на то автором. Поэтому римскому праву было совершенно чуждо понятие литературной собственности, и в наследии, доставшемся от римлян позднейшей юриспруденции, не имеется на этот счет никаких следов. В римском правосознании существовала не литературная собственность, а собственность на каждый отдельный экземпляр литературного произведения, на манускрипт, как на телесную вещь, имеющую ценность в своем качестве вещи, а не своего умственного содержания.

Еще менее были благоприятны условия воспроизведения и распространения книг в средние века. Переписка книг сосредоточивалась исключительно в монастырях и производилась монахами, заменившими прежних даровых переписчиков-рабов. Во всех больших монастырях имелось особое отделение — *Scriptorium* — для переписки книг. Оригинал из рук автора переходил к монахам-переписчикам. Нередко текст книги диктовался сразу нескольким переписчикам. Так как переписчики были часто люди малограмотные, то они делали много ошибок и даже иногда искажали самый смысл текста. На изготовление одного таким образом переписанного экземпляра сочинения требовалось много усидчивого труда и довольно продолжительного времени, нередко более года, вследствие чего цены этих рукописных сочинений были крайне высокие. Сохранилось много рассказов, свидетельствующих о баснословной дороговизне книг в средние века. Библиотеками могли обзаводиться лишь самые богатые, коронованные особы. Библиотеки, состоявшие из ста названий, считались весьма богатыми и составляли огромнейшее состояние. Laboureur в своей „Histoire de Charles VI“ (Paris. 1663) дает список книг весьма богатой по тому времени библиотеки, принадлежавшей французскому принцу крови, герцогу Иоанну де Бери. Вся она состояла из 84 томов, в том числе библия на французском языке, стоившая 400 ливров, библия на латинском языке, стоимостью в 735 ливров, экземпляр сочинения Тита Ливия в 135 ливров, книга под заглавием „Les grandes Chroniques de Burques“ в 80 ливров, книга Джованни Бокаччио „О благородных мужчинах и женщинах“ в 80 ливров и т. д. При этом Лабуер прилагает, что герцог этот весьма любил книги, которые в то время были так редки, что их ставили в ряду драгоценностей. Людовик XI, желая приобрести для себя список с манускрипта арабского писателя Розеса, которым обладал медицинский факультет парижского университета, отдал последнему

в залог манускрипта всю свою серебряную посуду. В духовных завещаниях того времени особенно важное место занимали распоряжения относительно оставшихся книг. Книги давались в приданое, и невесты, за которыми числилась библиотека из нескольких десятков книг, считались весьма богатыми. Обычно книги прикреплялись к столу железными цепями и оберегались как сокровище¹.

При глубоком невежестве и грубости нравов в средние века спрос на книги был крайне ничтожен, а литература выражалась, главным образом, в изустных песнях, которые певцы (трубадуры, минезингеры, минестрели и др.) распевали, переходя из одного замка в другой. Этими песнями удовлетворялись умственные потребности средневековой публики. Чтение же книг было доступно только немногочисленному классу духовных лиц и ученых, которые были далеки от мысли удерживать за собою, в качестве авторов, исключительное право воспроизведения своих сочинений, а, напротив, были очень рады, если кто-либо брал на себя труд переписки и тем содействовал распространению их сочинений.

3

Идея о праве авторов на их произведения впервые возникает лишь с изобретением книгопечатания, — с развитием типографского искусства, когда сделалось возможным одновременное снятие многочисленных копий с одной и той же рукописи, при неизмеримом, сравнительно с прежним способом переписывания рукописей, сокращении труда и материальных средств. Приобретение книги, благодаря этому, сделалось доступным по своей дешевизне всем, и книга стала предметом торговли, получив рыночную ценность, подобно всяким другим предметам производства.

Благодаря удивительному изобретению Гутенберга, создалась новая отрасль промышленности и возник новый источник дохода а, вместе с тем, явились новые имущественные интересы, нуждавшиеся в правовом освещении. Само по себе возникновение новой отрасли промышленности и связанных с ней имущественных интересов не представляло бы ничего экстраординарного в смысле правового явления. Человечество безостановочно прогрессирует, все более и более раздвигая пределы господства над природой и непрерывно расширяя круг завоеваний в материальном мире. И право, группируя явления гражданского быта, принимаемые им под свою охрану, по общим их признакам, обладает достаточной эластичностью, чтобы каждое вновь возникающее явление могло быть подведено под тот или другой тип уже установленных юридических правовых отношений, без надобности, на каждый раз, в особом акте законодательного нормирования.

¹ Табашников, „Литературная собственность“, стр. 179.

Но сфера имущественных интересов, вызванных возникшей вновь отраслью промышленности — книжной, представляла одну особенность, благодаря которой это новое явление оставалось вне действия положительных норм. Именно возникший новый продукт — экземпляр произведения литературы, книга, — кроме своей ценности в качестве вещи, имеет еще другую экономическую ценность в качестве источника обогащения посредством дальнейшего размножения его в однородных копиях и распространения в продаже. Конкретно эта особенность выразилась в следующем. Первые издатели, предпринимавшие какое-нибудь издание, должны были, разумеется, затрачивать расходы на приобретение рукописи, на сличение с другими рукописями, на исправление ошибок и т. д., рассчитывая возместить все свои расходы сбытом книги. На деле же оказывалось, что, выпустивши в свет книгу, они вскоре встречали убыточную для себя конкуренцию в лице других издателей которые, пользуясь отпечатанным экземпляром, перепечатывали его, не затрачивая никаких предварительных расходов, какие имели первые издатели, и продавали книгу по цене более дешевой, убивая таким образом первое издание.

Несправедливость такого порядка вещей живо чувствовалась тогдашним обществом, в среде которого раздаются постоянные жалобы на контрафакторов и упреки в их бесчестности. Так, Лютер, Эразм Роттердамский и другие горько жалуются на контрафакторов, осыпая их упреками и называя их ворами. Но как ни чувствовалась несправедливость контрафакции и вред, приносимый ею частному интересу, — юридическая защита нарушаемых интересов была совершенно невозможна, потому что нельзя было это явление ни юридически конструировать, ни найти для него место в какой-нибудь норме действовавшего гражданского или уголовного законодательства, которому было чуждо понятие контрафакции. Попытки тогдашних ученых мотивировать неправомерность контрафакции ограничивались лишь указаниями на ее несоответствие требованиям естественного права и справедливости и не шли дальше этих соображений, которые, конечно, не могли иметь никаких практических результатов, в смысле прекращения контрафакции. Получился, таким образом, вновь возникший нарушаемый интерес, и требовалось вмешательство законодательной власти для его охраны. Это и был первый момент будущего гражданского института, зародившегося, как всегда, в праве, на почве борьбы противоположных интересов.

Издатели для защиты своих интересов стали обращаться к заступничеству правительственной власти. Но для издания соответственной законодательной меры о контрафакции не было еще тогда правосознанием выработано научной формулы юридических оснований авторского права, и заступничество власти, на первых порах, выразилась в том, что правительствами выдавались отдельные привилегии издателям, ходатайствовавшим о том пред правительством. Привилегии выдавались отдельно на каждый

случай, печатались на первой странице книги и заключали в себе дарование исключительного права на печатание издания указанному издателю и запрещение всем другим его перепечатывать¹. Древнейшая из привилегий была выдана Венецианской республикой 3 января 1491 г. юристу Петру Равенскому, магистру канонического права, по поводу его сочинения „Phoenix“. Приводим содержание этой привилегии, так как в ней очень характерно выразились представления того времени о литературной собственности. Она гласила следующее:

„Явившийся к светлейшему вождю и в славные наши владения знатный юрисконсульт по имени Петр из Равенны, читающий каноническое право, почтительно заявил, что в течение всей своей жизни употребил весьма много старания и труда... почему смиренно просил, дабы запрещено было другим собирать плоды его трудов и бессонных ночей. Признавая справедливость и пристойность этой просьбы... повелевается, чтобы никто не осмеливался в городе Венеции и во всех подвластных нам славных владениях печатать или продавать напечатанные экземпляры сказанного сочинения, озаглавленного „Phoenix“ под страхом конфискации этих экземпляров и уплаты двадцати пяти ливров за каждый из них. Тому же наказанию подлежат и те, кои станут продавать в вышеозначенных славных владениях те же книги, напечатанные в других местах, исключая только того типографа, которому вышеказанный доктор это разрешит“.

Таким образом, привилегия, даруемая правительством издателям, была первоначальной формой защиты интересов первых издателей, а вместе с ними и авторов, получавших от них гонорар и заинтересованных в успехе предпринимаемых первыми изданиями. Впоследствии эти привилегии получили другое значение: выдача привилегии на исключительное печатание сочинения из акта милости, оказываемой издателям или авторам, превратилась в орудие цензуры в руках правительства, которые с целью контроля над произведениями литературы и для предупреждения возможности распространения негодных сочинений установили общее правило печатания книг не иначе, как по предварительной выданной привилегии. Таким образом, понятие „привилегии“ заменилось понятием „лицензии“. Для обеспечения цензурного контроля, во Франции привилегии, выдача которых была отнята у парламентов и сосредоточилась в руках короля, выдавались под условием, что книги будут печататься только в Париже и, кроме того, начиная с XVI ст., было ограничено число лиц, которым разрешалось право печатания; для этого были учреждены

¹ Привилегии давались на издания не только новых книг, но и древних писателей, библии, законов и т. п. Таким образом, они первоначально имели в виду защищать не автора, как собственника умственного произведения, а того, кто затратил средства на печатание, от конкуренции других издателей. Поэтому первые привилегии были выдаваемы типографикам, и лишь потом самим авторам или издателям, как их правопреемникам.

корпорации издателей и книгопродавцев, на которые возлагались заботы о благонадежности печатаемого. То же самое в Англии, где была учреждена корпорация издателей, известная и ныне под именем Stationers Company. Напечатание книги без разрешения корпорации влекло за собой наказание. Благодаря этой корпорационной организации печатного дела и монопольным правам издателей, создалось для авторов крайне невыгодное положение, которыми издатели пользовались для эксплуатации авторского труда. Это вызывало постоянные протесты со стороны тружеников пера, которые, отстаивая свои интересы, опирались на идею о естественных правах авторов, независимых от привилегий, выдаваемых издателям. Во Франции эта идея разрабатывалась благодаря возникшему процессу провинциальными и парижскими книгопродавцами, ослаблявшими между собою свободу печатания книг по прекращении срока выданных на них привилегий. Также в Англии эта идея получает признание в двух парламентских актах 1643 и 1662 гг., требовавших от членов корпорации Stationers доказательств о согласии автора на печатание его сочинения. Тут еще не было защиты, предоставленной непосредственно самому автору, а только защита издателей, но уже тогда эта защита рассматривалась как защита естественного права, вытекающего из принципа справедливости, и поэтому всякие споры об этом праве подлежали разрешению в Equity - Courts. Один парламентский акт 1710 г. означен весьма характерным в этом отношении заглавием: „Act of encouragement of instruction“, т. е. закон о споспешествовании просвещению. Парламент исходил из той точки зрения, что, защищая произведение литературы против перепечаток, он этим оказывает содействие литературе¹.

Дальнейшее развитие понятия авторского права определяется с внешней стороны, переходом от защиты в виде привилегии к защите в виде закона, с распространением этой защиты и на другие, кроме литературы, виды творчества, а с внутренней стороны — расширением области защиты, именно, переходом от защиты предмета творчества к защите самого творчества и от защиты интереса распространителя к защите интересов автора. Вместе с тем, самое понятие авторского права расширяется, получая характер не только имущественного права, но и личного права, т. е. имеющего целью охранять также личность автора, его чисто литературные и художественные интересы.

Указанный путь своего развития институт авторского права проходит весьма медленно. Честь первого конструирования этого института принадлежит Франции, в которой изданным во время конвента первой республики законом 19 июня 1793 г. впервые было дано авторскому праву общезаконодательное выражение. На основе этого закона в Code penal была признана контрафакция наказуемым преступным деянием.

¹ См. Aloys von Orelli, „Der internationale Schutz des Urheberrechts“, стр. 12.

В германских государствах первым законом об авторском праве был прусский закон 11 июня 1837 г., выработанный знаменитым юристом Савиньи. Такие же законы были изданы в ближайшие годы в других государствах германского союза.

Начиная со второй половины XIV столетия, по мере развития книжной торговли и издательского дела, и законодательства других культурных стран признают необходимым включить в свои гражданские и уголовные кодексы законоположения о неправомерности нарушения авторских прав, образовавшие в своем дальнейшем развитии ныне действующие законы об авторском праве.

4

История постепенного развития института авторского права в положительных законодательствах идет рядом с научным анализом того, что называется правом авторов на их творение, — выяснением юридической природы авторского права, места, принадлежащего ему в общей системе права, оснований, объекта и содержания этого права, влекущего за собою неправомерность контрафакции. Необходимо было выяснить и обосновать все эти вопросы прежде, чем построить юридический институт на том месте, на котором обычаем и правосознанием ничего раньше не было заложено. И вот со стороны материально заинтересованного в этом вопросе сословия писателей и издателей, а также и ученых юристов и философов усердно ищется формула этого вновь народившегося права, и нет числа учениям, теориям и воззрениям, выставленным по этому предмету в целом ряде трактатов, исследований, полемических брошюр и т. д. в прениях законодательных собраний и правительственных комиссий при обсуждении многочисленных законопроектов о литературной собственности и, наконец, в новейшее время — в дебатах на международных литературных конгрессах.

Всю массу теорий и воззрений на литературную собственность, выставленных исследователями этого вопроса, можно свести, прежде всего, к двум главным принципиальным взглядам, и соответственно этому распределить исследователей по двум группам. К одной группе принадлежат писатели, которые принимают произведение литературы, науки, искусства, вообще, так называемые умственные произведения за один из видов собственности, относя право авторов на их произведения к категории вещных прав и основывая институт литературной собственности на общих началах собственности, по аналогии с правом собственности на телесные вещи.

Они говорят: основанием всякой собственности служит труд. Произведения литературы, наук и искусства — не в их внешней материальной оболочке, а в их внутреннем умственном содержании — составляют такой же продукт индивидуального труда, как и всякие другие продукты, находящиеся в гражданском обороте. Права

авторов на их произведения ничем не отличаются от прав земледельца, ткача, кустика на их произведения и наравне с последними должны пользоваться защитой закона на общих основаниях охраны благоприобретенной собственности.

Эта теория имела особенный успех среди французских писателей конца XVIII столетия, развивавших ее в многочисленных брошюрах, памфлетах и, в особенности, в дебатах в законодательных собраниях. Она явилась отражением революционных идей о правах личности и была выдвинута как протест против установившегося порядка продажи издательских привилегий, которым дореволюционное правительство пользовалось в своих интересах, как средством для извлечения государственных доходов, в ущерб интересам авторов, влачивших жалкое существование благодаря алчности и эксплуататорству издателей и книгопродавцев. Этим объясняется страстный полемический характер памфлетов, как „Lettres a un ami“ аббата Pluquet, анонимного памфлета под заглавием „Memoires sur les vexations qu'exercent les libraires et imprimeurs a Paris и многочисленных петиций, вызванных борьбой с привилегиями. В противоположность принципу, лежащему в основе привилегий, что исключительное право издания принадлежит государству, как уступка, как милость, тому или другому издателю, была выдвинута теория о принадлежащем автору беспорном, независимом от привилегии и основанном на естественных правах личности, праве собственности на продукт его ума.

Под влиянием этой теории французский закон 1793 г. — первый закон, регулировавший законоположения о правах авторов и издателей на литературные произведения — присвоил авторскому праву термин *propriété litteraire*, послуживший отправной точкой для юридического конструирования этого института как в дальнейшем законодательстве Франции, так и в законодательствах других стран. В дебатах по поводу этого закона, а также в следовавшем затем в целом ряде законодательных комиссий провозглашался принцип полной безусловной литературной собственности и высказывались требования, сущность которых весьма ярко выражена в афоризме Альфонса Карра: *que la propriété litteraire soit enfin une propriété.*

Научное обоснование авторского права, как одного из видов собственности, сводится у всех приверженцев этой теории к сравнению литературного произведения с вещью. Один из сторонников этой теории немецкий юрист Эйзенлох¹ называет литературное произведение „оформленной материей“. Как обыкновенная собственность, говорит он, есть всецелое юридическое господство над физическим предметом, так и литературно-художественная собственность есть всецелое юридическое господство над духовным предметом. Такую же параллель

¹ Eisenlohr, „Das literarische artistische Eigenthum und Verlagsrecht“.

между произведениями науки и искусства, так назыв. умственными произведениями и продуктами материального мира производят Кремер, Фальктон, Гейдеман и другие, которые при этом исходят из трудовой теории собственности Локка и на этом основании рассматривают произведения умственного творчества, как результат трудовой деятельности автора¹.

Известный французский экономист Лабуле² сопоставляет приобретение авторского права с первоначальным способом приобретения — оккупацией и сравнивает автора, разрабатывающего свою идею в форме литературного произведения, с земледельцем, собирающим плоды с занятого им для разработки поля. Тот и другой имеют право собственности на результаты своей деятельности³. Некоторые, как, напр., Göpel⁴ сравнивают авторский доход с поземельной рентой и авторское право с поземельной собственностью, так как в том и другом случае правообладатель получает непрерывный доход за принадлежащее ему право. Рентный характер авторского права они усматривают в особенности в практике тех стран, где, как во Франции и Германии, авторы сами не издают своих сочинений, а предоставляют это издателю, который, подобно фермеру, рассчитывает на получение средней прибыли сверх процента на вложенный капитал, а сверхстоимость выдает автору, правом которого он пользовался. Франк⁵, между прочим, видит основание авторского права, как права собственности, в том, что оно имеет подобно обыкновенной собственности, меновую ценность, поэтому оно должно принадлежать тому, кто создал эту меновую ценность. К той же группе писателей, применяющих к авторскому праву теорию права собственности,

¹ Идея умственной собственности получила свою первоначальную разработку еще у Фихте, который впервые формулировал сущность прав автора. Он различает в книге две стороны: телесную и духовную, т. е. бумагу и содержание. Телесная сторона подлежит присвоению путем покупки книги. Содержание же следней представляет также две стороны: материал и форму. Материал, т. е. идеи, вследствие выхода в свет книги, становится общественно-належащим автору, он имеет на нее право собственности, которое никогда не переходит к издателю. Издатель только имеет право usufructa на сочинение автора (Das Recht eines gewissen Niessbrauches des Eigenthums des Verfasseten) Fichte, „Sämtliche Werke“.

Изд. 1846 г. т. VIII стр. 231 — См. Шершеневич, Авторское право, стр. 105.

² Laboulaye. Etude sur la propriété litteraire en France et en Angleterre.

³ В том же смысле высказался Ламартин, докладчик в палате депутатов, при обсуждении законопроекта о правах авторов в 1841 г. Результаты труда материального, сказал он, наиболее неоспоримые и осязаемые, впервые поразили законодателя. Он сказал хлеопашку, взрывающему поле: это поле будет принадлежать тебе и после тебя твоим детям, вознаграждение за твой труд будет сопровождать тебя через все поколения, которые за тобою основана семья и чрез семью всего общества. Но по мере того, как социальный строй совершенствовался, были признаны другие виды и формы собственности и в их числе право собственности на произведения умственного труда.

⁴ Göpel, „Ueber Begriff und Nesen des Urheberrechts“.

⁵ Franc, „Philosophie du droit civil, 1886.“

примыкает немецкий политико-эконом Адольф Вагнер¹. Он находит в институте литературной собственности подкрепление проводимой им легальной теории собственности, именно теории, по которой основание всякого права собственности лежит не в завладении и труде, согласно господствующим учениям о собственности, а исключительно во внешнем моменте, в положительном законе, в признании права собственности со стороны государственной власти. Исходя из этой точки зрения, Вагнер считает авторское право новым видом собственности — духовною собственностью, которая выдвинута прогрессирующим правовым развитием жизни и которая должна быть включена в общую систему собственности. По мнению Вагнера, наша система собственности, покоящаяся в рамках понятий и форм римской жизни, не соответствует современным новейшим условиям, техническим и экономическим, общественной жизни, так как временам неразвитой духовной жизни и несовершенных технических и экономических условий соответствует право собственности только на телесные вещи, а нашему времени должно отвечать установление более широкого понятия о праве собственности, которое допускало бы возможность включить в это понятие также право духовной собственности, т. е. признание предметов нематериальных объектом права собственности. Такое же расширение понятия собственности, как права, обнимающего собою не только исторически сложившуюся вещную собственность, но и духовную собственность, поддерживается в английской литературе (Soringer) и в итальянской (Cogliolo). Во Франции этот взгляд проводится одним из наиболее авторитетных комментаторов института авторского права, Pouillet², который в ограничениях авторского права (срочности его и др. ограничениях) не видит никакого противоречия принципу собственности, потому что всякая собственность может быть ограничена в интересах общественных, напр., налогами и другими обязательствами, налагаемыми на собственника.

Теория „умственной собственности“ нашла себе отклик также на парижском международном конгрессе 1878 г., в котором участвовали Виктор Гюго, Тургенев, Жюль Симон, Эдмунд Абу. На этом конгрессе было выставлено следующее положение, принятое большинством голосов: „авторское право является одним из видов права собственности, а потому право автора, его наследников или преемников должно быть вечно“.

В русской литературе, в которой вопрос об авторском праве, вообще, очень мало разработан, сторонником теории собственности литературной является проф. Табашников³, который обнаруживает в своем исследовании крайнюю — односторонность

¹ Nagner, Lehrbuch der Politischen Oekonomie.

² Pouillet, „Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique“, 1908.

³ Табашников, „Литер., музык. и худож. собств“, 1878 г.

взглядов и доводит сравнение литературных произведений с материальными вещами до полного тождества. „По нашему мнению — говорит проф. Табашников — сочинение есть вещь; эта вещь, хотя и не похожа на остальные, но, тем не менее, она имеет реальное бытие, распознается внешними чувствами и способна к воспроизведению до бесконечности и к денежной оценке“. На этом основании проф. Табашников не признает никаких ограничений для авторского права и требует полного сравнения этого права с правом собственности на началах безусловности, неограниченности и вечности¹.

5

Теория литературной собственности подверглась весьма сильной критике со стороны многих ученых юристов и экономистов, которые, идя путем логики и научного анализа, приходят к полному отрицанию литературной собственности, в виду совершенного отсутствия в этом понятии объекта собственности — вещи, без которой выражение „литературная собственность“, „propriété littéraire“, мыслимо лишь как метафора, но не как юридическое понятие, выражающее реальный вид собственности.

Самым ярким выразителем взгляда, отрицающего литературную собственность, является Прудон, который в своей известной брошюре „Majorats littéraires“, всесторонне и обстоятельно рассматривает этот вопрос и со свойственной ему резко последовательностью и силою диалектического таланта шаг за шагом разбирает все строение теории о литературной собственности. Прудон рассматривает этот вопрос с различных точек зрения и особенно подробно останавливается на выяснении того, что принимается за объект литературной собственности, — с точки зрения науки политической экономии. И он приходит к выводу, „что установление литературной собственности представляет *non sens*, абсурд, так как такая собственность противоречит всем принципам науки политической экономии, ибо ее нельзя вывести ни из понятия продукта, ни из понятия мены, кредита, капитала, процента. К какой бы категории экономических отношений ни относить авторское право, — в этом праве ничего иного нельзя находить, кроме права автора, как производителя, на продукт его труда, в виде отпечатанных экземпляров, а это право осуществляется им по общему закону всякой мены, по которому товар с момента продажи переходит в полную собственность покупателя. Ничего иного, кроме обмена услугами и продуктами между автором и обществом, нет; автор производит результат своих умственных трудов — книгу и получает от

¹ К теории литературной собственности примкнуло также большинство членов Ред. комиссии по составлению до эволюционного Гр-жд. улож. и также проф. Сергеевич и друг. при обсуждении законопроекта об авторском праве в Госуд. Совете.

общества в обмен другие услуги и произведения труда. Можно говорить об установлении в пользу автора, в виду многих весьма справедливых оснований, привилегии исключительного, на известный срок, права издания своих произведений, но абсурдно, с точки зрения науки политической экономии, применять к авторскому праву законы ренты, ибо автора нельзя уподобить капиталисту или землевладельцу, извлекающему непрерывный доход из своей собственности. Основание земельной собственности лежит в ограниченности почвы, которую с незапамятных времен, еще раньше всякого положительного закона, люди разделили между собой — путем ли завладения, захвата или иными способами — а впоследствии время и закон осятели неприкосновенность этой собственности. Но та почва, на которой работают представители литературы, науки и искусства — область мыслей, идей художественных образов — не может состоять в частной собственности и не подлежит размежеванию по отдельным участкам при помощи пограничных знаков... Затем, рассматривая литературную собственность с точки зрения общественной этики и сравнивая услугу писателя с услугами духовных лиц, судей, профессоров и т. д., Прудон говорит: „К сфере интеллектуальной неприменим принцип завладения; в эту сферу не допускаются эгоизм и продажность. Религия, правосудие, наука, поэзия, искусство теряют все свое значение, как только они делаются объектом торга, потому что их распределение и вознаграждение подчинены совершенно другим правилам, чем распределение и вознаграждение промышленных продуктов“.

В таком же смысле Прудон выражается в одном из своих писем по поводу брюссельского конгресса 1858 г., в котором, полемизируя с известным защитником теории литературной собственности, Жюлем Симоном, Прудон пишет: „Дело идет о непродажности всего, относящегося к уму и совести. В этом смысле мир полезного и мир справедливого, истинного, прекрасного составляют две отличные одна от другой области. Экономисты до такой степени утратили нравственный смысл, что не понимают этого. Они не видят, что истинное, прекрасное, справедливое представляют собою религию будущего, что эта религия, точно так же, как христианство, священна, и что все погибнет, если признают на общих основаниях литературную собственность“¹.

Другой французский писатель, Ренуар², доказывая несостоятельность теории литературной собственности с точки зрения науки права, останавливается затем на вредных последствиях,

¹ Прудон, между прочим, сравнивает вознаграждение за авторский труд с заработком от проституции: „l'art qui se fait vénal, de même que la femme qui trafique de ses charmes, ne trahera pas à se dégarde“.

² Renouard. „Traité de droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts“.

которые произошли бы для общества от применения к произведениям литературы, науки и искусства принципа собственности и от закрещения их на веки-вечные за авторами и их потомством... Произведения ума — говорит Ренуар — не будут уже принадлежать человечеству; они станут товаром и будут котироваться на бирже... Этих последствий достаточно для осуждения догмы литературной собственности. Хотя теории становятся убеждениями людей путем исследования их оснований, но оценка их производится по последствиям; теория есть регулятор практики, но зато практика есть пробный камень теории. Если принцип собственности, будучи приложен к произведениям мысли, не может привести к иным последствиям, кроме невозможных и опасных, мало того, если он не приводит к результатам полезным для человечества и для благосостояния общества, то на этом одном основании уже можно смело утверждать, что в отношении к означенным произведениям он не есть принцип истинный... Таким образом, заключает Ренуар, литературная собственность, рассматриваемая философски в своих основаниях, — есть заблуждение, олицетворенная практически в своих последствиях — есть социальное зло“.

В таком же смысле, исходя из точки зрения утилитарно-общественной, высказался также Наполеон I в одном из заседаний государственного совета 2 сентября 1808 года. Приводим это мнение Наполеона, содержащее в себе в краткой и выразительной форме практические мотивы необходимости ограничения литературной собственности.

„Вечность собственности в семействах авторов — говорит Наполеон — приводит к неудобствам. Литературная собственность есть собственность бестелесная, которая, будучи течением времени и преемственными переходами разделена между множеством индивидов, кончится тем, что перестанет существовать для всех, ибо каким образом большое число собственников, часто далеко друг от друга живущих и спустя несколько поколений едва знающих друг друга согласятся между собой и поделят расходы на перепечатку общего им автора? А, между тем, если это им не удастся, и если им одним будет принадлежать право издания, то лучшие книги незаметно выйдут из употребления. Кроме того, представится другое, не менее важное неудобство. Прогресс просвещения будет остановлен, так как комментировать и делать примечания к сочинениям не будет дозволено, а толкования, примечания и комментарии не могут быть отделены от текста, на печатание которого комментаторы не имеют права“¹. Наиболее веские возражения встретила теория литературной собственности среди немецких писателей. Этому предмету посвящены исследования целого ряда выдающихся немецких цивилистов. Вехтер, Иолли, Клостерман, Гербер, Гарум, Блюнчли, Безе-

¹ Табашников, стр. 72.

лер и другие резко вооружаются против установления литературной собственности, доказывая абсурдность, бессодержательность этого понятия, основанного на неверной аналогии с общеустановленным в науке права понятием собственности. с которым литературная собственность не имеет ничего общего, кроме чисто метафорического сближения.

Гербер говорит: "... Что касается умственного содержания рукописи, то особое право на него юридически вовсе нелегитимно. Если кто-либо, с позволения или без позволения автора, читает его произведение и усваивает себе мыслительное содержание его, то об иске, вытекающем из похищения мыслительного имущества, тут и речи быть не может. Все, что в этом отношении приводилось в качестве содержания авторского права, сводится к тому, что авторство данного лица есть исторический факт. Если писатель предъявляет к публике притязание на признание его автором ученого открытия, то это несколько не отличается от того, как если полководец требует признания его победителем в данном сражении... Юридическая защита мыслей, независимо от своей практической неосуществимости, служила бы не столько защитой, сколько унижением этих мыслей и вырождением права, ибо всякий вид умственной деятельности мог бы быть отнесен к области корыстных деяний"¹.

Вехтер находит даже опасным подводить авторское право под понятие собственности, так как это значило бы „злоупотреблять словом и лишить собственность ее существенного значения, растворив ее в понятии имущественного права вообще“. В частности, как указывает Вехтер, между правом собственности на телесные вещи и правом на продукты творчества имеется весьма существенная разница в следующих двух отношениях: 1) характеристический признак права собственности — полное исключительное господство над вещью, между тем право автора ограничивается в пользу интересов общественных, и 2) авторство имеет вполне индивидуальный характер, относится к определенной личности, между тем как в праве собственности на телесные вещи личность собственника совершенно безразлична².

Весьма удачно формулирована несостоятельность теории литературной собственности английскими юристами - практиками, которые по поводу одного судебного спора между двумя лондонскими издателями высказали следующие доводы:

„Всякая вещь, чтобы состоять в чьей-либо собственности, должна быть способна к тому: она должна обладать такими качествами, которые давали бы возможность овладеть ею, наложить на нее печать исключительного господства, устраняющего от пользования ею всякое третье лицо. Но так называемая литературная собственность не обладает ни одним таким признаком.

¹ Gerber, „Ueber die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers. 1836.

² Wöchter, „Das Autorrecht nach den gemeinen deutschen Rechte“, 1877.

Объект ее не есть телесная вещь, так как в ней дело идет не об отпечатанной бумаге, но о содержащихся в книгах мыслях, лишенных тела, а потому неосязаемых. Она не способна к оккупации или владению, потому что для того или другого необходим такой момент времени, с которого бы они начинались. Но когда же, спрашивается, начинается право автора? С момента ли зарождения в его голове идей его книги, с момента ли изображения этих идей на бумаге или с момента издания книги? В первых двух случаях нелепо было бы утверждать, что ему принадлежит преимущественное право на эту идею и что он вправе воспрепятствовать другим обнародовать ту же идею; в последнем же случае странно было бы считать ее частною собственностью того именно дня, когда она становится общою. Далее у нее нет характеристических признаков собственности, ибо на идею невозможно наложить какую-либо печать частного господства; идеи незримы и не подлежат внешнему обладанию. Она не может состоять в исключительном пользовании, так как мысли, будучи раз обнародованы, выходят из сферы частного господства автора и становятся общим достоянием, как воздух и вода“.

6

На место теории умственной собственности юристами, не признающими авторского права правом собственности, были выставлены различные другие теории — для объяснения существа и оснований этого института. Из них заслуживают внимания следующие теории. Теория, основывающая авторское право на договоре между автором и публикою. Теория эта относит авторское право к категории обязательств и прибегает для этого к помощи фикции о молчаливом соглашении, будто бы возникающем, при обнародовании книги, между автором и публикою — не только современной автора публики, но и далеким потомством — соглашении, в силу которого автор, продавая книгу, сохраняет за собой исключительное право воспроизведения сочинений, а покупатель, приобретая книгу, обязывается не перепечатывать ее. Представителями этой теории, возникшей под влиянием так называемого „общественного договора“, являющейся преимущественно старые немецкие цивилисты Пюттер, Оппель, также итальянский юрист Маццони.

Другая теория признает авторское право личным правом и основывает неправомерность контрафакции на правах личности автора (Rechte der Person), достоинству и чести которого наносится оскорбление перепечатыванием его произведения без его согласия¹. К представителям этой теории принадлежат некоторые

¹ В несколько примитивном виде теория эта получила выражение еще у Канта, который в своей „Metaphisik der Sitten“ (1788 г.) объясняет неправомерность перепечатки чужого произведения тем соображением, что посредством книги автор непосредственно обращается к публике, и, следовательно, контрафактор посягает на личность автора и наносит ему оскорбление тем, что заставляет его, без его согласия, говорить с публикою.

из выдающихся немецких юристов — Блюнчли, Безелер, Ортлоф, Гарейс, Гарум, Гирке, Дан. Все они отрицают имущественный характер авторского права, считая, что имущественная ценность, которую имеет произведение, не составляет главного элемента в авторском праве, а имеет лишь второстепенное значение. Юридическая же природа его определяется естественной связью, существующей между творцом и произведением и порождающей право автора на то, чтобы его личное отношение к своему произведению уважалось всеми другими. С особенною полнотою эта теория рассмотрена у Гирке¹. Он относит авторское право к числу тех гражданских прав, которые дают субъекту господство над составною частью его собственной личной сферы, как право на жизнь и собственное тело, на личную свободу, как право на жизнь и собственное тело, на имя. Все эти права абсолютные и управомочивают субъекта их против посягательства других лиц. Объект авторского права, — произведение духа — возникает в силу индивидуально-духовного акта творчества и имеет самостоятельную ценность в качестве составной части личности творца его. Поэтому автору принадлежит исключительноное правомочие распоряжения им. Это правомочие прекращается смертью автора, и если оно длится еще некоторое время спустя, то лишь потому, что личность с физической смертью не исчезает окончательно, а продолжает существовать в тесном кругу семьи и близких, приблизительно в течение одного поколения.

Ортлоф² доводит эту теорию о личном характере авторского права до того, что сопоставляет создание литературного произведения с рождением детей и приравнивает авторское право к отеческой власти. По его мнению, создание духовного произведения представляет такой же юридический акт, как произведение на свет детей, и, подобно отеческой власти, авторское право существует совершенно независимо от воли законодателя, как естественное проявление правоспособной личности автора, который в силу этого имеет право на признание и защиту со стороны государства и закона.

Гарейс³ относит авторское право к особой категории прав, которые он называет Individualrechte, юридическая сущность которых основана на том правовом положении, что государство обеспечивает за каждым индивидуумом право на проявление своей индивидуальности. Этой присущей каждому потребности к проявлению своей индивидуальности соответствуют многочисленные индивидуальные права, как права, охраняющие неприкосновенность и свободу личности, право на имя (фирму) и честь, право авторское, художественное и музыкальное.

¹ Gierke, „Deutsches Privatrecht“, 1895.

² Ortluff, „Das Autor und Verlagsrecht“.

³ Gareis, „Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen und Markenschutzes“.

Также Блюнчли¹, признавая авторское право личным правом автора, правом его личности, отводит авторскому праву место среди личных прав, наряду с правом и дееспособностью, личною честью, сословными правами и т. д.

В противовес личной теории, многими юристами, преимущественно немецкими, как Binding, Gerber, Klostermann, Mandry, Wöchter, выставляется теория и мущественная, которая, в различных разветвлениях своих, выдвигает на первое место имущественный интерес автора.

В наиболее чистом виде и наиболее подробно эта теория разработана у Вехтера². Он находит, что расчленение в институте авторского права личных и имущественных элементов объясняется неясным представлением о существе этих понятий. Хотя личные отношения и имеют место в авторском праве, но они не составляют субстанции авторского права. Вообще, ошибочно и неправильно некоторые права личности (Personenrechte) обозначить понятием личные права (Persönliche Rechte), ибо личное право в техническом смысле означает исключительно известные имущественные права. Права личности (Personenrechte) принадлежат только данной личности, поэтому они погашаются со смертью лица, не могут переходить по наследству, неотделимы от лица и не могут быть переносимы на других. Им противоплагаются имущественные права, которые, в отличие от прав личности, могут быть отделимы, отчуждаемы и переходить по наследству; они распространяются или на вещь или на действие, отсюда они разделяются на вещные или обязательственные права. Рядом с этой еще римским правом выработанной системой категорий новейшее право знает другую категорию прав, которые имеют смешанный характер: они, собственно говоря, — права личности (Personenrechte), но имеют имущественно-правовую природу, благодаря тому, что закон, предоставляя исключительное пользование ими, сопровождает это пользование наследственностью и отчуждаемостью, вследствие чего они получают имущественную ценность. Они — абсолютные права — и в этом отношении одинаковы с вещными правами, но отличаются от последних тем, что не имеют своим субстратом телесную вещь. Большей частью они попадают в область промысла и торговли. Сюда принадлежит право, вытекающее из патентов на изобретения, из защищаемого законом исключительного пользования товарными знаками, фирмой. Сюда относится также и авторское право, которое, таким образом, не есть право личности в римском правовом смысле, но право личности по существу имущественной природы. Право личности в первом смысле (римско-правовом) означало бы мое право высказывать мои мысли и распространять их через печать, или изобразить мои эстетические представления

¹ „Blüntschli, „Deutsches Privatrecht“.

² Wöchter, „Das Urheberrecht“, 1877

в картине и т. п., при чем в этом, в силу моего абсолютного права личности, никто не мог бы мне мешать. Конечно, не в этом существует авторское право. Оно заключается в том, что закон обеспечивает мне исключительное право воспроизводить и размножать, и через это право мое на воспроизведение и размножение приобретает имущественный характер, вследствие чего я могу это право отчуждать, завещать и я и мои правопреемники могут осуществлять это право против всякого третьего лица. Таким образом, авторское право имеет исключительно имущественное правовое содержание. Именно поэтому оно не имеет своим предметом защиту духовных интересов автора. Такие интересы вообще не могут быть включены в имущественно-правовую сферу и вообще в область права. Правовой порядок вступает за произведение творчества только тогда и постольку, когда и поскольку это произведение является предметом оборота является объектом имущественного права.

По Вехтеру, таким образом, в авторском праве предметом защиты служит не само содержание произведения, духовные и личные интересы автора, а тот имущественный интерес, который возникает для автора в связи с предоставленным ему исключительным правом на воспроизведение и размножение, которое он может эксплуатировать сам или отчуждать за деньги другим лицам. Но автор в пределах и на основании своего исключительного права может преследовать и другие цели; он может, напр., иметь личные основания не желать опубликовать свое произведение, или опубликованное изъять из обращения. Так как об этих личных мотивах осуществления своего права он никому отчета отдавать не обязан, и они, вообще, для права безразличны, то он может в некоторых случаях эти чисто-личные цели осуществлять при помощи того имущественного права, которое ему предоставил закон. Этим, конечно, не уничтожается имущественный характер этого права.

На той же точке зрения исключительно имущественного характера авторского права стоит Klostermann. Некоторые, как Schuster, Franken, считая также авторское право имущественным правом, признают, однако, наличность в нем некоторых личных элементов, хотя достаточно определенным образом не выясняют этого соотношения.

Для объединения личного и имущественного элементов в защите авторского права и, вместе с тем, в противовес теориям личной и имущественной, Kohler¹ выдвигает теорию нематериального имущественного права, Immaterialgüterrecht, т. е. права на вне человека находящееся, не телесное, не осязаемое правовое благо (ein Recht an einem ausserhalb des Menschen stehenden, aber nicht körperlichen, nicht fass und greifbaren Rechtsgute). Теория Колера близко соприкасается с теорией умственной

¹ Kohler, „Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht“, 1907.

собственности, но отличается от последней тем, что не уподобляет произведения духа материальным вещам, а признает самостоятельное существование нематериального имущества в виде „идеи“, „идейной вещи“, которое может подлежать господству человека на почве общего понятия права, служа как экономическим, так и духовным интересам его. Авторское право обеспечивает это господство над нематериальным имуществом автора, исключая в этой области воздействие других людей и тем защищая как его идеальные личные интересы, так, главным образом, его имущественные интересы.

Однородную теорию проводит Штоббе¹, который также относит авторское право ко вновь вводимой им в систему права категорий прав, называемых Rechte an immateriellen Gütern.

Заслуживает еще внимания деликтная теория, представленная которой является Гербер². Он основывает неправомерность контрафакции исключительно на предписании уголовного закона. По его мнению, совершенно не существует авторского права, как частного-гражданского права, а существует только в положительном законе запрещение перепечатки чужого произведения—запрещение, основанное на тех или других соображениях законодателя,—и нарушение этого запрещения влечет за собою обязательство ex delictu, что и создает так называемое авторское право. Гербер, таким образом, допускает возможность уголовного закона, не отвечающего частного-субъективному праву (как, напр., в воспрещении жестокого обращения с животными), так как по его взгляду, до факта перепечатки, т. е. до совершения преступного деяния, караемого уголовным законом, нет авторского права, как частного-субъективного права³.

7

Указанные теории с многочисленными их разновидностями, основанные на попытках подвести авторское право под одну из категорий, установленных в системе права, привели к результатам операции с прокрустовым ложем: авторское право оказалось слишком незначительным, чтобы наполнить собою широкое понятие собственности, и слишком сложным по своему содержанию, чтобы уместиться в рамках, которые ему дают различные теории, силиющиеся объяснить его существование. Неудачность этих попыток побудила ученых отказаться от стремления подчинить авторское право каким-либо установленным категориям, и в последнее время все более распространяется взгляд на авторское право как на совершенно самостоятельное правовое явление, не находящееся ни в какой связи с общими гражданскими правовыми положениями.

¹ Stoll, „Handbuch des deutschen Privatrechts, III, 1885.

² Gerber, „Ueber die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers“.

³ Колер, полемизируя с Гербером, указывает на то, что сводить авторское право к запрещению контрафакции—то же, что сводить право собственности к запрещению воровства.

Авторское право рассматривается новейшими цивилистами как совершенно особо самостоятельное право, освященное положительным законом не в силу каких-либо общегражданских правовых оснований, а в силу особых соображений чисто-полицейского свойства. При такой постановке вопроса авторское право является не результатом общеустановленных гражданских правоотношений, под которые стремились его подвести прежние теории, а скорее — изъятием из них, установленным законом в пользу писателей, с целью, путем предоставления автору исключительного права воспроизведения своих произведений, доставить справедливую и разумную премию писательскому труду, не поддающемуся иной оценке. „Автор — говорит Шефле¹ — как рабочий, должен получать свою плату. Но по свойству продукта нет возможности получить эту плату сразу, а потому законом создана для автора возможность выручить следующее ему вознаграждение в течение известного времени, при постепенной промышленной эксплуатации произведений... Авторское право, таким образом, есть искусственный снаряд для обеспечения за авторами ренты за их труд“.

Другой немецкий писатель Клостерман², говорит: „Существо умственной собственности состоит в ограничении свободы третьих лиц, коим воспрещается размножение сочинения помимо воли автора. В силу этого умственная собственность относится к тем классам прав, которые обозначаются словом: „регалные привилегии“ (Gerechtigkeiten) или слишком узким названием „промышленных прав“ (Gewerbeberechtigungen) и которые все сходятся в том, что только уполномоченный вправе совершать известные действия (исключительное право охоты, железнодорожные привилегии и т. п.)“. В таком же смысле высказывается Иолли³, который видит существо авторского права исключительно в запрещении чего-то третьим лицам, в требовании от них воздержания от известного воздействия. Это ограничение свободы третьих лиц, по мнению Иолли, установлено законом в пользу авторов по соображениям целесообразности и справедливости, так как допущение контрафакции, с одной стороны, убило бы издательское дело и тем парализовало бы обращение идей в обществе, а, с другой стороны, несправедливо лишило бы авторов возможности в достаточной степени вознаградить себя за всю массу потраченных ими трудов.

Таким образом, по учению этих цивилистов, основания авторского права лежат исключительно в постановлениях положительного закона, которым одним это право освящается, вытекающая, как привилегия из милостивого пожалования законодателя; мотивы

¹ Schoffle, „Die nationalökonomische Theorie der ausschliessenden Absatzverhältnisse“.

² Clostermann, „Das geistige Eigenthum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen nach deutschen und internationalen Rechte“, 1867.

³ Iolly, „Die Lehre vom Nachdruck“.

же этой привилегии основаны на соображениях целесообразности и вытекают из начал полицейской деятельности государства. Такого же взгляда на авторское право в нашей литературе придерживается Спасович¹.

В последнее время среди ученых юристов замечается стремление обобщить все возникшие на почве современной жизни правовые явления с монопольным характером и ввести их в систему права в виде новой категории монопольных прав. Французский юрист Роген² обозначает эти монопольные права общим названием monopoles de droits privé, сущность которых заключается не в возможности пользования предметом, но в возможности воспрепятствовать всякому другому присвоению предмета. „Un monopole est un droit de non-imitation“, — и авторское право, по мнению Рогена, составляет одно из входящих в эту категорию монопольных прав. Другой французский юрист, Пикар³, пытается установить в системе права новую группу прав, которые он называет droits intellectuels, и которые должны образовать четвертый правовой институт — духовный, дополнительный к существующим трем основным классам правовых институтов — личному, вещному и обязательственному. В эту новую категорию должны войти: авторское, художественное и музыкальное право, привилегии на изобретения, право на фабричные рисунки и модели, на торговое и фабричное клеймо, право на фирму.

Близко примыкает к этому воззрению в нашей литературе проф. Шершеневич.

Он относит авторское право к группе прав, означаемых им под общим названием исключительных прав, которые порождены новыми отношениями и условиями общественной жизни, и которые вследствие этого не уместаются в узких рамках правовых институтов римского права и основанных на этих институтах категорий современной системы гражданского права. „Круг частных потребностей человека — говорит проф. Шершеневич — находит себе удовлетворение, с одной стороны, в непосредственном обладании вещами, с другой — в действиях других лиц. С юридической стороны, та и другая цель достигается существованием вещного и обязательственного права. Но современные экономические условия вызывают новые отношения, новые интересы, вне указанных обладания вещами и распоряжения действиями других лиц. Обнаруживается, что некоторые действия доставляют имущественную выгоду лицу, совершающему их, если от совершения таких же действий будут удержаны другие лица. Таковы интересы, соединенные с известной фирмой, которые заключаются в исключительной возможности производить торговлю под данным именем предприятия. Таковы интересы фабриканта

¹ Спасович, „Права авторские и контрафакция“, 1865.

² Roguin, „La règle du droit“.

³ Picard, „Embrilogie juridique“.

в отношении рисунков и моделей производимых у него продуктов, заключающиеся в исключительной возможности создавать данного рода вещи. Таковы интересы фабриканта или купца в отношении фабричного или торгового клейма, которые состоят в том, что известного рода продукты или товары обозначаются знаком, способствующим большему их распространению. Таковы интересы автора, художника, композитора, заключающиеся в том, чтобы сочинения, картины, музыкальные произведения не могли быть свободно распространяемы, исполняемы всеми другими лицами. Так как цель юридической защиты клонится во всех этих случаях к предоставлению известным лицам исключительной возможности совершения известных действий, с запрещением всем прочим возможности подражания, то эти права следовало бы назвать исключительными. Вся эта группа исключительных прав выдвинулась благодаря новейшим социальным условиям, при чем каждое из них имеет свое особое экономическое основание. Так, основанием установления права на фирму, на клеймо является стремление обеспечить за лицом материальную выгоду, создаваемую его честным отношением к своему торговому делу, обеспечить результаты трудовой деятельности; основанием авторского, художественного или музыкального права представляется желание обеспечить материальное существование лиц, чья деятельность сосредоточивается на духовных интересах общества¹.

Место в системе права проф. Шершеневич определяет для „исключительных“ прав между вещным и обязательственным правом, так как, с одной стороны, они находятся в соотношении с вещными, а с другой стороны — с обязательственными правами. В состав этой новой группы „исключительных“ прав входят: авторское, художественное музыкальное право, привилегии на промышленные изобретения, право на фирму, на фабричное и товарное клеймо, право на фабричные рисунки и модели. Как справедливо замечает проф. Шершеневич, „содержание этой категории прав будет постепенно расти по мере дальнейшего усложнения современной экономической жизни и создания совершенно новых отношений“.

8

Авторское право на музыкальные произведения в своем историческом ходе развития прошло те же ступени, как и авторское право на литературные произведения. До изобретения механического способа печатания музыкальные произведения могли размножаться только посредством ручного труда переписки отдельных экземпляров. Поэтому в то время о контрафакции не могло быть речи, и в установлении защиты авторских прав композиторов не было надобности.

¹ Шершеневич, „Авторское право“, стр. 71 - 72.

Только с XV века, когда в Венеции был изобретен механический способ печатания при посредстве подвижного нотного шрифта, начинает распространяться контрафакция музыкальных произведений и возникает нарушенный интерес композиторов, который требовал защиты со стороны государства. Как по отношению к литературным произведениям, на первых порах такая защита осуществлялась посредством привилегий, которые правительствами различных государств выдавались авторам или издателям музыкальных произведений¹.

Но затем, с течением времени и по мере развития нотного производства, привилегии уступают место общим законодательным постановлениям, имеющим целью оградить авторское право композиторов от нарушения их интересов контрафакторами².

По действующим законам, право композитора на музыкальное произведение рассматривается на одинаковых основаниях, как право автора на литературное произведение, так как то и другое право по существу своему имеют вполне сходственные черты. Музыкальное произведение так же, как и литературное, является результатом творческой деятельности композитора, выраженной в определенной форме, и может служить предметом гражданского оборота. Разница между литературным и музыкальным произведениями заключается в том, что в первом мысли автора, его настроение, вообще, его духовная деятельность осуществляется в словах, а во втором духовная деятельность композитора проявляется в тонах и звуках. В виду такой аналогии, право на литературное произведение и право на музыкальное произведение являются составною частью одного и того же понятия авторского права и к обоим этим правам могут быть применимы одни и те же постановления закона.

Некоторое различие между правом на литературные произведения и правом на музыкальные произведения заключается в том, что в то время, как права автора литературного произведения, за исключением произведения драматического, сводятся исключительно к праву издавать и, вообще, размножить его всеми возможными способами, авторское право композитора, по свойству произведения музыкального, выражается не только в праве издания произведения, но и в праве публичного его исполнения.

¹ И в отношении музык. произведений привилегии на первых порах защищали не авторов, а печатников и издателей. Одной из первых привилегий была привилегия, выданная в 1535 году нюрнбергскому музыкальному издателю, которому была обеспечена защита против перепечатки, в течение 4 лет, ни одного определенного музыкального произведения, а всех произведений, появившихся в свет в его издании (см. Petzl, „Die Behandlung der literarisch - musikalischen Werke, 1911). Во Франции привилегия, выданная королевской музыкальной академии в 1609 г., запрещала кому бы то ни было, без разрешения директора академии, публично исполнять музыкальные произведения, даже духовные (Pouillet, „Propriété littéraire“, 1908).

² Первый закон о защите композиторов был издан, по словам Колера, в Нюрнберге, в статуте 1550 г.

Благодаря этому двоякому содержанию авторского права на музыкальные произведения, действующие законы заключают в себе особые постановления о праве публичного исполнения музыкальных и музыкально-драматических произведений.

Другая особенность музыкальных произведений, обязанная своим существованием развитию в новейшее время механических нот, вызывает необходимость в особых постановлениях, нормирующих этот способ воспроизведения.

9

Авторское право на художественные произведения получило признание в положительных законодательствах значительно позже, можно сказать, в самое последнее время¹. Это объясняется тем, что самовольно повторять и издавать чужие художественные произведения, в виду способа их производства, гораздо труднее, чем контрафакция литературных и музыкальных произведений. Контрафакция в области художественных произведений сделалась возможной только в самое последнее время, благодаря колоссальному развитию технических приемов и способов передачи художественных произведений, в особенности, благодаря усовершенствованным способам фотографического воспроизведения.

По существу своему художественная авторская собственность является одною из составных частей авторского права, так как под художественным произведением, как под литературным и музыкальным произведением, разумеется выражение творческой мысли, умственной деятельности автора (художника) в определенной внешней форме. Поэтому в современных законодательствах за художником так же, как и за автором литературного или музыкального произведения, по тем же основаниям, признается исключительное право на его произведение.

Почти во всех законодательствах постановления о художественной собственности включены в общий закон об авторском праве, и только в нескольких странах признано более удобным и целесообразным нормировать защиту авторского права на художественные произведения, в виду многих особенностей этого вида авторского права в отдельном законе. Так, в Германии, рядом с законом 19 июня 1901 г., об авторском праве на литературные и музыкальные произведения, действует особый закон 9 января 1907 г. об авторском праве на художественные и фотографические произведения. Также в Англии, рядом с новым законом 1911 г., распространяющимся на все виды творчества, остались в силе отдельные постановления закона 1862 г. о художественных произведениях.

¹ Также в отношении художественных произведений первоначально применялась защита путем привилегий. Так, в 1514 г. была выдана в Венеции привилегия некоему Diovauni de Brescia (см. Kohler, „Kunstwerkrecht“).

К области искусства некоторые из новейших законодательств относят также произведения фотографии и содержат специальные постановления о защите авторского права на фотографические произведения. К произведениям фотографа в тесном смысле относятся также произведения гелиографии, пирографии, хромофотографии, фотомеханические и многие другие подобные произведения, получаемые воздействием света на различные химические составы.

Все эти произведения получают механическим путем, вследствие чего в деятельности фотографа, в отличие от деятельности художника, нет того творческого элемента, которым обуславливается и обосновывается авторское право на художественные произведения. Поэтому большинство современных законодательств, а также доктрины, не признают вовсе произведения фотографии объектом авторского права.

Однако, в последнее время, благодаря огромным успехам, которые сделало фотографическое искусство, и широкому применению, которое фотография получила в области искусства, выдвинулась необходимость защиты фотографических произведений от нарушения их посторонними лицами. Такая защита оправдывается тем, что хотя произведения фотографии получают механическим путем, однако, для того, чтобы фотографические снимки достигали совершенства, от фотографа требуется известный вкус в расположении предметов и композиции, умение пользоваться настоящим освещением, техника отделки негатива и ретушевки и т. д. Вместе с тем, при воспроизведении фотографическим путем произведений искусства, требуется нередко художественное чутье, приближающее деятельность фотографа к деятельности художника, чем объясняется различие в достоинствах одного и того же изображения на различных фотографических снимках. Также требуется от фотографа значительное умение при воспроизведении сложных снимков, имеющих научное значение, напр., по астрономии (каналы на планете Марс, сфотографированные знаменитым американским астрономом Лоуелем), медицине и т. д. Все это несомненно служит основанием к признанию произведений фотографа заслуживающими защиты, как объекта известной творческой деятельности его.

С другой стороны, в виду того, что творческая деятельность фотографа проявляется в весьма слабой степени, лишь приближаясь к деятельности художника, фотографические произведения не могут пользоваться защитой наравне с художественными произведениями. Поэтому во всех законодательствах, в которых фотографические произведения признаются объектом авторского права, право это охраняется в течение более короткого времени сравнительно с произведениями художественными. При этом право фотографа охраняется лишь в известных пределах. Так, по закону германскому, венгерскому, австрийскому оно охраняется только от повторения механическим, химическим или иным

подобным способом, т. е. при помощи же фотографии, а не от всяких повторений вообще. Поэтому не запрещается повторение фотографических произведений во всех отраслях живописи и ваяния. Наконец, для сохранения за фотографом права на его произведения, требуется от него соблюдения некоторых формальностей, без соблюдения которых это право не может пользоваться защитой.

10

При выработке нашего Гражданского Кодекса предполагалось включить в него нормы об авторском праве, но затем это предположение было оставлено, с тем, чтобы впоследствии издать отдельное положение об этом праве¹. Ныне это предположение осуществлено изданием декрета от 30 января 1925 г. „Об основах авторского права“.

Объектом авторского права, согласно ст. 2, служит всякое произведение литературы, науки и искусства, каковы бы ни были способ и форма воспроизведения, а равно его достоинство и назначение, как устные произведения (речи, лекции, доклады и т. п.), письменные произведения (книги, статьи, сборники и др.); произведения драматические и музыкально-драматические; переводы; произведения хореографические и пантомимы, в отношении постановки которых имеются указания, изложенные на письме или иным способом; кинематографические сценарии, имеющие свойства самостоятельных произведений; музыкальные произведения с текстом или без текста; рисунки, произведения живописи, скульптуры, архитектуры и графических искусств, иллюстрации, географические карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к наукам, технике или к постановке на сцене драматического, либо музыкально-драматического произведения, кино-ленты, фотографические произведения или произведения, полученные способом аналогичным с фотографией, и т. п.

Закон, как видно из текста и смысла его, не дает исчерпывающего перечисления произведений, на которые распространяется

¹ Это было сделано правильно. Авторское право есть право своеобразное, право sui generis, которое, по своей структуре по условиям возникновения и прекращения, по объему содержания и защиты, имеет особый специальный характер, отличающий его от всех других институтов гражданского права. В основе института авторского права лежит не только материальный, но и умственный и нравственный интерес творца произведения и вместе с тем, в противоположность обыкновенной собственности, авторское право носит характер в высокой степени общественный, так как оно затрагивает интересы общества, интересы культуры и просвещения. Благодаря этому, правоотношения, обнимаемые институтом авторского права, выходят далеко за пределы частно-гражданских отношений, являясь результатом ряда компромиссов, имеющих целью, с одной стороны, дать справедливое удовлетворение личным и имущественным интересам автора, а, с другой стороны, обеспечить обществу в интересах культурно-просветительных возможность свободного пользования продуктами духовного творчества.

авторское право, а ограничивается общим указанием категорий произведений, которые входят в круг объектов авторского права.

Авторское право по своему существу есть институт имущественного права. Оно имеет целью защиту материальных интересов автора путем предоставления ему исключительного права всеми возможными способами воспроизводить и распространить свое произведение, благодаря чему ему одному обеспечивается возможность извлекать имущественную выгоду из обращения его произведения в публике. Но в виду некоторых особенностей того имущественного интереса, который возникает для автора из результата его творчества, вследствие тесной связи между личностью творца произведения и его произведением, — вместе с защитой материальных интересов автора и по поводу этой защиты оказывается необходимость в охране некоторых чисто личных интересов автора, которые либо в том или другом отношении обуславливают имущественные его интересы, хотя сами по себе имеют исключительно личный характер, либо относятся исключительно к самой личности автора и в непосредственной связи с авторским правом в тесном смысле не стоят.

К таким личным правам относятся все те правомочия автора, которыми обеспечивается защита его авторского имени, его литературной и художественной репутации, его духовной личности, а именно: его права на то, чтобы никто не мог без его согласия предать гласности его неопубликованное произведение или издавать под чужим именем его произведение и, наоборот, чужое произведение под его именем, право требовать указания источника при законных заимствованиях из его произведения, право запрещать всякому вносить изменения и искажения в его произведение, раскрывать его анонимы или псевдонимы и т. п.

В первоначальном проекте декрета об авторском праве двойственный (личный и имущественный) характер авторского права был выражен в ст. 1, которая гласила: „Авторское право признается в виде права личного и права имущественного“. Это общее определение авторского права, имеющее чисто теоретическое значение, в декрет не вошло; повидимому, оно признано излишним, так как оно само собою вытекает из конкретного содержания постановлений закона, для практического применения которых нет надобности в установлении теоретических определений.

Конкретное содержание авторского права содержится в ст. ст. 2, 3 и 4 и выражено в двоякой форме: положительной и отрицательной. В ст. 2 перечисляются всевозможные роды произведений литературы науки, и искусства, которые могут быть объектом авторского права, и в ст. 3 определяется объем правомочий автора, которые заключаются в исключительном праве выпустить в свет свое произведение и в течение установленного законом срока всеми возможными способами воспроизводить и распространять его, а равно извлекать всеми законными способами имущественные выгоды из своего исключительного права. Этим

правамочиям автора, само собою разумеется, соответствует обязанность каждого воздержаться от их нарушения, под страхом уголовной и гражданской ответственности.

В ст. 4 определяются условия, при которых пользование чужим произведением не составляет нарушения авторского права, и таким образом, в отрицательной форме устанавливаются пределы принадлежащих автору прав.

II. ПАТЕНТНОЕ ПРАВО

1

Патент (привилегия) на изобретение означает право исключительного пользования новым изобретением в области промышленности. Термин „привилегия“ сохранился только в старых законодательствах: новейшие законодательства употребляют термин „патент“, обозначающий не только документ, которым удостоверяется право изобретателя на исключительное пользование своим изобретением, но самое это субъективное право. Патентное право в объективном смысле обнимает собою все права и правоотношения, вытекающие из существа патента (привилегии) и образующие содержание законодательных норм о патентах. Патентное право входит в состав более общего понятия — промышленной собственности (*Gewerbliche Urheberrecht, propriété industrielle*), которое обнимает собою, кроме права на изобретения, также право на фабричные рисунки и модели, торговые клейма, товарные знаки, фирмы и т. д.

Патентное право есть продукт новейшего времени. Римскому праву было совершенно чуждо ограждение изобретения, в смысле защиты прав на идею, на умственную собственность — в отвлеченном значении изобретения, а не в материальной стоимости овестьственных продуктов его. Поэтому, в наследии, доставшемся от римской юриспруденции, не имеется никаких следов, относящихся к ограждению собственности, не имеющей телесных признаков — так называемой собственности духовной (собственности на литературные произведения, на изобретения, на фабричные клейма, фирмы и т. п.). В эпоху средних веков, при слабом развитии техники и промышленности, юридическая защита промышленной собственности, вообще, и изобретений в частности — не вызывалась условиями экономической и правовой жизни той эпохи. Лишь начиная с XVI столетия, в Англии и Франции впервые возникает потребность в защите нововведений и изобретений в области техники против контрафакции, и на первых порах эта защита, подобно защите авторских прав, выражалась в виде привилегий (монопольей), которыми одарялись отдельные лица, сделавшие особенно ценные изобретения в области промышленности, и которые заключались в том, что этим лицам предоставлялось исключительное право извлечения выгод из

своих изобретений, с воспрещением всем другим, помимо и без согласия изобретателя, воспроизводить и эксплуатировать с промышленною или торговою целью его изобретение.

Награждение такой привилегиею зависело от короля и было актом его милости, наградой, милостиво жалуемой изобретателю в исключительных случаях признания его заслуг. Такой взгляд на привилегию постепенно, по мере развития правосознания, вытесняется и заменяется воззрением на привилегию, как на право, принадлежащее изобретателю в силу общеустановленного закона, а не по милости королевской власти. Это начало впервые получило практическое применение в Англии в парламентском акте 1623 года, которым, взамен прежнего порядка пожалования привилегии, была установлена законом охраняемая привилегия на право пользования изобретением в течение 14 лет. В 1776 году право изобретателя на его изобретение было в Соединенных Штатах провозглашено конгрессом, как одно из прав личности, а в 1790 году нормировано законом. Такой взгляд на привилегию, как на естественное право личности, в особенности имел успех во Франции в конце прошлого столетия, где он явился отражением революционных идей о правах личности, и был выставлен, как протест против установившегося порядка продажи всякого рода привилегий, монополий, которым дореволюционное правительство пользовалось в своих интересах, как средством извлечения государственных доходов.

Начиная со второй половины текущего столетия, по мере возрастающего развития техники и промышленности, как в отдельных государствах, так и на международных конференциях, ставится на очередь вопрос о необходимости защиты промышленной собственности, и во всех культурных странах подвергаются пересмотру или вводятся новые законы о привилегиях¹.

¹ Для защиты промышленной собственности в международном масштабе была заключена в 1883 г. международная конвенция („Convention internationale pour la protection industrielle“), сущность которой в кратких чертах заключается в следующем: подданные одной из союзных стран и также иностранцы, имеющие в этой стране оседлость или промышленное или торговое заведение, пользуются в чужих странах теми же правами, какие предоставлены туземным подданным. Получивший патент у себя на родине сохраняет за собою в течение известного срока (3-6 месяцев) право приоритета для заявки о своем изобретении в других странах Союза, и в течение этого срока его права не могут быть нарушаемы никем другим посредством пользования или опубликования. Заявленные на родине фабричные знаки (клейма) должны быть безусловно допускаемы и в других странах Союза. Торговые фирмы также без обязательной заявки о них защищаются в других странах Союза. Изобретения и фабричные клейма, выставленные на официальных выставках, пользуются временным покровительством той страны, где находится выставка. Для заведывания делом международной защиты промышленной собственности учреждено специальное международное учреждение (*Bureau International pour la protection de la propriété industrielle*), имеющее свое постоянное местопребывание в Берне и действующее под надзором швейцарского правительства.

Патентное право, как авторское право, на первых порах своего возникновения, а отчасти еще и теперь, вызывало и вызывает в науке принципиальный спор о целесообразности и справедливости установления этого института. В этом институте (как и в авторском праве) затрагиваются двоякого рода права, противоположные между собою по самой своей сущности — право изобретателя извлекать выгоду из сделанного им изобретения и право общества пользоваться опубликованными к общему сведению изобретениями. Отсюда две различные исходные точки зрения, из которых одна имеет в виду ограждение интересов изобретателя, как законного собственника вновь созданного промышленного блага, а другая, — ограждение интересов общества, в видах развития промышленности и общественного блага.

Каждый из этих противоположных интересов имеет право на существование.

Право изобретателя на продукт его изобретения зиждется на неоспоримых данных человеческой природы и законах общечеловечности. Мысль человека есть существенная часть его личности и она в такой же степени подлежит охране от посягательства и насильственного присвоения, как и физические составные части личности. Существенная, главнейшая часть изобретения, открытия или усовершенствования в области материального мира заключается в новой мысли, возникшей в голове изобретателя; этой мыслью изобретатель обязан или своему особенному таланту, или еще чаще, своему упорному и продолжительному труду и образованию, или же вместе и таланту и труду. Осуществлению этой отвлеченной мысли в виде материальной ценности, обогащающей промышленность новым продуктом или новым качеством продукта, или новым приемом производства продуктов, обыкновенно предшествует период творчества изобретателя, сопряженный для него большою тратой времени, труда, расходов и требующий часто массы подготовительных, научных профессиональных, занятий и природных специальных способностей. Между тем, раз изобретательская идея воплотилась, изобретение может быть воспроизведено всяким другим, причем для воспроизведения его нет надобности в подготовительном периоде творчества, опытов, труда, в трате предварительных расходов и в связанных с этими расходами риске и случайностях, нет надобности во всех тех затратах умственных, нравственных и материальных, с которыми связано изобретение для изобретателя. Очевидно, что воспроизводящий изобретение (подражатель, контрафактор), получивший без всяких затрат готовую мысль для производства вновь изобретенного продукта промышленности, может продавать этот продукт потребителю по цене гораздо меньшей, чем цена, по которой мог бы продавать сам изобретатель, так как последний должен был бы в цену включить, кроме стоимости

производства продукта, еще стоимость всех своих предварительных расходов и эквивалент предварительной траты своего труда и времени. Таким образом, изобретатель оказался бы в менее выгодном положении, чем подражатель его, и в результате благами и выгодами изобретения воспользовались бы все другие (фабриканты и потребители), кроме самого изобретателя.

Нецелесообразность такого порядка вещей указывается двумя соображениями: во-первых, соображением несправедливости по отношению к изобретателю, который имеет законное право на возмещение и вознаграждение своего изобретательского труда со стороны общества, на пользу которого поступает изобретение, в силу тех же оснований справедливости и законности, на которых зиждется в современном обществе охрана всякого труда и обеспечение всякого частного интереса. Другое соображение то, что, не ограждая труды и дарования изобретателя, общество ослабило бы стимулы к труду, лишило бы его энергии и иссушило бы в самом зародыше гений изобретательности, который служит цивилизации и способствует благосостоянию человечества.

Такова одна точка зрения. Но есть и другая, противоположная ей точка зрения: и общество имеет право на опубликованные изобретения. Это право общества основывается на соображениях нравственных и социальных. „Как бы ни было велико участие изобретателя в первоначальном возникновении изобретения, — говорит Ренуар ¹, — все же ошибочно было бы полагать, что оно создается благодаря только ему одному, всецело рождается в его мозгу, без существования зародыша в прежние эпохи. Гений, расширяющий границы знания и увеличивающий власть человека над неразумною природою, пользуется наукой и властью разума над материею в той же степени, к которой его привели его предшественники. Каждый человек есть не только продукт своих личных способностей, но в то же время и произведение своего века, прежних веков, полученного им образования и всего виденного и пережитого им в мире. Чем богаче одарен человек, тем более пользуется он как семени, посеянными до него мудростью и наукою, так и плодами, выросшими из этих семян. Мир живет идеями, их гласность составляет одну из связей для всемирных сношений, соединяющих всех членов человеческого рода. Дозвольте же другим пользоваться вами, как вы пользовались другими, и расплачивайтесь с вашими современниками и потомками за долг, наложенный на вас современниками и отцами вашими. Человек ничего не создает — ни идей, ни вещей; он только обрабатывает, сочетает данные ему элементы и находящиеся у него под рукой материалы. Так как изобретатель заимствует эти материалы из общественного достояния, то, возвращая их приведенными в порядок, украшенными и улучшенными, он не должен жалеть, что за этот

¹ Renouard, „Traité des brevets d'invention“, 1865.

заем ему приходится платить цивилизации, которой он так много обязан".

Эти положения, верные по отношению к литературным произведениям, по мнению Ренуара, еще более очевидны в области наук и промышленных изобретений. Открытие какого-либо математического доказательства, какого-либо физического свойства материи или практического приложения к промышленности может быть сделано несколькими различными умами. Состояние науки, ее нужды, предшествующие работы могут, почти неизбежно, привести к изобретениям, над которым тот, кто их открыл, имеет часто некоторым образом лишь право первенства. Создать право безусловного владения идеею, предоставляя изобретателю и его правопреемникам вечную эксплуатацию изобретения, значило бы наперед лишить будущих изобретателей их наследства. Такое положение было бы равносильно желанию, чтобы открытия, сделанные Папином, не дали возможности развиваться плодотворным изобретениям Уатта. Вечность привилегий на изобретения сузила бы пределы мышления, сковала бы свободу наблюдения и знания, убила бы дух соревнования и обременила бы человечество вечным налогом в пользу изобретателя. Кроме того, такая монополия обрекла бы изобретения на гибель, так как она поставила бы осуществление и дальнейшее развитие их в зависимости от каприза, случайностей или от личного положения изобретателей.

К этим общим возражениям против установления привилегий некоторые писатели, преимущественно сторонники доктрины свободной торговли, прибавляют практические соображения о нецелесообразности привилегий, в виду того, что на практике большей частью привилегируются лишь малоценные изобретения, которыми обременяется промышленный мир и которые вызывают множество споров и судебных процессов, между тем как действительно ценные и полезные изобретения редко становятся предметом привилегии и во всяком случае все выгоды от таких изобретений обыкновенно ускользают от изобретателей их и попадают в чужие руки.

Таковы две точки зрения, которыми определяется сущность права на изобретение и его продукты. Сторонники первой точки зрения отрицают всякие права общества на изобретения и, признавая только права изобретателей, применяют к изобретениям все юридические положения права собственности, т. е. требуют вечной и безусловной монополии изобретателей на их изобретения. Сторонники другой точки зрения отрицают право собственности на идеи, на мысль человеческую, исходя из той точки зрения, что право собственности может распространяться только на предметы материальные, обладающие способностью быть присвоеными, мысль же человеческая не принадлежит к предметам присвоаемым, потому что, раз она обнаружена, она, подобно атомам, кружащимся в воздухе, становится достоянием всякого,

кто ее воспринимает. Поэтому она не может быть предметом собственности, ограждаемой какими-либо знаками. На этом основании они требуют полной свободы для всех пользоваться продуктами опубликованных изобретений.

Борьбой этих двух точек зрения и вытекающих из них двух противоположных принципов определяется исторический ход развития патентного права. Современные действующие законодательства о патентах представляют собою синтез двух крайних принципов, в котором находят себе применение и интересы изобретателя и интересы общества и который не признавая за изобретателем права собственности на его изобретения, вместе с тем обеспечивает ему на известный промежуток времени все выгоды, связанные с правом собственности.

Этот компромисс между интересами изобретателя и общества принят всеми законодательствами не столько по теоретическим основаниям, сколько по практическим соображениям. Практически, на основании фактов действительности и статистических данных, обнаружилось с очевидностью, что рост промышленности и успехи техники находятся в тесной зависимости от степени покровительства, оказываемого законодательством каждой данной страны промышленной собственности. Доказано, что это покровительство достигается с наибольшей продуктивностью для промышленности при системе привилегий, так как при этой системе изобретатели могут, без риска для своих интересов, публиковать свои изобретения ко всеобщему сведению, между тем как при отсутствии института привилегий изобретатели принуждены, для обеспечения себя, держать свои изобретения в секрете, вследствие чего многие изобретения, осуществление которых часто требует привлечения больших капиталов и предприимчивости, не могут быть пущены в ход и пропадают для промышленности, для науки и для общества.

Обнаружение этих данных практики относится к началу второй половины текущего столетия, когда стали устраиваться периодические всемирные выставки. Эти выставки дали возможность следить за постепенным ростом промышленности в отдельных странах и при этом оказалось, что наиболее преуспевают в области промышленности те страны, в которых промышленная собственность наиболее обеспечена покровительством закона. К этому же выводу пришел и международный конгресс в Вене в 1873 году, принявший резолюцию о необходимости в интересах развития промышленности покровительства промышленной собственности и в этих видах предложивший всем участвовавшим государствам приступить к пересмотру или введению законов о привилегиях.

Юридическая природа привилегий, т. е. основания этого института, его сущность и место, принадлежащее ему в общей системе права, — представляется столь же спорной, как и юридическая природа авторского права, с которым право изобретателя

на свое изобретение имеет полную сходственность, вытекающая из одного и того же принципа — защиты умственного труда. Как авторское право, так и патентное право рассматривается юристами с точки зрения различных теорий, стремящихся объяснить юридическую конструкцию этого института и подвести его под ту или другую категорию, установленную в систему права. Вышеизложенные теории авторского права относятся также и к патентному праву.

3

Предметом (объектом) привилегии может служить промышленное изобретение или усовершенствование, т. е. такое техническое нововведение, которое представляет или новый продукт, увеличивающий собою сумму продуктов в обороте промышленного производства, или новый способ производства уже существующих продуктов. Отсюда следует, что для того, чтобы изобретение или усовершенствование могло сделаться предметом привилегии, требуется наличие следующих условий: 1) оно должно быть ново, т. е. совершенно неизвестно в мире промышленном, и 2) оно должно иметь промышленное применение, т. е. должно обладать способностью быть реальным предметом технического производства или торгового оборота. Первое условие само собою понятно. Очевидно, не может быть привилегировано такое изобретение, которое сделалось уже общим достоянием и находится в промышленном употреблении других лиц. Установление привилегии на такое изобретение нарушило бы права, уже ранее приобретенные другими лицами, которые bona fide вступили в пользование общедоступным изобретением для промышленной эксплуатации его в пользу вновь явившегося правообладателя, а это противоречило бы основным началам современного гражданского строя, в котором каждому обеспечивается сфера раз приобретенных прав. Но самое определенное требование условия новизны представляет часто на практике весьма значительные затруднения и составляет весьма трудную задачу как для законодателя, так и, еще более, для учреждений, на которые возлагается разрешение ходатайств о привилегиях. Прежде всего, к какому моменту должно быть приурочено требование новизны, т. е. при каких условиях времени и места изобретение делается не, новым? Большинство западно-европейских законодательств приурочивает новизну к моменту подачи заявления об изобретении патентному учреждению. Новым оно будет, если до момента заявления оно не было нигде в употреблении или не было опубликовано в общедоступных произведениях печати и описано с такою подробностью, при которой каждому возможно было бы его воспроизвести. При этом по большинству законодательств наличие предшествующего описания, устраняющего новизну изобретения, не ограничивается ни относительно времени, ни относительно места, т. е.

изобретение теряет новизну, какой бы не был промежуток времени между предшествующим описанием и подачей заявления и в каком бы месте не появилось это описание — на родине или за границей.

Относительно места опубликования предшествующего описания представляется большая затруднительность для иностранцев, которые могут лишиться права на получение патента в какой-либо стране, после того как их изобретение было описано в официальном издании патентного учреждения их родины, так как для чужой страны тут есть наличие предшествующего заявлению описания изобретения, устраняющая новизну. В некоторых законодательствах (Герм., Австр.) это неудобство устраняется специальным правилом по которому за иностранцем сохраняется право на патент в течение известного срока (3-6 месяцев) со дня обнаружения описания за границей в официальном издании (но не в частном издании, в котором появление описания уничтожает силу правила). Английское законодательство вносит еще то ограничение, что заграничное печатное описание не должно находиться в какой-либо публичной библиотеке страны.

Кроме того, для стран, вошедших в состав международного союза покровительства промышленной собственности, международной конвенцией 1883 г. установлено, что за обладателем патента в одной из стран союза сохраняется преимущественное право (приоритет) на получение патента во всех других странах союза, в течение 6 месяцев (для заморских стран — 7 месяцев), несмотря на обнаружение и публичное употребление изобретения в стране первоначального патента.

По нашему закону (декрет ЦИК'а и СНК СССР от 12 сентября 1924 г.) изобретение не признается новым, если оно ко времени заявки было в пределах Союза ССР или за границей полностью или в существенных частях описано в печатном произведении настолько открыто, что могло быть воспроизведено сведущим лицом (ст. 2). При исследовании новизны изобретения в основание экспертизы кладется, главным образом, общетехническая литература, предшествующие привилегии и патентные заявки. Иностранная печатная литература принимается во внимание только по мере возможности. Однако, в порядке протеста (ст. 38) или производства о признании выданного патента недействительным (ст. 21), третьи лица могут возражать против выдачи патента, основываясь также на том, что изобретение полностью или частично известно из опубликованных иностранных патентов (ст. 36).

Опубликование изобретений может еще иметь место при участии изобретателей на международных или национальных выставках — публичным выставлением или демонстрированием изобретений на выставках. Чтобы не удерживать изобретателей, не успевших еще заручиться патентом, от участия на выставках и чтобы устранить связанный для них риск потери права на

патент, вследствие предшествующего заявлению опубликования изобретения, некоторыми законодательствами (швейц., австр., франц. законод. и также по междунар. конвенции) установлены так называемые выставочные патенты, которые обеспечивают изобретателю в течение известного срока после закрытия выставки право на получение патента (приоритет). Это положение принято и нашим законом в ст. 22.

Второе условие, которому изобретение должно удовлетворять, чтобы быть предметом привилегии, — оно должно иметь промышленное применение.

Предметом привилегии не может служить отвлеченная идея, напр., какая-нибудь научная формула, без осуществления ее в реальных формах в виде конкретной вещи. На этом основании не может быть предметом привилегии и открытие какого-нибудь нового закона природы или открытие существующих в природе и до тех пор неизвестных элементов и сил. Некоторые законодательства относят к числу открытий и изобретения в области химии и не выдают патентов на новые химические вещества и их приготовление. При чем одни законодательства не выдают патентов только на самые химические вещества, но защищают способы их приготовления (герм., русск.), другие не дают патентов и на способы приготовления химических веществ (швейц. зак., по которому привилегии выдаются только на такие изобретения, которые могут быть представлены в модели), третьи (франц., англ., Соед. Штаты) допускают привилегии на химические вещества только в том случае, если они дают новые технические результаты в области промышленности (напр., новые краски).

В виде исключения из общего правила о защите промышленных изобретений, почти все современные законодательства не распространяют этой защиты на изобретения, противные законам и добрым нравам, на продукты, относящиеся к народному продовольствию (пищевые и вкусовые вещества), на лекарственные вещества, и способы их приготовления. Также исключаются изобретения, относящиеся к обороне страны (боевые орудия, военные снаряды и т. п.), также по некоторым законодательствам исключаются орудия передвижения (пароходы, локомотивы), прибывающие в страну на время¹.

Все эти изъятия вызываются соображениями публичного интереса, не допускающего привилегирования таких изобретений, которые касаются общественного блага или общегосударственных потребностей и которые поэтому не могут быть изъёмлемы из общего пользования и служить объектом частной собственности.

¹ По нашему закону, патенты выдаются на новые изобретения, допускающие промышленное использование. Патенты не выдаются на вещества лечебные, пищевые и вкусовые, а равно полученные химическим путем. Однако, патенты на новые способы изготовления таких веществ выдаются. Патенты не выдаются на изображения, применение которых было бы противно закону (ст. 1).

Субъектом привилегии, т. е. правоспособным к получению привилегии, признается изобретатель или первый заявитель. Большинство законодательств не требует проверки принадлежности изобретения: изобретателем или его правопреемником считается в глазах патентного учреждения тот, кто является первым просителем привилегии¹. По другим законодательствам субъектом патента признается только изобретатель и поэтому заявитель должен доказать (в Соед. Штатах присягой), что он действительный и первый изобретатель. В странах, где правоспособным к получению привилегии признается первый заявитель, в случае если сделаны одновременно два или аналогичные заявления, патент выдается или на общее имя, или, по рассмотрении обстоятельств дела, тому, за кем признан будет приоритет. Для обладания патентом не требуется дееспособности. Право на получение патента предоставляется одинаково подданным и иностранцам. В отношении иностранцев и, вообще, лиц, проживающих за границей, во всех законодательствах установлено, что при подаче заявления они обязаны указать своего представителя, проживающего в стране, и местожительство его для определения подсудности в случае возникновения исков к обладателю патента².

В некоторых новейших западно-европейских законодательствах особо рассматривается вопрос о принадлежности права на патент на изобретения, сделанные фабричными рабочими или служащими или должностными лицами. Вопрос этот выдвинут новейшими условиями развития фабрично-технической промышленности, создающими во многих случаях фактическую и юридическую общность прав владельцев предприятий и рабочих или служащих на извлечение выгод из сделанных последними изобретений. По общему правилу, в тех случаях, когда рабочий или служащий состоит на службе с специальным назначением своей работой содействовать усовершенствованию производства, право патента на изобретение, сделанное им в этом направлении, принадлежит владельцу предприятия, а не ему. Если же изобретение в круг служебных обязанностей рабочего или служащего не входит, то право патента принадлежит рабочему, а не владельцу, хотя бы изобретение было сделано во время службы и в помещении предприятия. По другим законодательствам, разрешение вопроса о принадлежности патента зависит от наличия договора по сему предмету между владельцем предприятия и рабочим: при отсутствии такого договора, владелец предприятия не может претендовать на изобретение. Заслуживает внимания постановление австрийского закона 1897 г., признающее недействительными договоры между владельцем предприятия и рабочими, по которым последние отказываются от участия в выгодах от своих изобретений. В нашем законе указанный вопрос разрешается

¹ Декрет 12 сентября 1924 г., ст. 3-4.

² Ст. 5 декрета 12 сентября 1924 г.

следующим образом: изобретатель, работавший в то время, когда он сделал изобретение, в предприятии, сохраняет право на получение патента на свое имя. Договор с владельцем предприятия об отказе от права на будущее изобретение, если изыскание такого не входит в круг служебных обязанностей изобретателя, недействителен. Право на получение патента на изобретение, сделанное изобретателем в связи с его работой в предприятии, переходит к владельцу предприятия, если деятельность изобретателя по ходу его служебных обязанностей должна была быть направлена именно на изыскание этого рода изобретения, о чем заключено было письменное соглашение, и если притом изобретение не выходит за пределы данного ему предприятием задания (декрет 12 сентября 1924 г., ст. 6).

Начальным моментом права на патент считается день подачи в патентное учреждение заявления об изобретении с приложением его описания. С этого момента изобретение считается закрепленным как в отношении его признаков, так и в отношении личности заявителя, и никакие изменения по существу изобретения не допускаются. Некоторые законодательства допускают изменения в описании, имеющие лишь формальный характер или второстепенное значение, но только в течение известного кратковременного срока. Всякие другие изменения, относящиеся к существу изобретения, должны быть предметом другого дополнительного патента, срок которого обыкновенно истекает одновременно с окончанием главного патента. По нашему закону (ст. 35), до постановления об опубликовании заявки заявитель имеет право вносить в описание и в чертежи исправления, не изменяющие существа заявки. После этого срока и до момента передачи описания для напечатания патента допускаются лишь незначительные формальные исправления (описок, неточностей в выражениях и т. п.).

Особое положение в этом отношении занимают законодательства Соединенных Штатов, Англии и Швейцарии, в которых принята система предварительных заявлений, имеющих целью защиту приоритета на изобретения, еще незаконченные и еще находящиеся в периоде концепции. В Соединенных Штатах существует система *saveat*'ов, которая заключается в том, что изобретатель может представить в патентное учреждение предварительное описание изобретения в общих чертах, без представления модели и чертежей, и получить от патентного учреждения *saveat*. Это описание хранится в патентном архиве в течение года, в течение которого изобретатель может продолжать работать над окончанием своего изобретения, при чем патентное учреждение уведомляет его о каждом заявленном аналогичном изобретении. До истечения известного срока со дня получения *saveat*, за изобретателем сохраняется право представить законченное описание и просить о выдаче патента, при чем приоритет его приурочивается к моменту получения *saveat*. В Англии

предварительное заявление заключается в представлении описания, указывающего только сущность или общий принцип изобретения, без модели и подробностей осуществления изобретения. В течение 9 месяцев сохраняется за изобретателем приоритет на это изобретение с тем, что по истечении этого срока он должен представить детальное описание с заявлением ходатайства о выдаче патента. Защита прав изобретателя против контрафакции начинается только со дня второго заявления, а не первого, обеспечивающего ему лишь приоритет. В Швейцарии промежуток между предварительным и окончательным патентами — 3 года. Этот срок дается изобретателю на представление модели и в течение этого срока охраняется его приоритет, но не дается защиты против контрафакции.

В отношении порядка выдачи патентов существуют двоякого рода системы: система предварительной проверки заявлений и система явочная. Соответственно этому законодательства распадаются на две группы. Система предварительной проверки принята в законодательствах России, Германии, Австрии, Англии, Соединенных Штатов, Швеции, Норвегии и Дании. При этой системе на патентное учреждение возлагается производство исследования патентоспособности изобретения, т. е. отвечает ли оно требованиям новизны, добросовестности, целесообразности и т. д. Производство распадается на несколько стадий и часто представляет собою весьма сложную задачу, требующую большого персонала компетентных специалистов по всем отраслям техники и промышленности. С этой системой связан вызывной порядок, как одна из стадий его: после опубликования заявления всякий желающий может представить патентному учреждению возражения и протесты против заявленных изобретений.

Другая система — явочная — действует во Франции, Бельгии, Швейцарии, Венгрии, Италии, Испании, Португалии, Японии и Бразилии. При этой системе патентное учреждение ограничивается только регистрацией поданного заявления, не беря на себя труда проверки патентоспособности изобретения. Изобретателю достаточно представить описание своего изобретения, и, если его заявление с формальной стороны отвечает установленным требованиям, то патент ему выдается немедленно. Только в случае споров и возражений против патента возникает производство для проверки основательности этих возражений. Каждая из этих систем имеет свои удобства и неудобства. Система явочная, несомненно, гораздо проще системы предварительной проверки: она наиболее удобна как для изобретателя, значительно ускоряя процедуру получения патента, так и для государства, не требуя от его органов большой траты средств и сил. Но, с другой стороны, эта система весьма рискованна, так как при ней открывается возможность злоупотреблений, возможность получения патентов на мнимые изобретения, ради недобросовестной рекламы и вовлечения в невыгодные сделки доверчивых людей. Нечто среднее между этими

системами представляет система исключительно вызывного порядка, принятая венгерским законом. По этому порядку, выдаче патента предшествует опубликование ко всеобщему сведению содержания испрашиваемого патента с предложением всем желающим представить в течение известного срока свои возражения, и если таковые от кого-либо поступают, то патентное учреждение приступает к проверке; в противном случае патент выдается без проверки.

В интересах общей пользы, всеми законодательствами установлена срочность патента. Максимальный срок, на который может быть выдан патент, в большинстве стран — 15 лет, в Соедин. Штатах — 17 лет., в Бельгии — 20 л., в Англии — 14 л., у нас — 15 л. Срок начинается обыкновенно со дня подачи заявления, у нас — со дня опубликования патента. Патент прекращается по истечении законного срока, в случае неуплаты пошлины и по судебному решению. Кроме того, во всех законодательствах поставлено условие, что изобретение не позднее известного срока должно быть приведено в действие; в противном случае действие патента признается прекратившимся. У нас такой срок определен в 5 лет с момента выдачи патента, в других странах — 3 или 2 года.

Во многих западно-европейских законодательствах (Германия, Австрия, Швейцария, Англия) установлено принудительное дозволение эксплуатации изобретения (Licenzzwang): если по истечении трехлетнего срока со дня установления патента собственник его ни сам не приступает к приведению изобретения в действие, ни другим не дает разрешения на эксплуатацию изобретения, несмотря на предлагаемое ему другими лицами достаточное вознаграждение и гарантию, то патентное учреждение, если оно признает осуществление данного изобретения полезным в интересах местной промышленности, может дать разрешение на эксплуатацию изобретения против воли изобретателя и определить вознаграждение по своему усмотрению.

Такое же принудительное разрешение на эксплуатацию изобретения может быть дано и в том случае, если этого разрешения требует обладатель патента зависящего, т. е. такого, который связан с другим ранее выданным патентом и без осуществления последнего не может быть приведен в действие.

Также по нашему закону, если ни патентообладатель, ни держатель лицензии (т. е. лицо, получившее от патентообладателя разрешение на использование изобретения в определенном отношении) не осуществили изобретения в течение указанного пятилетнего срока в пределах Союза ССР, то всякое заинтересованное учреждение или лицо имеет право возбудить перед Комитетом по Делах Изобретений ходатайство о выдаче ему принудительной лицензии, размер вознаграждения по которой устанавливается судом. Если на суде будет доказано, что неосуществление изображения произошло умышленно, то патентообладатель по постановлению суда лишается патента (ст. 18).

Привилегия, составляя имущественное право, может быть предметом различных гражданских сделок: она может переходить к другим лицам в целом или в частях, по договору продажи, по наследству, по завещанию, может быть заложено, отдано в аренду, в залог и т. д. Вместе с тем распоряжение привилегией может подлежать тем же ограничениям в общественном интересе, как и всякое другое имущество, может подлежать экспроприации в пользу государства и на общую пользу и т. д. Некоторые законодательства (Германия, Австрия) устанавливают право сервитута в патенте. Именно, если до установления патента кто-либо добросовестно пользовался патентом или сделал необходимые затраты для осуществления изобретения, то он имеет право пользоваться изобретением и после выдачи патента, но исключительно для нужд своего предприятия и с тем ограничением в праве пользования, что переуступить его другим лицам он может не иначе, как вместе с предприятием, которому служит изобретение. Это положение принято и нашим законом — в ст. 16.

Ограничение прав патентообладателя в интересах государственных подробно регламентируется в нашем законе. Патент на изобретение, относящееся к области или государственной обороны, или имеющее особо важное значение для страны, может быть, при отсутствии добровольного соглашения, принудительно отчужден в пользу государства особым в каждом отдельном случае постановлением Совета Труда и Обороны. Также в пользу государственных учреждений и предприятий может быть установлена за соответствующее вознаграждение принудительная лицензия в пределах потребностей учреждений или предприятий во время установления лицензии. Общие условия и порядок принудительного отчуждения и установления принудительных лицензий, их оценки и уплаты вознаграждения определяются особыми правилами (декрет 12 сентября 1924 г. ст. 15, прилож.).

4

Право на изобретение, как и авторское право, имеет не только имущественный, но и личный характер. Личный характер выражается в том, что, как устанавливается в ст. 7 нашего закона, „действительный изобретатель имеет право на то, чтобы имя его, как автора изобретения, было отмечено в патенте, выданном на его изобретение; если патент был выдан на имя правопреемника без указания имени действительного изобретателя, то последний сохраняет право требовать опубликования его имени, как действительного изобретателя“.

Имущественный характер права на изобретение вытекает из того, что патентообладатель имеет исключительное право осуществлять в виде промысла принадлежащее ему изобретение, а именно: изготовлять, продавать, вводить в оборот или, вообще, употреблять предмет изобретения в промышленных целях, при чем

действие патента, ограждающего способ, простирается также на все продукты, полученные непосредственно по этому способу (ст. 9). Патентообладателю также принадлежит право отчуждить патент в полном объеме или с ограничением его действия, а также передать его по наследству, а равно выдать на основании своего патента лицензию (разрешения) на использование изобретения в определенном отношении (ст. 10).

Оба эти права — личное (право изобретателя) и имущественное (право патентообладателя) — получают правовую охрану в двойном порядке: уголовном и гражданском¹.

Нарушение изобретательского права определяется в ст. 198 Угол. Код., как „самовольное пользование в корыстных целях чужим изобретением или привилегией, зарегистрированными в установленном порядке“, т. е. изобретением, относительно которого была сделана заявка изобретателем или его правопреемником в Комитет по Делах Изобретений, согласно ст. 27, и выдано заявочное свидетельство (ст. 31). Из смысла ст. 198 Угол. Кодекса вытекает, что изобретение, относительно которого не сделано заявки и не выдано заявочного свидетельства, не пользуется охраной закона. По аналогии с авторским правом, такое изобретение приравнивается к произведению литературы и искусства, не получившему объективной формы в виде рукописи или печатного издания, которое также не пользуется правовой охраной. Сравнением этим, однако, не покрываются эти два различных вида продукта творческой деятельности: необъективировавшееся во вне произведение литературы и искусства остается в голове автора и не существует для внешнего мира; изобретение же, хотя бы и не заявленное и патентным учреждением не зарегистрированное и не опубликованное, может иметь реальное существование, если оно изобретателем фактически осуществляется применением его в каком-либо производстве или техническом процессе или в каком-либо ином виде промышленного использования. Следовательно, тут возможно „самовольное пользование чужим изобретением“ и нарушение прав изобретателя. Однако, в интересах развития техники и промышленности, все законодательства допускают охрану изобретательского права только в отношении изобретений, в установленном порядке привилегированных.

В гражданском порядке охрана изобретательского права может возникать еще до выдачи привилегии. Согласно ст. 8 декрета 12 сентября 1924 г., если изобретение было заявлено лицом, не имеющим права на получение патента на данное изображение, то действительно управомоченное на получение патента лицо может в течение всего времени производства дела о выдаче

¹ Ст. 23 декрета от 12 сентября 1924 г. гласит: нарушение прав изобретателей, а также прав патентообладателей карается в уголовном порядке. Ответственность за имущественный ущерб определяется гражданскими кодексами соответствующих республик.

патента возбудить ходатайство в Комитете по Делах Изобретений о признании заявки недействительной, а также имеет право в течение трех лет со дня опубликования патента предъявить иск в судебном порядке о признании патента недействительным. Основанием такого ходатайства или иска может служить или отсутствие указанных в ст. 1 и 2 условий, необходимых для патентования изобретения, или то, что лицо, заявившее изобретение к патентованию, не является действительным изобретателем или законным правопреемником такового.

Гражданская ответственность за ущерб, причиненный нарушением прав изобретателя, определяется на общих основаниях возмещения вреда, согласно ст. 403 Гр. Кодекса, по которой основанием возмещения вреда является нарушение общей обязанности всякого члена общества не вторгаться, без особого на то уполномочия закона, в личную или имущественную сферу других членов общества.

III. ПРАВО НА ПРОМЫШЛЕННЫЕ ОБРАЗЦЫ (РИСУНКИ И МОДЕЛИ)

1

В нашем законе об авторском праве (декрет от 30 января 1925 г.) в ст. 2, содержащей примерный перечень произведений литературы, науки и искусства, на которые распространяется авторское право, — не упоминается о художественных произведениях, как об отдельной категории произведений искусства. Вместо этого общего понятия, закон перечисляет следующие виды художественных произведений: рисунки, произведения живописи, скульптуры, архитектуры и графических искусств, иллюстрации, географические карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к наукам, технике или к постановке на сцене драматического, либо музыкально-драматического произведения. Разумеется, это перечисление не исчерпывающее, а примерное; общим образом оно обнимает произведения изобразительных искусств.

Однако, не все такие произведения могут считаться художественными и признаваться объектом художественного авторского права. Таковыми могут считаться только такие, которые имеют своей целью возбуждать в зрителе эстетические эмоции. В этом заключается отличие произведений изобразительных искусств от произведений прикладного искусства, т. е. художественно-промышленных произведений и также от литературных произведений. Рисунки и чертежи, служащие знанию, как графические, топографические, астрономические, естественно-научные, архитектурные и т. п., заключающие в себе не художественную идею, а научное или техническое понятие и служащие не эстетике, а научной мысли, — относятся не к искусству, а к литературе и защищаются как объекты литературного авторского права.

Художественно - промышленные произведения защищаются на других основаниях и в другом порядке, чем объекты художественного авторского права, нормируемого декретом от 30 января 1925 г., именно, на основании постановления ЦИК'а и СНК Союза ССР от 12 сентября 1924 г. „О промышленных образцах (рисунках и моделях)“¹⁶. Этим постановлением устанавливается, согласно ст. 1, право на образцы: а) новые по виду или форме художественно - промышленные рисунки, предназначенные для воспроизведения в соответствующих изданиях и, б) новые по виду, по форме, по устройству или расположению частей модели, предназначенные для промышленности, кустарного производства, торговли, ремесла, домашнего обихода и, вообще, для всякой работы.

Эти два вида исключительного права — на произведения чисто художественные, защищаемые декретом об авторском праве, и на произведения художественно - промышленные, защищаемые правилами постановления о рисунках и моделях, — весьма существенно различаются между собою во многих отношениях своей юридической конструкции — в отношении момента и условий возникновения права, содержания его, продолжительности, прекращения и порядка защиты. Между тем и тот и другой вид исключительного права тождественны между собою в том отношении, что одинаково имеют объектом своим не телесную вещь, но материальную форму произведения, а то внутреннее содержание его, которое составляет результат творческой фантазии художника и служит к возбуждению у нас эстетических эмоций. Один и тот же художник или скульптор может быть субъектом того или другого права, одно и то же произведение художника или скульптора может быть объектом того или другого права. Возьмем для иллюстрации следующий пример. Художник сделал рисунок, изображающий, например, какую - либо историческую сцену или аллегорические фигуры, который затем фабричным путем воспроизведен на обоях или на фаянсе; или скульптор сделал оригинальную скульптурную группу, которая послужила моделью для фабричного производства своеобразного фасона чернильницы или пепельницы. Мы тут имеем объект права в смысле постановления о промышленных образцах, и художник и скульптор могут пользоваться защитой только в пределах и в порядке, указанных этим постановлением. Но если бы тот же самый рисунок художника был в раме повешен на стене, или та же скульптурная группа была поставлена на пьедестале, то мы имели бы уже не право на рисунки и модели, а авторское право на произведения искусства в смысле декрета от 30 января 1925 г. „об основах авторского права, и те же художник и скульптор пользовались бы всей полнотой защиты по этому закону. Объект и субъект права в обоих случаях те же самые, и вся разница заключается лишь в том, что в первом случае продукт творческой деятельности художника или скульптора воспроизведен химическим или механическим путем на изделиях промышленности. Но сам по себе этот отличительный

способ воспроизведения не может обуславливать собою превращение художественного произведения из объекта права, в смысле декрета об авторском праве, в объект права, в смысле постановления о рисунках и моделях. Ибо, по ст. 3 „автору принадлежит исключительное право всеми возможными способами воспроизводить и распространять свое произведение“, а из этих всех возможных способов воспроизведения, разумеется, не может быть исключено воспроизведение каким - либо способом на изделиях промышленности.

Таким образом, мы имеем в нашем законодательстве двойственную защиту произведений художника или скульптора. Но при этом мы не имеем в законе никаких указаний относительно того, при каких условиях применяется одна защита и исключается другая защита. Декрет 30 января 1925 г. обходит этот вопрос полным молчанием, при чем это умолчание следует признать не случайным, а сознательным оставлением без разрешения вопроса, который, как увидим ниже, является трудно разрешимой проблемой, так как фактически трудно точно установить границы между чистым и прикладным художественным творчеством, и поэтому на практике, несомненно, встречаются такие выдающиеся произведения прикладного искусства, которые должны ограждаться в качестве произведений художественных. Эта проблема не получила прямого разрешения в западно - европейских законодательствах и вызывает колебания в судебной практике. По этой причине авторские права в отношении художественной промышленности не получили общего признания и в международной Бернской Конвенции, в которую включена оговорка о том, что произведения так называемые art appliqué ограждаются лишь постольку, поскольку это разрешается внутренним законодательством каждой из отдельных стран (ст. 2 п. 4).

Между тем, разграничение между собственностью художественною и собственностью художественно - промышленною для установления различного порядка защиты того или другого вида собственности настойчиво требуется как интересами искусства, так и интересами промышленности. Очевидно, что для художника или скульптора далеко не безразлично, при наличии столь существенной разницы между указанными двумя порядками защиты, какой защитой пользоваться, по закону ли об авторском праве или по закону о промышленных образцах. С другой стороны, и в интересах промышленности не безразлично, будут ли произведения художественно - промышленные, при быстрой смене и разнообразии потребностей моды и рынка, подлежать закреплению за художником лишь в пределах закона о праве промышленном или же в размерах закона о праве авторском.

Отсюда возникают следующие вопросы, имеющие весьма значительную практическую важность.

В чем заключается общая принципиальная разница между произведениями художественными, т. е. произведениями чистого

искусства, и произведениями художественно-промышленными, т. е. произведениями прикладного искусства? В каких случаях и при каких условиях произведения художника или скульптора являются объектом того или другого из двух действующих законов о защите произведений художественного творчества? Может ли художественное произведение одновременно быть предметом защиты и по закону об авторском праве, и по закону о рисунках и моделях?

Эти вопросы, как уже указано, составляют трудно разрешимую проблему, на которой, на протяжении почти столетия, беспрерывно останавливается внимание законодателей и разрешение которой лишь в самое последнее время, в законодательстве французском и отчасти в законодательстве германском, приняло новое направление. Основные черты этой проблемы выступают яснее всего при ознакомлении с историческим ходом развития французского законодательства о фабричных рисунках и моделях.

2

Защита произведений прикладного искусства исторически предшествовала защите произведений чистого искусства. Защита последних возникла лишь в новейшее время, по мере развития общего понятия об интеллектуальной собственности, как объекте авторского права. Произведения же прикладного искусства, тесно связанные с развитием индустрии и с интересами промышленников, издавна требовали установления законной защиты в видах устранения фабричных подделок торговли промышленной конкуренции. Поэтому уже в 1737 г., по ходатайству лионских фабрикантов шелковых изделий, был издан регламент, устанавливающий конфискацию шелковых материй, сделанных по заимствованному рисунку, и подвергающий подделывателей рисунка уголовному наказанию. Затем ордонанс 19 июня 1744 г. более точно и формально определяет исключительное право фабрикантов на их рисунки, не устанавливая при этом никакого срока продолжительности его, а ордонанс 3 февраля 1778 г. распространяет его не только на шелковое производство, но и на вышивальни и ткацкие мануфактуры. Однако, все эти законы относятся исключительно к лионским фабрикантам, производство которых пользовалось особенным покровительством государства. Законом 14 июля 1787 г. защита рисунков (исключительно шелковых изделий) распространена на всю территорию, при чем защита ограничена 15 годами для материй, предназначенных для мебели и орнаментов в церквях, и 6 годами — для материй, предназначенных для платья и другого употребления. Вместе с тем впервые в этом законе устанавливается обязанность изобретателя рисунка, раньше обращения его в продажу, представлять правительственному учреждению оригинальный эскиз или образец, — под страхом в противном случае лишиться привилегии. Кроме производства шелковых изделий, все другие производства продолжают оставаться без защиты.

Отдельно от рисунков получили защиту модели в законах 11 июля 1702 г. и 16 июля 1766 г., предоставивших исключительное право на модели только членам определенных корпораций и цехов по скульптурным работам, и в специальном законе 17 января 1787 г., касающемся подделки фигур, групп и животных, фабрикуемых в мануфактуре севрского фарфора. Все эти законы не определяют срока продолжительности и не устанавливают никаких формальностей.

Таким образом, до Великой Революции не существовало во Франции (и ни в какой другой стране) общего законодательства о защите фабричных рисунков и моделей на общих основаниях и для всех отраслей промышленности. Существовали только отдельные регламенты, касавшиеся известных отраслей или, вернее, корпораций, имея характер привилегий для этих корпораций, которых не имели другие корпорации. При этом законы эти не делали различия между чистым искусством и искусством, примененным к промышленности; все произведения художественного искусства, какого бы они ни были достоинства и назначения, были одинаково защищаемы, если авторы извлекали из них выгоду. Если эти законы делали какую либо разницу между произведениями, то она вытекала не из природы произведений, самих по себе, а из различия корпораций, к которым относились эти законы, и которые, по общему характеру законодательства того времени, пользовались покровительством закона в различных степенях и размерах¹.

Революционные законы, уничтожив всякие корпорации, цехи и сословия тем самым уничтожили все регламенты, имевшие корпоративный характер. На место вышеупомянутых регламентов о защите рисунков и моделей были изданы два закона: закон 17 января 1791 г. о патентах на изобретения и закон 19-24 июля 1793 г., действующий и по настоящее время, первый из изданных впоследствии в других странах законов об авторском праве, предоставляющий широкое покровительство „авторам сочинений всякого рода, композиторам, живописцам и рисовальщикам“.

Закон 19-24 июля 1793 г. имел в виду предоставить всем художникам и рисовальщикам одинаковую защиту, безразлично к художественному достоинству и назначению их произведений и независимо от того, применяются ли они к предметам потребления или не применяются. В виду отсутствия в законе этого различия, судебная практика применяла этот закон и к фабричным рисункам и моделям, при чем такое толкование закона она основывала, главным образом, на том, что он распространяет защиту рядом с художниками и на рисовальщиков „dessinateurs“, не исключая из их числа тех рисовальщиков, которые отдают свои рисунки для применения к фабричным изделиям.

¹ См. Pouillet, Traité theorique et pratique des dessins et modeles, 1911.

Однако, неполнота и неясность закона 1793 г. давала повод к колебаниям в судебной практике и к сомнениям в литературе — относительно того, распространяется ли он также на защиту промышленных рисунков и моделей. Вследствие этого промышленники чувствовали себя в неопределенном положении и некоторые из них, в особенности лионские фабриканты шелковых изделий, по старой традиции домогались издания специального закона в их пользу. После поездки Наполеона в Лион, где он встретил весьма торжественный прием со стороны фабрикантов, по его приказанию было приступлено к изготовлению законопроекта, удовлетворяющего ходатайство лионских фабрикантов об устранении часто повторяющегося плагиата в рисунках шелкового производства.

Такой закон был обнародован 18 марта 1806 г. — закон об учреждении „Совета сведущих людей в Лионе“ (Conseil de prud'hommes à Lyon). По этому закону каждый фабрикант, желающий сохранить за собою, путем возбуждения преследования в судебных инстанциях за подделки, право собственности на свой рисунок, обязан представить в „Совет сведущих людей“ запечатанный пакет с заявлением и с образцом рисунка. Совет ведет регистрацию этим пакетам и выдает просителям удостоверение с обозначением номера регистра и даты заявки. Депозит образцов имел целью обеспечить фабриканту приоритет рисунка в случаях споров между изобретателями одного и того же рисунка. Но, кроме того, он преследовал еще другую цель общественного характера, которую докладчик закона выразил в следующих словах: „Если, говорил он, верно, что в отношении рисунков, как во всех других родах искусства, источник идей почти всегда один и тот же, что то, что кажется новым, есть не что иное, как то, что заимствуется из времен прошедших, лишь с изменением расположения форм и нюансов красок, — то депозит столь многих моделей, работ столь многих художников, творений столь многих воображений, произведений столь различных вкусов — будет богатой сокровищницей, куда будут обращаться в будущем индустрия, себя исчерпавшая, и вкус пресыщенный, чтобы искать возможности себя оживить и воодушевить“....

Закон 1806 г. относился исключительно к г. Лиону и к шелковому производству, но затем, по ходатайству отдельных промышленных центров, закон постепенно, на основании правительственных ордонансов, получил общее повсеместное применение и для других отраслей промышленности, при чем Советы сведущих людей были учреждены во многих округах Франции.

По мере расширения применения закона 1806 г., получилась специальная система защиты фабричных рисунков и моделей и таким образом оказались действующими два закона, обеспечивающих защиту художественной формы: закон 1793 г. и закон 1806 г. Закон 1793 г., возникший из уничтожения старого корпоративного режима, установил новый порядок вещей, заменив

защиту чисто личную, которую раньше пользовались отдельные авторы чрез посредство поглощавших их корпоративных групп, совершенно иною концепцией защиты, имевшей в виду произведение само по себе, независимо от формальных условий или профессии автора. Этот новый принцип защиты произведения независимо от качества его автора должен был логически привести к уничтожению всякого различия между творениями формы: все произведения формы должны пользоваться одинаковою защитой. Между тем закон 1806 г., установивший специальную защиту фабричных рисунков и моделей, ввел другой принцип, основанный на различии между чистым искусством и прикладным искусством, между художником и промышленником. Эти два закона нужно было на практике примирить и установить область применения каждого из них. Попытки в этом отношении продолжались в течение целого столетия, без успеха, который логически и не мог быть.

Судебная практика, в виду этой двойственности законодательства, сначала склонна была рассматривать закон 1806 г., как дополнительный к закону 1793 г., именно лишь в отношении порядка депозита фабричных рисунков и моделей; самые же рисунки и модели она считала подлежащими защите по закону 1793 г., распространяющемуся на все произведения художников и скульпторов, хотя и примененные к промышленности. Но затем практика стала останавливаться на разрешении в каждом отдельном случае вопроса о том, что следует понимать под понятием „рисунок“ в смысле закона 1806 г.: следует ли ограничить это понятие только рисунками на произведениях ткацкой работы, считать ли рисунками только внешний вид ткани, материи, производимой тем или иным способом тканья, распространять ли защиту по закону 1806 г. только на рисунки плоскостные или же также в рельефе, т. е. на самую форму предмета, и т. п. вопросы. Все эти вопросы разрешались разнообразно, без общей идеи, в каждом данном случае, в зависимости от отдельных моментов и тех или других поводов, привлекавших внимание судьи. Разнообразие решений увеличивалось в особенности после того, как кассационный суд признал все эти вопросы вопросами факта, разрешаемыми судебными инстанциями по существу и не подлежащими проверке в кассационном порядке.

3

Чтобы установить критерий для различения областей законов 1793 г. и 1806 г., т. е. для различения между произведениями художественными и произведениями художественно-промышленными, в судебной практике и в литературе выдвигались разные теории, из которых отметим следующие:

1) Теория, основанная на способе репродукции художественного произведения. Эта теория нашла свое выражение в определении французского государственного совета 1823 г.,

в котором было разъяснено, что закон 1793 г., относясь исключительно к произведениям, принадлежащим к области изящных искусств, не может быть применен к рисункам, предназначенным быть отпечатанными на бумаге для обоев, потому что, несмотря на огромный успех, достигнутый этой фабрикацией, и хотя она подражает картинам и гравюрам, способы производства тут исключительно механические, при посредстве которых рисунки могут быть легко воспроизведены всяким, даже не имеющим никакого опыта в искусстве. Таким образом, рисунок или модель будет подлежать или не подлежать закону 1806 г., в зависимости от того, будет или не будет размножение его происходить механическим путем.

Критикуя эту теорию, Pouillet указывает, что, следуя ей, пришлось бы прийти к самым невозможным выводам, что, напр., мраморная статуя, полученная путем механической репродукции с оригинала, или гравюра, сделанная прессом, должны быть защищаемы законом 1806 г., между тем как, напротив, корзина, сплетенная рукою корзинщика, является произведением в смысле закона 1793 г.; рисунок кружев, несомненно, фабричный рисунок, а между тем кружева обыкновенно делаются рукою. Ясно, что право на рисунок не может зависеть и обуславливаться способом фабрикации. Закон не должен делать розысканий, получается ли рисунок тиснением, тканьем, вышиванием или другим способом; он имеет в виду действие, а не причину, произведение в его художественном воздействии на наше зрительное чувство, а не способ, которым оно производится.

2) Наиболее часто выдвигавшаяся в судебной практике и наиболее разработанная в литературе — теория назначения. Согласно этой теории, решающим моментом является та цель, которая непосредственно и объективно осуществляется произведением по его назначению и внутреннему содержанию. Эта теория в особенности имеет распространение среди немецких писателей. Так, Hagim видит центр тяжести в самостоятельном назначении произведения искусства: „оно должно быть произведено само для себя, исключительно для цели созерцания, а не для какой-либо внешней цели потребления; иначе оно теряет свое значение как самостоятельное произведение, а должно быть рассматриваемо как принадлежность данного промышленного произведения, на которое постановления об авторском праве не могут распространяться“. Так же высказывается Mandry: „принципиально имеет значение то противоположение, что всякий продукт человеческой деятельности, который не имеет исключительно целью удовлетворение чувства красоты в созерцателе и участие его в художественной мысли творца произведения, — попадает в область индустрии, а не искусства в широком смысле“. Wöchter, присоединяясь к этому взгляду, указывает вместе с тем, что решающим является объективное назначение произведения, а не субъективное намерение производящего. Последний может, напр., иметь

намерение сделать произведение искусства на фарфоровой чашке или на другой посуде; несмотря на высоко-художественное достоинство этого произведения, оно все-таки входит в область художественной промышленности, а не искусства, потому что объективно оно служит практической цели. Однако, как указывает Mandry, обе цели — художественной и художественно-промышленного назначения — могут между собою конкурировать, и тогда преобладающая цель для каждого конкретного произведения (по его внешнему виду и по совокупности его частей, из которых определяется главная цель) является решающей для разрешения вопроса, в каком качестве оно должно быть рассматриваемо — художественного или художественно-промышленного. Возможно также, что на каком-либо предмете материального потребления произведение искусства так сделано, что этот предмет, кроме своего назначения для употребления, является вместе с тем носителем художественного произведения (напр., на часах помещена художественная группа животных). В этих случаях для художественного произведения имеется защита по авторскому праву, и поэтому оба объекта, хотя фактически соединенные вместе, должны быть между собою разъединены в отношении защиты. Если же это разъединение невозможно, т. е. художественное произведение не может быть отделено от материального предмета (напр., посуда и т. п.), то тут не может быть авторского права, потому что тут художественное произведение не имеет самостоятельного значения.

Эти теоретические соображения нашли наиболее широкое распространение во французской судебной практике. В целом ряде решений французский кассационный суд и апелляционные инстанции устанавливали то положение, что назначение рисунка есть главный момент, определяющий его характер, его природу, и что всякий рисунок, даже самого высокого художественного достоинства, с момента, как он предназначается для промышленной репродукции, становится исключительно фабричным рисунком, подлежащим формальностям закона 1806 г. Поэтому судебные инстанции отвергали применение закона 1793 г. к произведениям текстильного производства, к произведениям на бронзе, к предметам керамики, к драгоценностям, к иллюстрированным афишам, меню и т. п., в виду назначения их для целей промышленности.

Однако, эта теория назначения должна была обнаружить свою несостоятельность. Прежде всего логически не может представляться правильным положение, по которому произведение искусства перестает быть произведением искусства в зависимости от совершенно случайной причины — от применения этого произведения к предмету потребления, от использования его в целях промышленности. Одно из двух: или рисунок есть произведение искусства, и тогда искусство остается и не уменьшается и не исчезает от того, что оно получило применение в промышленности,

или рисунок не есть искусство, и тогда он не подлежит защите по закону об авторском праве и без применения его к промышленности. Затем эта теория назначения может привести к абсурду, напр., в том случае, если фабрикант, по соглашению с автором, применил к украшению своих продуктов рисунок, уже существовавший как самостоятельное произведение искусства и даже получивший признание на выставке изящных искусств. Тогда оказывается, что один и тот же рисунок в одно и то же время есть произведение искусства и не есть произведение искусства.

3) Теория дополнительного характера фабричного рисунка. По этому взгляду, признаком, характеризующим фабричный рисунок, служит то, что он не имеет сам по себе самостоятельного существования, что он всегда составляет дополнение и предмету, увеличивая ценность и приятность его, но не изменяя полезности его. Когда покупают предмет, к которому рисунок был применен, возможно, что соблазняются его более или менее значительною красотой, но покупают все-таки не рисунок, и не им желают пользоваться для своих надобностей. Без рисунка предмет был бы менее приятен для глаза, но он не был бы менее полезен и не обладал бы в меньшей степени свойствами, служащими той цели, для которой его покупают. Напротив того, рисунок художественный имеет независимое и самостоятельное существование: полотно или бумага, на которой он изображен, не имеют никакой ценности, никакой полезности сами по себе.

Эта теория в сущности сводится к вышеуказанной теории назначения, которая ставит произведение художника в зависимость от случайного применения его к предмету потребления. Рисунок, присоединяясь к предмету потребления, не изменяет и не увеличивает его полезности и потребляемости, но, с другой стороны, и предмет, который украшается от присоединения к нему рисунка, не может изменить и уничтожить художественного рисунка. Художник не утрачивает ничего из своего таланта от того, что его произведение вместо того, чтобы быть повешенным в раме на стене, воспроизведено механическим путем на материи, служащей ковром, или на бумаге, служащей обоями, или на фаянсовой чашке и т. д. Произведение его остается тем же продуктом художественного творчества, вызывающим эстетические эмоции, и поэтому, конечно, должно быть трактуемо, как художественное произведение.

4) Теория личная, различающая законы 1793 г. и 1806 г. соответственно качествам лица. Чтобы определить, какой защите подлежит рисунок, нужно не оценивать произведение, а рассматривать лицо, его производящее или эксплуатирующее. Если это фабрикант, т. е. лицо, осуществляющее ремесло, то применяется закон 1806 г. Таким образом, цветок, исполненный карандашом или кистью, есть произведение искусства, защищаемое законом 1793 года; если этот рисунок служит моделью для украшения материи или он воспроизводится тиснением, то промышленная

репродукция дает этому самому рисунку другой характер, он становится, посредством соблюдения известных специальных правил (заявка, депозит, пошлина), предметом нового права и составляет в отношении фабриканта фабричный рисунок. В случае репродукции этого рисунка каким-либо способом без согласия автора-художника, последний будет иметь право преследования за контрафакцию на основании закона 1793 г. и согласно предписанным этим законом требованиям; фабриканту же, в качестве собственника рисунка, будет принадлежать, в силу промышленного закона (закон 1806 г.), право преследования против другого фабриканта, присвоившего этот рисунок для применения в своем производстве. Таким образом, к защите по закону 1806 г. могут прибегать те, в интересах которых издан этот закон, т. е. фабрикант или мануфактурист, если они исполнили требования закона относительно депозита и тем обеспечили себе право промышленной собственности; если же фабрикант не исполнил требований закона о депозите, то он промышленного права не имеет, но он может действовать как правопреемник художника и, как последний, пользоваться авторским правом по закону 1793 г.

Эта теория, очевидно, противоречит существу авторского права, которое заключается в том, что автору принадлежит исключительное право воспроизведения своего произведения, и, следовательно, художник защищается от воспроизведения посторонним лицом, в каком бы виде и какими бы способами его воспроизведение не произошло. Отсюда следует, что художник, который сделанное им произведение уступил фабриканту для применения к его производству, не может терять покровительства закона только в силу одного этого факта уступки; произведение до уступки защищается как художественное произведение, — почему же автор его, художник, перестает находиться под тою же защитой после уступки? Предположим, что произведение искусства не было дано автором для применения к промышленности, а фабрикант присваивает его и употребляет для промышленных надобностей. На основании какого закона автор может преследовать контрафактора? Очевидно, на основании закона об авторском праве (закон 1793 г.), потому что автор хотел оставить за своим произведением исключительно значение художественного произведения; но затем автор сам применяет свое произведение к промышленности, и тогда, согласно указанной теории, то же произведение, которое суд защищал как объект авторского права, становится, в силу факта промышленной репродукции, объектом промышленного права, который суд должен будет защищать, как фабричный рисунок по закону 1806 г. Очевидная непоследовательность.

5) Некоторые писатели, развивая предыдущую теорию, идут еще дальше. Так, Cousin говорит: „чтобы рисунок мог быть защищаем законом 1806 г. недостаточно, чтобы он был предназначен быть составною частью предмета промышленности,

но необходимо еще, чтобы творцом его был фабрикант". Таким образом, по этой теории рисунок даже художественный, если он сделан фабрикантом, есть рисунок фабричный, подлежащий защите по закону 1806 г. С другой стороны, рисунок даже без всякого художественного характера и даже предназначенный для применения к промышленности, если он сделан не фабрикантом, относится к произведениям художественным. Другими словами, по этой теории фабрикант, потому, что он занимается промышленностью, теряет право, принадлежащее каждому человеку, — авторское право на продукты своего художественного творчества.

б) Теория, основанная на художественном характере произведения. По этой теории допускается, что произведения, принадлежащие к изящным искусствам и сами по себе действующие на ум и сердце, относятся к области закона 1793 г.; произведения без художественного характера, не вызывающие никакого эстетического чувства, но удовлетворяющие вкусам моды или сделанные для непосредственной пользы, могут защищаться только по закону 1806 г. Таким образом, по этой теории судьям предоставляется широкое поле, руководствуясь своими вкусами, в каждом отдельном случае находить критерий для оценки произведения в отношении степени его художественности или оригинальности. Очевидно, что такой критерий не может считаться годным, потому что ни законодатель, ни судья не могут взять на себя несвойственную им задачу критики и оценки художественных произведений и разрешать вопросы искусства, которые притом разрешаются различно, в зависимости от существующих школ, от различных исходных художественных принципов, от различных относительных понятий о красоте в данную эпоху и в данной стране. Конечно, закон не может строить свои определения на таких субъективных относительных основаниях. Нечего говорить, какая опасность, при таких основаниях, представлялась бы для правосудия.

4

Неопределенность судебной практики, руководствовавшейся то тою, то другою из вышеуказанных теорий, для установления в каждом отдельном случае различия между произведениями художественными и художественно-промышленными, вызвала во Франции, начиная с 30 годов прошлого столетия, ряд попыток нормировать вопрос о защите произведений прикладного искусства в законодательном порядке. В 1836 г. правительство выработало законопроект, который, после многократного обсуждения в комиссиях, был в 1841 г. внесен в палату депутатов. Этот законопроект, обнимавший собственность литературную и собственность художественную, приравнивал к „правам писателей“ — „права авторов рисунков, картин, скульптур, гравюр, шрифта, медалей, карт, планов и произведений архитектуры“ и объединил общим образом под одной защитой все произведения формы. При этом,

однако, проект сохранил в силе закон 1806 г., и, таким образом, остался попрежнему открытым вопрос, по какому критерию различать рисунки художественные и рисунки фабричные. Внесенные в законопроект определения для установления этого различия, сводившиеся к оценке художественного достоинства рисунка, как несостоятельные, не встретили сочувствия в палате депутатов, и законопроект целиком был отвергнут.

По следующему законопроекту, выработанному в 1845 г., критерием для различения рисунков художественных и рисунков фабричных должно было служить назначение рисунка. При обсуждении в палате депутатов многие ораторы, и в их числе Victor Hugo, Cousin, de-Barthelemy, отстаивали идею единства искусства и доказывали несостоятельность законопроекта, устанавливающего защиту одного и того же рисунка в двух различных законах и по двум различным принципам — в зависимости от случайности его назначения. На той же системе назначения, в той или другой форме, были основаны и последующие законопроекты, выработанные в 1856, 1866, 1876 и 1877 г. При обсуждении последнего законопроекта в комиссии палаты депутатов, Ribot, критикуя законопроект, сказал: „первое условие всякого закона — это точно определить предмет права, который он освящает; но законопроект от этого отказался, а предоставляет мудрости судов, которые как бы превращаются для этого в академии, разрешать, где начинается рисунок промышленный и где кончается рисунок художественный“. Палата согласилась с этой критикой и вернула законопроект в комиссию, где он не получил дальнейшего движения.

Все указанные, а также другие законодательные попытки кончились неудачей по одной и той же причине — потому, что они стремились сохранить для произведений формы двойственность законодательства, вращаясь вокруг неразрешимой проблемы о разграничении рисунков художественных и рисунков промышленных. Сделалось очевидным, что на этом пути вопрос не может получить разрешения. На конгрессе художественной собственности (Congrès de la propriété artistique) в Париже в 1878 г. было высказано пожелание, выраженное таким образом: „художественная собственность обнимает собою все виды воспроизведения рисунка, искусства, гравюры, скульптуры, архитектуры, музыки и всего того, что относится к искусствам, каковы бы ни были их достоинства, значение и назначение“. Во исполнение этого пожелания конгресса, внепарламентская комиссия выработала проект, первая статья которого запрещает репродукцию произведения, „каковы бы ни были его характер и значение и каков бы ни был способ его воспроизведения, исполнения или представления“. В виду этой общности текста, проект имел в виду также произведения прикладного искусства, которые должны подлежать той же защите, как и другие произведения искусства. Проект, однако, не получил движения.

Также на конгрессе промышленной собственности (Congrès international de la propriété industrielle) в 1889 г. была единогласно принята резолюция, что „невозможно установить критерий, позволяющий различать рисунки и модели фабричные и произведения художественные, и что нет надобности в двух различных законах для защиты тех и других произведений“. Такое же пожелание было высказано несколько лет спустя на Congrès des Arts décoratifs в 1896 г. и повторялось потом на многих последующих конгрессах. Наконец, в 1898 г. группа скульпторов, модельеров, издателей произведений пластического искусства и представителей главных заинтересованных синдикатов обратилась к министру изящных искусств с петицией внести в парламент проект закона, состоящего из одной статьи, — о том, что закон 1793 г. распространяется на все произведения пластического искусства (скульптуру фигуры или орнамента), „каковы бы ни были их достоинства, значение, употребление или назначение, даже промышленное, и без обязанности для правопреемников исполнять другие формальности, кроме тех, которые возложены на авторов“. Последствием этой петиции было внесение законопроекта, который стал законом 11 марта 1902 г. Докладчик в парламентской комиссии требовал включения слов „каковы бы ни были достоинства и назначение“, мотивируя это требование в следующих словах: „Это добавление имеет целью покончить с положением, которое сделалось невыносимым и разорительным для огромного числа художественных произведений: бронзы, драгоценностей, серебряных и золотых изделий и т. д. Судебная практика, руководствуясь то назначением произведения, то соображениями об эстетической или промышленной концепции, установила между произведениями промышленности и произведениями искусства, с точки зрения их защиты, демаркационную линию, весьма шаткую и колеблющуюся, в которой даже специалистам трудно разобраться. Одни произведения пользовались благами постановлений закона 1793 г., другие, напротив, рассматриваемые как простые фабричные модели, были защищаемы только законом 1806 г. Полное отсутствие критерия, полная неопределенность... С другой стороны, закон 1806 г. требует депозита, который, в виду необходимости непрерывных изменений моделей для удовлетворения вкусов публики, сделался столь затруднительным, что многие предпочитали его не делать. Самая грубая подделка оставалась вне возможности ее преследовать. К прекращению этого направлен законопроект“.

В окончательной редакции закон 11 марта 1902 г., состоявший всего из двух статей, дополнил ст. 1 закона 1793 г., распространив его действие, кроме перечисленных в ней субъектов авторского права, также на архитекторов и мастеров статуй (statuaires) и установив, что „то же право принадлежит скульпторам и рисовальщикам орнаментов, каковы бы ни были достоинства и назначение произведения“.

Таким образом, закон 11 марта 1902 г. дает каждому автору защиту по закону 1793 г., и, следовательно, все различия, основанные на художественном достоинстве или назначении произведения, тем самым должны считаться уничтоженными. Достигнуто торжество принципа единства искусства, и судье остается иметь в виду только одно соображение — есть ли произведение новое или нет; если это новое творение, как бы скромно и даже ничтожно ни было творческое усилие того, который его произвел, закон 1793 г. должен быть применен.

Так представлялось положение вещей законодателю, издавшему закон 1902 г., но в действительности, на практике, проблема продолжала еще оставаться неразрешенной. Именно, в виду того, что закон 1806 г. не был прямо отменен законом 1902 г., вызывалось сомнение, не осталась ли для закона 1806 г. исключительная область и не ускользают ли от действия закона 1793 г. известного рода произведения. Вследствие этих сомнений и согласно толкованию некоторых комментаторов, судебная практика в ряде решений признавала не подпадающими под действие закона 1793-1902 г.г. некоторые произведения с оригинальной внешностью, но незначительного достоинства и с характером по виду исключительного утилитарным, как, напр., гирлянды светящихся жемчужин для электрического освещения и другие приспособления арматуры, шоколадные бомбы, содержащие конфеты, ткани с характерно вытканными полосами и т. д. Также представлялось затруднение без закона 1806 г. или равного ему защищать, напр., профиль доколя машины или оригинальную модель зубчатого колеса, т. е. такие произведения, которые занимают промежуточное место, отчасти относясь к закону 1806 г., отчасти к закону 1844 г., о патентах на изобретения¹. Вызывалась поэтому необходимость в законе, посредствующем между законом 1793-1902 г. и законом 1844 г., под защиту которого могли бы прибегать все заинтересованные промышленники или непромышленники в тех случаях, когда они могут опасаться затруднений при разрешении спора лишь на основании закона 1793-1902 г.г., или когда им нужно посредством депозита обеспечить себе доказательство, основанное на дате их творения, или когда представляется более удобным при спорах подвергать рассмотрению в натуре по депонированному образцу. Некоторые предлагали распространить область применения закона о патентах, дабы он мог включить, в качестве новых промышленных продуктов, произведения, представляющие новую внешность, не вытекающую из рисунка и модели в собственном смысле. Такое включение сделало бы излишним закон 1806 г., который мог бы быть отменен. Однако, эта мысль представлялась неопределенной, ибо произведение, отличаясь не вследствие промышленного результата,

¹ В Германии, как увидим ниже, для таких случаев имеется специальный закон — Gebrauchsmustergesetz.

а просто лишь внешностью, не есть изобретение, которое характеризуется только промышленным результатом. Устранить этот критерий значит рисковать властью в смещение понятий.

Таким образом, несмотря на ясное намерение законодателя установить законом 1902 г. одинаковую защиту для всех произведений формы, идея единства искусства, к которой был направлен этот закон, в действительности оказалась неосуществимой во всей полноте. Вследствие этого, вскоре после издания закона 1902 г., в обществе для защиты промышленной собственности возникла мысль о разработке закона, который являлся бы вспомогательным к закону 1793-1902 г.г. и заменил бы собою закон 1806 г. Выработанный обществом защиты промышленной собственности законопроект подвергся обсуждению в целом ряде конгрессов в 1901, 1903 и 1904 г.г. и, после тщательного рассмотрения в парламентской комиссии, был принят палатой депутатов и стал законом 14 июля 1909 г.

Закон этот — вспомогательный, дополняющий, но не исключаящий применение закона 1793 г. „Каждый творец рисунка или модели, — гласит ст. 1 закона, — и его правопреемники имеют исключительное право эксплуатировать, продавать или уполномочивать других продавать этот рисунок или модель, без ущерба для прав, которые им предоставляются другими законоположениями, именно законом 1793 г. дополненным законом 1902 г.“ Закон применяется по отношению ко всем произведениям и для всех заинтересованных лиц, промышленников и не-промышленников, во всех случаях, будет ли это в тех исключительных случаях, когда применение закона 1793 г. представляется сомнительным или когда представляется более выгодным, по роду произведения или в удобствах его демонстрирования, сделать депозит этого произведения. Чтобы точно указать, что новый закон может быть применен как для промышленников, так и для художников и по отношению ко всем произведениям как прикладного искусства, так и других искусств, в законе выпущено слово „фабричные“ для определения рисунков и моделей. В ст. 3 устанавливается, что „право собственности на рисунок или модель принадлежит тому, кто его создал, или его правопреемникам; но тот, кто первый сделал депозит рисунка или модели, презумируется творцом его доколе не доказано противное. Опубликование рисунка или модели раньше депозита, путем обращения его в продажу или эксплуатацию другим образом, не влечет за собою ни потерю права собственности, ни лишение права на специальную защиту, предоставляемую настоящим законом“.

Таким образом, каждый автор каждого рисунка или модели, какого бы они ни были достоинства и назначения, нормально защищается законом 1793-1902 г.г., но может всегда, если он считает это соответственным его интересу, пользоваться специальной защитой закона 1909 г. путем исполнения требуемых этим законом формальностей относительно депозита и др. Депозит этот

факультативный (вместо обязательного депозита, который был установлен законом 1806 г.), он может быть исполнен автором во всякое время и имеет лишь ту цель, что депонирующему предоставляется возможность, в случае возбуждения преследования или спора, пользоваться специальными средствами защиты, предоставляемыми этим законом.

„Отныне, — сказал докладчик законопроекта в палате депутатов Gracé, — право воспроизведения рисунка или модели остается всецело в руках автора без того, чтобы он имел надобность сохранить его посредством какого-либо публичного объявления своей воли раньше передачи своего произведения для коммерческого оборота. Неисполнение формальности депозита раньше эксплуатации не влечет презумпции о предоставлении права воспроизведения общему пользованию, никто не может копировать рисунок или модель безнаказанно, если автор не депонировал его раньше, чем выпустить в обращение. Эта революция в нравах некоторых промышленных производств, но это вместе с тем несомненный юридический прогресс“.

5

Эволюция, чрез которую прошел во Франции вопрос о соотношении между художественными и художественно-промышленными произведениями, отразился и на законодательстве Германии.

Прежде действовавший закон 9 января 1876 г. об авторском праве на произведения искусства заключал в себе, в § 14, следующее постановление: „если автор художественного произведения разрешит, чтобы это произведение было воспроизведено в индустрии, в изделиях фабричных, ремесленных или мануфактурных, то он пользуется защитой против дальнейшего воспроизведения в произведениях индустрии не на основании настоящего закона, а по постановлениям закона об образцах и моделях“.

Закон об образцах и моделях, на который делается ссылка, — закон 11 января 1876 г. Gesetz, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen (Geschmackmustergesetz), действующий в настоящее время, является первым законом Германии, нормирующим защиту произведений прикладного искусства. До издания этого закона, германская промышленность, если не считать отдельных постановлений, изданных для определенных производств, преимущественно в нижнерейнских провинциях, не имела общей защиты фабричных рисунков и моделей.

Таким образом, в Германии, как в настоящее время в СССР, действовали два закона: один 9 января 1876 г. об авторском праве на произведения чистого искусства, an Werken der bildenden Künste, и другой — 11 января 1876 г. об авторском праве на произведения прикладного искусства (an Geschmacksmustern). Эта двойственность законодательства в одной и той же области

произведений искусства привела на практике к тем же последствиям, к каким она привела во Франции. Поэтому, под влиянием взглядов, высказанных в литературе и в промышленных кругах, при издании нового закона 9 января 1907 г. об авторском праве на произведения искусств, заменившего собой закон 9 января 1876 г., было внесено весьма существенное изменение относительно произведений художественно-промышленных. Именно, в § 2 этого закона постановлено: „Произведения художественно-промышленные принадлежат к произведениям изобразительных искусств (Werken der bildenden Künste). То же самое относится к произведениям архитектуры (Bauwerke), поскольку они преследуют художественные цели“. Этим постановлением было уничижено принципиальное различие между произведениями чистого искусства и произведениями прикладного искусства: те и другие произведения должны считаться равноценными продуктами художественного творчества и поэтому должны пользоваться одинаковою защитой на общих основаниях.

Такая перемена во взглядах законодателя на произведения художественно-промышленные была обусловлена, во-первых, практическими потребностями промышленной жизни и, во-вторых, тем соображением, что невозможно проводить границу между так называемым чистым искусством и произведениями художественно-промышленными как в отношении художественного творчества, так и в отношении художественного воздействия произведений на эстетическое чувство зрителя.

Объяснение практической потребности мы находим в мотивах к закону. „С тех пор, как искусство, — говорится в мотивах, — все более и более задается целью облагораживать предметы обихода и повседневной жизни и сообщать им формы, удовлетворяющие эстетическому чувству, сделалось более невозможным давать искусству различную оценку в зависимости от того, служит ли оно нуждам промышленности или нет“. Далее указывается на то, что закон 11 января 1876 г. не отвечает более потребностям художественной промышленности и что, благодаря этому, другие конкурирующие культурные страны, в особенности Франция, в которых интересы художественной индустрии защищаются лучше чем в Германии (в особенности в некоторых отраслях, напр. в изделиях бронзы и железа), достигли быстро преимущественных успехов и далеко оставляют за собою Германию. Проф. Kohler, на основании многочисленных фактов из судебной практики, указывает на полную неопределенность защиты по закону 11 января 1876 г., основанному на системе заявок и обязательного депонирования рисунка или модели. Достаточно практически представить себе положение, напр., творца бронзовой фигуры, предназначенной служить пьедесталом подсвечника, которому приходится, для получения защиты на короткое время, сделать заявку, представить произведение в оригинале или в рисунке. Представление в оригинале обозначает

требование почти невозможное относительно предметов, которые изготавливаются в одном или немногих экземплярах. Уже одна стоимость материала, не говоря о потраченном труде и искусстве, обыкновенно в таких предметах так велика, что продажная цена должна от этого и от расходов транспортирования вдвое увеличиться. Представление рисунка, конечно, обходится дешевле, но имеет то неудобство, что рисунок не воспроизводит вполне художественного произведения и поэтому при исследовании, в случае подделки, не дает полного основания для заключения о различии между оригиналом и подделкой. Несколько легче обстоит дело с произведениями из недорого стоящего материала, которые изготавливаются в большом количестве экземпляров, и поэтому расходы на депонирование экземпляра и на пошлины не падают так обременительно на продажную цену.

Такие же соображения высказаны немецким „Verein für den gewerblichen Rechtsschutz“ в „Замечаниях“, представленных к проекту закона о художественных произведениях и фотографии: „Запросы, сделанные рядом известных исследователей искусства и большому числу художников, выяснили необходимость полного уравнивания, в отношении законной защиты, произведений чистого искусства и произведений художественной промышленности. Художники единогласно высказываются, что закон о рисунках и моделях (Geschmacksmustergesetz) не удовлетворяет их интересам и поэтому они им не пользуются. Исследования в области художественной промышленности доказали, что закон об образцах и моделях может иметь интерес только в бумажной промышленности (обои, этикетки), в производстве ткацком, вышивок и кружев, а также в области красок и белил. Это объясняется тем, что в этих отраслях дело заключается не столько в художественных произведениях, сколько в, так называемых, артиклах сезона, которые по природе своей имеют на рынке кратковременный интерес и поэтому не нуждаются в продолжительной и прочной защите. Но и представители этих отраслей высказываются за предоставление им более определенной защиты, объясняя, что заявка образцов и моделей практикуется ими не столько для того, чтобы заручиться защитой, которой им закон в действительности не предоставляет, сколько потому, что у промышленников общепринятый обычай обозначать на фабрикатах, что они защищены“.

Кроме указанных практических соображений, изменение, внесенное в закон 9 января 1907 г. относительно художественно-промышленных произведений, было вызвано также теоретическими взглядами, высказанными в немецкой литературе по вопросу о соотношении между чистым искусством и прикладным искусством.

По мнению проф. Oeler¹, законодатель при издании закона 9 января 1876 г. об авторском праве на художественные произведения находился под влиянием выставляемой Кантом и Гегелем

¹ Oeler, „Die Erzeugnisse der Kunstgewerbes und die Geschmacksmuster“.

теории о бесцельности искусства — бесцельности в том смысле, что, кроме себе самой довлеющей цели, оно никакой иной цели иметь не может. Эта теория была истолкована в том смысле, что, если искусство связано с какою-либо практической целью, если оно производится с целью украшать предметы повседневной жизни, то оно теряет свой истинный характер и превращается в искусство низшего порядка, которое подлежит более легкой защите. Но тут возникли затруднения и сомнения: как быть с таким произведением, как картины Гиберти на знаменитых бронзовых дверях баптистериума во Флоренции, или известная солонка Челини, или фрески великих мастеров.

Это несомненные произведения искусства, а между тем они имеют целью служить и служат украшению материальных предметов: дверей, стен, потолков, солонки. Следовательно, эти произведения не покрываются вышеуказанной теорией о бесцельности искусства. Приходится делать отступления от этой теории и в каждом случае определять, какая цель перевешивает в данном произведении — чисто-художественная или практическая и, в зависимости от этого, относить его или к области чистого искусства, или к области прикладного искусства. Другими словами, приходится основываться на противоположении понятия „художественности“ понятию „годности к употреблению“. Тогда приходим к абсурду, что, например, подсвечник или чернильница или другой предмет потребления тем более заслуживает защиты, чем менее он годен к употреблению.

Проф. Kohler¹ пытается установить другое разграничение. По его мнению, различие между искусством и художественной промышленностью не лежит в цели произведения: произведения искусства могут быть воспроизведены на предметах потребления, и именно во время ренессанса даже было в обыкновении изображения людей, богов и ангелов и даже целые группы изображений помещать на предметах потребления и делать эти предметы потребления носителями идей искусства. В таком именно виде искусство проникло в жизнь. Следовательно, то, что есть искусство, остается искусством, также если оно находится на предметах потребления. Также различие не состоит в каком-либо преимуществе того или другого произведения, ибо произведения искусства могут быть менее художественного достоинства, а произведения промышленности более художественного достоинства. Значение для художественно-промышленного произведения имеет намерение произвести нечто такое, что объективно отвечает определенной цели. Поэтому, по Колеру, Венера Милосская становится произведением художественно-промышленным не потому, что она случайно использована, как пресс для пишем, но благодаря изменению форм, которым она, согласно цели своей, подверглась для того, чтобы быть годной служить прессом, напр., благодаря

¹ Kohler, *Musterrrecht*, 1909. Также его же *Kunstwerkrecht*, 1908.

сделанной, в виду этой цели, более тяжелой ногой. При этом Колер различает действительные и кажущиеся определения цели. Так, относительно фресков он принимает, что это не украшение стены, но на стене нарисованное произведение, или относительно дверей Гиберти во Флоренции — что картины на них являются не украшением дверей, а составляют самостоятельные художественные произведения, для которых бронзовые двери составляют лишь случайный субстрат. Таким образом, говорит Колер, существенное значение имеет разница между истинным объективным определением цели и кажущимся, которое вытекает из обманчивой аналогии или технического взаимосоединения.

Это определение Колера, однако, страдает большей неопределенностью. Почти все плоскостные украшения на предметах потребления имеют самостоятельное значение, и, напр., украшения на столе имеют такое же отношение к назначению стола, как украшения на дверях Гиберти — к этим дверям и их назначению. Как раз в примере Колера о Венере Милосской в качестве прессы непонятно, почему нога, которая предназначена служить прессом, делает ее произведением художественно-промышленным; почему и тут бронзовая фигура Венеры не есть чистое искусство, а нога — случайный субстрат, на котором она произведена. Во многих современных произведениях художественной промышленности, напр., в мебельном производстве или керамике, очень трудно проводить различие, основанное на Колеровской теории. В сущности говоря, теория Колера сводится к старой теории, которая различает произведения чистого искусства и произведения прикладного искусства в зависимости от того, какой элемент в нем перевешивает — художественный или практический.

По поводу теории о бесцельности чистого искусства, противоположаемой целезависимости прикладного искусства, вышеупомянутый проф. Oeler говорит: „Обыкновенно думают, что существо искусства состоит в полной независимости его от цели. Между тем и в художественно-промышленных произведениях имеется независимость от цели. Дело в действительности заключается не столько в зависимости от цели, сколько в зависимости вообще, ибо именно зависимость более всего напрягает фантазию художника. Зависимым может быть и художник чистого искусства, и, напр., он всегда ограничен, когда он пишет по заказу портрет. В чем конкретно заключается зависимость, — безразлично, важно то, что художник, вообще, ограничен всегда в своей творческой деятельности. Конечно, бесспорно, что эта ограниченность при работе на мольберте, при фресках или при художественно-промышленных произведениях, количественно различна, что художник в художественной промышленности более зависим, чем пейзажист. Но признавать критерием чистого искусства независимость художественного творчества нельзя. Задача художника в художественной промышленности не заключается в увеличении годности предмета к употреблению. В этом смысле является

искусство, даже прикладное, бесцельным. Часто в одном и том же лице соединяется и художник с чисто художественным творчеством, и художник по изготовлению фабричных рисунков и моделей. Такие художники, как Беллини, Вальтер и другие, чувствовали себя в своих художественно-промышленных произведениях не деградированными, и никто не считал их работы искусством низшего порядка. Таким образом, говорит Oeleg, доказано, что различие между произведениями чистого искусства и произведениями художественно-промышленными неправильно, что в цели и назначении произведения нельзя усматривать критерия для произведений прикладного искусства, что в отношении как творчества художника, так и воздействия на зрителя нет различия, ибо, выгравировано ли художественное произведение на доске стола или оно висит на стене, — это не может влиять на художественное восприятие, поскольку вообще это произведение может возбуждать художественные эмоции. Правильно Osterrieth говорит: „разве эстетические впечатления, которые производят на нас Мопса Лиса, меланхолия Дирера, или группа зверей Gaul'a — другого рода, чем чаша Thesmar'a, украшение книг Bogler'a, фарфоровая ваза Копенгагенской мануфактуры? Не обнаруживается ли в последних такое же выражение художественной индивидуальности“.

Указанные практические и теоретические соображения привели к тому, что, как выше указано, закон 9 января 1907 г. признал нужным художественно-промышленные произведения приравнять к произведениям чистого искусства. При этом, однако, был оставлен в силе закон 11 января 1876 г. об образцах и моделях (Geschmacksmuster). Кроме того, в Германии имеется еще закон 1 июня 1891 года — Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern (Gebrauchsmustergesetz)¹, занимающий промежуточное место между законом 11 января 1876 г. и законом 7 апреля 1891 г. о патентах на изобретения. Таким образом, по действующему ныне в Германии законодательству, защита художественно-промышленных произведений распределяется между законом 9 января 1907 г. об авторском праве на произведения искусства (Kunstschutzgesetz) и законом 11 января 1876 г. об эстетических образцах и моделях

¹ Закон 1 июня 1891 года о Gebrauchsmuster составляет особенность германского законодательства и не имеет себе подобного ни в одной стране. История возникновения этого закона следующая. В 1878 г. решением Reichsoberlandgericht'a было разъяснено, что закон 11 января 1876 г. распространяется только на такие образцы и модели, которые служат эстетической цели. После этого разъяснения оказались вне защиты многие произведения промышленности, которые служат цели потребления новой оригинальной формой своей. Эти произведения не могли подпасть под защиту закона 1876 г. о Geschmacksmuster, так как в них отсутствует элемент художественности, и в то же время не подходили под закон о патентах, так как не имеют характера нового изобретения. Поэтому образовавшаяся в 1886 г. анкетная комиссия пришла к заключению о необходимости издать специальный закон, распространяющийся на область этих промежуточных произведений.

(Gebrauchsmustergesetz). Все эти виды защиты весьма существенно различаются между собою как по объему и основаниям, так и по формальностям осуществления ее. Благодаря этой множественности законодательства в Германии, создается крайняя неопределенность и запутанность в области защиты художественно-промышленных произведений, вызывающая в судебной практике затруднения и сомнения. Так, прежде всего остается неопределенным общий вопрос о том, на какую область художественно-промышленных произведений, в виду § 2 закона 9 января 1907 г., приравнивающего их к художественным произведениям, распространяется закон 11 января 1876 г. о Geschmacksmuster, в чем заключается принципиальная разница между областями применения того и другого закона? Или же для закона 11 января 1876 г., после издания закона 9 января 1907 г., ничего не осталось из области художественно-промышленных произведений, и он должен считаться излишним? Далее в чем заключается различие между Geschmacksmuster и Gebrauchsmuster. Может ли художественно-промышленное произведение одновременно быть предметом защиты каждого из трех указанных законов?

Разрешению этих вопросов посвящена обширная литература в Германии, а также судебная практика.

Колер определяет произведение искусства, как „субъективное человеческое изображение пространства, имеющее целью представить человеческому мышлению идею о мировом творении, о вселенной“. Под идею о мировом творении (Weltschöpfungsidee) он понимает „идею о чем-нибудь действительном или воображаемом, о действительных или воображаемых сущностях из необъятной области творения, божественного творения“. Идея о творении есть идея, которая, кроме предметов, созданных природой, воспроизводит также идеальные предметы, которые могут быть воспринимаемы, как сущности. Произведение формы, которое не дает мировой идеи в указанном смысле, не есть искусство. Но форма имеет значение не только в технике, но в эстетике, потому что линии и сочетания тел, сами по себе, независимо от содержащейся в них идеи, частью, благодаря математической закономерности их развития, частью, благодаря их взаимоотношениям, действуют эстетически. На этом основании Колер не причисляет к художественным произведениям арабески, геометрические фигуры, симфонии красок, потому что они направлены не на воспроизведение идеи о сущем, а действуют только на настроение и чувство. Также, по Колеру, выходят из ряда художественных произведений и должны считаться прикладным украшением такие произведения, как стилизованные цветы, драконы головы и т. п., потому что хотя они и представляют собою предметы природы или воображаемые сущности, но имеют своей задачей орнаментальное украшение, а объектом эстетического образца Geschmacksmuster Колер именно считает, главным образом, орнамент во всех его видах и выражениях.

Таким образом, по Колеру, защита художественно-промышленных произведений распределяется так: всякого рода произведения, заключающие в себе то, что он называет *Weltschöpfungsidee*, все равно какого они художественного достоинства и независимо от того, применяются ли они к промышленности или не применяются, защищаются законом 9 января 1907 г. об авторском праве на произведения искусства; все другие произведения формы, если имеют целью произвести эстетическое действие, составляют *Geschmacksmuster*, к которым применяется закон 11 января 1876 г. (сюда относятся орнаментные украшения, сочетания линий, тел, красок, всякие украшения реклам, этикетов и т. п.); если формы произведены с целью только достигнуть технического воздействия, напр., определенная форма букв для исследования остроты зрения, или определенные фигуры для упражнения в стрельбе, или человеческая фигура, как мишень, то это будет не *Geschmacksmuster*, а *Gebrauchsmuster*, к которым применяется закон 1 июня 1891 г. Для этих двух последних видов формы Колер дает следующую законодательную формулировку: образец (*Muster*) в смысле закона есть форма, которая должна сообщать предметам потребления достоинство красоты или достоинство потребления (*Schönheitswerte oder Gebrauchswerte*).

Колер признает неправильным принятое германским законодательством расчленение общего понятия *Musterrecht* на два закона: *Geschmacksmustergesetz* или *Gebrauchsmustergesetz*, считая такое расчленение остатком исторически сложившейся недостаточной законодательной техники. По его мнению, оба вида представляют одно общее понятие, и защита их в главном, в особенности в отношении конструкции и юридических последствий должна быть одинаковая. Главное различие между ними заключается в том, что *Geschmacksmuster* есть образец только для глаза, а не для других органов чувств; поэтому, напр., материя, отличающаяся нежностью для осязания, не подходит под понятие *Gebrauchsmuster*, то же самое скрипка или флейта с особым устройством для лучшего тона. Различие между порядком защиты художественных и художественно-промышленных произведений и порядком защиты образцов и моделей (заключающееся в том, что по отношению к последним право возникает во всей полноте не в момент и в силу факта творчества, а с момента заявки и депозита) Колер оправдывает двумя соображениями: 1) в то время, как относительно художественных произведений, само собою подразумевается, что творец хочет пользоваться своим правом, — относительно образцов и моделей неизвестно, придает ли творец своему произведению такое значение, что желает сохранить исключительное право, и 2) очень часто бывает, что многие изобретают один и тот же образец или модель, и поэтому тут требуется публичное объявление, чтобы разрешить вопрос, кто имеет преимущество. Поэтому защита получается только после заявки, которая является правообразующим моментом.

Взгляды других немецких писателей по вопросу о различии между произведениями искусства и образцами могут быть сведены к двум группам. Одни, как *Allfeld*,¹ имеют в виду, главным образом, авторский характер художественно-промышленного творчества и приходят к заключению, что и художественно-промышленные произведения должны отражать на себе личность творца и поэтому основанием защиты образцов и моделей должна служить индивидуальная творческая деятельность автора. Другая группа писателей считает излишнюю наличность индивидуального творчества в образцах и моделях. Этому взгляда держатся *Dambach*, *Landgraf*, *Wöchter*, *Klostermann*, *Osterrieth* и *Daude*, различаясь между собою в частностях.

*Клостерман*² того мнения, что защита образцов и моделей служит могучим рычагом прогресса индустрии, и поэтому не из философски-правовых, но национально-экономических оснований она должна быть оправдываема в такой же степени, как защита искателей и добывателей в горной промышленности. Образцы и модели предназначаются для того, чтобы внешним украшением или формой товаров удовлетворить эстетическое чувство. Это достигается по общему правилу не как в художественных произведениях — посредством заимствования форм из действительности; образцы большей частью состоят из произвольных и часто простых линий, точек и соединений красок. В общем, по мнению *Клостермана*, образцы и модели являются не произведениями духовного творчества, а проявлением известного рода виртуозности, которая умеет возбуждать изменчивые вкусы моды посредством новых форм и эти вкусы удовлетворять и делать их в данное время господствующими.

Все это разнообразие взглядов находит свое отражение в германской судебной практике, которая, в противоположность французской, весьма скудна принципиальными решениями, и, в общем, весьма неопределенна и разноречива.

Вот некоторые решения, в которых высказываются взгляды германских судов³.

Закон 9 января 1907 г. распространяется на художественно-промышленные произведения при условии, если они представляют результат художественного творчества, в противном случае не может быть речи о художественно-промышленном произведении. При этом степень художественности не имеет значения. Также не имеет значения то, что художественное произведение использовано для промышленной цели, даже если эта цель преобладает. Поэтому художественно исполненные плакаты подлежат защите по закону 1907 г. даже тогда, если они применяются для обозначения товара.

¹ *Allfeld*, „Kommentar zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht“, 1904.

² *Klostermann*. „Das Urheberrecht in Schrift und Kunstwerken“.

³ Решения эти приводятся у *Oeler* а „Die Erzeugnisse des Kunstgewerbes und Geschmacksmuster“, 1910.

§ 2 закона 1907 г. не затрагивает области применения закона 11 января 1876 г.: произведения формы, которые должны служить образцом для промышленных изделий, но не представляют собою художественных произведений, попрежнему защищаются законом 1876 г. Сюда принадлежат, напр., образцы линий для материи, для ковров, линолеума, модели для confection, модели пепельниц, чернильниц и т. п. фабрикаты, не имеющие художественного характера. Часто трудно различить, какие образцы и модели имеют художественный характер, какие нет; возможно, что произведение относится к обоим законам. В этом случае оно пользуется двойной защитой.

Образец должен отвечать чувству изящного, быть Geschmacksmuster. Эстетическое воздействие его должно происходить посредством чувства зрения; при этом, конечно, безразлично, в какой мере удовлетворяется эстетическое чувство зрителя. Эстетическая мысль сама по себе, без осуществления ее в виде образца, без воплощения ее в реальной форме, не является объектом защиты. Если нет намерения воздействовать на чувство красоты, — нет художественного образца (напр., пластические фигуры для стрельбы в цель). Если Geschmacksmuster служит также как Gebrauchsmuster, то автор может пользоваться защитой того и другого закона.

В другом решении высказывается противоположное: „Образец не должен быть необходимо красив или удовлетворять какому либо изощренному вкусу, но он необходимо должен быть нов и своеобразен, т. е. вызывать в зрителе своеобразное, отличное от других известных образцов, впечатление и выражать результат оригинальной творческой силы“.

Интересно одно решение, в котором дело шло о модели кнопки электрического звонка, имеющей форму двух висящих на ветке с листьями вишен. Этой модели было в суде первой инстанции отказано в защите на том основании, что она представляет только грубое воспроизведение природы. Имперский суд признал защиту и мотивировал свое решение таким образом: „Значение образца заключается не в том, чтобы путем возможно точного воспроизведения природы дать глазу замену натуральных вишен, а в том, что данному приспособлению, имеющему исключительно практическую цель, дана приятная для глаза форма — в данном случае пара вишен, висящая на ветке. Эта эстетическая мысль и есть то, на чем основывается защита модели, при условии ее новизны, т. е. если раньше на эту мысль никто не напал. Хотя верно, что эстетическая мысль сама по себе еще не делает художественного образца, а должна осуществиться в видимой форме, однако, если она дает достаточно ясное представление о том, в чем заключается поставленная задача, так, что самое осуществление этой задачи уже не представляет никакой трудности, то она подлежит защите. В данном случае заслуга модели (вишни) именно состоит в эстетической

мысли, выступающей с такой ясностью, что осуществление ее и приспособление ее к реальной форме электрического звонка представляет для каждого опытного техника самое простое, легкое дело.

В общем, германская судебная практика скудна принципиальными решениями по вопросу о защите Geschmacksmuster. Поэтому на практике закон 11 января 1876 г. имеет применение не на основании каких-либо установленных признаков отличия образцов от других художественно-промышленных произведений, а исключительно по соображениям практическим, побуждающим промышленников, для обеспечения себе приоритета, заявлять свои фабрикаты в качестве Geschmacksmuster. Этой заявкой по закону 1876 г. не исключается для промышленников возможность защиты тех же образцов по закону 1907 г. В этом отношении заслуживает внимание по одному делу решение Oberlandsgericht'a в Дрездене от 31 марта 1908 г. В этом деле речь шла о кружевах, которые были защищены заявкой по закону об образцах и моделях. По окончании срока их защиты (по прекращении уплаты пошлины), они были воспроизведены конкурентом. Первоначальный собственник предъявил обвинение, объяснив, что хотя его кружева, за истечением срока, не пользуются защитой по закону об образцах и моделях, но они должны защищаться на основании закона 9 января 1907 г., так как они составляют произведение художественной промышленности, которое по § 2 этого закона приравнивается к художественным произведениям. Суд разрешил вопрос в положительном смысле.

IV. ПРАВО НА ИМЯ

К числу новых правовых благ, „стучащихся в двери права, требуя себе признания“, относится право на имя.

Что есть имя? Является ли оно действительно благом, требующим правовой охраны, или представляет лишь слово, звук, символ, простой знак для различения людей?

Гете заставляет Фауста воскликнуть: Name ist Schall und Rauch (имя — лишь звук и дым). Но в другом месте, в „Wahrheit und Dichtung“, тот же поэт, упоминая о Гердере, который издевался, над его именем, замечает: „Собственное имя человека не может быть уподоблено плащу, который свободно висит вокруг тела и за концы которого можно дергать и тянуть; имя можно скорее сравнить с отлично сидящим платьем, или, еще лучше — с кожей, которая срослась с телом и которую поэтому нельзя скоблить и сдирать, не уязвляя самого тела“. И у Шекспира не находим определенно выраженных взглядов на имя. „Что значит имя? — восклицает Юлия — то, что зовется розой, пахло бы приятно, как бы оно ни называлось“. Однако, в „Юлие Цезаре“ Шекспир считает имя весьма ценным благом, которое может

быть вырвано из сердца только смертью (pluck but his name out of his heart). И в истории права долгое время имя является безразличным понятием, которому не придается никакого общественно-правового значения. Каждый волен называть себя каким угодно именем, менять свое имя по произволу, не нарушая этим ничьих интересов, ни государственных, ни частных.

Лишь с XVI ст. законодательства начинают ставить преграды свободной перемене имен. Это вызывалось потребностями усложнявшегося государственного механизма, требовавшего, чтобы за всяким было упрочено известное имя, как ответственным по исполнению государственных повинностей. Без этого государству невозможно было бы осуществлять ни правосудие, ни контроль за отбыванием налоговой и воинской повинности, ни участие граждан с правом голоса в выборных учреждениях. Но отношение законодательств к „имени“ остается исключительно полицейско-административным. Законодательные постановления устанавливают лишь обязанность для каждого носить определенное имя, угрожая наказанием за произвольную перемену своего имени, но совершенно обходят молчанием вопрос о том, соответствует ли обязанности ношения имени право на обладание именем, имеет ли частное лицо, помимо государства, право запрещать всякому другому присваивать его имя, должно ли частное лицо ждать, пока полиция ех officio, в общих государственных интересах, примет меры к защите его против узурпаторов его имени, или оно может самостоятельно защищать свое имя от узурпации его — путем частно-правовым, при посредстве иска в гражданском суде.

Вопрос — существует ли право на имя и, если существует, то какого оно содержания и характера? — впервые возникает в середине прошлого столетия и вызывает в теории и практике оживленные принципиальные споры. Некоторые писатели-юристы отрицали вовсе частное право на имя или ограничивали это право теми случаями, в которых присвоение чужого имени совершается со злым умыслом. В таком смысле высказался в 1840 г. выдающийся немецкий юрист Карл Эйнерт¹, который впервые дал научную разработку вопросу о праве на имя. Эйнерт не признает имя правовым объектом. По его мнению, имя, которое носит свободный человек, так же мало может считаться имуществом этого человека, как имя раба, назначенное ему по произволу его господина; на имя также нельзя смотреть, как на придаток к личности человека. Оно является лишь потребностью человеческого обихода, обычным средством точно и определенно выражаться, составною частью языка. Право мириться с обычаем, оно не препятствует ему и не осуждает его, но оно, с другой стороны, не утверждает его, не превращает состояния, созданного обычаем, в состояние правовое.

¹ Einert, „Ueber das Recht des Namensführung und Namensänderung“.

Против Эйнерта энергично выступил Герман, а за ним и другие, и вопрос о праве на имя сделался предметом оживленных споров, не прекращавшихся в течение всего последнего полувека. Против частного права на имя высказались — мы здесь назовем лишь наиболее известных писателей — Иеринг, Гербер и Штоббе. Сторонниками же права на имя заявили себя особенно энергично Гарейс, Гирке и Колер.

Иеринг считает право на имя правом публичным, с которым цивилистике нечего делать. Он совершенно отрицает возможность частного иска об имени an sich. Он различает три рода случаев: 1) присвоение обыкновенного общераспространенного имени, напр., имени Мейера или Шульца (вроде нашего Иванова или Петрова); у настоящего носителя такого имени нет никакого интереса в иске, потому что ему должно быть безразлично, если к числу носителей сходного с его именем прибавится еще один.; 2) присвоение имени, которое в глазах носителя имеет особую ценность, имени, с которым связана известность в истории, политике, науке, литературе, искусстве, и которое вызывает особое общественное уважение („Unika in der Namenwelt“); и тут нет места для гражданского иска, тут имеется лишь нарушение общественного порядка, против которого возможны лишь полицейские меры; 3) присвоение имени с целью выставить себя тем лицом которое есть действительный носитель имени, с целью присвоить себе положение его; в этом случае может оказаться основание для иска, но иск этот направляется не против присвоения имени an sich, а против неправильного присвоения „родственного отношения“, против неправильной Pretention eines Verwandtschaft Verhältnisses“, другими словами, иск об оскорблении (actio injuriarum)¹.

Мнение Иеринга об исключительно публичном характере права на имя разделяется и некоторыми другими цивилистами, которые, в подтверждение этого мнения, исходят из того положения, что с именем связаны, главным образом, интересы государства. Частное лицо в своей деятельности обыкновенно имеет дело с живыми людьми, которых оно знает и не по имени только; напротив, государству (правительственной власти) люди известны только по официальным бумагам, по тем признакам, которыми они в этих бумагах описаны; опасность смешения одних лиц с другими для правительства гораздо более возможна, чем для частного лица, а между тем ошибка правительства в этом отношении влечет за собою более важные последствия, чем ошибка частного лица. Понятно поэтому, что государство не может заботу о правильном пользовании гражданским именем предоставить усмотрению частных лиц, так как государственные интересы могли бы от этого сильно пострадать. Кроме этого

¹ Ihering, „Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen“, 1885, так же его же „Geist des römischen Rechts“.

внутреннего основания для признания публичного характера за правом на гражданское имя, имеются еще формальные соображения, доказывающие отсутствие в праве на имя частно-правового характера: невозможность отказа от права на свое гражданское имя, невозможность свободной передачи и перемены имени, в приобретении имени в порядке, установленном принудительными нормами, и т. д.

На основании этих соображений и исходя из публично-правового назначения имени, эти цивилисты (в их числе выдающийся французский цивилист Planiol), вообще, отрицают защиту права на имя, как частно-правового интереса, и видят в нем только принудительный способ обозначения личности.

Другая противоположная точка зрения исходит из того, что публично-правовая нормировка института имени, как отличительного признака личности, служащего в числе других признаков (профессия, место жительства и т. д.) официальным средством индивидуализации граждан, необходимым в целях практического осуществления различных административно-полицейских мер, — не исключает возможности применения к нему средств защиты частно-правового характера. Кроме интереса государства, имеется еще интерес личности. Кроме обязанностей граждан по отношению к государству, связанных с именем, имеются еще права граждан, вытекающие из обладания именем и требующие защиты.

Защита имени является средством защиты личности в ее моральных правах, на которых покоится ее социальное бытие, так как это бытие требует обособления личности путем отличительных признаков, дающих возможность личности не смешиваться с другими, быть самим собою, отвечать в глазах общества только за себя и за свое поведение и ни самой пользоваться чужой репутацией, ни дать другим пользоваться ее репутацией. *L'homme vivant en société a le droit d'existence sociale: le nom est le signe de cette existence sociale.*¹

Защита имени обнимает собою не только моральные интересы, но и совокупность материальных интересов, связанных для носителя имени с употреблением данного имени. Имя есть необходимая принадлежность всякого правового субъекта, потому что с именем связывается определенная совокупность юридических отношений, центром которых является носитель имени.

„Гражданская и торговая правоспособность является основой человеческой деятельности. В современных условиях социальной жизни присоединяются еще две основы, которым право должно дать место в своей системе: во-первых, определенный пункт в пространстве из которого человек, переставший быть номадом, развертывает свою жизненную деятельность, и, во-вторых, внешний знак, который отличает человека от других и его деятель-

¹ Blondel, „Etude juridique sur le nom patrominique“, 1905.

ность от деятельности других и который делает его личность, как таковую, распознаваемой. Отсюда берут начало учение о местожительстве и учение о праве на имя“¹.

Эта борьба мнений закончилась полной победою сторонников права на имя. В настоящее время почти все согласны между собою в том, что имя не является лишь публично-правовым понятием, а представляет собою понятие частно-правовое, как всякое другое частное право.

Но с какого рода правом мы тут имеем дело? Тут единогласие исчезает, уступая место избылику и разнообразию противоречащих друг другу доктрин и взглядов. Из них одно время пользовалась популярностью, в особенности во Франции, теория, отождествляющая право на имя с правом собственности и считающая возможным нормировать защиту права на имя на тех же основаниях, на каких охраняются имущественные права. В настоящее время эта теория окончательно отвергнута. Не говоря о том, что имя не материальный предмет, тут, вообще, недостает существенного элемента собственности — права отчуждения: имя (гражданское имя) не может быть оставлено в наследство, его нельзя дарить, обменивать, продавать, нельзя его взять во владение по произволу или по давности, нельзя его сложить с себя. Лишь государство может освободить кого-либо от бремени смешного или несчастного имени. Вот почему даже французские авторы отказались от идеи собственности по отношению к имени, как от „наивной“, обозначая ее „aphorisme devenu banal“.

Также ныне не пользуется признанием другая теория, родственная теории собственности, приравнивающая право на имя к праву на нематериальные, духовные блага, по аналогии с авторским правом.

Эта аналогия представляется неподходящей уже потому, что тут дело идет о благе врожденном, присущем человеку с его рождения, а не о благе благоприобретенном, созданном собственным творчеством.

Наиболее распространенною является в настоящее время теория индивидуальная, представителем которой является Колер.

„Телесные и духовные силы — рассуждает Колер — являются благами, пользующимися правовой охраной. Возражение, что совокупность телесных и духовных сил составляет личность, а личность не может быть в одно и то же время субъектом и объектом права, так как целое не может быть ничем иным, как суммой своих частей, — не имеет никакого значения. Эффект совместного действия всех частей образует новую величину, занимающую самостоятельное положение по отношению к этим частям. Право на совокупность наших телесных и духовных сил, наших личных благ, право, гарантирующее нам полное пользование

² Isaacs, „Der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen“, 1901.

этими благами, может быть названо индивидуальным правом. Собственно говоря, существует лишь одно индивидуальное право, но оно распадается по различным направлениям, так как разные личные блага могут подвергаться посягательствам разного рода и нуждаются в различных средствах охраны. Вот почему можно говорить о множественности индивидуальных прав. К этим правам относится и право требовать, чтобы индивидуум, как таковой признавался во всей своей индивидуальной особенности и чтобы не допускалась возможность смещения его с другими индивидуумами. С этой целью во взаимных сношениях людей был выработан особый знак для узнавания индивидуума, имя (фамилия). Таким образом, должно быть установлено частное право на имя. Оно является правом на выделение индивидуума помощью имени, правом на учреждение, необходимое для отличия одной индивидуальности от прочих.

Право это по юридической необходимости создает право протеста каждого нарушителя против каждого, кто пользуется чужим именем, создавая этим возможность смещения индивидуальности, а с этим правом протеста неразрывно связана actio, право судебного преследования. Иск имеет целью прекращение нарушения индивидуального права, и сообразно этому и составляется решение суда¹.

Эта теория, иначе называемая личной теория, относит право на имя к категории личных прав (Persönlichkeitsrechte), которое Gierke определяет как, „права, которыми их субъекту предоставляется господство над составной частью их собственной личной сферы“.

Личный характер права на имя усматривается в том, что имя не переходит к детям от родителей в порядке наследования после смерти родителей², а приобретает с самого рождения и что оно, вообще, не отчуждаемо и не может быть отделено от личности для передачи другому. „Имя не есть внешнее ограниченное имущественное благо, но составная часть личности; вместе с личностью оно рождается и уничтожается, с личностью оно неразрывно связано“.³ Поэтому господствующая теория относит право на имя к категории личных прав (Personenrechte). На этой точке зрения стоят, кроме Колера, также Gierke, Endemann, Cozack и др. и из французских юристов — Saleilles, Perreau и др. Из этой точки зрения исходят германск. и швейц. гражд. уложения.

¹ Kohler, Urheberrecht an Schriftwerken, 1907, его же „Das Individualrecht an Namenrecht“, 1891.

² Сохранившийся до сих пор в Англии институт перехода титула и имени вместе с землями к старшему сыну после смерти отца является пережитком феодального порядка наследования и имеет своей целью поддержание аристократического блеска и благополучия рода в лице одного из членов его, обыкновенно старшего из них, что было бы невозможно при раздроблении наследственного имущества между многими родичами.

³ Georg Cohn, „Neue Rechtsgüter“, 1902.

Еще до признания права на имя в теории, это право было признано судами, под влиянием насущных потребностей жизни.

Судебная практика в пользу права на имя создалась, главным образом, на почве торгового права, оказавшегося здесь, как во многих других случаях, пионером общего гражданского права. Торговый оборот выдвинул потребность в охране права на купеческое имя, на фирму. Слово „фирма“, как известно, происходит от слова firmare — утверждать, укреплять, т. е. утверждать акты подписью своего имени. Впоследствии, с возникновением товарищества и с установлением в торговом обороте передачи торгового имени за известное вознаграждение, имя, как фирма, получила самостоятельное значение, не совпадая с гражданским именем.

Охрана этого торгового имени и его репутации от злоупотреблений и неправильных притязаний со стороны третьих лиц обуславливалась насущно потребностью, и так как тут затрагивались не только идеальные, этические, но и реальные интересы, то для судебной практики, а затем и для законодательства, оказалась вполне твердая почва, на которой эти интересы могли получить свою охрану путем права на иск.

В этом направлении начинают постепенно проникать в новейшие законодательства постановления, охраняющие право на имя. Прежде всего такие постановления появились в германском торговом уложении, затем имперских законах 1874 и 1896 года, об охране торговых знаков и о борьбе с недобросовестной конкуренцией. В этих постановлениях закона право на имя находило себе лишь частичную защиту. Полную охрану оно получает лишь в Германском Гражд. Уложении, в котором, по единогласному требованию, был включен специальный § 12, посвященный охране права на имя.

§ 12 Гражд. Уложения гласит: „Если чье-либо право носить известное имя оспаривается кем-либо другим, или же интересы управомоченного лица нарушаются тем, что другое лицо присваивает себе такое же имя, то управомоченное лицо может требовать прекращения такого нарушения. При опасении дальнейших нарушений предоставляется предъявить иск о воспрепятствии их на будущее время“.

То же положение принято Швейцарским Гражд. Уложением, в котором ст. 29 постановляет: „Если у кого-либо оспаривается его право носить свое имя, то он может посредством иска требовать утверждения своего права. Если чьи-либо интересы нарушаются тем, что другое лицо употребляет его имя, то он может требовать прекращения такого нарушения, а равно возмещения причиненного этим нарушением вреда и также, если характер нарушения это оправдывает, уплаты денежной суммы в удовлетворение за понесенный вред (неимущественный)“.

Право иска дается также тому, чьи интересы нарушаются вследствие перемены кем-либо своего имени, но осуществление этого права ограничивается сокращением давности, именно, годовую с момента, когда потерпевший узнал о перемене имени (ст. 30). Перемена имени допускается только по уважительным причинам, признанным кантональным правительством, и подлежит внесению в регистр актов состояния и опубликованию ко всеобщему сведению.

Наибольшая популярность выпала на долю вопроса о праве на имя во Франции, где ему больше, чем в других странах, было уделено внимания как со стороны литературы, так и со стороны судебной практики. Как выше упомянуто, французским писателям принадлежит теория, отождествляющая право на имя с правом собственности. Под влиянием этой теории и на основании ее создалась судебная практика, находящая себе опору в общих постановлениях *code civil* и видящая в праве на имя *droit de propriété tel que le définit, l'article 544 du code civil*. Насколько теория собственности прочно утвердилась во Франции, видно из того, что даже в настоящее время, когда эта теория потеряла всякий престиж, французские суды нередко мотивируют свои решения вступительными словами: *attendu, que le nom patronymique constitue une propriété que chacun a droit de défendre contre toute atteinte dans la limite de ses intérêts...*

Таким образом, французская судебная практика обходится без специального закона о праве на имя. В ее распоряжении, кроме общих постановлений *code civil*, дающих право иска за нарушения имущественных интересов, имеется несколько постановлений в *code de commerce* о фирме, охраняемой также уголовно-правовыми нормами. При этом практика не делает никакого различия между *nom de famille* (гражданское имя) и *nom de commerce* (торговое имя), одинаково охраняя то и другое — раз имеется в наличии какой-либо нарушенный интерес по причине присвоения чужого имени.

В английском праве, напротив того, существует резкое различие между именем гражданским и именем торговым (фирмой). Английское право знает только охрану так называемого *trade name*, т. е. имени, связанного с каким-либо промышленным предприятием или торговлей, предоставляя потерпевшему *property right*. Но оно вовсе не признает *right of property in a person to the use of a particular name*. Поэтому потерпевший, не принадлежащий к торгово-промышленному миру, не может предъявить иска против присвоителя его имени, хотя и признается, что каждый носитель имени обладает *some kind of right to use that name* (известным правом пользоваться этим именем) и что самовольным присвоением имени могут быть причинены законному носителю имени *annoiance and inconvenience* (беспокойство и неудобство). Для английского судьи недостаточно также, что дело идет об имени, *under which an individual had acquired a certain*

reputation (под которым данное лицо приобрело известную репутацию). Для того, чтобы пользоваться охраной, имя это должно быть объявлено публике в связи с производением промышленности или каким-либо предметом торговли.

На этом основании по одному делу (*Clark и Treeman*) было отказано в иске известному профессору физики, именем которого какой-то находчивый фабрикант окрестил свои пилюли. Мотивом к отказу послужило то соображение, что профессор-истец сам не фабрикует и не продает пилюль, и поэтому тут нет места для охраны имени, так как присвоением в данном случае чужого имени не причиняется имущественного ущерба.

Случай этот, однако, вызвал среди английских юристов неодобрение, и один из известных английских писателей *Earl of Dundonald* по этому поводу писал: „мы, в самом деле, народ лавочников!“ (*truly we are a nation of shopkeepers and the love of the money is creeping over us like a scourge*).

В последнее время в английской литературе раздаются голоса, требующие распространения правовой охраны и на гражданское имя.

Указанный принцип английского права действует и в американском праве.

В Бельгии и в Италии судебная практика по защите права на имя создалась, как и во Франции, под влиянием теории собственности, на основании общих постановлений о праве иска за причиненный имущественный ущерб.

Дореволюционное русское законодательство, хотя и упоминало во многих местах об имени, как о способе обозначения личности, и признавало присвоение непринадлежащего кому-либо имени преступным и наказуемым деянием (Улож. о нак., ст. 1416), но не содержало в себе признания имени, как особого гражданского права, подлежащего охране, с точки зрения правовых интересов его носителя. Проект гражданского уложения восполнил этот недостаток, включив право на имя в число охраняемых законом прав личности — как право на личную неприкосновенность, на честь, свободу (ст. 4). При этом однако редакционная комиссия не считала нужным следовать примеру германского уложения и особо указывать, в чем именно практически заключается законная защита имени; как объясняют мотивы, отдельные способы охраны его сами собою, без специального постановления, вытекают из признания имени гражданским правом личности, подлежащим охране наравне с другими ее правами. В силу этого признания лицо управомоченное может не только беспрепятственно пользоваться принадлежащим ему именем, но и в судебном порядке требовать его охраны от посягательства и, вообще, устранения действий других лиц, коими нарушается его право на имя. На этом основании управомоченное лицо может, во-первых, возражать против спора других лиц о его праве на имя и требовать судебным порядком установления своего права на имя, если в этом ему

представляется правомерный интерес; во-вторых, законный носитель имени вправе воспрещать другим лицам незаконно пользоваться его именем и требовать устранения тех действий и фактических состояний, коими незаконно нарушается его право на имя (напр., уничтожения заглавного листа книги, подложно изданной под его именем), а также воспрещения этих действий на будущее время, если есть основание опасаться, что они будут повторены впоследствии. Наконец, в случаях, в которых незаконное присвоение имени приносит истинному обладателю его материальный ущерб, последний может требовать вознаграждения за причиненный вред — на общих основаниях возмещения вреда¹.

В советском Гражд. Кодексе не упоминается нигде об имени, как о самостоятельном объекте гражданского права. Таким образом, по нашему законодательству, понятие права на имя в смысле частно-правового интереса не существует, и, следовательно, не существует самостоятельного объективного права на защиту интереса, нарушаемого присвоением чужого имени. Гражданский закон может реагировать на такое нарушение только при наличии имущественного вреда. Именно защита возможна только в случае, если от действий, связанных с присвоением кем-либо чужого имени, проистекает для истинного носителя имени какой-либо имущественный ущерб; в этом случае может иметь место иск о возмещении причиненного вреда — на общих основаниях ст. 403 Гр. Код. Также нормы уголовного закона карают нарушение права на имя только при условиях преступного злоупотребления, напр., в целях недобросовестной конкуренции и специально путем самовольного пользования чужой фирмой (Угол. Код., ст. 199).

Порядок приобретения и перемены имени (фамилии) определяется в кодексе законов об актах гражданского состояния брачном, семейном и опекунском праве.

Брак дает право каждому из супругов именоваться общей фамилией. Закон предоставляет брачующимся при заключении брака заявить о своем желании носить общую фамилию (брачную фамилию), при чем в качестве таковой им предоставляется избрать фамилию жениха или невесты. Если при заключении брака стороны не заявили о своем желании носить общую фамилию, каждый из супругов сохраняет свою добрачную фамилию (ст. 100 в измененной редакции). Право на другую (общую) фамилию закон не признает за брачующимися, они не могут ни именоваться соединенной фамилией жениха и невесты, как это разрешалось ст. 100 прежней редакции, ни выбрать себе во время регистрации совершенно новую фамилию.

Право именоваться общей фамилией сохраняется за каждым из супругов и по прекращении брака по причине смерти или

¹ См. мотивы к ст. 4 кн. I. Полож. общие. Изд. 1903 г.

судебного объявления умершим одного из супругов (ст. 101). Право это теряется в случае признания брака недействительным. При расторжении брака разводом в просьбе о разводе указывается, какой фамилией супруги впредь желают именоваться. При отсутствии между ними соглашения по этому предмету, бракоразведенные супруги каждый сохраняет свою добрачную фамилию (ст. 102).

Дети, происходящие от зарегистрированного брака, именуется брачной фамилией родителей (ст. 145). Так как супруги не обязаны носить общую фамилию, а каждый из супругов может сохранить свою добрачную фамилию, то возникает вопрос, какая фамилия присваивается детям родителей, носящих разные фамилии. Закон не дает разрешения этого вопроса, но, согласно общему духу нашего семейного права, следует его разрешить в смысле предоставления соглашению родителей, а при отсутствии соглашения родителей, — суду определить фамилию детей. В отношении детей, родители которых не состоят между собою в зарегистрированном браке, закон (также ст. 145) прямо определяет, что они могут именоваться фамилией отца, матери или соединенной их фамилией, причем фамилия таких детей устанавливается по соглашению между родителями, а при отсутствии между ними соглашения — судом. В случае, когда отец неизвестен, фамилия детей должна быть материнской (Циркуляр НКВД от 11/VIII 1922 г.).

При прекращении брака разводом или при признании его недействительным, от соглашения родителей зависит определить, какой из трех фамилий (т. е. брачной фамилией отца, матери или их объединенной фамилией) дети будут именоваться, а при отсутствии соглашения родителей, определение фамилии детей предоставляется суду (ст. 146).

Изменение фамилии супругом может последовать только в порядке постановления ВЦИК и СНК от 14/VIII 1924 г. (о праве граждан изменять свои фамилии и имена). В этом случае другому супругу предоставляется о своем согласии или несогласии принять новую фамилию письменно заявить в соответственный орган ЗАГС'а.

3

Термин „имя“ представляет общее понятие, обнимая как родовое семейное прозвище (фамилию), так и имя, полученное при рождении (личное имя). В России полное обозначение личности обнимается именем, отчеством и фамилией; на Западе — только именем и фамилией (prepot и pot, Vornamen и Namen). Имя фамилии (pot, Namen) является общим для членов одной и той же семьи и поэтому, кроме признака, индивидуализирующего личность, содержит еще другой признак, указывающий на родственную связь ее.

Защита права на имя не обнимает собою профессиональные или иные прозвища. Также не распространяется на титульные обозначения: „von“, граф, князь.

Спорным является вопрос, относится ли защита права на имя только к имени фамилии или также к личному имени. По общему мнению комментаторов § 12 Герм. Улож., защита относится только к имени фамилии, так как в жизни только это имя служит отличительным признаком человека. Но по местным провинциальным нравам иногда вместо фамилии фигурирует имя, которое заменяет фамилию и вместе с каким-либо прозвищем или без всякого прозвища имеет тоже назначение отличительного признака. В этом случае, разумеется, защита распространяется и на имя.

Гражданское имя относится только к физическим лицам, но не к юридическим лицам. К последним применимо имя лишь в смысле фирмы.

Распространяется ли защита на псевдоним? Этот вопрос представляется спорным.

Применение псевдонима, вообще, весьма ограничено в гражданской жизни. Оно имеет место только в области литературной, художественной и артистической деятельности¹. Псевдонимы могут выступать только в обращении с публикой, но не с официальной властью. В области публично-правовых отношений псевдонимы, конечно, безусловно недопустимы, так как для государства важно отличать лицо по его настоящему имени, официально удостоверенному при рождении. Также недопустимы псевдонимы в гражданских сделках, ибо, как говорит Колер, „Das reale Leben sträubt sich gegen die Phantastik des Verneidens“².

Вообще, недопустим псевдоним, как ложное имя, принимаемое с целью, посредством замены своего имени другим именем, создать для своей личности в глазах общества другие представления, чем те, которые связаны с личностью под действительным именем, и таким образом скрыть свою личность.

Псевдонимы применяются только в области литературной и артистической деятельности, где они возникают первоначально под желанием автора или артиста скрыть по каким-либо причинам свое действительное имя, выступать перед публикой инкогнито, а затем имеют целью создать и сохранить свою литературную или артистическую индивидуальность и репутацию в глазах общества. В этом последнем случае псевдоним имеет то же назначение, как и гражданское имя: последнее служит для

¹ У нас в России — также в области политики. Это объясняется особыми причинами, именно, подпольным революционным прошлым многих из действующих у нас на политической арене лиц, которым приходилось выступать по консперативным причинам под другой фамилией и которые затем сохранили эту фамилию, связанную с их революционно-почетической деятельностью, и также имеющую для некоторых из них значение в качестве псевдонима в их литературной деятельности (напр., Ленин, Троцкий и др.)

² Kohler, „Das Namenrecht als Individualrecht“.

индивидуализирования личности, как гражданина и члена общества во всех ее проявлениях социального существования; псевдонимное имя имеет более ограниченное применение, индивидуализируя личность лишь как автора или артиста в проявлениях литературного или художественного творчества.

Гражданское имя может быть только одно для каждого человека, псевдонимов же каждый может иметь несколько для разных областей деятельности и даже в одной и той же области, напр., в области журналистики. Приобретение гражданского имени регламентируется законом, так как с ним связаны не только частно-правовые, но и публично-правовые последствия; псевдонимное имя не интересует законодателя, оно принимается исключительно по произвольному желанию носителя его. Поэтому в законодательствах не содержится никаких общих постановлений, регламентирующих условия приобретения и защиты псевдонима; о нем упоминается только в специальном законе об авторском праве, где речь идет о защите авторского права на псевдонимные произведения.

Вопрос о распространении правовой защиты на псевдонимное имя вызывает среди юристов разногласия. Многие немецкие цивилисты полагают, что § 12 Герм. Гражд. Уложения не распространяется на защиту псевдонимного имени, при чем основываются на том соображении, что псевдоним приобретает не по какому-нибудь правомочно установленному титулу, а произвольно, а потому „субъективное право носителя псевдонима не может найти себе оправдания и обоснования в объективной норме закона“ (Wedemann, Bandohr); псевдоним вовсе не есть имя, потому что оно вовсе не обозначает личность, а закрывает ее (Olshausen). Иеринг, исходя из своей точки зрения, вообще, не признающий права на имя, как самостоятельного объекта гражданского права, в отношении псевдонима видит еще затруднение в том, что присвоение себе чужого псевдонима, с целью выдать себя за его первоначального носителя, не может считаться неправомерным, так как право на имя возникает только при рождении и крещении, и, следовательно, тут вовсе нет объекта присвоения в смысле правовом. Некоторые указывают еще на то, что на суде не может быть объективно доказано, когда и при каких условиях было приобретено право на псевдоним, действительно ли публика соединяет с псевдонимом известные представления о литературной или артистической личности носителя его и имеется ли основание для защиты от посягательств на интересы носителя псевдонима (Standiger, „Namenrecht“).

Многие, однако, склоняются к тому, что все эти затруднения не могут служить основанием к тому, чтобы оставить псевдоним без защиты. Стоит только, говорит Knarr (Der Namensschutz nach § 12 BGB.), подумать¹ о знаменитых псевдонимах в литературе (Boz-Dickens, Carmen-Sylva и др.) и в особенности о многочисленных псевдонимах в артистическом мире, чтобы считать

недопустимым такое положение вещей, при котором какая-либо посредственность могла бы безнаказанно пользоваться именем этих знаменитостей.

Это мнение разделяется большинством комментаторов Герм. Гражд. Улож., которые склонны из § 12, говорящего об имени (Name), вообще, выводить, что правило этого § обнимает и псевдонимное имя. Защита псевдонима, в особенности, получила широкое применение во французской практике.

При наличии каких условий приобретает право на псевдоним и возникает право на защиту его? Вообще, право на псевдоним приобретает путем употребления его. Так как он создает носителю литературную или артистическую известность и определенную репутацию, то у носителя его имеется интерес в том, чтобы никто другой не пользовался его псевдонимом. Тут возникает вопрос: достаточно ли для приобретения права на псевдоним однократное употребление его для одного произведения, или требуется многократное употребление его, способное создать в глазах публики определенный литературный или художественный облик. По этому вопросу взгляды расходятся. Французская судебная практика стоит на точке зрения, что защита псевдонима допускается не в силу одного факта употребления псевдонима, а только в тех случаях, когда данный псевдоним уже создал носителю его — автору или артисту — определенную репутацию. Поэтому недостаточно подписать псевдонимным именем какую-нибудь газетную заметку, чтобы получить исключительное право на это псевдонимное имя и тем стеснять свободу других пользоваться этим же именем.

Специальная защита псевдонима устанавливается в отношении авторского права на псевдонимные произведения. По общему правилу, вытекающему из сущности авторского права, автором произведения признается, по презумпции, то лицо, которое обозначено, как таковое, на заглавном листе произведения. Это лицо считается субъектом авторского права, управомоченным распоряжаться и защищать свои права. Но иногда субъект авторского права может оказаться неизвестным вследствие издания произведения без имени (анонимно) или под вымышленным именем (псевдоним). Хотя в этих случаях не имеется определенного лица, которое, как субъект права, могло бы осуществлять свои правомочия, но нет основания лишать анонимное или псевдонимное произведение защиты только потому, что автор его скрыл свое имя. Необходимость сокрытия автором своего имени может вызываться различными причинами личного или политического свойства, и, считаясь с этим, законодатель признает и за неизвестным автором (анонимным или псевдонимным) авторское право. В нашем законе (декрет 30 января 1925 г.) это выражено в ст. 3, по которой псевдонимный или анонимный автор приравнивается, по принадлежащим ему исключительным правомочиям, к автору, выпустившему произведение под своим именем.

Но как может анонимный или псевдонимный автор ограждать свои права без раскрытия своего инкогнито? Ведь для предъявления иска или обвинения против лиц, нарушивших его права, он должен был бы лично или через поверенного выступить под своим настоящим именем и таким образом он принужден был бы или раскрыть свой псевдоним (аноним), или отказаться от преследования нарушителей его прав.

В виду этого, все новейшие законодательства признают издателя, имя которого всегда означает на каждом экземпляре опубликованного произведения, законным представителем неизвестного автора, управомоченным в течение срока авторского права защищать принадлежащие автору права. В нашем законе по этому предмету не имеется никаких указаний.

4

Для того, чтобы имя действительно пользовалось охраной, закон должен дать носителю имени оружие, которым он мог бы угрожать, а, в случае надобности, пустить в ход против всякого, кто посягает на его имя. Этим оружием является иск, право на иск. Германское Гражд. Улож. устанавливает это право на иск общим образом — из какого бы основания оно не вытекало. Таким образом, иск может быть направлен против всякого, кто пользуется чужим именем без надлежащего права, независимо от того, с какою целью (корыстной или бескорыстной) присвоено чужое имя, и на какие интересы потерпевшего (истца) посягает это присвоение имени — материальные или идеальные. Комментаторы германской судебной практики обозначают этого рода иск общим термином *Namens-Anmassungsklage* (иск о присвоении имени). Сюда относятся разнообразные случаи самозванства, как, напр.: присвоение чужого имени, с которым связаны знатность рода или известность в мире литературном, художественном, артистическом, профессиональном — с целью путем смешения имен воспользоваться чужими выгодами (материального рода, или почетом, популярностью и т. д.), затем присвоение чужого имени на почве торговых интересов, с целью недобросовестной конкуренции, наконец, всякие другие виды присвоения чужого имени, имеющие целью ввести других в заблуждение относительно истинного личного или общественного положения присвоителя.

Предъявляя иск о присвоении имени (*Anmassungsklage*), истец добивается устранения нанесенного ему в том или другом отношении ущерба, при чем в тех случаях, когда можно опасаться дальнейшего ущерба, истец может требовать постановления суда об обязанности ответчика к прекращению незаконного присвоения имени на будущее время. Суд может обеспечить истцу это требование угрозою денежного штрафа или возбуждением уголовного преследования.

В практике встречались случаи присвоения чужого имени с некоторыми изменениями в орфографии. Судьи в этих случаях соображались с тем, достаточны ли эти изменения для устранения совпадения в произношении. Следует еще отметить случаи, когда ответчик носит принадлежащее ему по праву имя, тождественное с именем истца. Тут приходится отказать в иске, хотя бы налицо был явный злой умысел, направленный к смещению имен. Это, впрочем, относится только к гражданскому имени. Относительно же фирменного имени установилось на практике требование, чтобы последующий по времени носитель торгового имени снабдил свое имя какую-либо отличительной приставкой для отличия от старейшего носителя того же имени.

Другого рода иск, предоставляемый Герм. Гражд. Улож., комментаторы обозначают термином Namensbestreitungsklage (иск об оспаривании или, вернее, признании имени). На практике такой иск встречается не часто, но все-таки возможна потребность в нем. Так, напр., если жену якобы из-за незаконности ее брака, систематически и публично не называют по имени (фамилии) мужа — в личных обращениях к ней или на адресах, или в газетных статьях и т. д.; точно так же, когда по аналогичным соображениям отказывают незаконному сыну в фамилии отца, или когда издатель, публикуя произведение данного лица, не называет его гражданского имени. Для этого рода исков не требуется наличность намерения посягнуть на чужое право. Ответчик принуждается к признанию права на имя. И тут суд может высказать, помимо решения об устранении наносимого ущерба, запрещение повторения подобных действий в будущем.

Таким образом, иск о присвоении имени охраняет исключительность права на имя, а иск об оспаривании или признании имени охраняет пользование им. Иск первого рода направлен против злоупотребления именем со стороны третьего лица, второго же рода иски направлены против помех к законному пользованию своим собственным именем.

Этими двумя главными видами иска не исчерпывается арсенал оружия, которым располагает потерпевший для охраны права на свое имя. Он имеет в своем распоряжении еще два иска об установлении факта (Feststellungsklage) положительного и отрицательного содержания, родственные вышеуказанным искам, но не тождественные с ними. Наконец, потерпевшему предоставлено еще — в денежном отношении наиболее важное — право требования возмещения убытков, хотя, правда, только в том случае, если правонарушение произведено преднамеренно или, по крайней мере, при пренебрежении общеустановленными во взаимных сношениях правилами уважения к чужому имени и связанным с ним интересам — материальным или нематериальным.

В области германского „именного“ права обозначился целый ряд спорных вопросов. Есть ли основание для иска, если ответчик не присваивает имени себе, а называет чужим именем

какую-либо вещь или место? Имперский суд ответил на этот вопрос утвердительно по поводу процесса, в котором дело шло о названии танцевального зала именем прежнего владельца, — на том основании, что пользование именем не значит только пользование именно для себя лично. Но как быть, если имя лица дается собаке? Здесь, очевидно, неприменим иск об охране имени, так как такой иск предполагает смещение имен и имеет целью воспрепятствовать такому смещению. Тут может быть применимо только уголовное преследование за оскорбление. Точно так же в том случае, если кто-либо подложно подписывает хвалебный аттестат своему целебному средству именем знаменитого врача без ведома последнего, не может быть гражданского иска о присвоении чужого имени, а может идти речь об уголовном преследовании за обман.

Еще более спорным следует считать вопрос о том, имеет ли писатель право давать героям своим беллетристических или драматических произведений имена действительно существующих лиц, без позволения последних. Во Франции такого рода иски были признаны в некоторых случаях подлежащими удовлетворению. Как известно, Альфонс Доде принужден был изменить первоначально задуманную фамилию своего хвастливого тарасконского героя Barbarin в Tartarin, так как тарасконская семья Barbarin угрожала ему иском.

Другой подобный иск имел место в процессе Duverdy - Zola. В романе Золя „Pot bouille“ выводится в качестве действующего лица не особенно почтенный советник Сенского апелляционного Суда под фамилией Duverdy. Носящий эту же фамилию адвокат при Сенском суде предъявил к Золя и его издателю иск, требуя изменения действующего лица в романе. Суд признал претензию истца основательной и удовлетворил его требование.

В этом же роде интересный процесс разбирался в 1905 г. в Берлинском суде. „Берлинская Иллюстрированная Газета“ в своих рекламах о подписке на эту газету выводила юмористическую фигуру некоего обывателя-абонента, которого она называла „профессор Бидерман“. Фигура эта изображала тип добродушно-ограниченного, комически-рассеянного и наивно-смешного человека. В этой периодически публикуемой юмористической рекламе живущий в Берлине Стеглице профессор доктор Рудольф Бидерман усмотрел в употреблении его именем и на основании § 12 Гр. Код, защищающего право на имя, предъявил иск к издателю газеты, требуя воспрепятствования газете именовать фигуру в рекламе „профессором Бидерманом“. Дело прошло через три инстанции и в конце концов требование истца было признано подлежащим удовлетворению.

Это решение суда встретило критику со стороны многих юристов, в их числе проф. Колера, указывавших, что немецкое имя „Biedermann“ есть родовое понятие, которым в народе принято обозначать тип неуклюже-рассеянного человека, и что

запрещение употреблять это имя в этом типическом смысле для целей литературной карикатуры только потому, что носителем этого имени является реальное лицо, — значит стеснять свободу литературного творчества. Соединение в данном случае имени „Бидерман“ с званием „профессора“ служит только для усиления типичных признаков изображаемой фигуры рассеянного человека и вовсе не должно вызывать ассоциации с действительным профессором Бидерманом.

Возникающий в приведенных случаях спорный вопрос не может, однако, разрешиться однообразно для всех случаев, так как обоснованность иска должна обуславливаться наличием нарушенного интереса; существование же такого интереса можно предположить только для носителей оригинальных, редко встречающихся имен; носители же обиденных имен (Миллер, Шульц, Иванов, Петров) не могут претендовать на неприкосновенность их имен и принимать на свой счет то, что олицетворяется под этими именами в повести или на сцене. Впрочем, и интересы носителей обиденных имен могут быть задеты в тех случаях, когда герой повести или драмы обрисован такими чертами и выступает в такой обстановке, что всякий может узнать в нем копию живого лица, носящего имя героя.

5

Как уже было выше упомянуто, имя имеет двоякое значение. Во-первых, оно является обозначением личности, отличающим человека от других и дающим определенные представления о внешних и внутренних качествах его носителя. Это — гражданское имя. Во-вторых, имя может служить показателем торгово-промышленной репутации, отличительным средством, имеющим целью устранить смешение с другими торгово-промышленными репутациями. Это — торговое имя или фирма.

Фирма¹ есть имя, под которым ведется торговля — имя торговца и его предприятия, которое может не совпадать с именем хозяина предприятия, как гражданина. У купца, таким образом, есть две личности: гражданская и торговая. Первая обозначается гражданским именем, имеет строго личный характер и поэтому

¹ Слово „фирма“ (Firma, Firm) происходит от итальянского слова firmare — утверждать, подписывать. Фирма, главным образом, употребляется как подпись, как заголовок разных бланков, как клеймо на товарах. Современное понятие фирмы возникло из средневекового обычая отличать одно торговое заведение от другого каким-либо знаком (signum mercatorum), представлявшим собою изображение какого-нибудь иногда фантастического предмета. Этот же знак купцы употребляли в качестве подписи на касавшихся торговли документах, а также для пометки товаров в целях указания происхождения их или принадлежности данному лицу. С развитием грамотности, означение предприятия при помощи изображения какого-либо предмета заменилось означением буквами, представляющими собою гражданское или торговое имя хозяина предприятия (фирму).

не может быть отчуждаема и, вообще, отделяема от личности; вторая обозначается фирмой, которая имеет чисто-имущественный характер и, как всякое имущественное право, может быть передаваема отчуждением, наследованием и т. д.

У юридических лиц (торговых товариществ и обществ), в виду того, что юридическое существование их проявляется исключительно лишь в торгово-правовых отношениях, — имеется для обозначения их только одно торговое имя — фирма. Имя юридического лица имеет такое же назначение и занимает такое же положение, как и имя физического лица, хотя порядок приобретения юридического лица устанавливается в некоторых случаях не общими законами, а специальными уставами. Имя юридического лица указывает еще на известное соединение (товарищество, акц. о-во) и имеет значение внешнего отличительного знака, которым устанавливается корреальная ответственность.

Определение понятия „фирма“ вызывает разногласие в литературе. Некоторые (Endemann, Mommsen) полагают, что фирма есть имя предприятия, а не хозяина предприятия. Это определение покоится на том разделяемом многими юристами взгляде, что предприятие есть самостоятельный объект права, который имеет свое собственное бытие, свой собственный характер и свой определенный ход деятельности, совершенно независимо от личности собственника его. Служащие служат не хозяину, а предприятию, также это последнее, а не хозяин, определяет склонность третьих лиц вступить с ним в сношения, оказывать кредит и т. д. По словам Эндемана, „предприятие порождает купца, а не наоборот“¹.

Тот же взгляд разделяет Mommsen, который, в доказательство того, что фирма есть имя предприятия, а не хозяина, приводит то соображение, что по закону не допускается отчуждение фирмы отдельно от предприятия. Если бы, говорит он, фирма была торговым именем хозяина предприятия, то, разумеется, переход фирмы к правопреемнику был бы также невозможен, как передача другому гражданского имени².

Указывается также на то, что фирма имеет самостоятельную экономическую ценность, которая может быть переведена на денежный эквивалент, так как она дает собственнику ее исключительные абсолютные права защиты против всех и каждого и с нею связаны известные преимущества и имущественные и интересы, как кредит, репутация клиентеллы и т. д. Самостоятельная экономическая ценность фирмы, между прочим, доказывается тем, что при отчуждении предприятия в состав покупной суммы входит особая, иногда довольно значительная, цена за самую фирму.

Другие оспаривают этот взгляд, находя его юридически неправильным. „С точки зрения хозяйственной, говорит Лабанд, можно

¹ Endemann, „Handelsrecht“.

² См. Carl Rive, „Die Fortführung der Firma“, 1910.

допустить, что цель или назначение важнее, чем личность, что индивидуум является лишь носителем или служителем торгового оборота; но с точки зрения юридической личность есть высшее объединяющее начало для всех жизненных отношений, и это начало неотделимо от индивидуума¹. Репутация и кредит зависят не от фирмы самой по себе, а от личности, обладателя фирмы. Фирма сама по себе, без купца, с личностью которого она связана, — пустой звук. Она получает свою ценность только через лицо купца, которое она представляет. Согласно этому взгляду, в акте отчуждения фирмы следует видеть не договор купли-продажи, объектом которого служит сама фирма, а некоторое соглашение между продавцом предприятия и покупателем, по которому первый обязуется впредь не выступать в торговом мире и не вести торговлю под принадлежащим ему именем фирмы; за этот именно отказ от употребления фирмы, а не за самую фирму, и уплачивается ему покупателем предприятия особая от цены за предприятие плата. Что фирма не имеет самостоятельной ценности видно из того, что по всем законодательствам фирма сама по себе отдельно от предприятия не может быть отчуждена.

Право на фирму, как разновидность права на гражданское имя, имеет также, как последнее, частно-правовой характер. Однако, некоторые юристы считают, что фирменное право относится к области публичного права, так как злоупотребление фирмой нарушает не только интерес собственника фирмы, но и интересы публики, потребителей, потому, что обозначение фирмы (как и всякого промышленного знака) индивидуализирует товар, и потребитель, покупая товар с подделанной или неверной маркой (фирмой), вводится в заблуждение и приобретает товар не того качества, какой он желал приобрести. Отсюда делается заключение, что преследование за незаконное употребление чужой фирмы осуществляется в интересе общественном, т. е. в публично-правовом порядке и основывается на мероприятиях исключительно полицейско-административного характера.

Эта точка зрения, однако, представляется односторонней. Публично-правовой момент в защите фирменного права не исключает его частно-правовой природы. Оба момента идут параллельно, но преобладающим, конечно, является интерес частный и защита гражданская.

Правомочие употреблять фирму зависит от купеческого состояния: собственником фирмы может быть только купец. Это правомочие может быть предоставлено не только физическим, но и юридическим лицам, как частно-правового, так и публично-правового характера.

Герм. Торговое Улож. определяет понятие фирмы следующим образом: „фирма купца есть имя, под которым он производит

¹ См. Carl Rive, „Die Fortführung der Firma“, 1910.

свою торговлю и подписывается“ (§ 17). Из этого, по объяснению комментаторов, следует, что понятие фирмы обозначает не данного купца, вообще, а определенное, ему, принадлежащее, предприятие. Также постановление § 23 Торг. Улож., согласно которому фирма не может быть отчуждена отдельно от предприятия, указывает на то, что фирма должна быть употребляема для определенного предприятия. Таким образом, фирма представляет купца не, вообще, как такового, а исключительно в отношении определенного предприятия его.

В нашем действующем законодательстве не имеется специальных постановлений о фирме; о ней упоминается лишь вскользь в ст. 295, 314 и 322 Гр. Код. Примечание к ст. 295 указывает, что порядок приобретения фирм и пользования ими определяется особыми постановлениями. Но таких постановлений до сих пор еще не издано. В выработанном комиссией при Комвнторге Торговом Своде СССР содержатся ст. ст. 86-96, посвященные фирме. Согласно правилам этих статей, фирма единоличного владельца торгового предприятия должна содержать фамилию владельца, а также полностью или в инициалах его имя и отчество. Фирма простого товарищества должна содержать фамилии товарищей, а также полностью или в инициалах их имена и отчества и слова „простое товарищество“. Фирма полного товарищества должна содержать указание фамилий участников и устанавливается в договоре т-ва (Гр. Код. ст. 295). В фирму товарищества на вере не включаются фамилии вкладчиков, за исключением того случая, когда фамилии эти значились в фирме, приобретенной т-вом на вере. К фирме т-ва на вере должны прибавляться слова: „т-во на вере“ или сокращенно „т-во н/в“ (Гр. Код., ст. 314). Фирма т-ва с ограниченной ответственностью и кооперативного товарищества должна содержать указание на правовую природу товарищества и на цели его и не может включать фамилии кого-либо из членов товарищества. Фирма государственных и муниципальных предприятий должна содержать указание на правовую природу предприятия (трест, синдикат и т. п.), указание на цели его и указание того государственного органа, в непосредственном ведении коего оно находится.

По определению проекта, право на фирму состоит в праве владельца предприятия на исключительное пользование своею фирмою при ведении своего торгового предприятия, как-то: при заключении сделок, при подписи на вывесках, в объявлениях, рекламах, на бланках, счетах, на товарах предприятия, их упаковке и т. п. Право на фирму возникает с момента фактического пользования фирмой. Оно не может быть отчуждаемо ни отдельно от предприятия, ни вместе с ним и прекращается при прекращении самого предприятия или при переходе предприятия к новому владельцу. При переходе предприятия к новому владельцу, к фирме нового владельца, с согласия прежнего владельца или его правопреемника, может быть добавлено указание на

преемственную связь с фирмой прежнего владельца. Таким образом, проект стоит на точке зрения юристов, которые считают, что фирма есть имя хозяина предприятия, а не предприятия. Всякий, кто обладает правом на фирму, может требовать в судебном порядке прекращения пользования тождественной или сходной фирмой для однородного предприятия со стороны других лиц, поскольку у него право на фирму возникло раньше других и поскольку вследствие тождества или сходства фирм возникает возможность смешения таковых. Сверх того он может требовать на общем основании возмещения причиненных ему убытков в случае, если кто-либо по умыслу или небрежности пользуется тождественной или сходной фирмой, могущей вызвать смешение предприятий. Совпадение фамилии владельца, при различии инициалов имени и отчества, не считается тождеством или сходством, могущим вызвать смешение фирм. В случае совпадения имени, отчества и фамилии, лицо, приобретшее право на фирму позднее, может сохранить это право при условии присоединения к фирме отличительного признака.

Проект этот находится ныне на рассмотрении законодательных учреждений.

ПРОБЛЕМА НАСЛЕДОВАНИЯ

1

Смерть человека является юридическим фактом, производящим наследственное право — в субъективном смысле (право на вступление в совокупность юридических отношений умершего лица) и в объективном смысле (нормы закона, определяющие порядок перехода имущества, оставшегося после умершего, к другому лицу).

Юридическая личность человека переживает физическое существование его и продолжается за пределами его земной жизни. С прекращением гражданской деятельности лица, с выбытием его из гражданского мира, не все юридические отношения и права его прекращаются: права на вещи, права на обязательства и все, вообще, вытекающие из них правоотношения, которые наполняют гражданскую деятельность лица, в качестве субъекта гражданского права, переживают своего бывшего субъекта и продолжают свое юридическое бытие в лице другого субъекта — наследника. Только некоторые отношения и права, которые тесно связаны с личными качествами лица или имеют личный характер (напр., личный наем, права и обязанности содержания, отношения брачные и т. д.), разумеется, прекращаются с прекращением физического существования личности.

Порядок перехода совокупности прав и отношений от прежнего (умершего) субъекта к новому субъекту (наследнику) составляет

институт наследования, который в своем историческом пути развития прошел через ряд изменений и по разным направлениям эволюции.

В первобытную эпоху, когда еще отсутствует отчетливое представление об идее индивидуальной собственности и об основанных на ней субъективных правах, оставшееся после умершего имущество считается бесхозяйным и, как таковое, может подлежать свободному завладению всех и каждого¹. Что касается земли, то она, вообще, не составляла предмета индивидуальной собственности, неизвестной древнему праву, а находилась лишь в частном пользовании, и поэтому после смерти пользователя возвращалась в общину или род умершего или семью его.

С развитием экономического оборота возникла потребность в посмертном преемстве имущественных прав и обязанностей и в определенном порядке этого преемства. Гражданский оборот покоится на обязательственных отношениях, которые возможны при условии, если обеспечивается ответственность по долговым обязательствам. Поэтому гражданский оборот несовместим с таким порядком, при котором случайное событие — смерть контрагента снимает ответственность с имущества должника, переходящего к лицам, не связанным с долговым обязательством. Интересы оборота требуют, чтобы лицо, к которому переходит имущество умершего, стало на место последнего во всех правоотношениях его с третьим лицом, в том числе, в отношении долговой ответственности. Необходимо, чтобы наследственное имущество представляло собою единое юридическое целое (*universum jus*), в котором сливается и актив и пассив умершего и которое в порядке универсального преемства продолжает свое юридическое бытие в лице заранее определенных лиц (наследников).

Первоначально не существовало обязанности платить долги наследодателя. Чтобы заставить их платить долги умершего, кредиторы обычно задерживали труп умершего и не позволяли погребать его, пока долги не будут уплачены. Постепенно на практике стало устанавливаться правило об обязанности уплаты долгов теми, кто принял наследство, а впоследствии это правило санкционируется юридическим понятием наследования, под которым понимается переход имущества в порядке универсального преемства как прав, так и обязанностей умершего².

¹ Такого рода между прочим, отразился на римском праве древнейшей эпохи, когда и считалось наследственное имущество, до принятия его наследником, личным, бесхозяйным, и потому завладение им не признавалось кражей (*rei hereditariae furtum non fit*).

² Наиболее точное и определенное выражение это понятие получило в римском праве, по которому вся совокупность имущества, оставшаяся после умершего (наследственная масса) рассматривалась как единое целое, представляющее собою имущественно-юридическую личность наследодателя (*hereditas jacens*). Наследник является носителем личности наследодателя в гражданском обороте и в его лице, по выражению Зона, личность собственника-должника остается бессмертной.

Таким образом, под влиянием потребностей экономического оборота постепенно складывался институт наследования, который впоследствии находит себе объяснение и оправдание в различных системах религиозно-мистических и философско-правовых воззрений.

2

В философской и юридической литературе имеется масса попыток найти теоретическое оправдание наследственного права. Кроме теорий, связанных с метафизически-мистическими воззрениями на „естественную преемственную связь поколений“, на „бессмертную волю“ наследодателя, личность которого продолжается в родственниках одной крови, и т. д., юридическое обоснование наследования мы находим у представителя рационалистического направления в школе естественного права, Гуго Гроция и у представителя идеалистической философии — Гегеля.

Гуго Гроций выводит завещательное право из принадлежащего каждому права отчуждать свою собственность. Отчуждать свою вещь можно не только безусловно, но и под условием, не только безвозвратно, но и с правом отмены своего распоряжения, и не только с полной передачей вещи, но и с сохранением за лицом отчуждающим, до наступления известного события, владения и пользования отчуждаемым имуществом. Такое отчуждение и есть распоряжение на случай смерти — завещание. Что касается наследования по закону, то это не что иное, как молчаливое завещание, основанное на справедливых предположениях законодателя о воле покойного, который, не оставив после себя завещания, разумеется, не хотел предоставить свое имущество первому встречному, а, очевидно, желал оставить его наиболее близким ему лицам — прежде всего детям своим, а за отсутствием их, другим родственникам.

Иной принцип выдвигается в учении Гегеля. По его взгляду, наследование по закону основывается на естественной связи отца семьи с ее членами. Эта связь выводится из предпосылки, что семейство представляет собою общее и продолжающееся лицо с постоянным имуществом, на которое каждый член имеет свое право, а главе семейства — отцу принадлежит только распоряжение этим имуществом. Со смертью отца право на имущество продолжается в лице членов семьи, которые вступают в распоряжение принадлежащими им правами. В этом заключается сущность и оправдание института наследования. Но чем более отдаленная степень родства, тем более это право слабеет и становится менее определенным, вследствие чего выдвигается личное начало — право распоряжаться своим имуществом в пользу друзей; на этом основывается завещание. Здесь нравственное начало заменяется произволом; поэтому завещание, находящееся в противоречии с семейным правом, не может иметь силы.

Из этого взгляда Гегеля можно сделать вывод, что государство может регламентировать наследование по завещанию — для ограничения произвола наследодателя.

Некоторые теории видят в наследственном праве только создание государства, вызванное соображениями целесообразности. Основание и оправдание наследственного права, по этим теориям, лежит в том, что оно служит опорой семье и собственности. Лишенные возможности обеспечить на случай своей смерти близких родных, которым закон не дает права наследования, люди утратили бы самые сильные стимулы в своей хозяйственной деятельности — энергию, предприимчивость и бережливость, и это, несомненно, отразилось бы весьма отрицательными последствиями на всем хозяйственном строе страны, главным двигателем которого является воля к накоплению имущества. Если собственник не может передать в законном, или завещательном порядке свое имущество, то он становится временным владельцем имущества, а опыт показывает, что пожизненные владельцы по большей части плохие хозяева, как и государство, в распоряжение которого переходит частное имущество. Такое положение собственника должно привести к развитию инстинкта расточительности, а расточительность должна привести к разрушению экономических основ общества. Кроме того, указывается еще на то, что уничтожение наследования ослабило бы семейные связи, потому что отец лишился бы возможности работать для детей и заботиться об их судьбе после его смерти, а дети лишились бы чувства благодарности к отцу за заботы его о них.

Некоторые дают наследованию психологическое обоснование, полагая, что наследственное право, подобно праву собственности, „коренится в глубочайших свойствах человеческого духа“ (Чичерин, „Государство и собственность“), и исходя из того положения, что право не может рассчитывать на людей, в такой степени проникнутых чувствами альтруизма, что готовы трудиться и накапливать имущество не для себя и своих близких, а в интересах всего общества.

3

Исторически наследование по закону предшествовало наследованию по завещанию. Первоначально, по древнему праву, которое было проникнуто началами общинного и родового быта, существовало только наследование по закону; завещательный порядок наследования этому праву неизвестен. Только воля законодателя, а не частная воля индивида, может предопределять круг лиц, призываемых к наследованию, установить порядок наследования. Это характерно выражено в одном средневековом изречении, относящемся к характеристике древне-германского наследственного права: „Solus Deus heredem facere potest non homo“ — только бог может определить личность наследника, а не человек.

Постепенно, с ослаблением связей родового союза и патриархальной семьи и по мере того, как, под влиянием требований экономического оборота, развивается свобода распоряжения собственностью и свобода договоров, — индивидуальная воля добывает себе свободу и в области наследования. Рядом с наследованием в порядке постановлений закона допускается и посмертное распоряжение собственника. Сначала завещательное право допускается лишь в узких пределах, без отступления от коренных устоев законного наследования, более легко по отношению к движимости и труднее по отношению к недвижимости, но затем свобода распоряжения своим имуществом на случай смерти, свобода завещания, все более и более расширяется и становится в гражданском праве на одну линию с свободой имущественных распоряжений при жизни. Развитием своим завещательное право, между прочим, обязано влиянию церкви, поощрявшей завещательные распоряжения на помин души и в пользу церкви и бедных.

Также древнему быту римского народа было чуждо завещание, но позже, начиная с XII таблиц, напротив, воля завещателя становится главным законом наследования; римский собственник сам устанавливал своею частною волею наследственный порядок перехода для своего имущества и мимо этой воли никто не мог иметь притязания к этому имуществу. Только если после умершего не осталось завещания, наступало наследование по закону. По римскому понятию наследство служило продолжением личности умершего по имуществу, и завещательное право было одним из основных видов права собственности.

В этом смысле завещательное право вошло в западные законодательства, рецепировавшие римское право. Оно сделалось основным видом наследственного права, общим правилом, а наследование по закону — исключением, созданным на случай отсутствия завещания по закону, и восполняющим недостающее завещание. В наследовании по закону законодатель как бы становится на место наследодателя, руководствуется предполагаемою, вероятною волею наследователя, призывая к наследованию тот круг лиц, который, по всей вероятности, в силу врожденного чувства привязанности, назначил бы и сам наследодатель, если бы он оставил завещание.

Этот взгляд на завещательное право, как на основной вид наследственного права, подвергался и в теории и на практике колебаниям, конкурируя с противоположным взглядом, по которому наследование по закону считается главным правилом наследования, а завещательному распоряжению ставятся узкие границы.

Деятели французской революции, одухотворенные идеями равенства и опасаясь, что свобода завещаний может нарушить демократические начала наследования, декретом от 7 марта 1793 г. объявили право завещательных распоряжений уничтоженным. В обоснование этой меры приводились соображения о том, что со смертью лица все его права кончаются и что он не может навязывать потомкам тиранию своей воли. Вскоре, однако,

в первые же дни консульства Бонапарта, было восстановлено право завещаний, которое Бонапарт считал „правом, самой природой врученным главе семьи“.

Та же тенденция к демократизации наследования замечается и в наследовании по закону.

В дворянском сословии до французской революции существовала аристократическая система наследования. По этой системе (отчасти сохранившейся до сих пор в некоторых законодательствах) законом предписывалось, чтобы по смерти наследодателя имущество перешло к одному определенному лицу, обыкновенно старшему сыну, с отстранением всех остальных членов семьи от наследования. Этот порядок наследования относится не ко всему имуществу наследодателя, а только к отдельным составным частям наследства, особенно важным в социальном и экономическом отношениях (фидеикомиссы, родовые имущества). Сосредоточение этих родовых фидеикомиссов в руках одного из членов семьи, обыкновенно старшего сына покойного владельца фидеикомисса, имело целью поддержание материального благополучия и блеска аристократического рода в лице единонаследника — представителя рода, что было бы невозможно при распределении наследственного имущества между всеми членами семьи¹.

В противоположность этой аристократической системе наследования, французская революция установила демократическое начало равного наследования: имущество покойного делится по закону между его детьми без всякого преимущества в пользу кого бы то ни было из них, а при отсутствии детей — между более отдаленными родственниками наследодателя, при чем последний не может изменить этого порядка наследования завещательным распоряжением.

Эта система принудительного раздела наследства, имевшая, в числе других революционных мероприятий, своей целью возмозно большее дробление и нивелировку имущества, была принята конвентом, который декретом от 7 марта и 26 октября 1793 г. и 6 и 11 января 1794 г. установил ряд мер, направленных к осуществлению этой цели, а именно: было отменено право завещаний, а затем ограничено установлением обязательной доли, признана равноправность широкого числа наследников, право представления распространено на родственников по крови без ограничения степеней до бесконечности.

¹ В некоторых странах (преимущественно в Англии) существуют фидеикомиссарные субституции, под которым понимается завещательное распоряжение, коим наследнику дается поручение передать на случай своей смерти движимость или недвижимость другому лицу, также указанному в завещании. Это право завещателя назначить своему наследнику преемника, г. е. предопределить порядок дальнейшего перехода имущества от первого наследника к другим лицам, имеет целью устранить возможность раздробления фидеикомиссов, которые играют большую экономическую и политическую роль в аристократических кругах, и возможность перехода их в руки посторонних лиц.

Автономия личности в области завещания, по самому существу этого института, предполагает полную свободу наследодателя — распоряжаться по своей воле своим имуществом на случай смерти. Но наследодатель, пользуясь завещательной свободой, может почему-либо игнорировать самих близких ему лиц, напр., детей или родителей, и завещать все свое имущество совершенно посторонним лицам. Государство, конечно, не может не реагировать на такое нарушение со стороны наследодателя требований справедливости в отношении интересов близких родных наследодателя, которые постоянно жили с умершим, участвовали в его трудах и в накоплении этого самого наследственного имущества, которые имели при его жизни законное право требовать от него содержания и с его смертью лишились единственного источника существования. Отсюда возникает необходимость поставить какие-нибудь границы завещательной свободе.

Эта проблема стояла уже перед римским правом. По понятиям римлян, лица, лишившие наследства своих прямых наследников в пользу посторонних лиц, не могут считаться обладающими здравым рассудком; обойденным, в виду этого, давался иск на недействительность такого „противного долгу“ завещания. Затем законом было установлено ограничение свободы завещания, которое выразилось в системе так наз. необходимого наследования путем установления обязательной или законной доли (*pars legitima*).

Именно, ближайшие к наследодателю лица — нисходящие, а при их отсутствии восходящие и также, при известных условиях, братья и сестры, имели право на известную часть их законной доли в наследственном имуществе. Размер этой обязательной доли был определен сначала в виде одной четверти той части, которую получил бы каждый из них при наследовании по закону, а затем (Юстинианом) он был повышен до $\frac{1}{3}$ и даже до $\frac{1}{2}$ в зависимости от общего количества необходимых наследников.

Обязательная доля должна была быть выделена из наследства и не могла быть предметом завещательного распоряжения в пользу посторонних лиц.

Идея необходимого наследования и института обязательной доли перешла затем, вместе с рецепцией римского права, в законодательства западных стран, регулируясь в разных законодательствах в различных формах и деталях.

По франц. праву законная доля (*la réserve*) устанавливается в пользу нисходящих и восходящих родственников. Завещатель может по своему усмотрению распорядиться (*la portion disponible*) половиною имущества, если у него только один ребенок, $\frac{1}{3}$ частью — если у него двое детей, и $\frac{1}{4}$ частью если у него трое и более детей (*Code civil* §§ 913 — 916).

По Герм. Гр. Улож., если нисходящий устранен завещанием от наследования, то он может требовать от назначенных наследников свою законную долю, которая составляет половину ценности законной наследственной доли. Такое же право принадлежит родителям и супругу наследодателя (§ 2303).

По Швейцарскому уложению в круг лиц, имеющих право на обязательную долю, входят также братья и сестры покойного. Размер обязательной доли равняется $\frac{1}{4}$ наследства для нисходящих, $\frac{1}{4}$ для родителей и $\frac{1}{4}$ для братьев и сестер.

Русскому дореволюционному законодательству был чужд институт обязательной доли. Но свобода завещания ограничивалась по другому основанию — по роду имущества. Именно, родовые имущества не подлежали вовсе завещанию (Т. X, ч. I, ст. 1068).

В большинстве законодательств допускается лишение волей завещателя обязательной доли — при наличии уважительных причин (преступления или обиды по отношению к наследодателю, дурное поведение и т. д.). По французскому законодательству такое лишение не допускается.

В современной литературе высказываются сомнения в правильности и целесообразности института обязательных долей. Именно, указывается, что ограничение свободы завещания в виде обязательной доли не достигает цели, ради которой оно установлено.

Цель эта — охрана семейной собственности. Но об идее семейной собственности не может быть речи в настоящее время, когда взрослые дети обыкновенно отделяются от родителей, заводят самостоятельное хозяйство и часто живут богаче, чем родители.

Не будет поэтому ни разумно, ни справедливо, если сын — миллионер будет оспаривать свою обязательную долю у лица, которому она оставлена отцом за заботы, которых, может быть, не оказывал сын. Личные связи теперь часто теснее семейных и родовых. Далее указывается, что, с экономической точки зрения, необходимое наследование законных наследников в определенной части, вопреки воле завещателя, содействует дроблению имущества, пагубно отражающемуся на мелких хозяйствах, а иногда совершенно разрушающему и большие предприятия, которые могут быть ведены только при единстве воли и без опасения ежеминутно грозящего раздела при несогласии наследников. Некоторые виды хозяйства прямо гибнут от обязательного наследования (напр., лесное хозяйство, совсем не допускающее дробления по мелким участкам). Оно препятствует главе семьи распределять свое имущество между детьми по их способностям и силам, напр., отдать одному землю, другому — фабрику и т. д.¹

¹ См. В. Нечаев. Наследств. право, в энцикл. словаре Брокгауза - Эфрон, 48.

Наследование по закону может иметь своим основанием или связь семейную или связь родственную (кровную). При патриархальном строе наследование было основано на первом начале: наследниками являлись те лица, которые вместе с наследодателем составляют семью, т. е. жили под одной семейной властью — дети, супруг, родители, также приемыши, мужья дочерей, живущие в доме тестя. Это семейное начало лежало в основе наследования по древне-римскому праву. Это же начало применялось и в древне-русском праве (Русская Правда) и также в до-революционном крестьянском быту по обычному праву.

Постепенно круг призываемых к наследованию родственников расширяется, и семейное начало вытесняется родственным началом, которое обнимает родственников, имеющих общую кровь с наследодателем, т. е. связанных с ним родством, как бы далеко ни распространилась эта родственная связь.

Разумеется, семейное начало, в качестве основания наследования, представляется более правильным, более соответствующим социальным требованиям, чем начало кровной связи; последняя в современных условиях не всегда совпадает с сознанием социально-экономического единства и с нравственной связью между наследодателем и наследниками, а будучи доведена до отдаленных степеней родства, в пределах которых призываются родственники к наследованию, несомненно, часто противоречит предполагаемой воле наследодателя, у которого вовсе не может быть желания и намерения передать свое имущество отдаленным, малоизвестным или вовсе неизвестным ему родственникам, а между тем, предполагаемая воля наследодателя является юридической предпосылкой наследования по закону. Наследование по семейному началу, напротив, определяется совместным жильством и сотрудничеством членов одной семейной группы, связанных между собой и с наследодателем родственной, хозяйственной и нравственной близостью, и поэтому семейное начало должно считаться действительно соответствующим воле наследодателя — основанием наследования.

Однако, начало кровной связи уже издавна получило преобладание и принято почти всеми законодательствами, куда было перенесено из римского права позднейшей римско-византийской эпохи установленное Юстинианом правило, по которому к наследованию призываются все кровные родственники наследодателя, без ограничения степеней родства, до полного исчерпания рода по всем линиям. Но вскоре этот принцип неограниченности круга кровных родственников, призываемых к наследованию, стал подвергаться критике, которая с течением времени все более и более усиливалась, и в настоящее время уже почти ни в ком не вызывает сомнений относительно несправедливости и нецелесообразности этого принципа.

Некоторые из противников современного наследственно-правового строя идут так далеко, что не признают неограниченного права наследования даже в кругу ближайших родственников наследодателя.

Так, Милль, признавая, вообще, естественность наследования детей после родителей в виду лежащей в современном государстве на родителях обязанности заботиться о содержании и воспитании детей, высказывается, однако, против безграничного права родителей передавать детям свою собственность только потому, что они его дети и таким образом делать их богатыми без всякой необходимости в труде. Он считает такое положение вещей, при котором передача детям огромных богатств, превышающих нормы, необходимые для их воспитания, образования и существования, — противоречащим интересам общества и самих детей. Поэтому он предлагает установить такие пределы наслед. права детей, которые обеспечивали бы им только необходимые средства к существованию, соответственно их привычкам при жизни в родительском доме.

Но если против ограничения наследования детей могут быть возражения, то относительно наследования в боковых линиях в настоящее время почти все согласны, что такое наследование не имеет под собою никакой почвы. В отношении боковых родственников у наследодателя нет той обязанности, которая по закону лежит на родителях, — доставлять своим детям содержание и воспитание и на детей — обеспечивать старость своим родителям, — и которая оправдывает наследование в нисходящих и восходящих линиях. По мере отдаления степеней родства ослабляется семейная общность и тускнеет сознание ее. Родственная и нравственная связь отсутствует, уже начиная со 2-ой степени; двоюродные братья и сестры часто уже совершенно чужие друг другу люди и по социальному положению, и по образованию, и по взглядам и интересам, а с более отдаленными родственниками — пятиродными, напр., братьями, сестрами, племянниками и т. д. у наследодателя окончательно утрачена всякая связь, он, может быть, даже никогда их не видал, даже, может быть, не подозревал об их существовании. И вот, таким родственникам, которые, по меткому немецкому выражению, называются „lachende Erben“ (смеющиеся наследники), закон дает право получения наследства, часто для них совершенно неожиданного, доставляющего им истинную радость по случаю смерти отдаленного родственника, который, оказывается, всю жизнь копил для них богатство, может быть, отказывая себе в самом необходимом. Поистине веселые, смеющиеся наследники! Может ли государство оставаться равнодушным к такому явно несправедливому порядку наследования, санкционируемому законом, и покровительствовать безнравственному обогащению „смеющихся родственников“? Многие спрашивают: неужели достаточным основанием для наследования может служить только факт

наличности в жилах людей общей крови, хотя бы в бесконечно слабой степени, в любом минимальном количестве и составе? Очевидно, что наследование в отдаленных степенях родства не находит себе оправдания. Оно и несправедливо в отношении общества в целом. Современные условия быта и экономической жизни сильно суживают круг семьи, в которую входят только ближайшие родственники; в противоположность прежней широкой семье, на которой обычно лежала обязанность взаимного материального поддержания своих членов, нынешняя семья не носит в этом отношении никаких обязанностей, которые перешли к общине или государству, и, следовательно, справедливо, чтобы к ним, вместо дальних родственников, перешло и наследство.

Некоторые из противников современного института наследования идут еще дальше, считая необходимым также ограничение круга наследников, назначаемых завещателем. Хотя тут наследник указывается не случайной родственной связью, а сознательной волею наследодателя, которая диктуется его интимными отношениями и чувствами к близкому ему по крови или по духу лицу, но многие находят, что и наследование по завещанию столь же несправедливо, как и наследование по закону, если оно обогащает постороннего наследодателю человека, и что нельзя предоставить всецело усмотрению и произволу завещателя передать безвозмездно все свое имущество, каков бы ни был его размер, в руки одному лицу и тем способствовать нетрудовому скоплению имущества и социальному неравенству.

6

Институт наследования, способствующий скоплению богатств в одних руках и тем приводящий к неравенству, уже давно стал подвергаться критике с точки зрения социальной.

Начиная с Бентама, многие высказываются за ограничение наследования в целях уравнивания имущественного положения граждан. Мысль о необходимости ограничения наследования была очень близка деятелям французской революции и конкретно была выражена в законопроекте, внесенном в 1793 г. Durand-Mailland'ом, и не получившем законодательной санкции. По этому проекту государство при наследовании родственников до 7 степени должно было получать известную прогрессивно растущую часть наследства, а при наличии родственников дальнейших степеней — все наследство. Особое внимание наследственному праву уделили бабисты („заговор равных“ Бабефа), которые предлагали уничтожить действующее семейное наследственное право и на его место поставить наследственное право государства и, таким образом, постепенно, без насильственных действий, сосредоточить все национальное имущество в руках государства.

Особенно резкой критике институт наследования подвергся в социалистической литературе. Еще представители утопического

социализма, между прочим, сенсимонисты, предлагали различные проекты, имеющие целью ограничение наследования. Ближайший ученик Сен-Симона, Enfantin, предлагал для устранения наследования в боковых линиях установить при переходе наследства к боковым родственникам прогрессивную наследственную пошлину, столь высокого размера, при котором наследство потеряло бы интерес для наследников. Другой ученик Сен-Симона, Bazard, совершенно отрицал институт наследования и предлагал учреждение особых банков, которые распределяли бы наследства не между родственниками, а между „достоинейшими“.

Эта ограничительная тенденция вытекала из положения, что наследственное право имеет такое же важное значение для общественного строя, как и право частной собственности, с которым оно связано как его необходимое последствие. Чем больше сужается круг лиц, допускаемых законом к наследованию и чем более ограничивается размер имущества, подлежащего переходу в порядке наследования, тем большее количество становится достоянием государственным и общественным. К этому и стремится социализм, учению которого, вообще, противоречит институт наследственного права, как построенный на моменте антисоциальном — на нетрудовом способе приобретения имущества. Кроме того, социализм заинтересован в возможно большей концентрации имущества в руках государства.

На Базельском Конгрессе I Интернационала (1869 г.) была принята резолюция, предложенная Бакуниным, в которой уничтожение наследования мотивировалось следующим образом: право наследования, составляющее существенный элемент частной собственности, сильно способствовало переходу земельной собственности и социальной мощи в руки немногих, а потому оно составляет одно из величайших препятствий к переходу земли в общее владение. С другой стороны, препятствуя людям пользоваться одинаковыми средствами материального и морального развития, оно представляет несправедливую привилегию, угрожающую общественному праву. Поэтому Конгресс, уже высказавшийся за общую собственность, логически должен высказаться также за полную и радикальную отмену права наследования, которая является одним из необходимых условий освобождения труда¹.

В Коммунистическом манифесте Маркс и Энгельс выставили требование об уничтожении права наследования. Но впоследствии, как известно, Маркс изменил свой взгляд и стоял на точке зрения не отмены, а ограничения права наследования.

Взгляды Маркса по этому вопросу выражены в докладе Генерального Совета I Интернационала, который приводит Франц Меринг в своей книге о Марксе. „По вопросу о праве наследования — читаем мы у Меринга — Генеральный Совет выработал доклад, который с присущим Марксу мастерством, сводил

¹ Содержание этой резолюции приводится проф. Гойхбаргом в „Основах частного имущественного права“, 1924.

к немногим положениям основные взгляды Интернационала: как и все гражданское законодательство, законы о наследовании являются не причиной, а юридическим следствием экономической организации общества, признающего частную собственность на средства производства. Право получать по наследству рабов не было причиной рабства, а, напротив того, рабство было причиной наследования рабов. Когда средства производства сделаются общей собственностью, то само собою исчезнет право наследования, поскольку оно имеет социальное значение, так как человек оставляет после себя только то, чем владел при жизни. Великая цель заключается поэтому в уничтожении тех учреждений, которые предоставляют отдельным лицам возможность пользоваться при жизни экономическим могуществом и присваивать себе плоды работы многих людей. Провозглашать уничтожение права наследования, как исходный пункт социальной революции, — такая же нелепость, как если бы желать отменить законодательство о договорах между покупателями и продавцами при сохранении теперешнего положения товарного обмена; такая отмена была бы неправильной в теории и реакционной на практике. Изменения в наследственном праве могут наступить лишь в переходную эпоху, когда, с одной стороны, современные экономические основания общества не преобразовались, а с другой, когда рабочий класс скопил уже достаточно силы, чтобы провести подготовительные меры для радикального преобразования общества. В качестве таких переходных мер Генеральный Совет рекомендовал распространение налогов на наследство и ограничение права наследования по завещанию, так как последнее, в отличие от семейного наследования, чрезмерно расширяет основы частной собственности произвольным и суверенным образом¹.

Точка зрения Маркса, выраженная в этом докладе, теперь усвоена в сознательных кругах социал-демократии. В буржуазных странах, в которых хозяйственный строй покоится на началах индивидуалистических, о полном уничтожении наследования не может быть речи. Право наследования есть ничто иное, как распространение частной собственности за тесные пределы человеческой жизни, и поэтому судьба института наследственного права тесно связана с институтом собственности; пока существует одно, невозможно уничтожить другое. Свобода имущественных распоряжений в области гражданского оборота неминуемо должно влечь за собою и свободу завещательную. И та и другая тесно связаны между собою и одна другую обуславливается. Следовательно, невозможно уничтожить наследование в порядке завещания и дополняющее его — наследование по закону, не уничтожая индивидуалистической организации права собственности и договорного права.

¹ Меринг, „Карл Маркс. История его жизни“, 1920.

Единственное, что имеется в распоряжении государства, — это ограничить в различных отношениях сферу применения наследственного права, с тем, чтобы, по возможности, устранить или смягчить зло наследственного перехода имуществ.

Тенденция к ограничению наследственного права, все более и более усиливающаяся как в литературе, так и в законодательстве, направляется по трем направлениям: во-первых, к сужению круга лиц, допускаемых к наследованию по закону, ограничиваемого лишь ближайшими родственниками; во-вторых, к ограничению свободы завещания установлением обязательной доли, ограждающего интересы членов семьи умершего против произвола завещателя; и в третьих, к установлению наследственной пошлины, размер которой должен прогрессивно увеличиваться в зависимости от дальности родства, размера наследственного имущества и степени имущественной состоятельности самих наследников.*

Вопросы об этих мероприятиях уже давно и непрерывно волнуют наследственное право и являются очередными текущими вопросами современного гражданского права. И если, несмотря на давнишнее, присущее научным течениям, вполне отрицательное отношение к современной форме наследственного института, преобразование наследственного права в сторону ограничения его шло до сих пор весьма медленно, и законодательства допускают эти ограничения в скромных пределах, то это объясняется тем, что в этом институте чисто имущественные правовые отношения переплетаются с отношениями интимно-психологического и нравственного характера, с которым буржуазному законодателю приходится считаться.

Выше уже было указано, что в течение всего XIX в. в литературе неуклонно продолжается критика института наследования и предлагаются разнообразные проекты реорганизации наследственного права, главным образом, в смысле ограничения круга лиц, призываемых к наследованию. Эта критика отразилась на некоторых законодательствах, которые установили границу наследования для родственников по крови. По французскому законодательству для родственников простирается только до 12 степени родства, за пределами которой родичи утрачивают наследственные права. В этих пределах существуют 4 класса призываемых к наследованию родственников: 1) нисходящие, 2) боковые родственники, привилегированные, а именно братья и сестры умершего с их потомством, 3) восходящие и 4) остальные боковые родственники до 12 степени включительно. Нисходящие исключают остальных, братья и сестры — других боковых родственников, но не восходящих, с которыми и они делят наследство. Оставшийся в живых супруг не является наследником, а имеет право пожизненного пользования наследственным имуществом, при чем доля его

возрастает от $\frac{1}{4}$ до $\frac{1}{2}$, смотря по тому, какого класса наследники остались после умершего.

В Италии родственники утрачивают свои наследственные права за пределами 10 степени, в Испании — за пределами 6 степени. По Австрийскому Гражд. Код. 1811 г. призвание родственников к наследованию ограничивается шестым разрядом, при отсутствии которого имущество считается выморочным. По Швейцарскому Гр. Улож. 1907 г. наследование исчерпывается тремя разрядами: „дед и бабка и их потомство суть последние наследники из кровных родственников“ (ст. 460).

Германское Гражданское Уложение определяет родство не по степеням, а по классам или разрядам (по так назыв. Parentell-system — парантелям), устанавливая пять классов призываемых к наследованию родственников. Наследниками первого класса являются нисходящие родственники наследодателя, наследниками второго класса — родители умершего и их нисходящие, третий класс состоит из деда, бабки и их нисходящих, таким же образом составляются четвертый и пятый классы. Оставшийся в живых супруг получает $\frac{1}{4}$ часть наследства при наличии наследников первого класса и $\frac{1}{2}$ при наследниках второго класса, и устраняет совершенно наследников дальнейших классов (§§ 1924-1991).

Замечательно, что продолжавшееся более столетия движение в пользу ограничения наследования родственников не отразилось на Герм. Гражд. Улож. 1896 г., в котором сохранилось Юстиниановское правило о неограниченном круге кровных родственников-наследников. Против этого правила, при обсуждении проекта уложения в рейхстаге, велась борьба со стороны выдающихся представителей юридической и экономической науки, но несмотря на это, большинство членов рейхстага не нашло решимости порвать со старыми традициями наследственного права.

Продолжавшееся движение в пользу ограничения наследования заставило союзное правительство в 1908 г. внести в рейхстаг законопроект, по которому граница наследования определялась потомством братьев и сестер наследодателя, т. е. из боковых родственников наследовал только второй разряд. Несмотря на такую скромную реформу наследования, этот законопроект был рейхстагом отвергнут.

После этого движение за реформу наследственного права еще более усилилось и вышло далеко за пределы обычного спора в научных и законодательных кругах и приняло размер общественной агитации и парламентской кампании.

В конце 1912 г. во многих германских газетах было опубликовано обращение к немецкому народу (Aufruf — воззвание), подписанное выдающимися юристами, экономистами, историками и государственными деятелями, под заглавием „Für Erbrecht des Reiches!“ — „В защиту права наследования государства!“.

Под тем же заглавием одновременно в журнале „Becht und Wissenschaft“ в 1912-1913 г. был напечатан ряд статей одного из давнишних и неутомимых борцов за реформу наследственного права — Бамбергера. Полемизируя с противниками ограничения в наследственном праве, Бамбергер писал: „Регулирование права наследования согласно потребностям современности — одна из высших задач культурного государства... Поэтому мы, сторонники реформы наследственного права, считаем наследование в пользу государства высоким идеалом. В нем мы видим реальное средство осуществить более справедливое распределение материальных благ — распределение в интересах совокупности народа и, в частности, тех малоимущих и обездоленных, в которых самое слово „наследование“ пока что будит одно лишь чувство горечи“.

В результате этой агитации правительство выработало новый законопроект под названием „О праве наследования государства“, внесенный в рейхстаг в 1913 г. Несмотря на свое широкое название, этот законопроект, как и законопроект 1908 г., ограничился очень скромными мероприятиями. По этому проекту право законного наследования родственников по крови отпадает, начиная с третьего разряда, т. е. лишается права наследования все потомство дедов и бабок: дядья и тетки, двоюродные братья, двоюродные сестры, их дети и т. д.

Проект вызвал весьма оживленный спор среди немецких цивилистов, в котором столкнулись два принципиально противоположных воззрения на институт наследования — традиционно-консервативное и социально-реформаторское.

Известные цивилисты Фиттинг, Бар, в особенности, Гермес, высказались против ограничения наследования боковых родственников.

Принципиальный интерес представляют рассуждения Гермеса, который считает недоразумением обычную ссылку защитников наследственной реформы на отсутствие сознания родства и духовной общности между отдаленными родичами. По мнению Гермеса, основанием законного наследования всегда служило и служит отнюдь не сознание кровного родства, а самое это родство. В пользу „сознания“ родства нельзя привести ни одного параграфа Гражд. Уложения. Все пять разрядов законных наследников построены на началах родства, без малейшего внимания к неопределенному и туманному понятию „сознания“. И такое построение, по мнению Гермеса, очевидно, разумно. Только родство и степень родства дают критерий объективный и прочный. Что же касается сознания родственников и чувства родственной близости, то это, наоборот, критерии очень шаткие и, по обстоятельствам, крайне изменчивые. Иные двоюродные братья ощущают очень большую взаимную близость, а бывает и так, что родные братья — далекие друг другу люди. Утверждать, что, начиная такую-то степень, родственное чувство прекращается, — совершенно произвольно.

Но и независимо от указанного, по мнению Гермеса, напрасно думают, будто в наши дни родственное чувство в общем ослабло. Напротив того, по сравнению с XVIII столетием неизмеримо окреп интерес к истории, а с ним окреп и пиетет к прошлому. Как раз за последние годы наблюдается усиленное внимание к моментам происхождения и принадлежности к расе. Ныне уже и буржуазия — а не одно только дворянское сословие — уделяет внимание вопросам генеалогии, объединения рода и т. п. Равным образом, и для низших классов населения едва ли основательно говорить об ослаблении родственного чувства. Еще всего несколько десятков лет тому назад, когда крестьянин покидал свою деревню и уходил на заработки куда-нибудь подальше, он в большинстве случаев бывал безвозвратно потерян для родной семьи. Ни посещений, ни письменных сношений — ничего не было. Сейчас совсем другое: сотни тысяч людей не только возвращаются ежегодно к себе на родину из далекой чужбины, но и там, на чужбине, они вовсе не оторваны от своих близких по крови. Изумительное развитие и доступность почты, рост грамотности и т. д., естественно, поддерживают семейную связь, а не действуют на нее разрушительно.

Гермес также принципиально спорит против другой ссылки — на предположительную волю наследодателя. Во-первых, говорит он, утверждение, будто эта воля не направлена на предоставление далеким родичам прав законного наследования, фактически неверно, как это удалось выяснить при помощи статистики. Во-вторых, данный вопрос — вопрос о воле наследодателя, не оставшего после себя завещания — и вообще должен отпасть. Им могут интересоваться лишь те, кто попрежнему держится старого римского правового воззрения, по которому фундаментом всего наследственного права является право наследодателя на распоряжение своим имуществом. Но такая точка зрения ныне и в науке и в законодательстве уже оставлена, отвергнута; победило правовоззрение, покоящееся на началах прямо противоположных... Ныне на первом месте стоит уже не завещательное, а законное право наследования, это — не воля покойного, а кровное родство и брак. Законом предусмотренный порядок — вот правило в наследственном праве. Закону, а не намерению субъекта, принадлежит главенствующее значение, — разве бы это намерение было надлежащим требуемым образом выражено в завещании.

Наконец, указывают еще на то, что наследование — это „незаслуженный дар счастья“, своего рода „лотерейная игра“, к тому же лотерея без ставки, „незаслуженная прибыль“, „смеющиеся наследники“ и т. д. Но — говорит Гермес, — если не быть слепым, то не трудно видеть, что „незаслуженная прибыль“ — явление весьма частое в разнообразнейших сферах правовой и хозяйственной жизни. Между тем правопорядок нигде пока не задавался целью устранить самую возможность подобной прибыли.

Лотерейная игра, „сюрпризы“, неожиданности весьма часты и при наследовании по закону в кругу ближайших родичей. Например: из троих детей одно выделено, двое нет; внезапно затем преждевременно умирают именно эти двое; в результате все родительское имущество неожиданно поступает к тому из детей, кто был уже выделен. Или другой случай: во время свадебного путешествия погибает супружеская чета, при чем удается установить, что — не имевшая собственного состояния, — жена пережила своего мужа на какие-нибудь полчаса. У мужа, оказывается, нет близких родственников, и таким образом все его состояние переходит к ее родичам — боковым, родителям, ребенку от первого брака и т. д. Подобных примеров можно привести не мало¹.

Некоторые из более правых противников реформы наследования обращают внимание на политическую сторону вопроса. Они выражают опасение, что уступка социалистическому требованию об ограничении частного наследования в пользу права наследования государства может повлечь за собою и другие уступки социализму — ограничение права собственности, вообще, огосударствление частной собственности. При этом указывается на тот исторический факт, что даже „революционное“ Национальное Собрание во Франции в 1848 г. отклонило предложение об ограничении круга законных наследников родственниками 6 степени, признав это предложение крайне опасным: „*car où se fût — on arrête dans cette voie?*“

Один из этих противников (Philipp Loh, „Zur Reform des Reichserbrechts“, 1913) высказывает опасение, что реформа частного наследования в смысле ограничения круга кровных родственников может пошатнуть публично-правовой институт престолонаследия, который, подобно частному наследованию, также построен на начале кровного родства.

Из изложенного видно, что в буржуазных странах, даже в научных кругах, еще крепко держатся традиционные взгляды на наследование, проникнутые узко индивидуалистическими, анти-социальными началами. Как показывают примеры двух германских проектов 1908 и 1913 г.г., трудно рассчитывать на близкую возможность преодоления этих взглядов, тесно связанных с общими идеологическими основами буржуазного строя и, кроме того, переплетающихся еще с специфическими религиозно-мистическими воззрениями на наследование.

Более легко достижимым и вместе с тем действительным и реальным средством ограничения наследственного права в смысле устранения накопления больших богатств в одних руках,

¹ Hermes, „Der Gesetzentwurf über das Erbrecht des Staates“, 1913. См. проф. М. Я. Пергамент, „Новейший фазис в вопросе о праве наследования государства“, „В. Гр. Права“, 1914, № 5.

является система прогрессивного обложения наследства. Тут нет места для принципиальных споров о существовании наследования и о пределах его применения, а законодателю достаточно ссылаться на интересы фиска, на необходимость для государства извлекать средства для покрытия своих дефицитов; одним из источников добывания этих средств является наследственный налог, который, как бы он ни был велик по размеру, не может вызывать против себя никаких принципиальных возражений. так как такой налог (на безвозмездно переходящее имущество) должен быть признан (на безвозмездно переходящее имущество) должен быть признан и справедливым и государственно необходимым.

Система прогрессивного обложения наследства с наибольшей полнотой была выражена в герм. законе от 10 сентября 1919 г. Установленный этим законом налог считался с тремя условиями: дальностью родства, размерами наследства и размерами имущества самих наследников. Сверх того, помимо налога с наследников, был установлен контрольный налог с самого наследства, т. е. со всего оставшегося после умершего актива; этот налог колебался в зависимости от размеров наследства от 1 до 5%. Далее наследники разбивались на 6 классов (к первому отнесены дети и супруг, ко второму — внуки и правнуки, к третьему — родители, братья, сестры, к четвертому и пятому — более дальние родственники и приемыши, к шестому — самое отдаленное родство и совершенно посторонние лица), и в зависимости от класса и размера наследственной доли процент налога колебался от 4 до 70. Наконец, в зависимости от собственного имущества наследника, ставки налога подлежали увеличению: но не более, чем вдвое, с тем, однако, чтобы весь налог не мог превышать 90% причитающегося наследнику имущества¹.

Этот закон был заменен новым законом о налоге наследства от 20 июля 1922 г., который внес значительные и притом принципиальные изменения в порядок наследственного обложения, а именно: отменен налог со всего наследственного имущества.

¹ Подробное содержание этого закона приводится проф. Гойхбаргом (Хозяйственное право РСФСР), который, на основании ставок налога по этому закону, делает расчет, показывающий, что для крупных наследств и жилищных наследств этот налог на практике означал почти полную отмену наследства. Так, напр., если бы наследство в 2 миллиона марок должно было достаться дальнему родственнику или неродственному умершего, который в свою очередь имел своего имущества на 2 миллиона, то наследственный налог составил бы 90%, т. е. 1.800.000 марок. И даже если бы родной сын умершего, сам обладая 2 миллионами, должен был получить от отца двух-миллионное наследство, то он в виде налога должен был бы отдать более половины наследства, а именно 1.117.161 марок. При курсе марки в 1922 г. — 1923 г., когда 30-40 миллионов марок составляло не более 10.000 руб. золотом, эта форма наследственного обложения могла бы на практике означать почти полное аннулирование наследства, во многих случаях идущее дальше, чем практические результаты ограничения наследования по нашему Гражданскому Кодексу (с наследства в 10.000 золотом сын умершего, обладающий таким же имуществом, должен был бы уплатить в Германии налог более 600 руб., а у нас только 250 руб.).

как такового, супруги-наследники освобождены от налога, сокращено число классов до пяти (более далекие родственники отнесены также к самой последней группе); изменен характер прогрессии: налог при наследовании более миллиона марок удваивается, более двух миллионов — утраивается, более трех миллионов — увеличивается вчетверо, более пяти миллионов увеличивается впятеро (далее прогрессия не растет); общий размер налога не может превысить 80% (вместо прежних 90%); значительно понижены максимальные ставки налога для первого класса наследников — для детей¹.

После войны почти во всех странах установлены увеличенные размеры наследственного обложения. В Англии наследственный налог доходит до 75%. Кроме того, отдельно от налога с наследников установлен налог с наследства, который служит контрольной проверочной мерой для всех подоходных и имущественных налогов. Такой налог установлен, кроме Англии, во Франции (закон 31 декабря 1917 г.) и в Австрии (закон 6 февраля 1919 г.).

Дальнейшим шагом в этом направлении является постановление германской конституции 1919 г., в которой, в качестве принципа, провозглашается замена существующих наследственных пошлин обязательной долей государства в каждом открываемом наследстве. Этот принцип еще раньше провозглашался в проектах германских социал-демократов и затем был включен в новую (заменившую прежнюю Эрфуртскую) социал-демократическую Герлицкую программу 1921 г.

В смысле этого же принципа голландский министр финансов Трейб в 1919 г. опубликовал проект наследственного права государства, согласно которому государство наследует наряду с детьми, родителями и супругом $\frac{1}{3}$ наследства сверх долгов, но не больше детской доли; если же остались только боковые родственники, то государство получает все наследство.

Еще дальше идет швейцарский проф. Шеңкель, который при обсуждении в Швейцарском парламенте 30 сентября 1920 г. вопроса о пенсиях для стариков, инвалидов, вдов и сирот, предложил установить наследственное право государства, как одно из средств к устранению современных экономических бедствий².

Требование об установлении обязательной наследственной доли государства, призываемого к наследованию наряду с ближайшими родственниками наследодателя, поддерживают буржуазные юристы — проф. Nedemann, Heim, Bamberger и др. Они находят необходимым установление обязательной наследственной доли государства вместо законной наследственной доли государства, — между прочим, в виду того, что, благодаря этому, устранится возможность для завещателя, при отсутствии

¹ См. Проф. Гойхбарг, „Хозяйственное право РСФСР.“

² Там же.

у него близких родственников, признаваемых по закону субъектами необходимого наследования, расширить свою завещательную свободу в ущерб интересам государства.

Все эти проекты указывают на то, что назрела настоятельная потребность в социализации наследственного права. Но пока эта потребность не получила еще в буржуазных странах определенного выражения в законодательном порядке.

9

Определенное выражение в смысле социализации наследственного права институт наследования впервые получил у нас в советском законодательстве.

Наследственная реформа прошла у нас через некоторую эволюцию, соответствовавшую этапам нашей экономической политики в течение первых пяти лет советской государственности. Изданный вскоре после перехода власти к коммунистической партии декрет ВЦИК от 28 апреля 1918 г. полностью уничтожил институт наследственного права. Ст. 1 этого декрета гласила: „Наследование как по закону, так и по духовному завещанию, отменяется. После смерти владельца имущество, ему принадлежащее (как движимое, так и недвижимое), становится государственным достоянием“. Этот декрет логически вытекал из концепции полного отрицания частной собственности, которая составляла краеугольный камень складывавшегося тогда социалистического строя советской республики и с которой, конечно, несовместимо наследственное право, т. е. переход имущества из поколения в поколение от умершего собственника к новому собственнику, по воле умершего или по санкции закона.

Идея, лежавшая в основе этого декрета, заключалась в том, что смерть прекращает не только физическое существование лица, но и все юридические последствия, связанные с имуществом — правовой личностью умершего и вытекающие из актов гражданской деятельности на жизненном пути. На место умершего становится государство, к которому переходит весь комплекс его имущественных прав.

Идея эта, однако, не получила полного осуществления ни в самом декрете, ни, в особенности, в применении этого декрета, которое на практике, в действительной жизни, шло мимо этой идеи и вопреки ей. Законодатель, при всем своем пренебрежении к личности ушедшего из жизни, при всем решительном желании окончательно зачеркнуть умершую личность, все-таки против воли не мог отрешиться от нее и принужден был считаться с последствиями ее жизненной деятельности. Он принужден был считаться с интимно-моральными желаниями умершей личности относительно близких ей членов семьи, которых умерший, предполагается, не желал бы оставить в нужде и в невозможности продолжать трудовое дело, которому покойный отдал свою жизнь.

Поэтому декрет принужден был установить ряд правил, пытающихся до некоторой степени удовлетворить требованиям, вытекающим, по крайней мере, из кровной связи умершего с его близкими, возлагая на государство заботы о нуждающихся и нетрудоспособных членах семьи умершего, которым предоставляется право пользования оставшимся после умершего имуществом. Кроме того, согласно ст. 9 декрета, если имущество умершего не превышает 10000 р., в частности состоит из усадьбы, домашней обстановки и средств производства трудового хозяйства, то оно поступает в непосредственное управление и распоряжение имеющихся налицо супруга и родственников.

Таким образом, в декрете от 28 апреля 1918 г. об отмене наследования получалась двойственность: с одной стороны, юридическая и моральная личность умершего окончательно прекращается, с другой стороны, ее дух держит законодателя в своей власти, заставляя его исполнить какие-то требования ее по отношению к определенной категории лиц, которые связаны с умершим узами родства и близости.

С изменением экономической политики, изменился и характер реформы наследственного права. Гражданский Кодекс должен был сделать уступку частным интересам и, вместо провозглашения полной отмены наследственного права, установил лишь ограниченное право наследования — ограниченное в двух отношениях: в отношении круга лиц, призываемых к наследованию, и в отношении размера имущества, подлежащего частному наследованию. В зависимости от обоих видов ограничения наследственного права, государство становится участником наследственной массы.

Круг лиц, призываемых к наследованию по закону и по завещанию, ограничивается узкими пределами, именно, лишь прямыми нисходящими (детьми, внуками и правнуками) и пережившим супругом умершего, а также нетрудоспособными неимущими лицами, фактически находившимися на полном иждивении умершего не менее одного года до его смерти (Гр. Кодекс, ст. 418). За пределами этого ограниченного круга не может быть притязаний на наследство, при чем это ограничение относится не только к наследованию по закону, но и к наследованию по завещанию: завещатель может назначить наследников только в пределах этого круга, а не из среды других лиц — родственников или посторонних. Завещатель может лишиться прав законного наследования одного, некоторых или всех лиц указанного в ст. 418 круга. В этом случае наследственное имущество в целом или в части переходит к государству, т. е. доли устраненных наследников не прибавляются к долям других наследников, а становятся достоянием государства, как выморочные.

Наследниками могут быть только лица, находящиеся в живых к моменту смерти наследодателя, а также дети, зачатые при его жизни и родившиеся после его смерти (ст. 418).

В случае неявки наследников в течение 6 месяцев по принятии мер охранения наследственного имущества, а равно в случае отказа наследников от наследства, имущество признается выморочным и поступает в распоряжение соответствующих органов государства (ст. 433).

Наследование по закону и по завещанию допускается в пределах общей стоимости наследственного имущества не свыше 10000 зол. рублей, за вычетом всех долгов умершего. Эта предельная стоимость относится ко всему наследственному имуществу в целом, а не к доле, которая может достаться отдельному наследнику: все наследники, вместе взятые, не могут получить больше имущества чем на общую сумму в 10000 р. Если общая стоимость наследства превышает 10000 р. зол., то между государством и частными лицами, призываемыми к наследованию по закону или по завещанию, производится раздел или ликвидация наследственного имущества в части, превышающей предельную стоимость наследства, в пользу заинтересованных органов государства. Если по характеру составных частей раздел наследственного имущества представляется хозяйственно невыгодным и неудобным, то между органами государства и частными лицами устанавливается совместное владение или устанавливается право выкупа соответственной части в пользу государства или частных лиц, если последнее допускается интересами государства (ст. 416-417). Исключение из общего правила о предельном размере наследственного имущества сделано для прав, вытекающих из заключаемых органами государства с частными лицами договоров (арендных, концессионных, застроечных и др.): эти права переходят в порядке наследования по закону и по завещанию в пределах сроков, указанных в этих договорах, без ограничения предельною стоимостью в 10000 р. (прим. к ст. 416). Ограничение в этих случаях наследственного имущества предельною стоимостью значило бы нарушение государством своего обязательства перед контрагентом договора, которым именно устанавливается определенная срочность предоставляемых ему прав, подлежащих погашению только по истечении срока и, следовательно, не подлежащих ограничению до истечения срока вследствие смерти управомоченного.

Также сделано исключение из общего правила в предельном размере наследственного имущества в отношении патентов на изобретения: патент, переходящий по наследству после смерти патентообладателя, не входит в состав наследственной массы (Постановление ЦИК и СНК СССР о патентах на изобретения от 12 сентября 1924 г., ст. 10), и следовательно, вовсе не включается в стоимость наследственного имущества.

Такое же исключение сделано в отношении авторского права (Декрет 30 января 1925 г. „Об основах авторского права“, ст. 7).

Также в этом отношении предоставлена привилегия тем лицам, которые совместно проживали с умершим: они получают

имущество, относящееся к обычной домашней обстановке и обиходу, за исключением предметов роскоши, без зачисления в предельную сумму (Гр. Код., ст. 421).

Государство участвует в наследстве еще путем обложения наследственного имущества. На наследственные доли до 10000 р. наследственный налог (пошлина) установлен в наибольших размерах сравнительно с наследственным налогом в других странах, в особенности, в Германии, именно: первая тысяча руб. совсем освобождена от обложения, со следующих 2000 р. взыскивается 1%, с дальнейших 3000 р. — 2%, с следующих 4000 р. — 4%; таким образом, с полных 10000 р. наследник должен заплатить пошлину в сумме 240 р.

Зато в тех случаях, установленных законом, когда наследство переходит к частным наследникам без применения предельной нормы в 10000 р. (срочные права, патентные права, авторское право), размер наследственной пошлины значительно повышен, именно с 10000 до 20000 р. пошлина определяется в 8%, а с каждых следующих 10000 р. пошлина повышается на 4%, доходя до 50%, т. е. до половины всего наследства.

По иностранным законодательствам наследник является полным (универсальным) преемником умершего и поэтому, раз он принял наследство, он обязан отвечать по всем долгам наследодателя, независимо от стоимости наследства, хотя бы долги превышали наличную стоимость наследства. По нашему законодательству применяется другой принцип: наследник, принявший наследство, а также государство, получившее в свое распоряжение выморочное имущество, отвечают по долгам умершего лишь в пределах действительной стоимости наследства.

Судьба выморочного имущества, оставшегося после иностранцев, по общему правилу, принятому в большинстве иностранных законодательств, распределяется по принципу территориальному, т. е. по законам той страны, где это имущество находится. Исключения делаются для тех государств, с которыми заключены соответственные конвенции. Этот принцип территориальный (а не национальный) должен применяться и по нашему законодательству в отношении выморочного имущества иностранцев — в силу ст. 8 постановления о введении в действие Гр. Код., — за исключением имуществ граждан государств, с которыми СССР вступил в соглашение, если в этом соглашении имеется иная регулировка этого вопроса.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие	3
От автора	5
Эволюция идеи права собственности	9
Эволюция и проблемы обязательственного права	40
I. Обязательственные права в их историческом развитии	40
II. Проблема договорной свободы	51
III. Проблема „добрых нравов“	57
IV. Воля и волеизъявление	70
V. Воля заблуждающаяся. Воля принуждаемая. (Ошибка, обман, угроза)	76
Гражданская вина	88
„Случай“ и „Непреодолимая сила“	108
Проблема причинной связи в праве	120
„Невозможность“ исполнения обязательств	159
Проблема возмещения неимущественного (морального) вреда исключительные права	182
I. Авторское право	193
II. Патентное право	196
III. Право на промышленные образцы (рисунки и модели)	224
IV. Право на имя	239
Проблема наследования	265
.	286

