Кабинет Права

ЧТЕНІЯ

ПО

НЕ КОПИРОВАТЬ

ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

Н. Л. ДЮВЕРНУА.

Библиотека

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

ВВЕДЕНІЕ и ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

(выпускъ I-й).

3-е изданіе.

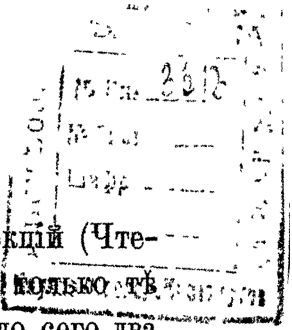
С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.
1898.

10
14



2620





Въ предпринятое третье изданіе моихъ лекцій (Чтеній, по новому) имѣется въ виду ввести не только тѣ части курса, которыя были *мною* напечатаны до сего два раза, но и такія его части, которыя до сего печатались не разъ *моими слушателями*, обыкновенно въ количествѣ экземпляровъ соотвѣтствующемъ ихъ числу. Все изданіе составитъ болѣе или менѣе близкое воспроизведеніе того что я преподаю въ Университетѣ. Неодинаковая обработка разныхъ частей происходитъ оттого, что я не всегда успѣваю привести всѣ мои печатныя лекціи въ желательное соотвѣтствіе съ общимъ планомъ устнаго преподаванія. Однѣ части появляются обработанными полнѣе, другія менѣе полно. Курсъ или значительная его часть должна быть готова къ извѣстному времени, ибо иначе непочему будетъ готовиться къ экзамену. Въ настоящемъ изданіи Чтеній я надѣюсь приблизить печатное изложеніе и тѣхъ частей (главнѣйшія ученія вещнаго права и общую часть обязательствъ), которыхъ до сего не издавалъ самъ, къ устному моему преподаванію. Въ нѣкоторыхъ частяхъ (если смогу) приближеніе будетъ значи-

тельно; въ другихъ придется ограничиться необходимыми исправленіями старыхъ перепечатокъ. Это будетъ шагъ впередъ къ желательному и удобному, не для однихъ слушателей, изложенію моихъ мыслей.

Подробное оглавленіе войдетъ въ послѣдующіе *выпуски.*

Н. Д.

Ноябрь, 1897 г.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1.

Предварительное объясненіе. — Современное состояніе кодифицированнаго гражданскаго права на Западѣ и у насъ. — Возрастающая трудность практическаго изученія новыхъ системъ. — Наша задача. — Два кардинальныя начала, лежащія въ основѣ мѣстныхъ кодексовъ и соотвѣтствующія имъ дисциплины.

Мы открываемъ сегодня курсъ гражданскаго права, разсчитанный на нѣсколько семестровъ. Занятія вами этимъ предметомъ, начатыя сегодня, будутъ продолжаться въ университетѣ до дня вашего выхода. Въ задачахъ курса, до такой степени продолжительнаго, необходимо дать себѣ отчетъ заранѣе, прежде чѣмъ приступить къ подробностямъ выполненія. Безъ нѣкоторыхъ предварительныхъ свѣдѣній мы легко позже затеряемся въ подробностяхъ, и самостоятельныя занятія гражданскимъ правомъ въ послѣдующихъ семестрахъ совсѣмъ не будутъ возможны. Затрудненія будутъ чувствоваться все сильнѣе и сильнѣе и станутъ безвыходными. Работа потеряетъ всякую занимательность, и трудъ будетъ слабо вознагражденъ, если на каждомъ шагу, въ курсѣ, будутъ встрѣчаться контроверзы, мнѣнія разныхъ писателей, часто не русскихъ, положенія римскаго права, новыхъ кодексовъ, историческія экскурсіи, гипотетическія построенія и проч., и при этомъ слушателямъ не будетъ ясно, въ какомъ отношеніи все это стоитъ къ задачѣ ознакомленія съ русскимъ гражданскимъ правомъ.

Обыкновенно юристамъ сначала кажется, что надо поскорѣй приступить къ тексту закона, не [illegible]овать много о вводныхъ ученіяхъ, не входящихъ въ [illegible]ставъ [illegible]ложительнаго законодательства, искать отвѣтовъ [illegible] судебной практикѣ, а не въ отвле-

БИБЛІОТЕКА

ченныхъ ученіяхъ. Въ такомъ взглядѣ и въ такихъ требованіяхъ есть своя справедливая сторона. Чѣмъ скорѣе къ практическимъ задачамъ, тѣмъ лучше для юриста. Но положеніе преподавателя и слушателей гражданскаго права не всегда и не вездѣ одинаковое.

Когда вамъ объявляютъ курсъ гражданскаго права, дѣйствующаго во Франціи, то это Code civil, съ доктринами, юриспруденціей, тысячекратно разработанный для цѣлей практическихъ, учебныхъ, изданный во множествѣ видовъ, съ указаніемъ матеріала, послужившаго его основой, съ памятниками, касающимися редакціи его статей и проч., переложенный, наконецъ, въ стихи для желающихъ запоминать цѣлыя тирады наизусть. И такъ, это одинъ кодексъ гражданскаго права для цѣлаго обширнаго государства, получившій, какъ увидимъ далѣе, скоро примѣненіе далеко за предѣлами Франціи. Когда вамъ предлагаютъ курсъ Прусскаго ландрехта, то это будетъ кодифицированное въ концѣ прошлаго столѣтія мѣстное право, котораго главные составные элементы даются двумя общими системами права, римской и германской, и видоизмѣняются мѣстной законодательной дѣятельностью. Особенность, которую мы здѣсь отмѣтимъ, будетъ состоять въ томъ, что значительное число округовъ самой Пруссіи находится не подъ господствомъ Прусскаго ландрехта, и чтобъ узнать, столь же близко къ практикѣ, какъ во Франціи, гражданское право Прусскаго государства, надо ознакомиться не съ однимъ, а съ нѣсколькими кодексами. Для обозрѣнія пестроты дѣйствующихъ въ Пруссіи юридическихъ нормъ вы найдете въ руководствѣ Рота (Roth, System d. deutsch. Privat-Rechts, т. 1) 66 стрр. однихъ перечисленій, въ какой провинціи какое дѣйствуетъ право (стрр. 57—123). Любопытно, что въ отдѣльной большой области прусскаго государства, въ Рейнскихъ провинціяхъ, прусское право примѣняется какъ исключеніе, а какъ общее правило дѣйствуетъ французскій кодексъ (тамъ же, стр. 121 и слѣд.). Натурально, изученіе гражданскаго права, дѣйствующаго въ Пруссіи, *гораздо затруднительнѣе*, и курсъ такого содержанія будетъ несравненно сложнѣе, чѣмъ курсъ французскаго гражданскаго права. Неудобно, держась близко текстовъ, исчерпывать содержаніе хотя бы двухъ кодексовъ разнаго строенія. Надо искать выхода въ какихъ-либо обобщающихъ ихъ содержаніе элементахъ. Трудность легко перейдетъ въ невозможность, если такихъ пестрыхъ нормъ большое количество.

Сдѣлаемъ шагъ къ нашей практикѣ. Въ числѣ обширныхъ обособленныхъ въ юридическомъ смыслѣ территорій русскаго

государства видное мѣсто принадлежитъ остзейскимъ губерніямъ. Законодатель давно искалъ средствъ объединить эти области, по отношенію къ суду и закону, съ другими русскими областями. Усилій потрачено было очень много. Одно время можно было сомнѣваться въ успѣхѣ дѣла. Въ оффиціальныхъ сферахъ говорили, что для одного перевода матеріаловъ съ латинскаго, шведскаго, нѣмецкаго на русскій, чтобъ сдѣлать тайны остзейскаго юридическаго быта извѣстными русскимъ законодательнымъ и судебнымъ инстанціямъ, нужна работа цѣлаго штата переводчиковъ въ продолженіе шести до восьми лѣтъ. На нашихъ глазахъ происходило то самое о чемъ повѣствуетъ Помпоній и чему такъ неохотно вѣрятъ современные романисты (fr. 2 §§ 6 и 7. D. de O. J.), т. е. право и его практика оставались тайной, были недоступны для достовѣрныхъ изысканій внѣ круга непосредственно заинтересованныхъ лицъ. Въ 64 г. это opus desperatum появилось на русскомъ языкѣ, въ оффиціальномъ изданіи, и притомъ съ такимъ количествомъ статей, которое вдвое превышаетъ число артиклей французскаго кодекса, дѣйствующаго во всей Франціи (Св. мѣстн. узак., ч. 3, имѣетъ 4600 ст. Франц. код. 2281). Откуда это обиліе нормъ? Оно всегда свидѣтельствуетъ объ индивидуализмѣ въ странѣ, о слабости общественнаго союза, о стремленіи каждаго жить по его праву и право другого разсматривать какъ нѣчто чуждое, ничѣмъ съ моимъ правомъ не связанное. Признаки такого состоянія права мы наблюдаемъ въ странѣ, имѣющей свой университетъ съ давно дѣйствующимъ факультетомъ юристовъ. Что же сказать о русскихъ областяхъ, куда не могъ проникнуть свѣтъ юриспруденціи? Громадная масса нормъ неписаннаго права допущена законодателемъ къ примѣненію въ низшихъ судебныхъ инстанціяхъ, гдѣ и кончается ихъ извѣстность. Эти обычныя нормы не собраны, не записаны, за незначительными исключеніями, не приведены къ единству; между тѣмъ несомнѣнно, что ими руководится самая значительная часть низшихъ слоевъ русскаго народа. Точно также мало разроботано, недостовѣрно состояніе юридическаго быта русскихъ инородцевъ. Мой многоуважаемый предшественникъ по каѳедрѣ, профессоръ К. И. Малышевъ, послѣ многихъ лѣтъ труда и въ совершенно исключительныхъ условіяхъ обладанія самыхъ рѣдкихъ въ книжной торговлѣ сборниковъ, успѣлъ въ 80 г. составить сборникъ разномѣстныхъ нормъ по праву семейному и связаннымъ съ нимъ институтамъ. Сборникъ вышелъ крайне обширный (890 стрр. заключ. 5173 статьи), пригодный особенно для справокъ, и при-

томъ безъ ручательства собирателя, что указываемыя нормы обычнаго права удержали до послѣдняго времени свою силу.

Обращая вниманіе на эту умножающуюся, отъ Франціи и до насъ, пестроту нормъ, мы должны замѣтить, что кромѣ знанія законовъ и обычаевъ, существенное условіе практическаго знанія дѣйствующихъ въ странѣ правъ составляетъ юриспруденція, научное и судебное разумѣніе этихъ нормъ. Въ отношеніи практики суда мы имѣемъ матеріалъ хотя и обширный, но довольно случайный, ибо его освѣщаетъ намъ постоянно только дѣятельность центральныхъ учрежденій имперіи, каковы въ особенности 1-й и 2-й департаменты сената, по крестьянскимъ дѣламъ, старые судебные и теперешніе кассаціонные департаменты. Безъ этого посредства вся масса судебной дѣятельности окружныхъ судовъ, судебныхъ палатъ и другихъ судебныхъ установленій остается почти совершенно скрытой въ архивахъ этихъ инстанцій.

И такъ, многочисленность кодексовъ у насъ, какъ и въ нѣкоторыхъ западныхъ государствахъ, до послѣдняго времени въ Германіи, съ одной стороны, съ другой — сейчасъ коротко описанное нами общее состояніе нашего юридическаго быта дѣлаютъ задачу изученія и преподаванія нашего гражданскаго права *своеобразно трудною* и во многомъ отличною отъ той же задачи въ факультетахъ на западѣ. Условія успѣшнаго изученія нашего гражданскаго права измѣняются къ лучшему съ каждымъ годомъ. Но, въ настоящее время, при наличности скуднаго содержаніемъ X т. и двухъ обширныхъ провинціальныхъ кодексовъ (остзейскаго и польскаго), нѣтъ возможности, держась близко текстовъ этихъ 3-хъ кодексовъ, излагать дѣйствующее въ Россіи гражданское право.

Сдѣлать содержаніе и тексты X т. доминирующими надъ этими 2-мя кодексами оказалось неудобнымъ для цѣлей *общей кодификаціи*, какъ это было задумано Сперанскимъ, и это совершенно также неудобно для преподаванія, ибо въ X т. введено слишкомъ мало элементовъ, способныхъ стать общими, и самъ онъ составляетъ лишь *предварительную систематическую сводку легальнаго матеріала*, а не окончательную отдѣлку, какую Сперанскій предполагалъ дать русскому праву въ видѣ гражданскаго уложенія, и какой оно не имѣетъ доселѣ. Необходимость текстуальнаго изученія X т., за немногими исключеніями, едва ли нынѣ можетъ быть высоко цѣнима въ виду подготовляемой переработки его текстовъ въ законодательномъ порядкѣ. Съ отмѣной старыхъ текстовъ, несомнѣнно, упадетъ практическій интересъ изученія

какъ ихъ самихъ, такъ и связанной съ ними судебной практики. Обыкновенно осужденные на сломъ построенія такого рода перестаютъ привлекать къ себѣ дѣятельные силы ученой юриспруденціи, какъ это мы видѣли недавно въ Германіи по отношенію къ старымъ процессуальнымъ нормамъ, когда юристы ждали появленія новаго устава гражданскаго судопроизводства. Отживающій кодексъ переходитъ понемногу въ область прошлаго.

Возможно было бы думать, что отказывая X-му тому въ пригодности для доминирующаго значенія въ курсѣ, мы хотимъ дать одному изъ мѣстныхъ кодексовъ такое значеніе. Для этого, однако, нѣтъ основаній, ибо, хотя оба вышеназванные кодекса заключаютъ въ себѣ неизмѣримо больше элементовъ общаго права чѣмъ нашъ X т., но во-1-хъ, они, въ главнѣйшихъ чертахъ своихъ, совершенно не самобытны и въ этомъ смыслѣ отнюдь не стоятъ выше X т., и во-2-хъ, тѣ ихъ элементы, которые для насъ, какъ и для всѣхъ, имѣютъ цѣну, именно современное римское и новое (не римскаго происхожденія, называемое нынѣ германскимъ) гражданское право, ушли, въ теперешней ихъ ученой обработкѣ, много дальше современнаго тѣмъ кодексамъ положенія ученій. Вотъ почему намъ нѣтъ надобности принимать за исходную и доминирующую въ нашемъ курсѣ систему ни тотъ, ни другой мѣстный кодексъ.

Какимъ же образомъ дать современному гражданскому праву Россіи освѣщеніе въ краткомъ академическомъ курсѣ? Чтобъ достигнуть этой цѣли, намъ надо не столько держаться текстовъ нашихъ легальныхъ книгъ, какъ это дѣлаютъ французы, сколько *выбирать изъ нихъ общіе элементы строенія гражданскихъ институтовъ*, освѣщать ихъ особенностями исторіи отдѣльныхъ большихъ территорій цивильнаго права, уяснять себѣ причины и условія неразработанности того или другого элемента въ томъ или другомъ институтѣ, установлять правильную точку зрѣнія на эти недостатки, опредѣлять случайный или постоянный характеръ этихъ недостатковъ, восполнять ихъ, гдѣ это можно и нужно, въ виду развивающагося цивильнаго быта страны, въ виду практики сдѣлокъ и суда. Словомъ, цѣль наша есть *возможное систематическое объединеніе роднаго матеріала нашего гражданскаго права*, приведеніе его въ такой видъ, какого право должно достигать при дальнѣйшихъ усиліяхъ юриспруденціи научной и практической и при выполненіи, уже существующихъ въ проектѣ, законодательныхъ работъ; существенно — это есть *задача раскрытія элементовъ общихъ нашего цивильнаго быта*, въ коемъ нерѣдко рознь составляетъ явленіе случайное, внѣшнее,

легко устранимое. И если на ряду съ этимъ мы будемъ въ курсѣ останавливаться на нѣкоторыхъ партикуляризмахъ, то только тамъ, гдѣ они составляютъ характерную черту русскаго праворазвитія или крупную модификацію въ системѣ общаго права.

Для достиженія этихъ цѣлей намъ нельзя ограничиться тѣми только средствами, какія даетъ русская письменность. Судьбы гражданскаго права въ разныхъ областяхъ современнаго европейскаго общества далеко не столь розны, чтобы *сравнительное изученіе* ихъ не давало *практически важныхъ результатовъ* для заключеній по нашему праву. То состояніе нашего юридическаго быта, коего нѣкоторыя черты мы дали выше, не есть исключительное для Россіи. Здѣсь для насъ видны только фазы общаго движенія, которыя проходили, частью еще проходятъ, наши западные сосѣди. Въ современной Германіи мы найдемъ много точекъ соприкосновенія съ явленіями нашей жизни, много вопросовъ, заботъ и задачъ совершенно тождественныхъ для нѣмецкой и русской юриспруденціи. Независимо отъ этого, въ прошлыхъ судьбахъ Франціи разрѣшались, хотя, конечно, не совершенно въ томъ же видѣ, но тѣ же вопросы, которые ждутъ еще своего разрѣшенія у насъ. Разумѣніе этихъ судебъ гражданскаго права у новыхъ народовъ откроетъ намъ нерѣдко короткій путь для объясненія явленій, уже наступившихъ и имѣющихъ наступить въ нашемъ правѣ.

Мы примѣнимъ эту методу сопоставленій, сравненій, различеній, аналогій, историческихъ и догматическихъ, не только къ вопросамъ общаго характера, но и къ изученію отдѣльныхъ институтовъ гражданскаго права.

Въ академическомъ смыслѣ мы найдемъ возможность обширно утилизировать для изученія современнаго дѣйствующаго въ Россіи гражданскаго права тѣ знанія, какія вы пріобрѣли въ предшествующихъ курсахъ гражданскаго права римскаго.

Въ самой значительной части какъ академической, такъ и литературной обработки современнаго гражд. права вы найдете этотъ пріемъ самымъ общимъ въ наше время.

Нигдѣ въ новомъ мірѣ догма гражданскаго права не развилась такъ самостоятельно, полно и независимо отъ воздѣйствія римскихъ ученій, чтобы возможно было дать сколько-нибудь законченную картину современнаго юридическаго быта страны, не намѣчая точекъ сходства и различія съ римскимъ правомъ. Не только учебные и ученые труды всегда сводятъ счеты съ римскимъ правомъ, но и работы законодательныя на западѣ, какъ и у насъ, не остаются, въ той или другой мѣрѣ, свободными

отъ его вліянія. Это вліяніе можетъ быть не полное, не сознанное, посредствуемое, случайное, но его легко раскрыть повсюду, на западѣ и на востокѣ, въ старомъ и въ новомъ мірѣ. Наличность этого вліянія составляетъ *историческую черту всей современной культуры гражданскаго права*, и наоборотъ, отсутствіе или незначительность его скорѣе должны быть разсматриваемы какъ преходящая случайность. Въ странахъ романскихъ это вліяніе есть частью непосредственное, прямое, связанное съ ихъ исторіей; въ германскомъ мірѣ—позднѣйшее, искусственное; у насъ, въ нашихъ историческихъ судьбахъ, менѣе постоянное, неровное, случайное, въ послѣднее пятидесятилѣтіе пріобрѣтающее большее постоянство благодаря дѣятельности нашихъ юридическихъ факультетовъ.

Рядомъ съ этимъ, другой элементъ современнаго гражданскаго права, *институты не римскаго происхожденія*, такъ сказать юридическія новообразованія, восполняютъ систему новаго права. Это тотъ элементъ, который въ нѣмецкой литературѣ слишкомъ узко обозначаютъ наименованіемъ общаго нѣмецкаго права (deutsches Privatrecht, также gemeines deutsches Pr.-recht) и котораго признаки мы найдемъ нынѣ повсюду, гдѣ общественный строй и экономическая жизнь значительно отличны отъ римскаго.

Кругъ такихъ новообразовавшихся институтовъ далеко не представляетъ собою чего-либо законченнаго, цѣльнаго, способнаго вытѣснить и замѣнить собою старую основу римской цивильной системы.

Повсюду, гдѣ вы найдете обиліе плохихъ кодификаціонныхъ подѣлокъ, какъ, напр., въ Германіи, преподаваніе гражданскаго права распадается на такіе два курса—современнаго римскаго и новаго нѣмецкаго общаго права. За этимъ никакой мѣстный кодексъ не представитъ для юриста трудности въ его усвоеніи, ибо всякій включаетъ въ себѣ необходимо, такъ или иначе разработанныя, именно эти два кардинальныя начала.

Въ двухъ руководствахъ, которыя названы въ Обозрѣніи преподаванія, вы увидите, въ неодинаковой степени, явные слѣды римской школы ихъ составителей.

Объ этихъ руководствахъ я долженъ сказать нѣсколько словъ.

Руководство покойнаго профессора Дмитрія Ивановича Мейера составляютъ записки его слушателей, которыхъ, быть можетъ, самъ покойный профессоръ никогда не видалъ въ этомъ цѣломъ ихъ составѣ. Самъ профессоръ Мейеръ, представитель хорошей нѣмецкой школы въ юриспруденціи средины 40-ыхъ годовъ, преподавалъ гражданское право въ Казани, потомъ, короткое время, въ Петербургѣ. Его ученая и учебная дѣятельность от-

носится къ той порѣ русскаго законодательства, когда послѣдующія великія событія перерожденія русскаго общества едва предчувствовались. Мейеръ имѣлъ передъ собою кодексъ гражд. права, мало походившій на другіе подобные кодексы по исключительности своего содержанія. Это былъ, какимъ онъ остается въ основѣ и теперь, сводъ указовъ со временъ Уложенія царя Алексѣя Михаиловича и до текущаго законодательства, составленный въ интересахъ извѣстности дѣйствующаго законодательства въ кругу лицъ привилегированныхъ классовъ и въ старой сферѣ гражданской юрисдикціи. Это не былъ собственно гражданскій кодексъ, ибо, какъ справедливо замѣтилъ Карамзинъ, гражданъ въ ту пору Россія не знала, а извѣстны были дворяне, купцы, духовные и пр. Много инструктивнаго для своей аудиторіи, именно по праву гражданскому, Мейеръ не могъ извлечь, держась близко текстовъ X т. Въ его положеніи много общаго съ положеніемъ преподавателя какого-либо изъ земскихъ нѣмецкихъ кодексовъ, только оно еще менѣе благодарно.

Такіе кодексы очень близки къ практикѣ, обязательны для мѣстной юстиціи, но этимъ формальнымъ авторитетомъ и ограничивается ихъ значеніе. Между тѣмъ, гражданскій оборотъ очень трудно, въ наше время, подчинить территоріальной максимѣ. Когда надо перекрѣплять недвижимыя имущества, совершать завѣщаніе, предъявлять права на наслѣдство, особенно по имуществамъ недвижимымъ, съ характеромъ привилегированнаго обладанія, тогда, конечно, нельзя не держаться самымъ точнымъ образомъ текста извѣстныхъ статей. Но цивильный бытъ существуетъ не этими только функціями Изученіе такихъ локальныхъ кодексовъ не имѣло никогда значительной аттракціи въ нѣмецкихъ факультетахъ. Аудиторіи собирались у Савиньи, Эйхгорна, Вангерова, Брунса, Келлера, а не у толкователей прусскаго ландрехта. Эти люди давали своимъ слушателямъ широкіе взгляды на задачу юриспруденціи, открывали путь національному общегерманскому правовѣдѣнію, слагавшемуся изъ реципированнаго римскаго и прилежно разрабатываемаго нѣмецкаго права. Школа практиковъ вѣдала обыкновенно только мѣстные кодексы, съ чисто территоріальнымъ значеніемъ. Юристы, переходившіе изъ университетскихъ аудиторій въ сферу практической дѣятельности, пріобрѣтали способность разумѣнія любого ландрехта, хотя, быть можетъ, уступали практикамъ въ техникѣ примѣненія того или другого изъ нихъ. Одинъ изъ самыхъ почтенныхъ нынѣшнихъ нѣмецкихъ ученыхъ юристовъ проф. Дернбургъ думаетъ, однако, что преимущество рутинеровъ мѣстнаго права далеко незначительно, и

что безпристрастные цѣнители справедливо предпочитаютъ въ Германіи достоинство теоретически образованнаго юриста умѣлости рутинера даже въ практическомъ дѣлѣ, ибо находчивость практика есть совершенно условная и способная сейчасъ смутиться, какъ только привычный порядокъ статей подвергся измѣненію.

Если Мейеръ ставилъ себѣ задачей дисциплинировать слушателей въ цивильномъ правѣ, удовлетворять ихъ потребности въ юридическомъ образованіи, то онъ не могъ достигнуть этого, держась исключительно содержанія X т. Для него, какъ и для западныхъ учителей, открытъ былъ тотъ же источникъ юридическаго просвѣщенія, который лежитъ въ современномъ примѣненіи римскаго права и въ видоизмѣненіяхъ гражданскихъ институтовъ, созданныхъ новымъ временемъ. Это дѣлаетъ трудъ Мейера непрактичнымъ въ томъ же смыслѣ, какъ и труды западныхъ собратій по разработкѣ догмы гражданскаго права. Ни пандекты Виндшейда, ни системы германскаго права Гербера, Безелера, Штобе, Рота, Гейзлера, Гирке не научатъ васъ совершать договоры найма вещей и лицъ по прусскому, баварскому или иному праву, точно такъ же какъ и Мейеръ уступитъ, въ этомъ смыслѣ, въ практичности, любому календарю практическихъ свѣдѣній. Мейеръ трактуетъ о лицѣ, о вещахъ, о сдѣлкахъ юридическихъ, объ условныхъ сдѣлкахъ. Лицо у него является не съ тѣмъ признакомъ, какъ въ сводѣ, сословности, званія, чина; смыслъ этого понятія, какъ увидите ближе впослѣдствіи, совсѣмъ иной, чуждый тогдашнему законодательству, хотя и тогда уже не вовсе чуждый жизни. То же для понятія вещи, очень мало разработаннаго въ старомъ нашемъ правѣ, гдѣ вы встрѣтите вмѣсто понятія вещи понятіе имущества и въ особенности понятіе населеннаго имѣнія. Тоже, наконецъ, для сдѣлки, для понятія виновности гражданской (culpa)... Словомъ, у Мейера вы находите тотъ же порядокъ изложенія, тѣ же ученія, какія найдете въ любомъ руководствѣ гражданскаго права. Мейеръ говоритъ сперва о лицѣ, и вы найдете подобное ученіе о лицѣ всюду, гдѣ есть гражданское право, въ комментаріяхъ Гая, ком. 1 § 9, de condicione hominum, въ институціяхъ Юстиніана, de jure personarum, въ Code civil, liv. 1, tit. 1, des personnes, въ Саксонскомъ кодексѣ, erster Theil, 2 Abtheil., von den Personen. Нашъ X т. начинается, однако, не съ этого и нигдѣ не даетъ положеній о лицѣ, о правоспособномъ субъектѣ вообще. Кн. 1, разд. 1 говоритъ о союзѣ брачномъ, соотвѣтственно tit. 5 Code civil „du mariage“, Саксонскій кодексъ трактуетъ

объ этомъ совсѣмъ въ концѣ, въ связи съ положеніями объ опекѣ, о наслѣдованіи. Гдѣ же лицо? Вспомнимъ Карамзина. *О лицахъ* трактовать въ системѣ нашихъ правъ гражданскихъ *въ ту пору* не было резона. Русское населеніе не было связано единствомъ сознанія правоспособной личности. Ученіе о лицѣ скрыто было въ IX т., въ законахъ о состояніяхъ, которые тогда совершенно основательно вводились въ кругъ ученій государственнаго, а не гражданскаго права. Наиболѣе широкая связь, обнимавшая въ ту пору не только массу своихъ, но и кругъ инородцевъ и запредѣльныхъ славянъ, была *связь церкви*, исповѣданія, и вотъ Сперанскій началъ законы гражданскіе съ того института, который заключаетъ въ себѣ далеко, однако, не гражданское, не свѣтское только начало, но который зато обнимаетъ самый широкій кругъ людей независимо отъ ихъ классовъ и званій. За этими общими положеніями для православныхъ и для иныхъ исповѣданій, въ дальнѣйшихъ частяхъ свода нельзя было связать въ одно цѣлое даже институтовъ имущественныхъ, ибо для одного круга лицъ любопытны были законы, касающіеся имѣній населенныхъ, для другихъ вовсе не X т., а т. XI, въ особенности ч. 2, уставъ торговый, или уставъ ремесленный и фабричный.

Измѣнить этого состоянія розни интересовъ не могъ никакой ученый, такъ же какъ никакой нѣмецкій юристъ не въ состояніи былъ устранить существующей въ Германіи розни мѣстныхъ юридическихъ нормъ. Но въ своихъ конструкціяхъ и нашъ почтенный юристъ и его нѣмецкіе учители умѣли отыскивать и въ законѣ и въ жизни такіе *элементы общаго права*, которые одни способны связать розные интересы стараго общественнаго строя, безъ которыхъ нѣтъ гражданскаго права, невозможно и ненужно цивилистическое образованіе.

Скажемъ ли мы, что это все непрактическія задачи? Да, онѣ непрактичны въ смыслѣ узкихъ, обособленныхъ интересовъ классовъ и профессій. Но, какъ справедливо замѣтилъ Ihering въ одномъ изъ своихъ раннихъ трудовъ, въ программѣ новаго журнала (Jahrb. f. d. Dogmatik), „юриспруденція, чтобъ стать наукой практической, не должна преслѣдовать узко практическихъ цѣлей“. Совсѣмъ неудобные для справокъ по разнымъ ландрехтамъ нѣмецкіе учебники общаго права и столь же мало приспособленный къ задачамъ такого же рода учебникъ Мейера освѣщали, насколько это есть дѣло мысли, путь къ образованію началъ общаго права, къ развитію общности интересовъ въ сферѣ цивильныхъ институтовъ. Кто скажетъ, что въ условіяхъ, въ

которыхъ работалъ Мейеръ, этотъ путь не былъ болѣе практическимъ для юриспруденціи, чѣмъ служеніе интересамъ низшаго свойства, рознымъ, противуположнымъ, по различію сословій, мѣстностей, исповѣданій, профессій?

Условія розни нѣмецкихъ законодательныхъ территорій нынѣ измѣнились; точно также измѣнились и основы нашего стараго общественнаго строя. Старыя кодификаціи признаются одна за другою негодными, осуждаются на сломъ тѣмъ же законодательнымъ авторитетомъ, который нѣкогда ихъ созидалъ. Работа мысли юристовъ, значеніе ихъ построеній, когда-то казавшихся слишкомъ удаленными отъ жизни, все ближе и ближе сходятся съ новымн ея требованіями, съ требованіемъ единаго гражданскаго права для всего государства, одинаковыхъ нормъ гражданской правоспособности для всѣхъ лицъ, рѣзкаго различенія понятій лица и вещи, которое такъ сглаживалось въ старомъ представленіи населеннаго имѣнія...

Въ этомъ смыслѣ книга Мейера составляетъ весьма полезное и въ наше время руководство для образованія русскаго цивилиста. Мы будемъ держаться, въ общемъ, того же порядка изложенія, того же метода, видоизмѣняя, конечно, старыя ученія соотвѣтственно успѣхамъ послѣдующей литературы и новому теченію законодательства.

Другое цѣнное руководство для русскихъ цивилистовъ составляетъ Курсъ гражданскаго права К. Побѣдоносцева въ 3-хъ частяхъ. Составъ руководства иной, чѣмъ у Мейера, общей части нѣтъ вовсе. Въ цѣломъ это очень обширное сочиненіе, обнимающее въ 3-хъ большихъ томахъ вотчинныя права, семейное и наслѣдственное право, договоры и обязательства. Не всѣ части этого капитальнаго сочиненія нужны сейчасъ же и не всѣ одинаково цѣнны. Наиболѣе цѣнную часть составляютъ Права вотчинныя, изд. 4-ое. Побѣдоносцевъ юристъ-практикъ, принявшій на себя временно, въ началѣ шестидесятыхъ годовъ, преподаваніе гражданскаго права въ московскомъ университетѣ. Въ его курсѣ, особенно въ названной части, вы встрѣтите рѣдкое не только у насъ, но и въ Германіи, сочетаніе настоящихъ практическихъ знаній съ весьма солиднымъ юридическимъ и историческимъ образованіемъ. Такъ какъ практика старыхъ судовъ вращалась больше въ сферѣ правъ вотчинныхъ, по передачѣ ихъ сингулярной и универсальной, то и тѣ части курса, кои относятся къ системѣ правъ вотчинныхъ и правъ наслѣдованія, несомнѣнно выше другихъ, гдѣ рѣчь идетъ о договорахъ и обязательствахъ. Курсъ

Побѣдоносцева есть, однако, тоже не комментарій къ тексту закона, а руководство систематическое.

Курсъ профессора Малышева заключаетъ въ себѣ начало предположеннаго большого труда и можетъ въ этомъ видѣ служить превосходнымъ пособіемъ для обозрѣнія литературы тѣхъ матерій, коихъ касался авторъ. По обычному праву высокую цѣну имѣютъ труды Е. И. Якушкина „Обычное право“, 2 т. (О новыхъ руководствахъ на лекціяхъ). Система Анненкова не есть система, въ чемъ нѣтъ никакого укора автору (система для нашего мало обработаннаго права — дѣло трудное и преждевременное) и что не мѣшаетъ его труду быть практически полезнымъ.

Для занятій историческихъ полнѣйшимъ пособіемъ можетъ служить „Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ“ Неволина. У него же указаны прежніе историческія и систематическія сочиненія по русск. гражд. праву. „Наука гражданск. права въ Россіи“. Казань. 93 г. пр. Шершеневича — поверхностна. Текстъ законовъ и указаніе кассаціонной практики хорошо выполняютъ Боровиковскій, Гаугеръ. Офиціальныя изданія X т. ч. I и XI т. ч. II даютъ обильные указатели хронологическіе и сравнительные, а также ссылки на Полн. Собр. Зак. подъ статьями, крайне цѣнныя для ихъ изученія. Важно и цѣнно, какъ пособіе, изд. Редакц. коммис. по составл. Гражд. Улож. подъ заглавіемъ Сборникъ Гражд. Закон.. 3 т., составили А. Гожевъ и И. Цвѣтковъ; для библіографич. справокъ изданіе той же коммиссіи подъ заглавіемъ Систематическій указатель русск. литературы по гражданскому праву. Составилъ А. Поворинскій. 1886 г.

Для французскаго (польскаго) права превосходно руководство Zachariae, „Handbuch des französ. Civilrechts“ перераб. Crome; переработка на французскій языкъ принадлежитъ Aubry et Rau. Изъ нов. учебниковъ удобенъ Précis de droit français Baudry Lacantinerie. Существуютъ обширныя обработки Code'a разн. авторовъ (Beaudry Lacantinerie, 23 тома, Beudant 11 томовъ; не окончены), но они не предназначаются для первоначальнаго ознакомленія съ системой. Для современнаго общаго германскаго права Герберъ (Gerber, 17-е изд. K. Cosack), Безелеръ (Beseler), Roth (обширенъ, хотя и не конченъ; особенно цѣненъ появившійся въ 1886 г. dritter Theil — Sachenrecht). Stobbe (оконченъ въ 1885 году, 5 том.; нынѣ начато нов. изданіе). Названія этихъ трудовъ Handbuch, System des deutschen Privatrechts или des gemeinen deutschen Pr. Rechts. Штоббе цѣнится выше всѣхъ другихъ какъ настоящій знатокъ колос-

сальной массы источниковъ. Въ настоящее время самыя большія ожиданія возбуждаетъ Otto Gierke, феноменальной учености и первоклассныхъ дарованій, изд. въ 95 г. Deutsches Priv. Recht, т. 1. Очень извѣстенъ Heusler, Institutionen d. deutsch. Pr. Rechts 1885 и 1886 гг. (Оба послѣдніе работаютъ для общаго изданія Binding'a „Systematisches Handbuch d. deutsch. Rechtswissensch."). По Bürgerliches Gesetzbuch 18 авг. 96 г. неоконченныя работы Endemann'a, Cozack'a, Lehrbuch d. Deutsch. bürgerl. Rechts.

Для австрійскаго права J. Unger — общая часть и наслѣдственное право (5-ое изд.).

Для прусскаго — Dernburg, „Lehrbuch des Preussisch. Pr. Rechts" (5-ое изд.); Дернбургъ замѣчательный знатокъ и римскаго права, одновременно издавшій свои Pandekten. (Указанія по современному римскому праву у г. профессора этой дисциплины).

Для общихъ свѣдѣній по всѣмъ отраслямъ гражданскаго права и процесса очень цѣнная Encyclopädie der Rechtswissenschaft von d-r Franz von Holtzendorff. Указанныя выше сочин. Цахаріе, Дернбургъ и друг. открываютъ для изучающихъ систему путь ко всѣмъ матеріаламъ и источникамъ изученія той или другой системы въ особенности.

Для текущей литературы „Юридическая Библіографія", издаваемая проф. И. Е. Андреевскимъ здѣсь (прекращена); Юридическая Лѣтопись проф. Сергѣевскаго (прекращена). Кромѣ спеціальн. повремен. изд., указыв. Поворинскимъ, теперь имѣютъ цѣну Журналъ Минист. Юстиціи и Журналъ Юрид. Общ. при С.-Петербургскомъ Университетѣ.

§ 2.

Кардинальное различіе направленія цивилистической литературы XIX столѣтія въ Германіи и во Франціи.—Вліяніе нѣмецкой литературы на нашихъ юристовъ.—Историческій методъ въ юриспруденціи.—Природа права.—Мысли Савиньи по вопросу о кодификаціи.—Переворотъ 1848 г.—Программа новаго журнала для догматики современнаго права.—„Цѣль въ правѣ".—Оцѣнка „новыхъ" идей въ нѣмецкой литературѣ.—Оппортунизмъ.—Право и техника юридическая.

Въ томъ розномъ состояніи юридическаго быта, коего отдѣльныя черты мы дали выше для территорій по сю сторону Рейна, въ противоположность съ Франціей, лежитъ очень существенное

условіе, опредѣлявшее особый характеръ литературной дѣятельности нѣмцевъ въ текущемъ столѣтіи.

Передовые люди Германіи давно уже и вполнѣ ясно сознали необходимость единаго права для единой націи, для общаго отечества. Между тѣмъ, единаго права не было, его не выработала жизнь, его не дала исторія. Гдѣ же найти выходъ изъ этой розни идеальныхъ стремленій и тяжелой дѣйствительности? Всякое построеніе, которое отвѣчало бы этому національному Sehnsucht'у, находило сочувствіе въ патріотическихъ нѣмецкихъ кружкахъ и, однако, до самаго послѣдняго времени оставалось въ непримиренномъ противорѣчіи съ дѣйствительностью. Между тѣмъ, мыслящій юристъ не можетъ ни отказаться отъ этихъ стремленій, ни одною личной энергіей устранить лежащія напути къ осуществленію этого идеала препятствія.

Франція, послѣ блестящаго литературнаго движенія прошлаго столѣтія, достигла въ виду этихъ успѣховъ мысли, ставшихъ быстро достояніемъ всего общества, практическихъ результатовъ въ своемъ единомъ національномъ кодексѣ гражданскаго права. Эти вѣчныя проблемы мысли, объ основахъ права, о разумѣ, волѣ, личности, общественности, интересѣ, цѣли въ правѣ, далеко не находятъ нынче у французовъ такой отзывчивости, какую встрѣчаютъ въ нѣмецкомъ обществѣ. На вопросъ—что̀ есть гражданское право и гдѣ его предѣлъ? вамъ укажутъ Code civil, какого до самаго послѣдняго времени нельзя было указать въ Германіи и до сегодня не укажутъ у насъ. Ни Landrecht'а, ни десятаго тома указать нельзя, ибо вопрошающій предложитъ дальнѣйшій вопросъ: если гражданское право есть X т., то отчего же изъ его 2300 правилъ *гражданскаго* права другой *гражданскій* кодексъ, тоже дѣйствующій въ Россіи, допускаетъ 4600 исключеній.

Въ этой разницѣ положенія, нашего и нѣмецкаго въ теченіе всего истекающаго столѣтія, съ одной стороны, и современнаго состоянія Франціи, съ другой, лежитъ кардинальное условіе очень различныхъ *направленій юридической литературы здѣсь и тамъ*. Изслѣдованія и труды юристовъ тамъ направлены преимущественно къ изученію того, что есть въ кодексѣ и что есть въ жизни. Изслѣдованія и труды у нѣмцевъ и у насъ направляются къ тому, что есть въ жизни и чего часто нѣтъ ни въ какомъ изъ многочисленныхъ кодексовъ. Возможно ли осуждать это свойство научныхъ изысканій нѣмецкихъ юристовъ, эту работу Пенелопы, начинающей все опять сызнова? Полагаемъ, нѣтъ, ибо оно не зависитъ отъ воли юристовъ и служитъ лишь выраженіемъ выжидательнаго, неудовлетвореннаго

состояніи мысли. Въ 64 году скончавшійся 10 лѣтъ назадъ почтенный русскій профессоръ К. Д. Кавелинъ написалъ свою очень извѣстную брошюру „Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы?“. Въ этой постановкѣ вопроса и въ способѣ, коему слѣдуетъ Кавелинъ въ его разрѣшеніи, съ поразительной яркостью выразилось все состояніе мысли русскаго юриста. Время, когда появилась брошюра, бросаетъ на нее особенный свѣтъ. Дѣло идетъ не о томъ, что *есть* гражданское право, а о томъ собственно, *какимъ ему быть надлежитъ*.

Мы увидимъ позже что содержитъ въ себѣ эта брошюра, и уйдемъ далеко отъ образа мыслей автора. Но нельзя не отдать должнаго этому великому дарованію въ двухъ словахъ, въ постановкѣ вопроса выразить весь духъ времени. Это исканіе того, чего нѣтъ, что должно быть, что имѣетъ настать, и давало толчекъ умственному движенію нѣмецкой юриспруденціи и отражалось невольно на нашихъ юристахъ. Общее обозрѣніе направленій и школъ, въ которыхъ группируется нынѣшняя юридическая, преимущественно нѣмецкая, литература, вы имѣете въ курсѣ энциклопедіи права. Изъ недавнихъ работъ историко-литературнаго характера вышедшіе покуда томы (всего предположено 6) сочиненія профессора Бирлинга (Bierling) „Zur Revision der juristischen Grundbegriffe“ помогутъ вамъ въ подробности ознакомиться съ современнымъ состояніемъ контроверзныхъ ученій. Простое обозрѣніе контроверзныхъ пунктовъ по вопросу „Was ist das Recht?“ и по цѣлому ряду Grund-и End-Fragen, гдѣ цѣль? гдѣ основа? гдѣ сущность права? которые занимаютъ нѣмцевъ, вы найдете въ небольшой брошюрѣ Оттона Гирке (O. Gierke), очень заслуженнаго германиста, бывш. профессора бреславскаго, нынѣ берлинскаго университета (Naturrecht und deutsches Recht, 1883, стр. 3—7). Гирке не думаетъ самъ пускаться въ критику этихъ абстракцій и ограничиваетъ свою задачу опредѣленіемъ характера права германскаго, онъ хочетъ сказать: Was ist das deutsche Recht.

Въ задачахъ такого рода, однако, нельзя совершенно уйти отъ вопросовъ методологическаго свойства, и въ виду несомнѣнныхъ вліяній нѣмецкихъ ученій на нашу юриспруденцію, далеко не будетъ излишнимъ, хотя бы въ самомъ короткомъ очеркѣ, опредѣлить здѣсь наше отношеніе къ виднѣйшимъ направленіямъ мыслей въ кругахъ нѣмецкихъ цивилистовъ. Вы встрѣтите имена и мысли вамъ знакомыя изъ другихъ дисциплинъ, и я постараюсь здѣсь лишь приблизить эти знакомыя вамъ изъ общихъ философскихъ очерковъ ученія къ задачамъ и цѣлямъ нашей

дисциплины. Это тѣмъ удобнѣе сдѣлать, что оба писателя, о коихъ мы будемъ бесѣдовать, суть именитѣйшіе цивилисты, съ трудами которыхъ, не по общимъ только вопросамъ, вы будете постоянно встрѣчаться въ цѣломъ рядѣ ученій гражданскаго права. Философствующая братія, никогда не испытывавшая своихъ силъ ни на одной изъ трудностей цивилистики, не представляетъ для насъ здѣсь первостепеннаго интереса.

Составивъ себѣ европейское имя классической работой по одному изъ очень трудныхъ ученій гражданскаго права (Владѣніе, о чемъ позже, въ курсѣ), Савиньи въ 1814 г. выступилъ навстрѣчу идеямъ Тибо о необходимости единаго цивильнаго кодекса для Германіи съ своей знаменитой брошюрой: Vom Beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (послѣдн. изд. 93 г.), и какъ въ этой брошюрѣ, такъ и въ рядѣ журнальныхъ статей, въ дальнѣйшихъ своихъ трудахъ по исторіи и системѣ права, установилъ свое воззрѣніе на природу права, на задачи юриспруденціи, на призваніе своего времени къ правовѣдѣнію и законодательству. Съ именемъ Савиньи соединяется съ тѣхъ поръ представленіе объ историческомъ направленіи правовѣдѣнія. Это не значитъ, натурально, чтобъ Савиньи былъ родоначальникомъ историческаго метода въ изученіи соціальныхъ явленій вообще и права въ особенности. Генезисъ этого метода и отношеніе Савиньи къ ближайшимъ предшественникамъ можетъ составить очень любопытную страницу въ исторіографіи новаго времени; но для насъ здѣсь не можетъ быть сомнѣнія что ничье вліяніе на изученіе права, въ особенности гражданскаго, въ нашъ вѣкъ не было до такой степени продолжительнымъ, обширнымъ и рѣшающимъ, какъ именно вліяніе этого писателя *).

Мы приведемъ здѣсь близко къ подлиннику ту page mémorable, qui contient sa confession de foi scientifique **), гдѣ Савиньи въ сжатой и точной формѣ даетъ понять что онъ разумѣетъ подъ исторіей и историческимъ методомъ въ правѣ.

---

*) Въ ноябрѣ 1888 года появилось въ Archiv f. burger. Recht, Kohler'a u. Ring'a, Bd. 1, Heft 1, составл. продолженіе Busch's Archiv'a (Bd. 49, H. 1), обширная журнальная статья Schwarz'a Die Geschichte der priv. rechtl. Kodifikationsbestreb. in Deutsch. u. d. Entstehungsgesch. d. Entwurfs. Здѣсь читатель найдетъ многія любопытныя подробности по исторіи борьбы объединителей права и сепаратистовъ и очеркъ встрѣчныхъ мнѣній писателей разныхъ партій задолго предшествовавшихъ полемикѣ Тибо и Савиньи (стр. 38 и слѣд.).

**) Такъ называетъ это мѣсто очень почтенный бельгійскій ученый Rivier въ своемъ весьма цѣнномъ и для русскихъ ученыхъ трудѣ Introduction historique au droit romain. Bruxelles. 1881 г. Leçon d'ouverture, p. 14.

Библиотека ОДУ

Рѣчь идетъ объ изданіи журнала. Это программа журнала.*)

Онъ издаетъ журналъ, чтобы нѣмецкіе юристы постигли, наконецъ, къ какой каждый изъ нихъ принадлежитъ партіи, что чаще всего для нихъ самихъ остается скрытымъ... И такъ, есть двѣ школы, и одна изъ нихъ достаточно опредѣленно обозначается наименованіемъ *исторической*. Другую Савиньи затрудняется назвать опредѣленнымъ именемъ, потому что тамъ сходятся и послѣдователи такъ называемаго естественнаго права и просто люди здраваго смысла и, наконецъ, философы. За отсутствіемъ единаго положительнаго признака Савиньи именуетъ такую школу *неисторической*. Ей даетъ единство только противуположеніе съ первою. Этого противоположенія школъ нельзя, впрочемъ, основательно разобрать пока рѣчь идетъ исключительно о научныхъ вопросахъ, такъ какъ оно имѣетъ скорѣе общій характеръ и обнаруживается больше или меньше во всѣхъ людскихъ дѣлахъ, а въ особенности въ дѣлѣ устройства и управленія государствъ.

Вопросъ, однако, общій есть такого рода: въ какомъ отношеніи находится прошлое къ настоящему, возникающее къ сущему (das Werden zum Sein?), и на этотъ счетъ одни учатъ, что каждая эпоха сама создаетъ себѣ свое бытіе, свой міръ, удачно или нѣтъ, по мѣрѣ силъ своихъ и своего разумѣнія. Въ этихъ заботахъ можетъ оказаться неизлишнею и оглядка въ прошлое, ибо оттуда возможно извлечь поученіе о томъ, какъ дѣла обстояли у предковъ. Исторія станетъ такимъ образомъ сборникомъ морально-политическихъ примѣровъ. Но такія оглядки въ прошлое составляютъ лишь одно изъ вспомогательныхъ средствъ, и для генія, напр., онѣ вовсе и не обязательны.

По ученію другихъ, наоборотъ, нѣтъ вовсе одинокаго и обособленнаго существованія, и все то, что могло бы быть разсматриваемо какъ единственное, съ другой точки зрѣнія является частью нѣкотораго высшаго цѣлаго. Такимъ образомъ, намъ надлежитъ мыслить отдѣльнаго человѣка необходимо какъ члена семьи, народа, государства; всякую эпоху въ жизни народа какъ продолженіе и развитіе предшествующихъ эпохъ. Иной взглядъ — односторонность, ошибка, ошибка вредная... Разъ это такъ, тогда всякая эпоха не приноситъ съ собою, произвольно и для себя, весь свой міръ... Тогда новое время должно признать нѣчто данное; это будетъ *нѣчто необходимое, ибо оно не зависитъ отъ настоящаго, и нѣчто свободное, ибо оно не исхо-*

*) Zeitschrift fur geschichtliche Rechtswissenschaft, т. I, стр. 3.

дитъ отъ произвола другого (какъ приказъ господина его рабу). Его источникъ лежитъ въ высшей природѣ народа, какъ постоянно образующагося, постоянно развивающагося цѣлаго.

Мы имѣемъ такимъ образомъ въ исторіи права процессъ развитія индивидуума, поставленный въ тѣснѣйшую связь съ процессомъ развитія народа *).

Этотъ процессъ историческаго развитія, эти явленія эволюціи обнимаютъ собою все право, и только правильное разумѣніе ихъ способно избавить людей отъ ошибокъ, въ которыя они такъ склонны впадать, почитая свои идеи за чисто разумныя потому только, что они не знаютъ ихъ происхожденія **).

Переходя отъ этихъ общихъ научныхъ построеній къ ближайшимъ интересамъ дня, которые вызвали эти размышленія, Савиньи выражаетъ свое сомнѣніе, чтобы нѣмецкіе юристы того времени способны были, могли бы создать общегерманское гражданское уложеніе. Когда нѣтъ, — говоритъ Савиньи, — на лицо хорошей книжки, хорошей работы по этой матеріи, — тогда что-жъ будетъ собою представлять предположенный кодексъ? Законодателю придется освѣтить своимъ авторитетомъ фальшивыя мнѣнія и очевидныя ошибки юристовъ. Дальше временъ Теодориха остготскаго мы уйдемъ развѣ въ томъ только смыслѣ, что тогда не было юристовъ-писателей, а теперь ихъ очень много. Единственный результатъ, котораго легко достигнуть, будетъ заключаться въ томъ, что мы разобщимъ наше право съ его прошлымъ, обратимъ его такимъ образомъ въ мертвую букву.

Мысль Савиньи успокоивается не на этихъ планахъ. Его идеалы не тутъ... Онъ смѣло указываетъ юристамъ эпоху свободнаго творчества права въ жизни римскаго государства, въ эдиктѣ претора, въ классической юриспруденціи. Этотъ духъ римскаго творчества долженъ ожить въ насъ и привести насъ къ тому, чтобы мы сами стали способны созидать наше право и продлить такимъ образомъ прерванную судьбами работу ихъ мысли. Что эта, такъ поставленная, задача есть практически выполнимая, въ этомъ Савиньи выражаетъ свое горячее убѣж-

---

*) Эти и дальнѣйшія мысли дали поводъ профессору Merkel'ю сопоставить воззрѣнія Савиньи съ ученіями Дарвина. Zeitschrift fur das Privat. u. Oeffentl. Recht... Grunhut'a B. 3 и 4. Прилежный Цительманъ (въ сочин. Irrthum u. Rechtsgeschaft, стр. 226) отыскалъ и то, чего недоставало для этого сравненія Merkel'ю. Авг. Тонъ, въ томъ же австрійскомъ журналѣ Grünhut'a, говоритъ въ этомъ духѣ: Die Fähigkeit, das Recht zu erzeugen, darf den arterhaltenden Eigenschaften des heutigen Menschengeschlechtes zugezahlt werden.

**) Beruf, стр. 10, 11, 115 Zeitschr. f. gesch. R. Wissensch, т. I, стр. 2, 396.

деніе. Эти убѣжденія и эти свѣтлыя надежды покоются главнѣйшимъ образомъ на германскихъ университетахъ *).

Только когда знаменитый мыслитель выступилъ на эту почву практики, въ эту сферу интересовъ, близко касающихся жизни, ему пришлось выдержать борьбу, отъ тяжелаго впечатлѣнія которой онъ долго послѣ не могъ отдѣлаться. Это любопытный эпизодъ. Противникомъ Савиньи на этой практической почвѣ явился нѣкто Гёнеръ, бывшій профессоръ, очевидно принадлежавшій къ кругу лицъ *неисторической* школы. Задача Гёнера — обличить Савиньи въ опасныхъ замыслахъ. Мысли Гёнера могутъ быть выражены такъ (мы не остановились бы на нихъ, если бы Савиньи, въ связи съ этой полемикой, не досказалъ своей программы еще опредѣленнѣе и еще ближе къ практикѣ). Историческій методъ въ правѣ, думаетъ онъ, даетъ нѣчто совершенно отрѣшенное отъ вѣчныхъ началъ разума и высшихъ областей знанія. Образцы такого права новые юристы думаютъ отыскивать въ Римѣ, гдѣ право находилось въ процессѣ образованія. Ихъ цѣль въ томъ, чтобы вырвать законодательную власть изъ рукъ правителей и передать ее въ руки народа и юристовъ **). Право, попавшее въ такія руки, походитъ на садъ, гдѣ отъ сорныхъ травъ глохнетъ зародышъ добраго посѣва. Гёнеръ не упускаетъ натурально вызвать на Савиньи негодованіе тевтон-

*) Beruf, стр. 19, 24, 31, 49, 51, 120, 121. Мы будемъ имѣть позже (въ обзорѣ западныхъ кодификацій и въ нѣсколькихъ мѣстахъ курса) случай увидѣть, въ какомъ отношеніи эти идеи находились тогда къ воззрѣніямъ, господствовавшимъ въ обществѣ и правительствѣ. Вліяніе ученій Савиньи на школу было и остается до сихъ поръ самымъ рѣшительнымъ. Профессоръ Шрадеръ, очень скоро послѣ брошюры Савиньи, напечаталъ любопытное сочиненіе: „Die prätorischen Edikte der Romer auf unsere Verhaltnisse übertragen". Ученикъ Савиньи Рудорфъ всю жизнь не переставалъ работать надъ преторскимъ эдиктомъ и, какъ извѣстно изъ курсовъ римскаго права, этотъ предметъ и теперь составляетъ излюбленную тему историко-юридическихъ изысканій. Schwarz въ указанной сейчасъ статьѣ далеко не даетъ оцѣнки ученію Савиньи, и насколько оно не отвѣчало Sehnsucht'у нѣмцевъ того времени, даже осуждаетъ его какъ непрактическое (стр. 56 и 122); цѣль работы не въ научной оцѣнкѣ методовъ изученія права. Планъ Schrader'a и оцѣнка его со стороны Savigny приведены коротко у Schwarz'a на стр. 72 и слѣд.

**) Какія опасенія были у Гёнера—это здѣсь не представляетъ для насъ никакого интереса. Въ нѣмецкой юридической литературѣ, незасисимо отъ ея научныхъ задачъ, постоянно встрѣчаются совершенно локальнаго характера политическіе интересы, которые связаны съ территоріальнымъ разновластіемъ въ странѣ. Все это для насъ очень мало поучительно. Здѣсь мы видимъ Гёнера, обличающаго Савиньи. Такимъ же обличеніямъ подвергался и Эйхгорнъ со стороны нѣкоего Schmalz'a, постоянно безпокоившаго славнаго германиста за то, что Эйхгорнъ принадлежалъ къ кругу патріотовъ и бился на ряду съ другими за свободу родины, по одному нѣмецкому патріотическому побужденію, а не по чувству долга пруссака и только. Нерѣдко, впрочемъ, такія, со стороны, малосущественныя обстоятельства до крайности обостряютъ спорные пункты и даютъ непріятный, раздраженный характеръ борьбѣ мнѣній. Кто такое Gönner — видно у Schwarz'a, стр. 80 и слѣд.

скаго чувства оскорбленной гордости за неуваженіе къ роднымъ авторитетамъ и за преданность латинскимъ идеаламъ *). Въ заключеніе Гёнеръ требуетъ измѣненія дѣйствующаго права чрезъ введеніе новаго единаго кодекса, причемъ учебный планъ университетовъ долженъ быть направленъ на изученіе отечественныхъ законовъ.

Вотъ эти встрѣчныя мнѣнія и дали поводъ Савиньи досказать свою мысль по вопросу о природѣ гражданскаго права. „Да, — говоритъ онъ, я утверждалъ, что *гражданское право въ самой большей части* своего содержанія образуется и *развивается народомъ и юристами*, и что дѣйствительное *вліяніе на него законодателя менѣе значительно*, чѣмъ это принято думать **). Кто будетъ такимъ органомъ законодательства — это совершенно безразлично. Простое сравненіе можетъ уяснить дѣло. Курсъ денегъ опредѣляется мнѣніемъ народа, который здѣсь, въ торговлѣ, представляется торговымъ классомъ, также какъ въ правѣ — юристами, такъ что мнѣніе торговыхъ людей опредѣляетъ собою курсъ. Пускай же нашъ авторъ (Гёнеръ) увѣритъ кого-либо, что это со стороны торговыхъ людей составляетъ присвоеніе власти. Къ чему поведетъ такой взглядъ въ области финансовъ—это тотчасъ станетъ ясно ***). Къ сожалѣнію, такого рода опытъ гораздо труднѣе устроить въ области гражданскаго права.

Я говорилъ, однако,— продолжаетъ Савиньи, — о внутренней образующей право силѣ, а вовсе не о внѣшнемъ строеніи государствъ.

Это ученіе *объ органической природѣ права*, о внутренней образующей его силѣ, любимыя сравненіи процессовъ образованія права съ народной рѣчью, раскрытіе подлинныхъ формъ народнаго творчества въ правѣ обычномъ — все это весьма извѣстные пріемы и результаты историческаго воззрѣнія на право.

Они, однако, не приводили, конечно, совершенно независимо отъ воли людей, къ желанному результату, къ раскрытію у насъ такихъ же органовъ образованія общихъ юридическихъ институтовъ, какимъ былъ эдиктъ претора въ Римѣ. Практическія заботы оставляли желать многаго. Творчество нѣмецкихъ юристовъ далеко не такъ скоро, какъ того хотѣли бы руководящіе романисты, давало плоды, въ коихъ можно было узнать результаты

---

*) Журналъ историческаго правовѣдѣнія издавался Савиньи вмѣстѣ съ Эйхгорномъ, и никому конечно, кромѣ развѣ Гримма, нѣмецкая юриспруденція не обязана такими заслугами, какъ именно Эйхгорну.

**) Zeitschr., I, стр. 363,

***) Тамъ же, стр. 384.

новаго направленія юридическихъ штудій и ожившую въ новыхъ условіяхъ работу римскаго юридическаго генія. Школу историческую упрекали въ квіетизмѣ, въ равнодушіи къ практическимъ задачамъ юриспруденціи. Въ концѣ 40-хъ годовъ эти укоры приняли очень острый характеръ, особенно послѣ того, какъ министерская дѣятельность Савиньи не принесла требуемыхъ результатовъ. Наукѣ вмѣнено было то, что не зависѣло вовсе отъ ея дѣятельности. Журналъ историческаго правовѣдѣнія пересталъ издаваться.

Быть можетъ, Германія ждала событій, а не новыхъ движеній мысли только? Событія, однако, разрѣшавшія задачу національнаго объединенія, пришли много позже, а на смѣну прежнихъ учителей поспѣшили стать новые люди съ другими программами ученой и академической дѣятельности *).

Если старую школу упрекали въ квіетизмѣ, то для новой дѣятельности проф. Эмиль Кунце справедливо придумалъ характеристику другого рода. Это — Sturm-und Drang-Periode in der Jurisprudenz, періодъ „бури и натиска", а вѣстникъ этой школы, Рудольфъ Іерингъ, это буревѣстникъ, Sturmvogel...

Для насъ не столько важны перипетіи этого движенія умовъ въ Германіи, сколько результаты, къ коимъ приходятъ писатели новаго направленія въ ученіи о природѣ права.

Уже въ томъ сочиненіи, которое дало Іерингу право на самую обширную извѣстность (Geist d. römisch. Rechts auf d. verschied. Stufen seiner Entwickelung), виденъ иной пріемъ изысканій этого писателя и иная цѣль ихъ, чѣмъ у представителей старой школы. Іерингъ подвергаетъ суровому допросу (peinliche Frage) явленія римской исторіи права. Онъ не хочетъ знать *скрытыхъ органическихъ процессовъ* праворазвитія. Ему нужны явные его факторы. Онъ не очень довѣряетъ существованію такихъ эпохъ въ правѣ, когда юридическія понятія выдѣлялись сами собой, какъ готовые результаты *непосредственнаго* народнаго сознанія. Передъ нами проходятъ картины личной дѣятельной воли, военнаго строя, договорныхъ формъ, сознательной, разсчитанной дѣятельности людей (persönliche Thatkraft), какъ главныхъ факторовъ развитія права. Не въ формѣ обычая, а въ начертанномъ законѣ находитъ себѣ право свое подлинное выраженіе **). Любимое сравненіе для историческихъ (у І.—специ-

*) Подробности литературнаго движенія послѣ полемики Савиньи и Тибо см. у Schwarz'a, гдѣ разсмотр. мнѣнія Runde, Christ'a, Falck'a, Kierulff'a, Stahl'я, Beseler'a, Wachter'a, Puchta, Bruns'a, Geib'a, Unger'a и друг.

**) Читатель Geist'a безъ труда найдетъ блестящія страницы, гдѣ видно,

фическихъ) процессовъ праворазвитія даютъ явленія *изъ міра механическаго*, а не органическаго, какъ у историковъ прежняго времени. Право сопоставляется не съ языкомъ народа, а съ азбукой. Процессъ римскій — это Scheidemaschine, это хорошо придуманный аппаратъ, которымъ искусственно расчленяются моменты цѣлаго жизненнаго спорнаго юридическаго отношенія. Все движеніе спора подобно движенію часового механизма.

Множество счастливыхъ сравненій, необыкновенно живая рѣчь, поразительная смѣлость обобщеній держатъ читателя подъ нѣкоторымъ обаяніемъ силы и побуждаютъ мыслить за одно съ нимъ, какъ будто въ мірѣ новыхъ понятій, дающихъ совсѣмъ иное освѣщеніе явленіямъ, давно знакомымъ и до тѣхъ поръ недостаточно освѣщеннымъ. По отношенію ко многимъ вопросамъ, какъ увидимъ, это впечатлѣніе не случайное и не преходящее.

Оставшееся одно время не занятымъ мѣсто прекратившагося „Журнала историческаго правовѣдѣнія“ люди новаго времени спѣшатъ занять новымъ изданіемъ, которое по имени (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römisch. u. deutsch. Privatrechts, съ 56 г.) и въ особенности по своей программѣ (переведена г. Гусаковымъ въ „Юридическомъ Вѣстникѣ“, издаваем. въ Москвѣ) становится въ рѣзкое противуположеніе съ программой прекратившагося журнала. Въ этой блестящей программѣ Іерингъ выдерживаетъ читателя все время въ высшихъ сферахъ юридическаго творчества, для котораго требуется особенное чутье, исключительный талантъ, и которое вознаграждаетъ дѣятеля наслажденіями эстетическаго свойства. Это тѣ области права, которыя какъ будто назначаются для самихъ же юристовъ. Своего рода виртуозность, находящая сама въ себѣ цѣль. Исторію, говоритъ Іерингъ, могутъ обработывать и филологи. Настоящій юристъ, хотя бы его историко-юридическое снаряженіе (Ausrüstung) было совершенно недостаточно, пойметъ въ общемъ несравненно лучше римское право, чѣмъ историкъ права, у котораго отсутствуетъ das juristische Organ. Все это очень можетъ быть, но дѣло здѣсь идетъ явно не о томъ правѣ, которое одинаково хорошо пойметъ и не-филологъ и не-юристъ, а именно о виртуозности въ юриспруденціи. Послѣ этой программы мы имѣли рядъ работъ Іеринга, съ разсчитанными заглавіями: „Reflexwirkungen“, „Passive Wirkungen des Rechts“, мы имѣли неоконченную и возбудившую большія ожиданія „Allgemeine

---

въ какой мѣрѣ авторъ считаетъ недостаточнымъ одинъ легальный матеріалъ для возсозданія картины юридич. быта эпохи, и тѣ же сравненія живого права съ живой рѣчью какъ у Савиньи.

Theorie des Rechts", нѣсколько очень цѣнныхъ изысканій для догматическихъ конструкцій *), мы имѣли, наконецъ, брошюру „Борьба за право" (Der Kampf um's Recht), но ничего досказаннаго, никакого довершеннаго дѣла, которое могло бы стать на пути прежняго направленія мыслей и изслѣдованій историко-юридической школы. Никогда не прекращавшаяся работа изысканій историческаго характера возобновилась (въ началѣ 60-хъ годовъ) съ большой энергіей въ новыхъ журналахъ.

Въ цѣломъ планѣ дѣйствій новыхъ людей произошла какая-то задержка. До поры какъ будто не хотѣли выдать всего замысла. Послѣ военныхъ успѣховъ Германіи и рѣшеннаго вопроса объ имперской компетенціи для обще-нѣмецкаго гражданскаго уложенія эта пора, повидимому, наступила. Таить было больше нечего, и основы новаго ученія о правѣ заложены были въ большомъ парадномъ томѣ, озаглавленномъ „Der Zweck im Recht". По назначенію своему это совершенно также знакъ времени, какъ и та программа исторической школы, которую мы выше описали. Но это знакъ совершенно другой эпохи, иного настроенія, когда нѣтъ досуга разбирать научныя проблемы, когда надо спѣшить дѣйствовать и достигать результатовъ, пока на лицо всѣ условія успѣха. Это настоящая Sturm - u. Drang-Periode in der Jurisprudenz.

Еслибы мы не имѣли даты на этомъ волюмѣ, мы могли бы ее опредѣлить методомъ внутренней хронологіи, о коей пишетъ Jhering въ своемъ Geist'ѣ. Волюмъ появился послѣ военныхъ успѣховъ Пруссіи, въ разгаръ Culturkampf'a, немного позже достигнутаго соглашенія объ имперской компетенціи гражданскаго уложенія (74 г.), въ 77 году, и несомнѣнно будетъ утрачивать все свое значеніе вмѣстѣ съ измѣненіемъ случайныхъ условій, потребовавшихъ его появленія.

Вотъ основы новаго ученія о природѣ права. Субстратомъ для конструкціи понятія права служитъ не народное сознаніе, не наличность исторически сложившихся союзовъ, а абстрактное понятіе общества, которое представляетъ собою ничѣмъ внутренне не связанное множество людей, среди коихъ начало свободы, очевидно имѣющей вовсе иной смыслъ, чѣмъ у представителей исторической мысли (см. выше, стр. 17 кон.), угрожаетъ опасностью цѣлому. Все, чѣмъ мотивируется право въ исторіи, вся связь его съ жизнью народа, съ національнымъ юридиче-

*) Въ дальнѣйшемъ догматическомъ изложеніи мы не обойдемъ ни одной безъ вниманія. Теперь всѣ переиздаются въ Gesammelte Aufsätze, 3 m.

скимъ сознаніемъ уходитъ на послѣдній планъ. Законъ причинности существуетъ только для внѣшней природы. Для дѣйствій человѣка, для права, есть другой законъ, законъ цѣли, causa finalis. Здѣсь все разсчетъ, и кто дальше умѣетъ разсчитывать, за тѣмъ — право. Право будетъ, такимъ образомъ, діалектикой цѣли. Zweckapparat'ы, лучше организованные, торжествуютъ надъ таковыми же, хуже организованными. Наилучшій аппаратъ такого рода есть государство. Оно одно имѣетъ власть наказывать *). И такъ, государство есть внѣшній принудительный аппаратъ **). Право есть система обезпеченныхъ принужденіемъ соціальныхъ цѣлей ***). Короче, право есть политика силы (Politik der Gewalt.) ****). Государство — это обладатель упорядоченнаго и дисциплинированнаго принужденія. Право есть дисциплина принужденія. Въ государствѣ лежитъ единственный источникъ права, ибо оно одно имѣетъ монополію принужденія. Все автономное въ государствѣ отъ него одного выводитъ свою силу; вмѣстѣ съ этимъ ясно, что простой актъ отнятія автономіи уничтожаетъ ее въ самой основѣ *****). Законъ есть непремѣнное оружіе интеллигенціи въ борьбѣ съ глупостью, это соглашеніе предусмотрительныхъ и дальнозорклхъ противъ близорукихъ. Разумѣніе цѣли доступно только предусмотрительнымъ, и I. очень жалѣетъ, что не можетъ убѣдить въ истинѣ своихъ ученій простыхъ людей, ибо для этого надо мыслить по философски и выражаться по мужицки †). Мысль Ihering'а плѣнена идеей универсальнаго

---

*) Въ сочиненіи Das Schuldmoment im rom. Pr. recht, 67 г., *идея наказанія* изображена какъ постепенно вымирающая въ исторіи права.

**) Zweck, 242.

***) Тамъ же, 255.

****) Стр. 367 въ старомъ, 378 въ нов. изданіи, гдѣ подчеркнуто — die *wohlverstandene* Politik...

*****) Womit von selbst gesagt ist, dass es (автономія) durch Zurucknahme seinerseits (т.-е со стороны государства) von selbst erlischt... Dies gilt auch von der christlichen Kirche, стр. 319. Здѣсь указаніе по 1-му изд. Соотвѣтственно стр. 319-той во 2-мъ изд. будетъ стр. 321. Ihering назвалъ 2-е изданіе переработаннымъ (umgearbeitet). Переработка во всякомъ случаѣ незначительная, и было бы жаль, еслибы отъ такихъ переработокъ очень измѣнился первоначальный текстъ, ибо онъ хорошъ, какъ знакъ времени, именно въ этомъ цѣльномъ видѣ, безъ передѣлокъ и закругленій грубыхъ линій первоначальной, подлинной работы. Въ 3-мъ изданіи, вѣроятно, исчезнетъ или будетъ смягченъ выписанный текстъ, ибо культуркампфъ законченъ. И это будетъ опять жаль.

†) Образцы послѣдняго можно найти у этого писателя во II т. Zweck'а (о коемъ мы не говоримъ здѣсь, ибо это собственно Cap. IX, das Sittliche, 716 стр., кажется еще не вполнѣ исчерпан.; см. рефератъ г. Гусакова въ Юрид. Вѣстн.) и особенно въ Scherz u. Ernst, гдѣ раздраженіе, даже задоръ писателя, конечно, мало способствуютъ уясненію дѣла. Въ II т. Zweck'а на вопросъ, обращенный I—гу, очевидно, однимъ изъ его Fachgenossen, что-жъ собственно онъ разумѣетъ подъ обществомъ?—Іерингъ отвѣчаетъ „Schuster, bleib bei deinem Leisten“ (стр. 193). Между тѣмъ вопросъ совершенно умѣстенъ, и I—гу оставалось бы отвѣтить, или, что подъ обществомъ и общеніемъ онъ разумѣетъ ихъ историческія формы

властительства. Весь процессъ исторіи сводится къ поглощенію политическихъ тѣлъ octav-volum'a volum'ами in folio. Въ то же время онъ вспоминаетъ законы противъ безбрачныхъ и бездѣтныхъ, которые угрожали римскому обществу временъ упадка свободы, и принудительные эдикты Людовика XIV для поселенцевъ Канады въ интересахъ заселенія пустой страны. Ему ненужны ни судьи-граждане (онъ противъ суда присяжныхъ), ни граждане-воины. Все право есть механизмъ закона, а самъ законъ—орудіе достиженія цѣлей.

Есть писатели, которые думали иначе о свободѣ, о правѣ. Но кто же это? Это Фихте, котораго Ihering находитъ непрактичнымъ до шутовства, это Гумбольдтъ, мечтавшій о воинахъ-гражданахъ, когда ему не было и 30-ти лѣтъ. Наконецъ, Милль! Онъ имѣлъ много больше 30 лѣтъ, когда публиковалъ трактатъ о свободѣ, и однако, Милль, съ этимъ ученіемъ, въ результатѣ собственно только отстаиваетъ безнаказанное отравленіе китайцевъ опіумомъ, которое даетъ выгоду его соотечественникамъ *). Ihering знаетъ иные порядки, иныхъ воиновъ, другую основу для права и нравственности. Въ ней нѣтъ никакихъ элементовъ свободы, нѣтъ никакого начала, лежащаго въ самомъ человѣкѣ. Она вся есть Zwang, извнѣ приходящее, насильственное побужденіе; зато она приводитъ къ заманчивой цѣли, къ торжеству государства in-folio-volum'a надъ государствами octav-volum'a; она практична! Иллюстрацій этой новой морали легко найти во множествѣ въ обоихъ обширныхъ трактатахъ, въ т. 1 и во 2 Zweck'a.

Достоинство и историческій характеръ старой морали, временъ войны за освобожденіе (Befreiungskrieg), когда писали Гумбольдтъ, Фихте, Савиньи, легко опредѣлить простымъ сравненіемъ осмѣяннаго здѣсь идеала гражданина-воина съ новымъ типомъ солдата, которымъ любуется Ihering **). Съ такими идеа-

---

(тотъ самый Volk, Volksgeist, Volksüberzeugung, надъ коими онъ тамъ же потѣшается), но тогда не было бы вовсе нужно Ihering'овскаго Zwangsanstalt'а вмѣсто права, ибо въ этомъ обществѣ нѣтъ стихійныхъ силъ разрушенія, или Ihering долженъ бы сказать, что *его* „общество“ есть общество больное, собраніе умалишенныхъ, дѣтей, непокорныхъ солдатъ, чтобъ оправдать необходимость Zwangsjacke вмѣсто права... Вмѣсто отвѣта слышится одно раздраженіе...

*) Тамъ же, стр. 528, 536, 555.

**) У Гумбольдта: Государство даетъ такое направленіе военному воспитанію, das nicht bloss die Tapferkeit, Fertigkeit u. Subordination eines Soldaten beibringe, sondern den Geist wahrer Krieger oder vielmehr edler Bürger einhauche, welche fur ihr Vaterland zu fechten immer bereit sind. У Ihering'а: der Soldat muss wissen, dass ihm, wenn er den Kugeln des Feindes entrinnen will, der Degen seines Officiers droht—incidit in scylam qui vult vitare charybdim... Der Respect vor dem Degen seines Vorgesetzten muss dem Soldat zum Evangelium werden... Настоящая Sturm-Jurisprudenz!

лами, быть можетъ, легко поработить весь міръ (неизвѣстно лишь, кто призванъ это совершить!), не прибавивъ ни одной страницы въ старую исторію права, и съ такой юриспруденціей наше время уйдетъ впередъ отъ временъ Теодориха остготскаго *), въ самомъ дѣлѣ, развѣ только въ томъ, что тамъ не было юристовъ-писателей, а у насъ ихъ очень много **).

Мы дали возможно кратко ***) характеристическія для новаго ученія черты, оставляя въ сторонѣ все, что̀ менѣе характерно для этого направленія. Натурально, и въ этихъ книгахъ, поразительныхъ по отсутствію всякой внутренней спокойной гармоніи мысли, найдутся страницы, гдѣ вы узнаете высокаго мастера старой школы. Такихъ страницъ много. Онѣ ненамѣренно вырываются изъ-подъ пера историка; но исторія мало интересуетъ его. Онъ охотно предоставилъ бы ее всю филологамъ, точно такъ же, какъ исканіе идеи свободы — философамъ, недостигшимъ 30-лѣтняго возраста. Его тревожитъ будущее... Гдѣ Zweck? гдѣ causa finalis? Оно темно, натурально, для него, какъ и для всѣхъ смертныхъ, но никто не стремится съ такой страстью овладѣть имъ, какъ онъ. Это загадочное будущее можетъ спасти только *могущественная механическая сила государства*, и все право должно служить только средствомъ для этой цѣли спасенія. Das Recht oder das Leben?—вотъ какъ ставитъ вопросъ Ihering, и въ этомъ глубочайшая разница его точки зрѣнія на право отъ исторической, идущей и открывающей das lebendige, lebensfähige Recht. Изъ этой альтернативы Ihering выходитъ съ патетической фразой: „die Gewalt opfert das Recht und rettet das Leben“ ****).

Неужели все право въ исторіи имѣетъ что-либо общее съ этой альтернативой: das Recht oder das Leben? Ihering думаетъ такъ. Чѣмъ бы ни были вызваны такіе взгляды, способны ли они замѣнить совершенно иныя воззрѣнія на природу права у юристовъ-классиковъ, имѣвшихъ позади себя тысячелѣтній процессъ

---

*) Достаточно сопоставить это ученіе Ihering'а съ знакомыми вамъ понятіями права, его происхожденія, его источниковъ у юристовъ-классиковъ, измѣрить разстояніе, на которомъ отстоятъ одна отъ другой обѣ культурно-историческія эпохи, чтобъ получить результатъ, конечно, не къ выгодѣ нашей...

**) Ihering, въ Scherz u. Ernst, очень озабоченъ сокращеніемъ числа своихъ Fachgenossen, воскрешая и здѣсь прусскія заботы прошлаго вѣка (о чемъ позже).

***) Оба волюма заключаютъ въ себѣ до 1300 страницъ.

****) T. I, стр. 251, нов. изд. Собственно тутъ не видно, откуда Gewalt, но въ т. II, стр. 170, читаемъ: auch hier (т.-е. въ соціальномъ вопросѣ) ist er (der grosse Mann, dem wir, Deutschen, die politische Wiedergeburt unseres Vaterlandes verdanken) es wiederum gewesen, welcher mit *eiserner Faust* das Thor zu öffnen sich anschickt, durch welches der Weg der Zukunft hindurchführt.

его исторіи и то ученіе о правѣ, которое возсоздано современной школой юристовъ-историковъ въ Германіи? Есть ли это ученіе новое, съ которымъ еще не пробовали свести счеты старые учители? или оно давно знакомо, давно извѣстно въ лѣтописяхъ науки и представляетъ собой въ этомъ новомъ видѣ не столько въ глубь идущую задачу изученія природы права, сколько *приноровленную къ даннымъ условіямъ теоретическую основу какой-либо программы дѣйствія*?

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть случай убѣдиться, что воззрѣнія на право, совершенно близкія къ этому ученію Ihering'a, господствовали въ особенности въ законодательной практикѣ прошлаго вѣка. Это эпоха такъ назыв. просвѣтительнаго абсолютизма.

По вопросу о новизнѣ этого ученія намъ нѣтъ нужды далеко ходить за справками, чтобъ имѣть отвѣтъ. Сорокъ лѣтъ назадъ, по поводу опытовъ построенія права на той же основѣ, Савиньи, въ своей системѣ, писалъ слѣдующее:

Die Abwehr dieses Uebels (*устраненіе этого зла*, т.-е. безправія, Unrecht) ist ihnen (*есть по ихъ мнѣнію*, т.-е. по мнѣнію писателей неисторической школы) das Recht (*право*). Dasselbe soll hervorgebracht werden nach Einigen (*По мнѣнію однихъ, это достигается* т.-е. право возникаетъ), durch verständige Uebereinkunft (*чрезъ разумное соглашеніе*), indem Jeder ein Stück seiner Freiheit aufgäbe um das Uebrige zu retten (*въ силу того, что каждый уступаетъ нѣкоторую долю своей свободы, чтобъ спасти остальное*); oder, nach Anderen (*или, по мнѣнію другихъ*, тоже думаетъ Ihering) durch eine äussere Zwangsanstalt (*право образуется посредствомъ нѣкотораго внѣшняго принудительнаго установленія*), welche allein der natürlichen Neigung der Menschen zu gegenseitiger Zerstörung Einhalt thun könne (*которое одно способно сдерживать естественную склонность людей къ взаимному уничтоженію*). Indem sie auf diese Weise das Negative an der Spize stellen (*Ставя такимъ образомъ во главу ученія моментъ отрицательный*), verfahren sie so, als ob wir vom Zustande der Krankheit ausgehen wollten um die Gesetze des Lebens zu erkennen (*они какъ-бы принимаютъ состояніе болѣзненное за исходную точку для изученія законовъ жизни*).

Ничего болѣе законченнаго для обличенія фальшивой основы всего ученія Ihering'a о правѣ нельзя сказать и нынѣ.

Въ настоящее время есть, натурально, воинствующіе юристы въ Германіи, которые не позволятъ себѣ вычеркнуть одной строки

изъ Ihering'овской программы. Но это ихъ дѣло, ихъ практическая задача, ихъ разсчетъ, идущій гораздо далѣе чистыхъ проблемъ науки. Это ихъ политическая программа. Они всѣ судятъ не о правѣ, какъ оно есть, а о правѣ, какимъ оно имѣетъ стать *въ ихъ рукахъ* и по ихъ планамъ.

Мы видимъ, однако, съ другой стороны, что и между теперешними юристами взглядъ на право, какъ на простое механическое орудіе принужденія, возбуждаетъ глубокое смущеніе.

Совершенно такъ же, какъ задачу жизни государства нельзя опредѣлить цѣлью поглотить другое, такъ же цѣлью развитія права нельзя ставить поглощеніе всѣхъ его источниковъ *однимъ закономъ*. Послѣднее относится въ особенности къ праву гражданскому.

Оттонъ Бэръ, одинъ изъ высшихъ сановниковъ юстиціи въ Германіи, именитѣйшій писатель, первоклассный знатокъ римскаго права и современной практики, бывшій соиздатель Ihering'а по названному выше журналу для догматики, безусловно осуждаетъ нынѣшнее стремленіе überall das Recht in Gesetzes-Paragraphen einzufangen (замкнуть все право въ параграфы закона), и вызвать этимъ den falschen Schein, als beruhte alles Recht nur auf positiver Sàtzung (ложное представленіе, будто все право покоится на однихъ положительныхъ опредѣленіяхъ. Ср. Юлія Павла. l. 1 D. de R. J.).

Одинъ изъ первыхъ, писавшихъ противъ ученія Ihering'а о Zweck im Recht, Felix Dahn ставитъ въ основу права „Vernunft“ и сѣтуетъ на тяжкое впечатлѣніе этой „gewaltiges Buch“ которую онъ хочетъ цѣликомъ изъ себя извергнуть (aus dem Leibe herausarbeiten). Въ Zweck'ѣ онъ видитъ обширную praefatio къ какой-нибудь новеллѣ, подготовляемой въ законодательныхъ сферахъ.

Талантливый Августъ Тонъ, которому книга Ihering'а пришла въ руки немного позже, чѣмъ бы онъ хотѣлъ (его Rechtsnorm u. Subjectives Recht появилось въ 78 г.), читая ее, испытывалъ чувство, „какъ будто передъ нимъ вновь прозвучала полузабытая гармонія, которую онъ до того тщетно пытался возобновить въ памяти“... Но, однако, противорѣчіе съ Ihering'омъ очень глубокое, и вотъ оно. Ihering видитъ существо права въ принужденіи (Zwang), а такъ какъ государство одно владѣетъ силой принужденія, то оно одно и есть источникъ права (Введ., X). Этого Тонъ не хочетъ никоимъ образомъ принять.

Одинъ изъ позднѣйшихъ, заслуженнѣйшихъ германистовъ Otto Gierke, въ рѣчи при вступленіи въ ректоратъ, пересчитывая теперешнія контроверзы по основнымъ проблемамъ юриспруденціи, со-

поставляетъ историческую школу и новыхъ учителей. Это очень характерное сопоставленіе. Оно есть дѣло послѣднихъ дней, и въ мысль Гирке полезно вслушаться. Гирке очень хорошо разумѣетъ что̀ такое Volkgseist, какъ творецъ права. Онъ думаетъ, что новыя движенія въ области философскихъ вопросовъ не въ состояніи поколебать основъ позитивной науки права, заложенныхъ Savigny, Eichhorn'омъ, Grimm'омъ. Въ этомъ движеніи, какъ оно ни отрадно, къ сожалѣнію, слишкомъ часто выводятъ на сцену *въ новыхъ костюмахъ давно пропавшія безъ вѣсти фигуры*, провозглашаютъ ихъ съ ноготка новыми продуктами мудрости, думаютъ талантливыми капризами замѣстить основы очень важныхъ построеній и дать, въ замѣнъ невеселыхъ размышленій, блестящія односторонности. Оттуда движеніе ощупью, безпокойное, хаотическое въ литературѣ. И нельзя при этомъ сказать, чтобы эта путаница, это непостоянство и это вздорное настроеніе ограничивалось однѣми сѣнями юриспруденціи; оно проникло гораздо глубже, туда, гдѣ еще въ недавнее время не было признаковъ подобныхъ явленій. Гирке считаетъ тревожными эти попытки свести все право къ одному источнику, къ positive Satzungen, и подчинить его идею рѣшающей силѣ случайно образовавшагося большинства. *Не все, что выражено въ формѣ закона, этимъ-самымъ превращается въ живое право*, и напрасно думаютъ люди, что можно безнаказанно приводить въ движеніе авторитетъ закона всякій разъ, какъ этотъ путь покажется самымъ короткимъ для удовлетворенія всѣхъ минутныхъ потребностей практическаго свойства. Сколько-бы ни былъ великъ законодательный геній или умъ одареннѣйшаго юриста—ни тотъ, ни другой не въ силахъ создать *жизнеспособнаго права*, и все, къ чему призваны они—это лишь *найти право* (Recht finden), найти его именно въ той темной глубинѣ общаго правосознанія, гдѣ покоются его основы.

На встрѣчу гордому заявленію Ir-g'a, что ему трудно убѣдить въ вѣрности своего ученія людей простыхъ, Гирке указываетъ подлинно—народныя правовоззрѣнія, сохранившіяся въ національныхъ памятникахъ (Got is selve Recht, Got is Recht), и выражаетъ сомнѣніе, чтобъ теперешніе взгляды на право какъ на средство только для цѣли въ рукахъ предусмотрительныхъ, какъ на рычагъ соціальной механики, были выше стараго народнаго, гдѣ право является само себѣ цѣлью (Gierke, Deutsch. Priv. recht. 1895 г., стр. 121, пр. 34).

Возможно-ли ярче иллюстрировать давно выраженныя основоположенія исторической школы правовѣдѣнія? Рѣшительнѣе обратить мысль новыхъ Rechts-грюндеровъ къ тѣмъ, почти от-

вергнутымъ ими, нормамъ, которыя юристы исторической школы указывали въ правѣ обычномъ? Этотъ голосъ людей науки, по разнымъ признакамъ, сталъ слышенъ и тамъ, гдѣ борьба ученыхъ мнѣній и плановъ подлежитъ ближайшей практической повѣркѣ. Если единство права можетъ быть достигнуто только цѣной насилія, то результатъ едва-ли стоитъ жертвъ, съ коими сопряжено его достиженіе.

И такъ, юриспруденція, думавшая стать практической этимъ приближеніемъ своихъ конструкцій къ механическому типу, *подборомъ теоретическихъ основаній*, нужныхъ для скорѣйшаго приведенія въ дѣйствіе законодательнаго рычага, теряетъ кредитъ и въ сферахъ настоящей практики. Мы невольно опять вспоминаемъ наставленія Ihering'a своимъ читателямъ въ программѣ его журнала: „Наука права, чтобъ стать практической, не должна преслѣдовать узко практическихъ цѣлей". Это вѣрно, ибо иначе погоня за практичностью перейдетъ въ простой *оппортунизмъ!* Направленіе, данное Ihering'омъ нѣмецкой юриспруденціи, на встрѣчу преданіямъ исторической школы, носитъ именно такой характеръ. По счастію, оно, какъ всякая Sturm-und Drangperiode, несомнѣнно имѣетъ совершенно преходящій характеръ въ нѣмецкой литературѣ, и тѣ отзвуки, которые слышны были у насъ отъ этой нѣмецкой бури, конечно также скоро минуютъ.

Недавно, Э. Кунце, прозвавшій новую юриспруденцію штурмовой, а знаменоносца ея буревѣстникомъ, въ сочиненіи Die Obligationen im römisch. u. heutig. Recht... 1886 г., принимаетъ тревожный тонъ передъ новой мудростью Jhering'a въ Zweck'ѣ и находитъ въ ней мрачный замыселъ замѣнить въ правѣ благородный образъ человѣка фигурой пеласгическаго чудища съ головой человѣка и туловищемъ животнаго и вмѣстѣ „dem Privatrecht seine beste Substanz zu rauben, d. h. sie an das öffentliche Recht zu verrathen" *).

Въ этихъ теченіяхъ новыхъ ученій Кунце усматриваетъ грозу для живого духа нѣмецкаго права, которую предугадывалъ Савиньи, когда съ геніальнымъ даромъ предвидѣнія изображалъ опасныя стороны кодификаціи (см. § 70).

Жизненные процессы въ области права и его институтовъ не зависятъ ни отъ усмотрѣнія законодателя, ни отъ мастерства

*) Георгъ Мейеръ (Der Staat u. die erworbenen Rechte) какъ будто хочетъ именно подтвердить эти тревожныя предчувствія, когда утверждаетъ: selbst brutale Gewaltakte wurden, wenn sie in Form eines Gesetzes auftraten, *formell Recht*, für Gerichte, Verwaltungsbehörden, Unterthanen verbindlich sein (стр. 15). Нѣтъ сомнѣнія! Но какой будетъ результатъ отъ этого Brutalität'a? вотъ въ чемъ вопросъ...

юристовъ. Измѣненіе бытовыхъ условій даннаго общества, усиленіе обмѣна интересовъ, расширеніе предѣловъ правосознанія, возвышеніе цѣлей, къ коимъ идутъ человѣческія общества, вліяютъ, сами собой, совершенно свободно отъ чьего-либо усмотрѣнія и разсчета, на весь составъ нормъ права, на все содержаніе его институтовъ, на смѣну цѣлыхъ системъ права. Все, къ чему можетъ быть призванъ законодатель и юриспруденція—это лишь къ содѣйствію этой работѣ внутреннихъ силъ живого общественнаго организма, а не къ замѣнѣ ея какими-либо механическими экспериментами.

Если мы отвергаемъ такимъ образомъ всю основу ученія Ihering'a, начало разсчета, цѣли, механическаго принужденія, для *понятія права*, то, съ другой стороны, для насъ несомнѣнно, что множество проблемъ *юридической техники* получаетъ свое разрѣшеніе именно съ этой точки зрѣнія цѣли, разсчета, умѣлости, специфическаго чутья. Въ отношеніи къ вопросамъ техники едва ли возможно найти что-либо болѣе поучительное, чѣмъ разработка ея задачъ, выполненная Ihering'омъ (въ его Geist'ѣ, особ. 2-я пол. 2-го т. и т. 3) на правѣ римскомъ и несомнѣнно пригодная для любого права.

Но искусство не есть только техника, право не есть только сфера сношеній дѣлового міра, азбука не есть prius, а рѣчь posterius. Отождествленіе права съ техникой, природы его съ принудительнымъ аппаратомъ есть столь же ошибочное, какъ отождествленіе искусства съ инструментомъ, живой мысли и рѣчи съ мертвыми знаками придуманнаго алфавита. Чѣмъ дальше проблемы, поставленныя исторической школой, расходятся и должны расходиться съ проблемами этого новаго неисторическаго или механическаго воззрѣнія на право, тѣмъ натурально меньше возможно думать о вытѣсненіи послѣднимъ первыхъ. Гённеръ и Ihering не станутъ на мѣсто Савиньи, Шмальцъ на мѣсто Эйхгорна, такъ же какъ солдаты Ihering'a не замѣнятъ воиновъ Гумбольдта, и угрожающая „сабля офицера“ не совершитъ того, что совершали рѣчи непрактическаго Фихте къ нѣмецкой націи въ минуту Freiheits-Kampf'a.

§ 3.

Публичное и частное право.—Ульпіанъ.—Группировка взглядовъ въ нѣмецкой литературѣ. — Гегельянцы. — Латинскія категоріи на новой почвѣ. — Ausstossungsprocess.—Замѣна воли интересомъ.—Планы К. Д. Кавелина.—Августъ Тонъ.—Искъ и лѣкарство.—Подвижность границы.

Въ тѣснѣйшей связи съ общими вопросами о природѣ права, органической или механической, въ современной литературѣ шло

развитіе другой очень важной контроверзы о *границѣ права публичнаго и частнаго.* Для дальнѣйшаго изложенія эта контроверза представляетъ особую важность, ибо назначеніе нашихъ занятій есть одна изъ этихъ двухъ областей, область права частнаго. Разъяснивъ въ § 2 вопросы метода изученія права въ связи съ природой его, мы здѣсь попытаемся установить кругъ явленій, подлежащихъ нашему изученію.

До самаго послѣдняго времени вопросъ этотъ считался разрѣшимымъ съ помощью простого указанія на текстъ источниковъ, гдѣ мы находимъ прямо данный на него отвѣтъ.

Это извѣстное мѣсто Ульпіана, которое мы читаемъ въ L. 1 § 2, D. de just. et jure I. 1. Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Проф. Дернбургъ, въ своихъ Пандектахъ, обращаетъ, въ виду выше стоящихъ словъ (hujus, sc. juris, *studii* duae sunt positiones), наше вниманіе на, *практическій* характеръ этого дѣленія двухъ сферъ права у Римлянъ, такъ какъ тамъ различалась особая профессія политической дѣятельности и другая профессія, собственно юридическая, въ сферѣ частнаго права.

Это совершенно вѣрно. Но вопросъ, который насъ занимаетъ, заключается въ томъ, какъ провести въ области права границу между jus publicum и privatum? Слѣдуетъ ли намъ проводить ее такъ же, какъ проводили ее римляне? Какое значеніе этого дѣленія, историческое, для процесса развитія права частнаго, и ближайшее, практическое, для примѣненія его къ условіямъ нашей культуры.

Натурально, вопросы эти стали живо интересовать юристовъ нашего времени въ связи съ общимъ движеніемъ нашей юридической литературы, въ связи съ вопросомъ о достоинствѣ и значеніи римскаго права для насъ, съ задачею разъяснить природу права, универсальные и національные моменты въ немъ, преобладающее значеніе формальнаго или матеріальнаго элемента въ правѣ римскомъ и нашемъ, наконецъ, въ связи съ только-что разъясненнымъ нами вопросомъ, какъ создается право, силой ли простыхъ велѣній законодателя, или процессъ его образованія не находится въ тѣснѣйшей зависимости отъ этой формы, а идетъ своимъ историческимъ путемъ, знаетъ иныя формы, кромѣ закона, способныя тоже давать основу положительному праву.

Группировка взглядовъ въ этой, теперь очень живой, контроверзѣ идетъ въ нѣмецкой литературѣ по этому вопросу почти такъ же, какъ и по вопросу о природѣ права. Мы встрѣтимъ тутъ

тѣ же имена руководящихъ людей на той и на другой сторонѣ, какія встрѣчали и въ вопросѣ о природѣ права, стоящими врозь.

Оно натурально. Если право есть только законъ, то элементъ публичный долженъ въ самой сильной степени давать себя чувствовать въ любомъ построеніи права частнаго. Въ тѣ времена, когда все право имѣетъ превратиться въ политику силы, въ Staatsmaschinerie, когда государству нужно въ данную минуту сосредоточить всѣ средства къ одной цѣли, скажемъ, къ поглощенію политическихъ организмовъ octav-volum'a волюмомъ in folio, тамъ у и тѣхъ писателей, которые даютъ теоретическія основы для такихъ плановъ, право частное потеряетъ всякую самобытность, все будетъ поглощено этой конечной цѣлью всѣхъ конструкцій. Наоборотъ, въ другой группѣ, гдѣ процессъ историческій, а не вдругъ возникшія политическія цѣли, лежитъ въ основѣ пониманія права, тамъ право частное не будетъ имѣть характера только средства для посторонней цѣли. Существо его институтовъ, построеніе ихъ удержитъ на себѣ непремѣнное свойство особности отъ jus publicum, самобытности, связанной, правда, съ успѣхами правосознанія въ народѣ, въ живомъ историческомъ организмѣ, но не зависящей отъ случайно измѣнчивыхъ политическихъ комбинацій.

И такъ, чтожъ это за различіе права публичнаго и частнаго? Какой его историческій смыслъ?

Въ школѣ гегельянцевъ, имѣвшей, какъ извѣстно, и у насъ, особенно въ 40-хъ годахъ, горячихъ послѣдователей, съ исходной точки *развитія міроваго духа* (Weltgeist), всемірно-историческая роль Рима освѣщается такимъ образомъ. *Востокъ* почіетъ неподвижно въ неопредѣлившемся единствѣ сознанія религіи, нравственности, права. Въ идеѣ востока нѣтъ мѣста началу свободы индивидуума. Она вся есть идея необходимости, заповѣди божеской, гдѣ лицо есть только орудіе и никогда само себѣ цѣль. Тамъ нельзя искать начала права, выдѣлившагося изъ этого единства сознанія въ видѣ особой области свободнаго сознанія человѣкомъ себя какъ цѣли, какъ субъекта права частнаго. Въ мірѣ эллинскомъ исторически осуществляется иная идея. Это, въ противуположность востоку, воплощеніе индивидуализма. *Въ Греціи*—міръ свободы, возвышающейся лишь до единства идеи. Это индивидуализмъ, не воплотившійся ни въ какихъ обще-эллинскихъ установленіяхъ для права. Единаго греческаго права нѣтъ. *Римъ* принимаетъ въ свои нѣдра эти обѣ идеи, идею свободы (Грецiя) и необходимости (Востокъ), изъ коихъ слагается право,

и въ борьбѣ ихъ и въ сочетаніи, примиреніи, лежитъ всемірно-историческая задача Рима.

Не надо быть послѣдователемъ гегеліанскаго метода мышленія, чтобъ видѣть силу этой абстракціи. Ф. Лассаль (гегельянецъ), оцѣнивая эти формулы Гегеля, находитъ въ нихъ лишь общее завладѣніе, въ царствѣ мысли, міромъ явленій и требуетъ, чтобъ „генералы Александра Македонскаго“ разработали въ подробностяхъ, овладѣли отдѣльными провинціями этого царства, изучая дальше и полнѣе историческія явленія. Jhering выражаетъ собственно ту же гегельянскую мысль, опредѣляя въ Geist'ѣ историческое призваніе Рима такими словами: „какъ бы мы ни цѣнили, высоко или низко *), заслугу римскаго генія, нѣтъ сомнѣній, что открытіе права частнаго есть дѣло Рима“ (B. 2 § 36). Брунсъ развиваетъ эту мысль такъ: „всемірно-историческое значеніе римскаго права основано на томъ, главнымъ образомъ, что въ немъ развилось *абстрактное понятіе субъективнаго права*, т.-е всеобщее и одинаковое признаніе права (Berechtigung) за индивидуумомъ“. Оно сочетается изъ обоихъ основныхъ элементовъ понятія права, изъ свободы и необходимости. „Въ этомъ и состоитъ то, что мы называемъ *универсальнымъ* характеромъ римскаго права“. Это не значитъ, однако, спѣшитъ оговориться Брунсъ, что римское право есть вѣчное, абсолютное право для всѣхъ временъ и народовъ, и чтобъ хотя одинъ изъ новыхъ народовъ могъ обойтись имъ однимъ; это значитъ только, что въ немъ (въ правѣ римскомъ) тотъ существенный элементъ, который составляетъ основу всякаго права, развился до такой законченности, что оно способно служить теоретически и практически пригоднымъ образцомъ для всѣхъ временъ и народовъ **).

Отсюда, изъ этихъ элементовъ свободы и необходимости, *нельзя*, натурально, теоретически *построить право* какого либо народа. Эмиль Кунце справедливо замѣчаетъ, что во всякомъ живомъ дѣйствующемъ правѣ мы имѣемъ не апріорныя конструкціи,

---

*) Извѣстно, что есть въ Германіи мыслители-юристы, сопоставляющіе завершившуюся всемірно-историческую роль Рима съ призваніемъ духа германскаго въ правѣ, причемъ это послѣднее ставится неизмѣримо выше перваго. Независимо отъ соблазнительнаго свойства сопоставленія своего и чужаго, тутъ есть еще нѣкоторая странность по отношенію къ сопоставляемымъ явленіямъ, изъ коихъ одно можно разсматривать какъ законченное, другое—какъ продолжающее развиваться. Изъ видныхъ писателей этого рода можно назвать C. A. Schmidt'a „Die Reception des röm. R. in Deutschl.“. Rostock. Нынѣ такія сопоставленія опять очень въ ходу.

**) Ср. это и частью дальше у Брунса въ его изумительной по простотѣ и вѣрности общей картинѣ исторіи римскаго права, въ Энциклоп. Гольцендорфа, особ. §§ 3 и 4.

а собраніе ирраціональныхъ (конечно въ логическомъ, а не въ историческомъ смыслѣ) величинъ. Онѣ получаются изъ неодинаковаго сочетанія началъ свободы и необходимости въ разныхъ системахъ положительнаго права. Тутъ нѣтъ рѣзкихъ переходовъ. Преобладаніе элементовъ необходимости даетъ намъ все глубже и глубже въ область азіатской культуры уходящіе типы институтовъ. Тамъ настоящая почва невольнаго, зависимаго, подчиненнаго положенія лица и неизмѣнныхъ нормъ, тамъ преобладаніе началъ господства и необходимости въ правѣ, тамъ право есть настоящій *приказъ господина его рабу*. На чемъ бы ни держалась основа этого отношенія, все равно, индивидуумъ есть только средство, и цѣль лежитъ внѣ его. Въ основѣ тѣхъ конструкцій и того міровоззрѣнія лежитъ тоже *разсчетъ*, крайне высоко сознанная цѣль; но *нѣтъ индивидуальной свободы*, есть интересы, но нѣтъ воли, которая приводила бы въ движеніе этотъ міръ отношеній, нѣтъ лица, право безлично, безсубъектно въ смыслѣ индивидуума, человѣка.—Съ иными явленіями встрѣчаемся мы въ европейской (со всѣми переходными ступенями въ смыслѣ мѣста и времени) культурѣ права. Здѣсь элементъ свободы въ правѣ не есть подавленный, поглощенный въ строеніи институтовъ. Наоборотъ, все право создано человѣкомъ и имѣетъ его цѣлью.

Гермогеніанъ, аргументируя порядокъ изложенія римской системы права, говоритъ: „Quum igitur *hominum causa omne jus constitutum sit* primo de personarum statu... dicemus (1. 2. D. de statu hom. 1. 5). Выражая полно и ясно эту-же мысль, Алоисъ Бринцъ пишетъ: „право есть законъ (вѣрнѣе норма), котораго поводомъ, предметомъ, цѣлью и творцомъ является человѣкъ“. Это идея, впервые сознанная Римомъ и воплощенная римскимъ геніемъ въ цѣлый комплексъ точныхъ понятій и институтовъ права частнаго. Тамъ, гдѣ нѣтъ признанной Римомъ способности воли (у перегриновъ въ извѣстную эпоху, у рабовъ), тамъ нѣтъ права. Никогда римляне не отвергали въ этомъ, чужомъ для нихъ мірѣ, интересовъ, потребностей, нуждъ; они не знаютъ только ихъ права, ибо отвергаютъ ихъ волю, ихъ свободу, не гарантируютъ имъ ея. Итакъ, чтобъ было право въ римскомъ сознаніи, нужна воля, но это не есть только внутреннее побужденіе, психическій процессъ, выразившійся въ дѣйствіи. Право есть тамъ, гдѣ этотъ *элементъ свободы сочетается, въ сознаніи народа, съ началомъ необходимости, съ элементомъ нормы*, гдѣ образовалась эта неразрывная связь. Отсюда, только въ извѣстномъ мірѣ лицъ, вещей, дѣяній способны образоваться *юридическіе институты*.

Этотъ кругъ лицъ, вещей, дѣяній, все расширяется, измѣняетъ свой характеръ, но право все-таки есть только тамъ, гдѣ есть начало воли и начало нормы, элементъ свободы и необходимости. Въ зародышномъ состояніи это явленіе особыхъ правъ союза (цѣлаго) и самостоятельныхъ по отношенію къ нему правъ отдѣльныхъ его членовъ (jura singulorum) видно вездѣ на европейской почвѣ, но нигдѣ оно не достигло такой формы выраженія, такой полноты развитія, какъ въ Римѣ. Въ Римѣ эта свобода лица въ извѣстной сферѣ отношеній крайне рано выразилась въ объективныхъ нормахъ, общихъ для всѣхъ гражданъ, равныхъ и недопускающихъ никакихъ отступленій, никакихъ привилегій. Въ этомъ видѣ свобода лица (гражданина), опредѣленная общей нормой и огражденная органами суда, существуетъ уже въ законахъ XII табл. Оттуда идетъ, вмѣстѣ съ расширеніемъ круга лицъ, міра вещей, способнаго дѣлаться все болѣе развитымъ, сфера свободы лица, гарантируемая извѣстностью и постоянствомъ опредѣляющихъ ее нормъ гражданскаго суда. Чтобъ возможно было медленное и постоянное развитіе этихъ общихъ институтовъ права частнаго, сперва національнаго, потомъ общенароднаго, нужно было *постоянное и близкое соотношеніе между органами власти и кругомъ лицъ правоспособныхъ* въ цивильномъ смыслѣ. Въ республикѣ эта связь *нормирующихъ* и *ограждающихъ* право органовъ власти (элементъ необходимости въ правѣ) съ кругомъ самихъ гражданъ, *для коихъ* право образуется (элементъ свободы), есть самая тѣсная и близкая. Съ упадкомъ нравовъ въ кругу гражданъ эта основа гражданской свободы, лежавшая въ нихъ самихъ, исчезаетъ. Цивильная правоспособность быстро расширяется за предѣлы этого тѣснаго круга людей, и право гражданское продолжаетъ развиваться и обогащаться новымъ содержаніемъ, благодаря, главнымъ образомъ, наукѣ и вновь возникшему органу народной воли въ лицѣ principis'a. Въ этомъ единомъ органѣ сочетались всѣ существовавшіе въ эпоху республики отдѣльные органы, дѣятельность коихъ имѣла цѣлью созиданіе и огражденіе цивильной свободы гражданъ.

Вотъ какъ нынѣ представляютъ себѣ *исторически опредѣлившуюся сферу свободы лица* *) и заслугу римской цивилизаціи въ этомъ смыслѣ.

Чтобы въ условіяхъ того времени сдѣлать яснымъ противу-

---

*) Понятія права нельзя дать внѣ сферы свободы, понятія свободы внѣ историческихъ условій. Начала свободы и необходимости составляютъ въ современной юриспруденціи постоянные элементы, изъ коихъ строится понятіе права. Въ этомъ построеніи сошлись нѣкогда столь враждебныя въ литературѣ

положеніе понятій публичнаго и частнаго права, Ульпіану довольно было простого намека на конечную цѣль институтовъ того и другого рода. Для чуткой къ этому явленію мысли, въ обществѣ, знавшемъ двѣ разныя профессіи, соотвѣтствовавшія тому и другому праву, не было надобности не только писать трактатовъ о томъ, „что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы", но даже просто подбирать къ указанному признаку (utilitas singulorum, собственно матеріальному) еще рядъ признаковъ формальныхъ, которые всякому были и безъ того видны.

Пока западная юриспруденція, въ процессѣ рецепціи, ограничивала свою задачу усвоеніемъ латинскихъ текстовъ, понятія jus publicum и jus privatum механически примѣнялись къ сферѣ новыхъ явленій, далеко несоотвѣтствовавшихъ условіямъ ихъ возникновенія на классической почвѣ.

Когда у новыхъ юристовъ явилось побужденіе сопоставлять не готовыя только понятія латинскія и наши, а *процессы ихъ образованія* у римлянъ и у насъ, то текстъ уже не рѣшалъ ничего, и вопросы стали ставиться совершенно иначе. У римлянъ могло быть jus publicum и jus privatum, а у насъ можетъ не быть этого расчлененія. Какой смыслъ оно имѣетъ для Рима и

и преподаваніи школы, историческая и философская школа Гегеля. Изъ этихъ же элементовъ слагали и слагаютъ понятіе права наши юристы.

Одинъ изъ нѣкогда крайнихъ гегельянцевъ, недавно скончавшійся, въ высшей степени заслуженный юристъ, проф. Брунсъ говоритъ слѣдующее: Savigny hat sie (die Reaction gegen d. Rationalismus d. 18 Jahrh.) vollbracht durch die Erkenntniss dessen, was er anfangs nur die innere Nothwendigkeit in der Geschichte nannte, was er aber später als die Offenbarung des allgemeinen Menschengeistes in den individuellen Volksgeistern bezeichnete. Es ist nichts anderes, als was die Philosophie die Verwirklichung der Vernunft in der Geschichte nennt. Der Unterschied ist nur, dass Savigny die innere Nothwendigkeit in der Geschichte aus den Thatsachen selber erkennen will, wogegen die Philosophie die Nothwendigkeit a priori durch Speculation glaubte nachweisen zu können. (Савиньи ее—реакцію противъ раціонализма XVIII ст.—довелъ до конца признаніемъ того, что онъ въ началѣ называлъ только внутреннею необходимостью въ исторіи, и что онъ позже называлъ проявленіемъ общечеловѣческаго духа въ индивидуальномъ геніи каждаго народа. Это именно то, что въ философіи называется.... воплощеніемъ разума въ исторіи. Разница только въ томъ, что Савиньи эту внутреннюю необходимость въ исторіи стремится вывести изъ самыхъ фактовъ, между тѣмъ какъ философія считала возможнымъ познать эту необходимость a priori путемъ спекулятивнаго мышленія). Мейеръ (§ 33) повторяетъ господствующее въ учебникахъ современи Канта опредѣленіе права—мѣра свободы лица живущаго въ обществѣ (такъ называемая Maxime der Koexistenz). Отношеніе Канта къ предшествующимъ ученіямъ (къ Руссо) и послѣдующимъ см. Stahl Die Philosophie d. Rechts, т. I, изд. 4-е стр. 193—252. Моментъ *воли* у Лассаля выраженъ такъ: Privatrecht есть die Realisation der Willensfreiheit des Individuum Der Wille ist eine naturrechtliche Fahigkeit und das positive Recht vielmehr nur die *gesicherte* Sphäre u. das gegliederte Reich seiner freier Ausfuhrung. См. Syst d. erworb Rechte, 1, стр. 48, и особенно 49, гдѣ der Wille является какъ eine besondere Weise des Denkens. Отвлеченно отъ исторической формы право было-бы такимъ образомъ логикой воли.

какой его смыслъ для насъ? Условія нашего быта иныя, чѣмъ ихъ. Не суть-ли заимствованныя нами у нихъ категоріи только имъ свойственныя, а намъ чуждыя? Для отвѣта на эти вопросы недостаточно простой ссылки на текстъ, доказывающій, что такъ было у римлянъ, ибо у насъ все это можетъ быть иначе.

Дѣло, повидимому, простое, сдѣлать шагъ отъ текста къ жизни, къ жизни римской и нашей, а между тѣмъ, какихъ, и именно въ данномъ вопросѣ, объ отношеніи права публичнаго и частнаго, о предѣлахъ права гражданскаго,—какихъ усилій стоилъ этотъ простой шагъ!

Чтобы сдѣлать это простое различіе надо было искать точной постановки вопросовъ о правѣ вообще. Это проблема философская. Она увлекала изслѣдователей часто очень далеко отъ области практической юриспруденціи къ задачамъ этики, экономіи, соціологіи, коихъ вовсе не касалась римская юриспруденція, имѣя на лицо, какъ данный фактъ въ полномъ его развитіи, и это право и эти обѣ сферы институтовъ цивильныхъ и политическихъ.

Въ нѣмецкой литературѣ нашего времени мы могли-бы назвать писателей, которые, повидимому, приняли самый прямой путь къ устраненію сомнѣній. Весь вопросъ о различіи права публичнаго и частнаго есть чисто римскій, унаслѣдованный нами оттуда, неважный для насъ, ибо мы нетолько не различаемъ этихъ двухъ областей права, но наша заслуга, достоинство новой культуры и состоитъ все въ томъ, что мы не отдѣляемъ не только публичнаго и частнаго права, но даже сферы права отъ сферы нравственности, какъ это дѣлали римляне.

Это направленіе мыслей, получившее новый толчекъ въ движеніяхъ 48 года, національное по отношенію къ праву римскому, и отрицательное, исключительное по отношенію къ другимъ національностямъ, хорошо знакомо было Савиньи, и уходя, уже на склонѣ дней, съ высокихъ ступеней своей неудачной политической карьеры, онъ далъ оцѣнку этому направленію. Въ VII т. своей системы, во введеніи, подписанномъ августомъ мѣсяцемъ 48 г., мы читаемъ: сорокъ лѣтъ назадъ, когда я занималъ каѳедру въ одномъ баварскомъ университетѣ, тамъ жилъ профессоръ ботаники, не баварецъ по происхожденію, который любовь свою къ баварскому отечеству выразилъ въ томъ, что изгналъ изъ ботаническаго сада всѣ растенія, не находимыя въ дикомъ видѣ на баварской почвѣ, чтобъ имѣть такимъ образомъ *истинно родной*, отечественный садъ. То же направленіе мыслей онъ видитъ у юристовъ, желающихъ только родного права и полагающихъ, что право римское и германское надлежитъ мыслить

какъ двѣ враждебныя культуры права. Это направленіе онъ считаетъ опаснымъ для нѣмецкой юриспруденціи *).

Около того же времени мы видимъ другое, неизмѣримо болѣе плодотворное движеніе въ кругу нѣмецкихъ юристовъ, направленное къ изученію *экономическихъ основъ быта*, коими обусловливается пригодность юридическихъ институтовъ того или другого происхожденія для нашего права. Здѣсь такъ же какъ и въ сравнительной оцѣнкѣ нравственныхъ свойствъ римскаго и нашего обществъ (римскаго эгоизма и нынѣшняго альтруизма), общія характеристики обыкновенно или очень скудны, или произвольны. Легко утверждать, что у римлянъ (какой эпохи?) преобладающій характеръ конструкцій есть формализмъ воли, что у насъ, наоборотъ, больше склонности въ конструкціяхъ юридическихъ къ матеріальному, къ содержанію, къ экономическому побужденію, къ экономической цѣли построенія, что у насъ не та абстракція, не то чувство формы, какъ у нихъ. Если это и такъ, то противуположеніе въ общемъ смыслѣ все таки не даетъ значительныхъ результатовъ для объясненія явленій теперешняго права. За то въ частностяхъ противуположеніе матеріализма и формализма, иныхъ экономическихъ основъ современнаго и стараго римскаго гражданскаго оборота, несомнѣнно даетъ много плодотворныхъ результатовъ для правильнаго разумѣнія римскихъ институтовъ и нашихъ, взаимной ихъ связи, способности восполненія, замѣны однихъ другими и пр. И тутъ несомнѣнно внимательное изученіе частностей гораздо полезнѣе, чѣмъ поспѣшныя обобщенія.

Въ этихъ отдаленныхъ и однако предваряющихъ нерѣдко изслѣдованіе частностей проблемахъ, въ этомъ исканіи элемен-

*) Оно теперь дѣлаетъ чрезвычайные успѣхи въ Германіи. Августъ Пульце, преподающій въ Страсбургѣ, даетъ окрикъ тѣмъ неспособнымъ романтикамъ (unfähige Romantiker), которые въ старое время руководили нѣмецкой юриспруденціей, и историческую школу не называетъ иначе, какъ *die sogenannte* histor. Schule, *das sogen...* Gewohnheitsrecht (См. Юрид. Библ. № 27), что не мѣшаетъ ему, однако, не умѣть двинуться съ мѣста безъ римскихъ категорій. Образъ выраженія въ этой задачѣ освобожденія отъ римскаго права переходитъ отъ стараго „процесса эманципаціи“ къ новымъ „destructive Kritik“ и „Ausstossungsprocess“. Національное должно вытолкать все универсальное изъ права, и въ числѣ задачъ реставраціи указывали проектъ возстановленія стараго обычая германцевъ—пребывать вдовѣ 30 дней на мѣстѣ смерти мужа и тосковать (завывать) объ утратѣ, что не всѣ находили удобнымъ въ виду нынѣшней тѣсноты квартиръ, особенно въ Берлинѣ. Не надо думать, чтобъ Ausstossungsprocess было легко сдѣлать. По сему случаю его замѣняютъ еще болѣе новымъ способомъ дѣйствія. Писатель, воспитанный весь на римскихъ традиціяхъ, беретъ національные источники и читаетъ въ нихъ не то, что есть, а то, что ему нужно, или что онъ привыкъ находить въ пандектахъ. Этому пріему слѣдуетъ напр. Heussler въ Institution. des deutschen Privatrechts (т. 1. Это часть большой Handbuch Binding'a, о коей было сказано выше. Теперь появился т. 2)

товъ нашей и римской юридической конструкціи вопросъ объ отношеніи правъ публичнаго и частнаго игралъ всегда видную роль.

Въ связи съ общимъ движеніемъ нѣмецкой мысли послѣ 48 г. Iher., тоже въ цѣляхъ эманципаціи отъ римскаго права, избралъ девизомъ новаго направленія „durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus“ *). Въ половинѣ 60-хъ годовъ этотъ писатель дѣлаетъ попытку указать новую основу для современнаго гражданскаго права, отличную отъ господствовавшей до сего основы въ понятіи свободы. Это собственно 35 стр. такъ называемой Allgemeine Theorie der Rechte, составляющей какъ бы Anhang къ обширному труду Geist d. röm. R. Совершенно согласно избранному имъ девизу журнала и въ духѣ распространеннаго противуположенія нашего права (матеріализма) римскому (формализму), Ih. въ этой теоріи спѣшитъ замѣнить, не безъ фальшивыхъ полемическихъ пріемовъ **),

*) Въ Scherz u. Ernst онъ уходилъ еще много дальше, скорбя, что посвятилъ свою жизнь этому Fach'у. И однако посвятилъ!

**) Ausstossungsprocess момента воли изъ понятія права Ihering производитъ слѣдующимъ способомъ. Если моментъ воли, говоритъ онъ, есть существенный для права, то какъ же съ этимъ примирить *права дѣтей* и умалишенныхъ (Ih. не говоритъ *принадлежность* правъ дѣтямъ и умалишеннымъ, а именно *права дѣтей*, ибо только такъ и можно запутать дѣло, что собственно тутъ и требуется)? Безъ воли нѣтъ права, у дѣтей нѣтъ воли, стало быть не должно быть и правъ. На дѣлѣ у нихъ права есть, стало быть для права воля несущественна. Это разсужденіе Ihering'а Биндингъ находитъ побѣдоноснымъ противъ теоріи воли. И такъ, воля, для конструкціи права, несущественна. Что же существенно? Отвѣтъ—интересъ, пользованіе, Genuss Интересъ долженъ быть поставленъ на мѣсто воли. Примѣняемъ къ этой постановкѣ тотъ самый пріемъ, какимъ Ihering пользуется для устраненія момента воли. Развѣ у ребенка, особенно у кретина (взятъ у того же писателя), есть интересъ къ милліонному наслѣдству? Развѣ Genuss, положимъ, богатой библіотекой, оставшейся въ составѣ наслѣдства, доступенъ имъ?—И такъ замѣна воли интересомъ нисколько не устраняетъ трудности вопроса, если такая трудность есть, а не вымышлена.—Но эта трудность есть вымышленная, она служитъ только фальшивымъ полемическимъ пріемомъ. Фальшъ состоитъ въ слѣдующемъ. Ihering употребляетъ понятіе воли не въ томъ смыслѣ, въ какомъ его вводятъ въ составъ понятія права его противники. Онъ разумѣетъ подъ волей непрерывный и постоянный психическій процессъ, который нуженъ для состава дѣянія. Этого процесса нѣтъ у дѣтей, у кретиновъ, но его нѣтъ и у зрѣлыхъ гражданъ во время сна, болѣзни... Наличности возбужденнаго состоянія воли въ каждую данную минуту, также какъ и наличности интереса минуты вовсе не требуется, чтобъ было право. Я останусь хозяиномъ имѣнія, котораго вся цѣна условлена роскошнымъ видомъ, картины стараго мастера, хотя я слѣпъ, не знаю въ ней толку. Я могу купить вещь, интересъ обладанія коей есть для меня совершенно проблематическій. И однако, независимо отъ всякой повѣрки *моихъ* интересовъ къ этому обладанію, или *бдительности воли* у спящаго, у ребенка, вопросъ права не колеблется ни на минуту. Когда писатели, съ которыми полемизируетъ I, говорятъ о моментѣ воли въ правѣ, то они разумѣютъ абстрактно сознанную и осуществимую (хотя-бъ не этимъ лицомъ) для лица сферу свободы, а вовсе не непрестанно дѣятельные психическіе процессы у правообладателя. Возбужденное состояніе воли отсутствуетъ у спящаго, но спитъ онъ не вѣчнымъ сномъ. Я не могу пользоваться картиной, видомъ, библіотекой, но вѣдь нигдѣ не требуютъ *непосредственно во мнѣ* возбужденнаго интереса къ Genuss'у или постоянно возбужденной воли, чтобъ было у меня право. Какое-жъ препятствіе встрѣчаетъ строеніе понятія права изъ элементовъ воли въ правоспособности дѣтей? По нашему мнѣнію—никакого!—Еслибъ

моментъ воли въ понятіи права моментомъ интереса. Послѣ этой попытки создать теорію права въ духѣ новаго времени, Ih. 12 лѣтъ не касался поднятыхъ имъ тогда общихъ вопросовъ и лишь въ Zweck'ѣ досказалъ, какъ мы видѣли, свою конструкцію, вытѣснивъ моментъ воли изъ понятія права до той мѣры, что все право оказалось дѣломъ неволи, принужденія, политикой власти, разсчетомъ предусмотрительныхъ для недалекихъ. Для разсматриваемаго здѣсь вопроса это было одновременно не только отрицаніе всего права римскаго, но и *поглощеніе* правомъ публичнымъ всего права частнаго (а кстати и церковнаго и международнаго) въ интересахъ спасенія общества отъ вѣрной гибели.

Приблизительно въ ту же пору, когда на западѣ опредѣлились ясно черты новаго направленія юриспруденціи, задача эманципаціи отъ римскихъ преданій и замѣна формализма римскихъ построеній болѣе соотвѣтствующими нашему времени матеріальными критеріями, появилась названная выше брошюра покойнаго *К. Д. Кавелина.*

Кавелинъ находитъ *противуположеніе публичному праву права частнаго завѣтомъ римской юриспруденціи и именно позднѣйшей ея эпохи*, когда общественный духъ давно угасъ и древнее общество представляло собраніе разбросанныхъ единицъ *). Оттуда преувеличеніе въ ней началъ приватнаго, особнаго, лично-самобытнаго. Эти начала прямо противуположны тѣмъ, которыя характеризуютъ ново-европейское общество. По свойствамъ нашего быта и нашихъ воззрѣній, мы склонны до того улетучивать все частное, особное, въ публичное, общее, что, можетъ быть, переступаемъ черту должнаго **). Различіе

мы говорили объ особомъ правѣ *дѣтскомъ*, умалишенныхъ, кретиновъ, объ абстрактно *ими* сознанной и *ими* осуществимой свободѣ, тогда, конечно, потребовалась бы *ихъ* воля и ея бы не оказалось Но такихъ правъ нѣтъ вовсе. Мы говоримъ *объ общей сферѣ свободы для гражданъ*, все равно, спятъ они или нѣтъ въ извѣстную минуту, больны психически или здоровы, въ возрастѣ или въ состояніи дѣтства; а этого понятія права тамъ, гдѣ нѣтъ элемента воли, возможности ея развитія, никогда не получится Съ неволей, съ принужденіемъ, хотя бы и съ наличностью хорошо сознаннаго интереса, мы не придемъ къ праву, а останемся въ сферѣ рабства, неправоспособности, несвободы.—Ihering, чтобы сбить съ толку оппонентовъ, смѣшалъ вопросъ о побужденіи лица къ дѣйствію съ вопросомъ о самомъ дѣйствіи и реквизитъ дѣеспособности для пріобрѣтенія правъ съ существенными принципами понятія права. Между тѣмъ, необходимость различить эти вещи несомнѣнна. Мы увидимъ далѣе, какъ это различіе проведено Тономъ въ понятіи нормы и субъективнаго права. Въ деталяхъ вопросъ станетъ еще разъ на очередь ниже, въ ученіи о лицахъ и о лицахъ юридическихъ въ особенности.

*) Это, какъ видно было выше, совершенно невѣрно. Jus publicum отъ privatum обособлялось уже въ эпоху XII табл.

**) Тутъ есть очень счастливыя мысли, къ коимъ мы будемъ возвращаться въ ученіи о союзныхъ формахъ нашего права, о юридическихъ лицахъ въ особенности.

публичнаго и частнаго лежитъ (собственно—должно лежать) не тамъ, гдѣ его видятъ, становясь на эти односторонніе точки зрѣнія, римскую и нашу. Чтобъ познать, гдѣ дѣйствительно частное, гдѣ публичное право, надлежитъ замѣнить эту односторонность воззрѣній и критеріевъ внѣшнихъ признакомъ теоретическимъ, *внутреннимъ обоснованіемъ* этого различія. Для этого надо ветхую храмину римскаго права разобрать сверху до низу, хорошенько перебрать матеріалъ и воздвигнуть вновь на правильныхъ *теоретическихъ* основаніяхъ. Для этого новаго зданія частнаго права надо впередъ опредѣлить, какія права и юридическія отношенія *должны* составить его.

Весь деструктивный планъ Кавелина составляетъ несомнѣнное отраженіе нѣмецкаго Sturmperiode съ тѣмъ существеннымъ различіемъ, что на западѣ вытѣсняютъ чужое право, чтобы дать торжество своему, мы же производимъ эту работу не по національнымъ, а по теоретическимъ соображеніямъ.

Съ такой рѣшительностью рѣдко пишутъ юристы на западѣ, ибо воззрѣніе на право какъ на органическое историческое явленіе имѣетъ тамъ гораздо болѣе глубокіе корни, чѣмъ у насъ. Разрушеніе и созиданіе есть постоянный процессъ органической жизни, но это не ломка и притомъ это не ломка, предпринимаемая *по теоретическимъ* соображеніямъ.

Идемъ далѣе. Теперешнее гражданское право, начиная съ основанія, намъ негодно, потому что въ системѣ институтовъ, его составляющихъ, нѣтъ единой связующей основы. Задача наша—открыть эту основу, вѣрнѣе, создать ее, ибо ея нѣтъ въ гражданскомъ правѣ. Гдѣ-жъ ее взять? Тутъ у Кавелина вступаетъ въ силу *другая сторона теперешняго движенія* въ Германіи. Мы видѣли выше, что юристы обращаются, при сравнительномъ изученіи нашихъ и римскихъ институтовъ, къ *экономическому критерію*. У насъ иныя экономическія условія. Наши конструкціи не носятъ характера формализма. У насъ яснѣе матеріальный, экономическій моментъ въ понятіи права. Вотъ эти самыя возраженія фигурируютъ и въ брошюрѣ Кавелина. Но такъ какъ онъ руководится не столько сравнительнымъ, сколько логическимъ критеріемъ, то у него оказывается для *новаго* гражданскаго права нужнымъ не изученіе отдѣльныхъ институтовъ римскихъ и нашихъ, а лишь перенесеніе изъ публичнаго права нѣкоторыхъ матерій въ частное, а изъ частнаго въ публичное. По какому основанію? По основанію логическому, чтобъ было *единство* институтовъ того и другого (публичнаго и частнаго) права.

Что же, спрашиваетъ К., способно дать такое единство инсти-

тутамъ права частнаго? Отвѣтъ—*имущественный интересъ*, опредѣляющій право. Гдѣ предметомъ права будетъ вещь, услуга, матеріальная цѣнность, тамъ мы имѣемъ право гражданское; гдѣ, стало быть, этого нѣтъ, тамъ публичное.

Мы начинаемъ переноску. Сперва надлежитъ перенесть все *право семейное* въ область публичнаго права. Почему? Потому что оно „не имѣетъ ничего общаго ни съ вещными правами, ни съ правами по обязательствамъ, ни съ юридическими отношеніями по наслѣдованію“ (стр. 134). Это, однако, едва ли справедливо! Семейное право и въ Римѣ и у насъ было и остается въ самой тѣсной связи и съ наслѣдованіемъ, и съ вопросомъ имущественнымъ вообще. Довольно вспомнить одинъ институтъ приданаго... Съ другой стороны, когда же и кто утверждалъ, что строй семьи *весь* принадлежитъ къ области права частнаго или права только? У римлянъ семья составляла всегда сферу права и нравовъ, нѣкогда освященныхъ культомъ. У насъ тоже Хт. вовсе не исчерпываетъ семейнаго права, какъ это извѣстно каждому. Что-жъ мы перенесли? Рѣшительно неизвѣстно! Мы срыли, такъ сказать, несуществующую гору, ибо право семейное никогда не стояло цѣликомъ по сю сторону межи публичнаго и частнаго, а всегда было на межѣ права и нравовъ, никогда не освѣщалось характеромъ простого имущественнаго разсчета, но отнюдь не исключало его вполнѣ ни у римлянъ, ни у насъ.

Другая переноска по тому же принципу. „Юридическія отношенія, возникающія по взысканію (не по установленію въ видѣ общей мѣры) податей и денежныхъ повинностей“ и проч., должны быть перенесены въ область права частнаго (стр. 136). Тутъ въ современныхъ законодательствахъ есть разныя непослѣдовательности, въ коихъ главная вина, думаетъ Кавелинъ, падаетъ на римское право. Допустимъ. Но предварительно справка съ Гаемъ или съ указаніями къ нему по учебнику Келлера (Der röm. *Civil*process § 20. Gai. IV. 26—29. 32. Pignoris capio). Оказывается, что *частный искъ* по взысканію aes militare, equestre, hordearium, по платежамъ за jumenta (in dapem) и проч. имѣлъ мѣсто въ Римѣ издавна.

Такимъ образомъ, мы начали съ обвиненія римскаго права въ разныхъ нелогичностяхъ и кончаемъ тѣмъ, что обогащаемъ и безъ того тяжелый для насъ процессъ рецепціи чужого еще новымъ актомъ рецепціи, притомъ изъ такого стараго времени, изъ эпохи XII табл.

Мы готовы были бы продолжать переноску, хотя, признаемся, теряемъ довѣріе къ этому процессу. Понявъ буквально имуще-

ственный критерій, мы навязали бы себѣ перенесеніе артиллеріи, флота и крѣпостей изъ права публичнаго въ право гражданское.

Мы видимъ въ дальнѣйшемъ вопросы имущественные, рѣшаемые вовсе не гражданскимъ правомъ и судомъ, и неимущественные интересы, вопросъ о законности рожденія, котораго не рѣшитъ иной трибуналъ, кромѣ цивильнаго или цивильноцерковнаго, если на формѣ брака лежитъ признакъ исповѣдный.

Будемъ ли мы, однако, осуждать Кавелина за эти неудовлетворяющіе насъ результаты его опыта? Далеко нѣтъ. Неудачи могли обусловиться очень различными причинами. Рядомъ съ этимъ невозможно отрицать изумительнаго таланта покойнаго оріентироваться въ вопросахъ самыхъ сложныхъ, требующихъ, при настоящей путаницѣ понятій, большой бдительности для своего уясненія. Сверхъ того, въ призывѣ покойнаго перебрать сверху до низу ветхое зданіе римскаго права, чтобъ основательно опредѣлить наше отношеніе къ нему, мы видимъ вполнѣ правильную точку зрѣнія на задачи юриста.

Обобщенія могутъ неудаваться, быть преждевременными, но разборъ частностей, ихъ внимательное изученіе и сопоставленіе латинскихъ институтовъ съ конструкціями права современнаго есть дѣло самое плодотворное.

Въ послѣднее десятилѣтіе, на нашихъ глазахъ, молодому талантливому нѣмецкому ученому Августу Тону удалось вполнѣ правильно поставить проблему *опредѣленія границы права публичнаго и частнаго*, связать этотъ вопросъ съ рядомъ другихъ, тоже довольно сложныхъ юридическихъ понятій, и приготовить такимъ образомъ почву для ясной постановки и еще дальнѣйшихъ, тѣсно съ этими вопросами связанныхъ, задачъ юриспруденціи.

Вотъ какъ развиваетъ свои мысли Тонъ.

По Ihering'у для понятія права надо *впередъ* поставить Genuss, Interesse. Тонъ вовсе этого не требуетъ. Но когда и тотъ и другой берутъ примѣръ изъ дѣйствительности, то оба оказываются на одной сторонѣ. Примѣръ такой. Государство вводитъ покровительственный тарифъ. Отъ этого прежде всего очень выигрываютъ производители покровительствуемаго продукта. Это ихъ *имущественный интересъ*. Есть ли, это однако, ихъ частное право? Для того ли повышена ввозная пошлина, чтобы содѣйствовать *ихъ* обогащенію? Совсѣмъ нѣтъ! Цѣль закона здѣсь не есть utilitas singulorum. И такъ, чтобы utilitas singulorum стала частнымъ *правомъ*, для этого нуженъ еще формальный признакъ; по Ihering'у этотъ формальный признакъ дается *искомъ*, защитой даннаго интереса лица передъ

судомъ. Вотъ тутъ только, въ сочетаніи частнаго интереса съ частнымъ искомъ, и образуется понятіе частнаго права. Съ этимъ *существеннымъ* признакомъ формы Ihering подходитъ совершенно близко и къ римскимъ конструкціямъ и къ тому, что находимъ у Тона; но конструкція Тона гораздо законченнѣе, отчетливѣе и проще.

Тонъ вовсе не въ сферѣ экономическихъ проблемъ. Весь вопросъ объ интересахъ, объ имуществѣ, о матеріальныхъ критеріяхъ онъ оставляетъ въ сторонѣ. Его критеріи для построенія юридическихъ понятій суть *формальные*, воля, ученіе Hegel'я. Заслуга Тона въ томъ, что для своихъ построеній *онъ беретъ моментъ не внѣшній для права*, не произвольный, *а внутренній*, необходимый для него, *моментъ нормы*.

Его методъ есть настоящій методъ юриста.

Всякое право есть норма. И такъ, право ветхо-или ново завѣтное, наше, чужое, продуктъ измышленія и разсчета или нѣтъ, съ матеріальной, формальной окраской,—это все равно, но если оно есть право, то оно должно быть нормой. *Цѣль всякой нормы не есть личная*, частная, и если мы въ правѣ будемъ имѣть въ виду *только это* свойство нормы, этотъ его непремѣнный признакъ, то все право будетъ публичнымъ. Оно все созидается для цѣлей общежитія, а не на встрѣчу имъ. Это *различеніе элементовъ нормы* въ любой юридической конструкціи отъ основаннаго на этой нормѣ *притязанія* хорошо извѣстно всякому юристу изъ самыхъ первоначальныхъ понятій, съ коихъ мы начинаемъ наши догматическіе курсы,—norma agendi и facultas agendi... не менѣе того послѣдовательное проведеніе этого различенія дается далеко не легко.

Одинъ изъ самыхъ заслуженныхъ пандектистовъ, Алоизій Бринцъ, установляя различіе приватнаго и публичнаго права, называетъ приватнымъ по преимуществу то право, *котораго нормы* могутъ быть *отмѣняемы* (derogirbare Satzungen) волей лицъ. Противъ Бринца—ф. Бюловъ. Положеніе Бринца совершенно ошибочное. Такихъ *нормъ* кои *отмѣнялись* бы волей частнаго лица, нѣтъ вовсе, ни въ публичномъ, ни въ частномъ правѣ. Норма, коей мнѣ предоставляется взыскивать долгъ по обязательству моего должника, есть вполнѣ частно-правная. Я могу не взыскивать этого долга, но этимъ я не *отмѣняю* нормы, а лишь не пользуюсь моимъ правомъ. Отмѣнить этой нормы я не могу никакими актами моей воли, и еслибы я вошелъ въ соглашеніе съ кѣмъ либо о непримѣненіи къ нему никогда этой нормы, такое соглашеніе не имѣло бы силы, и при первомъ новомъ обязательствѣ этого

лица, я могъ бы потребовать уплаты долга по общей нормѣ. Нельзя дѣйствительнымъ образомъ уговориться съ кѣмъ либо de dolo non praestando (Celsus, l. 23 D. 50 17). Нельзя заранѣе отказаться отъ взысканія убытковъ, которые я могу понести отъ пароходныхъ и желѣзно-дорожныхъ предпріятій (ст. 683 п. 3, т. X). Это въ высокой степени характерный для свойства *нормы какъ достоянія* публичнаго, *общаго*, признакъ.

Множество нормъ приватнаго права имѣетъ характеръ *диспозитивный*, т.-е. лицо, коему онѣ даютъ юридическую основу для притязанія, можетъ не пользоваться ими для своихъ цѣлей, но непользованіе и отмѣна, диспозитивность и Derogirbarkeit не одно и то же. Повидимому, Brinz правъ въ виду предоставленной лицамъ возможности завѣщать имущество и этимъ отмѣнять порядокъ преемства по закону. Но и здѣсь легальная норма (si intestatus moritur и проч.) даетъ лицу на волю или завѣщать, или оставить наслѣдство незавѣщаннымъ, стало быть, лицо лишь пользуется или не пользуется предоставленнымъ ему правомъ, а не отмѣняетъ никакой нормы. Если-бъ я отказался разъ навсегда отъ права завѣщать или отъ права кому либо наслѣдовать по закону, то я, для себя, повидимому дерогировалъ бы норму. Но такіе акты, также какъ отказъ разъ навсегда взыскивать по долговому обязательству, не входятъ въ сферу юридическихъ сдѣлокъ гражданскаго права и не могутъ помѣшать мнѣ сейчасъ же написать завѣщаніе или принять любое, открывшееся за симъ, наслѣдство въ общемъ порядкѣ закона. И такъ, нѣтъ отмѣняемыхъ актомъ частной воли нормъ, а есть нормы диспозитивнаго характера. Покуда мы знаемъ въ правѣ одно свойство—это норма, и какъ таковое все право есть публичное, jus commune, jus publicum, которое privatorum pactis mutari non potest *).

*) Вопросъ о нормахъ, ихъ свойствѣ, происхожденіи, примѣненіи, составѣ, дестинатерахъ, составляетъ нынѣ предметъ очень внимательныхъ изслѣдованій частью криминалистовъ, частью цивилистовъ. Понятіе нормы отличаютъ отъ понятія юридическаго положенія (Rechtssatz) и отъ понятія догмы. Самыя юридическія положенія суть или выраженныя, явныя, или еще, такъ сказать, ищущія себѣ выраженія, неоформленныя, молчаливо существующія, неявныя, скрытыя, въ этомъ смыслѣ latente Rechtssatze (это термины, соотвѣтствующіе понятію обнаруженной и скрытой, потенціальной энергіи, силѣ). Объ этомъ у Ihering'а въ Geist'ѣ. У него же найдете хорошо освѣщеннымъ вопросъ о происхожденіи диспозитивныхъ нормъ. Ихъ пріиски для гражданскаго права суть сдѣлки частныхъ лицъ. Въ такую сдѣлку могутъ быть вносимы элементы чисто фактическаго свойства, вовсе не предусмотрѣнные, а только терпимые, иногда же совсѣмъ неизвѣстные до того въ юридической практикѣ. Изъ этого своего фактическаго, произвольнаго примѣненія такіе элементы сдѣлокъ могутъ, вмѣстѣ съ временемъ, выдти и пріобрѣсти характеръ постоянной принадлежности сдѣлки, характеризовать ея составъ, дать сдѣлкѣ этого состава свойство нормальной, отступленіе отъ коей должно быть оговорено сторонами, если онѣ не хотятъ этого нормальнаго, обязательнаго въ юридической практикѣ этого рода

Конструкція Тона устраняетъ возможность всякихъ колебаній по этому вопросу. Выдѣливъ понятіе нормы, онъ разбираетъ *составъ* юридическихъ нормъ. Изъ его разбора, анализа нормъ, получаются такіе результаты. Въ составѣ нѣсколькихъ юридическихъ положеній можетъ скрываться одна абстрактная норма. Возьмемъ для примѣра рядъ положеній, ограждающихъ жизнь людей отъ насилія со стороны другихъ. Изъ этого ряда положеній можно извлечь простой императивъ, *) который будетъ составлять тоже норму обязательную для всѣхъ. Это, положимъ, императивъ „не убей“. Для случаевъ нарушенія такого общаго характера императива въ тѣхъ же юридическихъ положеніяхъ можно раскрыть другія нормы, коихъ назначеніе въ томъ, чтобъ стать на мѣсто первыхъ въ виду ихъ нарушенія. И такъ, при нарушеніи взятой выше нормы, норма втораго рода (*секундарная*, тогда какъ первая есть *примарная* норма) будетъ состоять, положимъ, въ отмѣнѣ неприкосновенности жизни убійцы. У римлянъ это homo sacer. У насъ это будетъ смертный приговоръ. Тонъ получаетъ изъ такого анализа результатъ важный для общихъ его юридическихъ воззрѣній, результатъ очень цѣнный, ибо онъ признаетъ свойство нормы юридической за нормой примарной, *независимо отъ вопроса о принужденіи*, потому только, что и она *сознается* какъ общеобязательная, потому что въ ней выражена всеобщая воля. Не недостатокъ насильственныхъ мѣръ, а недостатокъ общей воли, общности сознанія обязательности нормъ лишаетъ международное право той эффективности, какую имѣютъ нормы въ кругахъ болѣе тѣсныхъ.

сдѣлокъ, состава. Надъ римскимъ правомъ сдѣлано много такого рода наблюденій. Есть, какъ увидимъ позже, работы такого же рода, и по вопросамъ новоевропейскаго, частью и русскаго права. Существуютъ цѣлые институты юридическіе, вышедшіе изъ такого первоначально фактическаго сочетанія произвольныхъ условій сдѣлки и ставшіе затѣмъ комплексомъ нормъ обязательнаго или диспозитивнаго характера.—Недавно одинъ ученый нѣмецкій юристъ дѣлалъ большія усилія, чтобъ провести разницу между понятіемъ Rechtssatz и догмы. Вся задача походила на ту Haarspalterei, которую осуждаетъ Ihering въ Scherz'ѣ, а между тѣмъ цѣль была бѣдовая. Догма-де есть ничего болѣе какъ *ученіе*, положеніе учительное, а Rechtssatz—приказъ. На мѣсто одного *ученія* можетъ стать другое потому только, что оно вѣрнѣе перваго. Съ Rechtssatz'омъ—совсѣмъ иное дѣло. Но что-жъ отсюда слѣдуетъ? Вотъ что: мы приняли (рецепировали) римское право. Въ немъ есть Rechtssatz'ы и есть догмы. Rechtssatz'ы обязательны,а по отношенію къ догмамъ мы можемъ предпринять Ausstossungsprocess en masse. Остается, стало быть, изобрѣсть что нибудь лучше римскихъ догмъ. Это дѣло конечно; но надо, чтобъ о достоинствѣ изобрѣтеній судили не сами изобрѣтатели.

*) Тутъ, какъ и въ дальнѣйшемъ у Тона видимъ абстракціи тѣ же, что у римлянъ. Модестинъ (L. 7. D. de leg. 1. 3) говоритъ: legis virtus haec est: imperare, vetare (у Тона далѣе дѣленіе императивовъ на Gebot и Verbot), permittere, punire. У Iher., для современ. культуры права, впередъ должно быть поставлено punire, потомъ, быть можетъ, vetare. и во всякомъ случаѣ *сознаніе обязательности* не причемъ во всемъ строеніи права „для близорукихъ“.

Что эти конструкціи Тона неизмѣримо выше строеній права у Ihering'a, что мысль Тона обнимаетъ собою массу явленій, которыя у Ihering'a остаются внѣ сферы права, каковы нормы права церковнаго, корпоративнаго, нормы права обычнаго, и что сверхъ того только въ ней способна найти себѣ примиреніе измѣнчивость состава юридическихъ институтовъ въ процессѣ историческомъ—это не подлежитъ никакому сомнѣнію *). Но эта сторона дѣла для насъ есть менѣе близкая здѣсь, чѣмъ слѣдующая за симъ попытка этого ученаго построить на этомъ анализѣ тѣ признаки, коими опредѣляется граница публичнаго и частнаго права.

Переходя къ этому пункту его ученія, мы видимъ, что Тонъ, въ моментѣ нормы не видитъ ничего даннаго для такого различія. Всякая норма, и стало быть, все право есть общая воля (communis reipublicae sponsio) **). Не по лицамъ, къ коимъ онѣ обращены, не по интересамъ, которые ими ограждаются (интересъ можетъ быть имущественнымъ и не быть частнымъ, можетъ касаться очень близко лица и не быть только его личнымъ; интересъ частный и публичный являются часто въ самомъ близкомъ и неразрывномъ сцѣпленіи), а *по особому формальному признаку возможно* въ любомъ комплексѣ нормъ *опредѣлить принадлежность данной нормы къ сферѣ приватнаго или публичнаго права.* Этотъ признакъ опредѣляется такъ. За нарушеніемъ нормы слѣдуетъ извѣстная реакція. Въ массѣ случаевъ такая реакція будетъ исходить непосредственно отъ органовъ, ограждающихъ публичные, общіе, всѣмъ одинаково близкіе интересы. Но возможны условія, гдѣ огражденіе нарушенныхъ нормъ права вовсе не вызываетъ непосредственно такой реакціи. Противодѣйствіе этому нарушенію ставится въ зависимость отъ воли заинтересованнаго. Не государство поднимается само на защиту потерпѣвшаго, когда N не заплатилъ ему долга, занялъ часть принадлежащей ему земли подъ постройку. перешелъ предѣлы дозволеннаго въ сближеніи съ его женой. Нормы права, ограждающія силу обязательствъ, неприкосновенность вещныхъ правъ, чистоту семейныхъ нравовъ, существуютъ для всѣхъ и каждаго, но интересъ, ими огражденный, есть въ той мѣрѣ личный для каждаго, что *притязаніе къ защитѣ нормы* можетъ, безъ всякой опасности для права, быть предоставлено самому заинтересованному. Вотъ этотъ *диспози-*

---

*) Подробное разъясненіе въ курсахъ энциклопедіи,

**) Papinianus L. 1 D. de leg. 1. 3. Тутъ же, въ рядѣ другихъ мѣстъ, свойство права какъ нормы, norma agendi, безпрестанно встрѣчается въ источникахъ. Это commune praeceptum ibid; тоже Ульпіанъ jura... generaliter constituuntur L. 8 D. h. t.; по Юліану—это judicium populi. L. 32 D. h. t.

тивный характеръ ограженія юридическихъ нормъ и опредѣляетъ собою особенность извѣстной группы нормъ и даетъ имъ свойство частно-правныхъ.

И такъ, мы будемъ имѣть юридическія нормы, юридическіе институты права приватнаго, и по этому признаку *частнаго притязанія* лица къ лицу, лица единичнаго къ лицу коллективному, къ самой казнѣ, и обратно,—мы будемъ судить о свойствѣ права, о свойствѣ дѣла гражданскаго или публичнаго.

До какой степени этотъ признакъ есть простой и осязательный, это видно изъ того, что старая наша практика, очень далекая отъ всякихъ аналитическихъ пріемовъ истолкованія природы правъ частныхъ и публичныхъ, ощупью, такъ сказать, подошла очень близко къ нему въ своей дѣловой терминологіи *). Въ актахъ прошлаго вѣка мы безпрестанно встрѣчаемъ иротивоположеніе дѣлъ общенародныхъ, криминальныхъ и *челобитчиковыхъ*, или общенародныхъ, интересныхъ (связанныхъ съ интересомъ казны) и челобитчиковыхъ. Полнаго соотвѣтствіи понятія дѣла челобитчикова и права частнаго нѣтъ у насъ, нѣтъ, какъ увидимъ и въ западныхъ ученіяхъ, но отмѣтить чуткость нашей практики къ тѣмъ-же признакамъ, къ коимъ приводятъ насъ теперешнія нѣмецкія ученія, конечно, любопытно.

Въ послѣднее время этотъ *чисто юридическій методъ* различенія сферы права частнаго и публичнаго, даетъ въ нѣмецкой и въ нашей литературѣ поводъ къ двоякому недоразумѣнію.

Спрашиваютъ, во-первыхъ, почему требуется именно искъ, частное притязаніе, чтобъ опредѣлился характеръ извѣстной нормы какъ гражданской? Развѣ до правонарушенія, до того времени, когда возникъ искъ, свойство права какъ частнаго вовсе ни въ чемъ не видно? Это чистое недоразумѣніе. Требованіе искового притязанія составляетъ здѣсь какъ бы фокусъ, въ коемъ собираются характерныя для права частнаго лучи преломленія. Не слѣдуетъ отсюда заключать, что гдѣ *нѣтъ правонарушенія* и *пока не возникло исковое притязаніе*, до тѣхъ поръ вовсе нельзя

*) Возьмите изъ разныхъ эпохъ по 1-му Полн. Собр. №№ 2786, 4050, 7951, 9647. Первый указъ говоритъ о должности фискала и перечисляетъ разныя дѣла, а въ п. 3 указываетъ вообще: тако-жъ и прочія дѣла народныя по коимъ нѣтъ челобитчиковъ. Очень важное различеніе интересовъ частныхъ и публичныхъ даютъ въ разныхъ мѣстахъ межевыя инструкціи прошлаго вѣка, о чемъ позже. Первоначально это были понятія заимствованныя (см. № 3534, Генер. реглам., гдѣ толков. иностр. рѣченій, стр. 160 по тексту П. С., „публичные—всенародные, приватные—частные"), но съ ними вполнѣ освоились и дали дѣламъ частнымъ названіе *челобитчиковыхъ*.

**) О томъ, по какимъ ступенямъ шло въ нашей исторіи обособленіе права частнаго и публичнаго и отдѣльныхъ институтовъ того и другого права, мы будемъ говорить въ своемъ мѣстѣ.

и угадать права частнаго. Это прямое непониманіе дѣла. Независимо отъ правонарушеній и прежде всякихъ исковъ, частное правоотношеніе получаетъ свою юридическую извѣстность, (моментъ возникновенія), утверждается въ своей силѣ (укрѣпленіе), гарантируется въ своемъ осуществленіи (разными способами) и проч. все же по иниціативѣ заинтересованнаго. Независимо отъ его почина, оно легко потеряетъ извѣстность, осуществимость, перейдетъ на степень притязанія иного типа, не только не цивильнаго, но вовсе не юридическаго. И такъ, во множествѣ признаковъ, вполнѣ независимо отъ наличности правонарушенія или искового притязанія, во всемъ строѣ правоотношенія и института видна его цивильная складка; но нигдѣ, натурально, чисто юридическая, и именно цивильная физіономія правоотношенія не выразится такъ полно и рельефно, какъ въ исковомъ притязаніи. Реквизитъ иска обозначаетъ только это и ничего болѣе.

Другое недоразумѣніе еще болѣе любопытное. Спрашиваютъ, во-вторыхъ, если этимъ признакомъ частнаго иска опредѣляется свойство права (правоотношенія, нормы, института) какъ частнаго, то *отъ кого-же*, или *отъ чего* будетъ зависѣть дать въ одномъ случаѣ эту охрану, частный искъ, въ другомъ другую, публичную защиту. Критерій, коимъ слѣдуетъ руководиться въ этихъ вопросахъ, долженъ быть извѣстенъ заранѣе. Какъ же его найти?

Для дѣйствующей системы, различіе способовъ огражденія нормъ можетъ быть объяснено положительнымъ авторитетомъ нашего закона. Мы, наше законодательство, наша практика разсматриваетъ такіе-то институты, какъ частные. Въ силу этого и иски для осуществленія нарушенныхъ правъ не могутъ быть иными, какъ частными. Основу, стало быть, составляетъ позитивный авторитетъ законодателя, судебныхъ органовъ и проч. Это натурально, такъ и бываетъ тамъ, гдѣ мы имѣемъ дѣло съ развитой догмой и отношеніемъ къ ней отдѣльныхъ притязаній. Кто ссылается въ судѣ на дѣйствующую норму, fundatam habet intentionem in jure.

Мы, однако, не въ правѣ останавливаться на этомъ одномъ въ вопросѣ научнаго интереса. Для права, особенно для права гражданскаго и для судебнаго осуществленія частныхъ притязаній, послѣднее основаніе не можетъ лежать въ положительномъ авторитетѣ закона, суда, и ни въ чемъ болѣе... Если это не есть эфемерная, вымышленная система, а продуктъ историческаго развитія національнаго правосознанія, тогда немыслимо базировать свойство частнаго притязанія на такомъ чисто-внѣшнемъ, произ-

вольномъ факторѣ. Основаніе должно лежать гдѣ-то глубже. Собственно здѣсь только и возникаетъ вопросъ: почему, по какой *постоянной* причинѣ, въ данномъ юридическомъ быту законодатель, судъ, система дѣйствующихъ нормъ даетъ нѣкоторой категоріи институтовъ свойство цивильныхъ, нѣкоторой категоріи исковъ характеръ приватныхъ притязаній? Для этого должна существовать основа не внѣшняя (lex ita scripta est), а *внутренняя*, которая и опредѣляетъ собою волю законодателя, направленіе практики. Вотъ чего отъ насъ требуютъ! Мы должны указать эту *внутреннюю причину* или основу обособленія гражданскихъ исковъ и нормъ. Она, говорятъ намъ, должна лежать *въ существѣ* самого отношенія, а не въ способахъ защиты нормъ. И такъ утверждая, что въ искѣ лежитъ постоянный и вѣрный признакъ свойства самого права, Вы дескать не отвѣчаете на вопросъ, а лишь уклоняетесь отъ отвѣта.

Нѣкоторые нѣмецкіе (Бирлингъ), а за ними и отечественные цивилисты прибѣгаютъ къ любопытному сравненію, чтобъ иллюстрировать фальшъ пріема, котораго мы держимся. Если намъ надлежитъ опредѣлить или различить органы или отправленія въ составѣ или въ жизни извѣстнаго организма, то, натурально, мы будемъ для этого искать признаковъ, лежащихъ въ существѣ, въ природѣ этихъ органовъ, а не въ лѣкарствахъ, къ которымъ прибѣгаютъ, чтобы возстановить ихъ функціи. Органы и отправленія—составляютъ аналогію нормъ, а иски—лѣкарствъ.

Очевидно, подъ *лѣкарствами* юристы (Бирлингъ и его послѣдователи) на сей разъ разумѣютъ *внѣшнія* средства, къ коимъ прибѣгаютъ въ случаѣ болѣзни. Еслибы это не были лѣкарства подобнаго рода, а цѣлебныя силы самого органа, которыя ведутъ къ возстановленію его нормальнаго состоянія или его отправленій, то аналогія не послужила бы къ обличенію ошибочности нашего метода, но была бы несомнѣнно ближе къ дѣлу, ибо цѣлебныя силы самого организма не суть свойства внѣшнія, а внутреннія, коими опредѣляется самъ организмъ по существу.

Но независимо отъ этого, составляетъ ли въ самомъ дѣлѣ искъ нѣчто для права внѣшнее, нужное только на случай болѣзни, какъ лѣкарство для организма, или исками не внѣшнимъ, а *внутреннимъ* образомъ опредѣляется самое существо нормы *юридической*, именно внутренняя ея природа?

Виды нашихъ оппонентовъ не трудно раскрыть: формальные реквизиты для права они не считаютъ существенными, ихъ цѣль въ томъ, чтобъ привести насъ *къ матерьяльной* его основѣ, къ пользованію (Genuss, Ihering), къ матерьяльному разсчету, который

имѣетъ стать впередъ (германисты), къ имуществу (Кавелинъ). Мы видѣли выше, что этотъ *неюридическій* критерій не даетъ никакого результата. Можетъ быть на лицо Genuss, но при этомъ можетъ не быть права *) (Reflexwirkungen у Ihering'a). Можетъ быть на лицо матерьяльная выгода (покровительственный тарифъ для внутреннихъ производителей), но не быть иска для огражденія этого интереса противъ убытковъ. Можетъ не быть на лицо никакого матерьяльнаго интереса (мое имя, которое присвоиваетъ себѣ другой, принадлежность мнѣ авторства въ художественномъ, литературномъ произведеніи; la recherche de la paternité, притязаніе къ наслѣдству обремененному долгами) и, однако, имѣть мѣсто искъ, чисто частный по своему строенію. И такъ, никакими *неюридическими* признаками мы не хотѣли бы опредѣлять право по существу. Въ этихъ матерьяльныхъ моментахъ могутъ лежать самыя явныя *побужденія*, самыя несомнѣнныя *цѣли* юридическихъ конструкцій, но *право* не въ нихъ, не въ матерьяльномъ моментѣ, такъ же не въ цѣли, а именно въ моментѣ формальномъ, въ нормѣ, въ искѣ, въ волѣ лица.

Если поставленъ вопросъ объ отношеніи иска къ нормѣ, то мы утверждаемъ, что въ искѣ не средство только для возстановленія права, а внутренній характерный его признакъ. Но этимъ мы не можемъ ограничиться. Вопросъ о томъ, почему извѣстной категоріи нормъ свойствененъ извѣстный искъ (частный), другимъ— другой, остается все еще открытымъ.

Чтобы правильнымъ образомъ и соотвѣтственно существу дѣла объяснить себѣ отношеніе иска къ нормѣ, нельзя ограничиваться опредѣлившимся въ извѣстныхъ бытовыхъ условіяхъ повелительнымъ отношеніемъ закона къ суду. Надо идти глубже, въ область живыхъ историческихъ процессовъ, а не отвердѣвшихъ до извѣстной степени бытовыхъ формъ правосознанія... Необходимо присмотрѣться къ процессамъ образованія юридическихъ нормъ не только въ прошлыя эпохи, но и въ явленіяхъ текущаго праворазвитія. Составляютъ ли *нормы* права, положимъ, права частнаго, первичное явленіе, prius, за которымъ слѣдуютъ исковыя средства осуществить нарушенную норму, какъ posterius, или наоборотъ?

---

*) Я совсѣмъ хозяиномъ чувствую себя въ саду противъ моего окна, хотя садъ публичный, но съ управляющимъ мы давно друзья, онъ цѣнитъ мой вкусъ и познаніе и я не только пользуюсь, но даже распоряжаюсь посадками. Я слушаю въ самое удобное для меня время музыку изъ сосѣдняго сада. Мнѣ свѣтитъ на лѣстницѣ свѣтъ сосѣдняго фонаря. Вездѣ Genuss, но вездѣ Genuss, фактическаго характера. Когда смѣнили управителя сада, погасили не во время фонарь и причинили мнѣ не только неудобства но и убытки—искать не съ кого и нечего, ибо правъ у меня нѣтъ никакихъ.

Достаточно возстановить въ памяти картину образованія гонорарнаго права, давшаго главную основу всей системѣ институтовъ juris gentium, чтобъ имѣть отвѣтъ на вопросъ. Здѣсь искъ представляетъ собою тотъ моментъ, когда норма права еще, такъ сказать, зарождается въ юридическомъ сознаніи сторонъ и сановника. Здѣсь никакъ нельзя утверждать, что искъ есть средство возстановить нарушенную норму. Наоборотъ, искъ является здѣсь средствомъ дать неопредѣлившемуся еще въ общемъ юридическомъ сознаніи притязанію истца юридическую опредѣленность и судебную защиту *).

Въ этомъ видѣ, въ видѣ притязаній истца, обнаруживается зародышъ послѣдующей нормы, существующій пока на степени субъективно сознаваемаго права, коему преторъ даетъ въ конкретномъ случаѣ евентуальную охрану. Абстрактная норма права выдѣлится и объективируется изъ этого сочетанія лишь впослѣдствіи, и тогда она будетъ служить окрѣпшей и постоянной основой исковыхъ притязаній. До этого выдѣленія норма права такъ сказать сливается, сосуществуетъ съ искомъ. Правосознаніе здѣсь находится на степени субъективнаго. Право я сознаю только какъ свое право. Обособленіе нормы права отъ права въ субъективномъ смыслѣ будетъ составлять уже послѣдующую стадію зрѣлости юридическаго сознанія.

У Ihering'а, въ его раннихъ трудахъ (особенно въ Geist'ѣ), и въ нѣкоторыхъ послѣдующихъ (Kampf ums Recht) читатель найдетъ много страницъ, прекрасно освѣщающихъ эту первоначальную фазу развитія правосознанія въ человѣческихъ обществахъ

Мы останавливаемся на этомъ явленіи здѣсь, чтобъ показать, насколько ошибочно воззрѣніе на искъ какъ на нѣчто для права внѣшнее, не опредѣляющее его по существу. Живыя явленія правосознанія въ прошлой исторіи права и въ текущихъ процессахъ праворазвитія, несомнѣннымъ образомъ свидѣтельствуютъ намъ, что искъ есть именно первообразъ субъективно-сознаваемаго права какъ нормы.

И такъ, искъ не есть нѣчто внѣшнее для права, подобно лѣкарству отъ болѣзни, а наоборотъ, нѣчто по существу связанное съ самой нормой, съ самимъ правомъ, до такой степени присущее ей, что предъявляя его, мы призываемъ, такъ сказать, къ дѣйствію внутреннія, въ самой нормѣ лежащія цѣлебныя силы для возстановленія всей ея здоровой энергіи.

---

*) Гай, Опредѣленіе интенціи (IV, 41).

Какъ-же, засимъ, отвѣтить на вопросъ, *отъ кого, или отъ чего* зависитъ дать охрану одной нормѣ помощью иска частнаго, предоставленнаго на волю заинтересованному, а другой нормѣ помощью иска публичнаго?

Отвѣтъ, сколько кажется, совершенно простой. Надо только раскрыть, какъ данная норма слагалась исторически. Если она исторически слагалась подъ дѣйствіемъ автономныхъ приватныхъ сдѣлокъ, подъ постояннымъ вліяніемъ приватныхъ притязаній для поддержки субъективно сознаваемыхъ правъ, тогда, натурально, и впослѣдствіи, когда субъективное сознаніе права стало общесознанной нормой, ее *слѣдуетъ, согласно ея исторической природѣ*, и совершенно независимо отъ ея содержанія (Genuss, имущество, или иное что), ограждать частнымъ искомъ. Это будетъ норма, это будетъ институтъ приватнаго права, и для *даннаго* юридическаго быта, мы угадаемъ это по иску, который служитъ для ея огражденія и который основанъ на ея внутреннихъ свойствахъ, лежитъ въ ея *юридической* природѣ *).

*) Есть писатели, которые упрекаютъ Авг. Тона въ томъ, что онъ далъ въ своемъ трактатѣ (Die Rechtsnorm und das subject. Recht) нормѣ, объективному праву значеніе повелительное по отношенію къ субъективному праву (Гирке, Deutsch. Pr. Recht, стр. 252, пр 3). Тутъ возможна нѣкоторая односторонность, но и задача его заключалась только въ томъ, чтобы *въ данномъ* правопорядкѣ, гдѣ норма и притязаніе уже обособилась, опредѣлить свойство одной нормы, какъ частно-правной, другой, какъ публично-правной. Онъ на этомъ остановился. Ему не приходилось въ ту пору отвѣчать на сомнѣнія, вызванныя этой постановкой ученія. Дернбургъ, 5 изд. т. 1, § 39, Гирке § 27, стр. 252, сколько кажется, близки къ поддерживаемому здѣсь взгляду, опредѣлившемуся въ разныхъ своихъ чертахъ, много прежде въ трудахъ Ihering'a, особенно въ раннихъ его работахъ, вполнѣ попранныхъ послѣдующими его-же конструкціями, въ коихъ право перестаетъ быть само себѣ цѣлью, а становится средствомъ для внѣшнихъ цѣлей, за что Ihering въ свое время былъ причисленъ Эмилемъ Кунце къ лику сабиніанцевъ. Въ духѣ старыхъ работъ Ihering'a авторъ этихъ чтеній изслѣдовалъ, много лѣтъ назадъ, условія правообразованія въ древней Россіи въ сочиненіи Источники правъ и Судъ въ древней Россіи. Москва, 1869 г. Нынѣ проф. Ѳ. И. Леонтовичъ въ сочиненіи Старый земскій обычай, Одесса, 1889 г., съ цѣлой массой данныхъ, близко касается тѣхъ же проблемъ историческаго правовѣдѣнія. Идею первообраза правосознанія или нормы въ видѣ правосознанія субъективнаго, Гирке выражаетъ по своему въ такой тезѣ: Subjectives und objectives Recht sind *gleich ursprunglich*, тамъ же, стр. 252, гдѣ въ примѣч. 3 и, на слѣд. стр., въ 6-мъ, даны указанія на контроверзныя мнѣнія видныхъ нѣмецкихъ писателей по этому пункту. Насколько вопросъ живой, можно судить по перемѣнамъ текста § 39 въ 1-мъ и въ 5-мъ изд. у Дернбурга въ Пандектахъ.—Въ школѣ гегельянской моментами, опредѣляющими образованіе права, были выставлены начала свободы и необходимости. Противъ этого трудно что либо сказать, кромѣ развѣ того, что оба понятія спускаются съ философскихъ высотъ такъ сказать вполнѣ готовыми и мало приноровленными къ земнымъ интересамъ и заботамъ, не носятъ на себѣ слѣдовъ практической дѣйствительности. Ihering, въ формахъ потѣшныхъ и мѣстами весьма удачныхъ, трактуетъ въ своемъ Scherz и Ernst эту Begriffsjurisprudenz, которая боится прикасаться праха и земныхъ дѣлъ.—И такъ, противъ существа этихъ факторовъ образованія права нельзя сказать ничего. Но мы, въ самомъ дѣлѣ, приблизимъ *понятіе* права, особенно права частнаго, къ дѣйствительности, если начало необходимости въ его составѣ замѣнимъ мо-

Мы на этомъ останавливаемся. Можно, натурально, идти еще дальше въ изслѣдованіи отношенія иска къ нормѣ. Можно задаться вопросомъ, чѣмъ же условливалось въ эти первоначальные для развитія нормы моменты, сознаніе такого-то притязанія какъ частнаго? Отвѣтъ, натурально, мы получимъ изъ тѣхъ бытовыхъ данныхъ, экономическаго, соціальнаго, умственнаго, нравственнаго и т. д. строя эпохи, подъ вліяніемъ которыхъ находились, жили и дѣйствовали люди и общества, въ ту пору работавшія на защиту своихъ интересовъ и правъ. Но здѣсь мы уже у предѣла собственно юридическихъ изысканій, ибо изслѣдованіе этихъ общихъ бытовыхъ условій дѣйствительно не есть дѣло юриста, а дѣло историка культуры вообще.

Мы пришли, такимъ образомъ, къ разумѣнію предѣловъ нашихъ штудій въ области гражданскаго права.

Но что, однако, это за *предѣлы?* Кавелинъ говоритъ намъ, что между правомъ публичнымъ и частнымъ нельзя проводить китайской стѣны (стр. 4), разумѣя подъ этимъ, натурально, что переходы изъ одной области въ другую совершенно возможны; мы прибавимъ—и часто очень мало чувствительны, очень мало осязательны. Съ другой стороны, у Кавелина тоже мы встрѣтимъ такія общія соображенія: успѣхи гражданской образованности измѣряются постепеннымъ одухотвореніемъ государственныхъ элементовъ и расширеніемъ круга правъ частныхъ (стр. 62).

И такъ, ни въ какой догмѣ вы не найдете границы права частнаго и публичнаго обозначенными непереходимой чертой и, съ другой стороны, время, успѣхи культуры приносятъ здѣсь такія видоизмѣненія, что въ одномъ и томъ же исторически данномъ правѣ, скажемъ, въ римскомъ, въ русскомъ, въ разныя эпохи предѣлы цивильнаго и публичнаго права не одни и тѣ же.

Возможно ли, въ виду этого, ставить отвлеченно вопросъ о постоянномъ, необходимомъ разграниченіи того или другого права въ любыхъ условіяхъ? Конечно, нѣтъ. Въ обзорѣ всемірно-историческихъ явленій, данномъ выше, мы убѣдились достаточно, что самое это различіе составляетъ чисто-историческую категорію.

Затѣмъ, въ каждой данной культурѣ права, между типами рѣзко обозначившагося противуположенія всегда найдутся типы институтовъ переходнаго характера. Der Organismus des Rechts beruht demnach gleichsam auf zwei Polen, — говоритъ проф.

ментомъ юридической нормы, юридическаго института, права въ объективномъ смыслѣ, а начало свободы моментомъ юридической самодѣятельности лица, осуществленія субъективнаго правосознанія въ юридическомъ дѣйствіи, особенно въ искѣ.

Дернбургъ,—dem Individualismus und dem Socialismus. Смыслъ тотъ, что все право имѣетъ задачей примиреніе двухъ противулежащихъ стремленій—къ особности и къ общности, и дѣйствительное примиреніе этихъ стремленій въ отдѣльныхъ юридическихъ институтахъ даетъ различіе двухъ областей права, публичной и частной. По идеямъ Оскара ф. Бюлова возможно установить въ отдѣльныхъ институтахъ не только эти, такъ сказать, полярныя теченія, но и еще много точнѣе, подобно измѣреніямъ метеорологическимъ, среднія направленія, смѣшанныя, съ преобладаніемъ публичнаго или частнаго права, не просто, стало быть, pbl. и prv., а pbl. pbl. prv., prv. prv. pbl. и проч.

Преобладающія стремленія того или другого рода свойственны извѣстнымъ странамъ, извѣстнымъ культурамъ права, историческимъ періодамъ этой культуры, измѣнчивымъ во времени.

Для уясненія дѣла примѣромъ можно взять явленія разнаго времени въ исторіи права, различныхъ системъ права у разныхъ народовъ, даже разныхъ сферъ (чтобъ остаться въ томъ же образѣ выраженій, какого держится Дернбургъ) права въ одно и то же время и у одного и того же народа.

Если мы возьмемъ за признакъ частнаго права искъ лица, направленный къ огражденію нормъ въ его интересѣ, то окажется, что въ Римѣ и въ Англіи подъ этотъ признакъ подойдетъ кругъ явленій неизмѣримо болѣе обширный, чѣмъ у французовъ, у нѣмцевъ, у насъ. Actio popularis у римлянъ, *Qui tam* actions у англичанъ *) суть иски, въ коихъ каждое частное лицо jure civitatis ограждаетъ свои и публичные интересы, неся въ себѣ самомъ энергію, нужную для огражденія не себя только, но въ своемъ лицѣ и каждаго заинтересованнаго. Это искъ частный, а интересъ, имъ ограждаемый, не есть только особый, мой, челобитчиковъ. Строй этого частнаго иска не тотъ, конечно, что строй исковъ, предоставленныхъ на усмотрѣніе лицъ. Нѣтъ. Если тутъ я взялся за дѣло и не довелъ защиты до конца, то всякій другой становится на мое мѣсто такимъ же хозяиномъ иска, какимъ былъ я, овладѣваетъ этимъ же средствомъ для той же цѣли. Тутъ есть челобитчикъ, есть челобитчики, но искъ не челобитчиковъ, не принадлежитъ ему, какъ искъ объ огражденіи его личнаго имущества, хотя доля имущественнаго интереса можетъ

*) Для этихъ понятій и сопоставленій см. ст. Брунса въ Kleinere Schriften, т. I, стр. 313, тоже въ Zeitschr. fur Rechtsgeschichte (замѣнившей въ началѣ 60-хъ год. прежній журналъ Савиньи), т. III, стр. 341 и слѣд. Къ этимъ вопросамъ будемъ имѣть случай вернуться позже. Англійское названіе *Qui tam* происходитъ, какъ во мног. др. случаяхъ, отъ начальн. словъ закона: Qui tam pro domino rege, quam pro se ipso, in hac parte sequitur...

принадлежать именно и лично ищущему. Что-жъ это за иски? У римлянъ это иски съ широкимъ приложеніемъ частью въ области криминальнаго права, частью для огражденія пользованія вещами съ публичнымъ назначеніемъ. Преимущественно въ области криминальнаго права эти иски развились въ Англіи въ видѣ частнаго обвиненія по дѣйствіямъ преступнымъ. Въ вопросѣ, который мы назвали бы чисто-публичнымъ, тамъ допускается сильный элементъ частно-правный, вознагражденіе, личный интересъ, какъ поощреніе къ дѣятельности въ публичныхъ цѣляхъ. Это часто очень опасная комбинація, но практичность ея условлена въ названныхъ системахъ именно живостью общественнаго сознанія въ отдѣльныхъ людяхъ. Тотъ же самый предметъ, тотъ же интересъ—пользованіе вещами публичными, огражденъ совершенно иначе въ законодательствѣ французскомъ, прусскомъ, австрійскомъ и нашемъ. Вездѣ въ этихъ системахъ вы встрѣтите слѣдующаго рода построеніе для защиты пользованія вещами публичными. Я беру примѣръ прусскаго Landrecht'a: Die Land und Heer-Strassen, die von Natur schiffbaren Ströme, das *Ufer des Meeres* und die Häfen sind ein gemeines Eigenthum des Staats (Allg. Landrecht, Th. II, Tit. 14, § 21). У франц. тоже см. art. 537 и слѣд. У насъ (какъ увидимъ) близко къ французскому, но съ несомнѣннымъ смѣшеніемъ понятій по существу различныхъ, ст. 406 и слѣд. Во всѣхъ, однако, континентальныхъ кодексахъ начало одно. Вещи публичныя, назначенныя для пользованія всѣхъ, составляютъ *собственность* государства, а государство *предоставляетъ* пользованіе ими отдѣльнымъ лицамъ. Посему въ случаяхъ, гдѣ такому пользованію было бы неправильно положено препятствіе, для устраненія его нужно дѣйствіе административныхъ органовъ, а не частный искъ. Конструкція совершенно консеквентна, ибо пользованіе здѣсь разсматривается только какъ *уступленное* собственникомъ, стало быть, производное отъ государства право, а не принадлежащее непосредственно каждому jure civitatis.

Вотъ разныя сочетанія публичнаго и частнаго съ преобладаніемъ того или другого элемента въ данномъ институтѣ въ разныхъ системахъ.

Легко демонстрировать измѣненіе, расширеніе, съуженіе области права частнаго, resp. публичнаго, въ разныя эпохи. Мы объ этомъ будемъ имѣть случай говорить. Укажемъ здѣсь на любопытный образецъ несвойственнаго никакой системѣ, допускающей обособленіе права публичнаго и частнаго, расширенія правъ частныхъ въ нашемъ остзейскомъ мѣстномъ кодексѣ. Въ число правъ част-

ныхъ, гражданскихъ, въ 1864 году, тамъ занесено исключительное право собственника прибережнаго участка земли на морской берегъ *), на самое море и притомъ безъ всякой обязанности частнаго владѣльца къ государству или къ обществу, соотвѣтствующей особенности этого права. Ст. 1029 говоритъ: „Въ Эстляндіи собственники имѣній, находящихся у морскихъ береговъ, не имѣютъ обязанности оставлять свободнымъ бичевникъ и въ правѣ пользоваться всѣмъ побережьемъ *неограниченно* и *исключительно*“. Ст. 1032 даетъ имъ же *исключительное* на протяженіи 3-хъ верстъ отъ берега моря право рыбной ловли **). Ничего подобнаго нѣтъ ни въ одномъ *цивильномъ* кодексѣ. Явленія такого рода могли имѣть мѣсто въ ту эпоху, когда собственникъ былъ въ то же время господиномъ, Landesherr'омъ, сеньоромъ, а не частнымъ лицомъ. Такое право частнаго лица (не пустить высадиться на берегу моря, какъ оно можетъ не пустить въ свою гостиную) не есть гражданское право, и систематическое мѣсто, данное этой статьѣ въ названномъ сводѣ, есть ошибочное. Если бы это не была ошибка ***), то мы въ правѣ были бы сказать, что стремленіе къ индивидуализму нигдѣ не достигало этого предѣла, что тамъ, въ Остзейскомъ краѣ, именно полюсъ индивидуализма, прямо противулежащій самымъ элементарнымъ условіямъ всякой общественности (ср. для римскаго права § 5 I. de rer. divis. 2, 1, гдѣ jure gentium берега моря предоставлены публичному пользованію).

Но и въ различныхъ сферахъ одного права русскаго возможно отмѣтить очень различное сочетаніе элементовъ публичнаго и частнаго права въ отдѣльныхъ институтахъ данной системы. Одинъ изъ нашихъ изслѣдователей, профессоръ Гамбаровъ, справедливо замѣтилъ, что въ X т. ч. I отсутствуетъ институтъ, носящій несомнѣнно ясно выразившійся характеръ соціально-приватный, именно negotiorum gestio, который находимъ въ правѣ римскомъ,—добровольное и безмездное веденіе дѣлъ въ чужомъ интересѣ. Нашъ

*) Ср. сейчасъ приведенную прусскую статью.

**) Подъ статьями сдѣлана ссылка на резолюцію эст. ген.-губ. и на обычай (чей?), признан. указами Прав. сената.

***) Утверждая это, мы вовсе не настаиваемъ, чтобъ и въ основаніи тутъ тоже была ошибка. Въ одномъ изъ недавнихъ кас. рѣш. (84 г., № 53) сенатъ указалъ намъ въ какихъ разсчетахъ заинтересованные давали иногда видъ частной собственности имуществамъ, вовсе таковой не представлявшимъ (стр. 263 указ. тома). Кто скажетъ, чтобъ и тутъ не было своего рода разсчета? Занести въ разрядъ правъ гражданскихъ указанное здѣсь право удобно по тому соображенію, что частныя права, при ихъ уничтоженіи, подлежатъ собственно выкупной операціи. Вотъ и тема — государство *выкупаетъ* морской берегъ и 3 версты моря у частнаго собственника! Историческую основу этого права составляетъ концессія мѣстнаго губернатора!

X т. первоначально выработанъ для примѣненія въ небольшомъ и въ *смыслѣ права частнаго* довольно разобщенномъ кругѣ лицъ. Тамъ мы найдемъ вообще болѣе развитую систему правъ вещныхъ, именно собственности, институтовъ обособляющихъ частные интересы, чѣмъ сферу права договорнаго, сервитутнаго, связующую вновь эти розные интересы собственниковъ. Спустимся въ другую сферу русскаго же права, гдѣ уцѣлѣли старыя бытовыя юридическія формы. Тамъ, можно сказать, все есть negotiorum gestio, тамъ преобладаніе соціальныхъ, а не индивидуальныхъ моментовъ въ правѣ.

Наконецъ, не только въ разныя эпохи, у разныхъ народовъ и въ разныхъ сферахъ, это сочетаніе и resp. раздѣленіе публичнаго и частнаго права фактически неодинаково, но есть въ жизни каждаго общества и въ явленіяхъ всякаго права *мгновенія*, преходящія условія, когда интересъ индивидуальный въ правѣ, особность людей сжимается до minimum'a. Возьмите въ правѣ римскомъ lex Rhodia de jactu, у англичанъ отмѣну Habeas corpus, на континентѣ осадное положеніе, и вы увидите, что тотъ интересъ *спасенія, на коемъ Ihering строитъ всю свою систему*, есть, въ эти минуты, рѣшающій все. Но отъ этихъ грозныхъ мгновеній, острыхъ кризисовъ, натурально, не слѣдуетъ заключать къ постояннымъ основамъ юридическаго быта...

Итакъ, на вопросъ, гдѣ частное, гдѣ публичное право, мы въ общемъ отвѣтимъ признаками одинаковыми для права римскаго и для нашего права. Въ отдѣльныхъ національныхъ, мѣстныхъ, временныхъ состояніяхъ права, въ разныхъ его институтахъ граница того и другого можетъ быть не на одномъ и томъ же мѣстѣ. Это вопросъ изслѣдованія фактовъ. „.. quum jus finitum et possit esse, et debeat, говоритъ Нерацій, facti interpretatio plerumque atiam prudentissimos fallat". (L. 2. D. de jur. et fact. ignor. 22. 6. *).

*) Вопросъ о вторженіи государства въ область пріобрѣтенныхъ правъ не касается различія понятій права публичнаго и приватнаго, ибо отнимая пріобрѣтенное право (jus quaesitum, wohlerwobenes Recht) у отдѣльнаго лица, государство этимъ самымъ какъ бы подтверждаетъ существованіе института, въ сферѣ дѣйствія котораго произведена экспропріація въ интересѣ общественномъ. Возможны, однако, случаи, гдѣ государственная власть направляетъ свою силу на уничтоженіе или на коренное видоизмѣненіе именно самаго института, служащаго основаніемъ пріобрѣтенныхъ правъ. Въ этихъ случаяхъ граница права частнаго несомнѣнно перемѣщается, и отношенія, до того носившія свойство правоотношеній гражданскихъ, уходятъ изъ этой области. Таково уничтоженіе актомъ государственной власти крѣпостной зависимости людей, устраненіе изъ сферы гражданскихъ правоотношеній понятія населеннаго имѣнія; таково же упраздненіе Положеніемъ 1886-го іюня 9-го поземельнаго устройства сельскихъ вѣчныхъ чиншевиковъ; таково же Выс. утвержден. 14 дек. 1893 г

§ 4.

Право общее и особенное (мѣстное). — Количественное отношеніе юридич. нормъ того и другого рода.—А. Формальная сторона явленія.—Право общее и сходное.—В. Матеріальная сторона вопроса.—Мысли Пухты.—Условіе содѣйствующее количественному развитію нормъ общихъ.—Неодинаковая способность цивильныхъ институтовъ къ правообщенію.—I міръ античный, наблюденія подтверждающія указанную закономѣрность.—II міръ новый: 1) Франція, условія развитія правообщенія; 2) Германія, черты различія; 3) наблюденія въ области частнаго международнаго права.

Мы беремъ въ этомъ экскурсѣ за исходную точку данное выше понятіе права какъ нормы. Юридическія нормы, однако, при этомъ общемъ ихъ свойствѣ характеризуются, по указаннымъ сейчасъ признакамъ, какъ нормы публичнаго или частнаго права, какъ институты той или другой юридической категоріи. Но, далѣе, нормы того или другого права могутъ, въ ихъ примѣненіи, не утрачивая этихъ своихъ основныхъ свойствъ, обнимать или очень обширный кругъ отношеній, или очень тѣсный. Для каждой данной системы права это *количественное* измѣреніе имѣетъ несомнѣнную важность. То противуположеніе общаго и особеннаго, которое мы здѣсь будемъ разъяснять, имѣетъ именно этотъ смыслъ количественнаго, такъ сказать, анализа примѣняемыхъ въ жизни юридическихъ нормъ.

Вопросъ объ отношеніи права общаго и особеннаго, по свойствамъ юридическаго быта современной Германіи, привлекалъ

мнѣніе Госуд. Совѣта о мѣрахъ къ предупрежденію отчужденія крестьянскихъ надѣловъ Примѣровъ можно привести много.

Что касается собственно вторженія въ область пріобрѣтенныхъ правъ, то нѣтъ сомнѣнія, что кругъ случаевъ этого рода крайне расширяется нынѣ (см. указ. выше брошюру G. Meyer'a Der Staat u. die erworbenen Rechte). Очень много жертвъ приходится обществу нести нынѣ, особенно въ пользу защиты государства отъ опасности вооруженнаго вторженія въ чужую территорію массъ, какому подверглась Франція въ 70-мъ году.

Съ другой стороны, союзы публичнаго типа и само государство, наконецъ, въ современныхъ экономическихъ условіяхъ, становятся нерѣдко въ положеніе, очень стѣсненное притязаніями частно-правными, когда государственный бюджетъ обремененъ неномѣрными долгами, угрожающими государственнымъ банкротствомъ. Отношеніе такихъ частно-правныхъ притязаній къ союзамъ публичнаго типа занимаетъ давно юриспруденцію. Положеніе этого вопроса освѣщается въ послѣднее время работами Meili, Цюрихскаго профессора, въ извѣстной его публикаціи, появившейся въ 1885 г. въ Бернѣ подъ загл. „Rechtsgutachten u. Gesetzesvorchlag betref. die Schuldexecution gegen Gemeinden", также работой М Я. Герценштейна „Кредитъ для земствъ и городовъ, Москва. 1892 г.", наконецъ, въ текущемъ году, опять очень интересной работой того же Meili „Der Staatsbankerott und die moderne Rechtswissenschaft. Berlin 1895" (въ послѣднемъ трактатѣ точка зрѣнія права международнаго).

къ себѣ очень дѣятельное вниманіе нѣмецкихъ ученыхъ. Для насъ онъ имѣетъ самое серьезное значеніе, хотя наши юристы очень мало его разрабатывали. Судьба этого очень живого вопроса у нѣмцевъ въ текущемъ столѣтіи такая же измѣнчивая, какъ и другихъ, частью уже выше уясненныхъ нами, проблемъ нѣмецкой юриспруденціи. Долгое время обиліе партикуляризмовъ въ правѣ на нѣмецкой почвѣ разсматривалось юристами какъ черта національнаго характера, какъ особый видъ богатства формъ, составляющій своего рода достоинство нѣмецкаго національнаго генія. Стремленіе къ униформитету въ правѣ находило друзей, но и враговъ. Примиренія противурѣчивыхъ мнѣній искали въ спокойномъ научномъ изслѣдованіи причинъ этого партикуляризма, часто случайныхъ, несущественныхъ, преходящихъ. Такъ стояло дѣло до поднявшейся бури въ юриспруденціи. Въ теперешней, текущей литературѣ, особенно въ литературной дѣятельности семидесятыхъ годовъ, ученыя мнѣнія измѣняются съ поразительной скоростью. Стремленіе къ униформированію права становится господствующей страстью (Sehnsucht). Бредъ объединеннаго цѣною какихъ угодно жертвъ права, торжество единства надъ старымъ „богатствомъ“ формъ оттѣсняетъ совершенно на задній планъ всѣ иныя мнѣнія. Люди самые серьезные ни минуты не смущаются заявлять, безъ всякихъ ученыхъ аргументацій, что прежде было такъ, а теперь должно стать иначе. Прежде норма партикулярная вытѣсняла норму общую, теперь норма общая должна вытѣснять партикуляризмы, чего бы то ни стоило.

Натурально, эти страсти представляютъ собою совершенно локальный интересъ, и для насъ много любопытнѣе этихъ явленій — спокойное научное разъясненіе вопросовъ, какое имѣло мѣсто у писателей менѣе пылкихъ и въ менѣе тревожное время. Такими, по данному предмету, можно считать Gerber'a, въ очень извѣстной его работѣ Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Priv. Rechts. Eine germanistische Abhandlung. Іена, 1846 г., и Брунса, котораго двѣ статьи, въ свое время помѣщенныя въ разныхъ мѣстахъ (въ Энциклоп. Erscher u. Gruber и въ Jahrb. d. Gegenwart, 43 г.), нынѣ перепечатаны въ его Kleinere Schriften, т. 1 *).

Противуположеніе понятій общаго и особеннаго права имѣетъ не одинъ смыслъ. Изъ чтеній по римскому праву вамъ извѣстно,

*) Подробныя литературн. указанія см. въ любомъ обширномъ учебникѣ пандектнаго или германскаго права. Теперь см. еще указан. выше ст. Schwarz'a.

что *jus commune* или ratio juris допускаетъ отступленія, они будутъ нормами права, но по строенію болѣе узкими, идущими contra rationem juris (всѣ могутъ ручаться за другихъ... но женщины, по особымъ соображеніямъ, способны инвалидировать свои поручительства,—SC. Vellejanum)—это *jus singulare*. Вы знаете тоже примѣненіе понятій jus generale и speciale. Не объ этихъ противуположеніяхъ здѣсь будетъ рѣчь.

Здѣсь смыслъ общаго и особеннаго права соотвѣтствуетъ римскимъ (хотя и не очень выдержаннымъ) терминамъ—*jus universale* и *particulare*. Это расчлененіе главнѣйшимъ образомъ *территоріальное*. Съ нимъ часто совпадаетъ противуположеніе особаго права отдѣльныхъ народовъ и общаго права людей, jus proprium populorum и jus commune omnium hominum. Первое будетъ здѣсь именоваться jus particulare, второе—jus universale (тоже commune) *).

Понятно, что тутъ мы не имѣемъ въ виду никакихъ абсолютныхъ количественныхъ измѣреній. Мы называемъ общими и особыми тѣ или другія нормы—одну въ отношеніи къ другой, причемъ jus universale или commune omnium hominum принимаются не въ смыслѣ права, какимъ оно должно быть для всѣхъ людей (право естественное), а въ смыслѣ историческихъ формъ права общаго или права универсальнаго. Въ этомъ смыслѣ и въ этомъ примѣненіи *понятія* права общаго и партикуляризма, *развитіе* явленій общности и партикуляризмовъ наблюдается нами:

А) въ каждую данную эпоху, въ дѣйствующихъ одновременно нормахъ, и

В) въ процессѣ историческомъ, въ смѣнѣ явленій послѣдовательныхъ во времени.

Наблюденія того и другого рода одинаково имѣютъ для насъ цѣну, чтобы точно охарактеризовать дѣйствующую въ извѣстной области систему права, а точно также и для того, чтобы опредѣлить направленіе развивающагося права въ ту или другую сторону, въ сторону партикуляризмовъ или общности, стремленіе институтовъ того или другого свойства, того или другого содержанія, къ универсальности или обратно, чтобы объяснить себѣ, наконецъ, способность цѣлыхъ системъ юридическихъ стать могучимъ рычагомъ правообщенія въ такихъ историческихъ условіяхъ, гдѣ иначе количественное преобладаніе партикуляризмовъ было бы подавляющимъ.

Вотъ наша задача въ этомъ очеркѣ. Итакъ:

---

*) Подробно у Брунса Klein Schrift, т. 4, стр. 22.

А) что мы называемъ правомъ общимъ и партикуляризмомъ внѣ историческихъ процессовъ, въ наличной дѣйствующей системѣ институтовъ?

Чтобы имѣть это понятіе, намъ необходима опредѣленная область примѣненія нормъ. Если въ цѣлой области примѣненія основу обязательности нормъ составляетъ единая законодательная власть или общее сознаніе необходимости ихъ примѣненія, то это будетъ общее легальное или общее обычное право этой области. Для наличности общей нормы необходимъ, стало быть, общій *источникъ права*, а свойство общности опредѣляется областью примѣненія этой нормы. Если ей подчинена вся область, то это будетъ jus universale. Какъ организована законодательная власть, есть ли ея органъ народное собраніе или личный, —это не составляетъ разницы. Рядомъ съ этимъ возможно существованіе партикуляризмовъ въ той же области, т.-е. нормъ, примѣнимыхъ только въ отдѣльныхъ частяхъ ея. Образованіе ихъ происходитъ двоякимъ путемъ: или такъ, что отдѣльныя части рядомъ съ общимъ источникомъ права имѣютъ свои источники, т.-е. мѣстную автономію или мѣстные обычаи, или такъ, что одна и та же власть служитъ для образованія и нормъ общихъ и нормъ особенныхъ; возможно, наконецъ, что въ нѣкоторыхъ областяхъ рядомъ съ закономъ и обычаемъ дѣйствуетъ еще и юриспруденція какъ постоянный органъ правообразованія.

Едва-ли возможно въ сколько нибудь обширной области примѣненія нормъ отсутствіе партикуляризмовъ въ этомъ смыслѣ. Вопросъ, однако, для характеристики права не въ томъ, есть ли они, *а въ количественномъ ихъ отношеніи къ элементамъ права общаго и въ томъ, какой нормѣ*, общей или особенной, при ихъ столкновеніи, *судъ обязанъ дать предпочтительное примѣненіе къ случаю.* Пухта такъ освѣщаетъ это противуположеніе. Партикуляристъ говоритъ: Ich bin Berliner, kein Preusse, ausgenommen wo in meinem berliner Leben eine Lücke ist. Ступенью выше: ich bin ein Preusse und nur in subsidium, wo ich nicht anders kann, ein Deutscher. Отношеніе, однако, можетъ быть и обратное, т.-е. не партикуляризмъ есть господствующая черта въ правѣ, а универсализмъ. Въ данномъ примѣрѣ: я нѣмецъ и этимъ все сказано, я слѣдую общему германскому кодексу, и лишь въ немногихъ, дополняющихъ общія наши права особенностяхъ, я подчиняюсь и нѣкоторымъ мѣстнымъ нормамъ.

Если до успѣховъ Германіи въ 70-хъ годахъ нѣмецкое право можно было характеризовать преобладаніемъ партикуляризмовъ, то послѣ этихъ успѣховъ оно должно быть характеризовано прямо

противуположнымъ доминирующимъ стремленіемъ къ общности, къ универсализму въ предѣлахъ имперской территоріи.

Совершенно *въ духѣ стараго нѣмецкаго партикуляризма* составленъ Остзейскій сводъ ч. III. Впереди идутъ особенности, партикуляризмы, часто крайне мелкіе, общее право цѣлой губерніи только in subsidium. Въ городахъ Курляндіи общее земское право Курляндской губерніи примѣняется лишь in subsidium, когда случаи не могутъ быть рѣшены на основаніи особенныхъ узаконеній (Введеніе, VI; то же и въ другихъ „территоріяхъ“, напр. IX, X). Лишь въ томъ случаѣ, когда ни особенное, ни вспомогательное право не рѣшаютъ вопроса, *принимаются въ соображеніе* общія гражданскія узаконенія (XIII). Не надо, однако, думать, что тутъ слово *общія* означаетъ общія для всей Россіи, нѣтъ, это общія для всѣхъ „территорій“ Остзейскаго края нормы (XIV). Что же касается общаго права въ этомъ предположенномъ нами смыслѣ, то его вовсе нѣтъ въ Св. Гражд. узаконен. губерній Остзейскихъ, и законы русскіе стоятъ, какъ и въ чужихъ краяхъ дѣйствующія нормы, подъ рубрикой законовъ *постороннихъ* (XXVII и слѣд.).

Брунсъ рекомендуетъ различать — *какой* источникъ лежитъ въ основѣ нормъ, есть ли это право обычное или законъ. Надлежитъ прибавить еще — или юриспруденція. Въ формальномъ смыслѣ — это собственно все равно. Но если основой нормы служитъ законъ, то, натурально, въ минуту отторженія извѣстной области отъ общаго съ прежнимъ цѣлымъ легальнаго авторитета въ отторгнутой области исчезаетъ эта общность. Иначе тамъ, гдѣ общая норма имѣла источникомъ право обычное. Обычное право, при отторженіи, при раздробленіи территоріи на части, остается общимъ, какимъ оно было до того, и продолжаетъ связывать юридическимъ единствомъ территоріи государственныя, ставшія розными, также какъ ихъ связываетъ общая рѣчь, общее исповѣданіе и проч. *). Эта связь можетъ, въ формальномъ смыслѣ, моментально далеко уступить энергіи легальнаго авторитета; но, въ особенности для нѣкоторыхъ институтовъ, гдѣ право соприкасается съ нравами и вѣрованіями народа, она уступитъ только наружнымъ образомъ. Что сказать о вліяніи науки въ этой практической сферѣ? Оно никогда не даетъ себя чув-

*) Въ свое время нѣмцы были очень далеки отъ непрактичности, въ коей укоряютъ ихъ нынѣ (см. выше, стр. 39, примѣч.), когда съ особымъ расположеніемъ останавливались на правѣ обычномъ. Тогда иного источника общаго права не было, ибо и самая тѣнь имперской центральной власти была упразднена Наполеономъ первымъ.

ствовать такъ рѣшительно, съ такимъ внѣшне-обязательнымъ авторитетомъ, съ какимъ дѣйствуетъ непререкаемый императивъ закона; въ нормахъ юриспруденціи останется всегда много спорнаго, контроверзнаго... Но есть ли тутъ опасность разобщенія двухъ территорій, связанныхъ общими трудами мысли, событіемъ какой-нибудь битвы, какого-нибудь военнаго торжества, возможно ли тутъ забвеніе, потеря общности сознанія, какъ въ правѣ обычномъ? — Конечно, нѣтъ. Здѣсь, для области общихъ нормъ гражданскаго права въ особенности, мы увидимъ такую преемственность силы и такой размѣръ территоріи дѣйствія, какого никогда не зналъ никакой законъ и не въ силахъ создать никакой обычай.

Вотъ понятіе общаго и партикулярнаго права въ формальномъ смыслѣ, возможное количественное отношеніе нормъ того и другого права на одной территоріи дѣйствія и разныя критеріи для опредѣленія самыхъ территорій, смотря по различію источниковъ этихъ нормъ.

Брунсъ совѣтуетъ намъ строго различать понятіе права только *сходнаго съ другимъ* отъ понятія права общаго. Различеніе, дѣйствительно, существенно. Право двухъ обществъ можетъ оказаться сходнымъ, когда они не связаны ни закономъ, ни обычаемъ, ни преданіями и призваніемъ юриспруденціи. Это, допустимъ, двѣ народности, близкія по степени ихъ культуры (быть можетъ, очень невысокой) и выработавшія одинаковые институты. Это будетъ право сходное, одинаковое, но не „общее“ въ смыслѣ нами здѣсь принятомъ.

Для юриста это простой историческій фактъ.

Право будетъ тоже только сходнымъ, а не общимъ, когда одинъ народъ заимствуетъ у другого его нормы. Извѣстно, что французскій кодексъ реципированъ и удержался до сихъ поръ какъ дѣйствующій въ нѣкоторыхъ частяхъ Германіи и у насъ въ Царствѣ Польскомъ. Легко найти и другіе примѣры такихъ рецепцій, происходящихъ на нашихъ глазахъ. Какъ увидимъ позже, въ значительной мѣрѣ наши уставы гражданскаго судопроизводства 64 года и нѣмецкій Civilprocessordnung 77 года близки къ французскому Code de procédure civile. Брунсъ и въ этомъ явленіи не видитъ ничего кромѣ простого сходства, даже тождества, но отнюдь не общности. Это вѣрно *съ чисто формальной точки зрѣнія. Источникъ права* въ каждой данной области особый. Законъ, одно время тождественный по содержанію съ подлинникомъ, составлявшій простой его переводъ, можетъ въ дальнѣйшемъ примѣненіи уклониться отъ подлинника и въ отноше-

нiи его содержанiя. Но, однако, утверждая это для случая рецепцiи, мы собственно раздѣляемъ только матеріальную сторону закона, его содержаніе, отъ формальной. Въ извѣстныхъ случаяхъ, напр., съ французскимъ Code'омъ въ рейнскихъ провинціяхъ, законодатель только допускаетъ примѣненіе чужого, по содержанію, кодекса, не потому, однако, чтобъ это было въ его цѣляхъ, а потому, что иначе трудно поступить. Удобопримѣнимыя нормы реципированнаго права освоиваются отнюдь не менѣе прочнымъ и надежнымъ образомъ, чѣмъ право обычное. Это та сфера вліянія высшей культуры права на низшую, та *практическая сила юриспруденціи*, которую иногда думаютъ маскировать, но которой скрыть отъ глазъ нѣтъ возможности. Чтобъ эта сила стала практической, нерѣдко вовсе нѣтъ нужды и въ формальномъ допущеніи ея; достаточно только просто отсутствіе противодѣйствія. Совершенно основательно, что строгая точка зрѣнія юридическаго понятія „права общаго“ можетъ отказать намъ въ этомъ его расширеніи. Въ юридическую жизнь извѣстной территоріи, безъ авторитета власти, могутъ проникать только принципы юридическіе, а не императивы. Такъ думаютъ нынѣ многіе. Но не такъ смотрѣли юристы классической эпохи Non ex regula jus sumatur, говоритъ Юлій Павелъ, sed ex jure, quod est, regula fiat. И едва-ли будетъ основательно признать нашу точку зрѣнія на право болѣе возвышенной и правильной, чѣмъ эту римскую. За то мы очень охотно, много охотнѣе римлянъ, разобщаемъ право, дѣйствующія его нормы, отъ внутреннихъ, образующихъ его силъ и трактуемъ особо исторію права и догму, какъ будто само право есть исключительно приказъ, а историческіе процессы не движущая сила, а только комментарій къ приказу.

Установивъ эту чисто формальную точку зрѣнія на различіе правъ общаго и особеннаго, мы переходимъ къ

В. *матеріальной* сторонѣ вопроса, т.-е. мы возьмемъ въ дальнѣйшемъ *исторію* развитія этого противуположенія на западѣ.

Изученіе вопроса историческое имѣетъ для насъ тотъ смыслъ, что по различію явленій общности или партикуляризмовъ въ разныя эпохи, у разныхъ народовъ, въ различныхъ институтахъ, мы будемъ въ состояніи заключать о томъ, чѣмъ условливается образованіе права общаго, какъ проявляется оно, что содѣйствуетъ ему. Это для насъ несомнѣнно важно, ибо отъ наблюденій общаго историческаго характера мы можемъ затѣмъ перейти къ разъясненію тѣхъ же вопросовъ въ исторіи нашего права, и тутъ также отыскивать условія и причины образованія общности и партику-

ляризмовъ въ правѣ, объяснять себѣ преобладаніе нормъ того или другого рода въ настоящее время у насъ и указывать, аналогически, средство измѣненія этихъ количественныхъ отношеній въ ту или другую сторону.

Отъ знакомыхъ уже вамъ въ чтеніяхъ по исторіи римскаго и русскаго права явленій вы легко перейдете къ общей мысли, что въ исторіи права европейскихъ народовъ процессъ развитія идетъ отъ преобладанія нормъ партикулярныхъ къ количественному перевѣсу нормъ общаго права.

Пухта, одинъ изъ умнѣйшихъ нѣмецкихъ романистовъ текущаго столѣтія, извлекаетъ изъ наблюденій этого рода какъ бы общій законъ смѣны явленій въ исторіи права. Всякій народъ имѣетъ индивидуальность, отличающую его отъ другихъ, но у каждаго культурнаго народа можно замѣтить и наклонность, въ его воззрѣніяхъ и направленіяхъ, къ общему (родовому), и въ этомъ сказывается родство народовъ, какъ членовъ нѣкотораго высшаго цѣлаго. Въ этихъ мысляхъ Пухты сказывается въ обобщенномъ видѣ то самое положеніе, которое выражено у Гая въ его Институціяхъ, въ начальномъ параграфѣ 1-й книги. Это положеніе у Пухты развивается далѣе такъ: въ первое время, въ исторіи народа, это общее является только въ зародышѣ, скрытымъ, даже подавленнымъ чертами его особенностей; постепенно, съ успѣхами развитія, это общее образуется рядомъ съ особеннымъ. Эпоха, когда оба элемента приходятъ въ совершенное равновѣсіе, и есть эпоха истиннаго образованія (Bildung) народа. Съ народами,—продолжаетъ Пухта, — здѣсь то же, что съ отдѣльными людьми. Мы находимъ необразованнымъ (ungebildet) человѣка, когда его индивидуальность выступаетъ грубо, рѣзко, исключительно. Истинная образованность лежитъ въ развитіи у отдѣльнаго человѣка началъ общихъ, связующихъ его съ другими, и только ложное направленіе ея подавляетъ индивидуальность. Возможно представить себѣ такую ложную образованность и у народовъ...

Въ исторіи права эта общая идея Пухты можетъ найти себѣ подтвержденіе не только въ цѣломъ, но и въ частныхъ явленіяхъ, и, по современному состоянію знаній, мы можемъ прослѣдить ее не только въ цѣлой исторіи права, но и въ исторіи отдѣльныхъ юридическихъ институтовъ.

Мы выше видѣли, что особенность европейской культуры права состоитъ въ томъ, что нормы права частнаго въ немъ обособляются отъ нормъ права публичнаго. Этотъ постоянный историческій процессъ обособленія тѣхъ и другихъ нормъ находится

въ тѣснѣйшей связи съ тѣмъ, который мы разсматриваемъ здѣсь. Явленіе крайне любопытное. По мѣрѣ того какъ опредѣляется свойство нормъ какъ частныхъ или публичныхъ, въ правѣ частномъ измѣняется количественное отношеніе право общаго къ партикуляризмамъ. *Партикуляризмы обильны тамъ, гдѣ права публичное и частное слиты*, обѣ сферы не обособлены, наоборотъ, *гдѣ происходитъ это обособленіе*, тамъ въ правѣ частномъ партикуляризмовъ становится все меньше, а *нормы права общаго становятся все обильнѣе.*

Это *первое*, очень существенное явленіе, на которомъ намъ слѣдуетъ здѣсь остановить вниманіе.

Другое наблюденіе, которое тоже легко сдѣлать, состоитъ въ томъ, что *не во всѣхъ институтахъ права частнаго съ одинаковою скоростью развивается это количественное преобладаніе элементовъ общихъ* надъ партикуляризмами. Въ иныхъ институтахъ партикуляризмы держатся упорнѣе и дольше, въ другихъ они уступаютъ легче и раньше началамъ общности.

Мы возьмемъ сначала первое явленіе, и именно, сперва для античнаго, потомъ для новаго западно-европейскаго права *).

I. Мы видѣли выше, что въ мірѣ эллинскомъ не образовалось того обособленія областей публичнаго и частнаго права, которое составляетъ характерную черту римской цивилизаціи. Начала институтовъ приватнаго права тамъ тѣсно связаны съ исторіей разныхъ племенъ, городовъ и территорій. Въ этихъ разнородныхъ началахъ возможно раскрыть начала *правъ сходныхъ*, но это не будетъ *право общее* въ принятомъ нами смыслѣ. Нѣтъ обособленнаго отъ права публичнаго права частнаго у грековъ: нѣтъ, и связь этихъ явленій есть несомнѣнно тѣсная, и общегреческаго права.

Совершенно иное въ исторіи Рима. Съ той ранней поры, отъ которой намъ приходятъ извѣстія объ обособленіи началъ права отъ другихъ сферъ нравственной жизни римскаго общества (религіи, нравовъ), съ эпохи XII табл., мы уже видимъ двоякій характеръ юридическихъ нормъ, составляющихъ или jus publicum, или jus privatum, и съ этой же ранней поры образуются тамъ начала права *общаго*. Свойство общности заключается въ томъ, что дѣйствію нормъ подлежатъ всѣ граждане. Старая римская система juris civilis есть система нормъ исключительныхъ, только для гражданъ существующихъ; но въ этомъ кругѣ эта

*) На этомъ явленіи въ особенности останавливается Брунсъ въ указанной статьѣ, хотя онъ не ставитъ его въ тѣсную связь съ противуположеніемъ права публичнаго и частнаго.

система есть общая, она не знаетъ ни племенъ, ни классовъ, ни территорій, допускавшихъ какой бы то ни было партикуляризмъ нормъ. Тенденція обобщенія, генерализующая все, необычайно рано и крайне сильно выразилась во всѣхъ чертахъ римской цивильной системы.

Законы XII таблицъ, опредѣлившіе обособленіе правъ частнаго и публичнаго, стали такимъ образомъ источникомъ не только права общаго, но и права равнаго для всѣхъ гражданъ.

Съ тѣхъ поръ какъ рядомъ съ этой системой общаго національнаго права образуется, медленнымъ путемъ, новая сфера дѣйствія юридическихъ нормъ, включающая и гражданъ, и перегриновъ, преобладаніе началъ *общаго права* и въ этой новой системѣ супранаціональныхъ институтовъ удерживается. Нормы права цивильнаго остаются общими въ кругу гражданъ, но рядомъ съ этимъ, и для той же области цивильныхъ институтовъ, образуется, изъ новыхъ элементовъ, иная сфера институтовъ, обнимающая въ своемъ примѣненіи своихъ и чужихъ. Это знакомое вамъ явленіе системы институтовъ juris gentium. Система цивильная продолжаетъ жить и развиваться, но какъ нѣкотораго рода національная особенность, недоступная чужимъ людямъ, историческая исключительность римскаго гражданства, историческій его партикуляризмъ, никого, однако, не стѣсняющій и свободно уживающійся съ новообразованными институтами другого характера, какъ у насъ свободно уживаются въ одномъ и томъ же правѣ нормы гражданскія общія и особыя для торговаго права. Что представляла собою эта новая система институтовъ juris gentium—здѣсь не мѣсто разъяснять, и вы найдете отвѣтъ на этотъ вопросъ въ вашихъ курсахъ римскаго права. Не подлежитъ сомнѣнію, что она постепенно обняла весь тотъ же кругъ особыхъ отъ права публичнаго институтовъ права гражданскаго, какъ и старая система, и долгое время сосуществовала со старой системой. Объ этомъ явленіи двойственности въ правѣ, сочетанія институтовъ національнаго происхожденія и общенародныхъ, и говоритъ Пухта въ указанномъ выше мѣстѣ, слѣдуя за Гаемъ. Для насъ здѣсь важно, однако, не то обстоятельство только, что сфера примѣненія институтовъ juris gentium стала неизмѣримо шире прежней сферы примѣненія институтовъ національнаго происхожденія. Мы обращаемъ вниманіе въ особенности на то, что и въ системѣ juris gentium преобладаніе началъ права общаго надъ партикуляризмами составляетъ такую же несомнѣнную и характерную черту, какъ и въ системѣ цивильной. По-видимому, здѣсь въ особенности трудно было достигнуть этихъ

результатовъ, ибо источники образованія институтовъ juris gentium неизмѣримо разнообразнѣе источниковъ старой системы, сфера примѣненія ихъ необъятна; и не менѣе того нѣтъ сомнѣнія, что и здѣсь, также какъ прежде, начала права общаго суть рѣшительно преобладающія надъ партикуляризмами.

Чѣмъ объяснить себѣ это, какъ не той же, разъ, въ старыхъ условіяхъ, опредѣлившейся *особностью институтовъ права публичнаго и частнаго*, гарантіей цивильной свободы, отдѣльно взятой, которую давалъ Римъ, независимо отъ политическихъ судебъ, обширнымъ и все расширявшимся кругамъ гражданъ? Нельзя, при этомъ, отнюдь сказать, чтобъ мѣстные институты и партикуляризмы вытѣснялись вовсе и пропадали безслѣдно въ этой тенденціи римскаго универсализма. Наоборотъ, система juris gentium адоптировала массу институтовъ мѣстнаго происхожденія (напр. греческаго), но всегда обособляя въ нихъ чисто цивильныя начала и включая ихъ, вмѣстѣ съ этимъ, въ систему нормъ общаго права. Въ императорскую эпоху расширеніе права гражданства на все свободное населеніе дало въ результатѣ почти совершенное объединеніе права на всемъ пространствѣ имперіи. Институты партикулярные нигдѣ не обработывались и нигдѣ не способны были удержать самостоятельность при столкновеніи съ превозмогающимъ достоинствомъ юриспруденціи общаго права, императорской юрисдикціи и законодательства. Къ тому же, повсюду право города Рима примѣнялось in subsidium, и партикулярные обычаи и статуты нигдѣ не могли пріобрѣсти силы противодѣйствующей общему закону *).

Вотъ практическія послѣдствія, которыя имѣло, для вопроса о количественномъ соотношеніи нормъ права общаго и партикулярнаго, опредѣлившееся въ исторіи Рима, обособленіе системы публичнаго и частнаго права.

Мы видѣли такимъ образомъ преемство системъ права частнаго, національнаго и общенароднаго. Но, на ряду съ этимъ, для насъ отнюдь не менѣе важно замѣтить *нѣкоторыя особенности этого преемства* въ частности, *въ отдѣльныхъ институтахъ* гражданскаго права.

Далеко не всѣ институты права частнаго способны съ одинаковой скоростью пріобрѣтать свойства общихъ. Характеристика ихъ съ этой стороны крайне любопытна. Этотъ процессъ образованія институтовъ общаго права мы увидимъ не разъ въ исторіи. Но, опять, нигдѣ онъ не выразился въ такихъ простыхъ и

*) Ср. ст. Брунса, стр. 35.

рельефныхъ формахъ, какъ въ исторіи римскаго гражданскаго права. Замѣтьте прежде всего, что въ сферѣ права приватнаго, гдѣ иски, защита права предоставлена усмотрѣнію частнаго лица, способы процедированія для этой цѣли опредѣляются много ранѣе нормъ матеріальнаго права. Въ половинѣ VII в. ad urbe condita никто изъ юристовъ римскихъ не сказалъ бы не только что такое jus gentium въ цѣломъ, но опредѣленнымъ образомъ едва-ли въ ту пору можно было представить себѣ черты хотя одного института общенароднаго права, между тѣмъ, процессъ формулярный уже вытѣснялъ старыя legis actiones.

Иски гражданскіе, средство утвержденія и огражденія частныхъ притязаній, идутъ впередъ, предшествуютъ развитію новыхъ нормъ, институтовъ новаго типа, новой сисимы juris gentium.

Съ этимъ историческимъ предшествіемъ образованія процессуальныхъ формъ выработкѣ матеріальнаго права, т.-е. самаго содержанія гражданскихъ институтовъ, мы встрѣтимся не разъ впослѣдствіи.

Далѣе, въ ряду собственно гражданскихъ институтовъ, исторія римскаго права даетъ намъ тоже какъ бы общую схему постепеннаго и неодинаковаго для разныхъ институтовъ образованія началъ права общаго на счетъ партикуляризмовъ.

Здѣсь возможно установить такую скàлу. Раньше другихъ элементы права общаго берутъ верхъ надъ партикуляризмами въ кругѣ институтовъ чисто имущественнаго типа, при томъ тѣхъ именно, коими опредѣляется commercium inter vivos. И такъ, jus commercii предшествуетъ въ этомъ смыслѣ другой сферѣ цивильныхъ институтовъ, составляющихъ jus connubii. Въ институтахъ оборотнаго права общими раньше становятся нормы, опредѣляющія оборотъ между живыми. Въ этомъ кругѣ въ свою очередь оборотъ съ объектами имущества движимаго, собственно товаромъ, прогрессивнѣе, въ смыслѣ общности нормъ, чѣмъ оборотъ съ недвижимостями. Наконецъ, обязательства прежде входятъ въ сферу общаго права, чѣмъ, говоря вообще, институты права вещнаго. Въ высокой степени вѣроятно, что самый переходъ отъ стараго способа процедировать (legis actio) къ новому (формулы) совершился путемъ предшествующаго обособленія формъ договорнаго обязательства отъ прежняго господствующаго типа вещныхъ юридическихъ отношеній *). Внутри системы обязательствъ не-

*) Эту мысль въ особенности поддерживаетъ Эмиль Кунце (condemnatio pecuniaria). Чтобъ ознакомиться съ этой идеей и многими другими важными работами этого первокласнаго юриста, путеводнымъ сочиненіемъ можетъ служить недавно появившійся, позднѣйшій его трактатъ: Die Obligationen im rö-

сомнѣнно есть своя скала большей и меньшей способности той или другой формы стать общею. Старое nexum исчезло очень рано, также раньше другихъ вышелъ изъ практики литеральный контрактъ. Чѣмъ больше обрядности въ установленіи договорной сдѣлки, чѣмъ сильнѣе на ней локальный колоритъ, тѣмъ менѣе способна она служить цѣлямъ общей системы договорнаго права. Наоборотъ, форма контракта verbis и въ особенности безформенный консензуальный контрактъ, могущій совершаться между отсутствующими и связывать ихъ узами обязательствъ, открываетъ собою самый широкій просторъ цивильнаго правообщенія.

Восходя по этой скалѣ, которая, несомнѣнно, можетъ быть гораздо болѣе развита и разработана, чѣмъ мы это дѣлаемъ здѣсь, мы уясняемъ себѣ, какимъ путемъ шло въ римскомъ правѣ медленное и постоянное образованіе элементовъ общаго права насчетъ партикуляризмовъ, при чемъ количественное преобладаніе нормъ общихъ въ томъ или другомъ институтѣ или въ томъ или другомъ комплексѣ ихъ становилось вмѣстѣ съ временемъ все болѣе и болѣе рѣшительнымъ.

Вамъ извѣстны факты, свидѣтельствующіе о болѣе позднемъ правообщеніи въ сферѣ juris connubii, чѣмъ въ институтахъ чисто имущественныхъ. Основаніе совершенно понятно. Jus connubii никогда не есть *въ такой мѣрѣ чисто привитная сфера*, какъ jus commerii. Тамъ всегда и вездѣ сила обряда, культа, національныхъ нравовъ будетъ давать институту характеръ партикулярный. Такъ въ бракѣ, такъ въ отцовской власти. Съ этимъ институтомъ всегда будетъ въ извѣстной гармоніи понятіе родственной близости людей и институты права наслѣдованія.

Чѣмъ яснѣе и проще чисто приватный характеръ нормы, тѣмъ раньше она пріобрѣтетъ силу нормы права общаго. Ни въ одной исторически данной системѣ права этотъ приватный характеръ нормъ не выработанъ такъ окончено, какъ въ римской, и нигдѣ элементъ права общаго не восторжествовалъ такъ рѣшительно надъ партикуляризмами, какъ тамъ.

Въ нѣкоторыхъ институтахъ партикуляризмы удержались до поздней эпохи классической юриспруденціи, и слѣды ихъ указываетъ, въ приведенной выше статьѣ, Брунсъ, пользуясь свидѣ-

---

mischen und heutigen Recht u. das jus extraordinarium der römischen Kaiserzeit. Leipzig. 1886.

Здѣсь Кунце широко развиваетъ уже прежде выраженныя имъ идеи о процессѣ обособленія обязательствъ и послѣдующемъ расширеніи этой формы на почвѣ права вещнаго, семейнаго, наслѣдственнаго, уголовнаго, публичнаго и проч.

тельствами Гая и Ульпіана *). Но чего касаются эти партикуляризмы? Семейнаго права, опеки, наслѣдованія. Общаго тестамента, testamentum juris gentium, вовсе не было.

Въ юстиніановской кодификаціи торжество началъ общенароднаго права надъ особымъ, національнымъ, или, какъ это выражаетъ всего чаще самъ кодификаторъ, примиреніе и объединеніе того и другого, есть для міра античнаго завершившееся.

Вотъ явленія римскаго права, которыя исторически освѣщаютъ намъ понятіе права общаго и партикулярнаго и количественное взаимоотношеніе нормъ того и другого рода въ разное время.

Для насъ ясно, что *матеріальное содержаніе института не безразлично въ вопросѣ о его способности образовать норму общаго права.* Въ извѣстной сферѣ отношеній общность защиты приватныхъ интересовъ образуется раньше, чѣмъ право успѣваетъ пріобрѣсти характеръ вполнѣ выработанной юридической нормы. Объективная норма, обычай, законъ, составляютъ позднѣйшія фазы въ развитіи права. Защита отношеній получаетъ характеръ защиты юридической сначала въ конкретныхъ случаяхъ, какъ въ преторской юрисдикціи, въ видѣ гипотетическаго приказа судьямъ, выражаемаго въ формулѣ. Эта невидная, условная, несовершенная защита есть зародышъ послѣдующаго развитія нормъ, первоначально тоже условныхъ, временныхъ и лишь позже пріобрѣтающихъ свойство постоянныхъ руководящихъ практикой суда правоположеній. Нигдѣ нельзя лучше наблюдать весь этотъ процессъ образованія нормы какъ въ правѣ римскомъ, особенно въ исторіи формулярнаго процесса и преторскаго эдикта.

II. Переходимъ къ образованію того-же противоположенія (права общаго и партикулярнаго) въ *новое время.*

Трудность задачи условливается здѣсь тѣмъ, что *общей исторіи европейскаго гражданскаго права мы не имѣемъ.* Современные историческіе труды представляютъ обиліе работъ частнаго, въ томъ или другомъ смыслѣ, характера и не даютъ вовсе ничего цѣльнаго для такого же разумѣнія историческихъ процессовъ на новой почвѣ, какое мы имѣемъ для исторіи гражданскаго права римскаго. Это условливается, натурально, прежде всего свойствомъ самыхъ явленій въ политической и юридической исторіи новаго времени. Здѣсь эти явленія носятъ несравненно

*) См. стр. 35 въ Klein Schr. Гай, I. §§ 92, 189. 193. 197, 198, III, §§ 96, 120, 134. Ulp. XX, 14. Другіе примѣры у Walter Rom. Rechtsgesch. Bd. 1 § 295, Note 46 (3 изд. § 312. Note 46).

болѣе пестрый, различный по мѣсту, по кругу лицъ, племени, состоянію, профессіи, характеръ. Въ виду этого понятно, что мы найдемъ въ европейской литературѣ массу литературнаго матеріала для исторіи права отдѣльныхъ государствъ, тѣхъ или другихъ исповѣдныхъ группъ, отдѣльныхъ классовъ лицъ, для исторіи права феодальнаго, торговаго, крестьянскаго, для исторіи права, различнаго по различію его источника, въ мѣстномъ или общемъ обычаѣ, въ нормахъ каноническихъ, свѣтскихъ, законодательныхъ, далѣе для исторіи права своего, для данной области или для даннаго круга лицъ и для исторіи заимствованнаго римскаго права. Литературная разработка такихъ отдѣльныхъ матерій идетъ часто въ совершенно спеціальныя проблемы. Такого рода частныя изысканія должны необходимо предшествовать всякимъ обобщеніямъ. Задачу нашу въ этомъ обозрѣніи составляютъ, однако, не отдѣльныя явленія въ исторіи европейскаго права, съ коими мы будемъ часто встрѣчаться позже, при изученіи особыхъ его институтовъ.

Здѣсь мы имѣемъ въ виду прослѣдить на новой почвѣ тотъ же процессъ развитія общности и партикуляризмовъ въ правѣ гражданскомъ, какой занималъ насъ выше по отношенію къ праву римскому. Для этихъ цѣлей намъ достаточно взять нѣкоторые, такъ сказать, симптоматическіе признаки развитія права въ главнѣйшихъ западныхъ государствахъ и засимъ дать очеркъ исторіи рецепціи права римскаго на Западѣ. Сдѣлать то и другое намъ необходимо возможно кратко. Въ результатѣ мы получимъ не только надлежащее разумѣніе очень существеннаго вопроса историческаго характера, но и пониманіе состава современныхъ европейскихъ кодексовъ гражданскаго права и вѣрный критерій для оцѣнки ихъ значенія не локальнаго только, а общаго.

И такъ, возможно-ли ожидать *въ раннюю пору* новоевропейской исторіи признаковъ образованія началъ общаго права въ томъ смыслѣ, который мы давали этому понятію выше?

На этотъ вопросъ мы отвѣчаемъ отрицательно, принимая при этомъ во вниманіе, что судьбы различныхъ западныхъ государствъ далеко не одинаковы въ этомъ отношеніи.

Черта сходная, опредѣляющая состояніе права у многихъ народовъ, входившихъ въ составъ франкской монархіи, есть въ высшей степени неблагопріятная для образованія началъ права общаго. Это та черта, которую современные историки (Савиньи, въ Исторіи римскаго права въ средніе вѣка; Эйхгорнъ, въ Deutsche Staats u. Rechts-Geschichte) обозначаютъ наименова-

ніемъ системы *личныхъ правъ*. Всякій свободный, принадлежавшій по своему происхожденію къ одному изъ народныхъ племенъ, составлявшихъ франкскую монархію, жилъ по этому своему племенному праву и судился не между своими только, но и у другихъ племенъ, по особымъ, лично связаннымъ съ нимъ по его рожденію нормамъ. Это племенное, *свое* право онъ несъ всюду съ собою. Натурально, ничто не сообщается такъ трудно чужеродцу, какъ это право, по существу своему связанное съ происхожденіемъ лица въ извѣстномъ племени. Если люди разныхъ племенъ сходились, чтобы совершить юридическую сдѣлку, то каждый изъ нихъ слѣдовалъ своему закону, приводилъ съ собою свидѣтелей своего племени.

Общеніе въ области права совершалось крайне трудно. Мы не ошибемся, заключая, что культурная ступень права, въ этихъ условіяхъ, въ новое время, стоитъ ниже той, съ которою для насъ открывается исторія права римскаго. Право германское (новое), въ смыслѣ общности его нормъ, въ эту пору, не достигло тѣхъ результатовъ, которые мы наблюдаемъ на зарѣ исторіи римской. Извѣстно, что это начало личное примѣняется у новыхъ народовъ не только къ людямъ извѣстнаго племени, но и къ римлянамъ и къ лицамъ, принадлежащимъ къ составу клира. Также какъ франкъ салическій живетъ по закону своего племени (lege salica vivit), также и римлянинъ знаетъ только свой законъ, и лицо духовное живетъ по особому, тоже личному для него, хотя внѣ-племенному праву, ecclesia vivit lege romana. Послѣднее начало (для клира) удерживается далеко позже господства этой системы права, опредѣляемой собственно принципомъ *происхожденія* (origo) лица въ составѣ племени или народа.

Смыслъ этой тѣсной связи лица съ союзомъ, къ коему оно принадлежитъ, для исторіи юридическаго сознанія вовсе не есть скоропреходящій. Это сознаніе нормъ юридическихъ какъ *своихъ*, тѣсно связанныхъ съ лицомъ (quemlibet *sua* lege vivere), есть глубоко проникающее ту эпоху и оставившее свой слѣдъ на послѣдующемъ праворазвитіи. Право и послѣ сознается въ европейскомъ обществѣ какъ принадлежность лица, какъ свойственное лицу состояніе, хотя сознаніе это не связано такъ тѣсно съ вопросомъ о происхожденіи въ извѣстномъ племени. Эта фаза *субъективно сознаваемаго права* есть существенная, важная въ его исторіи, и совершенно противорѣчащая тѣмъ ученіямъ, которыя видятъ въ правѣ извнѣ данную норму, стѣсненіе лица, независимое отъ его воли, навязанное ему позитивнымъ образомъ.

Что касается обособленія сферы права публичнаго и част-

наго въ этихъ условіяхъ и въ эту эпоху, то оно замѣтно въ содержаніи нормъ, и къ этой эпохѣ историки сводятъ возникновеніе нѣкоторыхъ важныхъ началъ гражданскихъ институтовъ новаго происхожденія, но примѣненіе этихъ нормъ, по свойству принадлежности ихъ только племени, тѣсно, условно, не свободно.

Повидимому, *въ опредѣлившихся позже условіяхъ полной осѣдлости племенъ на опредѣленныхъ территоріяхъ* лежало обстоятельство, благопріятствующее легчайшему образованію общности нормъ на этой территоріи. Для лицъ легче, доступнѣе стать въ постоянное отношеніе къ опредѣленному мѣсту жительства, чѣмъ войти въ связь съ племеннымъ составомъ населенія. Lex domicilii есть болѣе прогрессивный въ вопросѣ правообщенія, чѣмъ lex originis *). И мы видимъ дѣйствительно, что не одни франки живутъ по закону салическому, и источники знаютъ чужого, варвара, „hominem barbarum, qui Salica lege vivit". *Территоріальный принципъ* вступаетъ на мѣсто прежняго личнаго. Но для успѣха развитія общаго права существенно ясно и рѣзко проведенное различіе публичнаго и частнаго права, какое мы видѣли въ правѣ римскомъ. Возможно-ли найти что либо подобное въ франкской монархіи? Брунсъ, въ приведенной выше статьѣ, указываетъ намъ „общіе" капитуляріи Карла В., обращенные ко всѣмъ народамъ, входящимъ въ составъ монархіи. Да, но какого они содержанія? Они касаются церковной дисциплины, уголовнаго права (именно, введенія тѣлесныхъ наказаній вмѣсто прежнихъ композицій) и заключаютъ въ себѣ начала леннаго права. Но тутъ „общность" взята въ чисто формальномъ смыслѣ, притомъ въ смыслѣ тѣсномъ, гдѣ источникъ нормы есть только законный, а не юридическій въ широкомъ смыслѣ, не обычное право, не наука, и гдѣ норма фиксируетъ не столько права лицъ, сколько отношенія власти къ подвластнымъ.

Мы не будемъ дальше слѣдить за развитіемъ общаго права во всѣхъ государствахъ Запада, какъ это дѣлаетъ Брунсъ, а возьмемъ лишь судьбу тѣхъ государствъ, образовавшихся изъ монархіи Карла Вел., коихъ исторія и современное состояніе права представляютъ *для насъ* болѣе близкій интересъ.

1) Начала права общаго, лежащія въ капитуляріяхъ, не раз-

*) Это наблюденіе легко сдѣлать и въ римскомъ и въ новомъ правѣ, ибо и тамъ, въ эпоху, слабо освѣщенную, донаціональную, племеннаго праворазвитія, тотъ, кто не входилъ въ составъ рода, былъ egens, изгой, безродный, и безправный, и напротивъ, не нужно имѣть родовыхъ связей, чтобъ стать правоспособнымъ въ системѣ juris civilis. національной, смѣнившей прежнюю.

вивались далѣе въ обособившейся, въ дальнѣйшихъ историческихъ судьбахъ, Франціи *). Сѣверныя части Франціи, гдѣ преобладало населеніе германскаго корня, слѣдовали главнымъ образомъ нормамъ обычнаго права; южныя,—гдѣ сосредоточивалось населеніе романское, держались права писаннаго. Это существенное для всей дальнѣйшей исторіи права этой страны дѣленіе территоріи на pays du droit coutumier и pays du droit écrit, близко совпадающее съ дѣленіемъ языка на langue d'oil (для сѣвера) и langue d'oc (для юга). На югѣ римское право стало территоріальнымъ jus commune. Дальше мы будемъ имѣть случай, въ исторіи рецепціи права римскаго, оцѣнить значеніе его для процесса развитія общаго права во Франціи. Наоборотъ, въ сѣверныхъ областяхъ, образованіе права, осложнившееся еще элементами нормандскими, разбилось временно на множество мѣстныхъ кутюмовъ.

Чтобъ наслѣдить здѣсь процессъ образованія общаго права насчетъ партикуляризмовъ надлежитъ принять во вниманіе: a) развитіе центральной государственной власти, b) вліяніе римскаго права **), c) разработку кутюмовъ, d) образованіе ordonnance'овъ.

a) По отношенію къ первому вопросу, собственно политическому, мы ограничимся слѣдующими замѣтками. Королевская власть въ эпоху феодализма представляетъ собою до крайности слабый органъ законодательной и судебной дѣятельности. Государемъ въ настоящемъ смыслѣ король былъ только въ предѣлахъ своихъ доменъ, а для цѣлаго королевства онъ составлялъ лишь вершину феодальной лѣстницы, былъ сюзереномъ богатаго и могущественнаго, нерѣдко болѣе чѣмъ онъ самъ, класса вассаловъ. Съ нимъ раздѣляли функціи настоящаго *территоріальнаго господства*, право войны, постройки крѣпостей, дарованія привилегій, иммунитетовъ, власть суда, не только его вассалы, но и духовные и свѣтскіе сеньоры, не связанные съ королемъ никакими узами. Если феодальная связь съ королемъ расширя-

*) Лучшее сочиненіе, коимъ удобно пользоваться для первоначальнаго ознакомленія съ исторіей франц. права, есть несомнѣнно теперь „Cours élémentaire d'histoire générale du droit Francais par Ginoulhiac. Paris. 1884". Мы обращаемъ особ. вниманіе на эту книгу, потому что автору хорошо извѣстны всѣ успѣхи разработки историч. задачъ для римск. и германск. права, которыя составляютъ заслугу нѣмецкихъ ученыхъ. Начавъ съ этой книги, можно идти далеко въ изученіи исторіи права. Обширный классич. трудъ по исторіи даетъ E. Glasson Histoire du droit et des institutions de France. Въ 1896 г. появился VII т. La féodalité (fin), Le droit civil.

**) Что касается каноническаго права, то его исторія, несомнѣнно, знакома вамъ много обширнѣе изъ спеціальныхъ чтеній, чѣмъ мы могли бы коснуться его здѣсь. Въ отдѣльныхъ пунктахъ мы будемъ его имѣть въ виду позже, частью въ очеркѣ рецепціи, частью въ обозрѣніяхъ отдѣльныхъ институтовъ.

лась впослѣдствіи, и это входило въ разсчетъ королей, то это расширеніе по существу феодализма не могло дать благопріятныхъ результатовъ для развитія общаго права. Глава феодальнаго союза не могъ стать помимо территоріальныхъ господъ въ непосредственное отношеніе къ населенію. Между королемъ и низшими классами удерживались въ этомъ режимѣ непроницаемые слои феодальной знати. Государства въ римскомъ и современномъ смыслѣ не существовало. Не было властной организаціи, которая способна оградить общими нормами и ихъ примѣненіемъ въ правосудіи интересы отдѣльныхъ лицъ, слабыхъ и сильныхъ одно по отношенію къ другому, но въ отдѣльности одинаково безсильныхъ въ отношеніи къ цѣлому. Примыкая къ землевладѣнію въ особенности, начало власти было столь же дробнымъ какъ и эта его база. На сѣверѣ Франціи въ особенности дѣйствовала презумція—nul terre sans seigneur, и всякій синьоръ считалъ себя въ правѣ faire des lois et des établissements. Результатомъ была несвободная, стѣсненная, хотя и огражденная въ то же время безчисленными мелкими союзными формами, личность и несвободное имущество. Территоріальный принципъ въ правѣ, вытѣснившій собою въ исторической чредѣ принципъ личныхъ или племенныхъ правъ, дѣйствовалъ въ этихъ условіяхъ подавляющимъ образомъ на общество, и выходъ изъ этой анархіи соперничающихъ сеньоровъ для національнаго развитія Франціи могла указать только сильно развившаяся королевская власть.

Монтескьё, въ спокойномъ созерцаніи историка, указываетъ на эти феодальные законы, ces lois qui ont fait des biens et des maux infinis, qui ont laissé des droits quand on a cédé le domaine, qui, en donnant à plusieurs personnes divers genres de seigneurie sur la même chose et sur les mêmes personnes, ont diminué le poids de la seigneurie entière, qui ont posé diverses limites dans des empires trop étendus, qui ont produit la régle avec une inclinaison à l'anarchie, et une anarchie avec une tendance à l'ordre et à l'harmonie.

Мы указали выше, какія средства содѣйствовали превращенію этого порядка въ общую національную систему цивильныхъ институтовъ современнаго французскаго права. Это королевская власть, *во-первыхъ*. Исторію ея развитія мы здѣсь оставляемъ въ сторонѣ. Обратимся къ другому содѣйствовавшему средству.

b) Это, *во-вторыхъ*, традиція римскаго права. Не надо представлять себѣ, что исторія французскаго права есть исторія двухъ совершенно обособленныхъ территорій, изъ коихъ въ одной дѣйствуютъ законы римскіе безъ видоизмѣненій ихъ новымъ мѣстнымъ

и племеннымъ правомъ, а въ другой нормы обычнаго права безъ всякаго вліянія права римскаго. Въ историческомъ процессѣ это противоположеніе имѣетъ совсѣмъ другое значеніе. На югѣ, въ эпоху личныхъ правъ, римское населеніе, несомнѣнно многочисленное, продолжало жить sua lege, но и эти южныя области подверглись вторженію элементовъ пришлыхъ. По извѣстнымъ памятникамъ права, обязаннымъ своимъ происхожденіемъ ранней эпохѣ (Breviarium Alaricianum, lex romana Burgundionum), можно судить о томъ, въ какой мѣрѣ законъ римскій подвергался измѣненію и искаженію въ новыхъ условіяхъ быта. Сначала дѣленіе сферъ примѣненія римскихъ и варварскихъ нормъ было только личнымъ. Римляне жили по римскимъ, варвары по своимъ племеннымъ или смѣшаннымъ съ римскими элементами законамъ. Лишь въ эпоху Каролинговъ это дѣленіе на pays du droit écrit и pays du droit coutumier стало территоріальнымъ. На югѣ римская культура права держалась очень долго, и это была первоначально непосредственная римская традиція. Названный выше Breviarium Alaricianum заключаетъ въ себѣ, какъ извѣстно, значительно искаженный текстъ сочиненія Юлія Навла „Sententiae receptae“, которое не дошло до насъ въ этомъ полномъ видѣ ни чрезъ какія другія посредства.

Дѣйствіе права римскаго есть на югѣ Франціи *предшествующее рецепціи собственно юстиніановскаго права.* Къ тому времени, когда ученая обработка юстиніановскаго права началась въ Италіи и перешла затѣмъ во Францію, непосредственная традиція римскаго права на югѣ Франціи стала уже значительно слабѣе, и примѣненіе реципированнаго права вытѣснило почти повсюду въ судахъ и практикѣ старые римскіе законы и Breviarium Alaricianum въ особенности. Тамъ, гдѣ столкновеніе тѣхъ и другихъ источниковъ длилось и вело къ недоразумѣніямъ (Dauphiné, Provence, Languedoc, Gascogne, Lyonnais, Auvergne), lettres patentes королей рѣшали перевѣсъ въ пользу юстин. источниковъ. Успѣхи рецепціи, преемство методовъ изученія римскаго юстиніановскаго права во французской школѣ мы увидимъ позже въ очеркѣ рецепціи, которая составляетъ не локальное только, а универсальное историческое явленіе на европейскомъ материкѣ.

Если, такимъ образомъ, на югѣ Франціи мы находимъ лишь преобладаніе, а не исключительное господство права римскаго, то совершенно также въ сѣверныхъ провинціяхъ первоначально исключительные германскіе элементы юридическаго быта подвергаются видоизмѣняющему вліянію римскаго права. Это составляло процессъ обработки права кутюмнаго, къ коему мы и переходимъ.

c) *Исторію французскаго кутюмнаго права* составляетъ процессъ продолжительной, внимательной обработки его путемъ научнымъ и освященія силы этого источника авторитетомъ королевской власти. Старыя основы обычнаго права германскихъ племенъ, населявшихъ сѣверную Францію (законы франковъ салическихъ, рипуарскихъ, бургундовъ и другихъ *варваровъ*), составляютъ нынѣ предметъ самой ревностной обработки ученыхъ Германіи и Франціи, ибо въ нихъ дѣйствительно рѣзкими чертами опредѣляется особенная физіономія германскихъ институтовъ, отличная отъ римскихъ, но непосредственная связь этой эпохи съ послѣдующей была нарушена частью тѣмъ, что начертанія этихъ законовъ были сдѣланы на латинскомъ языкѣ, а главнымъ образомъ, смѣной начала личнаго въ правѣ принципомъ территоріальнымъ, причемъ, въ этихъ новыхъ условіяхъ, указанія на старыя племенныя права были мало практичными и вытѣснялись другими сборниками, болѣе соотвѣтствовавшими духу феодальной эпохи.

Территоріальный принципъ повелъ, какъ мы видѣли, къ дробленію функцій законодательства и суда. Есть писатели, которые насчитываютъ *до 60 общихъ кутюмныхъ территорій* (coutumes générales) *и до 300 мѣстныхъ* (c. locales). Измѣреніе разнообразія правъ племенами уступило и на сѣверѣ измѣренію географическому (оттуда *pays* du droit coutumier). Характерная для феодализма связь права съ землей выразилась здѣсь самымъ рѣзкимъ образомъ.

Начиная съ XIII вѣка, надъ этимъ матеріаломъ идетъ работа образованныхъ юристовъ практиковъ того времени. Сочинители такъ назыв. Coutumiers не суть просто только собиратели обычаевъ. Хорошо знакомые съ правомъ римскимъ, они дѣлали переводъ юстиніановскихъ текстовъ и изображали на ряду съ этимъ состояніе права въ области знакомой имъ мѣстной практики. Такихъ работъ извѣстенъ цѣлый рядъ.

Новые французскіе писатели смотрятъ съ большимъ уваженіемъ на эти труды и видятъ въ нихъ зародышъ національнаго французскаго права. Таковы въ особенности работы Pierre'a de Fontaines и Philipp'a Beaumanoir'a. Наименованія ихъ очень различны: Conseil (перваго изъ названныхъ юристовъ), Assises de Jérusalem, Etablissements de St. Louis (неизвѣстныхъ авторовъ). Les coutumes de Beauvoisis (Phil. Beaumanoir).

Хотя въ этихъ обработкахъ обычаевъ имѣются въ виду обычаи мѣстные (Beauvoisis), но у авторовъ всегда въ основѣ лежитъ точка зрѣнія общаго сѣверо-французскаго права. Работы

Бомануара имѣли въ этой тенденціи къ обобщенію нормъ для Франціи такое же значеніе какъ обработка Саксонскаго Зерцала для Германіи.

Заимствованіе римскихъ текстовъ и сочетаніе съ ними, часто очень слабое, мѣстныхъ обычаевъ идетъ во все продолженіе XIII и XIV вв. Въ одномъ изъ сборниковъ XIII в. (Li livres de Justice et de Plet) количество заимствованныхъ текстовъ изъ пандектовъ и изъ декреталій далеко превышаетъ мѣстные кутюмы. Ровно то же замѣчается и въ знаменитомъ сборникѣ XIV вѣка, принадлежащемъ свѣ. французскому практику Jean Boutillier, Somme Rurale.

Всѣ эти и масса подобныхъ имъ сборниковъ, смѣшанныхъ изъ римскаго права, обычныхъ нормъ, судебныхъ рѣшеній, составлялись долгое время частными лицами, безъ формальнаго авторитета и промульгаціи ихъ какъ обязательныхъ руководствъ для практики судовъ. Въ нихъ видна тенденція къ правообщенію, но авторитетъ, условленный однимъ внутреннимъ достоинствомъ, лишь медленнымъ путемъ приводитъ къ цѣли.

Съ конца XV вѣка, когда внѣ всякаго сомнѣнія принципъ „qui veut le roi si veut la loi“ сталъ торжествовать надъ феодальнымъ режимомъ, обработка обычнаго права въ цѣляхъ объединенія получила совершенно иной характеръ. Съ этихъ поръ мы видимъ оффиціальную редакцію кутюмовъ.

Способъ дѣйствія правительства заключался въ такъ называемой enquête par turbe. Pour la preuve d'icelles (des coutumes) il convenait,—говоритъ одинъ изъ юристовъ того времени,—faire examiner témoins et turbes ou turmes. chacune turbe de dix personnes au moins, et chacune turbe n'était comptée que pour un témoin; le roy Charles VII, se trouvant paisible en ce royaume aprés en avoir chassé les Anglais (отсюда подъемъ французскаго національнаго сознанія) ordonne que par toutes les provinces contumières les coutumes fussent arrestée et rédigées par l'avis des états et peuples des trois ordres de chacune province, et que par cet écrit se ferait la preuve des coutumes, avec défense de ne plus recevoir la preuve par témoins en turbes ni autrement que par le dit écrit.

Большая масса такимъ образомъ удостовѣренныхъ и публикованныхъ кутюмовъ относится уже ко времени Людовика XII. Высокой технической обработки французскіе кутюмы достигли въ особенности въ концѣ XVI вѣка, когда, какъ увидимъ позже, изученіе римскаго права изъ исключительно догматическаго, ка-

кимъ было прежде, стало *историческимъ* *). Ainsi nos coutumes,—говоритъ Монтескье,—prirent trois caractères, elles furent écrites, elles furent plus générales, elles reçurent le sceau de l'autorité royale **). Натурально, этотъ живой источникъ права долго не могъ стать чистымъ источникомъ права *гражданскаго*, и въ этомъ смыслѣ общность права французскаго имѣла пройти еще долгій историческій путь, прежде чѣмъ достигнуть цѣли.

Въ XVI и XVII вѣкахъ результатъ былъ еще очень далекъ отъ той exaequatio legum, съ которой началось „открытіе частнаго права" во всемірной исторіи, и на пути этого равенства лицъ передъ закономъ лежали исторически сложившіеся союзы, ces trois ordres — le clergé, la noblesse, le tiers état, имѣвшіе каждый особыя права лицъ и особые институты имущественные. Однако, въ отдѣльныхъ институтахъ гражданскаго права французскіе историки очень рано отмѣчаютъ элементы настоящаго общаго гражданскаго національнаго французскаго права независимаго отъ различія сословій. Таковъ, напр., институтъ общности имущества супруговъ (communauté des biens), бывшій сначала особымъ для низшихъ классовъ (la roture, les roturiers) и въ кутюмахъ Парижа ставшій общимъ для низшаго и благородныхъ классовъ одинаково.

д) Могущественнымъ орудіемъ формальнаго объединенія права страны послужила несомнѣнно *законодательная форма королевскаго ordonance'a*, но эта форма вступила на очередь для разработки именно общаго права лишь очень поздно. Въ этомъ отношеніи крайне важнымъ для послѣдующаго развитія общаго права слѣдуетъ считать ordonnance Франсуа I-го, отъ 1539 г., коимъ стѣсняются предѣлы церковной юрисдикціи и установляются постоянныя и общія правила регистраціи крещенія, смерти и браковъ. Этому и послѣдующимъ королямъ принадлежитъ рядъ ordonnance'овъ, реформирующихъ гражданскій процессъ. Это крайне любопытная и характерная черта въ исторіи развитія права гражданскаго. Въ тѣхъ условіяхъ, гдѣ являются признаки образованія институтовъ общаго права, авторитетъ власти прежде всего служитъ для удостовѣренія *подлинности нормъ*, для до-

---

*) Процессъ изслѣдованія кутюмовъ обыкновенно состоялъ въ слѣдующемъ. Королевскіе комиссары собирали нотаблей провинціи или округа и предлагали разсмотрѣть проектъ кутюмныхъ положеній. Ходъ дѣла протоколировался (это procès verbal). Удостовѣреніе этимъ способомъ проекта составляло его homologation. Если стороны не сходились, то несогласіе разрѣшалось парламентами. Гомологированные кутюмы санкціонировались королемъ.

**) Такимъ образомъ наши обычаи пріобрѣли три свойства: они сдѣлались писанными, болѣе общими и запечатлѣлись авторитетомъ королевской санкціи.

стовѣрной *регистраціи правоспособныхъ лицъ*, для *фиксированія способовъ процедировать*, для дѣятельности гражданъ въ юрисдикціи спорной и свободной (jurisditio contentiosa и voluntaria).

Не то же ли самое наблюдали мы въ Римѣ, когда, въ переходную эпоху національной системы, къ jus gentium, раньше всего другого и актомъ закона то же (lex Aebutia и duae leges Iuliae) опредѣлился новый способъ процедировать per verba concepta, и вмѣстѣ, шире и свободнѣе сталъ авторитетъ суда въ вопросахъ гражданскаго права? Не та же ли здѣсь переходная эпоха изъ области господствующаго типа правъ вещныхъ къ свободной, трудно мирящейся съ привилегіей области обязательствъ?

Таковы въ эту пору ordonnance 1560 г. (ord. d'Orléans), 1563 г. (ord. de Roussillon), 1566 г. (ord. de Moulins), укрощающій самовластіе провинціальныхъ правителей, указывающій предѣлъ праву протеста, droit de remontrance, мѣстныхъ парламентовъ, и въ особенности, для права гражданскаго, ограничивающій для договорныхъ сдѣлокъ доказательство чрезъ свидѣтелей опредѣленной цѣной сдѣлки *).

Это все предвѣстія образованія единыхъ, общихъ, чисто-цивильныхъ нормъ праза частнаго, которое, по отношенію къ его содержанію, медленно и постоянно обогащается путемъ развитія и расширяющагося примѣненія кутюмовъ, дѣятельностью судовъ, научной разработкой и сочетаніемъ элементовъ римскаго и мѣстнаго правъ.

Ordonnance'ы не оставались неразработанными юристами. И здѣсь видна ихъ рука. Barnabé Brisson составилъ сводъ ихъ и публиковалъ подъ именемъ Code Henri III, Basiliques. Это полу-оффиціальный сводъ, не обязательный для судовъ, даже заподозрѣнный Loyseau, который находилъ, что Brisson tribonianisait trop, т.-е. много добавлялъ *своего* тамъ, гдѣ ordonnance'ы оставляли пробѣлы (des lacunes). Такихъ Code'овъ позже стало много, Code Henri IV, Code Michaud (названный по имени собирателя, chancelier Michel de Marillac), Code noir и пр.

Но въ исторіи ordonnance'овъ нѣтъ явленія болѣе характернаго и важнаго для всего процесса развитія французскаго общаго гражданскаго права, чѣмъ знаменитые ordonnance'ы Людовика XIV, *sur la procédure civile 1667 года*, *pour le commerce*

*) Контрактъ на сумму 100 ливровъ долженъ быть редижируемъ на письмѣ изъ опасенія злоупотребленій свидѣтельскими показаніями, о копхъ Loisel сказалъ: qui mieux abreuve, mieux preuve.

du continent 1673 *), *de la marine 1681*, всѣ три оказавшіе рѣшительное вліяніе на послѣдующіе Code de procédure civile и Code de commerce, имѣющіе великое значеніе для исторіи права не только французскаго, но и русскаго и европейскаго вообще.

XVIII вѣкъ даетъ еще рядъ важныхъ общихъ ordonnance'овъ цивильнаго содержанія, о дареніяхъ (des donations), о тестаментахъ (des testaments), субституціяхъ (1731, 1735, 1747). Въ ту же пору у руководящихъ людей видно стремленіе объединить все право въ одномъ corps des lois qui seront faites dans cette vue. Таковы мысли канцлера d'Aguesseau. Но эту проблему кодификаціи мы разъяснимъ себѣ въ другой связи.

Здѣсь заключаемъ, что стремленіе права во Франціи исторически идетъ отъ партикуляризмовъ къ нормамъ общимъ и что этотъ процессъ совпадаетъ съ обособленіемъ элементовъ права частнаго отъ публичнаго. Путь, нами намѣченный къ этой цѣли, есть разработка кутюмовъ, содѣйствующее ей вліяніе римскаго права, образованіе центральныхъ органовъ юстиціи и законодательства.

2) Обратимся *къ обозрѣнію тѣхъ же процессовъ на нѣмецкой почвѣ.*

Если мы, слѣдуя критерію, данному выше Пухтой, будемъ измѣрять сочетаніе элементовъ права общаго и партикуляризмовъ въ Германіи, то убѣдимся легко, насколько Германія уступаетъ, въ культурѣ права, своему зарейнскому сосѣду. При всей настойчивости, съ которою трудятся нѣмецкіе ученые надъ изученіемъ своего прошлаго, раскрытіе въ немъ элементовъ *своего* общаго права даетъ крайне скудные результаты. Преобладаніе смѣшанныхъ образованій, полу-цивильнаго, полу-публичнаго характера, въ томъ, что нѣмцы называютъ *своимъ*, господство розни и партикуляризмовъ въ правѣ составляетъ, какъ въ прошломъ, такъ и въ настоящемъ, отличительную черту нѣмецкаго праворазвитія. Оттуда, конечно, этотъ нетерпѣливый, несдержанный характеръ новаго движенія въ нѣкоторыхъ кружкахъ къ объединенію права наперекоръ исторіи, эта грубая борьба противъ историческаго направленія въ правовѣдѣніи, эти попытки строить системы права на усмотрѣніи, на внѣшнемъ авторитетѣ, на принужденіи, на силѣ. Прошлыя судьбы явно не удовлетворяютъ завистливую къ успѣху объединенной Франціи мысль нѣмецкаго юриста, и если по временамъ грубо выступаетъ національное самообольщеніе, то въ немъ

*) Французы называютъ его Code marchand, Code Savary, по имени одного изъ важнѣйшихъ негоціантовъ Парижа, который очень содѣйствовалъ выработкѣ этого кодекса.

сказывается скорѣе потребность утолить болѣзненное чувство, чѣмъ настоящая вѣра въ преимущество нѣмецкаго національнаго права. Посему Эмиль Кунце несомнѣнно вполнѣ искренень, когда присвоиваетъ историческому греческому генію область неподражаемаго творчества въ скульптурѣ, римскому—въ правѣ, нынѣшнему (нѣмецкому)... въ музыкѣ. Это тоже, что сказать: мы ничего не создали самобытнаго въ пластикѣ, въ правѣ, но, *зато* мы несравненные музыканты.

Мы видѣли выше смѣну системы такъ называемыхъ племенныхъ правъ началомъ территоріальности въ правѣ. Это явленіе для исторіи права въ Германіи совпадаетъ съ обособленіемъ дальнѣйшихъ политическихъ судебъ Германіи отъ Франціи. Начала права въ эту эпоху проникнуты идеями феодальнаго господства. Область права частнаго вовсе не обособлена отъ публичнаго. Нѣмецкіе историки, кромѣ недавнихъ, видящихъ въ этой именно порѣ, до рецепціи чужаго права, подлинныя черты національнаго характера *), думаютъ, что здѣсь развиваются не столько „юридическія“, сколько „жизненныя“ отношенія, не Rechtsverhältnisse, а Lebensverhaltnisse; не право и его формы, а матеріальная, или какъ это нынѣ называютъ, экономическая, хозяйственная сторона быта устраивается соотвѣтственно жизненнымъ потребностямъ. Власть слабая въ центрѣ и сильная въ мелкихъ дѣленіяхъ феодальной сферы, даетъ себя чувствовать обильными поборами съ угнетеннаго населенія подъ видомъ обширныхъ регальныхъ притязаній на массу доходныхъ статей народнаго хозяйства. Всѣ права публичнаго характера коренятся въ захватѣ земель сильными феодальными господами. Отъ непосредственнаго имперскаго вассала до ландзасса, обрабатывавшаго чужую землю, вся лѣстница представляютъ собою разныя ступени феодальной зависимости. Власть короля становится еще болѣе ничтожной съ присвоеніемъ главѣ феодальной іерархіи достоинства императора, которое дѣлало его положеніе въ идеѣ универсальнымъ, на дѣлѣ безпомощнымъ, особенно въ интересахъ національнаго быта и права.

Ото всей этой поры столкновеній духовной и свѣтской власти, походовъ въ Италію, въ исторіи права мы имѣемъ общія нормы только для леннаго и уголовнаго права.

Между тѣмъ отдѣльныя юридическія отношенія, особые классы населенія и разныя территоріи имѣли свой судъ, подлежали дѣйствію разныхъ нормъ, мало связанныхъ одна съ другою. Ленныя отношенія подлежали суду ленному, гдѣ глава союза былъ судьей,

*) Въ особенности Heussler (см. выше).

а члены союза—присяжными. Это ленное право, отличное отъ земскаго права (Landrecht и Lehnrecht), примѣнявшагося въ графствахъ и сотняхъ публичными органами. Поземельныя и служебныя отношенія земледѣльческаго класса вѣдались фогтами, шульцами, по Hofrecht'у, принятому въ судѣ сеньора. Высшихъ и болѣе свободныхъ союзныхъ формъ достигли постепенно лишь города. Въ городахъ все населеніе территоріи подлежало одному суду, и такъ какъ союзы городовъ развились очень широко, то для городского права (Stadtrecht) раньше образовались центральные пункты, высшіе органы правосознанія (Mutterstadt), къ коимъ пригородъ (Tochterstadt) обращался въ случаяхъ неизвѣстности права.

Съ XIII вѣка въ обиліи образуются начертанія письменныя разныхъ правъ. Важнѣйшее изъ нихъ по историческому значенію есть Саксонское Зерцало (Sachsenspiegel), составленное частнымъ лицомъ (рыцаремъ Elke von Repkow) въ первой половинѣ XIII вѣка. Въ немъ нѣтъ Dienst-, Hof-, Stadtrecht'а, и содержаніе его ограничивается мѣстнымъ саксонскимъ земскимъ правомъ и правомъ леннымъ. Переработку его и расширенное примѣненіе мы видимъ черезъ нѣсколько десятилѣтій въ такъ называемомъ Schwabenspiegel, неизвѣстнаго автора. Оба сборника пріобрѣли въ XIV и XV вѣкѣ большой авторитетъ въ судахъ далеко за предѣлами территоріи ихъ первоначальнаго примѣненія. Они переведены на латинскій, французскій, польскій, чешскій, голландскій языки, и ихъ разсматривали, совершенно вопреки ихъ первоначальному источнику, какъ общее имперское право. Потребность правообщенія пробивалась сквозь тяжелыя и узкія формы феодальнаго быта и готова была примкнуть къ любому явленію, заключающему въ себѣ *элементы* общаго права. Такимъ было земское саксонское право, такимъ же стали для городскихъ правъ права Любека, Магдебурга, Иглау, Ратибора и друг. не только въ Германіи, но и въ прилежащихъ славянскихъ земляхъ. Мы будемъ имѣть случай говорить впослѣдствіи объ этихъ источникахъ, оставившихъ до сего времени частичные признаки нѣкогда очень широкаго вліянія на отдѣльные юридическіе институты въ нашихъ западныхъ окраинахъ.

Для самой Германіи Саксонское зерцало и примыкающія къ нему переработки, комментаріи, добавки, имѣли авторитетъ источника общаго права, державшійся, въ духѣ того времени, совсѣмъ не на формальномъ юридическомъ основаніи, а на общей *вѣрѣ*, что тутъ скрытъ Императорскій законъ. Чѣмъ меньше норма имѣетъ характеръ внѣшне-авторитетный, тѣмъ старательнѣе со-

ставители подбираютъ основанія для ея незыблемости въ политическихъ представленіяхъ того времени, даже въ сказаніяхъ библейскихъ. На нѣкоторыхъ спискахъ Саксонскаго зерцала теперешніе изслѣдователи читаютъ такія приписки: hier eyendet das boec der Kayser rechten, gheheten die Spiegel van Sassen (голландская переработка). Въ другихъ спискахъ читаемъ: weliches dan der Keyser Recht will, das müssen alle Land leyden und wissen, wan der Kayser ist Vater des Reichs. Существуютъ собранія мнѣній и рѣшеній шоффеновъ, коихъ авторитетъ еще незыблемѣе, ибо собиратели возводятъ происхожденіе ихъ до „*перваго* царя Нимрода“ (der erste Kunig Nemrod von Babylonien). Противъ *такихъ* авторитетовъ натурально не легко было спорить и еще менѣе возможно было поносить ихъ мнѣнія, къ чему вообще имѣли склонность воинствующіе борцы за право того времени. Къ кому жъ въ самомъ дѣлѣ обратиться съ протестомъ, когда самъ Нимродъ судитъ такъ, а не иначе? Въ такихъ поискахъ за солидными авторитетами люди юридическаго ремесла обращались и къ латинскимъ текстамъ римскихъ источниковъ. Тайна чужой рѣчи скорѣе содѣйствовала безповѣрочности авторитета библейскихъ и свѣтскихъ источниковъ, чѣмъ мѣшала ихъ силѣ. Духомъ вѣры проникнуты къ ту пору не одни исканія нормъ, но и формы процесса. Еще за-долгое до той поры, когда римское право стало предметомъ рецепціи въ цѣломъ составѣ, отдѣльные тексты его уже были въ ходу у юристовъ. Прямой римской традиціи въ Германіи не было, какъ это было во Франціи. Но отчего же мастеру права новаго времени не обратиться за совѣтомъ къ старымъ мастерамъ? Такимъ образомъ въ швабскомъ зерцалѣ встрѣчаются такія мѣста: des vrage wir (говоритъ составитель сборника) einen Meister von landrechte, der heizet Marcellus, der half den Kunigen vil guoter landrechte machen.

Было ли, однако, право, для котораго подыскивались такія солидныя базы, и по содержанію своему правомъ общимъ? Совершенно нѣтъ. Исканіе этихъ базъ указываетъ только на *стремленіе къ нѣкоторой общности* правосознанія въ западномъ мірѣ вопреки розни, существовавшей въ дѣйствительности. Въ то же время близость правооснованій къ религіи, признаки субъективносознаваемыхъ императивовъ права указываютъ намъ на трудность достиженія той подлинной общности юридическихъ нормъ, какую знала римская мысль.

Какъ же характеризовать особыя свойства права этой эпохи со стороны его содержанія?

Мы остановимся на 2-хъ опредѣляющихъ его моментахъ. Многія подробности могутъ быть уяснены лишь въ очеркахъ отдѣльныхъ институтовъ. Вотъ эти два момента.

Лицо въ эту пору не есть persona singularis, отдѣльный человѣкъ, способный стать субъектомъ права себя ради, какъ это было въ Римѣ (utilitas singulorum см. выше). Такого частнаго лица, также какъ и противулежащаго понятія государства, въ римскомъ смыслѣ, вовсе не существуетъ въ эту пору. Вмѣсто этого мы видимъ состояніе и *положеніе лицъ* характеризованнымъ и *опредѣленнымъ принадлежностью ихъ къ* многообразнымъ *союзнымъ формамъ*, созданнымъ средневѣковою жизнью. Это союзъ феодальный, церковный, племенной, земскій, городской, торговый, ремесленный и проч. Внѣ этихъ союзныхъ формъ нѣтъ правоспособнаго субъекта. Внутри ихъ правоспособность лица въ высшей степени условлена интересами союза, а не пользой самого лица или государства. Посему изслѣдованіе многочисленныхъ союзныхъ формъ того времени есть одна изъ благороднѣйшихъ и важнѣйшихъ задачъ изученія того быта *), далеко еще и для насъ не утратившаго практическаго значенія для уразумѣнія права въ современной Германіи и въ Россіи, въ особенности въ прибалтійскихъ провинціяхъ.

Другой, опредѣляющій характеръ права той эпохи, моментъ есть рѣшительное преобладаніе институтовъ типа *вещнаго* надъ формами договорно-обязательственными. Свободныя договорно-обязательственныя отношенія замѣнены здѣсь исторически-образовавшимися и не разложившимися еще союзными формами. Типъ вещнаго правоотношенія есть доминирующій. Разнообразіе и многочисленность *вещныхъ притязаній*, часто *на одну и ту же вещь*, дѣлаетъ здѣсь свободный оборотъ, commercium juris civilis, крайне скуднымъ, медленнымъ, условнымъ, связаннымъ. Тамъ, гдѣ конструкція правоотношенія должна быть разсчитана на дѣятельную волю лица, эти формы представляютъ собою настоящія цѣпи, которыя приковываютъ человѣка къ имуществу, тяготѣютъ надъ нимъ, обременяютъ его, вмѣсто того, чтобъ раскрывать просторъ его дѣятельной волѣ. Онѣ носятъ вѣковѣчный харак-

*) Первое мѣсто въ исторической разработкѣ отдѣльныхъ вопросовъ принадлежитъ нынѣ несомнѣнно Otto Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. I. Bd.: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1868 г., II. Band.: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, 1873. III. Band· Die Staats-und Corporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland. 1881 г. Эта послѣдняя книга составляетъ историко-догматическую работу самаго высокаго интереса. Мы будемъ позже имѣть въ виду результаты его изысканій для теперешняго права въ ученіи о лицахъ въ особенности.

теръ, связывающій не только отдѣльныхъ людей въ эти разъ на всегда данныя формы коллективнаго обладанія, но подчиняющій этой неволѣ цѣлыя поколѣнія.

Если формы договорныя, между отдѣльными людьми, не обособлены отъ вещныхъ институтовъ и скудны, то, съ другой стороны, онѣ захватываютъ область отношеній наслѣдственнаго права, сплетая commercium inter vivos со сдѣлками и институтами mortis causa.

Германисты видятъ въ этихъ чертахъ преобладанія вещныхъ правоотношеній характерныя особенности нѣмецкаго правосознанія. Но едва-ли не будетъ вѣрнѣе сказать, что онѣ характеризуютъ не столько національность, сколько время, эпоху экономической и соціальной жизни.

Если вы возьмете эти характерныя черты, то здѣсь окажутся, въ отличіе отъ римскаго права, *многочисленныя формы общности*, стало быть нераздѣльности, часто неопредѣленности правъ, обиліе выжидательныхъ притязаній, заповѣдныхъ формъ, реальныя тягости и проч.

Разнообразіе такихъ формъ *нераздѣльности, заповѣдей, тягостей, выжидательныхъ притязаній*, можетъ быть очень обильнымъ, и однако, едва-ли правильно называть это богатствомъ германскаго вещнаго права въ отличіе отъ скудости римскихъ формъ. Множество заповѣдей, тягостей, выжидательныхъ притязаній къ чужому имуществу не дѣлаетъ формы вещнаго права богатыми, а лишь очень сложными, условными, спутанными, пестрыми, нечистыми. Точно также чистота римскихъ цивильныхъ конструкцій, раздѣльность правъ не дѣлаетъ ихъ скудными, а лишь простыми, распознаваемыми, удобоприменимыми.

У германцевъ ихъ пестрыя вещныя притязанія замѣняютъ собою и договорно-обязательственныя и наслѣдственныя отношенія. Въ нихъ нѣтъ ни подвижности, ни примѣнимости, ни легкой распознаваемости. Это обиліе несвободныхъ положеній лица, грубое сочетаніе интересовъ матеріальнаго обладанія, котораго отнюдь нельзя не только предпочитать, но ниже сопоставлять съ тѣми формами раздѣльнаго обладанія и свободныхъ сочетаній интересовъ лицъ, въ основѣ коихъ лежитъ воля каждаго участника, широкій обмѣнъ интересовъ, легко образующіяся и разрѣшаемыя формы договорно-обязательственнаго отношенія.

Наше заключеніе такое—въ институтахъ имущественныхъ это пора господства вещнаго права и матеріальнаго строенія обязательственныхъ формъ. Ея черты знакомы намъ отчасти изъ національной римской системы, когда, также какъ здѣсь, идея обя-

зательства не обособилась отъ права вещнаго. Но тамъ, въ ту пору въ Римѣ, мы имѣли все же одинаковыя и извѣстныя нормы права *для всѣхъ* правоспособныхъ и обособленное отъ права публичнаго право частное. Здѣсь нѣтъ ни этого обособленія, ни этого равенства лицъ, ни этой извѣстности нормъ. Право публичное и частное тѣсно соприкасаются въ безчисленныхъ союзныхъ формахъ, и вмѣсто началъ равенства передъ общимъ закономъ мы видимъ начало господства однихъ круговъ лицъ, выше стоящихъ, надъ другими, нижестоящими, зависимыми отъ первыхъ и въ публичномъ, и въ частномъ правѣ одинаково.

Въ подробностяхъ противуположеніе институтовъ вещнаго и договорнаго права римскаго и германскаго мы сдѣлаемъ въ своемъ мѣстѣ, при изученіи отдѣльныхъ институтовъ цивильной системы.

Историки германскаго права отмѣчаютъ, какъ переходные признаки отъ этихъ условій быта къ новымъ, явленія экономическія. Вамъ извѣстны изъ политической экономіи противуположенія понятій хозяйства натуральнаго и денежнаго. Именно этой экономической метаморфозой знаменуется переходъ отъ формъ средневѣкового юридическаго быта къ новому. Натурально, явленіе это не обнимаетъ быстро всѣхъ сторонъ стараго быта. Раньше всего признаки измѣнившихся условій появляются въ строѣ городской жизни. На крестьянскомъ землевладѣніи долго еще продолжала лежать и удержалась въ Германіи до нашихъ дней тяжесть сеньоріальныхъ притязаній; между тѣмъ въ городахъ процессъ освобожденія и очищенія недвижимостей отъ тягости сеньоріальныхъ притязаній, въ особенности на застроенную городскимъ классомъ землю, начинается очень рано. Владѣльцы городской недвижимости, люди торговаго и ремесленнаго класса, энергичнѣе крестьянскаго класса выбились изъ-подъ зависимыхъ титуловъ землевладѣнія на путь чистой, свободной частной собственности на землю. Новыя экономическія условія открывали имъ возможность путемъ выкупа, сперва за постоянную денежную ренту, а потомъ погашеніемъ этой ренты, придти въ положеніе отдѣльнаго и исключительнаго обладанія недвижимостями на чисто частномъ правѣ. И такъ, съ помощью договорныхъ обязательствъ, обязательствъ денежныхъ, въ особенности, *разлагаются старыя формы общности* обладанія недвижимостью. Оборотъ съ деньгами разрывалъ старыя узы зависимости, господства экономическаго, еще вѣрнѣе, хотя и не столь быстро, чѣмъ порохъ разрушалъ феодальные замки, и успѣхи знанія и печати—

господство старыхъ духовныхъ корпорацій, противодѣйствовавшихъ прежде столь смѣло развитію свѣтской власти.

Это знаменіе новаго государства и новаго права.

Въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ мы видѣли подобное явленіе въ исторіи права римскаго, гдѣ идея договорнаго обязательства разложила исключительное господство типа вещныхъ правоотношеній, выразилась въ образованіи пекуніарной кондемнаціи (condemnatio pecuniaria) и открыла, такимъ образомъ, путь свободному развитію системы цивильныхъ институтовъ позднѣйшей эпохи (выше, стр. 72).

Въ политической жизни нѣмецкой націи надлежитъ замѣтить очень характерное для послѣдующей исторіи нѣмецкаго права ослабленіе центральной имперской власти въ ту самую пору, когда во Франціи власть королевская, несомнѣнно, окрѣпла. Власть императора была до крайности стѣснена необходимостью согласія имперскаго сейма, состоявшаго изъ 3-хъ коллегій (курфюрстовъ, имперскихъ князей и городовъ), по всѣмъ важнымъ государственнымъ вопросамъ, а по дѣламъ юстиціи—компетенціей высшаго имперскаго судилища (Reichskammergericht, 1495), члены коего назначались не однимъ императоромъ. Зато новое время принесло съ собою *сильное развитіе мѣстной территоріальной власти отдѣльныхъ князей*, вассаловъ безсильной имперіи. Земскіе князья, приведшіе центральную имперскую организацію къ совершенному ничтожеству, развили внутри своихъ территорій начало личной власти до полнаго абсолютизма.

При этихъ условіяхъ политической жизни націи исторія права въ Германіи представила собою изумительное явленіе двойственности. Съ одной стороны мы видимъ поразительно быстрые успѣхи рецепціи чужого общаго гражданскаго права въ юстиніановской кодификаціи почти на всемъ пространствѣ Германіи, съ другой—соперничающую дѣятельность земскихъ князей создать для отдѣльныхъ территорій формально обязательные кодексы, которые, если не всегда по существу, то по формѣ разъединяютъ жизнь націи, содѣйствуютъ партикуляризмамъ и препятствуютъ развитію общаго національнаго правосознанія. Дѣйствующее право все остается у нѣмцевъ или чужимъ, реципированнымъ, когда оно достигаетъ общности, или когда оно есть *свое*, его элементы всегда смѣшанные, полуцивильные, полуполитическіе и при семъ постоянно розные. Черта этой нѣмецкой общности въ правѣ будетъ нами разъяснена въ очеркѣ рецепціи, а противоположное ей стремленіе къ розни—въ очеркѣ кодификаціи. Примиреніе и удовлетворительное рѣшеніе обѣихъ задачъ—созданіе права своего

и общаго, при этомъ общаго не въ идеѣ только, а въ дѣйствительности, обезпеченнаго единой государственной властью, не спутаннаго съ политическими элементами, а обоссбленнаго — составляетъ задачу новаго времени для молодой имперіи, нынѣ хотя и рѣшенную, но далеко не вполнѣ.

Чтобъ опредѣлить черты различія въ исторіи нѣмецкаго и французскаго права надо имѣть въ виду слѣдующіе пункты: a) въ Германіи нѣтъ непосредственной традиціи римскаго права и связаннаго съ этимъ постояннаго, живого взаимодѣйствія чисто цивильной римской системы со смѣшанными началами права новыхъ народовъ; b) здѣсь нѣтъ признаковъ ранней обработки кутюмнаго права и соотвѣтственно этому рано образовавшагося національнаго правосознанія, которые дѣлали вліяніе права римскаго во Франціи вовсе не тѣмъ подавляющимъ, какимъ оно стало въ Германіи, и c) въ Германіи нѣтъ, какъ во Франціи, исторически сложившейся единой національной власти, которая была бы способна открыть широкій путь развитію общаго права безъ всякихъ компромиссовъ съ партикуляризмами, притомъ на основахъ своего, а не заимствованнаго правосознанія.

Отсюда вся эта литературная неурядица партикуляристовъ и объединителей, эти отчаянныя усилія ученыхъ смѣшать свое съ чужимъ, чтобъ открыть какіе-либо элементы своего общаго права, эти радикальные повороты отъ органическаго къ механическому воззрѣнію на право, эти опыты захватить всю область права частнаго въ сферу дѣйствія политики, эти невѣрныя и измѣнчивыя построенія юридическихъ ученій то на основѣ свободы, которая есть подлинная для права, то на соображеніи необходимости, разсчета, наконецъ, на грубой силѣ...

Не менѣе того и для Германіи мы не можемъ не констатировать *постоянно прибывающаго элемента общности въ правѣ на счетъ партикуляризмовъ*, постояннаго процесса упраздненія послѣднихъ въ тѣснѣйшей связи съ образованіемъ сревнительно болѣе обширныхъ союзныхъ территорій.

Едва ли возможно сомнѣніе въ томъ, что это общій и мало смущаемый случайными явленіями жизни историческій законъ ново-европейскаго общества, какъ и стараго римскаго. Право гражданское у насъ, какъ и тамъ, становится постоянно болѣе и болѣе чистымъ и свободнымъ отъ политической и національной исключительности и вмѣстѣ съ этимъ болѣе и болѣе общимъ.

Мы замѣтили это явленіе пока по отношенію къ цѣлой системѣ гражданскаго права во Франціи, частью въ Германіи.

Но нельзя ли найти въ новое время нѣчто соотвѣтствующее

этому процессу постоянно развивающагося правообщенія въ сферѣ отдѣльныхъ институтовъ, какъ это мы видѣли въ Римѣ? Нельзя ли и у насъ измѣрять тѣми же стадіями успѣхи развитія общаго права, коими мы измѣряли его въ Римѣ? Нѣтъ ли и тутъ той же разницы между одними институтами гражданскаго права, болѣе способными стать общими, и другими, менѣе пригодными для этой цѣли?

Откуда мы взяли бы отвѣты на эти вопросы? Ихъ можно искать въ исторіи любого права, французскаго, нѣмецкаго. Для полнаго разъясненія вопроса намъ надлежало бы войти въ подробности изученія исторіи этихъ правъ — перебрать явленія жизни не на одной какой-либо націи, а цѣлаго ряда ихъ.

Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что намъ легче и сподручнѣе обратиться не къ этимъ частнымъ явленіямъ новой исторіи права, а къ какому-либо изъ явленій характерныхъ для всей его исторіи въ новомъ мірѣ. Сдѣлать такія наблюденія въ исторіи ново-европейскаго права несомнѣнно труднѣе, чѣмъ въ жизни Рима. Тамъ формы типичнѣе, проще, явленія менѣе сложны. Въ исторіи Рима проходитъ жизнь одного могучаго народа, который обнимаетъ въ судьбахъ своихъ, въ результатѣ, всю исторію античной культуры права. У насъ нѣтъ этого условія, и за то тѣмъ цѣннѣе, въ этихъ неблагопріятныхъ условіяхъ общенія, раскрытіе того же закона постепенности историческаго общенія разныхъ народовъ въ сферѣ тѣхъ или другихъ институтовъ цивильной системы.

Кругъ этихъ явленій составляетъ нынѣ спеціальную и трудную для изученія область частнаго международнаго права, въ коей элементы позитивнаго права повсюду очень скудны и гдѣ очень мало постоянства и согласія взглядовъ у писателей даже въ вопросахъ принциповъ, не только въ подробностяхъ; со всѣми трудностями дѣла вы встрѣтитесь въ курсѣ частнаго международнаго права *).

И такъ, здѣсь мы коснемся исторіи *частнаго международнаго права* лишь на сколько оно важно для насъ съ указанной точки зрѣнія. Въ новомъ правѣ очередь его разъясненія наступила на западѣ тогда, когда систему правъ личныхъ смѣнила система территоріальная (см. выше). Не законъ племени, къ коему лицо

*) Изъ нашихъ цивилистовъ богатѣйшія литературныя указанія къ вопросу вы найдете въ неоконченномъ курсѣ гражд. права бывш. петербургскаго профессора К. И. Малышева. Это отдѣлъ, разработанный имъ какъ бы монографически. Солиднѣйшая монографія по этому вопросу съ обзоромъ старой литературы (до 1842 г.) принадлежитъ Wächter'у, см. Arch. f. d. Civ. Praxis. Bd 24 и 25.

принадлежитъ, а законъ территоріи, земли, гдѣ живетъ субъектъ правоотношенія, рѣшаетъ выборъ нормы, которой подчиняется вся его юридическая сфера. Мы отмѣтили выше, что въ этихъ условіяхъ территоріальной системы, особенно со времени развитія феодальнаго быта, различіе публичной и частной сферы права до крайности сгладилось. По отношенію къ отдѣльному лицу, въ этихъ условіяхъ, принципіально ставится вопросъ не о его правѣ, а о его поземельномъ положеніи, властномъ или подчиненномъ на извѣстной территоріи.

Мы видѣли выше это начало въ исторіи права Франціи. Его же мы встрѣчаемъ въ Германіи въ эпоху Саксонскаго зерцала. Оно есть общее для всѣхъ европейскихъ областей того времени. Юридическая формула, выражающая это начало территоріальной исключительности въ вопросахъ права у postglossator'овъ есть такая: statutum territorium non egreditur,, statutum non porrigitur или se non extendit extra territorium statuentis *). Это было именно то *плѣненіе права частнаго публичнымъ*, начала свободы началомъ необходимости, о которомъ говорено выше. Какой возможный смыслъ этого положенія? Оно толкуется въ томъ смыслѣ, что судья не въ правѣ примѣнять въ предѣлахъ своей территоріи никакого положенія кромѣ мѣстнаго, исходящаго отъ авторитета здѣшней законодательной власти. Исключеніе составляли для этой эпохи только нормы, источники коихъ лежали въ авторитетѣ церкви, въ правѣ каноническомъ, или въ удержавшихся и теперь элементахъ племеннаго права, напр. для евреевъ **).

И такъ, это монополія земскихъ господъ хозяйничать въ вопросахъ права? Быть можетъ чисто формальный взглядъ на право остановится на этомъ положеніи какъ на рѣшающемъ и не найдетъ изъ него выхода для объясненія самой простой задачи,— какъ-же можно было существовать въ этихъ условіяхъ при крайней дробности феодальныхъ территорій? Явнымъ образомъ, намъ надо ближе къ жизни разъяснить себѣ смыслъ этой территоріальной исключительности. Законы XII табл. давали кредиторамъ власть in partes secare несостоятельнаго должника... И такъ, римляне были каннибалами? Совсѣмъ нѣтъ, и мы не имѣемъ никакихъ основаній дѣлать заключеніе такого рода, ибо угроза безправіемъ для всякаго, кто ступаетъ на чужую почву, также какъ угроза смертью несостоятельному должнику составляетъ выраженіе

*) Она м. б. различно толкуема. См. указ. ст. Вехтера, Arch., т. 24, стр. 271.

**) Огражденіе евреевъ составляло резерватное и, конечно, весьма доходное право нѣмецкаго императора.

лишь предѣла дозволеннаго, хотя далеко не всегда нужнаго и не всегда возможнаго способа дѣйствія. Всего чаще эти угрозы не много страшнѣе на дѣлѣ, чѣмъ львы и другіе хищники на воротахъ феодальнаго замка или въ гербѣ нѣмецкаго барона. Надо еще, чтобъ была на лицо сила, и чтобъ былъ разсчетъ не выказывать только эту силу (vim dicere), а дѣйствительно ее примѣнить къ случаю. Послѣ острастки желѣзными когтями обыкновенно тотчасъ наступаетъ очередь переговоровъ.

Что-жъ, въ данномъ случаѣ, въ вопросахъ о статутахъ? Независимо отъ того, что, при существованіи этихъ территоріальныхъ границъ для права, мы имѣемъ, отъ того-же времени, бездну договорныхъ соглашеній отдѣльныхъ земскихъ владыкъ между собой, съ церковью, съ городами, наука того времени, опираясь на авторитетъ римскаго права, въ данномъ случаѣ совсѣмъ непригодный, создала цѣлую скалу положеній, видоизмѣнившихъ ту строгую исключительность территоріальной силы въ вопросахъ права, которая выражена въ приведенномъ выше положеніи.

Именно это *ученіе о статутахъ и иллюстрируетъ намъ*, какъ нельзя лучше, *процессъ развитія правообщенія*, при всѣхъ неблагопріятныхъ для того условіяхъ, въ средніе вѣка. Въ этомъ процессѣ мы видимъ отчетливо еще разъ, какіе институты права скорѣе побѣждаютъ рознь и партикуляризмъ и въ какихъ эти черты удерживаются упорнѣе и дольше.

Движеніе мысли въ разработкѣ вопроса начинается въ Италіи въ эпоху post-глоссаторовъ. Въ толкованіи къ c. I C de Summa Trinitate Bartolus (1313—1359 г.) различаетъ, для случаевъ столкновенія нормъ разныхъ территорій въ правѣ договорномъ, а) *вопросъ о формѣ* заключенія договорной сдѣлки, причемъ рѣшающей должна быть норма той мѣстности, гдѣ совершена договорная сдѣлка; эта норма мѣста совершенія договора, хотя бы и чужая для нашихъ судовъ, должна быть признана нашими судами; б) тоже имѣетъ силу для *дѣйствія договора*, кромѣ, однако, случаевъ договора брачнаго и о приданомъ, гдѣ рѣшаютъ нормы мѣстожительства мужа. Бартолъ даетъ еще рядъ положеній, тоже касающихся сдѣлокъ inter vivos и mortis causa *).

Въ цѣломъ итальянская доктрина пришла, въ вопросѣ о стол-

*) См. указ. соч. Wachter'a, стр, 273 прим. За договорн. сдѣлками у Бартола слѣдуютъ завѣщательныя, въ явномъ, повидимому, противуположеніи съ процессомъ развитія общаго права у римлянъ, гдѣ, какъ мы видѣли, тестаментарное право запаздывало въ процессѣ правообщенія. Но надо принять во вниманіе, что въ средніе вѣка тестаментъ имѣлъ иное значеніе чѣмъ въ Римѣ, въ особенности подъ вліяніемъ церкви.

кновеніи нормъ разныхъ мѣстностей, статутовъ разныхъ территорій, къ расчлененію трехъ видовъ нормъ, трехъ категорій статутовъ, statuta realia, personalia и mixta.

Это ученіе обошло всѣ европейскія области, въ коихъ культивировалось римское право на западѣ и гдѣ имѣла мѣсто система территоріальная. Въ немъ именно и заключается ремедура противъ исключительности территоріальной максимы. Далеко неясное и неоконченное въ рукахъ постглоссаторовъ это ученіе показываетъ намъ сразу, гдѣ именно область цивильной системы не можетъ ужиться на европейской почвѣ съ территоріальнымъ партикуляризмомъ. Здѣсь мы видимъ ровно то же явленіе, что въ исторіи права римскаго. Раньше всѣхъ другихъ элементовъ цивильной системы *изъ-подъ территоріальной опеки выходитъ свободная сфера договорнаго права*. Она становится самостоятельной силой, связующей розные интересы обладанія въ нѣкоторыя новыя сочетанія. Ее невольнымъ образомъ признаютъ территоріальные потентаты обязательной въ предѣлахъ своей территоріи, гдѣ бы ни завязалась договорно-обязательственная связь. Такова стихія договорнаго права, которая понемногу одолѣваетъ территоріальную исключительность (мы невольно припоминаемъ мысли Савиньи, что гражданское право развивается въ большей части своего содержанія независимо отъ законодателя, и мы видимъ здѣсь, въ какой именно части своего содержанія оно наименѣе условлено авторитетомъ закона).

Но какого договорнаго права? Мы видѣли выше, въ очеркѣ правообщенія у римлянъ, что не любыя договорныя формы одинаково способны для этой цѣли. Не то же-ли говоритъ намъ Bartolus (см. выше, толков. В. къ с. 1 C. de Sum. Trin., подъ б)? Чужой статутъ примѣняется у насъ въ вопросѣ дѣйствія договора, кромѣ случая договора брачнаго и о приданомъ. Тутъ форма договора смѣшанная съ элементомъ семейнаго и вещнаго права. Она менѣе поворотлива. Мы это видѣли и у римлянъ, гдѣ jus connubii отстаетъ въ движеніи отъ jus commercii. Для новаго міра jus connubii, когда дѣло идетъ о союзѣ лицъ, о бракѣ, вращается, такъ сказать, по другой орбитѣ, чѣмъ въ Римѣ. Здѣсь долгое время это дѣло церкви. Но въ разсматриваемомъ вопросѣ рѣчь объ *имущественно*-брачномъ правѣ, и форма договора удерживаетъ характеръ локальный, партикулярный. Какіе же договоры ранѣе побѣждаютъ границы мѣстнаго права? Мы отвѣтимъ здѣсь только общимъ образомъ, ибо съ этимъ вопросомъ встрѣтимся еще въ системѣ. Отвѣтъ, однако, есть совершенно совпадающій съ явленіями исторіи права римскаго.

Формы договора чистыя, формы обязательства на деньги, на опредѣленное количество rerum fungibilium предшествуютъ другимъ; это формы договора, которыя нужны, чтобъ сдвинуть съ мѣста вещи, дать имъ оборотный характеръ, свойства и цѣну товара. Вотъ какія договорныя формы пробиваютъ раньше другихъ границы территоріальнаго господства и даютъ нормамъ права свойства всеобщности на счетъ партикуляризмовъ. Мы увидимъ позже это явленіе не тамъ только, гдѣ дѣйствовала итальянская доктрина статутовъ, но и тамъ тоже, гдѣ ее вовсе не знали, какъ у насъ въ практикѣ торговой юрисдикціи въ XVIII вѣкѣ (см. позже въ обозрѣніи тѣхъ же, что здѣсь, вопросовъ, въ русскомъ правѣ).

Какой же результатъ? Доктрина статутовъ обошла всю Европу, примѣняясь къ условіямъ времени, видоизмѣняясь соотвѣтственно имъ, и слѣды ея сохранились до днесь въ дѣйствующихъ кодексахъ. Ученые и нынѣ очень далеки отъ согласія не только въ подробностяхъ, но и въ основахъ своихъ построеній. Для насъ, однако, цѣннѣе этой разногласицы и нерѣдко довольно темныхъ побужденій то личнаго, то національнаго своекорыстія, которыя слышатся въ этихъ контроверзахъ, историческій процессъ, коему слѣдуетъ развитіе права.

Общее исходное правило,—statuta territorium non egrediuntur—постоянно и въ тѣсной связи съ успѣхами новаго государства, терпитъ изъятія въ болѣе или менѣе обширномъ кругѣ нормъ. Въ Германіи въ XVI вѣкѣ ученіе о статутахъ въ практикѣ высшаго имперскаго суда (Reichskammergericht), подъ вліяніемъ успѣховъ итальянской юриспруденціи, формулируется такъ:

1) Право и притязаніе къ вещамъ опредѣляются нормами территоріи, гдѣ вещи находятся. *Statuta de rebus* non extenduntur ad res extra territorium sitas. При этомъ не различаются случаи, когда вещи составляютъ предметъ юридическаго отношенія въ отдѣльности, отъ случаевъ, гдѣ онѣ входятъ въ составъ наслѣдства. И такъ, въ вопросѣ о наслѣдствѣ рѣшить должны нормы мѣста нахожденія вещей, а не мѣста пребыванія наслѣдодателя. Однако, у нѣкоторыхъ писателей этого времени *). (XVI в., Everard, Gail) проходитъ, по отношенію къ наслѣдованію, другой принципъ, именно для движимостей и капиталовъ, гдѣ они принимаютъ рѣшающую норму мѣстожительства наслѣдодателя, а не мѣста нахожденія имущества, по правилу mobilia ossibus inhaerent.

*) Вехтеръ, стр. 275 пр. 82.

2) Для statuta personalia, т.-е. для нормъ, опредѣляющихъ право и дѣеспособность лица, когда вопросъ касается права распоряженія вещами, тоже первоначально дѣйствуетъ исключительный принципъ примѣненія нормъ территоріи нахожденія вещей. Но скоро, однако, этотъ принципъ ограничивается недвижимостями, а въ общемъ stat. personalia примѣняются extra territorium.

3) Это же торжествующее надъ территоріальной максимой начало примѣняется и къ юридическимъ сдѣлкамъ, насколько вопросъ касается внѣшней стороны, формы ихъ совершенія. И такъ, я могу совершить въ чужой территоріи сдѣлку по законамъ мѣста совершенія, и сдѣлка, со стороны формы, будетъ имѣть силу повсюду. Statutum disponens circa solennitates extendit se etiam extra territorium.

И такъ, при всемъ обиліи спорныхъ пунктовъ, ученіе о статутахъ, имѣвшее своимъ исходнымъ положеніемъ неспособность чужихъ нормъ найти примѣненіе въ нашихъ судахъ, уже въ теченіе XVI вѣка знало такое множество исключеній, что старое положеніе „statutum territorium non egreditur“ правильно было выразить въ обратномъ смыслѣ „statutum egreditur territorium“, допуская изъ сего рядъ исключеній, въ числѣ коихъ главное мѣсто принадлежало правоспособности обладанія недвижимостями.

Останавливаясь на этомъ главнѣйшемъ пунктѣ партикуляризма въ новыхъ системахъ гражданскаго права, мы должны замѣтить, что землевладѣніе повсюду на западѣ, долгое время, и въ эпоху образованія новыхъ государствъ, удерживало характеръ далеко не свободный отъ элемента права публичнаго, далеко не чистоцивильный, а сильно смѣшанный съ началами привилегіи, сословности, съ элементомъ властнаго, въ той или другой мѣрѣ, отношенія къ населенію. Однако и здѣсь, въ теченіе XVIII в., исключительность примѣненія мѣстныхъ нормъ значительно смягчилась для тѣхъ случаевъ, когда недвижимость входила въ составъ наслѣдуемаго имущества какъ цѣлаго. Въ этихъ случаяхъ распространилась очень далеко практика примѣненія чужихъ нормъ къ вопросу о порядкѣ преемства такихъ имуществъ въ данной территоріи *).

Такимъ образомъ, выйдя въ началѣ территоріальной эпохи права на западѣ, отъ полной исключительности въ вопросахъ примѣненія чужихъ законовъ и дѣятельности чужого суда на нашей территоріи, мы пришли, въ заключеніе, къ характерному

*) Wächter, Arch. XXV, стр. 193 и слѣд.

для развитія правообщенія результату, который западные юристы кратко формулируютъ такъ: civitas alterius civitatis leges apud se valere patitur, а для суда—rei judicatae vim in extraneis quoque foris agnoscendam esse, nemo facile negabit.

Въ подробностяхъ вопросъ продолжаетъ, какъ сказано, давать пищу многочисленнымъ контроверзамъ. Классическое изслѣдованіе Савиньи по этому предмету въ VIII т. его Системы еще далеко не устранило споровъ *). Mais ce qu'il y a de certain,— говоритъ одинъ изъ очень авторитетныхъ французскихъ писателей по этому предмету, Foelix —c'est qu'aujourd'hui toutes les nations ont adopté *en principe* l'application dans leurs territoires des lois étrangères. Натурально, никто не оспариваетъ безусловнаго права государства отвергать вовсе такія юридическія установленія другихъ государствъ, которыя чужды его духу. Но, гдѣ нѣтъ такого *исключительнаго* отношенія къ чужому закону, тамъ общая современная исходная точка суда и права европейскихъ государствъ есть *взаимное общеніе* цивильныхъ нормъ всѣхъ государствъ, и не отрицаніе, съ котораго началась европейская культура права **).

И такъ, здѣсь, на новой почвѣ, мы видимъ, въ исторіи права осуществленіе того же закона постепеннаго развитія количественнаго преобладанія нормъ общихъ на счетъ партикуляризмовъ, въ связи съ обособленіемъ права частнаго отъ публичнаго, и по тѣмъ же приблизительно ступенямъ общенія въ разныхъ институтахъ, какое мы наблюдали въ исторіи права римскаго.

Не можетъ быть сомнѣнія, что элементы системы универсальной для институтовъ цивильныхъ обогатились до чрезвычайности

---

*) Руководящій принципъ, цивильнаго *правообщенія* (Rechtsgemeinschaft) выставленный Савиньи, формулированъ имъ въ томъ смыслѣ, что во всякомъ юридическомъ отношеніи надлежитъ найти ту *территорію* (Rechtsgebiet), коей оно, соотвѣтственно его особой природѣ, принадлежитъ или подчиняется, короче—въ коей оно имѣетъ свою осѣдлость (worin dasselbe seinen Sitz hat). Въ существенныхъ чертахъ эта формула, думаетъ Савиньи, одинаково приложима къ случаямъ столкновенія разномѣстныхъ статутовъ какъ одного государства, такъ и разныхъ государствъ (VIII т., стр. 108).

**) См. Современное международное право цивилизованныхъ народовъ Ф Мартенса, изд 3 (1896 г.), т. II, стр. 285—377 (международное частное право), гдѣ читатель найдетъ обильныя литературныя указанія. Для старой литературы Wachter указ. статьи Архива, т. XXIV, ст. 231—234, примѣчанія. Для частнаго международнаго права по Bürg gesetzb. f. d. deutsche Reich. d-r. Caesar Barazetti Das internat. Priv. recht im Burg Gstzb. 1897. Изъ подробнаго знакомства съ современнымъ положеніемъ вопросовъ частнаго международнаго права (см. указан. соч. проф. Мартенса) легко придти къ убѣжденію, на какомъ далекомъ разстояніи отъ желательнаго находится *дѣйствительное правообщеніе* цивилизованныхъ государствъ и сколь многаго еще предстоитъ намъ ожидать отъ будущаго въ этой скользкой области столкновенія интересовъ.

въ новое время, и что процессъ этотъ идетъ въ тѣснѣйшей связи съ выдѣленіемъ вопросовъ права частнаго изъ близкаго соприкосновенія, изъ смѣшенія съ институтами права публичнаго.

Мы не имѣемъ основанія опредѣлять это явленіе понятіемъ *права общаго* въ установленномъ нами выше формальномъ смыслѣ. Общаго *источника* для этихъ примиренныхъ противорѣчій нѣтъ. Нѣтъ внѣшняго авторитета, дающаго имъ санкцію. Нельзя признать формальную основу этого общенія въ правѣ обычномъ. И что же? Должны-ли мы отвергать, въ виду этого, свойство *права* въ этихъ институтахъ собственности, договора, наслѣдованія, общихъ для всѣхъ новыхъ государствъ? Не подлежитъ сомнѣнію, что въ наше время найдутся юристы, которые откажутъ юридическому институту въ признаніи потому именно, что его нѣтъ въ сводѣ мѣстныхъ постановленій, хотя бы существованіе его въ жизни не подлежало никакимъ сомнѣніямъ. Это усердіе къ формамъ не разъ проявлялось самымъ тяжелымъ для жизни образомъ въ конструкціяхъ юристовъ. Тамъ-ли, однако, созидается право, гдѣ наличность его опредѣляютъ предшествующимъ изысканіемъ *формальныхъ признаковъ*? Помѣшало-ли успѣху рецепціи римскаго права на западѣ отсутствіе всякаго оффиціальнаго текста юстиніановской кодификаціи? Составляла-ли практика преторскаго суда примѣненіе эдикта, или, наоборотъ, самъ эдиктъ претора возникалъ и пополнялся изъ этой практики? Какъ образовалась вся система институтовъ juris gentium въ Римѣ?

Мы знаемъ хорошо, что *элементы правообщенія* возникаютъ не вдругъ готовыми, оконченными, со всѣми реквизитами формально-обязательной нормы. Этому предшествуетъ органическій процессъ роста ихъ; движущая сила остается скрытой, прежде чѣмъ выразится въ опредѣленной формѣ. Моментъ внѣшняго принужденія, Zwang'a, не есть непремѣнный *для состава юридической нормы*, конституирующій ее. Право, находящееся на степени субъективно сознаваемаго, въ процессѣ его образованія какъ нормы (das Werden des Rechts), есть все же право, и въ этомъ пониманіи природы права лежитъ безсмертная заслуга исторической школы. У насъ нѣтъ органовъ столь чуткихъ для выраженія этихъ медленныхъ процессовъ, какіе были въ Римѣ. Мы различаемъ формальный и историческій моментъ въ правѣ. Но это различіе не есть необходимое, условленное самой природой права, права частнаго въ особенности. Тамъ, гдѣ органы праворазвитія стояли ближе къ жизни, лучше регистрировали отношенія *текущаго движенія* въ ту или другую сторону, чѣмъ у насъ, этого различія не знали и не дѣ-

лали. Мы его дѣлаемъ, но намъ надлежитъ знать причину, основу этого различія, лежащую не въ правѣ, а въ особомъ строеніи нашихъ государствъ, на коемъ слѣдъ старой территоріальной розни далеко еще не изгладился. Не менѣе того тѣ *частичныя торжества въ достиженіи правообщенія*, какія мы отмѣтили выше, составляютъ столь же прочное достояніе современной европейской культуры права, какъ и успѣхи римской системы juris gentium надъ партикуляризмами того времени. Здѣсь также постоянно и въ *связи съ обособленіемъ права частнаго отъ публичнаго идетъ процессъ количественнаго поглощенія нормъ партикулярныхъ нормами общими* *).

Къ этому надлежитъ прибавить, что экономическій оборотъ и юридическая практика создали въ новое время такія формы обмѣна, сочетанія соціальныхъ силъ, какихъ вовсе не знало право римское, и которыя до крайности трудно подчинить дѣйствію территоріальной максимы.

§ 5.

Рецепція римскаго права на Западѣ. — Универсальный характеръ явленія.— Итальянскіе университеты.—Общеніе націй.—Отношеніе итальянскихъ учителей къ римскому праву.—*Общія причины* рецепціи.—Вѣрованія.—Проповѣдь.— Вопросъ о *формальной* основѣ рецепціи.—Рецепція *во Франціи*.—Историческая школа.—Raison écrite.—Упадокъ.—*Германскіе университеты*. — „Національный“ протестъ. — Встрѣчныя теченія рецепціи. — Подавляющее дѣйствіе на національные институты.—Скудость *общаго права* своего.—Предстоящая общая отмѣна формальнаго авторитета латинскихъ текстовъ.

Мы имѣемъ полное основаніе утверждать, что весь составъ понятія частнаго права, точно такъ же какъ понятія права общаго, въ законодательствахъ и юриспруденціи западныхъ государствъ выработался подъ самымъ сильнымъ вліяніемъ римскаго права. Это римское вліяніе, очень различное въ разныхъ странахъ и въ разныя эпохи, отнюдь не прекратилось и нынѣ. Во всѣхъ областяхъ юриспруденціи **), хотя не въ одинаковой мѣрѣ, вліяніе

*) Обозрѣніе успѣховъ международнаго общенія см. Tableau général de l'organisation des travaux etc. de l'institut de droit international 1893. Ernest Lehr.

**) Есть писатели, которые опредѣляютъ гораздо шире предѣлы этого вліянія. Такъ, Мэнъ (Maine, Ancent law, русск. перев. Бѣлозерской съ англ. 4 изд., 1874 г.) говоритъ: „Нельзя не удивляться тому количеству и разнообразію наукъ, которыя заимствовали отъ римскаго права, особенно отъ римск. обязательств. права, способъ мышленія, методъ изслѣдованія и технической языкъ. Изъ наукъ занимавшихъ умы новыхъ людей, едва-ли найдется одна, кромѣ физики, на которой не отразилось бы вліяніе римской юриспруденціи. Правда, науки

это оставило болѣе или менѣе глубокіе слѣды. Вопросъ о рецепціи римскаго права есть, поэтому, одинъ изъ капитальнѣйшихъ для всей исторіи культуры права въ современной Европѣ. Мы не имѣемъ здѣсь въ виду сколько-нибудь исчерпать его. Указанія на его значеніе и путь къ изученію этого явленія вы узнали частью уже изъ историческихъ чтеній по римскому праву. Намъ, однако, трудно обойти здѣсь совершенно это, опредѣляющее нынѣшнее состояніе гражданскаго права въ особенности, явленіе, и мы, по возможности сжато, остановимся на немъ въ тѣхъ пунктахъ, которые важны для правильнаго пониманія задачъ современной юриспруденціи и сравнительнаго изученія права русскаго.

Средствъ для изученія процесса рецепціи вы найдете въ настоящее время цѣлую массу въ любой западной литературѣ, въ особенности въ нѣмецкой. Книгъ, однако, которыми удобно пользоваться для перваго знакомства съ обширнымъ предметомъ, очень немного. Лучшее, что можно назвать въ этомъ смыслѣ, въ послѣднее время принадлежитъ перу голландскаго юриста Moddermann'a. Работа Моддермана, очень небольшая и крайне серьезно выполненная, заслужила самый лестный пріемъ у нѣмцевъ, хотя сама она почти вся основана на нѣмецкихъ изслѣдованіяхъ. Schulz перевелъ ее въ 1875 г. на нѣмецкій языкъ, теперь есть и русскій переводъ, выполненный г-мъ приватъ-доцентомъ А. И. Каминкой. Для той же цѣли—общаго ознакомленія съ вопросомъ—писалъ проф. Муромцевъ въ „Юридическомъ Вѣстникѣ“ за 1885 г., а потомъ напечаталъ брошюру: „Рецепція римскаго права на Западѣ“, Москва, 1886 г. Книги Моддермана, мы думаемъ, брошюра г. Муромцева не замѣняетъ; не менѣе того, она очень полезна для обозрѣнія позднѣйшихъ (послѣ 1875 г.) явленій нѣмецкой литературы по исторіи рецепціи.

Чтобы нѣсколько оріентироваться въ обширной литературѣ предмета, надо имѣть въ виду, что вліяніе римскаго права не ограничивалось на западѣ однимъ правомъ частнымъ. Поэтому изученіе этого вопроса вы найдете не у однихъ цивилистовъ, а въ болѣе или менѣе обширномъ размѣрѣ у публицистовъ, процессуалистовъ, канонистовъ, криминалистовъ... Далѣе, по тѣсной связи

чисто метафизическія—скорѣе греческаго, чѣмъ римскаго происхожденія; но политика, нравственная философія и даже теологія не только запмствовали отъ римскаго права способъ выраженія, но и нашли въ немъ источникъ, благодаря которому ихъ наиболѣе глубокія изслѣдованія могли получить окончательное развитіе (226 стр. по перев.). Въ другомъ мѣстѣ Мэнъ находитъ однимъ изъ знаменательнѣйшихъ явленій въ исторіи мысли тотъ фактъ. что ни одинъ народъ, говорившій по гречески, не задавался серьезно разрѣшеніемъ вопроса о свободѣ воли, предопредѣленіи, и не обнаруживалъ склонности къ созданію цѣльныхъ ученій о правѣ. Наука юридическая есть дѣло римской мысли.

успѣховъ римскаго вліянія на всѣ отрасли юриспруденціи съ преподаваніемъ права въ университетахъ, исторія университетовъ на Западѣ освѣщаетъ процессъ рецепціи самымъ яркимъ свѣтомъ. Это можно сказать обо всѣхъ современныхъ западныхъ государствахъ вообще, но то же явленіе характерно и для исторіи права въ каждомъ изъ нихъ въ особенности. Что касается системы цивильнаго права, то вліяніе римскаго права видно здѣсь не только въ цѣломъ, но и въ отдѣльныхъ институтахъ и понятіяхъ: въ понятіи лица, вещи, въ институтѣ владѣнія, собственности, обязательствъ, семейнаго, наслѣдственнаго правъ, во многихъ ученіяхъ гражданскаго процесса и проч.

Имѣя въ виду эту всесторонность, обширность римскаго вліянія на право новой Европы, мы натурально легко затеряемся въ обиліи трудовъ, способныхъ разъяснить ту или другую сторону вопроса. Разъясненіе его въ цѣломъ и не составляетъ здѣсь нашей задачи. Капитальный и наиболѣе общаго характера трудъ по этому предмету составляетъ сочиненіе Савиньи „Geschichte d. römisch. Rechts im Mittelalter“, 2 изд. (1834 — 51). Мюнхенскій пандектистъ Алоизъ Бринцъ справедливо думаетъ, что на этомъ сочиненіи въ особенности основана *слава Савиньи какъ ученаго*. Собственно только два первые тома содержатъ въ себѣ исторію римскаго права отъ Ромула-Августула до Ирнерія; послѣдующіе — посвящены исторіи разработки его въ возникшихъ на западѣ университетахъ въ эпоху глоссаторовъ и post-глоссаторовъ. Въ первыхъ двухъ томахъ вы убѣждаетесь наглядным образомъ въ той мысли, какую поддерживаетъ Савиньи въ своемъ ученіи о правѣ. Римское государство пало, а между тѣмъ право продолжало жить, примѣняться, разрабатываться на западѣ, въ земляхъ, занятыхъ варварами, какъ это мы видѣли выше, среди римскаго населенія и въ особенности въ церковномъ обществѣ. Дальнѣйшіе успѣхи разработки римскаго права въ Италіи, начиная съ XII в., не составляютъ вовсе скачка въ исторіи. Ирнерій и глоссаторы не случайно взялись за изученіе его подлинныхъ источниковъ въ юстиніановской кодификаціи.

Весь вопросъ объ успѣхахъ литературной обработки римскихъ источниковъ, выработкѣ общаго чтенія ихъ, способахъ изученія, послѣдовательныхъ измѣненіяхъ въ нихъ — составляетъ теперь обыкновенно предметъ особой дисциплины, и мы не коснемся его, предполагая общія данныя извѣстными *).

*) Въ указанномъ сочиненіи г. Муромцева есть много свѣдѣній, полезныхъ для юриста; но, къ сожалѣнію, встрѣчаются нѣкоторыя неточности въ образѣ выраженія. На стр. 41 мы читаемъ: „Исторія рецепціи въ этой странѣ (Фран-

Но зато, для изученія любой современной системы права, крайне важно знать, чѣмъ условливалось поразительное съ перваго взгляда явленіе заимствованія чужого права, какими данными его состава, какимъ состояніемъ права на той почвѣ, куда насаждалось это инородное растеніе? какой плодъ принесло бы или способно принести такое насажденіе на нашей почвѣ?

Вопросы столь же важны, сколько трудны для разрѣшенія. Очеркъ рецепціи въ этомъ смыслѣ, насколько его возможно сдѣлать коротко, въ виду успѣховъ современной его разработки, несомнѣнно дастъ намъ очень полезныя для правильнаго разумѣнія явленій русскаго права аналогіи.

Задача изученія носитъ характеръ универсальный. Римское право реципировалось и на западѣ и на востокѣ. Предѣлы рецепціи далеко не уяснены окончательно. Но они были крайне обширны. Труды по разработкѣ рецепціи на востокѣ освѣщаются въ послѣднее время неожиданными открытіями довольно загадочныхъ сирійскихъ текстовъ, которые составляютъ своеобразную переработку римскаго права на востокѣ *). Изученіе процесса распространенія римскаго права въ земляхъ славянскихъ, черезъ посредство византійскихъ юристовъ, дѣлаетъ замѣтные успѣхи, благодаря трудамъ новыхъ византологовъ. Но не здѣсь и не отсюда мы можемъ заимствовать поучительныя данныя для поставленныхъ нами цѣлей.

Изученіе процесса рецепціи и его результатовъ для современнаго гражданскаго права плодотворнѣе пока на судьбѣ ея въ западныхъ государствахъ. При этомъ, по ограниченности времени, мы сосредоточимъ наше вниманіе лишь на нѣкоторыхъ главнѣйшихъ чертахъ рецепціи римскаго права на западѣ вообще и во Франціи и въ Германіи въ особенности.

Извѣстно, что изученіе текстовъ юстиніановскаго права приняло на западѣ, сначала въ Италіи, именно въ Болоньи, въ XII вѣкѣ, характеръ универсальнаго явленія. Изученіе состояло въ чтеніи латинскаго текста съ краткими пояснительными грамматическими и юридическими замѣтками. Рядомъ съ цитрамонта-

---

ціи) начинается со временемъ завоеванія древней Галліи Юліемъ Цезаремъ". Почему авторъ называетъ это явленіе *рецепціей?* Конечно, не одно и то же,— ни въ смыслѣ предмета, ни въ смыслѣ способа освоенія,—романизированіе Галліи и рецепція римскаго *права* на Западѣ: зачѣмъ же разныя вещи называть однимъ именемъ и искать для *рецепціи*, въ этомъ совершенно неопредѣленномъ смыслѣ, общаго объясненія въ *идейномъ предрасположеніе* (стр. 90) и проч.? Новѣйшія работы по исторіи рецепціи см. Regelsberger Pandekten. 96 г. § 1 примѣчаніе и Dernburg Pandekten 5 изд. § 3 пр. 2.

*) Das romisch-syrische Rechtsbuch a. d. 5 Jahrhund., herausgeg., uebers. u. erlaut. v. Bruns u. Sachau. 1880.

нами слушатели-ультрамонтаны составляли въ Болоньи 18 націй. Сюда сходились французы, англичане, нѣмцы, поляки, венгерцы, чехи, испанцы, португальцы, фризы и т. д. Въ связи съ развитіемъ городской жизни и нравовъ, успѣхи новой школы юристовъ распространились по всей Италіи, и мы видимъ въ XIII и XIV вв. университеты, гдѣ учатъ праву, въ Падуѣ, Пизѣ (б. м. XII в.), Виченцѣ, Верчелли, Арецо, Феррарѣ, Римѣ, Неаполѣ, Перуджіи, Павіи, Туринѣ.

Явно, что раньше всего потребность усвоенія системы права не мѣстнаго, статутарнаго, особеннаго, а общаго, почувствовалась на Западѣ тамъ, гдѣ до того сама *традиція* римскихъ ученій была наиболѣе сильной. Въ работахъ по исторіи рецепціи въ романскихъ земляхъ *) вы найдете любопытныя указанія на рано привившіяся чрезъ посредство глоссаторовъ въ практикѣ судовъ начала реципированнаго юстиніановскаго права. Какое множество условій жизни того времени содѣйствовало успѣху рецепціи, объ этомъ трудно дать понятіе въ краткихъ чертахъ. Глоссаторы далеко не были исключительно учителями. Начиная съ Ирнерія, „lucerna juris“, занимавшаго высокое положеніе въ судебной магистратурѣ, виднѣйшіе истолкователи юстиніановскихъ текстовъ играли рѣшающую роль не въ однѣхъ только контроверзахъ по частному праву, а въ равной мѣрѣ и въ политическихъ вопросахъ, волновавшихъ тогдашнее общество, въ столкновеніяхъ духовной и свѣтской власти въ особенности. Вліяніе школы и воззрѣній юристовъ въ ту пору на дѣла практическаго свойства едва-ли можетъ быть сопоставлено съ какимъ-либо явленіемъ нашего времени, кромѣ развѣ вліянія прессы на общественное мнѣніе въ наши дни. Толпы юристовъ, собиравшихся въ итальянскихъ университетахъ, разносили по всей Европѣ воспринятыя ими воззрѣнія учителей, не всегда согласныя съ господствовавшими до того взглядами **). *Общеніе* происходило поразительно быстро въ особенности въ виду обычая не только студентовъ, но и профессоровъ перекочевывать изъ одного университета въ другой (peregrinatio academica). Работа кабинетная, за книгой, не могла дать въ ту пору такого богатства познаній, какъ переѣзды изъ одного академическаго центра въ другой. Есть писатели, которые думаютъ, что das Reisen составляло при этомъ die Hauptsache, a das Studieren mehr Nebensache. Не-

*) Общія указанія см. въ указан. выше книгѣ Moddermann-Shulz'a.

**) Ср. характерный, хотя и анедоктическій разсказъ о контроверзѣ между д-рами Булгаромъ (Bulgarus) и Мартиномъ по вопросу,—есть ли императоръ *властелинъ* вселенной, utrum de jure esset dominus mundi, стр. 35 Modderman-Schulz.

сомнѣнно, что такое кочеваніе могло имѣть своего рода привлекательность для нѣкотораго круга лицъ. Нѣмецкія университетскія лѣтописи отмѣчаютъ намъ курьезный случай имматрикуляціи одного „стараго студента“ въ XVI в. въ двадцати университетахъ. Тѣ или другія побужденія къ странствованіямъ могутъ оставаться загадочными, но самое явленіе и его послѣдствія для европейской культуры права несомнѣнны. Сѣмена римскаго права разсѣявались быстро, при посредствѣ итальянскихъ учителей и студентовъ, на всемъ западѣ *). Успѣхи изученія римскаго права въ латинскомъ мірѣ возбуждаютъ рано опасенія въ представителяхъ духовнаго просвѣщенія. и тотъ самый клиръ, въ которомъ долгое время удерживалась традиція римскаго права, спѣшитъ стать на пути его распространенія **). Вопросъ о томъ, что могло побуждать духовную власть къ этому противодѣйствію, принадлежитъ къ числу очень спорныхъ. Нѣмецкій писатель Шмитъ полагаетъ, что причина преслѣдованія пандектистовъ экскоммуникаціями со стороны церкви заключалась въ томъ, что право, ими преподаваемое, было языческаго происхожденія, и что представители церкви не хотѣли выражать этого своего взгляда, а прямо принимали мѣры противъ зла. Несомнѣнно, что на эту точку зрѣнія очень трудно стать, ибо сама церковь сохранила традицію этого права, а скромность притязаній, какъ справедливо замѣчаетъ Моддерманъ, не въ характерѣ латинской куріи. Вѣроятнѣе то объясненіе явленія, которое предлагаетъ Савиньи. *Теологіей и правомъ римскимъ*, думаетъ онъ, *занимались въ ту пору со страстью*, и увлеченіе занятіями правомъ не могло не отразиться невыгодно на занятіяхъ теологіей. Эта же сила аттракціи въ города Италіи цѣлыхъ массъ учащихся повела очень рано къ соперничеству съ итальянскими университетами новоучрежденныхъ университетовъ въ другихъ романскихъ странахъ,—во Франціи, въ Испаніи, въ Португаліи.

Въ какомъ отношеніи стояли итальянскіе учители къ римскому праву? Какъ смотрѣли на жизнь современныхъ обществъ? Чѣмъ условливалось ихъ вліяніе? Какія внутреннія причины рецепціи чужого права?

На первый вопросъ мы отвѣчаемъ только въ самомъ общемъ смыслѣ, предполагая детальныя свѣдѣнія данными въ другихъ

*) Въ Англіи вліяніе римскихъ ученій замѣчается уже у писателей въ XII в.

**) Соборными опредѣленіями для Франціи уже въ XII в. духовнымъ возбраняется изученіе римскаго права. Въ началѣ XIII вѣка папа Гонорій III своею буллой запрещаетъ его преподаваніе въ Парижѣ.

частяхъ курса. Характеръ первоначальнаго освоенія и обработки римскихъ текстовъ былъ до такой степени зависимымъ и механическимъ, что онъ способенъ скорѣе поражать обиліемъ труда, чѣмъ качествомъ результатовъ. Это было собственно набожное заучиваніе текстовъ открытыхъ въ ту пору частей юстиніановскаго права, приведеніе ихъ въ такой порядокъ, который наиболѣе соотвѣтствовалъ этой цѣли, объясненіе темныхъ мѣстъ сопоставленіемъ параллельныхъ текстовъ, примиреніе противорѣчій. Весь ученый аппаратъ разсчитанъ былъ главнымъ образомъ на облегченіе запоминанія и пріисканья цитатъ.

Это было механическое освоеніе римскаго права, не допускавшее никакихъ сомнѣній въ истинности и достоинствѣ его положеній. Вѣнца своего это чисто рецептивное отношеніе къ текстамъ достигло въ глоссѣ Аккурзія.

Въ XIV и XV вв. обработка текстовъ получаетъ новый характеръ у догматиковъ, комментаторовъ, практиковъ. Здѣсь преобладаетъ схоластическій пріемъ изученія, съ тѣми искусственными діалектическими пріемами, которые суть общіе для всѣхъ областей знанія въ ту пору. Опредѣленіе понятій, абстрактныя тезы, антитезы, дистинкціи, правила, исключенія, разъясненія, казусы, придуманные учителями этого времени, вытѣсняютъ подлинные тексты источниковъ и даютъ въ результатѣ волюминозные и утомительные трактаты смѣняющихся толкователей, въ которыхъ цѣль по временамъ вся заключается въ томъ, чтобы вытѣснить формально-логическія комбинаціи предшественника новыми измышленіями такого же рода.

Вліяніе нѣкоторыхъ изъ этихъ догматиковъ, особенно Бартола (Bertolus) и Бальда (Baldus), было громадное во всѣхъ странахъ западной Европы. Если глоссаторы установили чтеніе источниковъ и опредѣлили объемъ рецепціи юстиніановскаго права (см. курсы римскаго права), то вліяніе догматиковъ отразилось въ особенности на отдѣльныхъ юридическихъ ученіяхъ, которыя прилежно разрабатывались въ ихъ духѣ впослѣдствіи. Въ многочисленныхъ монографическихъ работахъ нашего времени по исторіи догмы римскаго права въ средніе вѣка видна постоянная видоизмѣняющая римскія ученія и приноровляющая ихъ къ условіямъ времени дѣятельность догматиковъ и комментаторовъ. Въ значительной части Европы распространились и были реципированы не столько подлинныя римскія ученія, сколько эта посредствуемая post-глоссаторами итальянская доктрина. Образцы ея мы увидимъ впослѣдствіи въ разныхъ ученіяхъ гражданскаго права, въ особенности въ ученіи о юридическомъ лицѣ,

о владѣніи, собственности, договорѣ, тестаментѣ, какъ видѣли выше въ ученіи о столкновеніи статутовъ.

Постараемся разъяснить тайну вліянія этихъ учителей.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что глоссаторы были совершенно чужды историческаго разумѣнія права. Выборъ ими чтеній и предметовъ для толкованія обусловливался простымъ сравненіемъ болѣе высокихъ образцовъ юриспруденціи съ менѣе высокими. Вѣрно также, что всѣ попытки новыхъ построеній въ правѣ не шли въ сравненіе съ высокой технической обработкой римскаго права въ его подлинныхъ источникахъ, особенно институціяхъ и пандектахъ. Тѣ старые тексты римскаго права, которые замѣнялись этими новыми, были неизмѣримо выше ихъ по достоинству.

Общія юридическія воззрѣнія на право становятся ясными у догматиковъ. Какъ смотрятъ они на право римское и на новый міръ? Ихъ соображенія вовсе не сложны. Dominium mundi, которое въ источникахъ ихъ мудрости принадлежало Риму, остается за нимъ же и теперь. Римъ есть caput mundi, а старые цезари — sanctissimi antecessores новыхъ императоровъ. Внѣ права и внѣ римскаго гражданства пребываютъ только греки, татары, евреи, индѣйцы и сарацины. Право во всемъ мірѣ одно. Это право римское. Нельзя по этому поводу не замѣтить, что уже въ этомъ взлядѣ на кругъ лицъ, составляющихъ новыхъ римскихъ гражданъ, ясно выраженъ исповѣдный характеръ рецепціи.

Въ указанномъ воззрѣніи на государственное право есть черта, далеко не соотвѣтствующая дѣйствительному состоянію римскаго и новаго права въ эту пору. Мы видѣли выше, до какой степени бытъ юридическій представлялся разбитымъ и какъ мало императорская власть оказывала эфективнаго вліянія на жизнь. Но это воззрѣніе въ высшей степени характерно для духа времени и образа мыслей учителей. Основу его составляетъ *вѣра людей*, и отсюда истекаетъ практическій смыслъ его для дѣйствительности. Сила вѣры не ограничивается въ эту пору одними вопросами религіи, а проникаетъ всѣ области знанія и отражается на юриспруденціи. Римское право и основы римскаго цезаризма, конечно, далеко не соотвѣтствовали духу тогдашней церкви; но право свѣтское, вѣра въ императорскую власть, составляло отнюдь не меньшую силу въ сознаніи людей того времени, чѣмъ вѣра въ духовную власть папы. Право каноническое, съ одной стороны, и право римское, свѣтское, съ другой, имѣли одну базу въ тогдашнемъ міровоззрѣніи, хотя

они не мирились одно съ другимъ, какъ не мирилась власть свѣтская съ властью духовной. Романисты были на сторонѣ свѣтской власти, римскихъ (позднѣйшихъ) ученій о происхожденіи права отъ императора.

Ученіе о правѣ въ школѣ романистовъ *представляло* собою скорѣе *характеръ проповѣди* и пропаганды, чѣмъ изслѣдованія и задачъ познанія. Ни количество стекавшихся отовсюду слушателей, ни отношеніе ихъ къ ученію не могутъ быть объяснены безъ этой основы нравственнаго возбужденія тогдашняго общества. Задача *изслѣдованія* должна бы привязывать слушателей къ подлинникамъ, побудить ихъ изучать внутреннюю сторону ихъ строенія. Но эта задача наступитъ лишь современемъ. И это будетъ эпоха возрожденія знаній. Въ средніе вѣка учители, наоборотъ, уходятъ отъ текста, и ученики внимаютъ лишь проповѣди учителя. Рафаэль Фульгозій, post-glossator конца XIV и начала XV в., профессоръ въ Павіи, говоритъ намъ: Sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorant glossatores pro evangelistis... Volo pro me potius. продолжаетъ онъ, glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariae partis *et etiam judex*: credis tu, quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu. Это вѣра—безпрекословная и безъ всякой критики слову учителя и надежда, что этимъ путемъ только право способно стать единымъ и общимъ для всего міра вѣрныхъ... Одинъ изъ позднѣйшихъ глоссаторовъ прямо выражаетъ эту реальную цѣль стремленій—unius urbis imperio totum orbem subici, unius urbis legibus totum orbem informari.

Въ вѣрности этимъ ученіямъ проповѣдники римскаго права видятъ *своего рода путь къ спасенію*, также какъ въ отклоненіи отъ него—гибель. Немного позже, когда Германія переживала тотъ же лихорадочный процессъ рецепціи, вотъ какъ угрожалъ романистъ-учитель непослушнымъ этому слову истины: если не послушаете этого слова, къ вамъ опять вернется та животная дикость (vihisch wildheit), въ коей вы жили прежде, когда всякій сильный угнеталъ слабаго и одинокіе люди питались желудями въ лѣсахъ (die Menschen ainsam in den Walden mit Aichel speysten).

Юристы нерѣдко задаютъ себѣ вопросъ, на чемъ *формально* держался и держится до сихъ поръ авторитетъ римской догмы въ областяхъ, гдѣ она обязательно примѣняется въ судахъ? Иначе выраженный этотъ вопросъ будетъ такой: кто приказалъ примѣнять латинскіе тексты въ новомъ мірѣ? Отвѣтъ юристовъ

очень различный. По мнѣнію однихъ, римское право реципировано силой обычая. Затрудненіе признать эту формальную основу заключается въ томъ, что обычай тутъ развивается совсѣмъ не изъ тѣхъ силъ, какія нормально содѣйствуютъ его образованію. Римскія ученія приходятъ извнѣ, путемъ книжнымъ, путемъ изученія, школьнаго усвоенія, не имѣющаго ничего специфически-юридическаго. Другіе объясняютъ формальный авторитетъ римскаго права, прямо со словъ Булгара, длящейся на западѣ, въ лицѣ императоровъ, властью римскихъ цезарей. Формализмъ мышленія юристовъ не можетъ идти дальше этихъ предѣловъ несообразности *). Начать съ того, что нѣтъ ничего ненадежнѣе объясненія явленій историческихъ сужденіями тѣхъ людей, которые сами находятся въ сферѣ ихъ дѣйствія. Отношеніе причины и слѣдствія всегда виднѣе наблюдающему такое явленіе со стороны, чѣмъ въ средѣ его развитія. Бартолъ и его современники могли раздѣлять это воззрѣніе на длящійся законодательный авторитетъ римскаго императора въ XIV и XV в. новой эры. Эта вѣра составляетъ существенный для исторіи рецепціи факторъ. Но развѣ рецепція ограничивалась государствами, гдѣ этотъ авторитетъ имѣлъ силу? развѣ она происходитъ только до того времени, пока длится этотъ авторитетъ? Мы увидимъ сейчасъ, что рецепція происходила внѣ этихъ предѣловъ мѣста и времени. Глоссаторы и Bartolus во-главѣ ихъ искали и находили только формальное основаніе для рецепціи. Искать намъ въ ихъ книгахъ отвѣта на вопросы историческаго свойства—значитъ требовать отъ нихъ то, чего они вовсе не думали дать. Одинъ изъ заслуженнѣйшихъ, современныхъ пандектистовъ, Алоизъ Бринцъ говоритъ по поводу этого объясненія рецепціи, что *признаніе длящеюся власти цезарей есть уже само по себѣ рецепція*, рецепція римской идеи единаго государства съ единымъ главой; и она сама требуетъ объясненія, а вовсе не способна послужить средствомъ для объясненія рецепціи римскаго права.

Но правильно-ли ставится вопросъ, когда юристы спрашиваютъ—на чемъ держится авторитетъ римскаго права въ новое время? Можно-ли спросить, на чемъ держался авторитетъ системы juris gentium въ Римѣ? Что такое римское право въ новой Европѣ, что такое система juris gentium въ исторіи Рима? Рецепція римскаго права на западѣ есть эпоха въ исторіи новаго

*) Здѣсь именно умѣстно вспомнить Ihering'овскій укоръ юристу, неспособному объяснить себѣ ничего безъ формальныхъ критеріевъ, предѣлъ высоты его взглядовъ, и роковое ne sutor ultra crepidam...

права, также какъ система juris gentium есть эпоха въ исторіи права римскаго. Это, и тутъ и тамъ, *эпоха общенія народовъ, смѣняющая эпоху партикуляризма*, особности національной жизни. Возможно-ли спрашивать, по какому праву? по чьему велѣнію? Есть-ли это вопросъ по существу юридическій? Если нѣтъ, то *какъ же долженъ быть формулированъ юридическій вопросъ*, касающійся рецепціи? Вотъ наше мнѣніе.

Въ основѣ образованія системы juris gentium, такъ же какъ и рецепціи римскаго права, лежалъ историческій процессъ общенія народовъ, смѣняющій собою національную исключительность взаимностью народовъ. Его мы видимъ въ Римѣ, его же мы наблюдаемъ въ новомъ мірѣ. Совершенно такъ, какъ тамъ этотъ процессъ выразился не въ единомъ законодательномъ актѣ, а въ постепенномъ образованіи преторскаго эдикта путемъ юрисдикціи сановниковъ и разработки новаго права юристами, также и здѣсь мы не видимъ формальнаго авторитета, на которомъ внезапно и повсемѣстно можно было бы основать обязательность новой системы, смѣняющей старую. Тамъ, въ Римѣ, старый единый національный источникъ—законъ съ его интерпретаціей мѣстными авторитетами, знатоками не одного права, а всякаго рода вопросовъ домоводства,—смѣнился юристами другого склада мыслей, дѣйствовавшими въ болѣе высокихъ сферахъ развитія права, въ судѣ претора, по соображеніямъ болѣе глубокимъ, чѣмъ старые cantatores formularum. Тутъ, въ новое время, мы видимъ то же измѣненіе требованій отъ юриспруденціи. Время національныхъ юристовъ, шоффеновъ, прошло безвозвратно. Нужны были иные суды. Нельзя было болѣе Recht finden secundum suos quinque sensus. Требовалось больше мысли, больше знанія. Гдѣ было взять его въ новое время? Великая разница въ условіяхъ римской и ново-европейской исторіи въ томъ только, что тамъ та же рѣчь, тѣже установленія, общія, содѣйствовали развитію какъ старой, такъ и новой системы чужаго права.

Что видимъ мы въ новой Европѣ? Здѣсь новые народы, не связанные сперва ничѣмъ, кромѣ племенныхъ узъ, вступаютъ въ общеніе въ области вѣры и церкви, въ этой сферѣ осваиваются съ чужой рѣчью, и съ этой латинской рѣчью въ церкви и школѣ, въ извѣстную пору, начинаютъ освоеніе права.

Явленіе было сто кратъ толкуемо на всѣ лады. Ihering на этомъ явленіи главнымъ образомъ строилъ свои возраженія противъ *органическаго* ученія о правѣ, противъ Naturwüchsigkeit, растительныхъ процессовъ въ его развитіи. Вѣрно-ли это (допуская натурально, вообще, метафоры въ рѣчи)? Мы думаемъ,—

нѣтъ. Процессъ освоенія однимъ растительнымъ организмомъ другого, привитаго, представляетъ собою, по нашему мнѣнію, не только въ природѣ, но и въ правѣ менѣе чудеснаго, чѣмъ пріемъ объясненія исторіи права механическими Zwang'ами всякаго рода, которые у Ihering'а замѣняютъ эти органическіе процессы.

Не законами, не приказами, не принужденіемъ объясняются явленія исторіи права; факторы тутъ вовсе не формально-юридическіе. Тутъ дѣйствуютъ *скрытые факторы* успѣховъ сознанія, воли, расширенія круга интересовъ личныхъ и соціальныхъ въ извѣстную историческую эпоху. Все это производитъ измѣненіе формъ общенія, ставитъ иначе задачи суда и дѣлаетъ совершенно понятнымъ въ новой Европѣ рецепцію чужой системы общаго права взамѣнъ своей, исключительной, партикулярной, статутарной...

Вотъ наше объясненіе явленія въ цѣломъ. Чтобы понять необходимость рецепціи, надо знать не только состояніе самого реципированнаго права, но принять еще во вниманіе почву, на коей происходитъ рецепція. Она происходитъ тамъ, гдѣ является *потребность обособленія права частнаго отъ публичнаго и гдѣ вмѣстѣ съ тѣмъ элементъ права общаго торжествуетъ надъ партикуляризмами*. Чужое право, эта готовая римская матерія, отвѣчало и той и другой потребности, т.-е. и обособленію частнаго отъ публичнаго и преобладанію элементовъ общихъ надъ особенными, въ той именно мѣрѣ, какая требовалась для новой эпохи европейской культуры права.

Это объясненіе *общихъ причинъ* рецепціи. Несомнѣнно, еще поучительнѣе было бы изученіе этого явленія въ частной исторіи отдѣльныхъ европейскихъ территорій. Нѣтъ подробности вопроса, которая не была бы занимательна и въ высшей степени инструктивна не только для исторіи европейскаго права; но, аналогически, и для нашего права. Только краткость времени побуждаетъ меня остановиться на сравнительно небольшомъ кругѣ явленій частнаго характера.

Выше было видно, насколько различалась *судьба Франціи* и *Германіи* уже въ теченіе среднихъ вѣковъ по отношенію къ элементамъ, изъ коихъ созидалось право той и другой страны.

Во Франціи есть цѣлая большая территорія писаннаго права, гдѣ рецепція юстиніановскихъ источниковъ составляла собственно только смѣну худшихъ рессурсовъ познанія римскаго права лучшими. Университетскія штудіи юстиніановскихъ источниковъ начинаются на кгѣ Франціи крайне рано. Въ XIII и XIV вв. мы видимъ университеты въ Monpellier, Orléans, Toulouse, Vienne,

Lyon, Avignon, Grenoble, Valence. Тамошнія высшія школы были тоже не только школами въ нашемъ смыслѣ, и мы видимъ уже въ XIII вѣкѣ, что къ авторитету университетскихъ корпорацій обращаются по вопросамъ политическимъ, которые и разъясняются ими на основаніи римскаго и каноническаго правъ. Любопытно вмѣстѣ съ тѣмъ, что во Франціи очень рано авторитетъ римскаго права перестаетъ быть подавляющимъ для права мѣстнаго, какъ увидимъ позже въ Германіи, что въ то же время къ традиціи итальянскихъ школъ французы относятся самостоятельнѣе, независимѣе, чѣмъ въ другихъ областяхъ примѣненія реципированнаго права. Людовикъ Святой (le roi justicier), имѣвшій легистовъ въ своемъ совѣтѣ, признаетъ силу римскаго права для Лангедока, но прибавляетъ, въ ordonnance'ѣ 1254 г., что оно не есть обязательный авторитетъ (non quod eorum nos obligat auctoritas, seu adstringat), а имѣетъ силу обычая мѣстнаго, стало быть ту же, что и право кутюмное. То же находимъ и въ XIV в. въ ordonnance'ѣ Филиппа Красиваго (le roi niveleur), подтверждающемъ папское запрещеніе преподавать римское право въ парижскомъ университетѣ. Вмѣстѣ съ подъемомъ французскаго національнаго сознанія долженъ былъ опредѣлиться иной методъ изученія римскихъ источниковъ, чѣмъ въ Италіи, и долженъ былъ возникнуть въ кругахъ юристовъ вопросъ объ общемъ значеніи этого источника для практической юстиціи во Франціи.

Иной методъ изученія источниковъ выразился въ болѣе свободномъ отъ буквы закона взглядѣ на источники, въ устраненіи авторитета итальянскихъ толкователей и въ замѣнѣ схоластическаго догматизма историческими комментаріями къ текстамъ. Это не значитъ, что во Франціи не знали итальянской школы. Напротивъ, римское право читалось и въ XVI вѣкѣ magistraliter, more italico, итальянскія работы печатались въ изобиліи; но рядомъ съ этимъ шло, развивалось и преуспѣвало новое воззрѣніе на задачу романистовъ, и за этимъ обновленіемъ задачъ изученія было будущее французской юриспруденціи. Именитѣйшіе французскіе романисты XVI вѣка были не только знатоками текстовъ, это были люди съ обширной филологической и исторической эрудиціей.

Знаменитый французскій сатирикъ Рабеле, уже въ 1-ой половинѣ XVI в., восторгаясь подлинными источниками римскаго права, не находитъ имени, чтобъ унизить значеніе ихъ итальянскихъ истолкователей *). Устраненіе господствовавшаго догма-

*) Въ знаменитой сатирѣ этого curé de Meudon „Faits et gestes de Gargantua et de son fils Pantagruel“ читаемъ: et disoit aulcunes foys que les livres

тизма имѣло необъятныя послѣдствія для дальнѣйшей судьбы французскаго права. Интересъ и возможность изученія живаго французскаго права возбужденъ былъ въ лучшихъ умахъ лишь тогда, когда и въ источникахъ римскихъ стали видѣть не законченную и непререкаемую догму, а тѣ же жизненные процессы, которыми опредѣляется образованіе права на любой почвѣ.

Что касается общаго вопроса объ обязательности примѣненія римскаго права во Франціи, то мы имѣемъ любопытную контроверзу между двумя преемственными президентами парижскаго парламента: Pierre Lizet и Christophe de Thou, о которой намъ сообщаетъ Guy-Coquille, въ его Coutume de Nivernais. Maitre Pierre Lizet, первый президентъ парижскаго парламента въ 1-й половинѣ XVI в., полагалъ, что римское гражданское право есть наше (французское) общее право (notre droit commun), и прилаживалъ къ нему, насколько могъ, notre droit Français, а право французское, гдѣ оно несогласно съ римскимъ, считалъ нужнымъ толковать рестриктивно и примѣнять въ тѣсныхъ предѣлахъ. Наоборотъ, maitre de Thou estimait les coutumes et le droit Français être notre droit commun, а римское право называлъ la raison écrite.

Эта характерная контроверза свидѣтельствуетъ о наступившемъ въ высшихъ сферахъ юриспруденціи критическомъ отношеніи къ праву заимствованному, несмотря на всѣ его преимущества передъ мѣстнымъ.

Контроверзы названныхъ президентовъ продолжаютъ долго послѣ раздѣлять виднѣйшихъ французскихъ юристовъ на два лагеря, и это различіе взглядовъ было крайне плодотворно для дальнѣйшаго свободнаго освоенія римскаго права и примиренія съ нимъ мѣстныхъ кутюмовъ. Авторитета научнаго за римскимъ источникомъ не отвергалъ никто, и право римское удерживало до созданія кодекса силу какъ *raison écrite*. Авторитетъ позитивный оспаривался, а въ отдѣльныхъ ученіяхъ прямо отмѣнялся не только юристами, но и законодателемъ. Такъ эдиктомъ 1606 г. отмѣнено было примѣненіе SC. Vellejanum; Людовикъ XIV отмѣнилъ lex Julia de fundo dotali для территорій,

---

des loi luy semblovent une belle robbe d'or triumphante et précieuse à merveilles qui feust brodée de m....., car, disoit-il, au monde n'y ha livres tant beaulx, tant aornez, tant elegans comme sont les textes des Pandectes; mais la brodure d'iceulx, c'est assavoir la glosse de Accurse, est tant salle, tant infame et punaise, que ce n'est qu'ordure et villennie. Куяшій не высоко цѣнилъ этихъ толкователей, которые in re futili оказываются multi, in difficili muti... (см. эти и многія другія живыя характеристики у Alph. Rivier, Introduction histor. au droit romain... Appendice, histoire littéraire et biographique).

гдѣ онъ имѣлъ силу обязательную. Внутри римской системы опредѣлились такія начала, которыя оказали наибольшую способность къ рецепціи, и въ числѣ ихъ начала римскаго обязательственнаго права занимаютъ виднѣйшее мѣсто.

Въ XVIII в. романистскія штудіи падаютъ во Франціи *), и лучшій изъ знатоковъ римскаго права этого времени, Pothier, остается позднѣйшимъ изъ романистовъ, котораго сочиненія служатъ прямо источниками при составленіи Code'a въ тѣхъ его частяхъ, гдѣ онъ опирается на римскую традицію, именно въ нѣкоторыхъ ученіяхъ вещнаго права и, главное, въ ученіи объ обязательствахъ изъ договора.

Мы обратимся къ обозрѣнію тѣхъ же явленій рецепціи чужаго права въ странѣ, имѣющей больше точекъ соприкосновенія съ нами, чѣмъ Франція, не связанной съ Римомъ непосредственными традиціями въ исторіи права, къ Германіи.

Въ ту пору, когда совершалась рецепція, нельзя, какъ отчасти и позже, полагать непереходимой границы въ исторіи умственнаго движенія на западѣ. Рѣчь ученаго тогдашняго міра не была національною, а латинскою. Академическія аудиторіи состояли, какъ мы видѣли выше, далеко не изъ своихъ только слушателей. Peregrinatio academica, нынѣ сравнительно рѣдкая, обнимала тогда не только кругъ слушающихъ, но и классъ преподающихъ. Каѳедры французскаго университета заняты далеко не одними французами. Въ свою очередь, французы вовсе не стѣснены никакими обязательствами, ограничивающими ихъ дѣятельность одною Франціей. Примѣровъ масса **). Куяцій учитъ не во французскихъ университетахъ только, а также въ Туринѣ. Донель (Donellus, Hugues Doneau) занимаетъ каѳедры во Франціи, потомъ (послѣ Варѳоломеевской рѣзни) въ Гейдельбергѣ, Лейденѣ, Альтдорфѣ. Не менѣе того, вмѣстѣ съ временемъ, процессъ рецепціи, во всей своей совокупности, очень различается въ разныхъ европейскихъ территоріяхъ, и изученіе его въ отдѣльныхъ областяхъ представляетъ своеобразный интересъ. Въ то время, когда идея императорской власти была живою въ Германіи, рецепція чужаго права далеко не составляла явленія виднаго въ нѣмецкой исторіи

*) „Que serviraît-il le dissimuler"? восклицаетъ président Bouhier въ 1746 г., „Cette belle science, dans laquelle notre nation a autrefois excellé à tel point, que les étrangers avouaient eux-mêmes que si elle pouvait se perdre parmi eux, on la retrouverait en France, cette science est aujourd'hui presque reléguée dans les écoles, où même on se contente d'en prendre une teinture si légère, qu'à peine en reste-t-il quelques traces dans l'esprit de ceux qui en ont appris les premiers élements".

**) См. указанный выше Introduction... Rivier, Appendice, histoire littéraire et biographique.

права. Есть писатели, которые начинаютъ исторію рецепціи съ Карла Великаго. Это, конечно, всего менѣе касается права частнаго. Характерно именно то, что пока идея императорской власти въ силѣ, процессъ рецепціи чужаго права слабъ, и наоборотъ, онъ становится чрезвычайно сильнымъ и рѣшительнымъ въ такую пору, когда отдѣльные политическіе центры усиливаются на счетъ общаго центра. Какимъ образомъ въ этихъ условіяхъ могли развиваться успѣхи общаго права, именуемаго lex imperialis, когда сама власть, imperium, не расширяла, а утрачивала почву? Объяснить себѣ успѣхи новой юриспруденціи внѣшними, формальными факторами праворазвитія нѣтъ возможности. Романизирующіе юристы преуспѣвали независимо отъ формальнаго авторитета ихъ мнѣній. Нѣмецкій императоръ въ эту пору всего менѣе походилъ на императора римскаго, и императорская власть была скорѣе враждебною всякой подлинно-римской идеѣ силой, чѣмъ ея выраженіемъ. Но, во-первыхъ, въ самомъ римскомъ правѣ заключались условія его успѣха на новой почвѣ и, съ другой стороны, эта почва становилась все болѣе и болѣе воспріимчивою къ рецепціи настоящихъ началъ, обособленнаго отъ публичнаго права, права частнаго, какимъ оно было въ Римѣ, способнаго, вмѣстѣ съ тѣмъ, стать общимъ для разныхъ территорій. И такъ, рецепція римскаго права дѣлала успѣхи въ Германіи не въ силу содѣйствія императорской власти, а несмотря на упадокъ ея значенія, и именно въ эпоху этого упадка, подъ вліяніемъ внутреннихъ причинъ, лежащихъ въ свойствахъ римской системы и въ условіяхъ почвы, гдѣ она примѣнялась.

Самый ходъ этого любопытнаго явленія разрабатывается нынѣ нѣмецкими историками и юристами съ чрезвычайнымъ вниманіемъ со всѣхъ сторонъ. Для исторіи рецепціи у нѣмцевъ характерна полнѣйшая зависимость ея въ Германіи отъ итальянскихъ учителей и въ смыслѣ объема рецепціи (реципировано только то, что глоссировано, см. Курсы римскаго права) и въ смыслѣ ея интензивности. И въ томъ и въ другомъ отношеніи рецепція въ Германіи носитъ черты болѣе рѣзкія, чѣмъ во Франціи. Германія, какъ цѣльный національный организмъ, не существовала еще въ XV и XVI вв. подобно Франціи. Національное право не могло реагировать вторженію чужаго общаго права въ это время такъ, какъ оно реагировало во Франціи, ибо римское право не встрѣчало здѣсь настолько разработанныхъ и развившихся элементовъ своего общаго права, какъ это было по ту сторону Рейна. Свое право было статутарное, и юристы общаго

права смотрѣли на него отрицательно. Statuta stricte sunt intelligenda contra jus commune. Одинъ изъ собирателей мѣстнаго роштокскаго права, изложивъ впереди статутарныя положенія, переходитъ къ римскому праву такъ: „Hier hört das rostocker Stadtrecht auf und beginnt die gesunde menschliche Vernunft“ (здѣсь оканчивается роштокское городское право и начинается здравый человѣческій разумъ). Національное право было, въ этомъ зародышномъ состояніи, подавлено и не могло развиться такъ свободно, какъ оно развивалось во Франціи, гдѣ вліяніе чужого не было ни столь внезапнымъ, ни столь исключительнымъ, въ виду сравнительной зрѣлости началъ своего общаго права. Здѣсь протестъ противъ чужого права долгое время держался на степени простого народнаго чутья, враждебнаго рецепціи, простого ропота, неспособнаго устранить ея необходимости, такъ какъ этимъ простымъ чутьемъ или однимъ отрицаніемъ чужого нельзя было удовлетворить возраставшей потребности нормъ общихъ, коихъ не создала сама нація.

Чѣмъ выше поднимался авторитетъ итальянскихъ университетовъ, тѣмъ понятнѣе желаніе передовыхъ людей Германіи освободиться отъ его подавляющей силы и устроить у себя научныя учрежденія такого же рода; и это былъ несомнѣнно первый серьезный шагъ къ эманципаціи нѣмецкой мысли отъ иноземнаго вліянія, хотя нужны были вѣка, прежде чѣмъ успѣхъ школы обезпечилъ націи не только самостоятельность, но и доминирующее положеніе въ дѣлѣ науки права. Исторія нѣмецкихъ университетовъ есть исторія этого процесса—сперва усвоенія чужихъ ученій, потомъ самостоятельной разработки задачъ національной жизни въ правѣ.

Въ половинѣ XIV в. Карлъ IV учреждаетъ университетъ въ Прагѣ (1348 г.), по образцу парижскаго, гдѣ учился самъ Карлъ IV. Затѣмъ возникаютъ университеты въ Вѣнѣ (1365 г.), Гейдельбергѣ (1386 г.), Кёльнѣ, Эрфуртѣ, Вюрцбургѣ, Лейпцигѣ, Роштокѣ, Трирѣ, Грейфсвальдѣ, Фрейбургѣ, Базелѣ, Ингольштадтѣ, Тюбингенѣ, Майнцѣ, Виртембергѣ (1506 г.), такъ что къ началу XVI в. Германія имѣла шестнадцать такихъ высшихъ школъ.

Въ старѣйшихъ нѣмецкихъ университетахъ преобладали сперва канонисты, а праву римскому нѣмцы и въ XVI вѣкѣ все идутъ учиться въ Италію. Экклезіасты смотрѣли неблагопріятно на успѣхи свѣтскихъ ученій о правѣ. Не безъ ихъ вліянія рано раздаются протесты толпы противъ юридической науки. Лѣтописи свидѣтельствуютъ объ этихъ грубыхъ формахъ протеста со

стороны темныхъ людей, мысли коихъ не могли стать выше интересовъ локальнаго характера. Докторовъ права гонятъ изъ Констанца и провожаютъ криками: wir fragen nicht nach dem Bartele oder Baldele (Bartolus и Baldus), wir haben sondeirbare landgebräuche. Naus mit euch. (мы не спрашиваемъ, что выходитъ по вашему Бартолю и Бальду, у насъ свои земскіе обычаи. Прочь отсюда). Мы не видимъ въ такихъ явленіяхъ въ самомъ дѣлѣ *національнаго* протеста, который нерѣдко склонны имъ приписывать историки. Это, быть можетъ, недурно разсчитанныя на впечатлѣніе попытки вождей каноническаго лагеря, но безплодныя въ смыслѣ противодѣйствія вторженію чужого права. Канонисты составляли сторону въ борьбѣ со свѣтской мудростью пандектистовъ, но они не создали ничего пригоднаго для дѣйствительнаго торжества надъ нею. Эта борьба римскаго права противъ каноническаго есть борьба свѣтской власти съ духовною. Успѣхъ этой борьбы противъ римской куріи тѣмъ значительнѣе, чѣмъ больше преуспѣваетъ свободное изученіе древности, въ эпоху возрожденія наукъ, надъ вѣрой въ авторитетъ толкователей латинскихъ текстовъ. Вліявшій въ этомъ смыслѣ на изученіе права въ Германіи итальянскій романистъ Альціатъ (Alciatus) былъ однимъ изъ виднѣйшихъ людей, способствовавшихъ очищенію юриспруденціи отъ варварскихъ наслоеній. Въ числѣ нѣмецкихъ гуманистовъ, работавшихъ въ этомъ же направленіи, слѣдуетъ назвать Эразма Роттердамскаго и Ульриха Цазіуса (Zasius). Однако, успѣхи возрожденной мысли были здѣсь далеко не столь всеобщими и не столь быстрыми, какъ во Франціи. Въ практикѣ еще очень долго, вплоть до нашихъ дней, удерживалось господство схоластики, отрицательное отношеніе къ національному праву и набожное поклоненіе юстиніановскимъ текстамъ.

Чтобъ объяснить себѣ, какъ преуспѣвала рецепція въ Германіи, нѣмецкіе ученые нашего времени прилежно изслѣдуютъ разныя стороны этого движенія. Движеніе идетъ, во-1-хъ, сверху, отъ высшихъ органовъ юстиціи; во-2-хъ, на встрѣчу ему и въ томъ же направленіи освоенія итальянской традиціи римскаго права, идетъ движеніе снизу.

Движеніе сверху изслѣдовано въ особенности заслуженнымъ профессоромъ Stobbe въ его Geschichte der deutschen Rechtsquellen (2. т. 60—64 г.). Движеніе сверху имѣетъ свои фазисы. Въ XV в. мы видимъ, что сословія, города, частныя лица обращаются постоянно къ ученымъ юристамъ за совѣтомъ и рѣшеніемъ спорныхъ вопросовъ права, какъ прежде обращались къ

Schöffenn'амъ, пользовавшимся извѣстностью такъ-называемыхъ Schoffenstuhl'ей. Эти ученые люди были знатоками римскаго права, учившимися сначала обыкновенно въ Италіи. Степень доктора давала притязаніе на званіе благороднаго. Сперва въ качествѣ совѣтниковъ и третейскихъ судей, эти лица, впослѣдствіи, дѣйствуютъ въ судахъ оффиціальныхъ, преимущественно въ высшихъ судебныхъ установленіяхъ. Введеніе въ Германіи высшаго имперскаго судилища (Reichskammergericht—1495 г.) въ особенности способствовало успѣху этого движенія рецепціи сверху. *Высшій судъ вершитъ дѣла по писанному праву.* Низшія инстанціи вынуждены т. обр. сообразовать свои взгляды съ нормами, коими руководствуется высшая инстанція. Такимъ путемъ потребность знанія римскаго права проходитъ сверху внизъ. Учившіеся юристы подчиняютъ себѣ, а потомъ вытѣсняютъ несвѣдущихъ простымъ преимуществомъ познаній. Знатокъ текстовъ, легистъ, legulejus ille naribus omnes tanquam bubulos trahit. Цѣлый рядъ нѣмецкихъ ученыхъ нашего времени (въ особенности Sohm, Stölzel) разрабатываютъ эту сторону успѣховъ рецепціи, путемъ измѣненія судоустройства и замѣны стараго состава судебнаго персонала новымъ. Мы присутствуемъ здѣсь при такой переработкѣ права, которая по способу, коимъ совершается, имѣетъ несомнѣнно общія черты съ преобразованіемъ въ юрисдикціи римскаго претора до тѣхъ поръ дѣйствовавшихъ нормъ для новыхъ условій жизни *). Это та пора европейской жизни, когда старыя вѣрованія стали уступать новому движенію мысли, когда надламывались основы феодализма и связанныя съ землевладѣніемъ формы зависимости цѣлыхъ населеній отъ территоріальныхъ господъ, когда расширяется торговое движеніе далеко за предѣлы старыхъ таможенныхъ линій, когда въ городахъ происходитъ сближеніе разныхъ исторически сложившихся классовъ общества, и это стремленіе къ уравненію ищетъ себѣ отвѣта въ правѣ и находитъ его въ нивеллирующей римской идеѣ общаго гражданскаго права.

Для исторіи рецепціи очень важную фазу составляетъ университетская преподавательская и юридическая литературная дѣятельность этого времени. Въ этой фазѣ развитія нѣмецкой умственной жизни лежитъ разгадка не только процесса свободнаго освоенія Германіей чужого права, но и выработки національныхъ нѣмецкихъ юридическихъ институтовъ. По исторіи уни-

*) Нѣкоторыя аналогіи этихъ явленій хорошо проводитъ Августъ Шульце (см. Юр. Библ., № 27).

верситетовъ и науки права въ особенности мы имѣемъ нынѣ, независимо отъ трудовъ общаго характера (Raumer, Geschichte der Pädagogik, т. VI, die Universitäten), массу частныхъ историческихъ сочиненій и сборниковъ, изъ коихъ, для исторіи науки права, капитальное значеніе имѣютъ работы Stinzing'a и Muther'a, особенно перваго—Geschichte der deutschen Rechtswissenchaft (2 т.; 2-й т. изд. Landsberg'омъ по смерти автора, въ 1884 г.). Чужіе ученые и чужіе университеты не могли дать всего, что̀ нужно странѣ для возрожденія ея юридическаго быта въ новыхъ условіяхъ *). Отношеніе такихъ чужихъ руководителей къ студентамъ было нерѣдко по-истинѣ циничнымъ: мы беремъ гонораръ съ нашихъ слушателей,—говоритъ профессоръ, — даемъ имъ докторскіе дипломы и отпускаемъ ословъ на ихъ родину (accipimus pecuniam et mittimus asinum in patriam). Значеніе родныхъ университетовъ возвышалось еще обычаемъ обращенія сторонъ и суда къ факультету юристовъ для постановки рѣшеній. особенно въ трудныхъ случаяхъ (такъ-назыв. Actenversendung, transmissio actorum).

И такъ, надо было умножать свои высшія школы, поднимать ихъ значеніе и терпѣливо ждать плодовъ.

Но и коллективнаго дѣйствія этихъ факторовъ не было бы достаточно, чтобы сдѣлать понятною силу чужого права въ Германіи, обнявшую всѣ стороны ея юридическаго быта. Одновременно съ дѣятельностью высшихъ судовъ, университетовъ, литературы, въ этомъ же направленіи, шла менѣе видная, но глубоко проникающая въ жизнь *дѣятельность полу-ученой юриспруденціи*, секретарей, мелкихъ дѣльцовъ, домашнихъ совѣтниковъ (нотаріусы, ходатаи по дѣламъ, низшее духовенство), сферу дѣятельности которыхъ составляла преимущественно каутелярная юриспруденція. Этотъ классъ лицъ работалъ въ болѣе узкой сферѣ, преимущественно *въ низшихъ кругахъ общества*, опутывая нерѣдко каверзами всякаго рода самыя простыя отношенія этихъ круговъ. Путаница понятій, неизвѣстность права въ этихъ условіяхъ, двойственность праворазвитія, своего, очень дробнаго и дурно-разработаннаго, національнаго, и общаго, супранаціональнаго, открывала широкое поприще предпріимчивости кляузниковъ и ябедниковъ. Stinzing съ величайшимъ терпѣніемъ изучилъ эту сторону дѣла въ исторіи нѣмецкаго права. Тутъ выросла своего рода литература, тоже испытавшая на себѣ вліяніе

*) Теперь видное мѣсто въ обработкѣ исторіи нѣмецк. университетовъ занялъ Kaufmann, Geschichte d. deutsch. Universitäten (1888 г.).

итальянскаго кляузнаго мастерства. Этотъ очень извѣстный трудъ Stinzing'a есть его Geschichte der populären Literatur des römischkanonischen Rechts in Deutschland am Ende des XV u. im Anfange des XVI Jahrhund., 1867 г. Въ процессѣ этого движенія рецепціи снизу слѣдуетъ искать объясненія извѣстной нѣмецкой поговорки „Juristen sind böse Christen", о происхожденіи которой писалъ тотъ же Stinzing.

Такъ шло со всѣхъ сторонъ любопытное въ культурно-историческомъ смыслѣ движеніе освоенія чужого права, далеко не всегда приносившее добрые плоды для національной жизни.

Оно надолго сдѣлало почти безплодной разработку своего общаго права, которое все оставалось на степени мѣстнаго непризнаннаго, скудѣющаго, статутарнаго, стѣсняемаго въ примѣненіи юристами общаго права. Statuta sunt sterilia tanquam mulae, quae non pariunt — вотъ ихъ взглядъ на національное право. Жить по этому jus barbarum, asininum, по этимъ безсмысленнымъ законамъ (leges sine ratione), по этому праву, созданному безсмысленными людьми (jus per homines ratione carentes conditum), невозможно. Возможно жить только по римскому праву въ итальянской рецепціи *).

Это было долгое время господствующимъ правовоззрѣніемъ у юристовъ; и надо было, чтобы многія условія нѣмецкой жизни измѣнились, для того чтобъ чужому общему праву стало возможнымъ противупоставленіе своихъ институтовъ гражданскаго права съ такимъ же свойствомъ общности. Однѣ перемѣны въ условіяхъ нѣмецкой жизни были недостаточны, чтобъ примирить дуализмъ реципированнаго чужого и своего національнаго права. Для этого долженъ былъ измѣниться методъ изученія самого римскаго права. Надо было не только отдѣлаться отъ авторитета глоссаторовъ, комментаторовъ, догматиковъ и вернуться къ изученію источниковъ юстиніановскаго права; надо было идти глубже, въ до-юстиніановскую эпоху, познать само римское право не въ кодифицированномъ видѣ, а въ процессѣ его образованія, въ его исторіи. Только тогда, въ виду этихъ постигаемыхъ мыслью жизненныхъ процессовъ римскаго праворазвитія, и свое право

*) Одинъ изъ ученыхъ юристовъ XV в., въ трактатѣ: De imperio Germanico, пишетъ: quid dicam de legum aequissimarum jurisque scripti observatione, quae fere nulla est, sed jure incerto vivitur, et in multitudine illiterata, quod unicuique sui arbitrii discretione visum est, id in judiciis vim legum obtinere volunt. Neque ulla major abusio mihi esse videtur quam per eos, qui rus colunt, jus in provinciis dictari, qui ob ignaviam a juris notitia legibus excusantur. Какъ это все вѣрно... *съ римской точки зрѣнія.* Можно забыть, что мы имѣемъ дѣло съ писателемъ XV в. новой эры. Но въ этомъ различіи времени и условій и заключается собственно все дѣло...

перестало быть для нѣмецкой юриспруденціи чѣмъ-то ничтожнымъ, не заслуживающимъ изученія, теряющимъ смыслъ по сравненію съ блестящимъ кодифицированнымъ правомъ юстиніановскихъ источниковъ. Только въ этихъ условіяхъ возможно было начать изученіе своего съ любовью и съ толкомъ.

Для Германіи эта пора примиренія элементовъ общаго, универсальнаго, съ началами особаго, своего, національнаго, эта гармонія жизненныхъ началъ въ правѣ наступила, вѣрнѣе, наступаетъ много позже, чѣмъ для Франціи. Ея право и нынѣ далеко не дало въ результатѣ единаго для всей націи чисто-цивильнаго кодекса, представляющаго ту гармонію разныхъ началъ, какую мы видѣли во Франціи. Зависитъ это нынѣ уже не отъ недостатка изученія римскаго и своего права. Въ этомъ отношеніи нѣмцы и ихъ университеты стоятъ теперь много выше положенія французской науки въ XVIII вѣкѣ. Это условлено историческими обстоятельствами другого свойства, въ особенности обстоятельствами политической жизни нѣмецкаго народа. Для насъ эта сторона дѣла будетъ яснѣе въ слѣдующемъ за симъ очеркѣ кодификаціи.

Заключая очеркъ рецепціи римскаго права въ Германіи, мы должны сказать, что освоеніе въ Германіи чужого права было условлено постепенно возраставшимъ стремленіемъ къ обособленію права частнаго отъ публичнаго и вмѣстѣ съ этимъ быстро наступившею потребностью общихъ нормъ въ нѣмецкой жизни.

Найти отвѣтъ этому стремленію въ источникахъ своего права не было возможности. Каковъ бы ни былъ кодексъ, способный отвѣтить этой жизненной потребности, мысль юриста того времени должна была пробить себѣ къ нему путь. Путь былъ трудный. Придти къ познанію чужого права возможно было лишь долгой и тяжелой школой. Чѣмъ менѣе была совершенна школа, тѣмъ больше терялась на этомъ тяжеломъ школьномъ пути связь съ жизнью, съ особыми задачами, которыми отличалась жизнь новыхъ народовъ отъ жизни латинскаго міра. Подлежала усовершенствованію эта школа, а движеніе права отъ первоначальной особенности къ наступающей общности не могло пойти обратнымъ путемъ. Нормы права общаго римскаго и статутарнаго новаго (см. выше Очеркъ столкновенія статутовъ) клонились къ одной цѣли, къ преобладанію элементовъ общихъ надъ особенными, надъ партикуляризмами. Отсутствіе приспособленныхъ къ общему разумѣнію сборниковъ дѣйствующихъ въ этомъ духѣ нормъ обходится дорого меньшей братіи, этой multitudo illiterata, на которую свысока смотрятъ юристы. Но цѣль движенія

не противуположна интересамъ низшихъ классовъ. Это уравненіе права, имѣющее стать на мѣсто безчисленныхъ формъ частноправной зависимости и неволи, какія создала предшествующая эпоха національной исторіи. Достиженіе этой цѣли стоило приносимыхъ жертвъ. Органомъ рецепціи служитъ судъ, и начала новаго права входятъ въ жизнь медленно, не вытѣсняя сразу старый строй отношеній. Въ Германіи не было того постояннаго процесса собиранія мѣстныхъ кутюмовъ и сочетанія ихъ съ началами римскаго права, какой мы видѣли во Франціи. По отношенію къ выработкѣ такихъ нормъ, изъ коихъ образуются затѣмъ начала общаго національнаго права,—Германія остается позади. Процессъ рецепціи у нѣмцевъ болѣе тяжелый, чѣмъ во Франціи, болѣе подавляющій самостоятельность юристовъ въ ихъ существенной задачѣ находить нормы отношеній, соотвѣтствующія сознанію права въ обществѣ. Они не столько искали этихъ нормъ, сколько отвѣчали готовыми латинскими текстами на запросы нѣмецкой практики, безъ посредствующаго ближайшаго изученія разницы условій новой жизни и жизни римскаго общества. Но этотъ способъ дѣйствія не былъ актомъ свободнаго ихъ выбора. Они отвѣчали потребности нормъ общихъ, коихъ не создала исторія страны. И, съ другой стороны, орудуя при помощи чуждыхъ понятій, они, хотя только въ формальномъ смыслѣ, достигали въ результатѣ нѣкотораго объединенія до крайности дробныхъ началъ нѣмецкихъ національныхъ институтовъ. Эта работа не есть ни произвольная, ни насильственная. Въ ней повторяется тотъ процессъ, который необходимъ для цѣли приведенія въ извѣстность существующихъ отношеній. Это общая черта формализма въ юриспруденціи, которая выразилась рельефнымъ образомъ въ системѣ квиритскаго права. Это юридическая техника, овладѣвъ которою легче придти къ различенію особенностей, отступленій отъ общихъ типовъ, къ индивидуализаціи, чѣмъ идя обратнымъ путемъ. Такой процессъ развитія права нельзя назвать неорганическимъ. Для Германіи въ особенности, гдѣ не было не только своего общаго права, но не развилось объединяющей жизни націи политической системы, какъ во Франціи, въ этой воображаемой lex imperialis лежалъ существеннѣйшій залогъ возможнаго объединенія ея юридическаго быта.

Мы увидимъ далѣе, что приверженность къ римскому праву переживаетъ здѣсь наступившую, особенно въ XVIII вѣкѣ, эпоху кодификаціонную. Успѣхи кодификаціи, отмѣна формальнаго авторитета римскихъ источниковъ, введеніе въ нѣкоторые новые кодексы національныхъ началъ—не отвѣчаетъ стремленіямъ къ еди-

ному праву для цѣлой націи. Ученая разработка этихъ кодексовъ (особенно прусскаго и австрійскаго) встрѣчается общимъ сочувствіемъ только тогда, когда ученые истолкователи этихъ кодексовъ сводятъ свои работы опять къ старому общему источнику, къ праву римскому, и нынѣ, рядомъ съ этимъ, къ общему германскому праву. Только съ успѣхами политическаго объединенія Германіи эманципація отъ римскаго права, отъ его *формальнаго* авторитета начинаетъ переходить въ планы серьезныхъ людей. До этого времени его господство, съ несомнѣнными видоизмѣненіями и отступленіями отъ прежняго поклоненія его текстамъ, хотя частичнымъ образомъ, связывало націю узами этого традиціоннаго юридическаго единства. Только, теперь, когда единеніе можетъ стать болѣе полнымъ, эти старыя узы по внѣшности признаются ненужными, хотя по существу общіе элементы предположенной новой общей системы частнаго права останутся тѣми же римскими, какими были ранѣе нынѣшнихъ политическихъ перемѣнъ *). Формальный общій авторитетъ римскихъ текстовъ былъ уже разъ отмѣненъ формальнымъ авторитетомъ локальныхъ кодексовъ, чтобъ вновь уступить имъ господство, и нынѣ вновь будетъ замѣненъ авторитетомъ общаго кодекса, по всей вѣроятности тоже только формально. Наука общаго гражданскаго права едва ли скоро дѣйствительнымъ образомъ отрѣшится отъ римскихъ основъ, по крайней мѣрѣ, ревность къ изученію римскаго гражданскаго права, въ новое время, въ ожиданіи новаго кодекса, не только не падаетъ въ Германіи, но возобновляется и во Франціи, гдѣ она была нѣкоторое время въ дѣйствительномъ упадкѣ. Отношеніе къ задачѣ этого дальнѣйшаго изученія есть, правда, нынѣ совершенно иное, чѣмъ встарь. Цивилисты обращаются къ его текстамъ уже не для того, чтобы искать тамъ готовыхъ отвѣтовъ на проблемы, которыя ставитъ наша жизнь и которыхъ вовсе не знало римское общество. Мы обращаемся къ этимъ источникамъ для того, чтобы овладѣть техникой классиковъ, ихъ мастерствомъ въ разработкѣ юридическихъ задачъ, и чтобы тѣмъ же методомъ, котораго держались они, возобновить прерванную ихъ работу надъ новыми задачами, которыя ставитъ намъ наша жизнь.

Я не буду говорить о рецепціи римскаго права въ другихъ государствахъ Европы, особенно въ Нидерландахъ и Швейцаріи,

---

*) Признаки видны во многомъ и между прочимъ въ позднѣйшихъ работахъ Павла Рота (Paul Roth,†1892 г.), близко стоявшаго къ кодификаціонной коммиссіи.

хотя нахожу эти явленія очень характерными для уясненія задачъ современной цивильной юриспруденціи. Интересующіеся найдутъ эти очерки въ указанной выше книгѣ Модермана.

§ 6.

Понятіе кодификаціи.—Кризисы въ историческомъ процессѣ праворазвитія.—Выходъ нормальный и насильственный.—Code civil.—Кодификація въ нѣмецкихъ земляхъ въ XVI в.—Codex maximilianeus bavaricus.—Кодификаціонная программа въ Пруссіи.—Прусскій Landrecht.—Оцѣнка его въ прежнее время.—Система Ландрехта.—Образцы регламентаціи.—Австрійскій кодексъ.—Продолжительное затишье.—Военные успѣхи.—Расширеніе имперской компетенціи на всю область гражданскаго права.—Первое чтеніе.—Недовольство критики.—Второе чтеніе. Burgerliches Gesetzbuch 18 августа 1896 г. и Einfuhrungsgesetz.—Измѣненный планъ преподаванія.

Вопросъ о кодификаціи сталъ нѣкоторое время однимъ изъ очень видныхъ и прилежно разъясняемыхъ въ юридической литературѣ на западѣ, въ Германіи, Франціи, Англіи, частью и у насъ. Между тѣмъ, такъ обще-формулированный вопросъ не заключаетъ въ себѣ опредѣленнаго содержанія, ибо понятіе кодекса не имѣетъ постоянныхъ признаковъ. Въ латинской терминологіи кодексами (кодициллами) называютъ не одни сборники легальныхъ или юридическихъ нормъ, а также счетныя книги, связки табличекъ, на коихъ писались распоряженія, восполнявшія тестаментъ (codices membranei, chartacei, eborei). Вопросъ о кодификаціи пріобрѣтаетъ интересъ для юриста по мѣрѣ того, какъ ему даютъ юридически опредѣленное содержаніе. Въ этомъ смыслѣ кодификаціей называютъ приведеніе въ извѣстность, въ особенности приведеніе къ единству, къ согласію посредствомъ нѣкоторой переработки, притомъ письменной, болѣе или менѣе обширнаго наличнаго комплекса юридическихъ нормъ, которыя имѣютъ быть практически примѣняемы въ данной сферѣ отношеній. Кодифицировать въ этомъ смыслѣ можно любое право, начиная хоть съ международнаго, въ любомъ объемѣ, какимъ угодно способомъ переработки подлежащаго матеріала, съ самыми различными послѣдствіями для нормъ, прежде дѣйствовавшихъ, и для силы примѣненія кодифицированнаго права. Начиная съ римской терминологіи, противуполагаемый названію кодифицированнаго права, общеупотребительный терминъ есть новелла, новый законъ, новая норма. Съ этими общими признаками явленіе кодификаціи въ разное время, въ разныхъ условіяхъ, въ различ-

ныхъ видахъ, не представляетъ здѣсь для нашихъ цѣлей ничего поучительнаго. Несомнѣнно ближе и поучительнѣе для насъ тѣ явленія кодификаціи, которыя мы наблюдаемъ въ условіяхъ современной культуры права, въ особенности права гражданскаго, въ странахъ, гдѣ общій ходъ праворазвитія знакомъ намъ изъ предшествующихъ очерковъ. Вниманіе къ этимъ явленіямъ даетъ намъ способъ опредѣлить черты сходства и различія съ явленіями подобными въ исторіи нашего права и въ настоящемъ его состояніи. Это и есть наша цѣль. Конечно, и въ этихъ областяхъ не всѣ явленія, которыя можно назвать общимъ именемъ кодификаціи, одинаково любопытны для насъ.

Мы видѣли, что *у французовъ, почти на всемъ пространствѣ ихъ исторіи, идутъ попытки собирать разсѣянныя нормы обычнаго права, приводить ихъ въ сочетаніе съ правомъ римскимъ*, съ практикой судовъ, съ ordonnance'ами королей, по той, другой отрасли права, иногда частнымъ путемъ, иногда съ содѣйствіемъ оффиціальныхъ лицъ... Вся эта дѣятельность направлена къ приведенію права въ извѣстность, къ согласованію его нормъ, къ открытію легчайшаго примѣненія этихъ нормъ на судѣ самимъ судомъ и сторонами. *Въ этихъ явленіяхъ нѣтъ*, однако, для характеристики времени, *ничего специфическаго*. Мы не можемъ назвать такихъ эпохъ въ исторіи права эпохами кодификаціонными. Собираніе, записываніе, согласованіе, въ болѣе или менѣе обширномъ видѣ, дѣйствующихъ нормъ составляетъ сопровождающее любую исторію права явленіе. За образовавшимся однимъ сборникомъ слѣдуетъ другой, праворазвитіе въ дальнѣйшемъ питается изъ тѣхъ же источниковъ, которые оживляли его и прежде.

Это совсѣмъ не то явленіе обработки права, которое Савиньи называетъ *болѣзнью нашего вѣка* и въ которомъ онъ видитъ опасность для здороваго развитія права. Опасность кодификаціи указывается писателями этого направленія совершенно опредѣленно тамъ, гдѣ вмѣшательство законодательныхъ инстанцій разрываетъ для цѣлыхъ системъ юридическихъ институтовъ связь настоящаго съ прошлымъ и гдѣ, вслѣдствіе этого, оскудѣваетъ живой процессъ праворазвитія въ національномъ сознаніи. Савиньи не ограничивается этимъ обличеніемъ кодификаціонной немочи въ явленіяхъ, взятыхъ имъ изъ дѣйствительности; онъ указываетъ намъ и тѣ *здоровые процессы*, которые устраняютъ всякую надобность въ механическихъ экспериментахъ надъ правомъ.

Обыкновенно, опасность кодификаціонныхъ опытовъ послѣд-

няго рода становится на очередь тамъ, гдѣ въ жизни права, въ исторіи его происходитъ *переломъ*, когда предшествующая эпоха исключительнаго господства нормъ національнаго права уступаетъ, болѣе или менѣе быстро, мѣсто потребности въ развитіи нормъ другого типа, болѣе широкаго круга примѣненія, универсальнаго характера. Тогда образуется въ жизни нѣкоторый *дуализмъ нормъ*, одинаково обязательныхъ для суда, въ разномъ кругѣ лицъ, не въ одной сферѣ отношеній. Въ этихъ условіяхъ примѣненіе нормъ въ практикѣ суда и сдѣлокъ до крайности осложняется. Такое явленіе знакомо намъ въ исторіи Рима въ концѣ республики. И въ эту пору возникала мысль (ее приписываютъ Цезарю) удалить всѣ затрудненія однимъ актомъ кодификаціи гражданскаго права. Мы не знаемъ подробностей плана; несомнѣнно одно, что механическій способъ разрѣшенія трудной проблемы уступилъ мѣсто другому выходу. Право, при всемъ обиліи, излишествѣ нормъ, двойственности ихъ состава, осталось некодифицированнымъ. Задача юриспруденціи стала выше, чѣмъ когда либо прежде или послѣ. Надо было *найти путь къ гармоническому сочетанію двухъ одновременно-практическихъ системъ*, своей національной и общей системы juris gentium. Трудность могла легко казаться неодолимой. Для этого необходимо было придти къ разумѣнію *внутренней основы различнаго строенія обѣихъ исторически слагавшихся системъ* (ratio juris) въ такую пору, когда процессъ ихъ образованія далеко еще не былъ завершившимся, и изъ этого разума ихъ конструировать примѣненіе началъ того и другого права въ разныхъ областяхъ практической юриспруденціи. Выше этой цѣли и той методы, которою шла классическая юриспруденція къ ея достиженію, мы не знаемъ ничего въ прошлыхъ судьбахъ нашей науки. Памятникомъ этого творчества служатъ намъ позже кодифицированныя письмена юристовъ этой эпохи. Вы знаете, когда и какъ, много позже, наступила другая эпоха, кодификаціонная, въ римской жизни.

Вотъ тотъ выходъ изъ трудностей, то время *свободнаго творчества юристовъ*, тотъ *методъ достиженія практическихъ задачъ юриспруденціи*, какой знала эпоха до-кодификаціонная въ Римѣ, и который составляетъ въ одинаковой мѣрѣ предметъ восторженнаго поклоненія и знаменитаго французскаго сатирика XVI в., и величайшаго юриста нашего столѣтія Фр. К. ф.-Савиньи.

Именно на этомъ живомъ явленіи Савиньи демонстрируетъ намъ *процессъ здороваго развитія права*.

Западный міръ въ ту пору, которую мы разсматривали выше, переживалъ въ существѣ, тотъ-же *критическій моментъ*, тотъ-же

переходъ отъ особаго къ общему, отъ племенного, территоріальнаго, сословнаго, національнаго правовоззрѣнія къ универсальному.

Выходъ изъ этой массы текстовъ, изъ этого нагроможденія фоліантовъ римскаго права и груды разномѣстныхъ статутовъ былъ никакъ не менѣе необходимъ, чѣмъ въ Римѣ въ соотвѣтствующую эпоху. Какой-же это выходъ?

Вы знаете, что прежде всего новая западная (итальянская) юриспруденція стала обращаться за отвѣтомъ на свои загадки къ латинскому оракулу и оттуда вычитывала небылицы о римскихъ цезаряхъ, ожившихъ въ лицѣ нѣмецкихъ императоровъ, о caput mundi въ Римѣ, гдѣ въ эту пору на старомъ форумѣ расположены были городскіе выгоны,... о единомъ правѣ для всего міра вѣрующихъ.

Франція раньше другихъ очнулась отъ этихъ миражей безсильной мысли.

Это была эпоха возрожденія классической юриспруденціи. Это ихъ, французская, историческая школа XVI вѣка. Въ ней именно, *въ исторіи права*, указываетъ намъ Ch. Giraud, le souffle vital qui anime le droit. Безъ философіи и исторіи юриспруденція не пойдетъ дальше холоднаго анализа текстовъ, необходимаго, правда, но недостаточнаго, pour constituer la science qui inspira les jurisconsultes romains et la mémorable école du seizième siècle.

Ученый міръ обратился отъ обязательнаго примѣненія юстиніановскихъ текстовъ къ изученію классиковъ, независимо отъ обязательности ихъ рѣшеній для суда, какъ къ источнику raison écrite (ratio scripta). Французская юриспруденція поставила себѣ задачей освоить себѣ элементы римскаго права non ratione imperii, sed imperio rationis. Такъ понятая юристами задача даетъ, въ смыслѣ содержанія ихъ права, дѣйствительное приведеніе *въ нѣкоторую гармонію началъ національныхъ и универсальныхъ* и настоящее торжество мысли юриста надъ этимъ матеріаломъ.

Многія положенія римскаго права, носившія чисто позитивный характеръ, могли быть устранены позитивнымъ авторитетомъ королевской власти; другія, силой того-же авторитета, замѣнили ихъ въ практикѣ. Французское право ранѣе стало приходить *къ внутреннему единенію и общности своего состава*, чѣмъ право нѣмецкое, какъ увидимъ позже, *безъ содѣйствія кодификаторовъ*. Въ исторіи французскаго права долгое время нѣтъ грубыхъ пе-

реходовъ, рѣзкаго вмѣшательства позитивнаго авторитета въ сферу юридическихъ отношеній.

Одновременно съ этимъ процессомъ развитія права, происходило другое движеніе мысли, обнимавшее не одни явленія юридическаго порядка, опредѣлившее собою новое міровоззрѣніе для всей области явленій нравственнаго міра. Свободное отъ схоластическихъ завѣтовъ изслѣдованіе явленій нравственнаго міра открывало новыя основы для всѣхъ областей права, международнаго, государственнаго, уголовнаго и частнаго. Задача поставлена была совершенно отрѣшенно отъ какой-либо положительной системы права. Надо было найти вѣчныя и *неизмѣнныя основы права въ самой природѣ человѣка*, и отсюда, на постоянныхъ ея реквизитахъ, раціоналистически построить начала права естественнаго.

Созданная подъ вліяніемъ этихъ ученій „декларація правъ человѣка“ способна была въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи, дать для Франціи новую основу всей системѣ институтовъ гражданскаго права, совершенно обособленныхъ отъ права публичнаго, въ силу этого общихъ для всей страны.

Техника современныхъ источниковъ права во Франціи, не знала такихъ чуткихъ *къ измѣняющемуся правосознанію* органовъ, какимъ былъ эдиктъ претора въ Римѣ, отражавшій изъ году въ годъ медленнымъ и нечувствительнымъ образомъ происходившія въ жизни измѣненія правовоззрѣній. Между возбужденными литературной пропагандой ожиданіями и дѣйствительностью образовывался такимъ образомъ цѣлый разрывъ. Сближеніе не могло произойти безъ глубокаго потрясенія. Извѣстно, какимъ образомъ сметены были однимъ напоромъ національнаго возбужденія остатки феодальнаго строя, стоявшіе на пути къ достиженію одинаковаго для всѣхъ и общаго цѣлому государству гражданскаго права.

Съ этихъ поръ, сталъ неотложно на очередь *вопросъ о кодификаціи всего гражданскаго права, какъ системы права общаго* для цѣлаго государства. Конституція 1791 года опредѣляетъ именно „il sera fait un code de lois civiles communes à tout le Royaume“.

Французскіе историки группируютъ часто весь свой историческій матеріалъ въ два періода: droit ancien, droit nouveau, раздѣляя ихъ не однимъ моментомъ, появленіемъ Code civil, а цѣлой переходной эпохой такъ называемаго droit intermédiaire отъ 89 до 804 года. Въ эти немногіе годы *отдѣльными актами* мѣняющихся органовъ государственной власти произведены глубокія измѣненія въ основахъ стараго юридическаго быта.

Они упрочиваютъ единство государства, обособляютъ власть духовную отъ свѣтской, уничтожаютъ остатки феодальнаго режима, вводятъ начало равенства гражданъ передъ лицомъ закона.

Ни одно изъ семи собраній, упражнявшихъ законодательную компетенцію въ эту эпоху, не пришло къ цѣли созданія единаго кодекса. Задача была выполнена подъ ауспиціями консулата. Въ августѣ 800 г. консулатъ назначилъ коммиссію изъ 4-хъ членовъ для начертанія проекта Code civil. Эти четыре члена были: Tronchet, президентъ кассаціоннаго трибунала, горячій приверженецъ кутюмнаго права, Portalis—знатокъ права римскаго, Bigot de Préameneu, Maleville, всѣ вмѣстѣ юристы-практики. Скорость выполненія порученія была поразительная. *Черезъ четыре мѣсяца проектъ былъ готовъ*!

Упрекъ, который дѣлали проекту, заключается въ томъ, что онъ представлялъ собою сочетаніе старыхъ элементовъ французскаго цивильнаго права, кутюмнаго и римскаго, согласованныхъ въ духѣ революціоннаго droit intermédiaire. Лоранъ думаетъ, что этотъ упрекъ въ недостаткѣ оригинальности у авторовъ проекта есть скорѣе хвала имъ. Право народа никогда не есть система произвольно созданныхъ мыслью юриста положеній. Это дѣло исторіи народа, а не личнаго измышленія, не разсчета, не логической концепціи, какую въ силахъ создать мыслитель.

Судьба проекта въ законодательныхъ истанціяхъ представляетъ интересъ для законодательной практики, а не для его состава.

Не безъ энергическаго вмѣшательства перваго консула (Бонапарта) проектъ былъ принятъ въ видѣ 36 титуловъ, составившихъ, каждый, отдѣльный законъ и соединенныхъ затѣмъ въ одно цѣлое подъ именемъ Code civil закономъ 21 марта 1804 г. Этимъ то закономъ опредѣлено: „à compter du jour où ces lois devinrent exécutoires les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales et locales, les statuts, les réglements, cessèrent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le Code.“ (Со дня, коимъ опредѣляется обязательность примѣненія этихъ законовъ, законы римскіе, ордонансы, общіе и мѣстные кутюмы, статуты, регламенты, потеряли силу законовъ общихъ или особенныхъ по тѣмъ предметамъ, кои вошли въ законы, составляющіе кодексъ).

Такимъ образомъ, Франція вышла изъ предшествующаго кодификаціи состоянія двойственности права въ эпоху *новаго права* не путемъ одной свободной творческой дѣятельности юриспру-

денціи, какъ Римъ, а съ содѣйствіемъ позитивнаго авторитета законодателя, который расширялся все дальше и дальше въ предшествующей исторіи права и достигъ въ результатѣ доминирующаго значенія надъ всѣми другими источниками права. Одновременно съ этимъ задача состояла у французовъ въ томъ, чтобы сгладить существовавшую до того неравноправность, достигнуть той exaequatio legum, которая и въ Римѣ, въ гораздо болѣе раннюю эпоху (XII табл.), тоже не могла быть достигнута безъ содѣйствія законодательной власти, ибо въ стремленіи къ этой цѣли лежитъ начало не юридическое только, а въ то же время и политическое, интересъ государства.

Французская кодификація послужила такимъ образомъ выраженіемъ историческаго стремленія націи къ единству и цѣльности, къ сосредоточенію всѣхъ политическихъ функцій въ новообразованныхъ учрежденіяхъ, къ возможно полному обособленію права частнаго и публичнаго, къ торжеству нормъ общихъ надъ партикуляризмами, къ уравненію всѣхъ французовъ въ ихъ гражданской правоспособности. Эти результаты достигнуты были далеко не внезапно, но они, такъ сказать, консумировались въ одномъ формальномъ моментѣ кодификаціи, какъ долгій до того споръ и тяжкая распря формально завершается и консумируется въ процессуальномъ моментѣ litis contestatio. Это была своего рода novatio necessaria. Droit ancien все цѣликомъ, при посредствѣ короткаго période intermédiaire, поглощено было въ этомъ кодифицированномъ droit nouveau.

Не подлежитъ сомнѣнію, что только это свойство французскаго кодекса, *органическій характеръ его возникновенія изъ исторической жизни великой современной націи*, могло открыть ему такую широкую сферу рецепціи, какой не имѣлъ ни одинъ современный кодексъ. Только этотъ кодексъ, изъ всѣхъ работъ подобнаго рода въ новое время, можетъ быть сопоставленъ, въ этомъ смыслѣ свободнаго его освоенія, съ источниками римскаго права. Принятый во многихъ территоріяхъ Германіи, выше другихъ стоящихъ въ культурѣ права, онъ не могъ быть до сихъ поръ вытѣсненъ оттуда никакими усиліями нѣмецкой патріотической агитаціи, тѣмъ менѣе дѣйствіемъ механическихъ силъ.

Если таково значеніе этой кодификаціонной работы для новаго времени, то приведенный выше законъ, отмѣняющій всякое, даже субсидіарное, значеніе старыхъ источниковъ, кутюмовъ, римскаго права и проч. отвѣчаетъ исключительно политической цѣли удержанія въ дальнѣйшемъ правомѣрнаго характера единства, достигнутаго тяжелой борьбой, и въ то же время вноситъ

БИБЛИОТЕКА

нѣкоторую скудость въ дальнѣйшій процессъ развитія гражданскихъ институтовъ. Французскій законъ поставилъ высоко задачи новой юриспруденціи классическимъ art. 4 Code'a *). Но крайне строго проводимое (тутъ же, art. 5) разграниченіе власти судебной и законодательной и созданіе единаго органа, Cour de cassation (учрежденъ закономъ 1 дек. 1790 г.; французы называютъ его Cour régulatrice), который имѣетъ блюсти единообразіе въ примѣненіи закона, обезпечивая, правда, это единообразіе, дѣйствуетъ все же неблагопріятно на свободную разработку вопросовъ права юристами и даетъ всей профессіи юриста ремесленный характеръ, возбуждающій сѣтованія видныхъ людей самой Франціи **).

Несомнѣнно излишнимъ было разобщеніе, почти совершенное, французской цивильной юриспруденціи и юридической школы съ источниками, изъ коихъ образовался Code, въ особенности съ правомъ римскимъ. Изученіе послѣдняго въ эпоху кодификаціи стояло далеко не такъ высоко, чтобы французамъ не оставалось ничему научиться у классиковъ. Французская школа и литература оставались долгое время совершенно въ сторонѣ отъ того движенія мысли, которое происходило въ Германіи въ первой половинѣ этого столѣтія и которое такъ обогатило нѣмецкую юриспруденцію въ области историческихъ изысканій по римскому и германскому праву. Едва ли правильно думать, что поддержанный къ этимъ штудіямъ интересъ, особенно интересъ къ дальнѣйшему изученію права римскаго, могъ угрожать достигнутой путемъ законодательства унификаціи гражданскаго права. Въ послѣднее время, въ виду ближайшаго ознакомленія французовъ съ современнымъ состояніемъ юридической школы въ Германіи, въ учебныхъ планахъ французскихъ факультетовъ замѣтно усиленіе, сравнительно съ прежнимъ, занятія исторіей, кутюмнымъ правомъ и правомъ римскимъ.

Мы перейдемъ къ обозрѣнію въ главнѣйшихъ чертахъ кодификаціонной дѣятельности въ Германіи.

---

*) Le juge qui refusera de juger, sous prètexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice (см. 10 ст. Уст. гр. суд. 20 ноября 1864 г.). Наказаніе опредѣлено въ art 185 Code pén., а art 506 и слѣд. Code de proc. указываютъ способъ преслѣдованія судьи за отказъ въ правосудіи. Тоже въ Code Napol. en vers, читается такъ:

Pourront être accusés de déni de justice,
Les juges refusant de remplir leur office,
Sous le prètexte vain ou que la loi se tait,
Ou n'a qu'un sens obscur, ou qu'un texte incomplet.

**) Ср. Lerminier, Introduction à l'histoire du droit.

Тотъ процессъ кодификаціи, который привелъ Германію къ современному состоянію ея гражданскаго права, начался въ ту пору, когда замѣтно падаетъ авторитетъ центральной законодательной власти и начинается развитіе довольно сильныхъ мѣстныхъ территоріальныхъ центровъ,—условія совершенно противуположныя тѣмъ, въ коихъ, въ ту же пору, въ XVI и XVII вв., Франція шла медленнымъ, но вѣрнымъ путемъ къ объединенію своего права. Все, что въ это время создаетъ нѣмецкая имперія,—это законодательство уголовное, полицейское и въ очень ничтожныхъ размѣрахъ повліявшіе на право гражданское отдѣльные законодательные акты, каковъ Notariatsordnung 1512 г. и нѣкоторые другіе.

Первоначально, въ особенности въ XVI в., отдѣльные города съ ихъ территоріями начинаютъ искать согласованія своихъ статутовъ съ реципированнымъ римскимъ правомъ. Въ этихъ сочетаніяхъ элементы своего и чужого права распредѣлены крайне неравномѣрно. Наиболѣе сильное воздѣйствіе римскаго права на мѣстное право и процессъ видно въ такъ называемой Nürnberger Reformation, которая, въ свою очередь, повліяла на обработку многихъ позднѣйшихъ системъ. Наименѣе элементовъ римскихъ замѣчается въ любекскомъ городскомъ правѣ или въ любекскихъ статутахъ 2-й половины XVI вѣка. Вліяніе любекскаго городского права распространилось въ особенности на сѣверѣ и удержалось во многихъ важныхъ пунктахъ цивильной системы прусскаго ландрехта *).

Оба эти кодекса, также какъ и другіе подобные (городское право гамбургское, пражское, фрейбургское, реформація франкфуртская, вормская), не разрывали связи съ общимъ правомъ и не имѣли цѣлью обособить совершенно территорію ихъ примѣненія.

Съ XVI же вѣка начинаются кодификаціи съ инымъ характеромъ. Это такъ назыв. земскія права (Landrechte). Сначала ихъ назначеніе тоже только собираніе статутовъ и сочетаніе съ общимъ правомъ. По количеству, ихъ цѣлая масса. Stobbe приводитъ до 22-хъ такихъ ландрехтовъ (Handbuch, т. I). По племеннымъ различіямъ нормъ, лежащихъ въ ихъ основѣ, ихъ распредѣляютъ на 4 группы: саксонскую (сюда, кромѣ саксонскихъ

*) Подробности см. у Stobbe, Geschichte der Deutschen Rechtsquellen, т. II. Остзейскій сводъ, ч. III, дѣлаетъ обширныя выборки изъ любекскаго права, особенно изъ кн. 1 (бракъ, опека, давность), кн. 2 (право наслѣдованія, поземельн. владѣнія), кн. 3 (договоры, залогъ), кн. 6 (морское право). Также, коротко, статью Behrend'a о кодификаціяхъ въ энциклопедіи Гольцендорфа.

земель, относятся отдѣльныя части Пруссіи, Любекъ, Гамбургъ и друг.), франкскую (особенно прирейнскіе города и области, тоже Нюрнбергъ), швабскую (сильное вліяніе римскаго права; здѣсь Вюртембергъ) и баварскую (гдѣ римское вліяніе наиболѣе сильно). Такимъ образомъ, въ этомъ племенномъ распредѣленіи земскихъ правъ, при великомъ обиліи внутри отдѣльныхъ территорій всякихъ партикуляризмовъ, оказалось то же преобладаніе элементовъ римскихъ въ особенности на югѣ, а элементовъ національныхъ въ особенности на сѣверѣ, какое мы наблюдали выше во Франціи.

Но не это характерно для дальнѣйшей судьбы нѣмецкаго гражданскаго права и для современнаго состоянія его въ Германіи. Характерно здѣсь то, что тотъ самый позитивный авторитетъ, который во Франціи ведетъ страну медленнымъ и постояннымъ путемъ къ объединенію *всей націи* подъ сѣнію одного закона, служитъ здѣсь долгое время прямо противуположнымъ цѣлямъ, хотя при помощи той же кодификаціонной дѣятельности.

Въ этомъ отношеніи судьба разныхъ территорій нѣмецкой имперіи совершенно различна.

На югѣ, въ Баваріи *), реформаціи земскаго права начались съ XVI вѣка. Сперва это — попытка сочетанія статутовъ съ общимъ источникомъ цивильныхъ системъ на западѣ, съ римскимъ правомъ, безъ отмѣны общаго примѣненія послѣдняго въ судахъ, наоборотъ, съ подтвержденіемъ его силы для мѣстныхъ судовъ. Сначала эти попытки не обнимаютъ всѣхъ сторонъ системы. Въ половинѣ XVIII вѣка Баварія, ранѣе другихъ нѣмецкихъ областей, совершаетъ полную кодификацію своего земскаго права (уголовн., гражд. право и процессъ). Право гражданское промульгировано въ этомъ видѣ въ 1756 г. подъ именемъ Codex Maximilianeus Bavaricus civilis. Въ публикаціонномъ патентѣ законодатель объявляетъ, что въ кодексъ не введено никакихъ значительныхъ обновленій, а обработано лишь старое общее и статутарное право, приведенное въ удобный для примѣненія его судами и каждымъ въ собственныхъ дѣлахъ видъ. По существу это больше компендіумъ цивильной системы съ тѣмъ же дѣленіемъ матеріи по tria objecta juris (лица, вещи, дѣйствія), какое вы находите въ оффиціальномъ учебникѣ (институціяхъ) Юстиніана. Составитель (Кретмайръ) присоединяетъ цѣлыхъ 5 томовъ примѣчаній, чтобъ устранить необходимость обращаться къ

*) Подробности у Roth'a, Bayerisch. Civilrecht, также (коротко) въ его System d. deutsch. Pr.—rechts. 1 Theil. Теперь еще въ указан. выше статьѣ Schwarz'a.

подлиннымъ источникамъ. Это своего рода пандекты, которые служатъ дальнѣйшимъ развитіемъ ученій, принятыхъ въ кодексѣ. При всемъ томъ баварская кодификація не отмѣняетъ формально и прежнихъ источниковъ. По содержанію самый кодексъ есть, по замѣчанію Рота, настоящій образецъ того, что въ ту пору въ юридической литературѣ и на каѳедрахъ называли usus modernus juris romani.

Это довольно слабая попытка отторженія отдѣльной территоріи отъ общей жизни націи въ процессѣ развитія ея права.

Съ совершенно другимъ характеромъ, гораздо болѣе притязательнымъ и затѣйливымъ, производятся около того же времени попытки кодифицировать право въ другой части слабой имперіи, въ Пруссіи. Здѣсь замышляютъ кодексъ не для простого содѣйствія лучшему отправленію юстиціи, какъ въ Баваріи, а для осуществленія плановъ гораздо болѣе радикальнаго свойства.

Историческіе элементы права въ прусской провинціи были въ ту пору тѣ же, что и въ другихъ нѣмецкихъ областяхъ. По происхожденію своему, это были начала реципированнаго римскаго и мѣстнаго обычнаго и статутарнаго права. Задача примиренія ихъ въ наукѣ опредѣлилась въ эту пору исканіемъ основъ той и другой системы въ такъ называемомъ правѣ естественномъ. Нигдѣ и никто не поспѣшилъ воспользоваться этимъ исканіемъ началъ естественнаго права до такой степени своекорыстно и смѣло, какъ прусскіе высшіе чиновники. По мысли одного изъ нихъ (Кокцеи), задача кодификаціи должна состоять въ томъ, чтобъ основать все мѣстное teutsches Landrecht, единственно на *естественномъ* разумѣ и земскомъ политическомъ устройствѣ съ устраненіемъ всѣхъ другихъ источниковъ права *). Что же такое естественное право въ этой концепціи? Надлежитъ замѣтить, что въ ту пору Пруссія, какъ вся Европа, признавала еще такія тяжкія формы личной зависимости людей, которыя по суровости ничѣмъ не уступали настоящему рабству, и что само римское право, допускавшее рабство, не хотѣло видѣть въ немъ института права *естественнаго*, а лишь общенароднаго **). Какой же смыслъ натурализма въ правѣ у прусскихъ кодификаторовъ?

---

*) Въ планѣ улучшенія юстиціи, поданномъ королю въ 1746 г., Кокцеи пишетъ: „Hauptsächlich musz das Romische Lateinische Recht abgeschafft, und auf den Preuszischen Fusz ein Teutsches Landrecht verfertigt werden“, и такое на прусскую ногу поставленное право должно быть изготовлено въ одинъ годъ!

**) Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno *contra naturam* subjicitur (§ 2 J. de jure pers. 1, 3).

Онъ совершенно простой. Составители кодекса имѣютъ извлечь изъ римскаго права, изъ земскихъ законовъ и другихъ источниковъ то, что они находятъ согласнымъ съ началами естественнаго права, затѣмъ пресѣчь всякую связь этихъ кодифицированныхъ нормъ съ ихъ источникомъ, сдѣлать ихъ обязательными для примѣненія въ качествѣ нормъ легальныхъ и симъ устранить на будущее время возможность какого бы то ни было разногласія между юристами по вопросамъ разъ навсегда рѣшеннымъ въ законѣ.

Сочиненный названнымъ выше прусскимъ чиновникомъ проектъ для Corpus juris Fridericiani составляетъ именно такое кодифицированное jus naturae privatum*). Это сочиненіе должно было стать вѣчнымъ и постояннымъ (ewiges und bestandiges) ландрехтомъ для Пруссіи. Все право въ этомъ видѣ будетъ исключительно собраніемъ позитивныхъ нормъ. Чего нѣтъ въ кодексѣ, того не должно быть и въ жизни. Всякое иное право, неосвященное этимъ авторитетомъ, составляетъ сущій вздоръ, вымыселъ праздныхъ людей, durch die Freiheit einiger privatdoctorum aufgebrachtes imaginaires Recht.

Если-бы, по этимъ соображеніямъ, составить восходящую къ совершенству скалу для исторіи права, то на самыхъ низкихъ ступеняхъ этой лѣстницы оказалась бы эпоха классической юриспруденціи, съ ея Лабеонами, Сабинами, Цельсами, когда эта Freiheit einiger privatdoctorum рѣшала все дѣло, а на высшихъ ступеняхъ приближенія къ совершенству помѣстились бы Кокцеи, Крамеры, Шварцы и прочее. Мы сейчасъ убѣдимся, что въ этихъ планахъ нѣтъ вовсе признаковъ преходящаго и въ извѣстной степени забавнаго высокомѣрія названныхъ авторитетовъ, а что эти мысли переживутъ надолго ихъ творцовъ и найдутъ очень серьезныхъ послѣдователей въ наше время **).

---

*) Унгеръ совѣтуетъ лучше называть это „естественное право“ jus civile naturalisatum.

**) Преувеличенная оцѣнка достоинствъ мѣстныхъ юрисконсультовъ (прусскихъ) стала очень замѣтною въ нѣмецкой литературѣ вскорѣ послѣ военныхъ успѣховъ Пруссіи. Но трудно было ожидать, чтобы у людей до такой степени видныхъ, какъ Ihering, эта черта выразилась съ особенной яркостью. Извѣстно, что Савиньи очень невысоко ставилъ всѣ три кодификаціонныя работы, предшествовавшія появленію его Beruf'a (см. выше). Ihering, не упускавшій никогда случая отмѣтить ту или другую ошибку въ трудахъ „перваго юриста нашего вѣка“, въ одной изъ своихъ послѣднихъ работъ (Der Besitzwille, Iena, 1889 г. стр. XII) указываетъ черты совершенно непрактическаго, вреднаго доктринерства у Юлія Павла и поднимаетъ оружіе (Waffen zur Hand) противъ Савиньи не съ тѣмъ только, чтобъ ему возражать, но чтобы den Gegner zu Boden zu werfen.. Кто-же, однако, имѣетъ остаться на недосягаемой высотѣ въ виду этихъ поверженныхъ въ прахъ славныхъ противниковъ? Отвѣтъ читатель найдетъ на 505-й стр. назван сочиненія. *Der genale Schopfer*

Планы Кокцеи не были приведены къ предположенной цѣли. Работа кодификаціи возобновилась лишь при преемникѣ Фридриха II. Исполнителемъ предначертаній явился одинъ изъ самыхъ настойчивыхъ и трудолюбивыхъ прусскихъ чиновниковъ, Суарецъ (Шварцъ), которому и принадлежитъ честь выработки окончательнаго проекта, принятаго послѣ нѣсколькихъ ревизій законодательными инстанціями и публикованнаго кабинетнымъ приказомъ 5-го февраля 1794 года, подъ титуломъ „Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten“ для обязательнаго примѣненія во всей тогдашней прусской территоріи съ 1-го іюня того же года.

Очень долгое время сужденія нѣмецкихъ юристовъ о свойствѣ этого кодекса были совершенно единодушными. Его разсматривали въ цѣломъ его составѣ, какъ самое яркое выраженіе *преувеличеннаго взгляда на всемогущество законодателя*, которымъ вообще характеризуютъ ученіе о правѣ въ XVIII вѣкѣ. Право, существующее на степени субъективнаго сознанія должнаго, право обычное, практика судовъ, юриспруденція—не связываютъ ничѣмъ отправленія юстиціи. Обязателенъ только законъ. Одинъ законодатель имѣетъ дѣйствительную силу обязывать судъ и гражданъ къ исполненію императивовъ права. У него одного *монополія принужденія*. Для Пруссіи, въ особенности, все, что можетъ быть неяснымъ судьѣ въ вопросахъ примѣненія закона, подлежитъ разъясненію засѣдающей для этой цѣли особой законодательной коммиссіи въ Берлинѣ. *Источникъ права одинъ*, и всѣ органы правосудія суть только послушныя орудія его велѣній. Для области гражданскаго права, совершенно такъ-же, какъ и для области уголовнаго правосудія, для вопросовъ управленія — нѣтъ иного авторитета, кромѣ заранѣе предуставленнаго авторитета центральной власти. Все управленіе и вся юстиція организованы *чисто механическимъ образомъ* и не дѣйствуютъ иначе, какъ по импульсу сверху. Натурально, для того, чтобъ цѣль была достигнута, законъ имѣетъ заранѣе предусмотрѣть все, всякій вопросъ, который способна поставить судебной практикѣ жизнь, чтобы какъ можно менѣе осталось на усмотрѣніе суда, а въ отношеніяхъ цивильныхъ—на усмотрѣніе заинтересованныхъ. Свобода лицъ, а тѣмъ болѣе свобода суда угрожаетъ опасностью цѣлому, и цѣль закона не есть только

---

desselben (*геніальный творецъ Прусскаго Ландрехта*, Шварцъ), hat auch in diesem Punkt (рѣчь идетъ о владѣльческой защитѣ простого держателя, detentor'a вещи, по прусскому Ландрехту, вопреки классическому праву) seinen richtigen praktischen Blick .... in glänzendster Weise bewährt.

принужденіе, а настоящая *борьба предусмотрительности* и дальнозоркости *съ близорукой глупостью*. Цѣль эта преслѣдуется въ ландрехтѣ съ величайшей энергіей. Чтобъ надлежащимъ образомъ наставить недальновидныхъ, не достаточно выразить одни принципы. Принципы и общія положенія допускаютъ недоразумѣнія и лжетолкованія. Нужны детальныя предписанія. Но и этого мало! Никакихъ деталей недостаточно для того, чтобъ дѣйствительно захватить въ руки все движеніе юридическаго обмѣна, предусмотрѣть возможныя сочетанія интересовъ лицъ въ гражданскомъ оборотѣ. Поэтому надо наложить извѣстную узду на этотъ свободный обмѣнъ, связать его необходимыми для юридическихъ послѣдствій частной воли данными закономъ формами; иначе невозможно достиженіе цѣли, не будетъ настоящаго ухода, предусмотрительность, опека не дастъ требуемыхъ результатовъ. Оттуда другая черта прусскаго ландрехта — стѣснительныя формы, которыхъ требованіе не условлено часто ничѣмъ, кромѣ желанія все контролировать, всему вести счетъ, мѣру и вѣсъ.

Эти черты составляютъ именно особое свойство прусскато кодекса, прусскаго, а не нѣмецкаго воззрѣнія на право. Это отличительныя его черты, по коимъ тотчасъ легко узнать, съ какимъ кодексомъ мы имѣемъ дѣло. Нѣмецкихъ кодексовъ много, но ни въ одномъ нѣтъ этого настойчиваго и разсчитаннаго стремленія оторваться отъ историческихъ основъ въ правѣ, войти въ величайшія мелочи хозяйственнаго, семейнаго быта, сдѣлать ненужнымъ обращеніе суда и общества къ какимъ-либо инымъ основамъ цивильнаго быта, кромѣ *данной статьи кодекса*, замѣнить все самобытное и историческое въ правѣ, все естественное въ немъ въ этомъ смыслѣ регламентаціей и присвоить этой регламентаціи силу естественнаго, непремѣннаго и вѣчнаго закона. Такимъ образомъ источникъ всякаго права для Пруссіи долженъ лежать не въ самомъ человѣкѣ, не въ историческихъ формахъ общежитія, не въ семьѣ, общинѣ, сословіи, церкви и проч., а единственно и исключительно въ писанномъ и кодифицированномъ законѣ. Любопытно, что другіе кодексы, дающіе болѣе широкія основы праву, не именуютъ себя источниками *права*, а носятъ титулъ сборниковъ, или книгъ *законныхъ*. Прусскій кодификаторъ и тутъ послѣдователенъ. Въ его кодексѣ *все право*. Всѣ консеквенціи даются сами собой. Нерѣдко указываютъ на абсолютизмъ французскаго закона. Но что-жъ это въ сравненіи съ абсолютизмомъ прусской статьи? У французовъ нѣтъ и признаковъ этого ревниваго огражденія законодательной

функціи отъ всякаго прикосновенія суда къ этой области нормативнаго творчества. Французскій судья не смѣетъ отказать въ правосудіи подъ предлогомъ отсутствія, неполноты законовъ. Это классическій art. IV Code Nap., ganz im antiken Geist abgefasst, какъ судятъ нѣкоторые нѣмецкіе юристы. Опасность неодинаковости примѣненія закона устраняется дѣятельностью кассаціи. Прусскій законъ не допускаетъ ничего подобнаго, боясь пуще всѣхъ пороковъ юстиціи самодѣятельности ея органовъ и ревниво отсылая судью во всѣхъ трудныхъ для него случаяхъ на предварительное совѣщаніе въ берлинскую коммиссію законовъ *).

Прусскою же, особенно не римскою и не нѣмецкою, слѣдуетъ назвать *систему ландрехта.* Она основана не на изложеніи цѣльномъ и законченномъ отдѣльныхъ цивильныхъ институтовъ: семья, собственность, обязательство, наслѣдство. Ландрехтъ, во-1-хъ, обнимаетъ не одну цивильную систему, а все право гражданское и уголовное, институты цивильные и полицейскіе, не только права лицъ, но и права союзовъ. Все это расположено по двумъ книгамъ. Основа дѣленія такая: книга 1-я, права лицъ отдѣльно взятыхъ, книга 2-я, права лицъ въ составѣ союзовъ. Это такъ называемая *система субъективныхъ правъ.* Практики находятъ ее удобной для справокъ. Но за то нѣтъ цѣльнаго института, который этой системой не былъ бы или спутанъ, или разорванъ на части. Институты правъ вещныхъ смѣшаны съ договорными (объ этомъ позже подробнѣе), положеніе о наслѣдованіи есть и въ 1-й и во 2-й части; точно такъ же разорвана и система обязательствъ. Отъ этой системы отказываются нынѣ лучшіе прусскіе юрисконсульты (Dernburg), видя въ ней преобладаніе матеріализма, экономическаго момента въ строеніи институтовъ юридическихъ, совершенно въ духѣ сенсуалистскихъ ученій прошлаго вѣка.

Натурально, кромѣ этого прусскаго пошиба, выразившагося и въ ученіи объ источникѣ права и въ регламентаціи примѣненія закона и въ самой системѣ, Landrecht заключаетъ въ себѣ, такъ сказать, цѣлый hortus siccus институтовъ римскихъ и общегерманскихъ. Ничего своего *въ этомъ смыслѣ* прусскія канцеляріи сложить не могли. Все это продукты исторіи, жизни человѣческихъ обществъ, ничего общаго съ прусскимъ государствомъ не

*) Французы знаютъ подобный законъ лишь въ разгарѣ революціи. Это знаменитый законъ 21 авг. 90-го года, судьи обязаны обращаться къ законодательному собранію toutes les fois qu'ils croiraient nécessaire d'interpéter une loi.

имѣющіе и узурпируемые ревнивымъ кодификаторомъ въ составъ этой системы естественнаго права изъ любекскихъ городскихъ статутовъ, изъ такъ-называемаго usus modernus juris romani и проч., но съ полнымъ разрывомъ естественной связи самого Code'a съ этими первоисточниками. Натурально, и внутри этихъ нормъ чувствуется повсюду признакъ узурпаціи и насилія. Мы будемъ имѣть случай убѣдиться въ этомъ на судьбѣ очень различныхъ институтовъ цивильной системы. Возьмемъ примѣръ изъ области семейнаго права. Французскій Code, получившій свою санкцію послѣ грозной période intermédiaire, не разрушаетъ такъ всѣхъ признаковъ самобытнаго характера союза семейнаго вторженіемъ въ жизнь семьи, какъ въ конскій заводъ, регламентаціи закона, дѣятельности суда, экспертовъ и проч., какъ это мы видимъ въ ландрехтѣ. „Мать, если здорова, обязывается кормить дитя грудью". До какой поры, предписываетъ отецъ; если спорятъ — судъ, эксперты. Любопытенъ разводъ. Французскій Code далъ двѣ категоріи основаній развода. Первая категорія divorce pour cause déterminée и другая divorce par consentement mutuel (гдѣ cause, само собою разумѣется, есть, но ея не выводятъ стороны на судъ). Противъ легкомысленнаго обращенія къ послѣднему способу Code принимаетъ мѣры очень серьезнаго характера, но за симъ оставляетъ въ самой семьѣ, между мужемъ и женой, вопросъ о матеріальныхъ мотивахъ ихъ рѣшимости разойтись. Ландрехтъ не хочетъ знать никакихъ семейныхъ тайнъ. Параграфы закона вторгаются въ нѣдра семейнаго союза до супружескаго ложа включительно. Разводъ по опредѣленію суда можетъ имѣть мѣсто: сперва рядъ причинъ общихъ для всѣхъ законодательствъ (causes déterminées), но засимъ—продолжительный отказъ въ сожитіи, болѣзнь, мѣшающая выполненію этого Amt'a, способъ совершенія, несоотвѣтствующій цѣли дѣторожденія (который bei oder nach der Beiwohnung, die Erreichung des *gezetzmässigen* Zwecks derselben vorsätzlich hindert), неизлѣчимыя болѣзни, внушающія отвращеніе, и лишь сверхъ всего этого—по взаимному согласію, но тоже pour cause déterminée, просто неодолимое отвращеніе (во всемъ этомъ есть элементъ исповѣдный, о чемъ точнѣе позже). Личныя отношенія супруговъ опредѣлены §§-ми закона такъ: не дозволено отказывать продолжительно въ сожительствѣ, развѣ бы это вредило здоровью или мать кормила дитя грудью (ср. кн. II, тит. I, §§ 178—180, 668 и слѣд.). И такъ, нѣтъ внутри семьи ничего, что имѣло бы другой источникъ, кромѣ §§ предусмотрительнаго закона. Даже тѣ функціи, которыя природа преподала живот-

нымъ и людамъ, quod natura omnia animalia docuit, каковы maris et feminae conjunctio, liberorum procreatio atque educatio, и которыя у Ульпіана составляютъ jus naturale, въ прусскомъ ландрехтѣ получаютъ иной смыслъ, смыслъ нормы, преподанной ландрехтомъ. Если союзъ супружескій привелъ въ вожделѣнной цѣли, то это не въ силу какихъ-либо законовъ, внѣ ландрехта существующихъ, а единственно благодаря предусмотрительности мудраго законодателя (Erreichung des *gezetzmässigen* Zwecks), пекущагося о близорукихъ. Если мать выкормила дитя, то оно не ей, не ея доброй волѣ, любви, чувству материнскаго долга признательно, а прямо параграфу ландрехта, безъ котораго все могло выйти совершенно иначе. Прусское законодательство не остановилось и на этихъ ближайшихъ консеквенціяхъ взгляда на человѣка, какъ на прусскій государственный Zweckapparat, какъ на природнаго Amtmann'а прусскаго ландрехта—оно пошло дальше. Жена уклонившагося отъ службы солдата (eines entwichenen Soldaten) можетъ тотчасъ, не выжидая никакихъ сроковъ, требовать развода съ мужемъ. Государство мстительнымъ образомъ спѣшитъ помочь ей въ ту же минуту забыть всѣ другіе §§ ландрехта, всякое религіозное, нравственное, природное чувство, чтобы тѣмъ надежнѣе гарантировать себѣ лишній штыкъ въ арміи *).

Австрійская кодификація замѣшкалась. Мысль кодифицировать родилась давно. Но къ цѣли пришла прежде не только Пруссія, но даже Баварія. Намъ не любопытно, почему это произошло. Возможно, что въ Австріи заняты были не столько тѣмъ, что будутъ кодифицировать, сколько вопросомъ, кто попадетъ въ существовавшую долгіе годы Kompilations - Commission. Das Allgemeine burgerliche Gesezbuch fur das Kaiserthum Oesterreich явилась лишь въ 1811 году въ окончательной редакціи и воспріяла силу закона съ 1 іюня того же года. Въ этомъ кодексѣ только гражданскаго права неизмѣримо меньше „политики", чѣмъ въ прусскомъ ландрехтѣ, насколько это, натурально, зависѣло отъ тогдашняго состоянія юридическихъ отношеній, носившихъ въ Австріи далеко не чисто цивильный характеръ (зависимость крестьянства, политическое положеніе церкви и проч. оставались здѣсь въ полной силѣ). Задача его та же, что и всѣхъ современныхъ кодексовъ, т.-е. *примиреніе дуализма нормъ римскаго и новаго происхожденія*. Основу этого прими-

*) Послѣднее положеніе находится въ Anh. къ § 690 ландрехта, § 80. Прусскіе юристы думаютъ, что Anh. этотъ есть offenbar veraltet и приводятъ къ его устраненію нынѣ еще имперск. зак. 6 февр. 1875 г.

ренія или соглашенія и здѣсь находятъ въ ученіяхъ естественнаго права. Австрійскій законодатель, однако, вовсе не ищетъ съ такимъ усердіемъ, какъ прусскій, утилизировать все естественное право въ свою пользу. Въ разработкѣ проекта принимаетъ самое живое участіе знаменитый въ ту пору профессоръ естественнаго права Zeiller. Онъ собственно былъ референтомъ коммиссіи. Весь кодексъ очень простъ по составу и кратокъ по формѣ. Онъ заключаетъ въ себѣ всего 1502 параграфа. Сравненіе съ прусскимъ не вполнѣ удобно, ибо прусскій содержитъ не одно частное право. Однако достаточно принять во вниманіе сравнительное число параграфовъ въ двухъ только титулахъ (неполныхъ) прусскаго ландрехта (о бракѣ 1119 §§—это 1-й титулъ 2-й части, а объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми—270 §§—это часть втораго титула; вмѣстѣ для брака и отношеній родителей къ дѣтямъ 1389 §§ у пруссаковъ, а у австрійцевъ для этихъ же матерій 143 §§+49) съ австрійскимъ кодексомъ, чтобъ постигнуть разницу между прусской невоздержностью въ законописаніи и несомнѣнной умѣренностью Австріи въ этомъ отношеніи. Вся совокупность §§ (1502) расчленена на введеніе и три части: 1) von dem Personenrechte, 2) von dem Sachenrechte, гдѣ два большихъ раздѣла, a) von den dinglichen Rechten, b) von den persönlichen Sachen-Rechten 3) общія постановленія для Personen и Sachen-Rechte *).

---

*) Австрійскій кодексъ недавно переведенъ на русскій языкъ г-мъ Вербловскимъ (изд. редакц. ком. по составл. гражд. уложенія). Указан. здѣсь термины Sachenrechte съ ихъ подраздѣленіемъ на dingliche и personliche Sachenrechte переданы у г. Вербловскаго не буквально. Онъ употребляетъ терминъ имущественное право вмѣсто Sachenrecht, dingliches Recht передаетъ словами вещныя права, а person. Sachenrechte—лично-имущ. права. Для точнаго смысла „имущество“ у нѣмцемъ есть терминъ Vermögen Г. Пахманъ, въ Исторіи кодификаціи, точнѣе выражаетъ терминологію кодекса, передавая ее такъ: часть вторая „о правѣ на вещи“, первый отдѣлъ „о вещныхъ правахъ“, отдѣлъ второй „о лично-вещныхъ правахъ“. Можетъ казаться непонятнымъ, что это за дѣленіе вещныхъ правъ на просто-вещныя и лично-вещныя. Между тѣмъ классификація именно такова. Dingliches Sachenrecht соотвѣтствуетъ латинскому jus in re, jus in rem; въ противоположность этому право требованія есть jus in personam, и это, повидимому, хотѣлъ выразить г. Вербловскій. Между тѣмъ, австр. код. знаетъ не эту послѣднюю категорію въ своей классификаціи, а неримскую jus ad rem (§ 307), и это и будетъ то, что названо въ немъ person. Sachenrechte. Г. Вербловскій быть можетъ правъ, желая замѣнить эту терминологію, ибо заглавіе 2 отд. 2-й кн. не соотвѣтствуетъ ея содержанію; но эта замѣна, а не переводъ. Мы увидимъ позже, откуда взялся терминъ jus ad rem. Что касается названнаго сейчасъ соч. г. Пахмана, то понятіе кодификаціи у него имѣетъ самый обширный смыслъ, и въ 2-хъ том. эт. сочин. (больш. формата около 1000 стр.), вы найдете свѣдѣнія по цѣлой массѣ всякаго рода сборниковъ юридическихъ нормъ гражд. права, начиная съ XII табл. до Остзейск. гражд. законовъ. Задача труда дать обзоръ кодексовъ и литературы, причемъ критика кодификац. трудовъ ограничена указаніемъ внѣшнихъ достоинствъ и недостатковъ кодексовъ, а не изслѣдованіемъ самыхъ началъ,

Для характеристики кодекса, имѣющей для насъ здѣсь небольшое значеніе, достаточно сказать, что вліяніе римскаго права было преобладающимъ въ кругахъ его составителей, и рядомъ съ этимъ общимъ объединяющимъ его элементомъ они ввели въ составъ системы нѣкоторые элементы такъ-назыв. германскаго правосознанія въ отдѣльныхъ институтахъ.

Въ ближайшемъ отношеніи къ дѣйствующему у насъ донынѣ X-му тому Св. Зак., къ нашему гражданскому законодательству, стоятъ только три названные иностранные кодекса. Графъ Сперанскій имѣлъ въ виду только ихъ, выполняя свою задачу собиранія русскаго гражданскаго права въ одну книгу законовъ. Мы могли бы здѣсь ограничиться параллелизмомъ этихъ четырехъ и донынѣ дѣйствующихъ кодексовъ для нашихъ ближайшихъ задачъ. Точно также вопросъ, поставленный главой исторической школы въ началѣ этого столѣтія о призваніи нашего времени къ законодательству и юриспруденціи, разъяснялся въ особенности въ виду трехъ названныхъ попытокъ. Но задачи кодификаціи ни въ Германіи, ни у насъ далеко не приведены къ концу. Проблемы, поставленныя 70 лѣтъ назадъ, далеко еще не перестали тревожить юристовъ и общество. Вопросъ о кодификаціи послѣ нѣкотораго затишья возникъ опять повсюду въ новыхъ и гораздо болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ прежде. Пруссія и Австрія оставили планъ, прежде существовавшій, кодифицировать вслѣдъ за общимъ правомъ разныя провинціальныя права. Но тѣмъ временемъ внутри Германіи разработанъ новый, саксонскій, кодексъ; у насъ возникъ въ 63 году сводъ мѣстныхъ законовъ остзейскихъ, Италія выработала новый кодексъ *) Вопросъ кодификаціи занимаетъ и Англію и Швейцарію, и Бельгію, и, наконецъ, Японію, гдѣ работалъ для этой цѣли французскій профессоръ Boissonade. Съ начала 70-хъ годовъ этотъ вопросъ сталъ снова жгучимъ въ Германіи. Онъ составляетъ, наконецъ, очередную

въ нихъ содержащихся. Внѣшнее очертаніе множества западныхъ кодексовъ, римскихъ, романскихъ, германскихъ, славянскихъ, даетъ большой выборъ, такъ сказать, узоровъ кодификаціонныхъ, конечно весьма занимательныхъ для кодификаторовъ. Для русской кодификаціи собраны многообразныя свѣдѣнія о кодификаціонныхъ проектахъ прошлаго и текущаго столѣтія, частью никогда не осуществленныхъ, но все-таки любопытныхъ.

*) Названные новые кодексы существуютъ въ русскомъ языкѣ, саксонскій въ переводѣ цѣлаго круга лицъ подъ общимъ руководствомъ г. Книрима, изд. редакц. коммис. по составленію гражд. уложенія, 1885 г.; той же редакц. коммисіей изданы недавно переводъ гражданскаго и торговаго уложенія княжества Сербіи 1844 и 1866 гг., гражд. уложенія Цюрихскаго Кантона, Калифорнское... Остзейск. св. существуетъ въ офиц. переводѣ на русскій языкъ. Итальянское уложеніе переведено г. Зарудныхъ. Заслуживаетъ вниманія Испанское гражданское уложеніе 24 іюля 1889 г., переведен. на французскій языкъ г. Levé (Code civil espagnol) въ 1890 г.

заботу и въ нашихъ законодательныхъ сферахъ. Повсюду въ эту минуту, однако, еще всё больше ожиданій, споровъ, надеждъ, чѣмъ достигнутыхъ результатовъ, и основательное разъясненіе задачъ, средствъ и результатовъ кодификаціи продолжаетъ держаться въ предѣлахъ давно опредѣлившихся контроверзъ и старыхъ опытовъ этого рода.

Мы видѣли выше мысли Савиньи по поводу трехъ теперь уже старѣющихъ кодексовъ. Въ ту пору глава исторической школы разсматривалъ кодификаціонную дѣятельность какъ специфическую болѣзнь вѣка, опасную для нормальнаго развитія права. Онъ одинаково осуждаетъ всѣ три предшествующія попытки кодификаціи и извлекаетъ изъ нихъ поученіе противъ дальнѣйшихъ предпріятій такого же рода.

Принимая, однако, всѣ основоположенія ученія Савиньи о природѣ права, живой, измѣнчивой и органической, мы не можемъ сойтись съ нимъ въ осужденіи заодно всѣхъ трехъ попытокъ, которыя онъ имѣлъ въ виду въ ту пору. Между кодификаціонной дѣятельностью французовъ въ началѣ этого столѣтія и пруссаковъ въ исходѣ прошлаго вѣка крайне мало общаго, кромѣ развѣ имени кодекса, которое само по себѣ, натурально, не можетъ внушать ни опасеній, ни радостей. Съ точки зрѣнія кодификаціонной техники ихъ, натурально, можно разсматривать одинъ, какъ другой. Такъ собственно и относились къ нимъ наши кодификаторы. Но вопросъ, поставленный Савиньи, касался вовсе не этого мастерства, а призванія нашего времени къ законодательству и юриспруденціи. Вопросъ былъ совершенно правильно поставленъ. Источникъ юридическихъ нормъ раскрывался не въ книгѣ закона, а въ національномъ сознаніи права. Развѣ въ этомъ смыслѣ возможно ставить наряду такіе два кодекса, какъ прусскій Ландрехтъ и французскій Code? Развѣ исторія права во Франціи, даже въ тѣхъ слабыхъ очертаніяхъ, которыя были даны выше, походитъ на исторію права не только въ Пруссіи, но даже въ цѣлой Германіи?

Въ одной—непосредственныя традиціи римскаго права, блестящій періодъ историческаго изученія его источниковъ еще въ XVI вѣкѣ, разработка кутюмовъ, объединяющая медленнымъ путемъ разномѣстные источники права, національная государственная власть, постоянное обособленіе началъ права публичнаго и частнаго, блестящая литературная дѣятельность, грозный кризисъ этой période intermédiaire, но кризисъ, происходившій въ могучемъ и цѣльномъ національномъ организмѣ...

Какіе подобные жизненные, органическіе процессы, пред-

шествующіе и сопровождающіе успѣхи національнаго сознанія, возможно отмѣтить для Пруссіи, захотѣвшей имѣть тоже свой кодексъ въ половинѣ XVIII вѣка? Думаемъ, что самый вопросъ можетъ показаться больше забавнымъ, чѣмъ серьезнымъ. Итакъ, если право есть продуктъ національной жизни, творчества націи, какъ ея языкъ, то что-же общаго можно вывести для исторіи права изъ этихъ двухъ кодексовъ? Французская exaequatio legum, объединеніе ея права, наконецъ, кодификація составляли подлинный, неподдѣльный продуктъ ея исторіи. Оттого кодексъ, задуманный только среди тревогъ революціи, могъ выдти готовымъ и оконченнымъ при первой смѣнѣ лихорадочнаго возбужденія націи состояніемъ большей увѣренности въ себѣ, болѣе собранныхъ національныхъ силъ. Франція не могла жить теперь подъ дѣйствіемъ стараго права, и она создала потребное для ея жизни новое національное право.

Какую новую фазу въ исторіи права представляетъ конецъ XVIII вѣка для Пруссіи и начало XIX для Австріи? И тутъ и тамъ неотмѣненная частно-правная зависимость массъ, и тутъ и тамъ ничѣмъ внутреннимъ образомъ несвязанные конгломераты территорій, разноплеменныхъ, черезполосныхъ, сейчасъ готовыхъ разбрестись розно, какъ только нѣтъ на лицо внѣшней силы, угрожающей непокорнымъ. Савиньи былъ совершенно неправъ, ставя на одну доску такія несоизмѣримыя явленія, какъ названные выше три кодекса. Одинъ (французскій) могъ служить подтвержденіемъ его органическаго ученія о правѣ. Оба другіе составляли въ самомъ дѣлѣ настоящую иллюстрацію отвергаемыхъ имъ механическихъ экспериментовъ въ этой области *).

Если таково различіе въ происхожденіи названныхъ трехъ кодексовъ, органическаго для Code'а и чисто-механическаго для

*) Намъ вовсе нелюбопытно, чѣмъ условливалось это смѣшеніе явленій, столь мало сходныхъ, у именитаго юриста. Въ немъ во всякомъ случаѣ было извѣстное умаленіе чести, извѣстная Niederschätzung для Франціи, и слишкомъ много чести для прусскаго ландрехта. Самъ Савиньи былъ французъ по происхожденію. Трудно, однако, думать, чтобъ въ немъ говорило на этотъ разъ пылкое усердіе къ новому отечеству. Онъ такъ невысоко аттестовалъ и ландрехтъ и современную ему нѣмецкую юриспруденцію, что о пристрастіяхъ не можетъ быть рѣчи. Ближе и проще, по свойствамъ задачъ, поставленныхъ себѣ исторической школой, вовсе неразсчитанныхъ на скорые практическіе результаты, объяснить себѣ это сопоставленіе очень отдаленнымъ отъ нашего времени критеріемъ римскаго юридическаго творчества, который Савиньи примѣнялъ безразлично ко всему современному состоянію права, гдѣ бы то ни было. Съ точки зрѣнія римскихъ идеаловъ только и возможно не разсмотрѣть великой разницы между явленіями исторіи права во Франціи и въ Пруссіи. Ошибочность сопоставленія, какъ бы мы себѣ ее ни объяснили, не измѣняется отъ этого, точно также, какъ и несогласіе сужденія о французскомъ Code'ѣ съ органической теоріей права, съ ученіемъ *о національномъ сознаніи какъ основѣ права*, съ сопоставленіями права съ языкомъ и прочее

ландрехта въ особенности, то, понятнымъ образомъ, и ихъ дальнѣйшая судьба не могла быть одинаковой. Успѣхи рецепціи французскаго права на чужой почвѣ извѣстны. Рожденный, такъ сказать, живымъ и жизнеспособнымъ, онъ удержался донынѣ вездѣ, гдѣ почва была въ большей или меньшей степени подготовлена исторіей для очищенной отъ средневѣковыхъ остатковъ культуры права частнаго. Успѣху развитія права общаго, вмѣстѣ съ этимъ, на всей ново-европейской почвѣ не содѣйствовалъ ни одинъ новый кодексъ въ такой мѣрѣ, какъ Code civil. Мы разумѣемъ здѣсь, натурально, не формально-обязательный смыслъ правообщенія, а лишь содержаніе нормъ, приведенное въ этомъ кодексѣ въ наиболѣе близкое соотвѣтствіе правосознанію европейскихъ обществъ. Успѣхъ французскаго права внѣ Франціи не связанъ нигдѣ съ наличностью какого бы то ни было внѣшняго авторитета, навязывающаго это господство. Тутъ нѣтъ также тѣхъ фикцій длящейся имперіи, къ коимъ прибѣгали юристы и которымъ вѣрили люди, когда рѣчь шла о цивильномъ римскомъ правѣ. Ему продолжаютъ и нынѣ слѣдовать 7 мил. 600 тыс. нѣмцевъ, зная хорошо, какого оно происхожденія и не взирая на существующую уже теперь съ 74 г. общую имперскую компетенцію по матеріямъ гражданскаго права. Этотъ же французскій Code содѣйствовалъ объединенію права въ современной Италіи на счетъ вытѣсненнаго, тотчасъ по освобожденіи нѣкоторыхъ ея территорій отъ австрійскаго господства, австрійскаго кодекса.

Мы видѣли выше, какимъ духомъ проникнутъ прусскій ландрехтъ. Какая же его роль въ самой Пруссіи и въ цѣлой Германіи? Она связана частью съ страшными ударами судьбы, постигшими Пруссію въ началѣ этого столѣтія. Государство было, такъ сказать, сметено силой французскаго оружія. Король оказался на Мемелѣ. Французскія войска заняли всю территорію Пруссіи вплоть до русской границы. Прусскіе чиновники съ тѣмъ же рвеніемъ продолжали свое служеніе разъ заведенному порядку въ новыхъ условіяхъ, какъ они привыкли служить въ старыхъ. Поднять народную войну не было никакой возможности. Тильзитскій миръ (807 г.) спасъ королевскую семью цѣной раздробленія старой прусской территоріи. Для идеи о правѣ, еще какой нибудь десятокъ лѣтъ назадъ формулированной въ ландрехтѣ, оставалась самая убогая сфера примѣненія *), и лишь въ

*) Причемъ, натурально, ни одна мать не перестала кормить своего ребенка и ни одна жена не воспользовалась обѣщаннымъ содѣйствіемъ закона къ разводу за уклоненіе отъ службы, если не находила для сего болѣе настоятельныхъ резоновъ.

отдаленномъ будущемъ имъ предстояло вновь ожить въ воображеніи einiger Privatdoctorum. Россія переживала въ ту пору эпоху блестящей юности своего государя. Политика была вполнѣ національной. Залогомъ сближенія съ Франціей послужилъ Бѣлостокъ, русскій городъ, входившій до того въ составъ Пруссіи. Послѣ тильзитскаго мира все направленіе внутренней политики Пруссіи стало прямо противуположнымъ прежнимъ завѣтамъ. Основъ права стали искать совсѣмъ не тамъ, гдѣ ихъ находили прежде, о чемъ будемъ имѣть случай сказать позже. За освобожденіемъ нѣмецкихъ территорій тотчасъ, въ эпоху вѣнскаго конгресса, на очередь сталъ вопросъ о гражданскомъ правѣ, но уже на этотъ разъ не территоріальномъ для той или другой союзной области, *а національномъ.* О кодексахъ прусскомъ и австрійскомъ никто не думалъ. Все, что въ нихъ было австрійскаго или прусскаго, не могло болѣе привлекать никого внѣ круга лицъ, связанныхъ формальной обязательностью ихъ примѣненія въ судахъ. Каждый изъ этихъ кодексовъ расширялся или съужался въ его примѣненіи исключительно подъ дѣйствіемъ принудительной силы, и то далеко не всегда успѣшно, ибо съ французскимъ Code'омъ оказалось труднѣе справиться, чѣмъ съ французскими маршалами. Юридическая литература до крайности охладѣла къ разработкѣ всякихъ ландрехтовъ. Тибо, въ указанной выше брошюрѣ, замышлялъ *объединеніе цивильнаго права всей Германіи посредствомъ кодекса,* обязательность коего для всѣхъ нѣмецкихъ территорій подлежала бы гарантіи (международной) союзныхъ державъ. Какъ извѣстно, Савиньи выступилъ противъ этого плана. И съ тѣхъ поръ знакомыя намъ идеи этого писателя объ историческомъ жизненномъ процессѣ возникновенія юридическихъ нормъ овладѣли литературой и школой не только въ Германіи, но и во Франціи и въ Россіи. Вмѣсто ничего не содержащихъ абстракцій такъ называемаго естественнаго права, начался трудный и длительный процессъ изученія тѣхъ живыхъ основъ, на которыхъ держится юридическій бытъ европейскихъ обществъ въ дѣйствительности. Если и въ это новое время скоро старѣвшіе кодексы нѣмецкой работы представляли какой-либо научный интересъ, то только въ той мѣрѣ, въ какой они являли собою попытки сочетанія и примиренія въ нихъ началъ національныхъ институтовъ съ универсальными элементами римской системы частнаго права.

Особенность положенія Германіи и въ эту пору, однако, заключалась въ томъ, что всѣ эти исканія общихъ юридическихъ нормъ носили характеръ исключительно научный, медленно при-

ближавшій нѣмецкое общество къ практическимъ цѣлямъ юриспруденціи. Какъ ни высоко стоялъ авторитетъ новыхъ privatdoctorum, однако этого авторитета далеко не было достаточно, какъ нѣкогда въ Римѣ, для прямаго вліянія на цивильную практику. Работы юристовъ осуждены были надолго оставаться въ стадіи предварительной, подготовительной (Vorarbeiten), не переходя въ окончательную. Тѣхъ содѣйствующихъ практической осуществимости зрѣющей идеи національнаго единства органовъ, какіе завѣщаны были Франціи ея историческимъ прошлымъ, Германія не имѣла. Давно утратившая всякое реальное значеніе, нѣмецкая императорская власть была окончательно упразднена актомъ отреченія императора Франца II въ 806 году. Замѣнявшіе ее союзы и окончательный союзъ 38-ми нѣмецкихъ государствъ съ Bundestag'омъ во Франкфуртѣ, созданнымъ вѣнскимъ конгрессомъ, не подавалъ никакихъ видовъ на объединеніе гражданскаго права нѣмецкой націи, ибо члены союза продолжали пользоваться всѣми средствами для сепаратныхъ цѣлей. Партикуляризма въ гражданскомъ правѣ не сокрушило также революціонное движеніе 1848—49 гг. Общаго національнаго чувства оказалось достаточно, чтобъ связать саксонцевъ, швабовъ, баварцевъ, пруссаковъ, весь югъ и весь сѣверъ Германіи для нападенія на безсильную Данію, отъ которой былъ силой оторгнутъ Шлезвигъ *), гдѣ населеніе-де тѣсно связано съ Германіей кровнымъ единствомъ, но въ то же время этого національнаго чувства явно было недостаточно, чтобы сдѣлать надлежащія уступки въ правѣ отдѣльныхъ территорій руководиться только своими нормами, знать только свой судъ и свои порядки въ гражданскихъ дѣлахъ. Даже въ институтахъ, до такой степени неудобообособимыхъ, какъ вексель и другія установленія торговаго права, нельзя было добиться общихъ нормъ, ибо отдѣльныя территоріи не хотѣли допустить обязательнаго ихъ примѣненія, каждою у себя, иначе, какъ чрезъ особую, исходящую отъ мѣстной власти, промульгацію, безъ которой нормы общія, не ставъ такимъ образомъ въ то же время и партикулярными, не обязывали мѣстныхъ судовъ. Примѣнительно къ *своему быту* это нѣмецкое юридическое сознаніе ставило выше всего формы, а тамъ гдѣ рѣчь шла *о чужомъ*, оказывалось достаточнымъ простого родства крови, для того чтобы оттор-

*) Нѣмецкіе учебники исторіи обыкновенно исполнены восторговъ, когда рѣчь идетъ объ этомъ событіи національнаго объединенія, и въ тѣхъ же книжкахъ учители не находятъ словъ для порицанія факта присоединенія русскаго города Бѣлостока къ Россіи.

гнуть отъ слабаго государства его провинцію и пріобщить къ общему отечеству.

Въ 65-мъ году появилась первая смѣлая литературная попытка Ihering'a основать все ученіе о правѣ на принципѣ пользы, на матеріальной основѣ, причемъ форма, формальные реквизиты, такъ называемый Willensformalismus долженъ былъ оттойти на второй планъ, уступая соображеніямъ выгоды, интереса, разсчета (Allgemeine Theorie der Rechte, Geist d. röm. Rechts, dritter Theil, erste Abtheil., конецъ). Въ ту же пору десять союзныхъ правительствъ (между ними Саксонія, Баварія, Вюртембергъ) пытались, во имя *общей пользы*, придти къ соглашенію объ общемъ гражданскомъ правѣ. Большинство союзнаго собранія было за это предложеніе. Меньшинство, съ Пруссіей во главѣ, протестовало противъ компетенціи собранія рѣшать этотъ вопросъ, какъ не принадлежащій къ категоріи *общеполезныхъ* распоряженій союза.

Очевидно, ни формализмъ воли, ни принципъ пользы, ни историческая школа, ни наконецъ движеніе 48—49 гг. не могли, въ наличныхъ условіяхъ, подвинуть Германію сколько нибудь на путь объединенія ея цивильнаго права. Право цивильное *никакъ не хотѣло обособиться отъ соображеній совершенно нецивильнаго свойства.* Тамъ, гдѣ нормы были буквально тождественны, онѣ все же оставались только сходными, а не общими, пожалуй даже всеобщими (это нѣмцы строго различаютъ), когда всѣ паргикулярныя законодательства принимали ихъ къ руководству, но отнюдь не общими именно, ибо общаго источника права (въ формальномъ смыслѣ) для нихъ нѣтъ. Понятіе общей національности, общаго національнаго сознанія, которое во Франціи дало такой общій источникъ права, здѣсь не мыслилось въ практикѣ, а существовало лишь въ наукѣ, и нуженъ былъ еще нѣкоторый додатокъ, чтобъ это понятіе пріобрѣло свойство практически допустимаго для Германіи.

Въ 65-мъ году Саксонія промульгировала свой сепаратный кодексъ гражданскаго права для земель королевства. Нѣмецкіе централисты разныхъ земель напали на этотъ законодательный сепаратизмъ съ изумительною энергіей.

Послѣдовавшая вскорѣ такъ называемая братоубійственная война разбила безпомощный союзъ нѣмецкихъ государствъ, существовавшій для общаго блага, выключила изъ его состава единственную сильную соперницу Пруссіи въ общихъ совѣтахъ— Австрію, и привела къ образованію новаго сѣверо-германскаго foedus iniquum, гдѣ хозяйкой стала Пруссія. И только тутъ

тотчасъ же явилась для этого союза возможность настоящаго общаго права, какъ будто эту настоятельную потребность національной жизни слѣдовало удовлетворить только такъ сказать въ награду за покорность членовъ союза политическимъ видамъ Пруссіи.

Общее національное нѣмецкое сознаніе легко, какъ мы видѣли, возбуждалось и становилось дѣятельнымъ, когда надо было преслѣдовать цѣли хотя и не юридическія, но зато явно общеполезныя, какъ захватъ Шлезвига. Въ этомъ же направленіи общность національнаго сознанія была пробуждена Пруссіей въ 70-мъ году, и военное предпріятіе союзниковъ, какъ всѣмъ извѣстно, кончилось отторженіемъ двухъ богатыхъ провинцій и пятью милліардами военной контрибуціи, уплаченныхъ побѣдителю.

Эти военные успѣхи несомнѣнно должны были скрѣпить ненадежныя до того узы союза основательнымъ чувствомъ *страха за будущее* и невольной солидарностью соучастниковъ опасной игры, давшей на первый разъ барышъ такихъ неслыханныхъ размѣровъ. Нѣмецкіе юристы почувствовали, что союзникамъ съ этихъ поръ стало труднѣе чѣмъ прежде разорвать связавшія ихъ путы, что время осуществленія ихъ давнишнихъ надеждъ имѣть общее право для единой націи готово наступить въ этихъ новыхъ условіяхъ. Виндшейдъ, подписывая днемъ Седанской битвы новое изданіе своего учебника, выражаетъ свое пламенное желаніе, чтобъ это изданіе было послѣднимъ въ виду готовыхъ теперь осуществиться страстныхъ вожделѣній (Sehnsucht) нѣмцевъ имѣть общій кодексъ гражданскаго права. — Посмотримъ, коротко, какія судьбы этихъ старыхъ плановъ въ новыхъ условіяхъ.

Депутатъ д-ръ Ласкеръ съ величайшей энергіей поддерживалъ, сперва въ предѣлахъ сѣверо-германскаго союза, потомъ для всей Имперіи, планъ законодательнаго объединенія сначала нѣкоторыхъ частей гражданскаго законодательства (право торговое, вексельное, обязательственное, какъ теперь въ Швейцаріи, процессъ гражданскій и конкурсный), позже гражданскаго права въ цѣломъ его составѣ. Уже въ исходѣ 73 года достигнуто было измѣненіе art. 4 № 13 Имперской конституціи въ томъ смыслѣ, что имперская компетенція расширена *на все гражданское право*, на уголовное право *и на процессъ*. Предложеніе Ласкера было принято рейхстагомъ, и Союзный совѣтъ значительнымъ большинствомъ (противъ обоихъ Мекленбурговъ и Рейса старшей линіи) далъ свое согласіе на это измѣненіе.

Въ исторіи нѣмецкаго права трудно указать другое событіе

такого же поворотного значенія какъ это расширеніе имперской компетенціи на все гражданское право. Никогда до этого земская территоріальная власть не поступалась такъ широко изжившею свой вѣкъ территоріальной максимой въ вопросахъ права. Право частное, для всѣхъ главнѣйшихъ его институтовъ, вышло, казалось, изъ тѣснаго соприкосновенія съ розными политическими интересами отдѣльныхъ земель и съ этимъ вмѣстѣ расширилось и поднялось значеніе права общаго. Если до сего главнѣйшимъ источникомъ гражданскаго права общаго было право обычное, то послѣ этого продуктивность обычно правнаго творчества уступила мѣсто необычайному, въ первыя 25 лѣтъ имперской компетенціи, обилію *легальныхъ нормъ*, которыхъ въ эти годы выработано больше чѣмъ въ иныхъ условіяхъ успѣваютъ дать для гражданскаго права цѣлыя столѣтія законодательной работы *). Вмѣстѣ съ этимъ измѣнилось прежнее отношеніе нормъ партикулярныхъ къ общимъ цивильнымъ. Если прежде общее право шло лишь in subsidium, уступая первенство праву партикулярному, то съ этихъ поръ, какъ разъ наоборотъ, имперское законодательство идетъ впередъ и земское право отнюдь не должно препятствовать примѣненію его нормъ. Въ этомъ смыслѣ Reichsrecht bricht Landesrecht, т.-е. какъ есть обратно старому принципу, гдѣ право локальное преобладало надъ общимъ, обращаясь къ общему только какъ къ источнику вспомогательному.

Вскорѣ за измѣненіемъ art. 4 № 13 имперской конституціи, уже лѣтомъ 74 года была образована кодификаціонная коммиссія изъ 11 членовъ съ д-ромъ Папе во главѣ для выработки проекта гражданскаго уложенія. Въ ея составъ вошли, именитые нѣмецкіе профессора (романистъ Виндшейдъ, германисты Ротъ, Планкъ и друг.) и юристы практики (знатоки прусскаго ландрехта, Code civil и новаго саксонскаго кодекса).

Задача кодификаціи была сразу поставлена въ совершенно точныя границы. Кодифицируется *только частное право*. Въ предѣлы кодификаціи не входятъ: a) *право торговое* (матеріи прикасающіяся и гражданскаго и торговаго права предположено разработывать въ видѣ спеціальн. законовъ); b) *горное право*; c) *остатки институтовъ германскаго происхожденія*, каковы институты леннаго права, реальныя тягости, наслѣдственныя аренды, семейные фидеикомиссы и проч., которые имѣютъ удержать свое мѣсто въ составѣ мѣстныхъ системъ земскаго права; d) также рядъ институтовъ, на коихъ лежитъ опредѣленно выра-

*) Bekker, „Recht muss Recht bleiben“, стр. 20.

зившійся характеръ локальныхъ особенностей или полицейскихъ задачъ, *лѣсное, водное право*, съ правомъ охоты и рыбной ловли, уставы строительные, *аграрное право*, законы объ отчужденіи имуществъ для общественныхъ цѣлей, положеніе о наймѣ прислуги и проч.

Съ этихъ поръ, когда опредѣлился составъ и задачи кодификаціи и до 1888 года, когда стали появляться въ обиліи результаты 14 лѣтнихъ трудовъ коммиссіи, процессъ работъ оставался вполнѣ скрытымъ отъ глазъ публики. Къ чести нѣмецкой скромности тайна плановъ сохранялась съ тщательностью, какая больше свойственна работамъ военныхъ штабовъ. Между тѣмъ, интересъ загадки быстро возросталъ, особенно съ тѣхъ поръ, какъ нѣкоторые писатели, въ числѣ ихъ прежде всего профессоръ Ihering, громко заговорили *въ совершенно новомъ духѣ о природѣ права*, какъ и хорошо придуманномъ механизмѣ, посредствомъ котораго дальновидные съумѣютъ принудить близорукихъ подчиниться ихъ разсчетамъ. Если все право есть дѣло разсчета предусмотрительныхъ и покорности оплошныхъ, то, конечно, ничто не можетъ быть любопытнѣе производства такихъ Zweckapparat'овъ, которые приводятъ къ этой цѣли. Мы видѣли выше, что въ нѣмецкой литературѣ существовало предположеніе о назначеніи этой новой теоріи права послужить префаціей къ какой-либо обширной новеллѣ...

Тѣмъ временемъ въ пользу кодификаціи высказывались, навстрѣчу идеямъ Савиньи, одинъ за другимъ, именитые нѣмецкіе юристы, и, наконецъ, старѣйшій изъ оставшихся отъ славной плеяды учениковъ Савиньи Бетманъ-Гольвегъ. Въ 1879 году, пять лѣтъ послѣ учрежденія кодификаціонной коммиссіи, Германія торжествовала память столѣтія дня рожденія Савиньи. Къ этому дню Виндшейду пришлось еще разъ (5-й) издавать заповѣданный имъ въ день Седанской битвы учебникъ, и онъ подписалъ его днемъ рожденія Савиньи (21-е февраля). Эмблематическій смыслъ подписи на этотъ разъ былъ особенно неумѣстенъ, ибо именно въ этомъ 5 изданіи Виндшейдъ, никѣмъ не нудимый (ему никто не возражалъ противъ его прежней формулы), утверждаетъ, вопреки своимъ прежнимъ мнѣніямъ, что законъ можетъ эфективнымъ образомъ заранѣе аннулировать для будущаго времени силу обычно-правныхъ нормъ. Аргументація этого новаго положенія любопытна по утонченности пріемовъ, съ какой ее выполнилъ Виндшейдъ *). Во всякомъ случаѣ подписывать такое

*) См. Pandekten т. 1, изд. 79 г. § 15 особ. прим. 4, гдѣ мысли Савиньи и Пухты, также Bohlau, полагающаго, что только право обычное есть подлинно

закланіе любимаго дѣтища исторической школы днемъ рожденія ея первоначальника въ Германіи совсѣмъ неудобно...

право, а законъ лишь воля государства. Виндшейдъ § 18 пр. 3 и 4, совсѣмъ иначе: прежде я (Виндшейдъ) думалъ какъ Пухта, что законъ не можетъ объявить право неправомъ, также какъ не можетъ возбранить будущій обычай; мнѣ не возражали, но теперь я думаю иначе. И этотъ новый образъ мыслей надлежитъ изучить въ подлинникѣ. Для дальнѣйшей разработки вопроса объ обычн. правѣ см. статьи Rumelin въ Jahrb Ihering'a за 88 г., 3 т. Мы имѣемъ нынѣ еще дальнѣйшія столкновенія по этому основному и крайне богатому консеквенціями для текущихъ законодательныхъ работъ вопросу. Лабанду (вопреки волѣ государства не можетъ быть допущено особое право непослушанія, вошедшаго въ обычай, Recht auf gewohnheitsmassigen Ungehorsam. со стороны nicht organisirte Rechtsgemeinschaft), который поддерживаетъ тѣ же тезы, что и Виндшейдъ, возражаютъ Гирке, Герберъ и другіе. Гирке, въ указан. Deutsch. Privatrecht, замѣчаетъ: не можетъ существовать закона, способнаго воспрепятствовать забвенію юридическихъ нормъ. Пока, однако, такой законъ остается налицо, какъ бы онъ ни отжилъ свой вѣкъ, все-таки одна категорія судей будетъ продолжать имъ пользоваться для опасныхъ истолковательныхъ операцій, у другой тотъ же законъ будетъ служить средствомъ гнуть все живое на старый ладъ. Сила обычая та же, что и сила закона. Легальные запреты, направленные противъ обычнаго права, суетны не меньше, чѣмъ всѣмъ знакомые пріемы гордыхъ властителей заказать разъ навсегда своимъ преемникамъ всякое покушеніе на ихъ законы. Позднѣйшее обычное право предпочитается прежней легальной нормѣ (партикулярн. законодательства даютъ на сей предметъ не одинаковыя руководящ. правила; см. Гирке, указ. соч. стр. 172 и слѣд.) —У Гербера (System § 19 прим. издателя) читатель найдетъ противъ мыслей Виндшейда, Лабанда и друг. такія соображенія. Въ основѣ долженъ быть поставленъ вопросъ: *что же*, въ самомъ дѣлѣ, *и самые источники права возникаютъ тоже вельнемъ законодателя?* и если на это нельзя отвѣчать утвердительно, то какимъ образомъ законодатель можетъ, такъ сказать, закрыть живой ключъ развитію новаго права, какое бы оно ни было, легальное или обычное? Крайняя трудность одолѣть живой источникъ права, который всегда найдетъ себѣ путь, если не тамъ, гдѣ его ослили, то въ другомъ мѣстѣ, приведетъ законодателя къ необходимости отступить и этимъ откроетъ случай этѣйшему (по выраженію Лабанда) виду непокорности, т.-е. непокорности вошедшей въ обычай, переставать быть таковою и обращаться въ подлинное право. Герберъ, однако, не видитъ зла въ противодѣйствіи посредствомъ законовъ общихъ развитію обычноправныхъ партикуляризмовъ.—Дѣло, явнымъ образомъ, не въ формальномъ различеніи источниковъ права, обычаевъ или законовъ, а въ отношеніи юридическихъ нормъ, какого бы онѣ ни были происхожденія. къ живому юридическому сознанію того общества, для коего эти нормы предназначаются. Это отношеніе нормъ къ юридическому сознанію людей можетъ быть или правильнымъ, хорошо его отражающимъ, истиннымъ зеркаломъ этого сознанія, или не быть таковымъ. Въ первомъ случаѣ не будетъ никакой надобности заповѣдывать заранѣе будущіе обычаи, регулировать впередъ все послѣдующее направленіе источниковъ права по усмотрѣнію предусмотрительныхъ, тѣмъ менѣе приводить въ дѣйствіе Zwangs-apparat'ы, угрожать наказаніями и проч. Вспомнимъ вновь безсмертныя идеи Юлія Павла (хотя и поверженнаго уже въ прахъ передъ величіемъ Шварца), non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat, оживший дѣйствительно въ лицѣ Савиньи и его лучшихъ послѣдователей духъ классической юриспруденціи, мастерской анализъ состава юридической нормы (Авг. Тонъ), не оставляющій сомнѣній, что право по своей природѣ не предполагаетъ необходимости внѣшнихъ принудительныхъ аппаратовъ и вовсе не кончается тамъ, куда не доходитъ карательная сила государственнаго меча.—Наоборотъ, если отношеніе нормъ къ юридическому сознанію есть ложное, не отражающее его, навязанное, то никакое насиліе и никакія угрозы не успокоятъ характерной для мыслителей этого лагеря *тревоги за будущее* и никогда не приведутъ предусмотрительныхъ къ намѣченной ими для себя цѣли.

Указанные выше писатели (Гирке и Герберъ) близко сходятся въ данномъ

Пока тянулись такимъ образомъ работы кодификаціонной коммиссіи, имперская законодательная дѣятельность развивалась непрестанно во всемъ объемѣ указанной выше компетенціи, въ видѣ *спеціальныхъ законовъ*. Согласно новой конституціи имперскіе законы должны составлять безусловно-общее право (иначе думаетъ Böhlau), слѣдовательно пріобрѣтаютъ обязательную силу для всей имперской территоріи посредствомъ публикаціи ихъ въ имперскомъ оффиціальномъ органѣ, независимо отъ промульгаціи земской законодательной властью, и вмѣстѣ съ этимъ устраняютъ, въ предѣлахъ указанной компетенціи, дѣйствіе мѣстныхъ нормъ, Важнѣйшія матеріи, коихъ коснулась эта центральная законодательная дѣятельность въ спеціальныхъ законахъ, важныхъ для цивильнаго быта, суть слѣдующія: торговое право, патенты на изобрѣтенія, огражденіе права авторскаго, банковое дѣло, желѣзно-дорожное, почтовое и телеграфное, законы о процентахъ, отмѣна личнаго содержанія за долги, законы о разныхъ видахъ союзовъ и товариществъ съ различными экономическими цѣлями, о подданствѣ, его принятіи и прекращеніи, о дѣеспособности лицъ, способахъ удостовѣренія гражданскаго состоянія и заключенія брачнаго союза (6 февр. 1875 г.), обширные законы о судоустройствѣ и судопроизводствѣ гражданскомъ и о конкурсномъ процессѣ (всѣ 3 отъ 1877 года).

Главнѣйшія мѣры объединенія права коснулись, стало быть, вопроса о лицахъ, способахъ удостовѣренія ихъ гражданскаго состоянія и формѣ совершенія браковъ, правоспособности коллективныхъ единицъ, способовъ огражденія правъ одинаковыми для всѣхъ процессуальными средствами, общаго огражденія разныхъ видовъ промышленной дѣятельности и организаціи служащихъ ея цѣлямъ публичныхъ установленій.

Это, за небольшими исключеніями, область нормъ собственно подготовительныхъ для осуществленія имѣющаго наступить *правообщенія* въ сферѣ институтовъ гражданскаго права. Самые эти

вопросѣ (о силѣ обычая), очень существенномъ для правильнаго разумѣнія природы права; сверхъ того они оба германисты. Это, однако, не значитъ, чтобы они вообще одинаково понимали свои задачи. Герберъ, противуполагая романизму германизмъ (понятый, натурально, въ смыслѣ Ausstossungsprocess'а всего не нѣмецкаго) отожествляетъ понятіе Romanismus u. Iurisprudenz, съ одной стороны, и Germanismus и Dilletantismus съ другой (см. Vorwort къ изд. System въ 1855 г.; въ 17-мъ изд. это стр. XII). Гирке, въ отвѣтъ не находитъ словъ, чтобъ наложить такъ сказать національный интердиктъ на эту книгу Гербера и восклицаетъ in diesem deutschen Recht (System Gerber'a) ist die deutsche Seele getödtet (D. Pr., стр 92). Въ элегическомъ духѣ пишетъ, въ виду колебаній современнаго правосознанія, E Immanuel Bekker указанную выше брошюру съ своеобразнымъ заглавіемъ: „Recht muss Recht bleiben Heidelberg. 1896.

институты едва затронуты по связи ихъ съ указанными матеріями *).

Нѣкоторыя стадіи этой подготовительной дѣятельности у французовъ задолго предшествуютъ période intermédiaire, каковъ, напр., гражданскій процессъ, другія входятъ въ рядъ законовъ этого періода, какъ законъ о совершеніи брака (гражданскаго, о чемъ позже) и о способахъ удостовѣренія гражданскаго состоянія лицъ. Но какая глубокая разница между законодательнымъ движеніемъ французскаго période intermédiaire и этимъ движеніемъ спеціальныхъ законовъ новой имперской компетенціи! У французовъ уже до 89 года шла постоянная работа уравненія и сближенія помощью общихъ источниковъ права самаго строя гражданскихъ институтовъ. Въ période intermédiaire снесены были послѣднія препятствія, стоявшія на пути къ юридическому равенству всѣхъ и каждаго въ ясно обозначенномъ и для всѣхъ одинаковомъ кругѣ цивильныхъ институтовъ, вполнѣ обособившихся отъ примѣсей элементовъ не цивильнаго свойства, политическихъ, сословныхъ и проч. Оттого тамъ фиксированіе права въ новомъ кодексѣ составляетъ дѣйствительно моментъ возрожденія національнаго юридическаго быта страны, и этимъ моментомъ французы въ правѣ опредѣлять грань своего droit ancien и droit nouveau, какъ римляне обозначаютъ з—нами XII таблицъ такую же грань двухъ эпохъ праворазвитія въ своей исторіи.

Какъ шло дѣло кодификаціи? Одинъ изъ позднѣйшихъ писателей, загадывавшій и вмѣстѣ, понятно, предупреждавшій кодификаторовъ противъ опасныхъ ошибокъ, о содержаніи все еще скрытаго отъ публики проекта кодекса, Оттонъ Бэръ, предполагалъ, что кодексъ долженъ будетъ заключать въ себѣ *до шести тысячъ артиклей*... Достовѣрныхъ свѣдѣній, очевидно, не имѣлъ и самъ О. Бэръ, которому открыты весьма многія тайны теперешней нѣмецкой цивильно-процессуальной практики. Предположеніе Бэра основывалось на томъ, что дѣйствующее право далеко не объединено и представляетъ собою массу партикуляризмовъ. Кодексъ такихъ размѣровъ Бэръ объявляетъ заранѣе совершенно нежелательнымъ, ибо единственный результатъ, котораго такимъ образомъ легко достигнуть, будетъ состоять въ томъ, что нѣ-

*) Лучшимъ систематическимъ пособіемъ для того чтобъ оріентироваться въ вопросахъ современнаго имперскаго гражданскаго права можетъ служить работа профес. Густава Мандри „Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, systematisch zusammengestellt u. verarbeitet. Dritte erganzte u. durchgesehene Aufl. 1885 г. Въ работу проф. Мандри входитъ не только содержаніе имперскихъ законовъ, но и судебн. практика и литературн. указанія.

мецкій юристъ, за этой массой артиклей, забудетъ вовсе связь съ первоисточниками дѣйствующаго права. У Бэра возобновлялись тѣ опасенія, какія выражалъ Савиньи въ 1814 году.

Весной 1888, въ тяжелую для Германіи пору послѣдовательной кончины двухъ ея славныхъ государей, Вильгельма и Фридриха, стали появляться сначала Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, потомъ, одинъ за другимъ, весной же и лѣтомъ, пять большихъ томовъ мотивовъ (Motive zu dem Entwurfe).

Прошло немного мѣсяцевъ, мы не имѣли еще, очень важнаго для цѣльности картины, законопроекта о введеніи въ дѣйствіе проектированнаго кодекса, а уже тѣмъ временемъ образовалась цѣлая литература, критикующая проектъ въ цѣломъ и частяхъ. Поздней осенью появился Entwurf eines Einfuhrungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Прежде всего проектъ, сверхъ ожиданія, поражаетъ небольшимъ количествомъ артиклей. Ихъ всего 2,164, меньше чѣмъ въ Code civil (2,281) и въ нашемъ X т. ч. I (2,334). Расположеніе матеріи общепринятое въ современныхъ учебникахъ пандектнаго права, съ однимъ отступленіемъ, не новымъ въ нѣмецкой кодификаціонной практикѣ: *1-я книга*, часть общая (юридическія нормы, лица, сдѣлки, неосторожность, ошибка, опредѣленія времени, давность притязаній, самопомощь, судебное рѣшеніе, доказательства, удостовѣреніе и обезпеченіе); *2-я книга* — право долговыхъ отношеній (собственно обязательственное право, названное здѣсь Recht der Schuldverhältnisse) съ четырьмя главными подраздѣленіями: a, общія положенія, b, долговыя отношенія изъ сдѣлокъ между живыми, c, изъ недозволенныхъ дѣяній, d, изъ иныхъ основаній; *3-я книга* — право вещное: a, общія положенія, b, владѣніе и держаніе вещи, c, общія положенія о правахъ на земельные участки, d, собственность, e) право предпочтительной покупки, f, наслѣдственное право застройки, g, сервитутное право, h, реальныя тягости, i, право залога и поземельный долгъ; *4-я книга* — семейное право (съ родствомъ и опекой); 5-я книга — право наслѣдованія.

Вотъ содержаніе проекта.

Затѣмъ — вопросъ: составляетъ ли такой кодексъ *по своему содержанію* кодексъ общаго права, опредѣляющій собою юридическій бытъ Германіи такъ, какъ Code civil опредѣляетъ собою юридическій бытъ Франціи? Мы на это отвѣчаемъ отрицательно. Въ этомъ кодексѣ (проектѣ) выработаны именно начала общаго

права, но этими началами общаго права вовсе не опредѣляется такъ юридическій бытъ современной Германіи, какъ подобными же началами опредѣляется юридическій бытъ современной Франціи. Когда Франція создавала свой Code civil, всѣ остатки средневѣковой розни и средневѣковыхъ союзныхъ формъ лежали въ развалинахъ передъ всемогуществомъ новаго государства. Рядомъ съ этимъ Code civil не удержалъ въ силѣ, какъ мы это видимъ въ Германіи, безчисленныхъ партикуляризмовъ и привилегій, характеризующихъ время безсилія государственности и представляющихъ безконечно разнообразныя сплетенія цивильнаго права съ нецивильными элементами. Чтобы составить кодексъ, который дѣйствительно обнимаетъ современный юридическій бытъ Германіи, какъ обнимаетъ и опредѣляетъ собою Code civil юридическій бытъ Франціи, конечно, въ немъ должно бы, какъ приблизительно разсчитывалъ О. Бэръ, оказаться до 6000 артиклей. И такой кодексъ не былъ бы кодексомъ *общаго права*, а лишь *сводомъ* (пожалуй, общимъ) всѣхъ дѣйствующихъ нормъ, какъ общаго права, такъ и партикулярныхъ правъ (работа, которую, какъ увидимъ, и у насъ задумывали, но остановили по ея безцѣльности; приблизительно это то, что Böhlau и другіе называютъ allgemeines Recht — общій сводъ всего, что есть, а не gemeines Recht въ смыслѣ общаго права).

Что-же это за кодексъ? Мы назвали бы его *по его назначенію* Verbindungs - Gesetzbuch, Code ceinture, соединительный кодексъ, какъ называютъ соединительнымъ путемъ такой путь, который открываетъ ближайшее сообщеніе между линіями, идущими собственно врозь. Вотъ что мы хотимъ этимъ сказать. Современный юридическій бытъ Германіи заключаетъ въ себѣ еще такую массу партикуляризмовъ, что именно въ этомъ его характерная особенность, отличительная черта отъ Франціи. Въ этихъ условіяхъ элементы права общаго не могутъ обнять вполнѣ и опредѣлить собою этотъ бытъ, какъ ими опредѣляется бытъ Рима или современной Франціи. Эти элементы не въ состояніи охватить собою дѣйствительность, какою она представляется намъ въ настоящее время. Но нѣкоторыя начала общности Германія знаетъ. Ихъ съ каждымъ столѣтіемъ становится замѣтно больше. Склонность къ партикуляризму уступаетъ, но лишь понемногу, мѣсто другимъ явленіямъ. Въ текущія два десятилѣтія въ этомъ направленіи сдѣлано много въ томъ смыслѣ въ особенности, что право общее идетъ не in subsidium только, въ виду недостаточности партикулярныхъ нормъ, какъ у насъ въ Остзейскомъ краѣ,

а наоборотъ, хотя не всѣ такъ думаютъ. Но, при всемъ томъ, за общими цивильными институтами, которые нашли себѣ мѣсто въ проектѣ, Einführungsgesetz, т.-е. законъ о введеніи въ дѣйствіе кодекса, предполагаетъ *оставить нетронутыми такую массу земскихъ мѣстныхъ нормъ*, что для отдѣльныхъ земель (напр. Мекленбургъ) задача правообщенія останется почти совсѣмъ невыполненной.

Длинный списокъ такихъ особыхъ правъ даетъ намъ Einführ.-Ges., dritter Abschnitt, озаглавленный такъ: „Отношеніе гражданскаго кодекса къ земскимъ законамъ“ (стр. 146 и слѣд.). Для земскихъ правъ здѣсь предположено даже оставить обычай какъ источникъ права, отмѣняя силу обычнаго права только для сферы имперской компетенціи (стр. 148).

Мы находимъ въ этомъ спискѣ многочисленныя Sonderrechte, особыя права владѣтельныхъ особъ съ ихъ фамиліями, права прежнихъ имперскихъ дворянскихъ фамилій, высшаго дворянства, семейные фидеикомиссы, лены, разные виды заповѣдныхъ имѣній, регальныя права, разнообразныя права принудительнаго, запретительнаго и отягощающаго недвижимости характера (Zwang-Bann-Rechte), значительно умаленныя, но не устраненныя новыми имперскими положеніями о промышленности, особые институты юридическихъ лицъ, гдѣ часто право частное неразрывно сплетено съ публичнымъ, институты церковные, положеніе о монашествующихъ, разнообразныя отступленія отъ общаго порядка защиты и охраненія гражданскихъ правъ, въ особенности захватъ чужого имущества для самозащиты и огражденія нарушеннаго права (Pfändungsrecht, Privatpfändung), остатки старинныхъ институтовъ крестьянскаго права и прочее. Хотя многіе изъ этихъ институтовъ и правъ далеко не носятъ на себѣ чисто цивильнаго характера, не менѣе того они глубоко вторгаются именно въ область тѣхъ отношеній, гдѣ при уравненіи правъ имѣли бы приложеніе чисто цивильныя нормы, и видоизмѣняютъ юридическій бытъ страны къ невыгодѣ общности и равенства.

Проектъ новаго кодекса, какъ мы видѣли выше, вовсе не касается цѣлаго ряда вопросовъ, близкихъ гражданскому праву, но имѣющихъ составить и уже составляющихъ нынѣ область спеціальныхъ законовъ и, съ другой стороны, сохраняетъ разные остатки средневѣкового быта въ сферѣ земской компетенціи. Мы, посему, въ правѣ сказать, что онъ не обнимаетъ собою всего цивильнаго быта страны, какъ Code civil, не поглощаетъ въ системѣ нормъ новаго права правоотношенія стариннаго типа, не

новируетъ стараго права, а лишь ищетъ объединить розныя до сего области правоотношеній и нормъ насколько это возможно въ данныхъ историческихъ условіяхъ нѣмецкаго политическаго и соціальнаго быта. Это, по своему назначенію, не кодексъ единаго и общаго права, коего не создала исторія нѣмецкой націи, а система объединяющихъ пестроту разныхъ правъ нормъ, именно Verbindungs-Gesetzbuch, Code ceinture, а не Code de droit civil commun pour tout le royaume.

Если таковъ этотъ кодексъ *по его назначенію*, то что представляетъ онъ собою *по существу?* Мы постараемся отвѣтить словами нѣмецкихъ критиковъ проекта, особенно О. Бэра и О. Гирке. О. Бэръ даетъ свое Schlagwort: *это маленькій Виндшейдъ*!—Г. Рингъ *) очень смущенъ этимъ отвѣтомъ и находитъ его злымъ. Для кого? Для Виндшейда—это великая честь: дать жизнь такому учебнику, изъ коего можно образовать цѣлый дѣйствующій кодексъ. Несомнѣнно, что учебникъ по манерѣ котораго имѣетъ быть созданъ будущій законъ, выигрываетъ въ глазахъ всякаго цѣнителя, и что сверхъ 6 наличныхъ его изданій (въ 87 г. вышло 6-ое, посвященное президенту кодификаціонной коммиссіи д-ру Папе), онъ будетъ издаваться еще много разъ, не смотря на зарокъ автора въ день седанской битвы. Для кого же крылатое слово Бэра колко? Мы думаемъ, для тѣхъ, кто ожидалъ, что современная Германія можетъ создать національный, свой, ей, ея духу, ея исторіи обязанный своимъ существованіемъ гражданскій кодексъ, который дастъ, при этомъ, странѣ ея общее право. Этого не вышло и выйти не могло. Злой намекъ въ этой квалификаціи „der kleine Windscheid“ заключается въ томъ, что самъ Виндшейдъ, большой, der grosse Windscheid, есть ничего болѣе какъ хорошо выполненный учебникъ современнаго *римскаго*, а не германскаго права. Въ кодексѣ найдется очень немного такого, чего нѣтъ въ обыкновенномъ руководствѣ пандектовъ. Это развѣ какой-нибудь институтъ договоровъ въ пользу 3-го (иначе названный въ проектѣ, у Виндшейда это есть § 316), реальныя тягости, договоръ о наслѣдствѣ и значительныя видоизмѣненія въ строѣ современной семьи. Въ остальномъ кодексъ представляетъ собою, какъ и учебникъ Виндшейда, usus modernus, hodiernus juris romani, это System des heutigen römischen Rechts... Не только основа работы не есть нѣмецкая, а римская, но и путь рецепціи и спо-

*) См. указан. выше Jahrbuch. Kohler'a статья Ring'a, гдѣ сведены разные отзывы, появившіеся почти во всѣхъ нѣмецкихъ юридич. журналахъ до ноября 1888 г.

собъ освоенія и примѣненія этой основы къ условіямъ современнаго соціальнаго и экономическаго строя не представляетъ собою ничего въ особенности нѣмцамъ принадлежащаго, имъ одолженнаго своимъ существованіемъ. Это общее достояніе современной европейской культуры права, на которое притязаніе нѣмцевъ имѣетъ тѣ же основанія, что и притязаніе итальянцевъ, испанцевъ, нидерландцевъ, французовъ, чеховъ, поляковъ, которые всѣ поочереди участвовали въ переработкѣ римскаго права для цѣлей его примѣненія въ новой Европѣ. Это отнюдь не національное нѣмецкое достояніе, какое хотѣли бы видѣть въ имперскомъ кодексѣ страстно ожидавшіе его появленія патріоты...

Натурально, при этомъ, существеннѣйшее отличіе кодекса отъ Виндшейда будетъ заключаться въ томъ, что мнѣнія ученаго подлежатъ спору и измѣненію, и тѣ же мнѣнія, принятыя въ составъ легальныхъ параграфовъ, становятся безспорными и неизмѣнными.

Отзывы обоихъ виднѣйшихъ покуда критиковъ проекта (Бэра и Гирке) сходятся въ томъ, что языкъ очень тщателенъ, не слышно латинскаго подлинника, терминологія достаточно онѣмечена, хотя Бэръ сомнѣвается, чтобъ текстъ проекта сталъ оттого понятнымъ для неподготовленнаго къ дѣлу спеціальными штудіями юриста. Покуда это, конечно, похвала, но не самостоятельной творческой силѣ, а способности освоенія чужаго, даже скорѣе замѣны чужаго подлинника суррогатомъ мѣстнаго производства. — Профессоръ Гирке выражаетъ свои мысли много простодушнѣе, чѣмъ Бэръ. Онъ не можетъ скрыть своего огорченія — это не нѣмецкое, не творческое, не народное; проектъ не на высотѣ потребности въ обновленномъ соціальномъ и нравственномъ строѣ гражданскаго быта... Это безсердечная, голая абстракція, суровый формализмъ!.. Тутъ исключительно — римская, для нашего времени отзывающаяся манчестерствомъ, идея права, гдѣ все направлено къ индивидуальной пользѣ, и только... Допуская, что языкъ проекта очищенъ отъ чужестранныхъ рѣченій (собственно чужестранныхъ для нѣмцевъ, а не для подлинной этимъ понятіямъ рѣчи), Гирке находитъ его беззвучнымъ для народнаго (нѣмецкаго) слуха, блѣднымъ, безцвѣтнымъ для нѣмецкаго глаза... Въ цѣломъ и въ частяхъ пониманіе проекта доступно не простому здравому смыслу, а лишь разуму *юриста божіей милостью* (тоже Бэръ, утверждающій, что и ему не все легко далось въ проектѣ и мотивахъ).

Возможно вполнѣ стать на точку зрѣнія этихъ цѣнителей, въ особенности откровенно показанную почтеннымъ О. Гирке.

Но справедливо ли цѣнить работу составителей кодекса не по той задачѣ и не по тому плану, который сдѣланъ былъ обязательнымъ для исполнителей, а по совершенно произвольному, коему они не могли слѣдовать? Вы находите эту ошибку въ пріемѣ оцѣнки у О. Гирке въ особенности. Еслибы составителямъ было предложено написать гражданскій кодексъ *по началамъ права германскаго*, при семъ такого свойства, чтобъ онъ могъ стать общимъ для всѣхъ до сего розныхъ нѣмецкихъ территорій, мы не сомнѣваемся, никто изъ наличныхъ членовъ коммиссіи сдѣлать этого не взялся бы. Причина совершенно простая — *общаго гражданскаго права національнаго происхожденія*, при томъ законченнаго и цѣльнаго, *не существуетъ* на лицо не только въ Германіи, но *нигдѣ въ наше время*. При этомъ нѣмецкій національный духъ, какъ хочетъ намъ истолковать его Гирке, не ставитъ нынче, какъ и прежде, не только нѣмцевъ и французовъ (Альзасъ-Лотарингія), но ниже нѣмцевъ разныхъ территорій въ ту свободную нравственную связь, гдѣ все опредѣляется началами любви и альтруизма, свойственными будто именно нѣмцамъ и не свойственными именно римлянамъ и ихъ праву. Ставя свои требованія, Гирке явно разумѣетъ то право, которое еще предстоитъ раскрыть въ глубинахъ нѣмецкаго народнаго сознанія, и которое покуда обнаруживается въ однихъ вожделѣніяхъ [illegible] торой группы нѣмецкихъ мыслителей.

То, что было на лицо *общаго и цивильнаго* въ нѣмецкой жизни, дано проектомъ, и если это цивильное оказывается только онѣмеченнымъ рѣчью кодекса чужимъ достояніемъ, а вовсе не нѣмецкимъ по происхожденію, и если съ другой стороны, это чужое общее только поверхностно связываетъ рознь національныхъ продуктовъ, а не захватываетъ глубоко и полно всего историческаго быта страны, то причина не въ составителяхъ кодекса, не въ ихъ неумѣніи, а въ природѣ права, національной и исторической, не допускающей произвольной постановки его задачъ и цѣлей по усмотрѣнію, хотя бы самымъ дальновиднымъ политиковъ.

Какой же практическій выходъ изъ трудной дилеммы?

Оттонъ Бэръ *), теперь уже покойный, думалъ, что ничего законченнаго и цѣльнаго въ смыслѣ системы цивильныхъ инсти-

*) Мы приведемъ здѣсь коротко очень, по нашему мнѣнію, цѣнныя мысли этого писателя не изъ тѣхъ только его замѣтокъ, которыя появились до 89 г., когда было напечатано 1-е изд. этой книги, но и изъ послѣдующихъ работъ напечатан. частью въ Krit. Vierteljahrschr. (B. 31), частью въ видѣ Vorwort'овъ къ его контрпроекту (Gegenentwurf), о чемъ позже.

тутовъ наше время создать не можетъ. Національную потребность въ единомъ правѣ надлежитъ удовлетворять разработкой отдѣльныхъ законодательныхъ актовъ. При этомъ цѣльной системой общаго права (происхожденіе и составъ этого понятія см. выше) могла бы остаться та, которую даетъ намъ современная наука Общаго гражданскаго права. Такое рѣшеніе задачи предохранило бы Германію отъ опаснаго разрыва съ научными преданіями, составляющими результатъ двутысячелѣтней неустанной работы мысли, замѣнить которую нельзя ничѣмъ. Неотвратимое зло (der Fluch) всякой кодификаціи заключается въ томъ, въ особенности, что тутъ требуется закругленная отдѣлка всѣхъ частей системы не выключая и такихъ матерій, которыми овладѣть въ данное время не въ силахъ никакія кодификаціонныя коммиссіи. Таковы личные взгляды Бэра; не менѣе того онъ хорошо знаетъ, что отъ него ни въ малѣйшей степени не зависитъ измѣнить направленіе мыслей въ руководящихъ сферахъ, и вся задача, въ этихъ условіяхъ, должна практически ограничиться тѣмъ, чтобы внести сколько можно улучшеній въ проектъ коммиссіи 88-го г., введеніе коего въ этомъ видѣ въ жизнь стало бы роковымъ событіемъ для нѣмецкаго права.

Тѣмъ временемъ, масса литературной работы, выполненной нѣмецкими юристами, по поводу Проекта, достигла уже въ 90-мъ году такихъ размѣровъ, что для частныхъ лицъ не представлялось никакой возможности оріентироваться въ этомъ обиліи матеріала, и тогда пришлось составить офиціальнымъ образомъ сводъ замѣчаній на проектъ (Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurfe), который и былъ разосланъ компетентнымъ людямъ. Въ руководящихъ кругахъ вскорѣ пришли къ убѣжденію, что редакція 88-го г. не пройдетъ успѣшно законодательныхъ инстанцій, и вслѣдъ за симъ, въ 90-мъ же году, постановленіемъ союзнаго совѣта образована новая коммиссія для выработки *Второго чтенія* (Zweite Lesung).

Мнѣнія, направленныя противъ кодификаціи вообще—оставлены безъ вниманія. Молодой профессоръ Ernst Zitelmann (Боннъ) находилъ, что отсрочка кодификаціи составила бы ein nationales Unglück. Казалось, появленіе вновь самого Савиньи на сценѣ не остановило бы болѣзненнаго стремленія кодифицировать во что бы то ни стало. Судьба, дѣйствительно, на сей разъ избавила Германію отъ этого національнаго несчастія. Тѣмъ временемъ, однако, потребовалось новое изданіе знаменитой его брошюры Ueber den Beruf... Виндшейдъ, пережившій весь первый натискъ критики Перваго чтенія, настаивалъ, что каковъ бы ни былъ

проектъ, онъ непремѣнно вызоветъ бездну разногласій. Тономъ врача, примиряющаго больного съ непріятнымъ медикаментомъ, онъ, ради успѣха дѣла, призывалъ всѣхъ къ нѣкоторому *самоотреченію*: Ieder muss resigniren!

Въ самомъ скоромъ времени стало ясно, что въ соображеніяхъ руководящихъ лицъ взялъ верхъ планъ простой переработки или пересмотра 1-го проекта, Aufbau, Umbau, согласно требованіямъ критики, въ видахъ скорѣйшаго приведенія дѣла къ концу, а не Neubau, не замѣна стараго проекта совсѣмъ новымъ.

Остался безъ отвѣта другой призывъ, обновить, въ связи съ задачей кодификаціи, соціальный бытъ Германіи. Задачу кодификаціи находили достаточно трудною, безъ этого осложненія ея еще соціальными проблемами, которыя, могутъ-де подвигаться къ разрѣшенію своимъ путемъ.

Внутри этихъ границъ множество голосовъ раздавалось въ пользу приближенія будущаго кодекса *къ народному смыслу*. Не всѣ одинаково понимали эту задачу. Въ нѣкоторой группѣ требованіе Volksbuch'a толковалось въ томъ направленіи, чтобы выработать такой руководящій кодексъ, который разъ навсегда устранилъ бы необходимость посредства юристовъ въ дѣлѣ примѣненія юридическихъ нормъ. Такимъ образомъ, идеалъ кодекса, очень высоко поставленный, практически сводился бы собственно къ той цѣли, которой искалъ, хотя и безуспѣшно, достигнуть Прусскій ландрехтъ. За этими планами легко было прочитать и скрытые виды политическихъ людей дать этому ландрехту новую жизнь и поставить больше или меньше все нѣмецкое право auf den preussischen Fuss. Недаромъ же основа права сводилась къ разсчету предусмотрительныхъ для близорукихъ, къ волѣ законодателя, умѣющаго мыслить пофилософски и выражаться помужицки; недаромъ, наконецъ, изъ тѣни забвенія выдвигалась фигура „геніальнаго“ Шварца, создавшаго прусскій ландрехтъ. Начальный руководитель Втораго чтенія министръ Боссе поднялъ знамя Іеринга съ его девизомъ „Der Zweck ist der Schöpfer des Rechtes“, сдѣлавъ его такимъ образомъ герольдомъ новой кодификаціонной эпохи. Между тѣмъ осуществимость подлиннаго идеала, настоящей Volksbuch, въ современныхъ условіяхъ далеко не безъискусственнаго экономическаго строя и при наличности весьма неодинаковыхъ ступеней развитія въ массахъ, конечно, имѣла очень мало вѣроятія.

Другой смыслъ *народности* въ кодексѣ есть тотъ, который ей даютъ германисты. Это собственно особый строй институтовъ

германскаго типа (Deutschthum), который покуда у всякаго мастера выходитъ на свой ладъ и, сверхъ того, вовсе не представляетъ ничего сейчасъ готоваго въ смыслѣ законченной цивильной системы.

Наконецъ, и только здѣсь мы приходимъ къ цѣли, есть еще болѣе отдаленный смыслъ *національности въ правѣ*, который, однако, нѣмецкіе юристы примѣняютъ и къ этому явленію. Вотъ онъ.

Мы приводимъ подлинныя слова профес. Цитльмана (Боннъ) въ указанномъ его трактатѣ. Wir wollen, говоритъ Ц., ein *deutsches Recht*, aber *deutsch ist das auch was die Römer fuir die ganze Welt erdachten* und was unser Volk mit Noth und Schmerzen, mit gewaltigen Gedankenarbeit sich zu echtesten Eigen gemacht hat.

Желаетъ или нѣтъ боннскій профессоръ именно такого кодекса,—сомнѣній не можетъ быть, что только такой *нѣмецкій кодексъ, коего вся основа создана изъ латинскаго матеріала*, будетъ предложенъ во второмъ и въ третьемъ чтеніи *) для имперскихъ законодательныхъ инстанцій, ибо иного кодекса общаго гражданскаго права современная Германія создать не можетъ.

Что скажутъ въ виду этого несомнѣннаго результата многочисленные проповѣдники Ausstossungsprocess'а?

Такимъ образомъ, упреки весьма единодушные Первому чтенію касаются не его источника, а собственно и главнымъ образомъ его манеры, его учебнаго тона, его академическаго пошиба. Въ немъ именно нѣтъ вовсе необходимаго практическаго закала. Это будто не актъ законодательства, а книжка для юристовъ.

И вотъ требованія, предъявленныя въ этомъ смыслѣ *Второму чтенію*, формулируются окончательно такъ: намъ нуженъ *законникъ* для полнаго солнечнаго освѣщенія, *для площади*, не для зеленаго стола, не для ламповыхъ рожковъ.

Работы второй коммиссіи происходили въ другихъ условіяхъ, чѣмъ первой, въ кругу людей ближе стоящихъ къ жизни и безъ всякой таинственности, при гласномъ обсужденіи всѣхъ недочетовъ Перваго чтенія. Въ октябрѣ 95-го г. работа была окон-

*) Начиная съ 90-аго года, Оттонъ Бэръ сталъ по частямъ публиковать свой контрпроектъ. Славнаго мужа, уже весьма обремененнаго годами, въ его едва вѣроятномъ предпріятіи поддерживалъ цѣлый кругъ ученыхъ друзей и почитателей. Въ январѣ 92 года колоссальная работа была закончена. Бэръ сдѣлалъ что могъ въ цѣляхъ предотвращенія роковой неудачи. Многія части проекта 88-ого года оставлены такъ, какъ онѣ были написаны, не потому, однако, прибавляетъ Бэръ, чтобъ онъ считалъ ихъ безупречными.

чена и Второе чтеніе внесено въ Союзный совѣтъ, который принялъ новую редакцію послѣ незначительныхъ исправленій.

Все это время, включая и начало 96-го года, *) отрицательная критика не только противъ Перваго, но и противъ Второго чтенія не прекращалась. Въ числѣ рѣшительныхъ противниковъ изъ лагеря романистовъ, первое мѣсто слѣдуетъ дать одному изъ виднѣйшихъ современныхъ пандектистовъ, берлинскому профессору Гейнриху Дернбургу. Въ рядахъ германистовъ впереди всѣхъ противниковъ проекта продолжалъ стоять Отто̀нъ Гирке **).

Дернбургъ подалъ голосъ противъ Второго чтенія въ палатѣ господъ, настолько онъ находилъ его далеко отстоящимъ отъ требованій яснаго и живого отраженія права на основѣ народнаго сознанія. Въ минуту, однако, когда Союзный совѣтъ принялъ Второе чтеніе, Дернбургъ, какъ бы сквозь слезы, послѣдовалъ призыву Виндшейда и призналъ неизбѣжность самоотреченія ***).

Второе чтеніе тѣмъ временемъ, вслѣдствіе многократныхъ передѣлокъ, настолько поистрепалось ****), что найдено было необходимымъ дать ему немножко соотвѣтствующую торжественности мгновенія (внесеніе въ рейхстагъ) приглаженную внѣшность, и для этой цѣли послѣдній, такъ сказать, ударъ кисти возложенъ былъ на почтеннаго германиста Рудольфа Зома.

Уже въ іюнѣ 96 года проектъ, съ патріотическимъ напутствіемъ Зома, произведшимъ свой эффектъ, поступилъ на разсмотрѣніе рейхстага. Это сердечное напутствіе стоитъ того, чтобы его передать дословно. Оно представляетъ собою, для германиста въ особенности, тоже очень серьезный актъ *самоотреченія*. Зомъ выразилъ желаніе, чтобы это *новое царственное облаченіе, все изъ единой и цѣльной ткани, замѣнило собой старый пестрый*

---

*) Въ 95 г. появилось новое изд. d-r'a Reatz'a Die Litteratur u. d. Entwurf e. bürg. Gesetzbuches f. d. D. Reich. См. статью А. Ѳ. Волкова въ Журн. Юр. Общ. 97 г. кн. 1, стр. 64 и слѣд.

**) См. брошюры обоихъ названныхъ ученыхъ изд. въ 96 г., Дернбурга— Persönliche Rechtsstellung nach dem bürgerl. Gesetzbuch, Гирке — Das bürgerl. Gesetzbuch u. d. deutsche Reichstag (Sonderabdruck aus der Täglichen Rundschau).

***) См. коротенькая и прекрасная замѣтка „Nothwendigkeit d. Resignation“ въ указан. брошюрѣ. Это самоотреченіе соотвѣтствуетъ ближе настроенію французовъ послѣ франкфуртскаго міра, чѣмъ нѣмецкому настроенію послѣ Седана.

****) Въ книжной торговлѣ оно носило названіе третьяго ученія, что неосновательно. Докладъ коммиссіи рейхстага съ ея заключеніями и указаніемъ всего состава членовъ и докладчиковъ изд. подъ заглав. Bericht der Reichstagskommis. über d. Entw. eines bürg. Gesetzb. u. Einfuhr. gesetz. Berlin. C. Heymanns Verlag. 96 г.

сшивокъ нѣмецкаго права изъ разныхъ клочьевъ, настоящій костюмъ арлекина!

Хорошо подготовленную парламентскую борьбу *) вели многочисленные члены парламентской коммиссіи, въ числѣ которыхъ называютъ и стараго Планка, теперь слѣпого, но сохранившаго изумительную свѣжесть памяти, помогавшую ему воскрешать всѣ подробности разработки проекта, въ которой онъ участвовалъ лично съ самаго начала. Парламентскіе дебаты шли съ поразительной быстротой **). Потребовалось *меньше десяти дней* (отъ 18 до 27 іюня), чтобы пропустить черезъ голосованіе (durchjagen, durchpeitschen) весь этотъ очень сложный законопроектъ вмѣстѣ съ закономъ о введеніи его въ дѣйствіе. Для обряда 3-го чтенія оказалось достаточно всего еще двухъ дней. Эта поспѣшность имѣла свои основанія, въ разсмотрѣніе которыхъ мы не входимъ и которая стоила разныхъ уступокъ духу партій, раздѣляющихъ рейхстагъ на довольно враждебные лагери. Мы скажемъ объ этомъ нѣсколько словъ.

Въ цѣломъ система Второго чтенія не представляетъ существенныхъ измѣненій. Она таже, какую мы видѣли выше, разсматривая Первое чтеніе. Затѣмъ, сильнѣйшія *жертвы* были принесены прусской государственной идеѣ и господствующимъ въ прусскихъ кружкахъ, еще съ прошлаго вѣка, воззрѣніямъ на природу права, чисто механическимъ и вполнѣ воспроизведеннымъ ученіями Ihering'a. Это особенно обнаруживается въ наиболѣе характерномъ для этихъ взглядовъ пунктѣ, въ воззрѣніи на *источники права*. Первое чтеніе, при всей уступчивости его составителей въ этомъ направленіи (см. выше), не удовлетворило парламентской коммиссіи, и она рѣшила *вовсе выбросить оба его первые параграфа, трактовавшіе право обычное и аналогію*, какъ способъ толкованія юридическихъ нормъ, *не замѣнивъ ихъ*

*) Въ исходѣ ея такъ же мало сомнѣвались какъ и въ исходѣ такъ назыв. братоубійственной войны 66-ого года. Нѣмецкіе профессора всѣхъ факультетовъ (кромѣ страсбургскаго) съѣхались еще въ мартѣ 96 г. для обсужденія предстоящихъ перемѣнъ въ планѣ преподаванія въ виду несомнѣнно имѣющаго послѣдовать утвержденія проекта рейхстагомъ.

**) Проф. Леонгардъ въ небольшой статьѣ для одного голландскаго журнала (но нѣмецки отдѣльн. оттиски подъ заглавіемъ Die Vollendung d. deutsch. bürg. Ges. buches. 1897 г.) далъ любопытныя подробности всего движенія дѣла въ рейхстагѣ. Поспѣшность была настолько лихорадочною, что засѣданія не прерывались и тогда, когда не оставалась на лицо необходимаго для состава засѣданій числа депутатовъ. Счетъ наличности производили по оставленнымъ на мѣстахъ шляпамъ гг. депутатовъ. За то нѣкоторые, возвращаясь (со встрѣчи Ли-хун-чанга), съ прискорбіемъ узнавали объ измѣненіи ихъ отцовскихъ правъ отмѣной реквизита родительскаго согласія для брака дѣтей старше 21 г. Другіе, съ сокрушеніемъ освѣдомлялись, что предѣлъ дозволенныхъ пожертвованій на main morte поднятъ наличными голосами центра съ 3-хъ на 5 тыс. марокъ.

ровно ничѣмъ. Это нѣчто поразительное! Взгляды на происхожденіе права, господствовавшіе все текущее столѣтіе, должны были, въ духѣ ученія Іеринга, повернуться такъ, какъ будто всего умственнаго національнаго движенія въ области правовѣдѣнія, составившаго славу Германіи, не было вовсе, и стать на ту точку, которая опредѣлилась въ твореніяхъ Суареца, въ прусскомъ ланд рехтѣ.

Въ духѣ современныхъ воззрѣній германистовъ разработана юридическая *защита права лица носитъ извѣстное имя* (§ 12). Наряду съ прежними основаніями низведенія дѣеспособности лица стоитъ *порокъ пьянства* (§ 6).

Вопреки ожиданіямъ началу союзной правоспособности не дано той свободы развитія, на которой настаивали германисты.

Во многихъ частностяхъ договорнаго права рейхстагъ прислушался несомнѣнно къ интересамъ необезпеченныхъ классовъ населенія. Такъ, въ договорѣ квартирнаго найма довольно широко допущенъ отказъ нанимателя въ виду неудовлетворительности, съ гигіенической точки зрѣнія, нанятыхъ помѣщеній (§ 44). Подъ вліяніемъ очень оживленной полемики, въ особенности профессора Менгера, расширена защита рабочаго люда отъ опасностей, связанныхъ съ производствомъ работъ, съ неудовлетворительностью помѣщеній, отмѣнена карательная власть нанимателей надъ домашней прислугой (618, 95 Einf. G.), значительно сближены въ юридическомъ смыслѣ понятія о вознагражденіи за наемный трудъ, къ какого бы вида профессіи трудъ и заработокъ ни относился (art. 622, 624 *), 627).

Допущено абстрактное обѣщаніе долга (781).

Имущественная отвѣтственность лицъ неспособныхъ къ вмѣненію, еще на одинъ шагъ противъ прусскаго ландрехта приближена къ началамъ справедливости (829).

Въ системѣ отношеній семейныхъ удержано господствующее положеніе мужа, даже усилено, въ духѣ прусскаго права, и въ томъ же духѣ расширено вмѣшательство суда въ вопросы семейныхъ несогласій (1358, 1363, 1379, 1380, 1447). Допущенъ разводъ по причинѣ душевной болѣзни супруга, съ нѣкоторымъ обезпеченіемъ имущественнаго положенія страждущаго (1569, 1583). Здѣсь рѣшили соображенія особой тяжести такихъ бѣд-

*) Формулировка этой статьи въ проектѣ вызвала энергическій протестъ Dernburg'a въ указ. выше брошюрѣ Persönl. Rechtsstel. VIII—Lebenslängliche Dienstverträge, доказывающій, что проектъ возобновляетъ пожизненное закрѣпощеніе наемника.

ствій опять для рабочаго класса. Повышено нѣсколько имущественное обезпеченіе незаконнорожденныхъ (1705—1718).

Вопросъ объ отвѣтственности наслѣдопринимателя по обязательствамъ изъ наслѣдства поставленъ ближе къ основамъ матеріальной справедливости въ отношеніи къ наслѣднику, съ обезпеченіемъ и интересовъ кредиторовъ.

Въ интересахъ территорій бывшаго французскаго права удержана привычная въ этихъ областяхъ форма testament holographe, нетребующая иной перфекціи, кромѣ начертанія всего текста послѣдней воли собственноручно.

Вотъ немногія характерныя для новаго кодекса черты, свидѣтельствующія или объ упорствѣ борющихся сторонъ (источники права), или о примирительныхъ уступкахъ руководителей борьбы.

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть случай возвращаться не разъ къ содержанію кодекса. Но, конечно, дѣло не въ этихъ подробностяхъ, когда идетъ рѣчь о такомъ громадномъ законодательномъ предпріятіи, какъ *кодификація гражданскаго права* обширной имперіи. Мы видѣли выше, что приманкой для общественнаго мнѣнія въ этомъ предпріятіи, начиная съ 48 года, служила, до самаго послѣдняго времени, идея замѣны чужеродной, латинской системы, книгой народной, народнымъ законникомъ, который, несомнѣнно, имѣлъ бы массу преимуществъ передъ современнымъ состояніемъ писаннаго права въ Германіи. Что же, цѣль эта была достигнута кодексомъ 1896 года? Она нетолько не была имъ достигнута, но теперь, когда пытаются заводить объ этомъ рѣчь, напомнить старую программу, эти мысли встрѣчаютъ какъ признакъ несомнѣнной наивности такихъ вѣрующихъ людей. Невыполнимость такихъ обѣщаній должна быть ясна для каждаго, сколько нибудь свѣдущаго въ дѣлѣ человѣка. Ни о какомъ народномъ законникѣ не могло и не можетъ быть серьезной рѣчи въ условіяхъ современной сложной, и вовсе не приноровленной къ простонародному разумѣнію юридической техники.

Есть другой смыслъ *народнаго* и вмѣстѣ другая приманка, которая разсчитана на другой кругъ людей. Выразить это предположенное новое, высокое свойство кодекса правильнѣе понятіемъ *національности его институтовъ*. Кодексъ даетъ намъ не чужеземное, а свое, нѣмецкое право. Тутъ, натурально, все зависитъ отъ того, какой смыслъ будетъ данъ этому понятію *своего права*. Если оно будетъ истолковано въ смыслѣ Цительмана (см. выше), тогда нѣтъ сомнѣнія, нѣмцы достигли *такого рода національнаго кодекса*, въ полной мѣрѣ. Съ начала и до конца новый кодексъ весь *скроенъ несомнѣнно изъ единой*

ткани, но вся эта ткань въ цѣломъ не заключаетъ въ себѣ ничего специфически-нѣмецкаго. Плащъ взятъ съ чужого плеча, и придется по мѣркѣ любой національности, насколько въ составѣ ея гражданскаго права, наряду съ институтами исключительно національными, найдутся *въ большей или меньшей мѣрѣ* институты супранаціональные, цѣликомъ выработанные универсально-культурнымъ латинскимъ геніемъ.

Вопросъ именно въ томъ *насколько* этотъ новый кодексъ служитъ дѣйствительно живымъ и вѣрнымъ отраженіемъ (зеркаломъ) современнаго состоянія гражданскаго права, какимъ мы видимъ его въ дѣйствительности? На этой проблемѣ намъ придется остановиться въ подробности, ибо тутъ собственно и скрытъ весь вопросъ *о кодификаціи гражданскаго права и о призваніи нашего времени къ выполненію въ этой области* широковѣщательныхъ программъ *политическихъ людей* (неисторической школы), встрѣчаемыхъ съ такимъ недовѣріемъ юристами. Мы видѣли выше, призывъ почтеннаго профессора Зома, вызванный напоромъ патріотическаго возбужденія. Что же въ самомъ дѣлѣ Германіи, при помощи этого кодекса дѣйствительно замѣнила свой старый костюмъ арлекина изъ пестрыхъ клочьевъ новой королевской мантіей?

Мы разберемъ весь смыслъ этой красивой фразы и подлинное отношеніе новаго кодекса къ живой дѣйствительности.

Начать съ того, что въ смыслѣ права общаго для цѣлой Германіи, кодексъ не внесъ ничего или почти ничего, что не составляло бы содержаніе дѣйствующаго у нѣмцевъ общаго права и до сего времени. До появленія имперскаго кодекса все, что включено въ немъ, было правомъ дѣйствующимъ, соотвѣтственно прежнимъ историческимъ условіямъ, или въ составѣ разныхъ ландрехтовъ, или *прямо*, непосредственно, въ видѣ рецепированнаго юстиніановскаго права, но въ томъ самомъ составѣ нормъ и институтовъ, въ какомъ это право изображалось обыкновенно въ учебныхъ книгахъ такъ называемаго пандектнаго права.

Въ составѣ этихъ пандектныхъ ученій весьма многое представляютъ собою предметъ не столько позитивнаго, сколько научнаго опредѣленія. Таковъ въ особенности вопросъ о системѣ гражданскаго права, о выдѣленіи общей части, таково ученіе о юридической сдѣлкѣ вообще, о юридическомъ строеніи того или другого института договорнаго, вещнаго, семейнаго, наслѣдственнаго права въ особенности. Многое тутъ составляетъ дѣло юридической логики, такъ назыв. raison écrite, а вовсе не легальнаго авторитета. Наряду съ этимъ есть, натурально, и чисто по-

ложительныя опредѣленія, но не въ нихъ характерная черта общихъ нѣмецкихъ пандектныхъ системъ.

Что-же произвелъ съ этимъ элементомъ дѣйствующаго много столѣтій въ Германіи общаго гражданскаго права кодексъ 96 года?

Этотъ кодексъ разорвалъ связь названныхъ ученій и нормъ съ ихъ прошлымъ, съ корнями, на коихъ они выросли, устранилъ для будущаго всякое практическое значеніе дальнѣйшей разработки тѣхъ же ученій и институтовъ помощью наличныхъ и нынѣ столь значительныхъ силъ нѣмецкой научной юриспруденціи и закрѣпилъ формальнымъ авторитетомъ имперскаго закона часто несомнѣнно - хорошо формулированныя, но далеко не безспорныя и нерѣдко измѣнчивыя положенія реципированнаго права. Однообразный штемпель легальнаго имперскаго авторитета легъ отнынѣ на все содержаніе такъ называемаго общаго нѣмецкаго права, какимъ бы путемъ до сего ни развивались его нормы, путемъ ли права обычнаго, судебно-практическимъ или научнымъ.

Нельзя скрыть, что въ этомъ именно лежитъ серьезная опасность оскудѣнія въ дальнѣйшемъ развитіи общаго правосознанія нѣмецкой націи. Весь прежній широкій потокъ, которымъ шло развитіе общаго права, захваченъ въ область политическихъ соображеній, лишенъ притока свободныхъ, живительныхъ силъ юридическаго творчества и ему насильственно навязанъ характеръ какого то исключительнаго имперскаго достоянія. Все это не обѣщаетъ ничего добраго, въ дальнѣйшемъ, ни для нѣмецкаго общаго права, ни для нѣмецкой науки права, ни для самой имперіи, ибо въ основѣ всего лежитъ очевидная ложь.

Другой вопросъ. Что же, съ помощью этихъ усилій Германія пришла, наконецъ, теперь дѣйствительно къ замѣнѣ всего дѣйствующаго въ ней права и всѣхъ его источниковъ внутри страны, этимъ *единымъ кодексомъ*?

Это несомнѣнно могло произойти послѣ того какъ имперская компетенція была распространена на все гражданское право. Нѣчто подобное мы видѣли во Франціи въ такъ называемой période intermédiaire, когда центральная законодательная власть направила всѣ свои усилія къ тому, чтобъ нивелировать все французское право посредствомъ безпощаднаго разрушенія всѣхъ остатковъ феодальной эпохи и на этомъ создать свой code de lois communes pour tout le royaume.

Ничего подобнаго въ Германіи не произошло. Центральная

цивильно-законодательная власть очень широко воспользовалась своимъ правомъ издавать новые законы по гражданскому праву. Но очень немногіе изъ нихъ были направлены къ цѣли устраненія институтовъ цивильно-политическихъ или цивильно-исповѣдныхъ. Таковъ въ особенности законъ 6 февр. 75 г. о секуляризаціи брака и новыхъ способахъ удостовѣрять гражданское состояніе. Въ остальномъ эта масса новыхъ законовъ молодой имперіи вовсе не была направлена на разрушеніе старыхъ партикуляризмовъ въ духѣ французской революціи. И это едва-ли могло быть иначе, такъ какъ законодательная организація нѣмецкой имперіи включала *Союзный совѣтъ*, стоявшій именно на стражѣ стараго земскаго строя во всѣхъ областяхъ права, кромѣ давно уже, въ прежнихъ условіяхъ, опредѣлившейся системы реципированнаго общаго права.

Какою была нѣмецкая дѣйствительность, такою она отразилась натурально и въ новомъ нѣмецкомъ кодексѣ.

Это явленіе крайне любопытное. Въ задачѣ кодификаціи, которой весь смыслъ, вся цѣна опредѣляется *замѣной* старой *розни* новымъ *единствомъ*, мы находимъ въ тѣснѣйшей связи съ самимъ кодексомъ, какъ его тѣнь, этотъ замѣчательный законодательный актъ, названный *закономъ о введеніи кодекса въ дѣйствіе* (Einführungsgesetz, см. выше) и которому собственно, по его прямому содержанію, безъ всякихъ прикрасъ, много болѣе приличествовало бы наименованіе *закона о невведеніи въ дѣйствіе* названнаго кодекса, Nichteinführungsgesetz'а, ибо именно одинъ рядъ его статей, самый обширный, говоритъ о неприкосновенности старыхъ партикуляризмовъ, а другой указываетъ примѣненіе тоже имперскихъ законовъ, которыхъ не обняла кодификація.

Это не случайныя изъятія изъ господствующаго единства нѣкоторыхъ неудобо-объединяемыхъ матерій по какимъ либо соображеніямъ редакціоннаго характера. Наоборотъ, *самое единство* кодекса *достигнуто только цѣной этого имперскаго подтвержденія партикуляризмовъ*. Партикуляризмы входятъ какъ необходимая составная часть въ кодификаціонную рогацію. Это несомнѣнно та цѣна, которою куплено голосованіе самого кодекса. Съ полной ясностью это обнаружилось при голосованіи обоихъ проектовъ въ рейхстагѣ. Когда по поводу 835 статьи дѣло коснулось вознагражденія за вредъ и убытки отъ потравы полей зайцами и вообще потравъ причиняемыхъ дичью (Hasenschaden, Wildschaden), вся консервативная партія, какъ одинъ человѣкъ, поднялась противъ примѣненія *общаго закона въ отдѣльныхъ территоріяхъ*. Разногласіе достигло быстро такой мѣры рѣз-

кости, что въ руководящихъ кружкахъ возникло прямое опасеніе за успѣхъ голосованія всего кодекса. Пришлось отступить отъ общаго права въ пользу партикулярныхъ нормъ, примѣненіе коихъ и было обезпечено art. 70 и 71 закона о введеніи.

Но одни ли зайцы и фазаны стоятъ на пути соглашенія интересовъ права общаго и партикуляризмовъ въ имперскихъ законодательныхъ инстанціяхъ? Отвѣтомъ на это служатъ безконечные ряды статей (отъ 55 до 153), начинающихся словами: unberührt bleiben... Это все остатки прежнихъ бытовыхъ формъ, въ коихъ нельзя различить моменты цивильный отъ публичнаго и исповѣднаго, еще очень глубоко залегающіе въ современномъ нѣмецкомъ правѣ. Никто не думалъ поступаться этими *реальными* интересами, органически связанными съ нѣмецкой жизнью, чтобъ достигнуть *идеальной* цѣли дѣйствительнаго и полнаго единства нѣмецкаго гражданскаго права. Это условіе существенно различное въ исторіи образованія единаго кодекса чисто цивильнаго у французовъ и новаго нѣмецкаго уложенія.

Въ виду этого понятно, что нѣкоторые представители нѣмецкой науки присвоиваютъ новому кодексу значеніе кодекса общаго права, къ чему собственно и стремилась Германія, другіе отказываютъ ему въ этомъ свойствѣ, видя въ его составѣ, съ одной стороны, дѣйствительно элементы системы права общаго, но съ другой подтвержденные вновь для дальнѣйшаго примѣненія авторитетомъ центральной власти не только старые институты партикулярнаго права, но еще на ряду съ этимъ и источники такихъ партикуляризмовъ въ мѣстныхъ статутахъ и обычаяхъ.

Въ результатѣ, *самоотреченія*, котораго требовали для успѣха кодификаціи въ Германіи, оказалось дѣйствительно много, быть можетъ больше, чѣмъ слѣдовало, въ области духовныхъ, *идеальныхъ интересовъ* нѣмецкаго народа. Но ни однимъ изъ интересовъ реальныхъ, *матеріальныхъ*, для достиженія дѣйствительнаго единства нѣмецкаго гражданскаго права, никто и не думалъ поступаться въ Германіи въ теченіе всего période intermédiaire, начиная отъ 74 г., когда поставлена была на очередь идея общаго кодекса, и вплоть до 96 г., когда кодексъ прошелъ всѣ законодательныя инстанціи. И этого нельзя замаскировать никакими кодификаціонными операціями....

Нѣмецкое гражданское дѣйствующее право стало кодифицированнымъ, но оно не перестало быть роднымъ, и путемъ кодификаціи не приведено къ дѣйствительному и полному единству, которое

собственно и составляло пламенное желаніе лучшихъ людей Германіи.

Если сторонній цѣнитель, не очарованный заранѣе патріотической идеей — ein Kaiser, ein Reich, ein Recht, подойдетъ поближе къ пресловутому плащу, нынѣ облекающему старый костюмъ арлекина, то онъ легко убѣдится, что плащъ сдѣланъ хотя и изъ единой, но все же изъ крайне рѣденькой ткани (въ родѣ рѣшета).

Мы объяснимся. Возможно, что нѣкоторые бытовые институты въ странѣ не подойдутъ подъ общій типъ институтовъ чисто цивильныхъ и ихъ придется поставить въ сторону отъ цѣли объединенія подъ общую сигнатуру *unberührt bleiben*. Но за то, думалось бы, если объединяютъ и кодифицируютъ гражданское право, то тѣ институты, кои werden berührt, т.-е. кои входятъ въ положительную часть кодекса, получатъ въ немъ свою законченную отдѣлку, такъ что читатель найдетъ въ кодексѣ такой институтъ, такъ сказать, вполнѣ вылившимся.

Вотъ именно въ этомъ отношеніи читатель опять окажется непріятно разочарованнымъ.

Мы не будемъ разсматривать здѣсь же всего кодекса. Возьмемъ нѣкоторые входящія въ него обособленныя понятія и институты, напр. юридическое лицо, вотчинныя книги, договоръ найма прислуги. Юридическое лицо разработано во 2-мъ чтеніи неизмѣримо полнѣе, чѣмъ въ 1-мъ. Недаромъ коммисія просидѣла за однимъ этимъ титуломъ $1^1/_2$ мѣсяца. Но, однако, достаточно вглядѣться во весь этотъ рядъ артиклей, чтобы тотчасъ придти къ убѣжденію въ ихъ крайне абстрактномъ характерѣ, такъ что изъ нихъ никакъ не выдѣлится ни одна живая форма союза, корпораціи, съ какими либо конкретными чертами. Это одно отвлеченіе отъ цѣлой массы возможныхъ союзовъ, корпорацій, коллегій. Допустимъ, что это только такъ назыв. общая часть кодекса. Но за нею можно было бы ожидать встрѣтиться, тутъ ли же, или въ части особенной, съ какими либо конкретными союзными формами. Ихъ нѣтъ нигдѣ въ составѣ всего кодекса. И если вы хотите ихъ найти, надо искать ихъ или въ имперскихъ законахъ, вышедшихъ много прежде кодекса, гдѣ найдете массу союзныхъ формъ, разработанныхъ въ отдѣльности, или, за общими опредѣленіями кодекса,—ищите ихъ въ партикулярныхъ законахъ и статутахъ тѣхъ нѣмецкихъ земель, гдѣ эти союзы находятся (см. ст. 82 Einf. Ges.—unberührt bleiben). Тоже для способовъ укрѣпленія правъ по недвижимостямъ посредствомъ вотчинныхъ записей. Кодексъ даетъ рядъ абстракт-

ныхъ нормъ. Для приближенія къ операціямъ вотчинныхъ установленій, какъ онѣ дѣйствительно происходятъ, нельзя ограничиться этими общими положеніями, надо, такъ сказать, спуститься этажемъ ниже. Въ этомъ 2-мъ этажѣ вы найдете подробнѣе разработаннымъ общій имперскій Grundbuchordnung (спеціальный законъ 24 марта 1897 г.). Но и этимъ дѣло не окончено. Каждая отдѣльная территорія, насколько въ ней до сего была выработана система записей, продолжаетъ руководиться этой своей особой системой, прусской-ли, или мекленбургской, или еще иной мѣстной. Тоже, наконецъ, и для договора найма прислуги, для котораго, на ряду съ обще-имперскими статьями, unberührt bleiben мѣстныя постановленія, опредѣляющія das Gesinderecht этой земли (art. 95 Einführ. Ges.).

Можно безошибочно заключить, что кодификація не сдѣлавъ права единымъ, не сдѣлала его и менѣе путаннымъ, менѣе сложнымъ, чѣмъ оно было до сего въ его примѣненіи.

Нѣтъ при этомъ сомнѣнія, что *такія* операціи обобщеній могли быть легко достигаемы и въ массѣ случаевъ дѣйствительно достигались у нѣмцевъ помощью простыхъ научныхъ операцій, безъ всякаго вмѣшательства позитивнаго авторитета.

Что остается въ утѣшеніе послѣ столь очевидныхъ недочетовъ предпріятія, возбуждавшаго такія свѣтлыя надежды?

Одинъ изъ самыхъ раннихъ дѣятелей *новой науки гражданскаго уложенія* нѣмецкой имперіи Конрадъ Козакъ (Боннъ) въ своей, пока неконченной, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Iena. 1897, съ большимъ одушевленіемъ провозглашаетъ освобожденіе нѣмецкаго народа *отъ позора подчиненія судамъ*, которые руководятся въ своихъ рѣшеніяхъ византійскими, по-латыни написанными законами (стр. 21). Новый кодексъ однимъ ударомъ, *формально*, снялъ со всей Германіи это чужеземное иго..., замѣнивъ подлинные латинскіе тексты переводными нѣмецкими.

Съ вопросомъ о кодификаціи повсюду, начиная отъ Юстиніана и до позднѣйшаго поборника кодификаціонныхъ операцій въ правѣ, профессора Гёнера (см. выше), фатальнымъ образомъ соединялся вопросъ о школѣ юриспруденціи.

Это одна изъ животрепещущихъ задачъ освобожденной, если не по существу, то *формально* (см. выше Козакъ), въ вопросахъ правосудія отъ чужеземнаго ига современной Германіи. Какъ же разрѣшаютъ эту задачу нѣмецкіе университеты. Мы видѣли выше, что еще до окончательной санкціи кодекса 65 профессоровъ съѣхались въ Эйзенахѣ, чтобы выработать общій планъ преподаванія въ виду *новой науки* „Гражданскаго кодекса“.

Видя, конечно, совершенно ясно, что оба кардинальныя начала (латинское и германское право) не примирены внутреннимъ образомъ въ новомъ кодексѣ, нѣмецкіе ученые находили необходимымъ, *сдѣлавъ кодексъ цѣлью изученія цивилистовъ*, оставить обѣ прежнія главныя дисциплины, римскаго и германскаго права, съ ихъ исторіей и экзегезой источниковъ, основными въ общемъ планѣ будущаго факультетскаго преподаванія. Съ общей дисциплиной германскаго права необходимо въ большей или меньшей мѣрѣ связывать и партикулярные институты по различію ихъ въ разныхъ территоріяхъ.

Все это вмѣстѣ потребуетъ, несомнѣнно, большей продолжительности курсовъ, чѣмъ это было до сего.

Эйзенахская конференція могла придти къ *общимъ* резолюціямъ, лишь оставивъ совсѣмъ въ сторонѣ всю детальную разработку плана, въ которой трудно было ожидать единодушія. *).

Послѣ этой конференціи появилась масса отдѣльныхъ предположеній, чѣмъ ближе разрабатывавшихъ, тѣмъ далѣе расходившихся программъ преподаванія, приспособленныхъ къ новымъ условіямъ. Мы ихъ не коснемся.

Но вотъ одно мнѣніе, которое для насъ цѣнно не потому только, что принадлежитъ очень извѣстному ученому, но и потому еще, что оно даетъ мысли въ извѣстной степени основанныя на прежнихъ опытахъ постановки юридическаго образованія въ виду вводимыхъ въ практику кодексовъ. Это мнѣніе профессора страсбургскаго университета Оттона Ленеля, выраженное имъ въ рѣчи при вступленіи въ ректоратъ названнаго университета, зданіе коего украшено статуей Фридриха Карла фонъ-Савиньи на его фронтонѣ.

Ленель **) выражаетъ опасеніе, что вмѣстѣ съ вступленіемъ въ силу новаго кодекса, возбуждавшаго столько несбыточныхъ иллюзій ***), наступитъ очередь опасныхъ иллюзій и въ вопросахъ преподаванія права. Въ планахъ Эйзенахской конференціи онъ не нашелъ достаточно энергическаго отпора опасности, которая угрожаетъ нѣмецкой юриспруденціи отъ этихъ иллюзій. Дѣлая новый кодексъ цѣлью всего учебнаго плана, мы возбуждаемъ та-

*) См. Die kunftige Gestaltung des deutsch. Rechtsstudiums n. d. Beschlüs. der Eisenacher Konferenz von Emil Friedberg. Leipzig. 1896.

**) Das bürgerl. Gesetzbuch u. d. Studium d. romisch. Rechts.—д-ра O. Lenel. Strassburg. 1896.

***) Почтенный Ленель воздаетъ должное памяти Савиньи въ этихъ заключительныхъ словахъ своей рѣчи: mit frischer, frolicher, naiver Zuvers: cht. gloubte man (въ 70-хъ годахъ, когда задумали кодификацію) an den *Berut unserer Zeit zur Geretzgebung*,.. Aber jener Enthusiasmus hateiuer nuchternen Resignation Platz gemacht (стр. 19).

кія отъ него ожиданія, которыхъ онъ не оправдываетъ и вмѣстѣ съ этимъ отодвигаемъ основу современной юридической школы въ Германіи на второй планъ, какъ нѣкотораго рода ученую декорацію. Между тѣмъ, ближайшая опасность, которою угрожаетъ намъ кодификація, состоитъ въ томъ, что мѣсто здравой, научной и практической дѣятельности юристовъ поспѣшитъ занять юридическое буквоѣдство, такъ назыв. Buchstabenjurisprudenz, злѣйшій врагъ всякаго здраваго правосудія. Обосновать научную подготовку юристовъ на новомъ кодексѣ дѣло немыслимое ни для какого, хотя бы самаго высокаго преподавательскаго дарованія, ибо съ новымъ кодексомъ не выросло одновременно еще никакой юридической науки этого новаго кодекса. Вся слава знанія и школы въ области права, какую успѣла себѣ составить Германія въ текущемъ столѣтіи, самымъ тѣснымъ образомъ связана съ наукой латинскаго права. На ней единственно пока и на долгое время въ будущемъ можетъ нѣмецкая юриспруденція основывать свои дѣйствительные, а не фантастическіе разсчеты удержать свое прежнее высокое положеніе. Противъ угрожающей опасности упадка правовѣдѣнія въ Германіи нѣтъ другого средства, кромѣ неизмѣнной вѣрности прежнимъ традиціямъ классической школы юриспруденціи.

Дѣйствительно, было бы крайне прискорбно, если бы нѣмцы пошли еще и на этотъ *соблазнъ самоотреченія...*

§ 7.

Параллелизмъ общихъ признаковъ культуры права на западѣ и у насъ.—A. Бытовая рознь и признаки личной или племенной системы въ исторіи нашего права.—Черты прошлаго въ современномъ правѣ.—Сходство и общность права.—B. Разныя формы договорнаго общенія въ старомъ правѣ.—Традиція права обычнаго, особенно облеченнаго въ письменную форму.—C. Вліяніе церкви на расширеніе правообщенія.—Традиція римскаго права на востокѣ.—Внутренніе признаки византійской системы права.—Строеніе институтовъ частнаго права.—Реципированные сборники.—Измѣненіе внутреннихъ основъ правосознанія.—Результаты.—D. Территоріальное начало въ нашемъ правѣ.—Волости вольныя.—Раннее развитіе общности правосознанія въ связи съ обособленіемъ права публичнаго и частнаго.—Признаки этого явленія въ вольныхъ волостяхъ.—Дальнѣйшая судьба.—Литовскій статутъ.—Техника.—Смѣшеніе права публичнаго и частнаго.—Общая характеристика.—E. Московская централизація.—Поглощеніе публичнымъ правомъ элементовъ права частнаго.—Оцѣнка чести въ Уложеніи.—Внѣоборотность недвижимостей по указу 1714 г.—F. Дѣла челобитчиковы и общенародныя.—Безразличіе процессуальныхъ формъ.—G. Преобладаніе партикуляризмовъ.—Жажда нормъ.—Рессурсы со стороны.—Отечественныя школы юриспруденціи.—Разбродъ указовъ и попытки Сводовъ.—Сперанскій.—Общій сводъ и общее право.—H. Обособленіе права публичнаго и частнаго въ эпоху Великихъ реформъ.—Судебные уставы.—I. Спеціализація знаній.—Задача университетскаго преподаванія.

Въ дальнѣйшемъ мы сдѣлаемъ краткое обозрѣніе историческихъ процессовъ русскаго праворазвитія, которые приводятъ

насъ къ современному состоянію нашего гражданскаго права. Мы остановимъ, такимъ образомъ, наше вниманіе на матеріи права общаго въ формальномъ смыслѣ и на явленіяхъ сходства институтовъ, какъ они обнаруживаются въ нашей исторіи; въ связи съ этимъ мы уяснимъ себѣ процессъ обособленія права частнаго и публичнаго вообще и въ отдѣльныхъ гражданскихъ институтахъ; разсмотримъ задерживающія и благопріятствующія условія образованія общей цивильной системы у насъ, опредѣлимъ современное состояніе нашего гражданскаго права и наши виды на ближайшее будущее русскаго законодательства и юриспруденціи.

Мы видѣли выше, что, въ историческомъ смыслѣ, образованіе понятія права общаго наряду съ партикуляризмами и обособленіе права частнаго совпадаетъ повсюду съ извѣстными признаками національнаго развитія, то болѣе исключительными, то ближе и легче открывающими путь къ общенію разныхъ націй. Сначала элементы исключительности обильны и рѣзко выражены и лишь очень медленнымъ процессомъ эта исключительность племенная, территоріальная, исповѣдная, національная, профессіональная, сглаживается и допускаетъ совмѣстность, общеніе, союзъ интересовъ и правъ. Въ самыхъ простыхъ и яркихъ чертахъ мы наблюдали это поступательное движеніе въ исторіи права римскаго. Въ формахъ несравненно болѣе сложныхъ тотъ же законъ обнаруживается въ исторіи ново-европейской культуры права. Тѣ же условія и элементы, которые суть существенные, какъ мы наблюдали выше, для процессовъ развитія общаго права тамъ, на Западѣ, должны быть изучены нами и въ русской жизни, хотя бы здѣсь они являлись въ совершенно иныхъ, часто своеобразныхъ сочетаніяхъ. Тѣмъ болѣе, натурально, интереса представитъ ихъ изученіе въ этихъ своеобразныхъ комбинаціяхъ. Зато и трудность изученія права на этой почвѣ, гдѣ научная разработка историко-юридическихъ задачъ такъ еще нова, возростаетъ вмѣстѣ съ новизною этихъ задачъ. Въ виду предшествующихъ историко-юридическихъ курсовъ по русскому праву мы остановимся здѣсь на самыхъ общихъ чертахъ, которыми опредѣляется процессъ праворазвитія у насъ по взятымъ нами выше признакамъ общности нормъ и обособленія права частнаго отъ публичнаго.

А.

Въ какомъ видѣ представляется намъ юридическій бытъ въ начальную эпоху русской исторіи? Возможно утверждать, что

въ эту пору и до московской централизаціи, для образованія общихъ юридическихъ нормъ въ какой бы то ни было сферѣ права было также мало условій формальнаго ихъ единства, какъ и на Западѣ во время господства такъ называемыхъ личныхъ или племенныхъ правъ. Опредѣляющая бытовая основа этого явленія есть, конечно, тутъ и тамъ одна и та же, т.-е. сперва господство, потомъ обиліе непостоянныхъ, бродячихъ элементовъ населенія, уступающихъ на Западѣ скоро, у насъ, по особенности нашего географическаго положенія, крайне медленно иным, высшимъ формамъ общественности. Въ то время когда тамъ на Западѣ, уже образовались значительные элементы территоріальнаго господства, здѣсь въ старѣйшихъ письменныхъ памятникахъ права удерживаются еще такіе свѣжіе *слѣды племенной розни*, такая непостоянная связь населенія съ землей, такое обиліе племенныхъ элементовъ, что населеніе волостей можно по справедливости назвать не сложившимся въ новое цѣлое, удерживающимъ на своемъ составѣ ясные признаки прежнихъ формъ общежитія, племеннаго, а не послѣдующихъ, территоріальнаго, волостнаго.

Особенность нашего историческаго процесса въ цѣломъ заключается въ томъ, что, одолѣвъ эту первоначальную племенную рознь, русское государство продолжаетъ и нынѣ включать въ себѣ, на ряду съ господствующимъ кореннымъ русскимъ населеніемъ, обиліе новыхъ племенныхъ, особныхъ, инородныхъ единицъ, коихъ внутренняя жизнь опредѣляетъ собою и по сейчасъ особый составъ разныхъ инородческихъ правъ, иной, чѣмъ въ общемъ русскомъ правѣ, хотя послѣднее обыкновенно доступно и для инородцевъ, если къ этому нѣтъ другихъ, кромѣ племенной особности, препятствій.

Такимъ образомъ, самый составъ нашего населенія не есть замкнутый, окончательно опредѣлившійся и исключающій вступленіе въ него элементовъ новыхъ въ смыслѣ племенномъ. Наша жизнь даетъ намъ явленіе не только ассимилированія низшихъ формъ быта высшими, внутри одной націи, но и длящееся обновленіе самихъ племенныхъ ея элементовъ. Мы будемъ имѣть случай позже, трактуя вопросъ правоспособности лицъ, раскрыть содержаніе дѣйствующихъ нормъ, опредѣляющихъ общую и особенную цивильную правоспособность нашихъ инородцевъ.

Что касается состоянія права на этихъ ступеняхъ развитія, въ бытѣ племенномъ старой Россіи и въ соотвѣтствующихъ ему формахъ современнаго племенного быта инородцевъ, то его пра-

вильно характеризовать признакомъ субъективности правосознанія. О какихъ-либо началахъ *права общаго* на этихъ ступеняхъ культуры не можетъ быть рѣчи. Формы и способы защиты права условлены здѣсь не столько высшей цѣлью правосудія, единообразнаго и постояннаго, сколько низшей — удовлетворенія раздраженнаго чувства обиды. Признаки этого быта, *обращенные къ прошлому* (месть, безразличіе органовъ и способовъ воздѣйствія за правонарушеніе, какого бы рода оно ни было, и проч.), ясно видны на первыхъ страницахъ русской исторіи. Такое право не можетъ выдти изъ границъ тѣснаго круга лицъ, связанныхъ кровной близостью или насущными интересами совершенно примитивнаго свойства. При одинаковыхъ потребностяхъ разныхъ племенъ между ихъ юридическимъ бытомъ можетъ быть близость типа, значительныя черты *сходства*, но это не общность правосознанія.

Задачи законодательства и управленія по отношенію къ этимъ элементамъ русскаго населенія заключались и заключаются до сего времени въ регулированіи ихъ внутренняго быта и въ охранительныхъ мѣрахъ противъ безправія и опасностей для сосѣдей. Гдѣ нѣтъ этихъ опасностей, тамъ переходъ къ высшимъ формамъ быта, развитіе элементовъ общенія юридическаго условлены для инородцевъ предшествующимъ освоеніемъ ими элементовъ русской культуры, русской рѣчи, школы, христіанскаго вѣроученія. Такъ направленными усиліями русскаго государства и церкви наполнены не только страницы старыхъ русскихъ лѣтописей, но и памятники законодательства и управленія прошлаго вѣка и нынѣ дѣйствующія нормы.

В.

На тѣхъ же первыхъ страницахъ русской лѣтописи мы видимъ въ обиліи и другую сторону правообразованія, иные признаки, *обращенные къ будущему*, къ высшему развитію общественности. Это *начало договорное*, связующее разныя племена и общины свободными узами федераціи. Договорная форма, при всемъ ея несовершенствѣ, когда ею исключительно связаны обширныя и разнородныя коллективныя группы для цѣлей постоянныхъ и общихъ, открываетъ, однако, очень обширныя перспективы для послѣдующаго общенія въ области права. Мы видимъ эту форму въ древней Руси въ явленіяхъ призыва князя, въ соглашеніяхъ отдѣльныхъ племенныхъ группъ одной съ другою непосредственно и при посредствѣ князей, въ договорахъ

князей между собою, съ ихъ дружинами, князей съ волостями, въ соглашеніяхъ объ общихъ нормахъ суда, въ договорахъ съ землями сосѣдними. Эти многообразныя формы договорныхъ соглашеній знаменуютъ собою образованіе и укрѣпленіе началъ общности въ правѣ на счетъ партикуляризмовъ *). Чѣмъ больше чертъ сходства въ правосознаніи разныхъ группъ, тѣмъ, понятно, легче форма договорная, по существу временная, переходитъ въ постоянное правообщеніе, образуетъ начала дѣйствительно общаго права (обычнаго).

Мы видѣли выше, въ обозрѣніи исторіи нѣмецкаго общаго права, случаи, гдѣ простой переходъ устныхъ юридическихъ традицій въ форму письменнаго ихъ начертанія содѣйствуетъ, въ извѣстныхъ условіяхъ, возвышенію авторитета локальныхъ нормъ на степень общихъ. Процессы такого рода мы наблюдаемъ въ старой русской жизни, гдѣ обычаи разномѣстные, уставы отдѣльныхъ князей, соглашенія между князьями, разъ подвергнувшись переработкѣ въ нѣкоторый комплексъ нормъ записанныхъ, получали характеръ общаго руководящаго юридическаго сборника, быстро распространявшагося въ разныхъ волостяхъ, въ неодинаковыхъ, частью по содержанію, частью по говору, редакціяхъ. Таковъ извѣстный вамъ сборникъ „Правды Русской“, который долженъ быть разсматриваемъ какъ первый конвенціональный, такъ сказать, источникъ общаго русскаго права, гдѣ крайне рано, вмѣстѣ съ этимъ характеромъ общности, замѣчается и обособленіе началъ чистаго частнаго права.

С.

Болѣе глубоко проходящій и до сихъ поръ не изсякающій источникъ образованія началъ общности въ русскомъ правѣ открываетъ *дѣятельность церкви*. Вліяніе церкви на всѣ области стараго права и вліяніе клира на самыя различныя стороны русскаго юридическаго быта неизмѣримо обширно. Трудно въ короткомъ очеркѣ исчерпать этотъ вопросъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что старыя племенныя правовоззрѣнія, ихъ исключительность, суровость формъ осуществленія права, постоянно уступали дѣйствію христіанской проповѣди. Въ указанной сейчасъ (подъ В) договорной формѣ общенія религіозное утвержденіе этой формы несомнѣнно давало ей особую силу. Въ задачахъ

*) См. теперь особенно проф. Ѳ. И. Леонтовича „Старый земскій обычай“ 1889 г., стр. 58 и слѣд.

фиксированія юридическихъ актовъ на письмѣ классъ лицъ грамотныхъ, каковыми были преимущественно духовные, играетъ всюду, и въ международныхъ сношеніяхъ (договоры Смоленска съ Ригой), и въ сдѣлкахъ князей, и въ односторонніхъ актахъ ихъ воли при жизни и на случай смерти, и въ актахъ частныхъ лицъ, и въ законодательствѣ (Псковская судная грамота) первенствующую роль. Въ дѣлахъ, касавшихся каноновъ и церковнаго чина, вліяніе церкви было рѣшающимъ, а кругъ этихъ дѣлъ рано сталъ весьма обширнымъ для различныхъ сферъ права и управленія, въ особенности для юрисдикціи въ вопросахъ семейнаго и наслѣдственнаго права (подробности въ курсѣ). Путемъ церковной школы и проповѣди проходило въ старомъ русскомъ обществѣ и до сихъ поръ проходитъ въ народныя массы самымъ постояннымъ образомъ вліяніе христіанской нравственности на правовоззрѣніе людей. Въ такую пору, *когда право находится на степени субъективнаго сознанія, силу этого вліянія трудно измѣрить*; несомнѣнно, что всюду, куда оно проникло, оно кореннымъ образомъ перерождало господствовавшее до того міровоззрѣніе людей и вмѣстѣ съ этимъ ихъ взгляды на право.

Съ вліяніемъ церкви у насъ, какъ частью и на Западѣ, связаны первые признаки появленія элементовъ общихъ въ нашемъ правѣ и такихъ юридическихъ началъ, которыя не имѣютъ корня въ правѣ мѣстномъ. Но тамъ, на Западѣ, это вліяніе чужого права, универсальной римской системы только въ первоначальныхъ стадіяхъ было тѣсно связано съ традиціей церкви. Въ послѣдующихъ фазахъ оно носило въ цѣломъ исповѣдный характеръ только по отношенію къ предѣламъ его распространенія; позже ученія романистовъ были направлены прямо противъ авторитета церкви и стали орудіемъ борьбы власти свѣтской съ властью церкви. Двѣ сферы права и двѣ области юрисдикціи, духовной и свѣтской, права каноническаго и римскаго, обособились рѣзко. Этимъ обособленіемъ права римскаго отъ каноническаго, права частнаго отъ публичнаго условлена вся судьба рецепціи римскаго права на Западѣ.

Что же представляютъ собою традиціи римскаго права на Востокѣ?

Возможно ли сопоставлять историческую роль византійской юриспруденціи съ источниками римскаго права, ставшими, какъ извѣстно, на Западѣ, въ юстиніановской кодификаціи, господствующимъ элементомъ общаго частнаго права и предметомъ постояннаго изученія юристовъ новаго міра?

Чтобъ отвѣтить на этотъ вопросъ, надо различить въ немъ разныя стороны.

Значеніе византійскаго права очень различно, смотря по эпохамъ, откуда идутъ его источники, по мѣстностямъ, въ коихъ оно вліяетъ, и по условіямъ этого вліянія.

Прежде всего византійскіе источники изъ времени ближайшаго къ Юстиніану составляютъ богатое пособіе для изученія самого юстиніановскаго права. Къ этому источнику обращаются съ серьезнымъ и постояннымъ вниманіемъ западные ученые (Куяцій, Мельцеръ, Бонефидій, Леунклавій въ XVI в., Фабротъ въ XVII в., Рейцъ въ XVIII в., Гаубольдъ, Геймбахи, Mortreuil, Цахаріэ, Моммсенъ и друг. въ XIX в.), въ особенности въ такія эпохи, когда интересъ изученія исключительно практическій уступаетъ мѣсто историческому методу въ правовѣдѣніи. Подробности этого вопроса пользованія византійскими источниками для изученія Corpus juris civilis разсматриваются въ курсахъ римскаго права *).

Съ другой стороны, само византійское право проходитъ извѣстныя стадіи развитія. Оно представляетъ собою не только постепенное атрофированіе юстиніановскихъ источниковъ, но и еще характерный процессъ измѣненія всѣхъ основъ римской культуры права, т.-е. смѣшеніе институтовъ свѣтскаго и церковнаго права, публичнаго и частнаго.

Любопытно, что въ ту самую пору, въ XII в., когда на Западѣ начинается изученіе подлинныхъ текстовъ юстиніановскихъ источниковъ, эти источники окончательно вытѣсняются на Востокѣ Базиликами. По происхожденію Базилики относятся къ концу IX в. Это греческая переработка юстиніановскихъ источниковъ, разсчитанная на удобство практическаго ихъ примѣненія. Все дѣйствующее право сведено въ 60 книгъ, въ порядкѣ близкомъ къ юстиніановскому кодексу. Это и есть та капитальная работа, которая прервала прямую практическую традицію юстиніановскихъ книгъ для Восточной имперіи, и къ которой позже при-

*) Появленіе на западѣ ученыхъ грековъ, бѣжавшихъ изъ Константинополя послѣ взятія его турками, обогатило итальянскія библіотеки массой привезенныхъ ими рукописей. Въ XVI в. ихъ начинаютъ печатать. Лишь въ эту пору узнаютъ Базилики. Манускрипты библіотеки Екатерины Медичи, привезенные изъ Италіи во Францію, привлекаютъ къ себѣ вниманіе всего ученаго міра. О нихъ только и говорятъ. Ср. для этихъ свѣдѣній и для краткаго обозрѣнія развитія интереса къ визант. праву Rivier (бельгійск. профес.) Introduction historique au droit romain. 1881 г., стр. 546 и слѣд. По-русски въ 76 и 77 гг. проф. Азаревичъ началъ исторію визант. права, гдѣ можно найти полезныя указанія для русск. библіогр.; но для предпринятой работы у автора вовсе не было необходимаго матеріала подъ руками. Эта работа не продолжается.

мыкали многочисленныя дальнѣйшія переработки матеріала византійскими учеными. Одну изъ важнѣйшихъ, по практическимъ послѣдствіямъ, такихъ переработокъ составляетъ Шестикнижіе Константина Гарменопулы (около 1345 г.). Оно удержалось въ примѣненіи послѣ паденія Константинополя въ разныхъ провинціяхъ турецкой имперіи, и восполненіемъ къ нему служили Базилики. Книги Гарменопулы удерживались въ силѣ въ Бессарабіи послѣ ея присоединенія къ Россіи *). Между тѣмъ Дунайскія княжества имѣютъ съ 1865 г. единый кодексъ, составляющій подраженіе Code civil.

Мѣстное значеніе византійскихъ переработокъ юстиніановскаго права этимъ не ограничивается; но мы отмѣчаемъ здѣсь эту сторону дѣла, это локальное значеніе особыхъ византійскихъ источниковъ, возникшихъ на мѣстѣ и въ этихъ предѣлахъ сохранившихъ свое значеніе до позднѣйшаго времени.

Несомнѣнно лучшій изъ немногихъ теперешнихъ знатоковъ византійскаго частнаго права, Цахаріэ ф. Лингенталь, даетъ намъ такіе внутренніе признаки, опредѣляющіе особенность именно византійскаго права, которые указываютъ ясно его неспособность выйти изъ этихъ предѣловъ мѣстнаго примѣненія и пріобрѣсти значеніе системы универсальной. Какъ черту очень характерную, онъ выставляетъ, во-первыхъ, то, что изъ системы наказаній здѣсь почти совершенно вытѣснено наказаніе лишеніемъ свободы. Вмѣсто лишенія свободы въ Византіи развились рафинированные способы причиненія физическихъ страданій, которые пережили византійскій режимъ и вошли вполнѣ гармонически въ систему турецкаго управленія. Цахаріэ объясняетъ это вытѣсненіе наказанія лишеніемъ свободы тѣмъ, что на Востокѣ всякое far niente, въ тюрьмѣ ли, или въ монастырской кельѣ, служитъ скорѣе источникомъ удовлетворенія, чѣмъ страданія. Затѣмъ, наука права у византійскаго юриста не то, что въ эпоху свободнаго развитія римской юриспруденціи. Юристъ не знаетъ права, а знаетъ только законъ. Это не юристы собственно, а

*) Подробности см. у Даневскаго. Объ источникахъ мѣстныхъ законовъ нѣкоторыхъ губерній и областей. Тоже и справки о современ. примѣненіи мѣстн. сборниковъ у Пахмана Ист. кодиф., II, стр. 463 и слѣд. Византійская традиція распространилась на Кавказѣ (законы царя Вахтанга и Армянскій судебникъ). Въ послѣднее время открываются еще нов. восточные тексты, въ коихъ римское право является переработаннымъ для мѣстныхъ цѣлей. Въ 1880 г. изданіемъ берлинской академіи напечатана большая книга, озаглав. „Syrisch-romisches Rechtsbuch aus dem funften Jahrhund.“ herausgegeben, ubersetzt und erlautert von d-r. K. G. Bruns u. d-r. E Sachau. Издатели не согласны по вопросу о происхожденіи этихъ текстовъ. Отѣнку этого изд. сдѣлалъ Brinz въ „Krit. Vierteljahresschrift“ Bd. 22, стр. 548.

законники (νομικοι). Тутъ можетъ развиться утонченная техника примѣненія закона, но не та жизнь права, имѣющая свой источникъ въ національномъ сознаніи, какую мы наблюдаемъ въ Римѣ.—Достаточно этихъ характерныхъ признаковъ, на коихъ останавливаетъ ваше вниманіе Цахаріэ, чтобъ не ждать благопріятныхъ для права частнаго результатовъ отъ собственно византійской юриспруденціи, гдѣ она не зависитъ отъ римскихъ традицій.

На этомъ явленіи мы еще разъ повѣряемъ состоятельность ученія Ihering'a о разсчетѣ, цѣли, монополіи наказанія и прочее, какъ основѣ права...

Какія же черты опредѣляютъ внутреннее строеніе институтовъ? Поземельная собственность сосредоточена въ эту пору въ рукахъ государства и церкви. Рядомъ съ ними обладаніе съ характеромъ приватнымъ доступно только могущественнымъ людямъ, близко стоящимъ къ власти. Землевладѣніе низшихъ классовъ есть или зависимое, или оно задавлено тяжестью государственныхъ податей и службъ. Отчужденіе недвижимостей введено въ самыя тѣсныя границы *). Поземельныя отношенія Византіи живо напоминаютъ поземельный строй среднихъ вѣковъ на Западѣ, кромѣ, однако, какъ замѣчаетъ Цахаріэ, существенной для феодальнаго быта черты,—взаимной и наслѣдственной связи землевладѣльцевъ, которой всегда оставались чужды мелкіе деспоты этихъ восточныхъ территорій. Въ связи съ этимъ властнымъ и зависимымъ характеромъ отношеній частныхъ лицъ понятно ничтожное развитіе договорно-обязательственныхъ формъ, ненадежность кредита личнаго и вещнаго и свойство медлительности и проволочекъ въ способахъ процессуальнаго осуществленія права.

Теперь мы перейдемъ къ послѣднему поставленному выше вопросу—могло ли византійское право вліять, какъ система юридическихъ институтовъ частнаго права, на русскую жизнь?

Извѣстно, что въ сборникахъ, носившихъ названіе кормчихъ книгъ и рано переведенныхъ съ греческаго языка на церковнославянскій, помѣщаются рядомъ съ постановленіями каноническими и отдѣльные легальные памятники свѣтскаго права, коихъ

*) Ознакомленіе съ этими явленіями, крайне важными для цѣлей историческ. изученія и для историческихъ параллелей, стало очень легко доступнымъ при помощи небольшой и хорошо написанной книги Цахаріэ (Geschichte des griechischrömischen Rechts. 2 изд. 1877 г., соб § 60—крестьянскія поземельн. отношенія при Юстиніанѣ, § 61 νομος γεωργικός, § 62—крестьян. отнош. позднѣйш. времени, § 63 мѣры къ огражденію вольнаго крестьянства, § 64—военныя землевладѣнія на границахъ (terrae limitaneae vel castellorum).

происхожденіе есть несомнѣнно греческое. Таковы въ особенности эклога Льва и Константина и прохиронъ, составленный по повелѣнію Василія Македонянина. Это, по отношенію къ ихъ первоисточникамъ (въ особенности къ юстиніановской кодификаціи)—крайне несовершенные сборники, которые и въ греческомъ подлинникѣ далеко не заключали въ себѣ сколько-нибудь законченнаго круга цивильныхъ понятій. Эклога заключаетъ въ себѣ элементы институтовъ брачнаго права, права наслѣдованія, опеки, отпущеній на волю, нѣкоторые договоры, немного положеній о свидѣтельствахъ и мировыхъ сдѣлкахъ, объ отдѣльномъ имуществѣ дѣтей, законы уголовные и положенія о добычѣ. Это совершенно случайный для примѣненія внѣ первоначальной почвы, на которую разсчитанъ сборникъ, комплексъ нормъ. Возникшій въ половинѣ VIII в., сборникъ этотъ былъ черезъ сто сорокъ лѣтъ вытѣсненъ и тамъ другой переработкой юстиніановскихъ источниковъ, касавшейся частью тѣхъ же матерій, частью новыхъ, при томъ не исключительно цивильныхъ.

Для этой смѣны одного сборника съ другимъ на мѣстѣ были свои основанія, которыя, однако, не могли имѣть всеобщаго значенія. Оба сборника вошли, какъ извѣстно, въ составъ нашихъ кормчихъ, ихъ свѣтскаго права, въ славянской передачѣ текстовъ, часто очень мало вразумительной и неточной. Это „Главизны Леона и Константина“ (глава 49 кормчей) и „Закона градскаго главы различны“ (гл. 48 кормчей). Въ томъ и другомъ совершенно отсутствуютъ многіе основные институты цивильной системы, въ особенности права вещныя. На мѣстѣ они легко восполнялись изъ многочисленныхъ иныхъ сборниковъ и переработокъ. Въ новой сферѣ примѣненія они не давали ничего цѣльнаго. Не менѣе того въ этомъ видѣ въ первый разъ древняя Русь познала элементы чужого права, отрывки той системы гражданскихъ институтовъ не мѣстнаго происхожденія, которая на западѣ, въ совершенно иномъ видѣ, посредствомъ рецепціи in complexu, составила эпоху въ исторіи развитія новоевропейскаго права.

Для права русскаго и для его дальнѣйшаго развитія важны не столько эти отрывки чужой, хотя бы универсальной системы, эти нормы римскаго права, сколько измѣнившіяся, вмѣстѣ съ принятіемъ христіанства и по мѣрѣ успѣховъ христіанской проповѣди, положенія о судѣ церковномъ, о компетенціи церкви въ дѣлахъ семьи и наслѣдства. Законъ судный людямъ, приписываемый Константину Великому и неимѣющій, однако, основанія въ системѣ права византійскаго, былъ неизмѣримо болѣе

важнымъ источникомъ для новыхъ народовъ, ибо заключалъ въ себѣ не готовыя нормы чужой цивильной системы, а постановленія, прямо соотвѣтствовавшія состоянію народовъ, только-что принявшихъ христіанство. Для всей послѣдующей исторіи права русскаго важны опредѣленія Номоканона и уставовъ русскихъ князей, касающіяся юрисдикціи церкви въ новомъ христіанскомъ обществѣ, а не система нормъ, переработанныхъ изъ юстиніановскихъ источниковъ. Въ Законѣ судномъ находились положенія, опредѣлявшія наказаніе за идолопоклонство, за отступленіе отъ христіанства. Въ уставахъ князей, со ссылкой на тѣ же священные источники, опредѣлялось вѣдомство судовъ церкви. Какого бы ни были происхожденія эти нормы, онѣ соотвѣтствовали потребности времени. Ихъ сила устанавливалась не внѣшнимъ авторитетомъ и не техническими свойствами этихъ нормъ, а внутреннею основой правосознанія въ эту пору, нераздѣльной съ чувствомъ вѣры, съ основами исповѣдными. Мы видѣли этотъ же факторъ въ исторіи рецепціи чужого права на западѣ. Тамъ онъ привелъ въ результатѣ къ освоенію цѣлой системы институтовъ чисто цивильныхъ. У насъ нѣтъ. Освоеніе чисто юридическихъ положеній греко-римскаго права происходило у насъ не ровно, медленно, изъ источниковъ, далеко не столь пригодныхъ для этихъ цѣлей, безъ постояннаго посредства школы.

Но если не этотъ объективный составъ готоваго чужого права, то компетенція суда церкви открывала широкую сферу для образованія началъ права общаго для всѣхъ племенъ, населявшихъ Россію, для всѣхъ волостей, каковы бы ни были особенности ихъ состава и строенія.

Достигнувъ путемъ жалованій княжескихъ и пожертвованій частныхъ лицъ обширныхъ земельныхъ богатствъ, церковь расширила и укрѣпила силу своего вліянія, ставъ на защиту обширнаго круга лицъ безпомощныхъ и безпріютныхъ въ грубомъ обществѣ и создала новыя формы имущественнаго обладанія постояннаго и неизмѣннаго въ ея рукахъ для цѣлей дальнѣйшаго распространенія христіанской проповѣди.

Вліяніе церкви на общность права было тѣмъ обширнѣе и рѣшительнѣе, чѣмъ слабѣе способна была функціонировать въ этомъ направленіи разъединенная свѣтская власть. Натурально, границы этого вліянія совпадали всегда съ границами исповѣдными, вліяніе дѣйствовало внутри паствы. Его нельзя опредѣлить никакими хронологическими датами. Оно есть внутреннее и въ этомъ смыслѣ свободное. Книга, руководившая мудростью церковныхъ правителей, не составляла

источника права только, нормъ только легальныхъ. Происхожденіе этихъ письменъ было въ глазахъ вѣрующихъ „богодухновеннымъ“. Подлинникъ кормчей хранится въ Новгородѣ въ церкви св. Софіи „на почитаніе священникомъ, на послушаніе крестьяномъ и себѣ (т. е. князю и епископу, повелѣвшему ее списать) *на спасеніе души*“. Тутъ область вѣры, а не критики текстовъ, какъ и въ первое время рецепціи права на западѣ. Та самая черта смѣшенія дѣла вѣры и вопросовъ права, которая для старой культуры права служитъ признакомъ вырожденія юриспруденціи, составляетъ въ обществѣ молодомъ необходимое условіе его внутренняго перерожденія, его перехода изъ состоянія племенной, территоріальной розни въ извѣстное состояніе единства не только рѣчи, но вѣры и права.

При особомъ характерѣ дѣятельности церкви, всегда больше внутреннемъ, чѣмъ повелительномъ, легко отмѣтить въ жизни общества многія свидѣтельства неоконченности ея призванія, признаки низкаго состоянія правосознанія. Но, однако, результаты дѣятельности церкви въ старой Россіи, по отношенію къ праву общему въ тѣхъ матеріяхъ, которыя составляли область церковной юрисдикціи, поразительны. Едва власть свѣтская собралась и сосредоточилась, стала способной сама установлять нормы права, обязательныя для цѣлаго государства, какъ содержаніе для такихъ нормъ было уже въ значительной мѣрѣ готовымъ, опредѣлившимся и приноровленнымъ къ потребностямъ русской жизни. Въ составѣ церковныхъ книгъ между тѣмъ не происходило никакихъ особенно важныхъ перемѣнъ со времени первыхъ рукописей кормчей до печатныхъ ея текстовъ *). Задача государства въ области той юрисдикціи, гдѣ оно смѣнило юрисдикцію церкви, стала, конечно, иною, и какія средства оказались нужны государству для цѣлей дальнѣйшаго развитія элементовъ права общаго, объ этомъ мы скажемъ въ другой связи.

D.

Несомнѣнно, что ни договорное начало, ни авторитетъ церкви не составляли достаточныхъ факторовъ для утвержденія силы институтовъ собственно юридическихъ въ старой Россіи. Мы обращаемъ вниманіе на эти предшествующія (месть, обида, субъективное сознаніе права) и сопутствующія образованію по-

*) Въ печатную кормчую внесены (гл. 50) разныя статьи изъ Властаря и Гарменопулы, которыхъ нѣтъ въ рукописныхъ кормчихъ.

стоянныхъ юридическихъ нормъ (дѣятельность церкви въ особенности) явленія потому только, что право, по нашему убѣжденію, не есть нѣчто извнѣ привходящее, механически господствующая въ общежитіи сила, а результатъ внутреннихъ образующихъ силъ, плодъ этихъ скрытыхъ отъ поверхностнаго наблюденія органическихъ процессовъ. Право нельзя брать какъ живую силу врозь съ успѣхами національнаго развитія, и взятое такимъ образомъ оно теряетъ свой историческій, практическій и живой смыслъ для дѣйствительности. Въ жизни народа оно должно пройти эту стадію субъективнаго сознанія, сознанія его принадлежности лицу, а въ случаѣ нарушенія, чувства обиды личной, семейной, родовой, сословной, исповѣдной, должно испытать на себѣ процессъ перерожденія, коему подвергается все нравственное состояніе общества, прежде чѣмъ принять характеръ внѣшне-обязательной объективной нормы.

У насъ, какъ и на западѣ, вторую ступень въ процессѣ развитія юридическихъ нормъ составляетъ, послѣ системы племенныхъ или личныхъ правъ, *территоріальное начало*, коимъ опредѣляется и утверждается на опредѣленномъ пространствѣ обязательность ихъ примѣненія. Всѣ живущія на извѣстной территоріи лица подчинены опредѣленной территоріальной власти, всѣ тянутъ судомъ и данью по землѣ и по водѣ. Какъ организуется эта *волость* съ точки зрѣнія ея единства, дѣло безразличное. Она можетъ быть княжескою и вольною. Волостей исключительно церковныхъ, какъ на западѣ, независимыхъ или стоящихъ выше чѣмъ волости свѣтскія, мы не имѣемъ. Такой союзъ волостной заключаетъ въ себѣ болѣе твердое, хотя, первоначально, и болѣе тѣсное единство, чѣмъ союзъ членовъ церкви, общеніе болѣе широкое и свободное, чѣмъ союзъ племенной, связь болѣе постоянную, чѣмъ союзъ дружинный. Здѣсь именно подчиненіе населенія власти опредѣляется по землѣ и по водѣ.

Въ волостяхъ вольныхъ рано слагается мѣстный обычай, земская старина и пошлина, и ея держатся крѣпко люди этой мѣстности. Рано же эта пошлина, этотъ обычай, въ нѣкоторыхъ волостяхъ переходитъ въ форму письменнаго начертанія, записывается. Несомнѣнно, въ областяхъ вольныхъ, торговыхъ, ближе лежащихъ къ большимъ воднымъ путямъ, раньше опредѣлилась потребность общей извѣстности и постоянства юридическихъ нормъ. Уже въ XV в. мы видимъ, что псковская и новгородская пошлины не только записаны, но перешли въ высшую форму оконченности и извѣстности, какой способно достигнуть объективное право. Обѣ судныя граматы утверждены на вѣчѣ, какъ дѣй-

ствующій законъ, обязательный къ примѣненію для судовъ на всемъ пространствѣ той и другой территоріи. Не легко въ исторіи ново-европейскаго права найти, въ столь ранней эпохѣ, другой примѣръ такого сочетанія зрѣлости формъ выраженія правосознанія, съ одной стороны, и съ другой — живой наличности всѣхъ факторовъ, на коихъ зиждется юридическій бытъ народа, общей воли, общаго согласія всѣхъ составныхъ частей населенія волости (настоящая communis rei publicae sponsio, см. вводные титулы въ изд. проф. М. Ф. Буданова въ его Христоматіи), чувства вѣры, коимъ скрѣпляется для суда, для сторонъ сила этихъ нормъ (особ. обрядъ цѣлованія креста на сей граматѣ, ст. 14 Новг. С. Гр.), наконецъ, энергіи личнаго сознанія права, которая такъ видна въ готовности сторонъ и послуховъ идти на бой за правое дѣло. Въ этомъ законѣ, явно, далеко еще не завершилось юридическое творчество народа; напротивъ, граматы, и особенно псковская, открываютъ весь просторъ созидательной въ вопросахъ права дѣятельности послуховъ, — людей, на коихъ шлются стороны, регулируя только процессуальную правильность соучастія ихъ въ спорѣ. Можно сказать, что вся древняя Русь, всѣ элементы, на коихъ держится старое право, здѣсь на лицо.

Шагъ впередъ — одинъ, но очень важный: вмѣсто племеннаго, роднаго правосознанія, мы видимъ здѣсь одинъ территоріальный, земскій законъ для всего Новгорода, для всего Пскова. Въ то же время любопытно и важно замѣтить, что опредѣленіе лицъ и вещей въ обѣихъ граматахъ совершенно абстрактное, невидоизмѣненное никакими сословными признаками или исключительными условіями правообладанія вещами того или другого рода для того или другого круга лицъ. Обѣ граматы говорятъ: „а какой псковитянинъ“, „а кто на комъ поищетъ“, „а которому человѣку“. И это не въ вопросахъ отвѣтственности за преступленіе, гдѣ абстрактная форма именованія субъекта встрѣчается рано, а въ вопросахъ исковъ гражданскихъ. То же абстрактное обозначеніе вещей: земля, вода, товаръ, закладъ. Явно, что въ этихъ граматахъ обособились вполнѣ элементы строенія институтовъ цивильныхъ, выдѣлились изъ тѣснаго соприкосновенія, изъ смѣшенія съ правомъ публичнымъ. Гдѣ отношенія властныя многочисленны и спутаны съ правами частныхъ лицъ, тамъ нельзя встрѣтить запрещеніе „всякому властелю за друга тягатись опричь своего орудія“ *) какъ въ Пск. С. Гр., тамъ не найдемъ

*) Это древнѣйшій на Руси законъ противъ совмѣстительства. Redemtores litium и personae potentiores, вліяющія на судъ, извѣстны и въ римскомъ правѣ.

защиты простого владѣнія, какъ въ Новг. С. Гр., института давности, какъ способа пріобрѣтенія права собственности на землю (Пск. С. Гр.), тамъ не нужно, наконецъ, такого обилія свободныхъ договорныхъ формъ, лежащихъ на основѣ чисто-цивильныхъ обязательствъ, какимъ отличается именно псковская С. Гр. *).

Не можетъ быть сомнѣнія, что только такое обособленіе институтовъ права частнаго и могло дать этимъ граматамъ характеръ общаго закона, общаго источника права на пространствѣ цѣлой территоріи. Форма общности правосознанія еще высшая, связывавшая обѣ территоріи вольныхъ общинъ, обнаруживается лишь по отношенію къ суду святительскому **) (см. Новг. С. Гр. ст. 1).

Но едва зародившіеся, эти элементы русскаго самобытнаго частнаго права должны были уступить, вмѣстѣ съ самостоятельностью названныхъ волостей, другимъ историческимъ явленіямъ, мало благопріятнымъ для дальнѣйшаго роста этихъ зачатковъ. Слишкомъ раскрытая со всѣхъ сторонъ великая равнина требовала для огражденія ея русскаго населенія отъ опасностей татарскихъ, нѣмецкихъ, литовскихъ наѣздовъ образованія такихъ могущественныхъ въ смыслѣ нападенія и защиты политическихъ Zweckapparat'овъ, что интересы права, права частнаго въ особенности, самобытности областной уступили надолго мѣсто совершенно другого характера явленіямъ. Вы видѣли выше, что повсюду первоначально локальные кутюмы, coutumes de Paris, d'Orleans и другіе во Франціи, городскія права Любека, Гамбурга, Нюрнберга и друг. въ Германіи, становятся предметомъ переработки ихъ въ связи съ началами общаго римскаго цивильнаго права, пріобрѣтаютъ затѣмъ широкое примѣненіе внѣ территорія ихъ возникновенія и вводятся, наконецъ, какъ національный элементъ, въ строеніе новыхъ цивильныхъ системъ кодифицированнаго права. Національныя начала цивильныхъ институтовъ нашихъ вольныхъ общинъ не оказали никакого (или совершенно ничтожное) вліянія на послѣдующее развитіе русскаго права. Они вовсе не вышли изъ сферы ихъ первоначальнаго примѣненія, исчезли, уничтожены были и тамъ въ самомъ ихъ зародышѣ. Самые памятники этого юридическаго быта оставались около четырехъ столѣтій въ полномъ забвеніи. Они открыты нынѣ, лишь благодаря развившемуся интересу отечествен-

*) Съ отдѣльными институтами мы будемъ имѣть случай встрѣчаться позже въ курсѣ.

**) Источн. этого суда вмѣсто *Номоканона* именуется здѣсь *Манаканономъ*.

но-историческихъ изысканій. Тотъ и другой памятникъ найденъ въ архивахъ не юристами. Одинъ (Новг. С. Гр.) оборваннымъ на полусловѣ.

Такимъ образовъ, ни полный переворотъ политическаго строя въ римскомъ мірѣ, ни страшныя революціонныя потрясенія Франціи не произвели такого разрыва въ процессѣ развитія національнаго права, какой мы наблюдаемъ въ нашей исторіи. На нашихъ окраинахъ нынѣ дѣйствуютъ и любекскіе статуты, и рижское городское право, и зерцало саксонское, и, наконецъ, coutumes de Paris, d'Orléans и проч. въ составѣ Code civil. Объ историческомъ прошломъ русскимъ городскихъ общинъ приблизительно той же исторической эпохи нѣтъ рѣчи не голько въ составѣ законодательства или практики, но даже въ работахъ по русскому обычному праву. Такова судьба этихъ національныхъ историческихъ началъ гражданскаго права старыхъ русскихъ территорій.

Изученіе исторіи права въ территоріяхъ, прилегавшихъ къ государству польскому, частью входившихъ въ его составъ, затѣмъ выдѣлившихся, представляетъ до сихъ поръ задачу, далеко еще невыполненную русской юриспруденціей. Трудности изысканій здѣсь условлены не только языкомъ юридическихъ памятниковъ этихъ окраинъ, но долгое время совершенно обособившеюся отъ сѣверо-восточной Россіи судьбой этихъ земель. Работы ученыхъ польскихъ юристовъ не всегда удовлетворяютъ русскаго изслѣдователя, ибо обособленіе было взаимнымъ. Не только русскіе ученые мало обращались къ памятникамъ мѣстнаго права, но и польскіе юристы знали и хотѣли знать только свое право. Обширность подготовки, нужной для крайне полезныхъ сравнительныхъ штудій, будетъ, быть можетъ, облегчена существующимъ нынѣ варшавскимъ университетомъ и предпринятой разработкой сѣверо-и юго-западныхъ архивовъ. До сего времени значительные труды были предприняты въ особенности профессорами университета св. Владиміра, коихъ изслѣдованія постоянно появляются въ Кіевскихъ университетскихъ извѣстіяхъ.

Памятникъ территоріальнаго права, на которомъ намъ необходимо здѣсь остановить особенное вниманіе, есть Литовскій статутъ. Несмотря на особность историческихъ судебъ тѣхъ окраинъ, литовскій статутъ былъ счастливѣе разсмотрѣнныхъ сейчасъ старыхъ судныхъ грамотъ и не только вліялъ, несомнѣнно, все время на дальнѣйшее развитіе русскаго права, но удержался, какъ территоріальный законъ, въ отрывкахъ, правда, при этомъ оффиціально только для губерній Черниговской и Полтавской, а

на дѣлѣ въ гораздо болѣе широкомъ примѣненіи на югѣ и юго-западѣ Россіи, до самаго послѣдняго времени.

Мы дадимъ здѣсь только самую общую характеристику этого территоріальнаго кодекса съ точекъ зрѣнія, установленныхъ нами выше для этого введенія.

Позднѣйшее полуоффиціальное *) изданіе Литовскаго статута по-польски съ переводомъ на русскій языкъ относится къ 1811 году; еще позже онъ издавался уже только по-польски. Но оказывается, что переводъ съ польскаго на русскій, сдѣланный въ 1811 г., есть, такъ сказать, обратный, и что первоначальные тексты памятника были русскіе. Мы имѣемъ нынѣ не только старыя рукописи Литовскаго статута на русскомъ языкѣ, но и печатное изданіе его отъ XVI в., въ Вильнѣ, въ типографіи Мамонитовъ. Всѣ извѣстные старые русскіе тексты XVI в., рукописные и печатные, изданы нынѣ во Временникѣ Импер. Общества Исторіи и Древностей Россійскихъ, въ кн. 18, 19, 23. Старѣйшій изъ текстовъ, наиболѣе краткій и наименѣе (по свидѣтельству изслѣдователей) полонизированный, относится къ 1529 году. Его называютъ первымъ, или старымъ литовскимъ статутомъ. Рукопись была найдена въ библіотекѣ виленской академіи и сообщена членомъ Общества Исторіи и Древн. А. В. Семеновымъ для напечатанія. Вы найдете этотъ старый статутъ въ кн. 18 издаваемаго названнымъ обществомъ Временника. Любопытная статья г. Семенова „О сходствѣ древнихъ узаконеній восточной и западной Руси“ помѣщена въ 19 книгѣ Временника. Въ этой же 19 книгѣ напечатанъ позднѣйшій статутъ литовскій, сохранившійся не въ рукописи, а въ печатномъ изданіи названной выше типографіи. Этотъ позднѣйшій текстъ отъ 1588 г. объемомъ втрое слишкомъ превышаетъ размѣръ стараго статута (382 стр., въ старомъ—106). Текстъ 1588 г. и напечатанный въ Петербургѣ въ 1811 г. имѣютъ вполнѣ равное число раздѣловъ (14) и въ каждомъ раздѣлѣ одинаковое число артикуловъ. Послѣ изданія стараго статута и статута 1588 г., въ книгѣ 23 того же Временника помѣщенъ еще текстъ того же статута, называемый нынѣ волынскимъ. По размѣру онъ занимаетъ средину между старымъ и мамоническимъ, въ немъ 222 стр. Раздѣлы тѣ же, артикуловъ много меньше. Такимъ образомъ, мы имѣемъ старый текстъ, краткій, гдѣ и раздѣловъ меньше (13) и порядокъ ихъ

*) Какъ справедливо замѣтилъ покойный профессоръ кіевскаго университета и нашъ почетный членъ Александръ Федоровичъ Кистяковскій. Изданіе 1811 г. напечатано безъ всякаго объяснительнаго текста, на 2-хъ языкахъ, польскомъ и русскомъ, въ сенатской типографіи въ Петербургѣ.

нѣсколько иной и много меньше артикуловъ, текстъ волынскій отъ 1566 г. и текстъ 1588 г. *). Это, несомнѣнно, развитіе, одного и того же законодательнаго акта. Успѣхи полонизаціи, однако, до крайности осязательны.

Независимо отъ этихъ важныхъ памятниковъ южно-русскаго права, ставшихъ достояніемъ русскаго ученаго міра лишь въ 50-хъ годахъ нашего вѣка, немного лѣтъ назадъ, въ 79 году, изданъ крайне важный памятникъ юриспруденціи прошлаго столѣтія, касающійся главнымъ образомъ того же литовскаго статута. Это напечатанный подъ руководствомъ покойнаго кіевскаго профессора Кистяковскаго текстъ рукописнаго проекта свода законовъ для Малороссіи, составленный въ половинѣ прошлаго вѣка **). Этотъ проектъ никогда не былъ утвержденъ законодательной властью; но онъ служитъ очень краснорѣчивымъ свидѣтельствомъ способа, коимъ проходитъ вліяніе чужой юриспруденціи на мѣстное право, и намъ необходимо остановить здѣсь вниманіе на этомъ явленіи.

Проектъ основанъ на указанныхъ въ заглавіи источникахъ, и натурально, ничто не можетъ быть любопытнѣе для исторіи

---

*) Раздѣлы, по переводу на современную русскую рѣчь, принятую въ изд. 1811 г., такіе: 1) о нашей государевой особѣ; 2) о земскомъ ополченіи; 3) о вольностяхъ дворянскихъ; 4) о судьяхъ и о судахъ; 5) о приданомъ и о венѣ; 6) объ опекѣ, 7) о записяхъ и о продажахъ; 8) о завѣщаніяхъ; 9) о межевомъ судьѣ, межев. дѣлахъ; 10) о лѣсахъ, ловлѣ, бортяхъ, озерахъ, лугахъ; 11) о насиліяхъ, побояхъ и платежахъ за голову дворянина; 12) о платежахъ за голову и о навязкахъ (за обиду) простолюдиновъ (тутъ же и о басурманахъ); здѣсь любопытенъ артикулъ XII и слѣд. о правѣ отыскивать вотчинныхъ крестьянъ въ срокъ давности 10 и 20-лѣтней, о вольныхъ людяхъ, поселившихся на землѣ вотчинной, о челядн дворовой и о бѣглыхъ; 13) о захваченіяхъ и о штрафѣ навязки; 14) о воровствѣ всякаго рода. Въ литовскомъ статутѣ мы имѣемъ, начиная съ 1-го его появленія въ 1520 г., крѣпостное право въ полномъ развитіи. Нѣтъ сомнѣнія, что образованіе этой формы зависимости людей отъ поземельнаго вотчинника относится уже къ XV вѣку, стало быть предшествуетъ появленію той же формы на сѣверѣ почти на сто лѣтъ. Этотъ особый видъ территоріальнаго властительства одного класса людей надъ другимъ не въ свойствахъ стараго русскаго права; за то онъ рано опредѣлился въ нѣмецкомъ феодальномъ бытѣ и оттуда перешелъ въ Литву. См. въ особенности Христоматію проф. унив. Св. Владиміра Буданова, гдѣ, во 2-мъ вып., напечатана жалованная грамота короля Казиміра литовскому, русскому, жмудьскому духовенству, дворянству, рыцарямъ, шляхтѣ, боярамъ, мѣстичамъ отъ 1457 г. съ примѣчаніями.

**) Полное заглавіе этого рукописнаго проекта, обратившаго на себя вниманіе покойнаго профессора въ 74 году; на съѣздѣ археологовъ, гдѣ рукопись эта была кѣмъ-то выставлена, есть такое: „права, по которымъ судится малороссійскій народъ, Высочайшимъ всепресвѣтлѣйшія, державнѣйшія Вел. Госуд. Императрицы Елизаветы Петровны, Самодержицы Всероссійскія, Ея Императорскаго Священнѣйшаго Величества повелѣніемъ, изъ трехъ книгъ, а именно: статута литовскаго, зерцала саксонскаго и приложенныхъ при томъ двухъ правъ, такожде изъ книги Порядка, по переводѣ изъ польскаго и латинскаго языковъ на россійскій діалектъ въ едину книгу сведенныя, въ градѣ Глуховѣ, лѣта отъ Р. Х. 1743.

права, какъ именно эти источники свода. Проф. Кистяковскій даетъ, въ обширномъ введеніи къ изданной имъ книгѣ (всего 114 стр.), возможность судить о состояніи этихъ источниковъ и ихъ значеніи для мѣстнаго права. Проектъ составлялся въ XVIII в., когда борьба интересовъ и партій въ Малороссіи была въ полномъ развитіи. Въ самомъ проектѣ выразились виды извѣстнаго круга лицъ, искавшихъ обособленія правъ малороссійскихъ отъ дѣйствовавшихъ тогда въ Россіи законовъ. Въ ту пору, однако, далеко уже не начало мѣстныхъ обычаевъ и законовъ, а указная дѣятельность центральнаго правительства стала господствующею въ вопросахъ права для всей Россіи, какъ и для государствъ западныхъ (см. выше, очеркъ французскаго и нѣмецкаго правъ). Эту сторону дѣла мы разсмотримъ дальше. Но что же собою представляли тѣ источники, на основаніи коихъ могла бы обособиться въ смыслѣ права мѣстнаго тогдашняя Малороссія? Ихъ происхожденіе старое. Основы проекта лежатъ въ прошломъ. Это, прежде всего, литовскій статутъ, о коемъ сейчасъ сказано. Энергическіе поиски Кистяковскаго привели къ тому результату, что многочисленныя рукописи этого статута, ходившія по рукамъ и сохранившіяся до позднѣйшаго времени въ разныхъ архивахъ (особенно домашнихъ), происходятъ не отъ старыхъ русскихъ его редакцій, а были переводными съ польскаго.

Рядомъ съ этимъ главнымъ источникомъ, матерьялами для Свода послужили книги совсѣмъ другого рода, которыя частью названы въ заглавіи Свода, частью описываются во введеніи проф. Кистяковскаго. Это совсѣмъ другой источникъ средневѣковаго правообразованія. Различіе тѣхъ и другихъ то же, что между lex и jus.

Мы видѣли на западѣ, что рядомъ съ статутами, имѣющими оффиціальное происхожденіе, образуются, путемъ работы юристовъ, сборники мѣстной юриспруденціи самаго различнаго характера. Тутъ идутъ и труды какого-нибудь частнаго лица (Эйке фонъ-Репковъ для сборника, именуемаго Sachsen-Spiegel), и самыя разнообразныя сочетанія ученой римской юриспруденціи съ *судебной* практикой того или другого Schöffenstuhl'a. Не подлежитъ сомнѣнію, что множество такого рода работъ въ текстахъ латинскихъ и польскихъ обращалось въ территоріяхъ примѣненія литовскаго статута. Вы найдете краткія свѣдѣнія о нихъ въ указанномъ введеніи Кистяковскаго (стр. 55 и слѣд.). Всѣ они стоятъ въ болѣе или менѣе отдаленной связи съ подобными работами на западѣ, но ни одна не обошлась безъ польской переработки.

Профессоръ Антоновичъ думаетъ, что эти книги, называвшіяся Саксонъ, Права магдебургскія и прочее, не имѣли вовсе характера источниковъ юридическихъ, что ихъ путемъ никто не шелъ въ юго-западныхъ городахъ, и что цитаты изъ Саксона и магдебургскихъ правъ дѣлались только для виду, ради формы, а собственно руководящими нормами были обычаи мѣстные. Населеніе городовъ видѣло въ магдебургскомъ правѣ вовсе не сводъ обязательныхъ для себя законовъ. Все, чего искали люди въ этихъ сборникахъ, ограничивалось вопросами устройства городского быта, а вовсе не вопросами права. Иного мнѣнія профессоръ Владимірскій-Будановъ. Онъ думаетъ, что дѣйствующія въ городахъ права составляли именно чужеземные источники, а не право обычное. Профессоръ Кистяковскій, склоняясь больше къ воззрѣніямъ Буданова, указываетъ примѣненіе чужихъ нормъ въ южно-русской практикѣ по нѣкоторымъ отдѣльнымъ институтамъ и заключаетъ, что дѣйствующее магдебургское право не только примѣнялось, но и подвергалось видоизмѣненіямъ по мѣстнымъ обычаямъ. Будемъ ли дивиться этому различію мнѣній нашихъ ученыхъ на столь скользкой почвѣ, какъ польско-литовское право, когда намъ извѣстно, что даже во Франціи, въ пору дѣятельности очень высокихъ представителей юриспруденціи, ученые люди спорили безъ конца о томъ quel est notre droit commun, причемъ maître Pierre Lizet, считалъ реципированное право своимъ общимъ, а maître Christophe de Thou estimait les coutumes être notre droit commun?!

Если несомнѣнно для Франціи, что право въ тогдашнихъ условіяхъ не было ни достаточно извѣстнымъ, ни тѣмъ менѣе общимъ, то насколько же эти качества неизвѣстности и локальнаго характера нормъ должны характеризовать практику нашихъ окраинъ въ столь раннюю пору?

Изъ разныхъ сборниковъ магдебургскаго права и въ особенности изъ наиболѣе впослѣдствіи (по свидѣтельству Кистяковскаго) распространеннаго сборника „Порядокъ“ *), нельзя заклю-

*) Во Введеніи найдете такія тирады изъ этой книги въ польской передѣлкѣ: „Каждому суду принадлежитъ право. *Пристойное потому дѣло напередъ узнать опредѣленіе права и его различіе* (juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat L. 1 pr. D. de J· et J.). Тутъ чисто по римски. За то дальше совершенно въ средневѣковомъ духѣ: Такъ какъ ясное дѣло, что люди различн. состояній имѣютъ и различное право и судятся на основаніи разныхъ правъ“. Далѣе авторъ „Порядка“ говоритъ, что право есть наука.... сущность коей въ томъ, чтобъ „каждый пристойно жилъ, ближняго не обижалъ, каждому воздавалъ что ему принадлежитъ“ (опять чисто римскіе начѣвы—honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere); а сейчасъ засимъ настоящіе средневѣковые отзвуки: „право есть установленіе справедливости отъ верховнаго господина для его подданныхъ, ко славѣ Божіей...“

чить объ общемъ состояніи права въ соотвѣтствующее время, ибо въ этихъ сборникахъ господствуетъ духъ ученія, общаго руководства, а не позитивной нормы. Для этого мы воспользуемся Литовскимъ статутомъ.

Выше было видно (см. заглавія раздѣловъ статута, примѣчаніе), что статуты всѣхъ 3-хъ редакцій заключаютъ въ себѣ далеко не одно частное право. Это цѣлая система институтовъ, какъ публичныхъ, такъ и приватныхъ. Что такая система институтовъ можетъ быть выполнена только при хорошо уже сложившейся техникѣ правовѣдѣнія, въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія.

Памятникъ, въ этомъ смыслѣ, стоитъ неизмѣримо выше Русской правды и Псковской судной грамоты.

Но для насъ важны здѣсь не столько эти черты техники юристовъ, сколько особенности системы, характеризующія юридическій бытъ нашихъ южныхъ и западныхъ окраинъ въ ту пору.

Прежде всего, какіе тутъ институты, русскіе или иноземные?

Рядъ писателей указываетъ намъ на обычное русское право, которое лежало въ основѣ литовскаго статута и особенно его старой редакціи. Это доказывается основательно, но притомъ только на отдѣльныхъ пунктахъ и особенно на уголовной системѣ *). Признаки родства съ русскимъ правомъ тѣмъ многочисленнѣе, чѣмъ старѣе памятникъ **).

Старый статутъ признаетъ, вмѣстѣ съ этимъ, старый обычай какъ дополнительный источникъ права для случаевъ, когда нѣтъ опредѣленій статута (Разд. 6, тит. 37). Въ позднѣйшихъ статутахъ на этотъ счетъ указано слѣдующее: еслибы въ статутѣ семъ чего недоставало, то судъ имѣетъ то разбирать и рѣшить, преклоняясь ближе къ справедливости, къ совѣсти своей, при-

---

Система этого „Порядка“ такая. Частей всего 4: 1-я даетъ указан. понятія о правѣ, обязанностяхъ и качествахъ судьи, о войтѣ, о городской радѣ, лавникахъ, прокураторахъ, адвокатахъ, 2-я о различіи судовъ городскихъ, о судѣ великаго бургграфа, о судѣ солтысовъ, о выложенномъ, поточномъ, гостинномъ, горячемъ судѣ (по горячимъ слѣдамъ), о формѣ суда; 3-я о порядкѣ судопроизводства; 4-я о наказаніи преступниковъ, о пыткѣ, о нѣкоторыхъ видахъ преступленій и о разн. видахъ винъ, dolus malus, culpa lata, levis (Ср. Введеніе Кистяковскаго, стр. 71 и 72). Эта польская переработка Гроицкаго. Латинская переработка чужеземн. правъ, сдѣланная Яскеромъ, еще любопытнѣе: право бываетъ божеское, городское, провинціальное. Примѣръ божескаго: въ Адамѣ и Евѣ Богъ установилъ закономъ свою католическую церковь. Для примѣра провинціальнаго права приводится установленіе Александра Македонскаго, по коему плѣнный долженъ или выкупиться или стать рабомъ (тамъ же, стр. 66).

*) См. Леонтовича Русская Правда и Литовскій Статутъ, гдѣ, въ концѣ, стр. 91, примѣч., сдѣланы литературныя указанія; теперь его же „Источники русско-литовскаго права“ 1894 г., гдѣ много цѣнныхъ литературн. указаній.

**) Ср. въ Христоматіи Буданова еще старѣйшіе акты литовскаго законодательства.

мѣняясь къ примѣру прочихъ христіанскихъ законовъ (Разд. 4, арт. 54).

Перейдемъ, засимъ, къ вопросу, какія же здѣсь внутреннія черты, характерныя для этой системы? Опредѣлимъ вопросъ точнѣе—какіе признаки отличаютъ юридическій бытъ Литвы, насколько онъ выразился въ этихъ памятникахъ, отъ другихъ памятниковъ русскаго права, для примѣра, отъ Псковской судной грамоты? Формулируемъ вопросъ еще ближе къ поставленнымъ намъ задачамъ этого введенія. Въ какомъ отношеніи здѣсь, въ правѣ литовскомъ, стоитъ элементъ системы политическій къ цивильному? Извѣстно, что Псковская судн. грамота не обнимаетъ всѣхъ сторонъ системы, какъ литовскій статутъ; но на каждомъ отдѣльномъ положеніи ея видно, что различіе права публичнаго и частнаго проведено съ ясностью.

Что же скажемъ мы по этому предмету для литовскаго статута?

Оставимъ въ сторонѣ вопросъ о процессѣ, ибо эта область во всѣхъ старыхъ памятникахъ одинаково есть преобладающая надъ матеріальнымъ правомъ.

Какія же свойства матеріальнаго гражданскаго права въ Псковской судной грам. и въ Литовск. статутѣ?

Устраняя вовсе вопросъ о техникѣ въ томъ и въ другомъ памятникѣ въ цѣломъ, юриста не можетъ не поразить относительно гораздо болѣе значительное развитіе институтовъ свободнаго договорнаго права въ псковской судной грамотѣ, чѣмъ въ статутѣ. Въ статутѣ эта сторона системы поразительно скудна. Какъ бы въ возмѣщеніе этой скудости, статутъ даетъ крайне большой просторъ институтамъ вещнаго права, особенно по недвижимости. Все, что вы найдете сильно развитымъ въ статутѣ, въ области цивильныхъ понятій,—это отдѣльные институты права семейнаго, права наслѣдованія, особенно правъ вотчинныхъ и межевыхъ, а изъ системы обязательственныхъ договоровъ главнымъ образомъ только тѣ договорныя формы, изъ коихъ возникаетъ денежный долгъ, въ особенности долгъ, обременяющій недвижимость.

Откуда эта поразительная скудость нормъ договорнаго права?

Все, что направлено на обособленіе, на размежеваніе, на раздѣленіе интересовъ—очень сильно. Та часть цивильной системы, которая возмѣщаетъ, такъ сказать, эту особность интересовъ началомъ свободнаго соглашенія, договорно-обязательственнымъ элементомъ—сравнительно ничтожна.

Мы не объяснимъ себѣ этого никогда, если не примемъ во вниманіе наличность въ Литовскомъ статутѣ и въ литовскомъ

быту очень раннюю, крайне обильныхъ формъ несвободной зависимости однѣхъ частей населенія отъ другихъ. Мы говоримъ не о рабствѣ, а о тѣхъ властныхъ союзныхъ формахъ, примыкающихъ въ особенности къ землевладѣнію, которыя въ такомъ обиліи создала средневѣковая жизнь. Формы договорныхъ обязательствъ обильно развиваются тогда и тамъ, гдѣ недостаетъ средствъ односторонне повелительныхъ для того, чтобы пользоваться услугами другихъ людей. Тогда необходимость въ такихъ услугахъ вызываетъ развитіе свободнаго сочетанія и обмѣна интересовъ лицъ, иначе, безъ договора, не связанныхъ никакимъ обязательствомъ, никакой зависимостью. Это мы видимъ во Псковѣ въ очень раннюю пору культуры права, и этого нѣтъ, или, вѣрнѣе, развитіе договорныхъ формъ крайне низко при сравнительно высокой культурѣ права въ Литвѣ *).

Разъ эта черта выдѣляется ясно, какъ, понятнымъ образомъ, и всѣ другія характерныя свойства системы опредѣлятся сами собой.

Возможно ли найти въ этомъ статутѣ юридическія опредѣленія, формулированныя абстрактно, какъ въ законахъ вольныхъ сѣверныхъ территорій, на псковитянина, новгородца? Ихъ вовсе нѣтъ въ литовскомъ статутѣ. Именованіе литвина, литовца, совсѣмъ не встрѣчается въ юридической терминологіи этого памятника. Тамъ есть князья, дворяне, духовныя лица, шляхта, мѣщане, гости, евреи, татары, господа, крѣпостные, данные люди, челядь, рабы. У всякаго своя правоспособность (caput, голова), но общей нѣтъ, какъ ея не было на западѣ въ эпоху феодальнаго права. Правоспособность цивильная въ сильнѣйшей степени сплетена с политическими квалификаціями лица, съ его сословнымъ положеніемъ. Если дворянинъ станетъ вести торгъ, или содержать шинокъ въ своемъ домѣ, или что локтемъ мѣрить, или заниматься ремесломъ, то онъ не долженъ уже пользоваться правомъ дворянина (Разд. 3, арт. XXII). Зато въ сферѣ своихъ правъ онъ есть не просто вотчинникъ, а господинъ, территоріальный владыка, въ рукахъ котораго извѣстная мѣра державныхъ правъ надъ кругомъ подсудныхъ ему людей, его подданныхъ и его крѣпостныхъ. Организація ленной службы, обязанность къ государю идетъ рядомъ съ этимъ. Но въ цѣломъ историческая судьба Польши и Литвы опредѣляется въ дальнѣйшемъ не ослабленіемъ

*) Мы здѣсь не имѣемъ цѣли указывать крайне близкихъ въ отдѣльныхъ институтахъ положеній семейнаго и наслѣдственнаго въ литовскомъ статутѣ съ таковымъ же въ германскомъ правѣ. На это возможно обратить вниманіе лишь при особомъ разсмотрѣніи самихъ институтовъ.

элементовъ территоріальнаго владычества могущественныхъ сеньоровъ, какъ во Франціи, а напротивъ, чрезвычайнымъ развитіемъ ихъ на счетъ государства и въ ущербъ ему *). Натурально, въ этихъ условіяхъ и въ кругу предметовъ обладанія нельзя искать ни абстрактнаго понятія лица, ни абстрактно квалифицированныхъ объектовъ, вещей въ цивильномъ смыслѣ. Здѣсь вотчины дворянскія, родовыя, благопріобрѣтенныя, жалованныя отъ короля, городскія привилегированныя имущества дворянъ (дома дворянскіе) **), земли духовныхъ установленій, и привилегированное обладаніе такимъ имуществомъ, въ особенности имѣніями населенными, никоимъ образомъ не должно выходить изъ круга лицъ дворянскаго же происхожденія. Натурально, при условіи этой замкнутости дворянскихъ интересовъ, и городской бытъ искалъ такихъ же формъ обособленія и замкнутости своихъ интересовъ. Нельзя было перейти границу обладанія или профессіи, не платясь за это своимъ достоинствомъ.

Такимъ образомъ, въ исторической жизни разныхъ русскихъ волостей, вошедшихъ позже въ одну государственную территорію, прошло, въ эпоху территоріальнаго обособленія ихъ, глубокое различіе началъ ихъ юридическаго быта. На сѣверѣ, въ вольныхъ городахъ, въ условіяхъ очень слабыхъ иноземныхъ вліяній, обособились элементы чисто цивильныхъ институтовъ и привели эти области весьма рано къ выработкѣ началъ національнаго гражданскаго права, примѣнимаго по всей территоріи и въ этомъ смыслѣ общаго. На югѣ, напротивъ, національное правосознаніе рано встрѣтилось съ вліяніями сосѣдей, благопріятно подѣйствовавшими на технику юриспруденціи, но сильно видоизмѣнившими старый обычай. Вліяніе леннаго права, городскихъ привилегій, весьма близкое, и римскаго, болѣе отдаленное и посредствуемое, дали въ результатѣ обширный и развитой кодексъ, который, однако, при слабомъ развитіи центральныхъ органовъ, не былъ

*) Лица высшаго класса присвоили себѣ современемъ не только патримоніальную юрисдикцію, но и право даровать городамъ магдебургскія привилегіи, наконецъ, почти безотвѣтственность не только за насилія, но и за убійство простого человѣка. Чтобы подвергнуть дворянина наказанію, положенному за убійство (смертная казнь), когда убитый есть простой человѣкъ, обвинитель обязанъ предъявить суду трупъ и присяжное показаніе 6-ти свидѣтелей (самсемъ, считая присяжное показаніе обвинителя), изъ коихъ двое должны быть дворяне. А для того, чтобы дворянинъ, обвиняемый въ убійствѣ, снялъ съ себя всякую отвѣтственность за убійство, ему довольно присягнуть самтретей, что убитый былъ зачинщикомъ (арт. 1, разд. 12). См. теперь особенно Ѳ. И. Леонтовича, Сословный типъ территор.-административнаго состава Литовскаго государства. 1895 г. Эта превосходная работа Ѳ. И. Леонтовича заслуживала бы самаго широкаго распространенія въ русскомъ обществѣ.

**) См. особенно въ Варшав. Унив. извѣст. 95 г. V, статью Ѳ. И. Леонтовича, Панскій дворъ въ Литов.-Русск. государствѣ.

вовсе благопріятенъ обособленію права частнаго, открылъ широкій просторъ началу привилегій и внутри самой системы институтовъ цивильныхъ указывалъ одни начала раздѣльности, особности обладанія вещами, преимущественно недвижимостями, слабо опредѣляя начала права договорнаго, въ коемъ, для западнаго міра, и заключалось главнымъ образомъ культурно-историческое значеніе права римскаго.

Зародыши національнаго права вольныхъ волостей были рано подавлены. Наоборотъ дѣйствіе Литовскаго статута, въ смыслѣ территоріальнаго закона, держалось очень долго на югѣ Россіи и не изгладилось окончательно и до сего времени. Это вліяніе и нынѣ, какъ тогда, ограничивается все тѣми же институтами семейнаго, наслѣдственнаго права и институтами вещнаго права по недвижимостямъ.

Открываемые нынѣ памятники переработокъ этого статута для Малороссіи, по присоединеніи ея къ Россіи, освѣщаютъ намъ очень важныя и до сихъ поръ темныя стороны въ исторіи русской юриспруденціи. Преданія XVI вѣка жили тамъ и въ XVIII в. Только число просвѣщенныхъ юристовъ стало меньше. Не менѣе того стройность системы Литовскаго статута, во многомъ очень хорошая техника должны были создать ему многихъ почитателей на югѣ. Сношенія присоединенной Малороссіи, въ вопросахъ суда церковнаго и свѣтскаго, съ сѣверными областями служили однимъ изъ надежныхъ и постоянныхъ проводниковъ высшей юридической образованности юга въ законодательную и судебную технику московскаго государства.

Извѣстно, что Уложеніе царя Алексѣя Михайловича составлялось подъ вліяніемъ законныхъ сборниковъ греческаго происхожденія и тоже подъ вліяніемъ Литовскаго статута. Но этого мало. Возможно доказать, при ближайшемъ изученіи подробностей, что и во весь XVIII в. Литовскій статутъ продолжалъ дѣйствовать на русскую юриспруденцію. Въ своемъ мѣстѣ мы будемъ отмѣчать признаки этого явленія. Почтенная работа профессора Кистяковскаго значительно помогаетъ намъ освѣтить жизнь этого памятника на югѣ, послѣ присоединенія Малороссіи. Когда сенатъ въ 1811 году издавалъ его вновь, то независимо отъ вопросовъ, гдѣ нельзя разграничить началъ публичнаго и гражданскаго права, въ вопросахъ правъ вещныхъ по недвижимостямъ въ особенности, не трудно было видѣть въ литовскомъ статутѣ образецъ значительно болѣе высокой юриспруденціи, чѣмъ въ наличныхъ тогда легальныхъ сборникахъ сѣвернаго происхожденія.

Заключая обозрѣніе виднѣйшихъ продуктовъ нашей старой областной юридической жизни, мы скажемъ опять, что едва зародившіеся на сѣверѣ элементы самобытнаго обычнаго цивильнаго права уступили, вмѣстѣ съ самостоятельностью этихъ волостей, другимъ историческимъ явленіямъ, мало благопріятнымъ для дальнѣйшаго роста этихъ зачатковъ.

Борьба московскаго государства съ западными сосѣдями, отнюдь не менѣе чѣмъ съ восточными, указывала на необходимость, а отчасти и на способы образовать такіе могущественные въ военномъ смыслѣ политическіе центры, съ которыми трудно уживаются областная свобода и еще меньше особность права частнаго отъ публичнаго.

Е.

Явленія русскаго юридическаго быта въ эпоху сложенія московскаго государства, по отношенію къ занимающимъ насъ здѣсь вопросамъ права общаго и партикуляризмовъ, обособленія приватнаго и публичнаго права, начинаютъ носить характеръ совершенно отличный отъ стараго порядка волостной жизни въ отдѣльныхъ территоріяхъ. Старыя независимыя и отдѣльныя русскія волости, княжескія и вольныя, становятся одна за другой въ покорное и зависимое отношеніе къ Москвѣ. Быстрое развитіе могущественнаго центра могло бы, внѣшнимъ образомъ, сближать явленія нашей дальнѣйшей исторіи, какъ цѣлой страны, скорѣе съ Франціей. чѣмъ съ разновластной, разбитой на мелкія независимыя территоріи Германіей. Это одна точка соприкосновенія съ исторіей государства во Франціи. При этомъ, однако, для результатовъ сопоставленія столь же существенны многочисленные пункты различія, о чемъ мы сейчасъ скажемъ. Съ другой стороны, это условіе (единовластіе) отличаетъ дѣйствительно наше праворазвитіе отъ нѣмецкаго, и мы будемъ имѣть случай говорить объ этомъ въ дальнѣйшемъ, разъясняя сравнительно задачи кодификаціонной дѣятельности въ настоящее время въ Германіи и у насъ.

Итакъ московская централизація давала, казалась бы, виды на утвержденіе началъ общаго права и на дальнѣйшее обособленіе системы институтовъ приватныхъ отъ публичныхъ. Такъ было во Франціи съ тѣхъ поръ, какъ на мѣсто феодальнаго разновластія стала отвердѣвать во второй половинѣ XV и въ XVI в. королевская власть. Но явленія нашей исторической жизни въ эту пору иныя. Вмѣсто единаго частнаго права, постоянно-

испытуемое военными бѣдствіями московское государство скорѣе оскудѣло, чѣмъ обогатилось, сравнительно съ вольными городами, нормами частнаго права.

Въ Судебникахъ вы слышите тонъ болѣе властный, болѣе торжественный. Законъ велѣно прокликать на Москвѣ и во всѣхъ городахъ московской и новгородской земли. Обрядъ суда принимаетъ формы болѣе высокія, часто письменныя. Но какая въ то же время бездна различій въ нормахъ, привилегій, жалованій, ступеней правоспособности! Вы чувствуете, что здѣсь образуется нѣчто мощное и новое. За римскими преданіями мы идемъ не на западъ, какъ въ Литвѣ, а въ Византію, и въ концѣ XVI в. возникаетъ патріаршество всероссійское въ Москвѣ. Внутри государства падаютъ понемногу притязанія старой знати. Люди расписываются къ чинамъ, окладамъ, одни наряду съ частнымъ обладаніемъ соучаствуютъ въ государственныхъ функціяхъ, другіе несутъ тягло. Пользованіе должностями составляетъ награду за службу. Всему ищутъ вести счетъ, мѣру, контроль. Самостоятельные старые родовые и приватные или приватизированные (земли княженецкія) титулы обладанія недвижимостями мало развиваются. Шире и быстрѣе идутъ титулы обладанія зависимаго отъ государства, связанные съ обязанностью службы. Въ концѣ XVI в. государство приходитъ къ прикрѣпленію крестьянъ къ землѣ, т.-е. обезличенію цѣлой массы населенія и образованію понятія населенныхъ имѣній, составляющихъ главный фондъ службы государству. Мы какъ будто ближе подходимъ къ типу литовскаго статута, но съ тою разницей, что въ Москвѣ всѣ эти привилегіи и жалованья очень слабо пріобрѣтаютъ характеръ связывающихъ власть царя нормъ. До половины XVII вѣка нѣтъ вовсе попытокъ свести это новозданное на развалинахъ удѣльно-вѣчевого быта государство къ той извѣстности юридической, какую далъ Литвѣ статутъ Сигизмунда III-го отъ 1588 г.

Уложеніе развертываетъ намъ всю картину нашего государства и права, какъ и Литовскій статутъ.

Цѣль Уложенія въ томъ, чтобы московскаго государства всякихъ чиновъ людямъ, отъ большого до меньшого чину, судъ и расправа были во всякихъ дѣлахъ всѣмъ равны. Но означаетъ ли этотъ равный всѣмъ судъ и равное для всѣхъ людей московскаго государства право, какимъ оно было въ волостяхъ вольныхъ?

Конечно, нѣтъ.

Для того чтобы опредѣлить, насколько въ эту пору и позже государство поглощало личность, насколько salus rei publicae преобладалъ надъ всѣмъ и прежде всего надъ интересомъ отдѣль-

ныхъ лицъ, utilitas singulorum, мы возьмемъ опять тѣ же двѣ черты изъ системы правоотношеній, которыми пользовались выше для тѣхъ же цѣлей, именно, положеніе лицъ и объектовъ обладанія, вещей, по законодательнымъ памятникамъ этой эпохи.

Уложеніе 1649 года знаетъ понятіе чести для лицъ духовныхъ и свѣтскихъ. Это dignitatis illaesae status, existimatio, оцѣнка достоинства личнаго. Какая она по Уложенію? Всѣ стороны дѣла одинаково характерны. Иной оцѣнки достоинства личнаго кромѣ государственной Уложеніе не знаетъ, и любопытнѣе всего то, что этотъ единственный для всѣхъ критерій обнимаетъ не свѣтскихъ только, а также и духовнаго чина людей. Критерій этотъ тутъ и тамъ есть одинъ, это степень близости къ власти не только въ смыслѣ іерархическомъ, но прямо въ смыслѣ фактической близости, которая каждую минуту, конечно, можетъ измѣниться. Никакихъ опредѣленій общихъ для лицъ терпящихъ и наносящихъ безчестіе нѣтъ. Нигдѣ не сказано: если кто обезчеститъ другого, нанесетъ обиду словомъ, дѣломъ... Отвлеченныхъ, такъ сказать, чиселъ вовсе нѣтъ; есть только именованныя. Будетъ бояръ и окольничихъ и думныхъ людей обезчестятъ словомъ гостинныя и суконныя или черныхъ сотенъ и слободъ человѣкъ, или стрѣлецъ, или пушкарь, или монастырскій слуга... Иныхъ опредѣленій нѣтъ, а зато такихъ сложныхъ крайне много (см. гл. X въ особ.). За бояръ, окольничихъ, думныхъ... бить кнутомъ, да ихъ же (виноватыхъ, если это простые люди, именно указанные закономъ) въ тюрьму на двѣ недѣли; ниже, для чиновъ, которые государевымъ жалованьемъ верстаны, править безчестье по окладамъ. За безчестье именитымъ людямъ Строгоновымъ—100 рублей, гостю 50, гостинныя сотни—по статьямъ отъ 25 до 15, суконныя до 5 рублей, и такъ все ниже до гулящаго человѣка, которому безчестья одинъ рубль.

Нигдѣ не выразилась такъ рѣзко квалификація лица въ зависимости отъ близости къ государю, какъ въ іерархіи церковной. За патріарха—торговая казнь, за митрополита, архіепископа и епископа—батоги, и оба раза тюрьма разныхъ сроковъ. Затѣмъ идутъ архимандриты, келари, казначеи, соборные старцы Троицы Сергіева монастыря—100, 80, 70, 40 рублей, Рождественскаго—90, 70, 60, 20, Чудова—80, 60, 50, 20 и такъ ниже, по славѣ. достоинству и разстоянію отъ Москвы; въ Костромѣ отъ 40 рублей, въ Суздалѣ, тѣмъ же чинамъ отъ 30, въ Вологдѣ отъ 20 рублей, такъ что архимандритъ отдаленнаго монастыря стоитъ наравнѣ съ простымъ старцемъ Чудова монастыря и много ниже такого же старца отъ Троицы Сергія. Тоже для бѣлаго духо-

венства. Выше всѣхъ протопопъ Благовѣщенскаго собора, государевъ духовникъ—100 рублей, а за уѣздныхъ и безмѣстныхъ поповъ по пяти рублей.

Для отдѣльныхъ случаевъ, наконецъ, вовсе не показана мѣра, нуженъ указъ государевъ, extraordinaria cognitio.

Въ мірѣ вещей, объектовъ обладанія, нѣтъ надобности искать свидѣтельствъ того, что онъ не былъ свободнымъ, доступнымъ для всѣхъ, и что на имуществѣ движимомъ и недвижимомъ лежалъ тотъ же характеръ ограниченной, условной способности ихъ служить личнымъ цѣлямъ людей. Вамъ извѣстно это различіе вотчинъ и помѣстій, вотчинъ княженецкихъ, родовыхъ, выслуженныхъ, купленныхъ, помѣстій, назначавшихся отъ государя, отъ духовныхъ властей, имуществъ тяглыхъ, въ особенности въ городахъ, дворовъ бѣлыхъ, черныхъ и пр. Оборотоспособность каждой изъ этихъ безчисленныхъ категорій вещей была ограничена болѣе или менѣе тѣснымъ кругомъ лицъ, и притомъ вовсе не въ интересахъ этихъ лицъ, не propter utilitatem singulorum, а по соображеніямъ интереса государственнаго, интереса службы, повинностей, податей. Петръ Великій слилъ въ одну категорію вотчины и помѣстья, открывъ такимъ образомъ, повидимому, больше простора свободному обращенію ихъ въ извѣстномъ кругу лицъ. Но знаменуетъ ли этотъ законъ стремленіе законодателя въ самомъ дѣлѣ приватизировать обладаніе недвижимостями, особенно населенными имѣніями?

Отвѣтомъ на этотъ вопросъ можетъ служить знаменитый указъ о единонаслѣдіи 1714 г. Законъ не былъ доморощеннымъ. Несмотря на всю энергію, съ какой онъ проводился въ жизнь, онъ не удержался долго. Не менѣе того онъ свидѣтельствуетъ, какая точка зрѣнія на права привилегированныхъ лицъ владѣть населенными имѣніями была у великаго государя. И эта точка зрѣнія, никогда и никѣмъ позже не выраженная съ такой силой, съ какой она выразилась въ петровскомъ указѣ 1714, не была, однако, никогда чуждою русскаго законодательства и привела въ результатѣ къ упраздненію разъ навсегда формы личной частноправной зависимости одного класса населенія отъ другого. Законъ поразителенъ по энергіи, съ какою въ немъ выражена цѣль чисто государственная, для которой допускалась эта форма обладанія. Въ короткихъ чертахъ преобразованіе заключается въ слѣдующемъ.

Гибелью, думаетъ великій государь, угрожаетъ свойство населенныхъ имѣній подлежать дѣлежамъ по началу семейной дѣлимости всего имущества наслѣдодателя между наслѣдниками, ги-

белью государству, фамиліямъ, подданнымъ... Для владѣющихъ классовъ это источникъ легкомысленныхъ ожиданій, бездѣлья, мотовства; для крестьянъ—непомѣрныхъ, все возростающихъ тягостей; для государства—разорительныхъ недоимокъ и уклоненій отъ службы (см. мотивы указа въ текстѣ). Земли можно дѣлить сколько угодно. Эту дѣлимость знаетъ и псковская судная грамота. Но земли съ населеніемъ, съ крестьянами? Какой тутъ принципъ обладанія? Есть ли это только частное право или здѣсь рядомъ съ правомъ частнымъ скрыто начало обладанія территоріальнаго, властнаго?

Петръ видитъ въ этомъ институтѣ преобладающій характеръ властный и рѣшаетъ, какъ въ правѣ публичномъ, провести здѣсь консеквентно начало публичнаго же права, недѣлимости власти, какъ оно выражается въ преемствѣ династическомъ. Наслѣдованіе въ недвижимомъ имѣніи возможно, но недопустимо дѣленіе такого имущества между нѣсколькими наслѣдниками. Послѣ отца населенное имѣніе все цѣликомъ переходитъ одному лицу, обыкновенно старшему сыну. Кадеты не наслѣдуютъ въ недвижимости. Они получаютъ долю только изъ движимостей, на которыхъ удерживается чисто приватный характеръ обладанія. Сверхъ того, наслѣдникъ по праву первородства или по указанію духовной грамоты выполняетъ различныя обязательства (алиментарныя въ широкомъ смыслѣ) по отношенію къ кадетамъ, къ младшимъ членамъ фамиліи. Положеніе этого единаго наслѣдника есть настолько же его право, насколько и долгъ. Оно въ высокой степени родственно позиціямъ публичноправнымъ, *должностямъ*, а не частно-правнымъ, не простымъ притязаніямъ, для коихъ рѣшающій принципъ есть utilitas singulorum.

Но какъ достигнуть практическаго осуществленія этой задачи—дать обладанію недвижимостями преобладающій публичноправный характеръ?

Для этого надо снять съ этого вида имуществъ, по возможности, всѣ свойства предметовъ частно-правнаго обладанія. Они должны быть, какъ это нормально для публично-правныхъ позизій, для должностей, для предметовъ обладанія государственнаго, церковнаго, объявлены *внѣ-оборотными*.

Мысль Петра не останавливается ни передъ чѣмъ, и 1-й параграфъ знаменитаго указа объявляетъ сразу внѣоборотными, не подлежащими отчужденію ни продажею, ни залогомъ, всѣ недвижимыя имущества, родовыя, благопріобрѣтенныя, вы-

служенныя и купленныя, вотчины и помѣстья, дворы, даже лавки *).

Едва-ли когда право частное приносилось до такой степени въ жертву соображеніямъ пользы государственной!

Вамъ извѣстно, какимъ противодѣйствіемъ со стороны класса помѣстнаго встрѣченъ былъ этотъ указъ. Въ населенныхъ имѣніяхъ помѣщики видѣли единственный рессурсъ справедливаго и уравнительнаго устройства своихъ дѣтей. Маіораты же были противны правосознанію общества. Это несомнѣнно. Но было-ли въ самомъ дѣлѣ соотвѣтственно интересамъ государства и „подданныхъ“ это устройство дворянскаго быта на счетъ приватизированія господскихъ правъ—это вопросъ, котораго разрѣшеніе принадлежитъ нашему времени. Указъ Петра не выдержалъ противодѣйствія дворянскаго сословія. Онъ былъ отмѣненъ при Аннѣ Ивановнѣ. Залогъ и продажа, дробленіе населенныхъ имѣній между дѣтьми, завѣщательные акты самаго свободнаго характера, обремененіе недвижимостей долгами, словомъ—коммерціальность, оборотность, чисто рыночный характеръ обладанія населенными имѣніями въ цѣломъ и въ розницу, т.-е. землей и крестьянами, которыхъ продавали, дарили, закладывали, переселяли, ссылали по соображеніямъ одной личной выгоды помѣщика, возобновились во всей силѣ, угрожая все болѣе и болѣе наступленіемъ грозныхъ предвидѣній Петра...

Мы обращаемъ здѣсь вниманіе на эти элементы юридическихъ построеній (лица, вещи) для того, чтобъ показать, въ какой мѣрѣ эпоха московской централизаціи и ближайшее послѣдующее время были мало благопріятны для обособленія права частнаго и для развитія общности юридическихъ нормъ.

То же самое иллюстрируется образованіемъ властною рукою законодателя массы регальныхъ правъ, до тѣхъ поръ неизвѣстныхъ русскому праву.

Наконецъ, въ обширныхъ предпріятіяхъ, которыя въ наше время выполняются посредствомъ разнаго рода комбинацій договорнаго характера, въ законодательствѣ Петра, мы видимъ ту же исключительную точку зрѣнія пользы государственной и соотвѣтственныхъ сему способовъ дѣйствія. Таково прорытіе Ладожскаго канала, которое Петръ находилъ полезнымъ для цѣлаго госу-

*) См. II С. 3 (1-е), № 2789. Выдержать вполнѣ этой точки зрѣнія нельзя, и § 12 допускаетъ продажу недвижимостей „кто принужденъ будетъ“, не для переукрѣпленія только, съ платежемъ пошлинъ. Цѣль сократить оборотъ очевидна Въ старой Руси неудобныя стороны приватнаго характера обладанія населен. имѣніями смягчались широкимъ развитіемъ вѣковѣчнаго обладанія церкви: но отъ этого скудѣла служба.

дарства, а потому и требовалъ такого же участія въ дѣлѣ со стороны подданныхъ, какое имѣетъ мѣсто для военныхъ цѣлей. Повинность эта была организована по типу военно-служебной повинности. Люди призывались съ разныхъ концовъ Россіи въ составъ такъ называемой канальной команды. Всѣ черты хотя бы государственнаго, но все же экономическаго предпріятія были, въ особенности въ первую пору, тщательно устранены, хотя уже и тогда было ясно, что доставка людей изъ отдаленныхъ мѣстностей для предположенныхъ работъ представляла очень большія неудобства и для населенія и для самаго предпріятія. (См. П. С. З. № 3228).

Законодательные и административные акты такого рода свидѣтельствовали несомнѣнно о чрезвычайной силѣ центральныхъ органовъ государственной власти. Въ иныхъ условіяхъ эта сила способна какъ нельзя лучше содѣйствовать образованію общихъ цивильныхъ нормъ. Но въ ту пору и въ тѣхъ условіяхъ государство стремилось наложить на всякое дѣло до такой степени усердно печать интереса публичнаго, что для развитія, рядомъ съ этой всепоглощающей дѣятельностью государства, сколько нибудь обширной сферы свободы личныхъ и имущественныхъ отношеній оставалось очень мало мѣста.

F.

Дальнѣйшее развитіе русскаго права въ императорскую эпоху не носило вовсе этого характера полнаго поглощенія государственными интересами всѣхъ элементовъ существенныхъ для развитія права частнаго, хотя источникомъ права, совершенно преобладающимъ надъ всѣми другими, продолжала служить, до самаго послѣдняго времени, исключительно указная дѣятельность центральныхъ органовъ власти.

Чтобъ легче и удобнѣе прослѣдить въ общемъ постепенное обособленіе права частнаго и публичнаго, мы возьмемъ тотъ формальный критерій, которымъ, какъ было видно выше, различается вообще и въ особенности у насъ право цивильное отъ публичнаго. Это *искъ* заинтересованнаго, коимъ ему предоставляется на волю ограждать свой интересъ въ случаяхъ нарушенія юридической нормы. Мы видѣли выше, что этимъ признакомъ *челобитья* дѣловыя практики прошлаго вѣка отличали одинъ родъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судебныхъ органовъ, отъ другихъ родовъ дѣлъ, гдѣ нѣтъ челобитчиковъ, или отъ дѣлъ народныхъ, интересныхъ (казенный интересъ), криминальныхъ. Что одинъ

признакъ челобитья не всегда есть надежный для опредѣленія свойства права, котораго ищутъ, это несомнѣнно, ибо, какъ извѣстно, съ челобитьями обращались нерѣдко прямо къ государю цѣлыя массы населенія вовсе не по частнымъ только дѣламъ отдѣльныхъ челобитчиковъ. Но тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о дѣлѣ судебномъ, о защитѣ посредствомъ суда права уже наличнаго, причемъ, отыскивая свое право, челобитчикъ ограждаетъ только свой интересъ, тамъ противуположеніе этого понятія „дѣло челобитчиково“ другому „дѣлу криминальному“, „интересному“, „народному“, даетъ уже достаточно опредѣленный смыслъ *).

Для того, однако, чтобъ обособленіе дѣлъ челобитчиковыхъ, т.-е. права частнаго, отъ уголовнаго, административнаго **), прошло въ дѣйствительность, стало чертой системы извѣстнаго права, мало простого сознанія юридической практикой различія отдѣльныхъ процессовъ того и другого характера. Нужно для этого много условій. Дѣла челобитчиковы есть всегда и вездѣ. Челомъ бьютъ люди и на востокѣ, когда они и не думаютъ ни о какомъ правѣ, когда имъ нужна защита высшей силы отъ угнетеній какого нибудь сатрапа, отъ его насилій и поборовъ. И наши памятники указываютъ на такія челобитья, когда низшій органъ власти „не судомъ отъ государя учрежденнымъ“ судитъ, „но самовольно *судъ похитя*“, пытки безчеловѣчныя чинитъ. Чтобы можно было говорить о сколько нибудь надежномъ, существующемъ не на бумагѣ только *правѣ челобитчиковъ*, надо, чтобы такія злоупотребленія не составляли ежедневныхъ явленій. Между тѣмъ мы видимъ, что при Аннѣ Ивановнѣ пропадаетъ вовсе даже цѣлый чинъ, очень важный для неуклоннаго отправленія юстиціи, и центральная власть вынуждена опять вызвать къ жизни „ненавидимую“, какъ свидѣтельствуютъ петровскіе указы, должность. Этотъ чинъ есть чинъ прокурорскій, вѣдавшій дѣла всенародныя, по коимъ нѣтъ челобитчиковъ. Насколько же

---

*) Мы указывали на это выше (стр. 49). Сперва противуположеніе понятій публичнаго и приватнаго носитъ признакъ заимствованной терминологіи. Въ одномъ петровскомъ указѣ (П. С. З. № 2673) видно совершенно въ духѣ петровскихъ воззрѣній на государство, что за вредъ государству законъ угрожаетъ смертною казнью, а за *партикулярныя* прегрѣшенія удерживаются старые штрафы. Вполнѣ ясенъ смыслъ *дѣла челобитчикова* въ Инструкціи генер. межеванія (см. № 10237 напр.), гдѣ задача генеральнаго межеванія опредѣляется (какъ и въ позднѣйш. инструкц.) не яко обыкновенное *челобитчиково дѣло*, а по„ Нашему Всемилостивѣйшему попеченію объ *общемъ государственномъ* благосостояніи“, а посему при его производствѣ не взыскиваются гербов. пошлины.

**) Мы говоримъ здѣсь только объ этой сторонѣ дѣла. Вопросъ объ обособленіи дѣлъ гражданскихъ вообще отъ церковныхъ знакомъ вамъ изъ другихъ чтеній. Для подробностей Ѳ. М. Дмитріева „Исторія судебн. инстанцій“.

мало и не вдругъ оказывались гарантированными въ этихъ условіяхъ притязанія частныхъ лицъ на защиту ихъ интересовъ со стороны государства!

Начало права частнаго только тогда явится вполнѣ выраженнымъ, когда образуются пригодные для этого органы, когда разрѣшится сплетеніе задачъ правосудія отъ дѣлей управленія, порядка суда уголовнаго отъ суда гражданскаго, когда станутъ извѣстны нормы права, на которыя можетъ опираться частное лицо, требуя отъ суда огражденія своихъ приватныхъ интересовъ.

Мы разсмотримъ въ дальнѣйшемъ кратко сначала образованіе органовъ юстиціи, которые гарантировали частнымъ лицамъ охрану ихъ правъ; перейдемъ затѣмъ къ очерку попытокъ кодификаціи и средствъ, которыми располагала центральная власть у насъ для достиженія извѣстности права частнаго.

Начиная съ Петра, у насъ крайне силенъ элементъ сыскной, слѣдственный, въ процессахъ всякаго рода, гражданскихъ и уголовныхъ, такъ что чисто-цивильный процессъ вовсе не выдѣлился въ общемъ порядкѣ защиты правъ. Несомнѣнно, что въ дѣлахъ чисто-частныхъ возможенъ судъ 3-хъ. Но, однако, онъ не всегда приложимъ, ибо въ основѣ его лежитъ часто трудно достигаемое начало соглашенія сторонъ въ выборѣ третьихъ. Въ тѣхъ-же случаяхъ, гдѣ необходимо вмѣшательство органовъ юстиціи государственной, порядокъ состязательный въ процессѣ этой эпохи мало выработанъ.

Воинскій процессъ 1716 г. знаетъ допросъ свидѣтелей „съ пристрастіемъ“; о пыткѣ для дѣлъ гражданскихъ, вообще говоря, нѣтъ рѣчи, но, однако, „когда свидѣтель въ сказкѣ своей въ важномъ *гражданскомъ* дѣлѣ смутится или обробѣетъ или въ лицѣ измѣнится, то пытанъ бываетъ“ *). Провести сколько нибудь постояннымъ и надежнымъ образомъ границу суда гражданскаго и уголовнаго, въ смыслѣ процессуальныхъ принциповъ и метода процедированья, было трудно въ тѣхъ условіяхъ, гдѣ интересы публичные были тѣсно сплетены съ дѣлами частными. Только по мѣрѣ обособленія тѣхъ и другихъ интересовъ, возможно стало и общему судебному порядку огражденія правъ частныхъ давать все болѣе и болѣе характеръ, соотвѣтствующій природѣ частнаго права. Озабоченный очень задачами правосудія, Петръ, въ концѣ царствованія, вводитъ судъ по формѣ, краткій, устраняющій господ-

*) См. П. С., т. V, стр. 404. Этотъ процессъ, какъ извѣстно, есть переводъ съ нѣмецкаго.

ство письма, состязательный по принципу (№ 4344 *). Но введя такимъ образомъ два порядка, законодатель не могъ дать достаточно яснаго разграниченія для примѣненія того и другого. Въ одномъ изъ многочисленныхъ, вызванныхъ отдѣльными казусами, указовъ читаемъ, что судъ по формѣ имѣетъ быть примѣняемъ „токмо въ истцовыхъ между ими въ партикулярныхъ дѣлахъ, окромѣ фискальскихъ и доносителей доношеній, которыя касаются до интересу Его Импер. Величества“ (№ 4607). Но, однако, гдѣ граница интересовъ государства и частнаго лица въ эту пору, когда и за исправностью выполненія религіозныхъ обязанностей (исповѣди) существуетъ надзоръ государства? (№ 2991). Эта обязанность въ то же время тѣсно связана съ способностью лица быть свидѣтелемъ на судѣ (№ 9237). Каждое судебное дѣло легко могло быть осложнено вмѣшательствомъ пунктомъ фискальнаго характера и получить направленіе несвойственное дѣлу партикулярному. Въ какой мѣрѣ существеннѣйшія гарантіи гражданскаго правосудія мало соблюдались въ практикѣ судовъ, это видно изъ указа Анны Ивановны, который свидѣтельствуетъ, что „нынѣ, не точію въ коллегіяхъ и канцеляріяхъ, и въ самыхъ нижнихъ судахъ, какъ на Москвѣ, такъ и въ городахъ, воеводы, и въ ратушахъ бурмисты, *спорныя* дѣла слушаютъ *безъ истцевъ и отвѣтчиковъ*, и во время того слушанія, въ тѣ палаты, гдѣ судьи присутствуютъ, ихъ не выпускаютъ“ (№ 5689). Въ процессѣ возобладала письменность и канцелярская тайна, одинаково какъ для дѣлъ гражданскихъ, такъ и для дѣлъ уголовныхъ.

Только въ связи съ Екатерининскими реформами прошла черта болѣе ясная въ порядкѣ отправленіи правосудія по дѣламъ гражданскимъ и уголовнымъ, по крайней мѣрѣ, по отношенію къ различію органовъ суда и сыска. Въ методѣ судебной дѣятельности, однако, удерживаются и въ екатерининскихъ учрежденіяхъ признаки старыхъ взглядовъ. Такимъ образомъ, судебное мѣсто обязано, при недостаточности доказательствъ, представленныхъ сторонами, само, ex officio, наводить справки въ другихъ учрежденіяхъ. Возможно было, что и самое дѣло гражданское начиналось независимо отъ воли сторонъ, безъ исковой просьбы, въ силу простого возраженія, предъявленнаго отвѣтчикомъ полиціи противъ производства взысканія въ безспорномъ порядкѣ, что и обязывало полицію препровождать дѣло къ суду.

Количество инстанцій и порядокъ восхожденія дѣлъ изъ низшей въ высшую въ разныхъ случаяхъ сочетанія дѣлъ граж-

*) Весь указъ о формѣ суда занимаетъ три страницы въ текстѣ Пол. Собр.

данскихъ съ дѣлами „интересными", крайне осложнялись и легко допускали смѣшеніе дѣятельности собственно-судебной съ административною и законодательною.

Въ Екатерининскихъ учрежденіяхъ опредѣлились собственно три инстанціи съ различіемъ въ составѣ судовъ по сословіямъ, но и здѣсь вмѣшательство административныхъ органовъ и органовъ надзора продолжало сообщать движенію дѣлъ гражданскихъ отяготительную для тяжущихся медленность производства. Исполнительная стадія производства переходила опять въ руки полиціи. Словомъ, огражденіе интересовъ частныхъ особыми органами суда гражданскаго далеко еще не ручалось за то, что и самый процессъ будетъ носить характеръ, свойственный защитѣ интересовъ именно этого рода.

Устраненіе указанныхъ недостатковъ не составляло вовсе вопроса одного только усовершенствованія органовъ юстиціи. Чтобъ сохранить нѣкоторое единство въ правѣ, законодатель вынужденъ былъ, въ виду недостаточной извѣстности и неполноты развитія цивильныхъ нормъ, искать постоянно сосредоточенія по крайней мѣрѣ органовъ высшей юстиціи въ столицѣ.

Всякій разъ, когда эта централизація юстиціи въ приказахъ и коллегіяхъ становилась до крайности обременительной, въ особенности для иногородныхъ тяжущихся, высшее правительство вновь ставило на очередь задачи общаго пересмотра законовъ, согласованія новыхъ указовъ съ Уложеніемъ, заимствованія чужеземныхъ законовъ, сочиненія новыхъ и прочее. И это тянется въ продолженіе всего XVIII вѣка. Безпрерывныя жалобы на судебную волокиту, наполняющія наши историческіе памятники, объясняются, съ одной стороны, именно этимъ стремленіемъ поддержать единство въ правѣ, съ другой—невозможностью выработать нормы юридическія, достаточно полныя и удобопримѣнимыя, при которыхъ децентрализація юстиціи не разрушала бы единства права.

Въ Екатерининскую эпоху децентрализація судовъ была уже очень значительна.

И такъ, наряду съ этими насущными задачами, 1) сохранить единство права и 2) приблизить органы правосудія къ мѣстамъ и лицамъ, которымъ они должны служить, идутъ двѣ другія проблемы, выполненіе которыхъ поглощаетъ все вниманіе правительства въ XVIII и въ началѣ XIX вѣка. Это—удовлетвореніе всеобщей жаждѣ нормъ и исканіе средствъ, которыя способны привести въ извѣстность право.

G.

Въ очеркахъ культуры гражданскаго права на западѣ мы видѣли, что рядомъ съ положительнымъ закономъ для цѣлей извѣстности права служатъ долгое время обычаи юридическіе, разработка нормъ въ практикѣ судовъ, научные труды юристовъ. Этими разными путями образуются частью обильные партикуляризмы, которые, затѣмъ, особенно въ новое время, объединяются началами права общаго, въ большинствѣ случаевъ заимствованнаго изъ римскихъ источниковъ, во Франціи, сверхъ того, посредствующею дѣятельностью центральныхъ органовъ законодательства и суда. Отъ старыхъ условій быта, исключительно національнаго, переходъ къ началамъ общенія совершался тамъ безъ рѣзкихъ поворотовъ, путемъ органическимъ.

Явленія другого рода характеризовали нашъ юридическій бытъ особенно въ императорскую эпоху. Памятники стараго русскаго права, въ коихъ элементы права частнаго обособились отъ публичнаго и гдѣ зарождались, такимъ образомъ, начала общности,—остаются въ эту эпоху никому неизвѣстными. Для достиженія видовъ правительства казалось болѣе цѣлесообразнымъ идти скорымъ шагомъ заимствованій готовыхъ чужихъ формъ быта и права, чѣмъ слѣдовать медленному пути изученія и приноровленія старыхъ національныхъ нормъ къ новымъ условіямъ жизни. Связь съ русской юридической стариной была теперь еще рѣзче порвана, чѣмъ въ XVI вѣкѣ. Различенія въ правѣ западномъ такихъ началъ, которыя суть общія, отъ иныхъ, чисто локальныхъ, не умѣли сдѣлать, и вмѣсто того, чтобъ вводить на-ряду съ своими мѣстными институтами чужіе общіе, спѣшили свои національные институты вытѣснить и замѣнить тоже національными, но только чужими. Никакого внутренняго единства въ этой исторической фазѣ праворазвитія обширной имперіи усмотрѣть нельзя. Розныя области, вошедшія въ ея составъ, остаются розными. Примиряющаго эту рознь внутренняго начала не находятъ. Скорѣе, наоборотъ, къ старымъ началамъ розни въ правѣ готовы присоединиться новыя. Балтійскія провинціи съ каждымъ новымъ царствованіемъ ходатайствуютъ объ утвержденіи мѣстныхъ привилегій. На западѣ дѣйствуетъ литовскій статутъ. На югѣ собираютъ права, по коимъ живетъ малороссійскій народъ. Во внутреннихъ губерніяхъ не могутъ разобраться въ обиліи законодательнаго матеріала. Многократно повторяемые указы, направленные, частью, противъ постоянно возобновляемаго непосредствен-

наго обращенія подданныхъ къ главѣ государства, мимо установленныхъ инстанцій по дѣламъ суда, частью противъ практики сепаратныхъ указовъ, стало быть, противъ дѣятельности самой же власти, безпрестанно нарушаются. Убѣдиться въ этомъ легко, взявъ многочисленные случаи того и другого рода изъ Полнаго собранія законовъ. Въ результатѣ получается неизвѣстность права не только для подданныхъ, но иногда и для высшихъ установленій имперіи *).

Въ этомъ движеніи характерно одно, это — непрестанное стремленіе изъ какихъ бы то ни было рессурсовъ, въ особенности, конечно, изъ иностранныхъ законодательствъ, удовлетворить какъ можно скорѣе настоятельную потребность въ юридическихъ нормахъ и создать по возможности быстро классъ лицъ, способныхъ выполнять намѣренія правительства.

Я не буду вовсе останавливать вниманія на столь же многочисленныхъ, сколь неудачныхъ попыткахъ кодификаціи, долженствовавшей замѣнить старѣющее Уложеніе царя Алексѣя Михайловича и разнородные мѣстные сборники **). Эти попытки дѣ-

---

*) Для иллюстраціи возьмемъ слѣд. №№ Полн. Собр.: 2785 и 3574 (различеніе указовъ и сенатск. приговоровъ по генеральн. дѣламъ и обязательность ихъ публикаціи), 2828 (отмѣна сепаратн. указовъ, возобновленіе общаго примѣненія Уложенія и виды на исправленіе его), 3904 и 3947 (указаніе апелл. порядка и запрещеніе обращаться прямо къ государю), 5999 (вотчин. коллегія отсрочиваетъ рѣшенія въ виду ожидаемой главы новаго уложенія по предметамъ ея вѣдомства), 6686 и 6686 (докладъ академіи наукъ о необходимости вновь напечатать старое Уложеніе, котораго нигдѣ ни за какія деньги получить нельзя. Печатаются книжки указомъ отъ 1714 до 1725), 7013 (повтореніе угрозъ судьямъ и секретарямъ съ обличеніемъ злоупотребленій), 7078 (сенатъ освѣдомляется, что изъ Кабинета Ея Величества шлютъ въ губерніи и провинціи указы, о коихъ сенатъ вовсе не знаетъ, и въ виду этого приказываетъ, чтобъ таковые (кромѣ дѣлъ тайной канцеляріи) въ копіи препровождались въ сенатъ, дабы за неизвѣстностью закона на одно дѣло не полагалось разныхъ резолюцій, 8480 (реестръ указамъ прежнихъ царствованій, кои пользѣ государственной противны), 8695 (самоограниченіе власти—безъ письмен. начертанія указовъ не выполнять), 8722 (именной, объявленный кофишенкомъ Ниловымъ генералъ-полиціймейстеру объ освобожд. каторжн. работниковъ въ праздничн. дни). При Екатеринѣ II опять тоже: № 11606 (о неподачѣ просьбъ на Высоч. Имя мимо инстанцій). № 12456 (опять различеніе генеральнаго положенія и по свойству вещей исключительныхъ и особливыхъ резоновъ) и прочее.

**) Вопросъ о кодификаціи сталъ на очередь со времени накопившихся послѣ Уложенія указовъ еще въ концѣ XVII в. Полное собраніе законовъ заключаетъ въ себѣ цѣлую массу попытокъ обнять отдѣльныя области права и управленія болѣе или менѣе обширными законодательными актами. Мы уже говорили выше о такихъ мѣрахъ по отношенію къ процессу. Мы не будемъ касаться здѣсь разныхъ отраслей управленія, которыя законодатель регламентируетъ очень дѣятельно, часто близко при этомъ касаясь и вопросовъ права. Крайне важныя для отдѣльныхъ институтовъ, особенно торговаго права, сословной организаціи, задачъ межеванія, сложные законодательные акты удовлетворяютъ только отчасти общей потребности въ нормахъ. Цѣль многочисленныхъ законодательныхъ коммиссій въ XVIII в. состоитъ въ томъ, чтобъ привести къ согласію и единству все дѣйствующее право, исправить Уложеніе, составлявшее дѣйствительно обширный кодификаціонный актъ, или написать

лались и для области общей указной дѣятельности законодательныхъ органовъ и для отдѣльныхъ территорій государства, въ коихъ удержались традиціонные мѣстные источники, дѣйствовавшіе до присоединенія ихъ къ Россіи. Частію это было видно выше для прошлаго времени, для текущаго столѣтія мы укажемъ на нихъ въ своемъ мѣстѣ.

Одновременно съ этой жаждой нормъ гораздо болѣе важнымъ и плодотворнымъ явленіемъ было наступавшее сознаніе необхо-

---

новое, которое явило бы законодателю отраженіе въ единой книгѣ, въ одной системѣ всего дѣйствующаго права. Преобразовательныя предпріятія смѣнялись до такой степени быстро, задачи управленія и суда были такъ необъятно широки, что достиженіе этой цѣли, при тогдашнихъ научныхъ средствахъ, было совершенно невозможно. Гдѣ можно было списать съ иноземнаго,—дѣло казалось простымъ. Но и тутъ недоразумѣнія преслѣдовали нашихъ старыхъ кодификаторовъ. Извѣстенъ громадный уставъ воинскій, напечат иодъ № 3006 въ П. С. З. и содержащій въ себѣ 250 стр. русскаго и нѣмецкаго текста. Въ этомъ уставѣ (стр. 282 и слѣд. по П. С) найдете и краткое изображеніе процессовъ. Въ процессѣ надлежало опредѣлить силу судебныхъ доказательствъ. Въ гл. IV (стр 400) рѣчь идетъ о доказательствахъ письменныхъ. § 5 устанавливаетъ доказательную силу торговой книги. Перечисляются условія исправности книговодства. Нѣмецкій текстъ говоритъ такъ: im gleichen (равнымъ образомъ надлежитъ) dass auch von *jeder Geldes-Post die Summa und Datum* annotiret sei (чтобъ при каждой денежной записи въ книгу, т.-е. при каждой статьѣ счет., была обозначаема сумма и число мѣсяца). Этотъ нѣмецкій текстъ переводится такъ: „*въ каждый почтовый день число записано*“ 7-го янв. 1720 года начались засѣданія для слушанія Уложенія. Сначали наше Уложеніе съ шведскимъ, а для помѣстнаго дѣла съ правами эстляндскими и лифляндск., съ коими оно сходнѣе и почитай однимъ манеромъ владѣніе имѣютъ, какъ у насъ, ср. №№ 3202, 3626, 3661, 3879, 4658 (коммиссія обновлена въ составѣ), 4895 (слушаютъ въ сенатѣ новосочинен. уложеніе по сношенію съ иностран. образцами), 4980 (выбираютъ членовъ „у сочиненія новаго уложенія“ отъ разн. сословій), 5287 (пополняютъ уложеніе), 5330 (сочиняютъ уложеніе въ Лифляндіи, тоже слѣд. №№), 5412 (распускаютъ коммиссію и велятъ выслать по два человѣка отъ губерній для того же дѣла), № 5567 (это уже при Аннѣ Ивановнѣ—выбираютъ отъ разн. сословій для окончанія уложенія), 5654 (сочиненіе продолжается), 5994 (ждутъ появленія уложенія и отсрочиваютъ въ вотчин. кол. рѣшеніе дѣлъ), 6611 (собираютъ въ Москвѣ духовн. и свѣтск. персонъ для свода и сочин. правъ малороссійскихъ), 6614 (право, назван. магдебургскимъ, да саксонск. статуты переводятъ на великорус. яз.), 6837 (прибавляютъ къ 12 малороссамъ одного великоросса), 8355 (сочиняютъ нов. лифляндское уложеніе). При Елизаветѣ Петровнѣ дѣло возобновляется въ духѣ, совершенно напоминающемъ кодификаціонную дѣятельность того времени на западѣ, „сочинить законы ясные, всѣмъ понятные и настоящ времени приличные“. Дѣятельность Екатерининской коммиссіи подробно знакома вамъ изъ чтеній по исторіи русскаго права. У графа Сперанскаго, въ брошюрѣ „Обозрѣніе историческ. свѣдѣній о сводѣ законовъ“, о которой скажемъ ниже, вычислены денежныя затраты, сдѣланныя правительствомъ, начиная отъ 1754 до 1826 г., на дѣло кодификаціи. Сумма этихъ тратъ, sans parler des récompenses et des encouragemens, какъ сказано во франц. переводѣ этой брошюры, достигаетъ ияти милліоновъ шестисотъ семидесяти тысячъ рублей évalués en assignations. Какъ переводились деньги съ серебра на ассигнаціи—объ этомъ можно составить себѣ понятіе изъ недавно публикованной частной переписки графа Сперанскаго. Изъ этихъ писемъ въ „Русской Старинѣ“ за истекшій (86) годъ можно узнать не только способы оперировать съ ассигнаціями, но и много другихъ любопытныхъ подробностей. Натурально, послѣ 1826 года ни пониженія, ни расходы не стали меньше прежняго. См. теперь особенно В. Н. Латкина „Законодательныя Коммиссіи въ Россіи“ въ XVIII в., т. I, 1887.

димости обучаться юриспруденціи. Вы слышите ясно голосъ этого сознанія еще въ петровскихъ указахъ. На меморіумъ иноземца Фика Петръ кладетъ свою резолюцію объ учрежденіи академіи и сознаетъ вмѣстѣ съ этимъ необходимость школы для служащихъ (№ 3208). Въ другомъ случаѣ Петръ негодуетъ на то, что „здѣсь еще ученіи не гораздо вкоренились, паче же въ гражданскихъ дѣлахъ“ (№ 3895). Для службы въ коллегіяхъ приходится призывать изъ чужихъ земель Бемчанъ (Чеховъ), Шленцевъ, Моравцевъ (№ 2967) и своихъ слать въ Краловецъ (5286). Для науки права приглашаютъ тоже съ запада ученыхъ и въ правовѣдѣніи искусныхъ людей (№ 2928). Необходимы не только чужіе законы, чужіе люди, но и чужія книги, и Петръ пишетъ своему резиденту въ Австріи, чтобы нашелъ ему лексиконъ универсалисъ и книгу юриспруденціи (№ 2967). Надо переводить эти вещи, но не съ однимъ знаніемъ языка, а съ знаніемъ того *художества, котораго переводъ касается*, математическаго, анатомическаго, *цивилисъ*, милитарисъ (№ 4438). Наконецъ, учреждается академія и при ней университетъ, гдѣ наукамъ высокимъ, до какого состоянія онѣ дошли, молодыхъ людей обучаютъ *). Между этими науками впереди стоитъ ѳеологія, затѣмъ юриспруденція (правъ искусство). Въ 3-мъ классѣ наукъ преподаютъ право натуральное и публичное купно съ этикой и политикой (4443). Однако, прежде университета, для цѣлей преподаванія, образуютъ кадетскій корпусъ, въ коемъ учатъ и юриспруденціи, притомъ на иностран. языкахъ, по тому соображенію, что ученики скорѣе научатся ихъ понимать, чѣмъ учителя изъясняться по-русски (5811, 5894). Но за симъ сама академія требуетъ высылки 20-ти учениковъ для обученія ихъ вышнимъ наукамъ (6816). Обученіе идетъ (для недорослей) и при сенатѣ. Понемногу приходятъ къ сознанію, что „къ правленію государствъ ничто такъ нужно, какъ крѣпкое храненіе правъ гражданскихъ“ (7151). Къ познаніямъ, необходимымъ для юриста, причисляются не только законы (уложеніе, генер. регламентъ и указы), но вмѣстѣ съ этимъ логика, нравоучительная философія и юриспруденція (№№ 7369 и 9532).

Въ Москвѣ учреждается первый университетъ въ 1755 году. *Императрица Екатерина опредѣляетъ различіе между назначе-*

*) Въ этомъ разница отъ академіи, гдѣ производятся новые инвенты, а не обученіе. Нѣсколько лѣтъ назадъ въ трудахъ нашей Академіи Наукъ графъ Д. А. Толстой помѣстилъ два изслѣдованія объ академич. университетѣ и гимназіи, крайне любопытныя съ бытовой точки зрѣнія. Для общей характеристики школьнаго дѣла въ древней Россіи см. Варш. Унив. Изв. 94 г. статья проф. Ѳ. И. Леонтовича. „Школьный вопросъ въ древней Россіи“, съ обильн. библіографич указаніями частью и для позднѣйш. времени.

ніемъ академіи и университета, съ одной стороны, и корпусовъ— съ другой. Тамъ ученики должны того достигнуть, чтобы другихъ обучать могли, а кадетамъ довольно знать, какимъ образомъ тѣми науками пользоваться (№ 12741).

Въ шляхетскихъ корпусахъ продолжаютъ преподавать не законы только, а право естественное, всенародное, государственныя праза и экономію государственную.

Мы переходимъ такимъ образомъ медленнымъ путемъ отъ крайне поверхностнаго взгляда на задачи общественныхъ преобразованій къ сознанію трудности этого дѣла и къ болѣе скромнымъ задачамъ по отношенію къ законодательству и юриспруденціи. И едвали будетъ ошибочнымъ сказать, что эта легкость взгляда на законодательныя реформы стоитъ всегда въ обратномъ отношеніи къ солидности познаній. Отъ непомѣрно трудныхъ задачъ, которыя ставились, при отсутствіи всякихъ научныхъ рессурсовъ, русскому законодательству въ прошломъ вѣкѣ, черезъ всѣ перипетіи реформенныхъ идей Екатерининскаго и Александровскаго царствованія, мы пришли въ XIX вѣкѣ къ сознанію необходимости хотя бы только собрать воедино, свести въ нѣкоторое цѣлое невѣроятную массу указовъ, перебивавшихъ одинъ другой въ теченіе ста семидесяти слишкомъ лѣтъ, слѣдовавшихъ за введеніемъ въ дѣйствіе Уложенія царя Алексѣя Михайловича. Задачи, казалось, выше поставленныя не приводили ни къ какому практическому результату. Еще въ первую пору Александровскаго царствованія въ руководящихъ сферахъ подходили весьма близко къ мысли прямо заимствовать для русскаго права французскій кодексъ. Мы видѣли легкость, съ которою онъ прививался внѣ французской территоріи. Возможно ли, однако, было у насъ, въ ту пору неустраненнаго господства односторонневластныхъ и далеко не-цивильныхъ отношеній, коими опредѣлялся весь нашъ бытъ, возможно ли и нужно ли было введеніе этой, французской или иной, чисто-цивильной системы? Можно ли было въ тѣхъ условіяхъ овладѣть нашей практикой съ помощью нормъ такого происхожденія и такого свойства? не вѣроятнѣе ли, что такой кодексъ остался бы самъ по себѣ, а практика сама по себѣ? Вопросъ стоялъ на очереди. Карамзинъ, въ рукахъ котораго были всѣ сокровища историческихъ знаній нашей и западной жизни, отвѣчалъ на этотъ вопросъ отрицательно. Мысль Карамзина заключается въ томъ, что о правахъ гражданскихъ нельзя трактовать основательно тамъ, гдѣ нѣтъ гражданъ, а есть дворяне, купцы, мѣщане и проч., и гдѣ всѣ эти лица связаны развѣ только именемъ русскихъ.

Работы такъ называемой десятой коммиссіи, имѣвшей въ виду не сводъ законовъ, а выработку кодексовъ гражданскаго, торговаго и уголовнаго правъ, притомъ не для центральныхъ только русскихъ областей, а также и для территорій провинціальнаго права, представляютъ весьма значительный интересъ не для однѣхъ историческихъ штудій; но, однако, создать въ такомъ смыслѣ и значеніи цивильнаго кодекса эта десятая коммиссія не могла.

Графъ Сперанскій въ упомянутой выше брошюрѣ указываетъ главнымъ образомъ на недостаточность разработки стараго законодательства какъ на препятствіе достиженію видовъ правительства. Это несомнѣнно. Но и послѣдовавшая, засимъ, разработка 35 тыс. указовъ все-таки не привела къ цѣли, т.-е. и послѣ изданія Полнаго собранія законовъ и выполненія, подъ руководствомъ Сперанскаго, Свода, томъ X-й этого свода все-таки не представилъ собою системы русскаго гражданскаго права и въ связи съ этимъ началъ права общаго для русскаго государства, какимъ былъ Code civil для государства французскаго. Это ни въ малѣйшей степени не зависѣло ни отъ какихъ кодификаторовъ, совершенно такъ, какъ не зависѣло отъ нѣмецкихъ ученыхъ придти къ единому нѣмецкому гражданскому кодексу въ 1814 году. У нѣмцевъ для этого недоставало органа власти, соотвѣтствующаго цѣли. У насъ недоставало условій для обособленія области институтовъ цивильныхъ отъ иныхъ.

Во всякомъ случаѣ новая коммиссія (назовемъ ее 11-ю) достигла болѣе практическихъ результатовъ, чѣмъ какая бы то ни было изъ предшествующихъ. Любопытно, что душою дѣла былъ на этотъ разъ не юристъ, а теологъ по образованію.

Неблагопріятный въ эпоху петровскихъ реформъ разрывъ со старой юриспруденціей духовныхъ лицъ здѣсь какъ будто былъ исправленъ. Во главѣ дѣла стоялъ человѣкъ солидной, хотя и не спеціальной школы, испытаннаго трудолюбія, характера вполнѣ опредѣлившагося въ тяжкой борьбѣ житейскаго опыта *).

Задача замѣны Уложенія новымъ Сводомъ была выполнена Сперанскимъ. Счетъ указамъ, послѣдовавшимъ съ 29 января 1649 года до 1 января 1832, наконецъ, подведенъ. Ихъ, вмѣстѣ съ манифестами, оказалось 34,333 **) Этотъ матеріалъ законовъ

*) Жизнь графа Сперанскаго, М. А. Корфа, два тома, 1861 г., біографія нынѣ могущая быть дополненною очень обильными новыми свѣдѣніями, особенно публикуемыми въ „Русской Старинѣ“ остатками переписки покойнаго государств. человѣка.

**) Всѣ свѣдѣнія, оффиціально въ ту пору публикованныя по вопросу о работахъ коммиссіи, находятся въ особой запискѣ, озаглавлен. „Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ“ 1833 г., тогда же переведен. на французск.

очищенъ, систематизированъ и въ этомъ видѣ получилъ санкцію дѣйствующаго съ 1 января 1835 года Свода законовъ Россійской имперіи.

Въ предисловіи къ Полному собранію законовъ *) вы читаете по поводу составленія свода, что Его Имп. Вел. принялъ оное (дѣло) „въ непосредственное свое вѣдѣніе и вмѣстилъ во II отд. Собст. Его Вел. канцеляріи". Понятіе „свода" установлено такъ—это „уложеніе извѣстной части законовъ, приведенныхъ въ простой и удобный порядокъ, съ отмѣною всего недѣйствующаго и съ соглашеніемъ противорѣчій". „Онъ отличается отъ другого вида уложеній тѣмъ единственно, что въ немъ излагаются съ точностью одни законы существующіе, въ истинномъ и полномъ ихъ смыслѣ, безъ исправленія ихъ, дополненія, или усовершенія". Та цѣль, которая до тѣхъ поръ много разъ ставилась, именно приведеніе *дѣйствующаго законодательства въ единство*, была достигнута. Никакія частныя обработки стараго матеріала не могли въ цѣломъ стать въ уровень съ этой оффиціальной переработкой, хотя бы онѣ вѣрнѣе передавали содержаніе старыхъ указовъ.

По отношенію къ дальнѣйшему развитію права законодатель принялъ всѣ мѣры, чтобы устранить шаткость практики, и указалъ точно путь, коему надлежитъ слѣдовать въ случаяхъ недостатка, неясности, неполноты закона.

Могло-ли быть иначе при томъ матеріалѣ, который вошелъ въ составъ свода? Это былъ матеріалъ по происхожденію своему исключительно легальный, который ближайшимъ образомъ можетъ быть поставленъ въ соотвѣтствіе съ королевскими ordonnance'ами въ составѣ французскаго кодекса. Мы видѣли тамъ, что задача унификаціи права была достигнута извѣстнымъ разрывомъ редижированныхъ въ Code'ѣ артиклей съ ихъ первоисточниками **).

языкъ „Précis des notions historiques sur la formation du corps des lois russes. St.-Petersbourg. 1833". Въ концѣ приложена таблица находившагося въ переработкѣ матеріала. Сверхъ показаннаго числа указовъ здѣсь найдете еще рядъ документовъ иного рода и иныхъ наименованій, которые даютъ вмѣстѣ число 35,993.

*) Это предисловіе заключаетъ въ себѣ много важныхъ свѣдѣній, поясняющихъ цѣль изданія Полн. собранія законовъ. У насъ по вопросу объ отношеніи свода законовъ къ матеріалу, изъ коего онъ составленъ, высказывались разныя мнѣнія. Смотри Цитовича „Курсъ русск. гражд. права", начатый изданіемъ при Запискн. новор. универ. приложеніе къ 25 т. (ученіе объ источ. права). Тутъ же подробное описаніе смѣны изданій. Теперь еще у Н. М. Коркунова Общая теорія права и его же статья въ Ж. М. Н. П. сент. 94 г. „Знач. Св. Закон.".

**) Хотя, какъ было видно частью выше и какъ мы будемъ имѣть еще случай убѣдиться впослѣдствіи, и тамъ вопросъ объ отношеніи Code civil къ прежнимъ источникамъ не безспоренъ въ юриспруденціи.

Этотъ разрывъ тамъ носилъ несомнѣнно характеръ болѣе насильственный, болѣе рѣзкій по отношенію къ факторамъ прежняго праворазвитія, чѣмъ у насъ, гдѣ собственно произошла только замѣна мало доступнаго для частнаго лица, дурно согласованнаго матеріала указовъ ихъ сводомъ, составленнымъ оффиціальной коммиссіей подъ непосредственнымъ вѣдѣніемъ Государя.

Необходимо замѣтить, что и по *объему дѣйствія* эти руководящія начала для составленія и дальнѣйшаго примѣненія свода выражены были не по отношенію къ какой либо обособившейся отрасли права, гдѣ допустима болѣе или менѣе свободная дѣятельность юристовъ (какъ, наприм., въ правѣ гражданскомъ), а въ виду всего состава свода.

Такова „structura nova veterum legum", эпиграфъ изъ Бэкона, принятый Сперанскимъ за девизъ всего своего дѣла.

Мы указали сейчасъ на несходство матеріала, изъ котораго образовался нашъ X т., съ матеріаломъ, вошедшимъ въ составъ другихъ европейскихъ кодексовъ. Посмотримъ же, каковъ этотъ *составъ*. Будемъ держаться тѣхъ же общихъ критеріевъ, коими мы пользовались выше для опредѣленія состава другихъ кодексовъ. Начнемъ съ общихъ опредѣленій, касающихся лица, гражданской правоспособности людей. Въ X т. мы не найдемъ, вовсе раздѣла, соотвѣтствующаго абстрактному ученію о лицахъ, des personnes, о ихъ общей право- и дѣеспособности. Для правоспособнаго субъекта безъ всякихъ квалификацій, сословныхъ, племенныхъ, исповѣдныхъ, вы не найдете почти никакихъ общихъ опредѣленій. Въ такихъ статьяхъ X т., гдѣ субъектомъ имущественныхъ правъ названо *частное* лицо, тамъ пространство и свойство этихъ правъ опредѣляется не X-мъ томомъ, а законами о состояніяхъ, сводомъ военныхъ постановленій и другими частями законодательства (о чемъ позже) Затѣмъ, въ отдѣльныхъ положеніяхъ X т., правоспособность лицъ, при всей скудости его статей (особ. въ 1-мъ изданіи), условлена множествомъ видоизмѣненій не только по состояніямъ, но и по исповѣданіямъ, территоріямъ, племенамъ, такъ что количество положеній характера общаго становится за этими исключеніями крайне бѣднымъ.—Та же черта скудости общихъ опредѣленій для понятія лица характеризуетъ X т. и въ отношеніи къ понятію вещи. Для эпохи составленія свода весь кругъ вещей, предметовъ обладанія, на которомъ преимущественно упражнялось указная дѣятельность, ограничивался населенными имѣніями. Цѣль законодателя при этомъ далеко не всегда была исключительно цивильною, а весьма часто, съ этимъ вмѣстѣ, и финансовою. Обмѣнъ иму-

ществъ движимыхъ мало занималъ въ ту пору законодателя. Институты торговаго права, весь кругъ кредитныхъ операцій, такъ близко нынѣ прикасающихся общей цивильной юрисдикціи, поставлены внѣ всякой связи съ системой гражданскихъ институтовъ. Словомъ, нашъ сводъ гражданскихъ законовъ по своему составу подходилъ гораздо ближе къ указаннымъ выше особенностямъ Литовскаго статута въ соотвѣтствующихъ его частяхъ, чѣмъ къ какому либо новому европейскому кодексу.

Возможно ли было въ этихъ условіяхъ ожидать, что кодификаціонная работа графа Сперанскаго послужитъ средствомъ для дальнѣйшаго объединенія дѣйствующихъ въ разныхъ русскихъ территоріяхъ партикулярныхъ системъ цивильныхъ институтовъ?

При ближайшемъ опытѣ такого объединенія оказалось возможнымъ ввести въ составъ свода лишь рядъ отдѣльныхъ положеній Литовскаго статута, котораго примѣненіе было ограничено губерніями Полтавскою и Черниговскою *). Во 2 мъ изд. (42 г.) вы уже находите это осложненіе состава X тома. Натурально оно ровно ничего не прибавило къ началамъ общности права, ибо *общій сводъ и понятіе общаго права* суть совершенно различныя по своему смыслу.

Едва ли можетъ быть сомнѣніе, однако, что эти оба понятія не вполнѣ ясно различались въ кодификаціонной практикѣ II отдѣленія.

Начиная съ XVIII в., мы видимъ, что русскій законодатель дѣлаетъ значительныя усилія для приведенія въ извѣстность дѣйствующихъ привилегій и правъ разныхъ присоединенныхъ къ Россіи территорій. Повидимому, руководящіе круги одной изъ такихъ территорій, именно остзейскаго края, мало заинтересованы въ томъ, чтобъ содержаніе мѣстныхъ правъ становилось вполнѣ извѣстнымъ центральной власти; иначе приведеніе ихъ въ извѣстность не встрѣтило бы затрудненій при существованіи отдѣльнаго факультета юристовъ въ университетѣ дерптскомъ. Такимъ образомъ все болѣе и болѣе старѣющія привилегіи обновляются, молодѣютъ, такъ сказать, лишь посредствомъ новыхъ подтвержденій ихъ силы при всякой перемѣнѣ царствующаго въ Россіи государя. Положеніе дѣла стало серьезнымъ при начавшейся и выполненной въ царствованіе императора Николая кодификаціонной работѣ. Тѣмъ не менѣе кодифицировать именно

*) Мы убѣдимся позже, при обозрѣніи отдѣльныхъ институтовъ, что формальное прекращеніе примѣненія литовскаго статута на его старой исторической почвѣ не оказало предполагавшагося вліянія и скудный содержаніемъ X т. не вытѣснилъ изъ жизни старыхъ источниковъ.

гражданское право не удалось въ ту пору. Мѣстные юрисконсульты утверждали, что при 4-хъ переводчикахъ нужно для простого перевода подлежащихъ документовъ отъ 6 до 8 лѣтъ времени, чтобъ сдѣлать одну эту подготовительную работу *). Право, дѣйствующее въ этой окраинѣ, оставалось такимъ образомъ никому неизвѣстнымъ въ цѣломъ, ни русскому правительству, ни мѣстнымъ подданнымъ русскаго государства вообще, ибо источники начертаны на многихъ языкахъ, частью чужихъ этой странѣ въ ея современномъ состояніи. Лишь въ 64 году приведены въ извѣстность и публикованы на языкахъ нѣмецкомъ и русскомъ мѣстные гражданскіе законы. Названіе этихъ нормъ законами не имѣетъ того же смысла, какой имѣетъ оно для центральной русской территоріи, ибо источникъ здѣсь иной, чѣмъ въ Россіи, т.-е. не указы русскихъ государей, а священное писаніе, право римское, каноническое, германское, шведское земское и городовое уложеніе, права рыцарскія, городскія, отдѣльныя привилегіи и такъ называемые автономическіе источники права. Можно было бы полагать, что право римское дастъ тутъ начало сближенія и общности для отдѣльныхъ областей и откроетъ путь къ правообщенію, хотя впослѣдствіи, съ правами мѣстными другихъ русскихъ территорій. Но это ошибочно, ибо мѣстный сводъ даетъ впереди силу особеннымъ „узаконеніямъ“ и всѣ начала общности отодвигаетъ на второй, на третій планъ. Русскіе законы признаются, на ряду съ иностранными, лишь какъ законы посторонніе (см. Введеніе XXVII и слѣд.).—Если источники для составленія свода не суть законы, въ томъ смыслѣ, какъ источники русскаго свода, то „гражданскими“ ихъ можно назвать лишь съ той же оговоркой, какую дѣлалъ Карамзинъ для проектировавшихся правъ гражданскихъ тамъ, гдѣ гражданъ вовсе нѣтъ.

Въ другихъ обширныхъ областяхъ имперіи, въ Царствѣ Польскомъ, въ Бессарабской губерніи вмѣстѣ съ возсоединенными по берлинскому трактату частями Бессарабіи, дѣйствуютъ сборники законовъ, частью совершенно законченные и чисто-цивильные, какъ въ Польшѣ (Наполеоновъ кодексъ), частью менѣе законченные и значительно видоизмѣненные вліяніемъ указанной дѣятельности русскаго правительства, какъ въ Бессарабіи и на Кавказѣ **).

---

*) Подробное описаніе этихъ операцій мѣстныхъ юрисконсультовъ можно видѣть у Пахмана въ Исторіи кодификаціи, т. II.

**) Подробности у Линовскаго „О мѣстныхъ законахъ Бессарабіи“ 42 г., у Даневскаго, указ. выше сочиненіе Заборовскаго „Гражданское право Царства

Мы имѣемъ такимъ образомъ, для современнаго примѣненія въ Россіи, не только сборникъ законовъ общихъ и мѣстныхъ, племенныхъ, исповѣдныхъ (о чемъ—въ обзорѣ отдѣльныхъ институтовъ), развившихся на старой почвѣ цивильнаго праворазвитія и соединенныхъ механически въ одинъ сводъ, но и болѣе или менѣе непокорные стремленію центральной власти къ объединенію права обширные мѣстные кодексы, изъ коихъ остзейскія гражданскія узаконенія представляютъ собою и по количеству положеній (4600 статей), и по свойству ихъ (старыя привилегіи, часто совершенно нецивильнаго характера) наименѣе удобную для ассимиляціи матерію.

Главнѣйшее препятствіе объединенію гражданскаго права всего государства, въ эпоху образованія сводовъ, составляло свойство матеріала, подлежавшаго обработкѣ, указнаго по способу возникновенія въ однихъ мѣстахъ и хотя инороднаго въ другихъ, но по содержанію своему все-же далеко не чисто-цивильнаго. Достигнуть объединенія права въ этихъ условіяхъ не могли бы никакія усилія науки гражданскаго права. Тамъ гдѣ изъ состава гражданскихъ сборниковъ не выдѣлены начала права публичнаго, сильный элементъ привилегій, тамъ могутъ имѣть мѣсто только своды болѣе или менѣе общіе, а не общее право. Въ правѣ, при этихъ условіяхъ, неизбѣжно преобладаніе партикуляризмовъ и мѣстныхъ, сословныхъ и иныхъ особенностей.

Н.

Мы видѣли выше, въ исторіи французскаго права, такъ называемый période intermédiaire, когда рядомъ отдѣльныхъ законодательныхъ актовъ устранены были въ исторически сложившихся формахъ французской національной жизни всѣ препятствія, стоявшія до того на пути къ обособленію права частнаго и развитію, вмѣстѣ съ тѣмъ, началъ общности, выразившихся въ Code civil. Процессъ того же рода происходилъ, въ значительно видоизмѣненныхъ формахъ, много медленнѣе и лишь въ отдѣльныхъ институтахъ, въ Германіи, въ особенности въ XIX вѣкѣ. Это тоже процессъ замѣны старыхъ формъ быта смѣшанныхъ, цивильно политическихъ, новыми, чисто-цивильными, о чемъ будемъ

Польскаго“ 47 г., все вмѣстѣ у Пахмана, но названъ сочиненіямъ и другимъ, вмѣстѣ съ краткимъ описаніемъ дѣйствующихъ въ Бессарабіи и на Кавказѣ сборниковъ и современнымъ положеніемъ дѣлъ. Тутъ же нѣсколько словъ о Финляндіи, до сихъ поръ связанной больше съ Швеціей, чѣмъ съ Россіей въ ея гражданскомъ правѣ.

имѣть случай говорить позже, въ отдѣльныхъ очеркахъ, напр. аграрнаго движенія въ законодательствѣ прусскомъ и измѣненія институтовъ договорнаго, семейнаго и наслѣдственнаго права въ Германіи вообще. Подробныя изысканія по исторіи позднѣйшаго русскаго права здѣсь же показали бы намъ и у насъ тотъ же медленный, но постоянный процессъ стѣсненія привилегій стараго происхожденія, съ каждымъ годомъ терявшихъ свою raison d'être въ новыхъ условіяхъ развитія государственной власти.

Послѣ того, какъ петровскій способъ разрѣшить проблему соціальныхъ отношеній въ Россіи былъ устраненъ указомъ императрицы Анны, вопросъ объ устройствѣ быта крестьянъ не разъ тревожилъ дальновидныхъ людей русскаго правительства и русскаго общества. Нужна-ли государству эта форма частно-правной зависимости цѣлыхъ массъ русскаго населенія отъ небольшого круга привилегированныхъ лицъ? Чѣмъ окупается безправіе этихъ приватныхъ „подданныхъ“ передъ лицомъ русскаго государства? Къ чему приведетъ въ будущемъ институтъ крѣпостного права, не самородный на русской почвѣ и вызванный необходимостью борьбы московскаго государства съ западными сосѣдями, знавшими его прежде насъ, но и раньше насъ отказавшимися его поддерживать? Не угрожаетъ-ли этотъ порядокъ вещей наступленіемъ для русской жизни тѣхъ страшныхъ предчувствій, которыя тревожили Петра, когда онъ создавалъ свой планъ изъятія населенныхъ имѣній изъ нормальныхъ для предметовъ цивильнаго обладанія формъ гражданскаго оборота?

Мы не имѣемъ цѣли изображать здѣсь движенія капитальныхъ для русской исторіи и русской жизни вопросовъ къ ихъ разрѣшенію.

Истиннымъ преемникомъ петровскихъ преобразовательныхъ задачъ сталъ въ наши дни Императоръ Александръ II.

Проблема была разрѣшена методомъ прямо противуположнымъ тому, которому слѣдовалъ Петръ. Вмѣсто поглощенія всего права частнаго по недвижимостямъ правомъ государственнымъ, духъ новой реформы заключается въ расширеніи права частнаго, частной правоспособности на все населеніе русскаго государства. Если указъ о единонаслѣдіи оказался не родственнымъ историческому русскому духу, то еще менѣе соотвѣтствовалъ тому же національному духу указъ Петра III о вольностяхъ дворянству, коимъ снималась съ этого класса обязательность не только службы государству, но и принятый до того общій образовательный цензъ для привилегированныхъ классовъ. Послѣ этой жалованной грамоты (18 февраля 1762 года) дворянскому сословію оставался

хотя продолжительный (99 лѣтъ), но все же цивильный срокъ пользованія населенными имѣніями.

Акты 19 февраля 1861 года даютъ намъ прямо явленіе примиренія двухъ полярныхъ началъ исторической русской жизни, начала свободы, опредѣлившагося жизнью старыхъ вольныхъ волостей, и начала необходимости, воплощеннаго послѣдующею политической системой русскаго государства. Въ этомъ сліяніи— историческій моментъ образованія современной русской системы права частнаго. Полное обособленіе началъ права публичнаго и права частнаго, какъ двухъ замкнутыхъ и законченныхъ системъ правоотношеній, только съ этихъ поръ способно перейти изъ области предположеній и плановъ въ живую дѣйствительность. Только въ этихъ условіяхъ стало возможно практически различать на почвѣ нашего права id quod ad statum rei publicae spectat отъ того, что установлено ad singulorum utilitatem. Главнѣйшій источникъ смѣшенія интересовъ государства и частныхъ лицъ устраненъ навсегда, и гарантія интересовъ второго рода исходитъ нынѣ непосредственно, для всѣхъ подданныхъ русскаго государства, отъ самой государственной власти.

Достигнувъ путемъ долгаго историческаго процесса этихъ результатовъ, національная жизнь, вмѣстѣ съ этимъ, выходитъ изъ предѣловъ старой исключительности, партикуляризмовъ всякаго рода, племенныхъ, исповѣдныхъ, территоріальныхъ, сословныхъ, въ правѣ гражданскомъ, въ широкую сферу дѣйствительнаго правообщенія всѣхъ элементовъ русскаго населенія. Вмѣсто безсильныхъ попытокъ механическаго соединенія разнообразныхъ нормъ въ одинъ общій сводъ законовъ, дальнѣйшая исторія права должна представить собою, хотя бы медленный, но вполнѣ жизненный процессъ *органическаго образованія системы общаго русскаго гражданскаго права*, передъ которой особенности и партикуляризмы мѣстныхъ, исключительныхъ, спеціальныхъ правъ будутъ постепенно уходить на второй планъ и вовсе исчезать съ исторической сцены.

Въ первую минуту послѣдовавшей коренной реформы быта законодатель не могъ создать потребной для достиженія общности въ правѣ готовой системы цивильныхъ нормъ. Въ уставахъ 20 ноября 1864 года мы имѣемъ одну систему нормъ процессуальнаго характера, предназначенныхъ для общаго огражденія цивильныхъ правоотношеній, образующихся въ новыхъ условіяхъ быта. Это предшествующее образованію новой системы гражданскаго права измѣненіе порядка защиты правоотношеній знакомо намъ въ исторіи права другихъ народовъ. Мы видѣли выше, въ исторіи римскаго государства и права, предшествующую образованію

системы juris gentium замѣну порядка процедированія per legitima verba новымъ процессомъ per verba concepta. Вмѣсто прежняго строго условленнаго буквой закона обряда судебной защиты, органъ суда становится въ новыхъ условіяхъ органомъ медленнаго и постепеннаго образованія новыхъ нормъ гражданскаго права. Какъ въ Римѣ въ VII в., также въ новое время во Франціи образованію общаго гражданскаго кодекса предшествуетъ существенное измѣненіе порядка процедированія, произведенное извѣстнымъ ordonnance de la procédure civile 1667 года. То же, наконецъ, мы наблюдаемъ нынѣ у нѣмцевъ, гдѣ также прежде образованія общаго гражданскаго уложенія созданы въ 1877 году процессуальныя нормы, существенно измѣняющія и объединяющія старый порядокъ гражданскаго судопроизводства.

Въ уставахъ 20 ноября 1864 года достигнуты были всѣ тѣ цѣли, которыхъ такъ долго не могло достигнуть старое русское законодательство въ прежнихъ условіяхъ русскаго быта. „Дѣла челобитчиковы“ дѣйствительно стали обособленной областью защиты на судѣ, въ организованной для всѣхъ и каждаго системѣ судебныхъ установленій новаго типа, интересовъ частныхъ лицъ. Органы цивильной юстиціи децентрализованы, приближены къ мѣстамъ и лицамъ, нуждающимся въ ихъ содѣйствіи для приведенія въ извѣстность и для огражденія ихъ правъ. Вопросы суда и управленія перестали сплетаться и этимъ осложнять защиту интересовъ приватнаго характера безконечнымъ движеніемъ по инстанціямъ независимо отъ воли сторонъ. Положеніе тяжущихся уравнено и стало передъ лицомъ суда совершенно независимымъ отъ какихъ либо чуждыхъ гражданскаго права квалификацій лица. Количество инстанцій ограничено двумя. Съ организаціей судебныхъ установленій поставлено въ тѣснѣйшую связь устройство нотаріальной части и вѣдомство исполнительнаго производства.

По мѣрѣ того, какъ устройство служебныхъ органовъ гражданскаго правосудія пріобрѣтало это свойство спеціальнаго приноровленія для цѣли ихъ особой дѣятельности, опасенія, которыя, при старомъ порядкѣ, возбуждали въ глазахъ законодателя свободные пріемы толкованія законовъ, уступили мѣсто другимъ соображеніямъ. Въ старомъ порядкѣ, подобно тому, какъ въ римской системѣ legis actionum, гарантію правосудія видѣли въ устраненіи всякой попытки „обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій“, особенно въ низшихъ инстанціяхъ, въ обязательности для суда *буквы закона*, при чемъ всякій разъ,

когда не имѣлось въ виду при рѣшеніи дѣла прямого руководящаго текста закона, судъ былъ обязанъ искать разрѣшенія своихъ сомнѣній въ усмотрѣніи законодателя. Это былъ порядокъ необходимый въ прежнихъ условіяхъ; ибо чистый типъ частнаго правоотношенія былъ мало выработанъ, мало обособленъ въ ту пору. Въ новыхъ условіяхъ гражданскаго судопроизводства гарантія правосудія лежитъ уже не столько въ буквѣ всепредусматривающаго закона, сколько въ достоинствѣ судебной организаціи, въ качествахъ лицъ, призванныхъ отправлять судебную функцію, въ постановкѣ судебныхъ должностей, въ способахъ отправленія юстиціи, въ наличности сторонъ при совершеніи процессуальныхъ дѣйствій, въ состязательномъ началѣ, проходящемъ по всѣмъ фазамъ движенія спорнаго правоотношенія *). Въ этихъ условіяхъ огражденія интересовъ частныхъ лицъ на судѣ стѣснительный ригоризмъ старыхъ истолковательныхъ правилъ замѣненъ другимъ принципомъ. Совершенно такъ, какъ въ основоположеніяхъ французскаго цивильнаго кодекса, обязанность суда поставлена и у насъ шире простого примѣненія буквы закона къ конкретному правоотношенію (см. выше art. IV Code civ.). Судебные уставы 20 ноября 1864 года воспрещаютъ „останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ“, а „за нарушеніе сего правила“ подвергаютъ виновныхъ „отвѣтственности какъ за отказъ въ правосудіи“ (Ср. Цвѣтковъ и Гожевъ №№ 69, 70, 71). Art. IV Code civil, составленный, по отзыву нѣмецкихъ романистовъ, несклонныхъ къ похваламъ Code'у, вполнѣ въ античномъ духѣ, составилъ съ 64 года достояніе и русскаго правосудія.

Можетъ ли быть сомнѣніе, что только при этомъ очищеніи началъ права частнаго отъ господствовавшихъ до того элементовъ смѣшаннаго типа, стало возможнымъ и для Россіи достиженіе того единства и той общности въ сферѣ права гражданскаго, которая достигнута нѣкоторыми западными государствами со старою культурою цивильной юриспруденція, и къ которому такъ горячо стремятся въ наше время передовые люди Германіи? Судебные уставы 64 года даютъ намъ солиднѣйшую базу для этихъ ожиданій. Въ теченіе двухъ десятилѣтій основы гражданскаго правосудія, въ нихъ выраженныя, нашли себѣ примѣненіе на такомъ обширномъ пространствѣ русской территоріи, на какомъ не дѣйствовалъ до того ни одинъ законъ, регулирующій область

*) Основные принципы новаго судоустройства и способа процедировать составляютъ предметъ особаго чтенія.

интересовъ частныхъ лицъ. Судебные уставы Императора Александра II введены въ дѣйствіе не только въ большей части губерній внутреннихъ, но, съ нѣкоторыми видоизмѣненіями, на Кавказѣ и въ Закавказьѣ, въ губерніяхъ польскихъ (75 г.), въ западныхъ губерніяхъ (83 г.), наконецъ, даже въ губерніяхъ прибалтійскихъ (см. Св. Зак. т. XVI, ч. 1, Суд. Уст. издан. 92 г., кн. V) и въ Сибири.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, для цѣли образованія въ дальнѣйшемъ *общей системы гражданскихъ институтовъ* не одно только условіе единства государственной власти на всей русской территоріи, но и постоянно расширяющееся примѣненіе общихъ способовъ и формъ огражденія правъ гражданскихъ ко всему составу населенія Имперіи. Но составляютъ-ли эти условія (обособленіе права частнаго отъ публичнаго въ системѣ защиты, единство власти государственной, одинаковость судоустройства и процессуальныхъ нормъ) все, что нужно для того, чтобы въ дальнѣйшемъ была достигнута та же извѣстность началъ общаго гражданскаго права, какой въ особенности въ наше время стремятся достигнуть западныя государства всѣми средствами, какими только способна располагать государственная власть?

Мы видѣли сейчасъ, что задача приближенія суда къ нуждамъ частныхъ лицъ не можетъ быть достигнута иначе, какъ путемъ децентрализаціи судебныхъ учрежденій и сокращенія числа инстанцій. Рядомъ съ этимъ, отправленіе цивильной юстиціи поставлено у насъ, какъ и во Франціи, менѣе чѣмъ прежде, въ зависимость отъ готовой наличности руководящихъ легальныхъ нормъ. Французскій Code, допуская значительную самодѣятельность органовъ юстиціи по отношенію къ легальнымъ нормамъ, знаетъ, рядомъ съ этимъ, какъ поправку, какъ предупрежденіе опасности разъединенія практики и неизвѣстности права, особое средство внутри самой судебной организаціи въ кассаціонномъ учрежденіи, въ этой cour régulatrice, которая и имѣетъ назначеніемъ противодѣйствовать разобщенію юридическихъ нормъ въ ихъ практическомъ примѣненіи судами.

Мы приняли, рядомъ съ общими началами судебной организаціи и основами цивильнаго процесса, и этотъ элементъ строенія французской юстиціи. Но разница состоянія матеріальнаго права въ Россіи и во Франціи — великая. Франція имѣла и имѣетъ сильно развитую практическую цивильную юриспруденцію въ прошлыхъ своихъ судьбахъ, Франція создала единый и чисто-цивильный кодексъ для примѣненія во всемъ государствѣ. У насъ ни того, ни другого условія нѣтъ. Провозгласить особность

правоотношеній гражданскихъ отъ иныхъ и дѣйствительно раскрыть эту особность во всѣхъ подробностяхъ системы цивильныхъ институтовъ—далеко не одно и то же. Въ подробностяхъ изученія этихъ институтовъ мы увидимъ, съ какими трудностями, не всегда только научнаго свойства, соединяется достиженіе этой цѣли. Если французской кассаціи легко, въ указанныхъ условіяхъ, выполнять свою функцію, то русская кассаціонная практика находится въ этомъ отношеніи въ совершенно иномъ положеніи.

Наша кассаціонная практика, по мѣрѣ расширенія судебныхъ установленій на территоріи примѣненія разныхъ кодексовъ, будетъ достигать тѣхъ же цѣлей, какъ и во Франціи, но лишь въ границахъ дѣйствія того или другого кодекса, и съ этимъ вмѣстѣ, въ общемъ, по отношенію къ цѣлому русскому государству, цѣлей прямо противоположныхъ тѣмъ, какія достигаются во Франціи. Рядомъ съ самыми благопріятными внѣшними условіями развитія системы общихъ цивильныхъ институтовъ мы будемъ имѣть въ дѣйствительности обиліе партикуляризмовъ, условленныхъ не столько существомъ цивильнаго права, сколько пестрой формулировкой юридическихъ нормъ, возникшихъ въ разное время, въ разныхъ условіяхъ, обиліемъ началъ привилегіи, имѣвшихъ въ свое время практическій смыслъ и удерживающихся нынѣ нерѣдко какъ совершенно дисгармоническій съ общими условіями быта остатокъ старины.

Не подлежитъ сомнѣнію, что значительная часть партикуляризмовъ, привилегій, жалованій, льготъ, коими изобилуютъ въ особенности балтійскія губерніи, можетъ быть въ дальнѣйшемъ или устранена, или удержана и поставлена особо отъ общей системы права, исключительно актами той же законодательной власти, въ коей всѣ эти остатки старины до послѣдняго времени искали себѣ поддержки и утвержденія. Насколько предположенная въ 1881 году кодификація гражданскаго права приблизитъ насъ къ цѣли образованія системы гражданскихъ институтовъ общихъ для всей Россіи—это вопросъ будущаго.

Несомнѣнно, что никогда задачи русской юриспруденціи не стояли такъ высоко и такъ близко къ практикѣ, какъ въ наши дни, и весь вопросъ въ томъ только, какими средствами она выйдетъ изъ предстоящей для нея трудной проблемы.

I.

Мы видѣли выше, что уже при первыхъ попыткахъ привести въ извѣстность массу постоянно накопляющагося указного мате-

ріала русское правительство, въ самомъ началѣ XVIII вѣка, ищетъ содѣйствія *свѣдущихъ въ юриспруденціи* людей. *Сначала эта потребность извѣстности права не спеціализирована.* Законодатель хочетъ обезпечить извѣстность права во всѣхъ его областяхъ. Задачи суда, управленія, разныхъ его отраслей, военной, финансовой, системы личныхъ повинностей и службъ, суда уголовнаго, гражданскаго, торговаго, до такой степени сплетены, что при этомъ нѣтъ возможности разобраться въ задачахъ, которыя имѣютъ выполнять люди, разумѣющіе „правъ искусство", Со временемъ разныя сферы дѣятельности высшаго правительства обособляются въ достаточной степени, чтобъ можно было спеціализировать требованія. Въ учрежденіяхъ Императрицы Екатерины II выдѣлились особыя мѣста и лица, которыя вѣдаютъ дѣла суда гражданскаго. Въ эту же пору сознается необходимость имѣть *свою* *) постоянную школу юристовъ, въ которой обученіе происходило бы по-русски и *гдѣ ученики привыкали бы не только науками пользоваться, но и достигали бы того, чтобъ другихъ обучать могли.* Таково въ особенности назначеніе академіи и московскаго университета. Въ наказѣ, данномъ генералъ-губернатору, Императрица предоставляетъ ему, въ случаяхъ затруднительныхъ и противорѣчивыхъ между самими законовѣдами, требовать мнѣнія университета, академіи наукъ и юриспрудентскаго класса кадетскаго корпуса. Это то же, что мы видѣли выше въ очеркѣ нѣмецкаго праворазвитія — transmissio actorum, Actenversendung (1-ое П. С. Зак. № 12741). Въ какой, однако, степени готовности въ эту пору находилась именно академія наукъ по части юриспруденціи, объ этомъ можно судить по указу Императрицы (№ 12746), которымъ она порицаетъ бездѣйствіе академіи, гдѣ состоятъ переводчики, получающіе жалованье и совершенно неспособные исправлять своихъ должностей, частью за старостью, частью за другими тѣлесными недостатками **).

Настоящая традиція русской юриспруденціи, и въ особенности цивильной, начинается много позже. Она тѣсно связана съ заботами гр. Сперанскаго объ организаціи правильнаго и постояннаго преподаванія въ нашихъ юридическихъ факультетахъ. Только съ этихъ поръ можно датировать постоянно раз-

---

*) Посланная за границу молодежь не всегда отвѣчала ожиданіямъ Петра Вел. и, переводя туда деньги, онъ сѣтуетъ, что они, *живя на волѣ, гуляютъ, а ученья принимаютъ мало* (№ 2292).

**) Единственный годный переводчикъ, привлеченъ сенатомъ къ переводу Эстляндскихъ правъ, начавшемуся за 98 лѣтъ до окончанія его въ 1864 году.

вивающійся интересъ къ знаніямъ юридическимъ и постоянную разработку національныхъ юридическихъ памятниковъ русскими юристами *). Впрочемъ, въ первое время обновленной жизни русскихъ университетовъ успѣхи русской науки права имѣли мало приложенія къ практической юстиціи. Университетскіе преподаватели и слушатели изучали римское право, знакомились съ цивилистической литературой запада, разрабатывая вопросы историко-юридическіе, а между тѣмъ практика судовъ, при томъ очень мало доступная публикѣ, шла своимъ путемъ неуклоннаго примѣненія однѣхъ статей закона, ревниво не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій. Можно сказать, что наука и школа работали въ ту пору въ интересахъ будущей русской юриспруденціи, безъ всякаго прямого отношенія къ вопросамъ дня.

Для того чтобъ дѣятельность цивилистовъ стала ближе къ практическимъ цѣлямъ юстиціи, необходимо было еще дальнѣйшее обособленіе задачъ и цѣлей гражданской юстиціи отъ другихъ отраслей права, долгое время тѣсно съ нею соприкасавшихся. Только въ условіяхъ такого обособленія стала возможною и у насъ продуктивная дѣятельность юриспруденціи, открылся путь для ея вліянія на практику судовъ. Какъ видно было выше, это составляетъ явленія послѣднихъ двухъ десятилѣтій русской юстиціи. Только въ наши дни для русскихъ судовъ закрытъ окончательно путь обращенія къ инстанціямъ законодательнымъ ante sententiam. Только теперь они обязаны знать не одни законы, въ коихъ выражено дѣйствующее право, но и самое право, хотя бы оно не нашло себѣ выраженія въ словѣ закона. Недостаточность Свода гражданскихъ законовъ (т. X ч. 1) признана самимъ законодателемъ въ указѣ 1881 года, коимъ учреждена новая кодификаціонная коммиссія для пересмотра дѣйствующаго гражданскаго законодательства **). Между тѣмъ судъ не можетъ ссылаться на эту недостаточность, непол-

*) Обозрѣніе хода преподаванія права въ русскихъ школахъ даетъ Неволинъ въ Энцикл. законовѣд., т. 2, § 1029, и въ исторіи Русск. Гражд. закон., часть I, § 15. Подробныя свѣдѣнія по исторіи русскихъ университетовъ и объ учебной и ученой дѣятельности профессоровъ становятся обыкновенно достояніемъ публики въ годы юбилейныхъ торжествъ этихъ учрежденій. Свѣдѣнія, которыя можно получать изъ издаваемыхъ въ этихъ случаяхъ книгъ, представляютъ живѣйшій интересъ для исторіи всего умственнаго движенія въ Россіи. Покуда изъ всѣхъ нашихъ университетовъ одинъ университетъ московскій (въ 55 году) пережилъ столѣтіе своего существованія.

**) Въ рядѣ Высоч. повелѣній отъ 12 и 26 мая и 3 ноября 1882 г. и 11 декабря 1884 г. на Редакціонную Коммиссію возложено: 1) составленіе проекта гражд. уложенія, устава объ опекахъ и попечительствахъ 3) положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимости (Вотчинный уставъ).

ноту, противорѣчіе, какъ на мотивъ отказа разсмотрѣть спорное дѣло. Еще менѣе, натурально, допустима отсрочка рѣшенія до изданія новаго уложенія, практиковавшаяся Вотчинной коллегіей въ прошломъ вѣкѣ (см. выше).

Гдѣ же средства у суда восполнять недостаточность, неполноту и т. д. дѣйствующихъ легальныхъ нормъ? Положеніе нашей юстиціи буквально сходится съ тѣмъ, въ которомъ мы находимъ цивильную юстицію въ Римѣ въ эпоху переходную отъ старой системы легальныхъ нормъ къ новому порядку защиты гражданскихъ интересовъ массы населенія, не знающаго вовсе системы цивильнаго права и не имѣющаго взамѣнъ ея никакой готовой системы общаго права. Между тѣмъ и тотъ судъ не въ правѣ былъ отказывать въ защитѣ отношеній юридическаго характера, которыя возникали въ условіяхъ новаго широкаго и свободнаго общенія интересовъ приватныхъ лицъ. Вы знаете изъ историческихъ курсовъ по римскому праву, какими путями тамъ развивалась практика суда и область новыхъ правоотношеній пріобрѣтала всѣ свойства необходимой для права извѣстности въ обширныхъ кругахъ заинтересованныхъ лицъ. Явленіе такого же недостатка руководящихъ для суда нормъ повторяется въ подобныхъ условіяхъ не разъ и на ново-европейской почвѣ, когда потребность права общаго уже есть на лицо и есть на лицо органы, обязанные ограждать правоотношенія въ этихъ новыхъ широкихъ предѣлахъ, а соотвѣтствующихъ сему нормъ еще не образовалось. Мы дѣлали выше указанія на эти явленія. Вспомнимъ указанія на международное частное право, которое до такой степени не богато положеніями матеріальнаго права, и для примѣненія котораго, однако, современная наука и практика непрестанно стремятся изыскать постоянныя и неизмѣнныя опредѣляющія начала. Для насъ здѣсь любопытнѣе—ближе къ нашимъ практическимъ интересамъ—положеніе современнаго общаго права въ Германіи. Вы видѣли выше, что кругъ законовъ, обязательныхъ для примѣненія въ области дѣйствія общихъ имперскихъ судовъ, очень ограниченъ. Общегерманскій гражданскій кодексъ имѣетъ вступить въ силу лишь съ 1-го января 1900 г. Между тѣмъ, имперскій судъ въ Лейпцигѣ функціонируетъ. Civilprocessordnung 1877 года примѣняется въ виду всей наличной пестроты неотмѣненныхъ кодексовъ и некодифицированныхъ системъ дѣйствующаго гражданскаго права. Размежевать строго имперскую компетенцію съ удержавшейся еще мѣстами компетенціей локальныхъ органовъ юстиціи, съ судами спеціальными,—легко только на бумагѣ, а не на дѣлѣ. При этотъ вопросы компетен-

ціи не представляютъ еще всей трудности, какую вынуждена одолѣвать нѣмецкая юстиція. Еще сложнѣе вопросъ о нормахъ. Какихъ только нормъ не приходится примѣнять имперскому суду въ своей практикѣ!—восклицаетъ одинъ изъ руководящихъ нѣмецкихъ цивилистовъ новаго времени. Задача приведенія въ извѣстность началъ общихъ, связующихъ разнообразіе многочисленныхъ территоріальныхъ цивильныхъ системъ, ничѣмъ не легче въ нынѣшней нѣмецкой практикѣ, чѣмъ она была въ практикѣ претора перегриновъ въ Римѣ. Разница только въ томъ, что тамъ это была проблема, въ первый разъ ставшая на очередь для разработки юристовъ. Здѣсь, въ новое время, мы разрѣшаемъ задачу по существу тождественную, но уже разъ разрѣшенную въ другихъ условіяхъ. Нѣмецкая юриспруденція, освоившись путемъ школы съ методами классическаго права, съ мастерствомъ юристовъ римскаго міра, медленно и усердно созидающая въ ученой разработкѣ начала права германскаго общаго, оказалась достаточно вооруженной, чтобъ проходить этотъ трудный путь цивилистической практики общаго права безъ готоваго общаго кодекса въ виду безчисленныхъ партикуляризмовъ. Работаютъ въ этихъ цѣляхъ не только суды, которыхъ дѣятельность обращена всегда къ конкретнымъ правоотношеніямъ. Работаетъ въ особенности литература, задачи которой шире, свободнѣе, хотя онѣ и не направлены къ разрѣшенію вопросовъ ежедневной практики. Успѣхъ и признаніе встрѣчаютъ въ наше время въ особенности тѣ ученыя работы юристовъ по партикулярнымъ системамъ гражданскаго права, прусской, австрійской, виртембергской, саксонской и проч., которыя въ основу своихъ системъ кладутъ начала права гражданскаго общаго, римскаго и германскаго происхожденія. Въ массѣ случаевъ методъ повѣрки и разсчета этихъ мѣстныхъ системъ съ общею приводитъ въ результатѣ къ большему или меньшему объединенію розныхъ по первоначальной сферѣ примѣненія, иногда и по историческому происхожденію нормъ.

Задачи русской юстиціи во многомъ сходны, почти тождественны съ задачами юстиціи нѣмецкой. Наше право частное, дѣйствіемъ реформъ прошлаго царствованія, обособлено не только въ той же мѣрѣ, но отчасти даже въ бо́льшей, чѣмъ нѣмецкое, въ особенности въ области институтовъ имущественныхъ, отъ примѣси элементовъ нецивильныхъ. Это условіе крайне благопріятное для образованія началъ гражданскаго права общаго насчетъ партикуляризмовъ, которые при этомъ у насъ, за исключеніемъ Остзейскаго края, далеко не носятъ характера до такой степени

коснаго, окаменѣлаго, какъ мѣстами въ Германіи, гдѣ и до сихъ поръ нерѣдко нельзя обособить элементъ цивильный даннаго отношенія отъ публичнаго, не разбивая насильственно всей конструкціи.

На зато рессурсы нашей юстиціи для достиженія цѣли практическаго примѣненія не однѣхъ статей X т., а на ряду съ этимъ и началъ права общаго, много скуднѣе, чѣмъ на западѣ.

Это не лежитъ упрекомъ ни на комъ лично. Это условлено краткостью, частью непостоянствомъ традицій нашей юридической школы, слабымъ вліяніемъ римскаго права, глубокими разрывами въ органическомъ процессѣ національной жизни, гдѣ часто самые счастливые зачатки цивильной системы не только не культивировались вовсе впослѣдствіи, но совершенно, такъ сказать, вытаптывались и, наконецъ, безслѣдно выходили изъ памяти позднѣйшихъ поколѣній.

Еще труднѣе задача науки общаго дѣйствующаго въ Россіи гражданскаго права. Дѣйствующій въ центральныхъ частяхъ территоріи X т. ч. I почти совершенно отрѣшенъ отъ обыкновенныхъ элементовъ цивильныхъ конструкцій другихъ кодексовъ. Изъ системъ, дѣйствующихъ на окраинахъ государства, кодексъ польскій настолько же становился (до послѣдняго времени) менѣе извѣстнымъ въ кругахъ русскихъ юристовъ оттого, что онъ сталъ польскимъ, насколько языкъ польскій менѣе распространенъ въ Россіи, чѣмъ французскій. Остзейскій слишкомъ юнъ по происхожденію и слишкомъ старъ по составу, чтобъ въ этомъ своемъ любопытномъ образѣ вызвать энергію русскихъ или нѣмецкихъ ученыхъ къ обработкѣ его въ удобный для общаго академическаго изученія видъ. Къ тому же весь онъ созданъ вовсе не для того, чтобъ подвинуть задачи развитія общаго русскаго права, а скорѣе, чтобъ отсрочить ихъ. Элементы, изъ коихъ онъ сложился, суть всѣ хорошо извѣстные въ наукѣ права и притомъ въ значительной части давно отжившіе на западѣ. Разработка элементовъ права обычнаго русскаго, со всѣми его подраздѣленіями, инородческаго, мѣстнаго для отдѣльныхъ областей — начинаетъ серьезно занимать мысль юристовъ лишь съ самаго недавняго времени и не предсгавляетъ собою не только ничего оконченнаго, но нерѣдко много сомнительнаго, для того чтобъ въ этомъ видѣ она могла послужить надежнымъ средствомъ обогащенія нашей общей цивильной системы.

Въ этихъ условіяхъ ожиданіе успѣшной кодификаціи общаго

русскаго гражданскаго права *), возбужденное, повидимому, у насъ кодификаціонными задачами, поставленными на очередь въ Германіи въ послѣднее время, едва ли скоро оправдается.

Призваніе науки русскаго гражданскаго права, однако, не можетъ быть ни въ какомъ случаѣ поставлено ниже опредѣлившейся практически потребности раскрытія нормъ общаго цивильнаго права въ Россіи. Мы видѣли выше, что повсюду на западѣ отвѣтомъ на эту потребность служила рецепція римскаго права, прошедшая широкимъ потокомъ по всѣмъ политически разнымъ территоріямъ запада. Движеніе этого потока остановилось тамъ, гдѣ не было постоянныхъ органовъ, способныхъ воспользоваться его, такъ сказать, даровой для новой юриспруденціи силой, гдѣ не было школъ, гдѣ не образовалось условій рецепціи, не опредѣлилась потребность обособленія гражданскаго права отъ нецивильныхъ примѣсей, гдѣ не нужно было права общаго... Въ измѣнившихся нынѣ условіяхъ нашего юридическаго быта мы поставлены въ необходимость разрѣшать тѣ же трудныя задачи, которыя въ свое время одолѣвали одна за другой юриспруденція итальянская, французская, нѣмецкая. Какія практическія средства способны насъ приблизить къ цѣли? Думаемъ, что сомнѣній не можетъ быть. Это долженъ быть тотъ же трудъ, то же умственное движеніе въ кругахъ русскихъ юристовъ, которое привело юристовъ западныхъ къ разработкѣ ихъ системъ, къ обособленію у нихъ институтовъ чисто-приватнаго типа, къ расширенію сферы общаго права у нихъ.

Будетъ ли насъ смущать отдаленность цѣли, незначительность выполненныхъ нашей литературой трудовъ въ сравненіи съ заслугами другихъ націй?..

---

*) Трудно съ достовѣрностью сказать—въ чемъ именно заключается точнымъ образомъ ея задача; есть ли это выработка проекта общаго права или цѣль болѣе узкая. Покуда, до 89 г., коммиссія носила больше характеръ издательскій, чѣмъ кодификаціонный. Сверхъ указан. выше изданій, съ ея содѣйствіемъ изданы теперь еще нѣкоторые переводы и сочиненія, о конхъ позже, въ курсѣ. 1-е дек. 94 г., г. предсѣдатель Выс. учрежденной редакціонной коммиссіи публиковалъ во всеобщее свѣдѣніе, что, во исполненіе Высоч. воли, коммиссіей составлены проекты правилъ для перехода отъ запретительной къ ипотечной системѣ, которые и утверждены засимъ надлежащими властями, и что, затѣмъ, составлены: 1) проектъ уст. объ опекахъ и попечительствахъ съ объяснит. запиской (1 т.); 2) проектъ вотч. устава съ объяснит. записк. (2 т.), 3) проектъ правилъ объ обезпеченіи договоровъ... недвижимымъ имѣніемъ; 4) проектъ положенія о взысканіяхъ съ недвижимыхъ имуществъ съ объяснит. записк. По гражданскому уложенію изготовлены проекты: 1) общей части (296 ст.), 2) семейнаго права (415 ст.), 3) вотчиннаго права (251 ст.), 4) наслѣдств. права (181 ст.), 5) обязательственнаго права (около 800 ст.). Подлежатъ составленію проекты: 1) о правѣ собственности, 2) о разныхъ родахъ собственности, 3) о пожизненномъ и срочномъ владѣніи, 4) о правѣ авторскомъ и о правѣ на изобрѣтенія, 5) объ особыхъ порядкахъ наслѣдованія, 6) объ акціонерн. товариществѣ и объ артеляхъ.

Мы отвѣтимъ на эти сомнѣнія прекраснымъ уподобленіемъ, къ которому прибѣгаетъ Савиньи въ одномъ трактатѣ. Живетъ сказаніе въ нѣкоторой древней обители объ иконѣ, хранящейся тамъ. Икона та выше самаго высокаго человѣка, подходящаго къ ней, всего на одну ладонь. Но чудесное свойство иконы въ томъ, что кто бы ни приближался къ ней, великій или малый, она все остается выше приблизившагося на ту же ладонь...

Говоря о вліяніи римскаго права на дальнѣйшую разработку нашихъ цивильныхъ институтовъ, мы не разумѣемъ вовсе какого либо опредѣленнаго процесса рецепціи, который при этомъ носилъ и на западѣ столь различный характеръ въ разныхъ государствахъ и въ разное время.

Задача наша ограничена цѣлями только научными. И въ этомъ смыслѣ мы не найдемъ болѣе удобнаго способа выполненія ея, какъ тотъ же, какому слѣдуютъ наука гражданскаго права и цивилистическая школа на западѣ. Чтобы достигнуть извѣстности дѣйствующей у насъ системы гражданскихъ институтовъ, намъ нельзя полагать въ основу ея одни только начала, выраженныя въ дѣйствующемъ сводѣ законовъ. Самое простое сопоставленіе его статей съ задачами, которыя приходится разрѣшать нашей практикѣ, убѣдитъ насъ въ томъ, что современная жизнь русскаго общества требуетъ отвѣта на вопросы, которые вовсе въ немъ не разработаны. Мы будемъ имѣть случай много разъ убѣдиться въ этомъ въ дальнѣйшемъ изложеніи нашихъ ученій. Намъ необходимо разрабатывать наши цивильныя ученія въ виду тѣхъ же общихъ началъ римскаго права, которыя легли въ основу разработки гражданскаго права на западѣ. Принимая эту основу, мы не думаемъ допускать обязательной силы какихъ бы то ни было положительныхъ опредѣленій юстиніановскаго кодекса. Ни одна римская конструкція не можетъ быть принята нами безъ повѣрки ея примѣнимости въ новыхъ условіяхъ, въ условіяхъ современнаго праворазвитія. Тѣ положенія и начала, которыя ясно выражены въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ, явятся для насъ необходимымъ видоизмѣненіемъ въ принятой нами основѣ. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ не отдѣльныя положенія позитивнаго характера, а теоретическія конструкціи нашего свода окажутся ошибочными, ложными, недостаточными, мы отвергнемъ ихъ, замѣнимъ, восполнимъ соотвѣтственно методамъ хорошо развитыхъ, современныхъ цивильныхъ системъ, поставимъ ихъ въ болѣе прямое и близкое отношеніе къ практическимъ цѣлямъ юстиціи. Сверхъ того, и тамъ, гдѣ это возможно, мы будемъ, на основаніи историческихъ данныхъ русскаго гражданскаго

права, вводить въ наши ученія и его элементы, хотя бы не вошедшіе въ дѣйствующій сводъ, совершенно такъ, какъ вводятъ въ современныя практическія системы западные учители институты такъ называемаго общаго германскаго права, которые оказываются нерѣдко вовсе не исключительно германскими, а на столько же и русскими.

Въ этомъ будетъ состоять задача нашего курса и только этимъ путемъ мы приблизимся къ цѣли—извѣстности общей цивильной системы, имѣющей въ настоящее время дѣйствительное приложеніе въ Россіи. Сопоставленія постоянныхъ основъ ея съ отдѣльными положеніями мѣстныхъ нашихъ кодексовъ мы будемъ избѣгать во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ возможно замѣнить ихъ прямыми указаніями на право римское и на начала общаго права германскаго.

Что касается назначенія университетскихъ чтеній вообще, также какъ и самихъ университетовъ, то вы уже видѣли, какъ смотрѣла на этотъ вопросъ императрица Екатерина въ указанномъ выше (стр. 216) законоположеніи. Только при условіи такого взгляда возможно образованіе преемства, необходимаго для достиженія высокихъ цѣлей дѣйствительнаго вліянія науки гражданскаго права на практическую юстицію. Савиньи, выражая приблизительно ту же мысль, опредѣляетъ назначеніе университетскихъ курсовъ въ слѣдующихъ словахъ: „*они должны дать идеѣ науки господство въ средѣ слушателей и вызвать въ нихъ способность самостоятельнаго творчества*“.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

§ 8.

Общее русское гражданское право.—Содержаніе общей части.—Ученіе о нормахъ.—Систематика юридическихъ явленій.

Задачу этого курса составляетъ систематическое изложеніе дѣйствующаго русскаго гражданскаго права, какимъ оно является въ наше время въ положеніяхъ нашего законодательства и въ практикѣ нашихъ судовъ. Пестрота и разнообразіе дѣйствующихъ на территоріи русскаго государства нормъ гражданскаго права различнаго историческаго происхожденія настолько значительны, что исчерпывающее изложеніе этихъ партикуляризмовъ не можетъ составить содержанія одного систематическаго курса. Мы въ этомъ отношеніи въ настоящее время находимся въ условіяхъ, близкихъ къ состоянію гражданскаго права въ Германіи, гдѣ удерживается еще масса партикуляризмовъ, несмотря на предстоящее введеніе общаго гражданскаго кодекса.

Въ нашихъ научныхъ и и академическихъ задачахъ мы не можемъ не считаться *съ тѣмъ же стремленіемъ къ общему праву.* У насъ оно составляетъ не дѣло какой либо политической партіи, какимъ было долгое время въ Германіи, а настоящую практическую задачу русскаго законодательства, давно намѣченную и совершенно опредѣлившуюся при составленіи свода законовъ въ царствованіе Императора Николая. Отчасти, въ области процессуальныхъ нормъ оно теперь уже достигнуто. Примѣненіе началъ, положенныхъ въ основу Уставовъ гражданскаго судопроизводства 20 ноября 1864 года, къ территоріямъ различныхъ партикулярныхъ кодексовъ, составляетъ только вопросъ времени и удобствъ. Наряду съ этими уставами происходитъ постоянное измѣненіе и самыхъ нормъ гражданскаго права, его институтовъ, на всей территоріи русскаго государства въ духѣ обособленія его началъ отъ примѣсей нецивильнаго свойства.

Это движеніе идетъ не со стороны, содѣйствіемъ какого либо энергическаго органа партикуляристскихъ цѣлей, каковымъ служитъ нынѣ Пруссія, поощряющая образованіе общаго гражданскаго кодекса въ Германіи по разсчетамъ главнымъ образомъ политическимъ. Это движеніе русскаго законодательства есть органическое, условленное общими національными цѣлями, исторически опредѣлившееся, а не случайное.

Посему, принимая за основу изученія именно русское дѣйствующее гражданское право и оставляя въ сторонѣ остзейскіе и иные партикуляризмы, мы изучаемъ не русское только право, какъ особое, тоже какъ бы партикулярное („постороннее“ для какихъ либо частей имперіи, по выраженію мѣстн. св. для губ. остз.), а *русское право, какъ систему права общаго* для имперіи.

Въ составѣ собственно русскихъ легальныхъ нормъ, въ дѣйствующемъ общемъ сводѣ, мы найдемъ, наряду съ началами общаго гражданскаго права, институты совершенно партикулярнаго характера, ограниченные въ своемъ примѣненіи коренными русскими областями, каково, напр., общинное землевладѣніе. Это будетъ особенность имущественныхъ институтовъ русскихъ съ характеромъ исторически-исключительнымъ. Такихъ исключительныхъ институтовъ найдется не мало въ составѣ русскаго законодательства, какъ и въ составѣ несравненно болѣе развитыхъ европейскихъ кодексовъ, что не мѣшаетъ имъ, въ другихъ своихъ частяхъ, носить характеръ кодексовъ общаго права.

По времени и условіямъ, въ коихъ возникъ нашъ дѣйствующій сводъ зак. и X т. ч. 1 въ особенности, онъ далеко не изобиленъ содержаніемъ нормъ общаго характера. Но съ того времени само законодательство и практика примѣненія его нормъ до такой степени измѣнились, расширились *и пріобрѣли характеръ общности*, что ограничивать нашу задачу изученіемъ текстовъ X т., полагая, что тутъ именно и скрыто все дѣйствующее русское гражданское право, было бы вполнѣ ошибочнымъ. Убѣдиться въ этомъ будетъ не трудно на любомъ вопросѣ системы дѣйствующихъ институтовъ русскаго гражданскаго права. Натурально, тамъ, гдѣ дѣйствующее гражданское законодательство ни въ составѣ свода, ни въ опредѣлившейся практикѣ нашихъ судовъ не удовлетворяетъ понятію и требованію института общаго права, мы должны будемъ въ курсѣ отмѣчать особенно это отступленіе и изображать, въ видѣ образца, *строеніе* такого *института* такъ, *какъ онъ выработанъ другими законодательствами или сталъ достояніемъ науки и практики независимо отъ прямого воздѣйствія законодательнаго авторитета.*

Вотъ признаки, коими мы ближайшимъ образомъ опредѣляемъ задачу курса русскаго гражданскаго права.

Само собою разумѣется, что повсюду, гдѣ это возможно, изложеніе дѣйствующихъ современныхъ нормъ русскаго гражданскаго права мы будемъ связывать съ извѣстными началами римской цивильной системы, отмѣчая въ главнѣйшихъ пунктахъ отступленія современныхъ системъ отъ ея основоположеній. Это тотъ путь, который откроетъ намъ возможность идти, въ нашемъ курсѣ, рука объ руку съ успѣхами работъ западныхъ цивилистовъ, способныхъ часто восполнять недостатокъ развитія русской цивилистической литературы.

Выдѣляя изъ системы изложенія отдѣльныхъ цивильныхъ институтовъ *общую часть* или общія ученія, мы слѣдуемъ образцамъ, принятымъ далеко не въ однѣхъ юридическихъ наукахъ, но въ послѣднихъ очень нынѣ распространеннымъ. Въ каждомъ отдѣльномъ институтѣ гражданскаго права такъ много элементовъ общихъ для нихъ всѣхъ, что предварительное ознакомленіе съ этими общими элементами любой цивилистической конструкціи во многомъ очень упрощаетъ послѣдующее знакомство съ каждымъ институтомъ въ особенности. Этому пріему выдѣленія общей части слѣдуютъ не только ученые систематики, но и кодификаторы дѣйствующихъ системъ, особенно позднѣйшія, какъ напр. саксонскаго кодекса и нѣмецкаго гражданскаго Уложенія 96 г.

Въ западныхъ системахъ и кодексахъ въ составъ общей части гражданскаго права вводятъ нерѣдко и общія ученія о юридическихъ нормахъ. Это объясняется тѣмъ, что тамъ институты права частнаго кладутся въ основу всей системы юридическихъ конструкцій. Такъ, напр., въ прусскомъ ландрехтѣ. Въ массѣ нѣмецкихъ системъ (Савиньи) и учебниковъ (кромѣ Arndts'a) гражданскаго права мы видимъ широко развитыми общія ученія о нормахъ.

Нашъ X т. ч. I Свода, Законы гражданскіе, согласно воззрѣніямъ нашихъ кодификаторовъ, вполнѣ отвѣчавшимъ общему состоянію права въ ту пору, не послужилъ основой для всего кодификаціоннаго плана, какъ прусскій ландрехтъ, и самъ занялъ далеко не первостепенное мѣсто въ составѣ цѣлаго свода, среди законовъ о состояніяхъ и уставовъ государственнаго благоустройства и благочинія. Въ связи съ этимъ понятно, что никакія общія положенія не только о нормахъ, но и о лицахъ, вещахъ, дѣйствіяхъ, волеизъявленіяхъ, не были въ немъ выработаны такъ, какъ ихъ вырабатываютъ западныя системы. Если мы находимъ въ составѣ стараго Свода общія положенія о нормахъ, зако-

нахъ,—общихъ и мѣстныхъ,—о порядкѣ ихъ составленія, храненія, обнародованія, о дѣйствіи законовъ въ отношеніи мѣста, времени, лицъ, объ исполненіи, толкованіи, отмѣнѣ законовъ и о примѣненіи законовъ иностранныхъ, такъ же какъ объ обычаѣ и обязательныхъ постановленіяхъ (см. Сборн. Гожева и Цвѣткова *), стр. 1—30), то всѣ эти положенія возникли вовсе не въ виду гражданскихъ законовъ въ особенности. Для характеристики этихъ ученій въ составѣ стараго Свода мы возьмемъ слѣдующія положенія. Судебное мѣсто (прежняго устройства) не можетъ рѣшить дѣла, если нѣтъ на оное яснаго закона; въ семъ случаѣ судебныя мѣста обязаны представлять губернскому начальству, которое, сдѣлавъ предварительно въ общемъ собраніи губернскаго правленія и палатъ совѣщаніе, доносить о томъ Правительствующему Сенату (Цв. 71). Составъ присутствія, который указанъ тамъ же, (губ. прокуроръ, начальн. губерніи, предсѣд. казен. палаты, управл. госуд. имущ.), свидѣтельствуетъ о томъ, какія заботы тревожили законодателя въ вопросѣ о руководящихъ для суда нормахъ. Судебныя рѣшенія дѣлъ частныхъ, хотя могутъ быть приводимы въ поясненіе въ докладахъ, но не могутъ быть признаваемы законами общими, для всѣхъ обязательными, ниже служить основаніемъ окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ (Зак. Осн. ст. 69, Цв. 81). Насколько инымъ духомъ проникнуто отношеніе закона къ суду въ Уставахъ 20 ноября 1864 г., можно судить по ст. 9 и 10 Уст. гражд. суд. Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному *разуму* дѣйствующихъ законовъ (ст. 65 Зак. Осн.—всѣ безъ изъятія мѣста должны утверждать свои опредѣленія на точныхъ *словахъ* закона), а въ случаѣ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ. Воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты и проч. подъ угрозой наказанія (ст. 10). По ст. 815 уст. гражд. суд. всѣ рѣшенія и опредѣленія кассаціоннаго департамента сената, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ. По ст. 813 уст. гражд. суд. судъ, въ который обращаются дѣла для новыхъ рѣшеній, обязанъ, въ изъясненіи точнаго разума закона, подчиняться сужденію Прав. Сената.

Таковы старыя и новыя положенія о нормахъ, старыя—идущія впереди всего дѣйствующаго свода, составляющія основ-

*) Въ дальнѣйшемъ будемъ цитировать Цв.

ной законъ, и новыя—предпосланныя уставамъ судопроизводства, получившія примѣненіе въ условіяхъ новаго быта.

Мы увидимъ далѣе, что не одни эти положенія составляютъ обыкновенно содержаніе вводныхъ законоположеній и общихъ ученій о нормахъ.

Но, далѣе... Существуютъ-ли въ составѣ нашего X т. ч. 1, въ строеніи этой цивильной системы, тѣ общія положенія о лицахъ, вещахъ, дѣйствіяхъ, волеизъявленіяхъ, какія мы находимъ въ новыхъ кодексахъ, и которыя составляютъ нынѣ обыкновенно содержаніе общей части гражд. права? Мы находимъ тамъ и сямъ разсѣянными статьи о вещахъ, о волеизъявленіи, о лицахъ, могущихъ пріобрѣтать имущество; но надо знать, въ какой степени скудны эти опредѣленія, сравнительно съ положеніями западныхъ кодексовъ, для теперешняго примѣненія ихъ въ нашей судебной практикѣ по гражданскимъ дѣламъ.

X т. ч. 1 и въ старомъ и въ теперешнемъ составѣ не знаетъ вовсе сколько-нибудь развитого общаго ученія о лицѣ, какъ субъектѣ гражданскихъ правоотношеній вообще. Если въ составѣ свода можно найти положенія соотвѣтствующаго содержанія, то мѣсто ихъ въ т. IX, въ закон. о состояніяхъ. Не лицу вообще, а извѣстному состоянію лица, притомъ не нормой цивильной, а жалованьемъ, льготой, привилегіей гарантировались права личныя и по имуществамъ въ системѣ стараго русскаго законнаго строя. Слѣды этого строя удерживаются и нынѣ въ статьяхъ IX т., неизмѣнно перепечатываемыхъ въ нов. изд. старыхъ законныхъ книгъ.

Съ тѣхъ поръ какъ элементы общихъ цивильныхъ конструкцій стали прилежно разрабатываться учеными, преимущественно нѣмецкими, въ нашемъ столѣтіи, объемъ общей части быстро возросталъ въ теоретическихъ трактатахъ, съ системахъ, въ учебникахъ, и нынѣ ей отводятъ очень видное мѣсто въ общемъ порядкѣ изложенія гражданскихъ правъ. У Савиньи, въ его System des heutigen römischen Rechts, общая часть (для особенной у этого писателя мы имѣемъ только неоконченное обязательственное право) занимаетъ 8 томовъ. Изъ новыхъ учебниковъ у Виндшейда общая часть составляетъ половину 1-го тома его Lehrbuch des Pandektenrechts. Германистъ Otto Stobbe посвящаетъ весь первый томъ своей Handbuch des deutschen Privatrechts введенію и общимъ ученіямъ о юридическихъ отношеніяхъ.

Въ проектахъ новыхъ кодексовъ не только нѣмецкаго, но и французскаго типа, содержаніе общей части значительно больше развивается, чѣмъ въ старыхъ. Я укажу въ особенности на

Avantprojet de révision du Code civil, написанный именитымъ бельгійскимъ ученымъ F. Laurent (недавно скончавшимся), о чемъ въ подробности въ Юридической Библіографіи, издаваемой (не продолжается) Юрид. Фак. С.-Петерб. унив., т. I, стр. 35 и 118 (№№ 26 и 57).

Ученіе о нормахъ, за исключеніемъ сдѣланныхъ здѣсь замѣтокъ, не составитъ въ этомъ курсѣ предмета особой обработки. Въ этомъ пунктѣ мы отступаемъ отъ образца нѣкоторыхъ западныхъ, особенно нѣмецкихъ цивилистовъ, и слѣдуемъ примѣру другихъ (особ. Arndts, Lehrbuch d. Pandekten, 11-е изд.). Мы не думаемъ, что ученіе о нормахъ не должно было бы входить въ курсъ гражданскаго права. Но, согласно порядку преподаванія, принятому въ нашихъ факультетахъ, многія части этого ученія излагаются съ достаточной полнотой въ другихъ курсахъ, въ курсѣ энциклопедіи, римскаго права, права государственнаго и международнаго *).

Мы остановимся въ дальнѣйшемъ на одномъ вопросѣ, касающемся строенія и нормъ юридическихъ, и правъ въ субъективномъ смыслѣ, *на вопросѣ систематизаціи юридическихъ явленій*. Это вопросъ очень важный вообще и имѣющій специфическій интересъ для нашего гражданскаго права въ виду неполноты его содержанія. Сейчасъ было указано, что, за недостаткомъ прямого указанія закона, юристъ обращается къ общему смыслу закона, къ духу, къ разуму законодательства, какъ къ средству толкованія. Какой точнѣйшій смыслъ этихъ указаній законодателя для юриста? Отъ цѣлаго мы должны дѣлать заключеніе къ частямъ. Какія же это части, и что такое это цѣлое, отъ котораго мы должны дѣлать наши заключенія? Вопросъ явно идетъ о системѣ права. Это систематическій пріемъ толкованія, могущій имѣть въ особыхъ условіяхъ даннаго праворазвитія самое серьезное значеніе для юриста.

Изъ чего же и какъ слагается система гражданскаго права?

Современные цивилисты-систематики въ своихъ построеніяхъ обыкновенно стремятся установить предварительно такое, способное опредѣлять юридическія явленія, понятіе, которое вытекало бы прямо изъ жизненнаго свойства этихъ явленій и дало

*) Для ученія объ источникахъ права вообще и въ Россіи въ особенности см. только что появившіяся лекціи по общей теоріи права Н. М. Коркунова. Ученіе о толкованіи юридическихъ нормъ въ особенности въ курсахъ римскаго права. Ученіе о столкновеніи юридическихъ нормъ въ особенности въ курсѣ частнаго международнаго права. Вообще эти ученія и въ особенности послѣднее въ неоконченныхъ курсахъ гражданскаго права проф. Малышева и Цитовича.

бы удобную исходную точку и вмѣстѣ техническій терминъ для послѣдующихъ систематическихъ построеній. Въ латинской терминологіи мы встрѣчаемъ слово jus, которое имѣетъ, однако, далеко не *одно* постоянное техническое значеніе и подъ которымъ разумѣютъ одинаково и нормы, регулирующія отношенія людей между собой, и власть, предоставляемую этими нормами лицу, субъекту права (jus civile, jus gentium. а также jus mihi esse utendi, fruendi, eundi, agendi, Гай, IV, 3; слово это имѣетъ не эти только два смысла—объективной нормы и субъективнаго притязанія, а еще иные въ разнообразныхъ его сочетаніяхъ и нюансахъ). Такимъ образомъ, для права въ объективномъ смыслѣ (norma agendi) и для права въ субъективномъ смыслѣ (facultas agendi) служитъ одинъ и тотъ же терминъ. Имѣя передъ собой необъятной трудности проблему согласованія началъ римской цивильной системы съ условіями нашего быта, новая юриспруденція ищетъ такихъ посредствующихъ между жизненными процессами и нормами права понятій, въ коихъ выразился бы сколь можно полнѣе органическій, жизненный характеръ юридическихъ явленій, свободно образующихся въ любыхъ условіяхъ и не теряющихъ вмѣстѣ съ этимъ свойствъ понятій юридическихъ.

Начиная съ Савиньи, новая юриспруденція все болѣе и болѣе освоивается съ терминомъ *юридическое отношеніе*. Въ послѣднее время этотъ терминъ входитъ въ языкъ легальныхъ сборниковъ *) и въ практику судовъ и сдѣлокъ. Что же подъ этимъ разумѣютъ и въ чемъ удобства этого термина? Въ римской терминологіи соотвѣтствующаго термина нѣтъ. Можно ли безъ него обойтись или лучше его принять? Есть писатели, и въ числѣ ихъ важнѣйшимъ былъ Пухта, которые думаютъ, что для исчерпывающаго изложенія цѣлаго юридическаго быта достаточно оперировать посредствомъ понятія субъективнаго права. Все наличное состояніе права даннаго общества можетъ быть мыслимо какъ совокупность *правъ, полномочій,* предоставленныхъ юридическими нормами отдѣльнымъ лицамъ. Для того чтобы безчисленныя явленія такихъ правъ не представляли для нашей мысли простого механическаго конгломерата, мы отыскиваемъ объектъ, къ коему прираженются эти права, и, различая самыя права *по различію объектовъ,* получаемъ категоріи субъективныхъ правъ, способныя дать основу системѣ.

*) Сакс. гражд. улож. § 18 (у насъ Rechtsverhältniss переведено правоотношеніе). Въ нов. Entwurf'ѣ Rechtsverhältnisse особ. въ системѣ общей. институтовъ, также Schuldverhältnisse. Для терминовъ спеціальныхъ см. только что появившійся Sachregister къ Entwurf'у.

Цивильная система Пухты ближе становится такъ. образомъ системой субъективныхъ правъ, распадающихся, по принятомъ имъ основѣ классификаціи (объектъ права), на пять категорій: 1) права на собственную личность, 2) на вещи, 3) на дѣйствія, 4) на чужую личность, 5) на перешедшую на насъ личность другого (наслѣдство). Довольно близкое и задолго предшествовавшее этому теоретическому построенію системы практическое осуществленіе ея началъ мы имѣемъ въ прусскомъ ландрехтѣ. Мы характеризовали ее выше. Она даетъ удобное для механическаго примѣненія сопоставленіе нормъ, ограждающихъ субъективныя права, въ коемъ легко найтись судьѣ, какъ аптекарю въ его фармакопеѣ *).

Всматриваясь ближе въ эту систему, мы видимъ, что въ ней разорвано все, что въ жизни представляется цѣльнымъ, отношенія союза семейнаго, формъ наслѣдованія, обладанія вещами, обязательственныя отношенія лицъ. Это скорѣе складъ юридической аммуниціи, чѣмъ система нормъ, органически возникшихъ изъ отношеній жизненнаго характера. Не объектъ права (дѣйствіе, деньги, вещь) характеризуетъ жизненное отношеніе, изъ коего вытекло право лица, а наоборотъ, самое это право лица окрашивается такъ или иначе, смотря по свойству отношенія, изъ коего оно возникло. Недостатки этого пріема систематизаціи, какъ для научныхъ цѣлей, такъ и для жизненнаго разумѣнія практическихъ проблемъ юриспруденціи, давно были замѣчены Савиньи, и мысли, выраженныя имъ въ его System des heut. römisch. Rechts, не утратили своего значенія, быть можетъ, даже выигрываютъ, въ виду современной путаницы понятій **), въ своемъ достоинствѣ и полезности для юриспруденціи.

---

*) Вполнѣ выдержать этотъ механическій пріемъ нельзя ни въ какой живой системѣ права, и онъ только въ большей или меньшей степени характеризуетъ кодификатора. Пухта Pandekten § 29. См. еще Гирке Deutsch. Pr. R. § 29, II.

**) Для ученія Савиньи см. System, т. I, §§ 4 и 5. Для послѣдующихъ контроверзъ Sintenis въ Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. 19 Band, 3 Heft, за 1844 г. Позже Neuner—Wesen u. Arten der Rechtsverhältnisse. Теперь масса попытокъ въ учебникахъ (см. Виндшейдъ, также съ поправкой ученія предшествующихъ писателей, §§ 37 и 37a и примѣч.), монографическихъ работахъ и статьяхъ. Общее обозрѣніе у Bierling'a zur Revision d. Grundbegriffe и т. д. Любопытенъ Leonhard, сопоставляющій современныя конструкціи съ римскими началами системы, у Grünhut'a, Zeitschr. за 80 г.; A. Wach, Handbuch d. deutsch. Civilprocess, § 4, о чемъ подробн. въ этой дисциплинѣ (здѣсь Rechtsverhältniss—rechtliche Beziehung). Общее движеніе въ сферѣ абстрактныхъ проблемъ современной нѣмецкой юридич. литературы вызываетъ у Эмиля Кунце такія размышленія: Diese neuere Richtung hat aus der alten Begriffswelt ein Ruinenfeld gemacht; eine üppige Schlingpflanzenwelt wuchert zwichen den durcheinander geworfenen Fragmenten hervor... Кунце предостерегаетъ (въ особенности по вопросу объ обязательствахъ) gegenüber den zahllosen Begriffsneuerungen der letzten Dezennien vorsichtig zu sein. Wer sich auf sie einlässt,

Савиньи не кладетъ въ основу построенія системы юридическихъ явленій понятія субъективнаго права, ибо субъективное право составляетъ лишь одну сторону другого, болѣе близкаго къ жизни и болѣе сложнаго явленія юридическаго быта. Это другое явленіе составляетъ не простое притязаніе лица къ лицу, а извѣстное *отношеніе между ними, имѣющее юридическій характеръ* и служащее органической основой для права въ субъективномъ смыслѣ, для притязаній односторонніхъ или взаимныхъ этихъ лицъ другъ къ другу. Для разрѣшенія какого-либо юридическаго казуса недостаточно знать норму и притязаніе одного лица къ другому, основанное на этой нормѣ. Для дѣятельности судьи, когда онъ разрѣшаетъ спорный вопросъ, необходимо живое возсозданіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ юридическаго отношенія, изъ котораго возникло данное притязаніе *). Только тогда возможно правильное рѣшеніе отдѣльно взятаго спорнаго вопроса, какъ актъ свободной умственной дѣятельности судьи. Иначе это будетъ обманчивый механическій пріемъ.

Если въ основу систематическихъ построеній мы кладемъ живое явленіе, а не одну его сторону, то не будетъ никакой надобности классифицировать права по ихъ объектамъ, какъ это дѣлаетъ Пухта. Не по различію правъ и ихъ предметовъ группируются юридическія отношенія въ естественныя для нихъ живыя сочетанія, а наоборотъ, различіемъ юридическихъ отношеній и ихъ содержанія опредѣляется разнообразіе правъ лицъ. Въ процессѣ ихъ возникновенія мы видимъ, что раньше возникаютъ

---

wird in ein faltenreiches Netz verwickelt; entrinnen ist schwer, die Arbeit ist endlos... Nichts steht mehr fest, auch die bewährten termini technici nicht; jeder der neuen Himmelsturmer kommt mit dem Rustzeug seiner individueller Terminologie. Alle kampfen gegen Alle, und es giebt eine Handgemenge ohne jegliche Mensur. (Die Obligationen im rom. u. heut. Recht. I. E. Kuntze. Leipzig. 1886). Въ Журналѣ Мин. Нар. Пр. за 94 г. помѣщена статья г. Курдиновскаго по поводу сочин. Puntschard'a (проф. Инсбрукск. унив.)—Die moderne Theorie des Priv. rechts und ihre grundbegriffe. Mangel, гдѣ авторъ послѣ изложенія построеній Пунчарда, даетъ освѣщеніе взглядамъ гр. Сперанскаго на тѣ же проблемы юриспруденціи. Теперь у насъ въ Журн. Мин. Юст. 97 г., апрѣль и май, статья Д. Д. Грима. См. еще Регельсбергеръ Pandecten, т. I, § 13. Послѣдній не сводитъ всѣхъ типовъ юрид. отнош. къ лицамъ, какъ Савиньи и друг. (см. тамъ же, прим. 3), а различаетъ особую *категорію* юрид. отнош. вещныхъ (dingliche); но это особый вопросъ, съ коимъ мы встрѣтимся ниже.

*) Эта мысль освѣщена у Савиньи примѣромъ, взятымъ изъ L. 38 D. de cond. indeb. XII, 6 (Frater a fratre): два брата состоятъ подъ отцовской властью. Одинъ даетъ другому взаймы. Должникъ уплачиваетъ долгъ брату по смерти отца. Можетъ ли уплатившій потребовать обратно, какъ недолжную, уплату, сдѣланную по ошибкѣ? Судья долженъ рѣшить, имѣетъ ли здѣсь мѣсто condictio indebiti. Чтобъ отвѣтить на вопросъ, судьѣ необходимо возсоздать цѣльное юридической отношеніе. Его элементы такіе: отцовская власть надъ обоими, заемъ одного у другого, отдѣльное имущество (peculium), данное отцомъ должнику. Это сложное отношеніе развивается поступательно смертью отца. наслѣдованіемъ ему, уплатой занятой суммы.

тѣ или другія юридическія отношенія, а въ виду ихъ тѣ или другія права лицъ. Отношенія суть, такимъ образомъ, prius, а права—posterius.

Юридическія отношенія могутъ, въ ихъ простомъ, жизненномъ образѣ, казаться намъ тоже ничѣмъ какъ бы не связанной массой разнообразныхъ явленій. Но, однако, эти юридическія образованія, болѣе тѣсно соприкасающіяся съ явленіями живой дѣйствительности, необходимо должны носить на себѣ тотъ же признакъ жизненности, какой лежитъ въ ихъ основѣ. Простое жизненное отношеніе, насколько оно въ данныхъ историческихъ условіяхъ воспріимчиво къ внѣшнимъ юридическимъ опредѣленіямъ *), становится юридическимъ, и поскольку явленія жизни носятъ характеръ не случайныхъ, а необходимыхъ сочетаній, по стольку-же и на юридическихъ отношеніяхъ, въ которыя они облекаются, будетъ лежать тотъ же характеръ органически связанныхъ, не розныхъ явленій. Группы ихъ не суть произвольно или по какому либо одному признаку (объекту права) образованныя, а данныя самой природой жизненныхъ отношеній. Какимъ было содержаніе извѣстнаго жизненнаго отношенія,—строй семьи, раздѣльное обладаніе вещами, договорная, на соглашеніи основанная связь отдѣльныхъ лицъ и т. д.,—такимъ же оно, по его способности къ группировкѣ, къ сочетанію въ живые комплексы, останется и тогда, когда къ этому содержанію примкнетъ элементъ формальнаго признанія его возникновенія, прекращенія, защиты. Не только само отношеніе,—семейное, по наслѣдованію, вещное, договорно-обязательственное—не утратитъ отъ его фиксированія юридической нормой органическаго характера, а наоборотъ, отдѣльныя нормы юридическія, коими оно опредѣляется, станутъ связанными въ нѣкоторые комплексы потому именно, что обращены на отношенія одного характера, одного типа, отличнаго отъ другихъ и такъ или иначе восполняющаго другой типъ. Какъ юридическія отношенія сочетаются въ типическія группы, публично-правныхъ, частно-правныхъ, и въ послѣдней группѣ—семейныхъ, имущественныхъ, съ низшими ихъ подраздѣленіями, семейно-имущественныхъ, по приданому, съ общностью имущественныхъ отношеній супруговъ и т. д., имущественно-вещныхъ и обязательственныхъ, договорно-обязательственныхъ и деликтно-обязательственныхъ и т. д.; такъ точно и нормы, опредѣляющія эти отношенія, группируются въ комплексы

*) Не всякое жизненное отношеніе, имѣющее значеніе для права, замѣчаетъ Neuner (стр. 6), влекущее за собой юридическія послѣдствія, будетъ въ силу этого отношеніемъ юридическимъ.

институтовъ публичнаго и частнаго правъ, а въ послѣдней въ институты правъ семейныхъ и имущественныхъ, далѣе—въ институты приданаго, общности обладанія и проч. *).

По мѣрѣ измѣненія жизненныхъ отношеній должны измѣняться соотвѣтственно и органическимъ путемъ и отношенія юридическія, и институты права. Это процессъ исторической жизни права. Мы видѣли его образцы выше. Пока слабы начала раздѣльности обладанія, и господствуютъ союзныя формы, система цивильныхъ нормъ тоже не богата. По мѣрѣ того какъ развиваются начала раздѣльности обладанія вещами, потребность связи взамѣнъ разбитыхъ старыхъ началъ общности удовлетворяется системой договорныхъ обязательствъ...

Въ условіяхъ каждой данной фазы этого историческаго процесса происходитъ такой-же живой обмѣнъ, но изначала не въ сферѣ правъ субъективныхъ, а прежде всего, какъ въ явленіи опредѣляющемъ, въ области отношеній, которыя опредѣляются тѣми или другими факторами, принимаютъ живой и распознаваемый юридически образъ, сочетаются съ другими, осложняются, упрощаются, измѣняются, перестаютъ существовать...

Данный юридическій бытъ, такимъ образомъ, не будетъ представлять собою для взора юриста случайнаго конгломерата субъективныхъ правъ и регулирующихъ ихъ отдѣльныхъ правилъ, кои упорядочить можно только внѣшнимъ пріемомъ систематизаціи по какому-либо произвольному признаку (по предмету), а наоборотъ, будетъ представлять собою органическое единство и цѣльность, изъ коей легко выдѣляются природой юридическаго отношенія опредѣленное ему мѣсто и существомъ нормы, опредѣляющей то или другое изъ нихъ, мѣсто ея въ составѣ отдѣльныхъ институтовъ и всей ихъ системы.

Не подлежитъ сомнѣнію, что въ массѣ случаевъ дѣятельность юриста можетъ вся въ данномъ вопросѣ ограничиваться механическимъ примѣненіемъ даннаго правила къ данному случаю, огражденіемъ субъективнаго права, отдѣльно взятаго притязанія прямо указаннымъ въ сборникѣ нормъ юридическимъ средствомъ. Это зависитъ часто и отъ свойства задачи юриста въ отдѣльномъ случаѣ, и отъ характера и строенія сборниковъ юридическихъ нормъ.

---

*) Въ отношеніи къ указан. выше примѣру (frater a fratre) судья долженъ, для разрѣшенія спорнаго вопроса, принять во вниманіе слѣдующій рядъ институтовъ: право отца пріобрѣтать чрезъ подвластныхъ членовъ семьи, особое имущ. послѣднихъ (peculium, deductio), универсальное преемство, конфузію долговъ и требованій и condictio indebiti.

Но тутъ-ли граница задачи юриста? Представимъ себѣ сложныя сочетанія встрѣчныхъ притязаній тяжущихся сторонъ, представимъ себѣ скудный инструктивными для цивилиста нормами сборникъ законовъ съ характеромъ локальныхъ, отживающихъ, казуистическихъ правилъ, прибавимъ къ этому пестроту такихъ нормъ разномѣстнаго, разноязычнаго, разновременнаго происхожденія,—тогда возможна-ли практическая дѣятельность, основанная на простомъ механическомъ пріемѣ примѣненія даннаго правила къ данному вопросу? Конечно, нѣтъ. Законодатель, какъ было видно выше, различнымъ образомъ относится къ дѣятельности юриста-судьи, смотря по измѣняющимся бытовымъ условіямъ времени. Въ условіяхъ нашего прежняго порядка жизни судъ обязанъ былъ знать букву закона и давать ей примѣненіе безусловное, испрашивая, на случай недостатка законодательнаго указанія, непосредственное руководство законодателя во всѣхъ затруднительныхъ случаяхъ. Въ измѣнившихся бытовыхъ условіяхъ требованія того-же органа законодательства становятся иными. Рѣшенія должны безусловно слѣдовать за возникшимъ спорнымъ правоотношеніемъ, не взирая на недостаточность и неполноту закона, по соображеніямъ общаго духа или разума законодательства. Дѣятельность юриста поднимается вмѣстѣ съ этимъ отъ простой механической въ высшую, творческую, гдѣ отвѣтъ на притязаніе не можетъ быть данъ сейчасъ наличными правилами, гдѣ сама законодательная воля требуетъ отъ юриста нѣкотораго подъема умственной дѣятельности, предполагаетъ въ немъ способность созерцанія цѣльнаго организма юридическихъ нормъ, въ составѣ коихъ хотя-бы скрытымъ, невыраженнымъ образомъ долженъ находиться отвѣтъ на вопросы практики, и этотъ отвѣтъ, эта скрытая норма имѣетъ быть обнаружена, выражена для каждаго даннаго случая подлежащимъ судомъ.

Такимъ образомъ, задача нашего преподаванія будетъ поставлена не врозь, а въ согласіе съ видами и указаніями законодателя и съ цѣлями русской цивильной практики, если мы будемъ слѣдовать разъясненному выше методу систематизаціи нашего матеріала.

Въ цѣломъ курсъ будетъ заключать въ себѣ общую часть, съ обычнымъ расчлененіемъ ея на отдѣльныя ученія, о лицахъ, вещахъ, способахъ возникновенія и прекращенія юридическихъ отношеній вообще, и особенную часть, въ составѣ институтовъ вещнаго, обязательственнаго, семейнаго и наслѣдственнаго права.

Термины *юридическое отношеніе и юридическій институтъ*, которые мы здѣсь употребляемъ, не вполнѣ установились въ

языкѣ нынѣшнихъ юристовъ. Stobbe, обнимающій въ своей Handbuch d. deutsch. Privatrechts (5 томовъ) всю совокупность институтовъ, которые мы будемъ разсматривать, употребляетъ терминъ „юридическое отношеніе“ въ двоякомъ смыслѣ. Юридическое отношеніе *in concreto* есть то же, что Rechtsfall (casus, послѣдній въ особенности, когда имѣютъ въ виду подлежащій разрѣшенію спорный вопросъ), прямо жизнью данный случай выразившейся юридической связи лицъ, какъ во взятомъ выше примѣрѣ Савиньи (frater a fratre). Но такъ какъ нормы юридическія опредѣляютъ явленія жизни, фиксируютъ ихъ разъ навсегда, *какъ типическія* формы юридическихъ отношеній, то и эти типическія формы Stobbe считаетъ возможнымъ называть тоже юридическими отношеніями, но *in abstracto*, т.-е. взятыми отвлеченно отъ даннаго случая и выраженными или выработанными въ системѣ права, какъ общій типъ. Этотъ терминъ въ послѣднемъ случаѣ однозначущъ съ терминомъ — „юридическій институтъ“. Въ нѣмецкой, какъ и въ нашей юридической литературѣ, употребленіе этихъ терминовъ непостоянно. Кавелинъ предпочелъ назвать свои позднѣйшія работы по семейному и наслѣдственному праву Очеркомъ *юридическихъ отношеній*, возникающихъ изъ семейнаго союза и проч., натурально, давая этому термину смыслъ юридическихъ отношеній in abstracto.

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

УЧЕНІЕ О ЛИЦѢ.

§ 9.

Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ.—*Личный* обмѣнъ въ латинской цивильной системѣ.—Широкое примѣненіе понятія личности.—Соціально-юридическая цѣль.—Интересъ индивидуальный и соціальный въ строеніи нѣкоторыхъ институтовъ.—Сочетаніе и разобщеніе личности съ представленіемъ человѣка въ Римѣ.—Личность коллективныхъ правообладателей.—Цѣль строенія.—Отсутствіе двойственности въ понятіи лица у римлянъ.—Средневѣковыя формы правообладанія.—Преобладаніе союзныхъ типовъ.—Связь человѣка съ союзомъ, съ территоріей.—Процессъ обособленія.—Проблема *внутренняго* обоснованія правоспособности человѣка.—Трудность примѣненія внутренняго критерія для правоспособности союзовъ.—Необходимость ея въ условіяхъ развитого обмѣна.—Очеловѣченіе и олицетвореніе.—Замѣна фиктивныхъ конструкцій.—Цѣлевыя имущества.—Безсубъектность.—Интересенты Ihering'а.—Абстрактный характеръ конструкціи личности, независимый отъ свойствъ субъекта.—Необходимость начала личности въ интересахъ обмѣна.—Нужны ли два вида лицъ?—Лица могущія пріобрѣтать права на имущества въ ч. I, т. X Св. З.

Точкой отправленія для цивилистическихъ построеній должно служить ученіе о лицѣ. Понятію лица (persona singularis), въ

анализѣ юридическаго отношенія, противуполагается объектъ права, часто вещь. Это понятіе лица, какъ образующее, входитъ въ составъ юридическихъ отношеній, какого бы они ни были содержанія. Для юридическихъ отношеній гражданскаго права оно существенно въ особенности.

Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ можетъ быть отождествлено съ понятіемъ конкретной цивильной правоспособности.

Въ условіяхъ исторически-даннаго юридическаго быта возможна полнота правоспособности, присвояемая *отдѣльному человѣку*, субъекту правоспособности. Чтобы опредѣлить *весь объемъ правоспособности* отдѣльнаго человѣка, надлежитъ представить себѣ всю сумму отдѣльныхъ юридическихъ отношеній, въ коихъ дѣйствительно находится, или способно находиться, въ условіяхъ даннаго быта, отдѣльно взятое лицо. Полнота правоспособности не будетъ, по содержанію своему, одинаковой въ разныхъ историческихъ условіяхъ. Есть условія, гдѣ полнота правоспособности отдѣльнаго субъекта, по содержанію ея, опредѣляется цѣлымъ рядомъ институтовъ цивильной системы, институтами права семейнаго, институтами правъ вещныхъ, собственности, правъ на чужую вещь, правъ договорныхъ, завѣщательныхъ и прочее.

Въ этомъ *развитомъ видѣ* понятіе правоспособности полной, принадлежащей отдѣльному человѣку, мы находимъ въ римской цивильной системѣ. Какъ собирающаго, сосредоточивающаго въ себѣ оригинернымъ образомъ (первообразно и самолично) и осуществляющаго всю эту сумму правоспособности, мы можемъ представить себѣ только вполнѣ волеспособнаго, зрѣлаго, бдительнаго человѣка. Но не однимъ этимъ случайнымъ явленіемъ личной энергіи въ цивильной сферѣ опредѣляется специфическій, въ личномъ смыслѣ, характеръ юридическаго быта римскаго народа. Еслибы правоспособность цивильная условливалась каждый разъ фактической наличностью сильныхъ характеровъ, то въ юридическомъ бытѣ римскаго общества *не доставало бы свойствъ постоянства, извѣстности и непрерывности юридическихъ отношеній*, которыя мы находимъ въ дѣйствительности. Когда уходитъ со сцены предположенный нами дѣятельный субъектъ цивильной правоспособности, то, съ этимъ вмѣстѣ, цѣльная въ его лицѣ сфера его цивильныхъ отношеній не исчезаетъ тотчасъ, вмѣстѣ съ нимъ. Свойство этихъ отношеній личное, сосредоточенное, удерживается, хотя, временно, въ извѣстной степени неподвижности, въ „*лежачемъ наслѣдствѣ*“ (hereditas jacens). Можно-ли назвать это сосредоточенное состояніе имущества *безличнымъ*, хотя временно нѣтъ извѣстнаго человѣка, опредѣленнаго инди-

видуума, который давалъ бы *активный* характеръ этой сосредоточенной цивильной силѣ? Отнюдь нѣтъ, ибо для наличности цивильной правоспособности нѣтъ нужды (и не въ одномъ этомъ случаѣ) въ непрестанно дѣятельномъ состояніи правоспособнаго субъекта.

Правоспособность и чисто личный характеръ юридическихъ отношеній, сосредоточенный и объективно извѣстный, продолжаетъ существовать, несмотря на отсутствіе активнаго органа ея осуществленія, несмотря на парализованное его состояніе, *ибо онъ необходимъ, какъ постулятъ всего соціально-юридическаго строя въ данныхъ бытовыхъ условіяхъ*, а не такого-то отдѣльнаго человѣка. Безъ этого, длящагося въ личномъ смыслѣ состоянія юридическихъ отношеній умершаго, немыслимо было бы постоянство и преемственность ихъ, точно такъ, какъ оно было бы немыслимо при условіи произвольнаго появленія и исчезанія правоспособныхъ субъектовъ.

Въ избранномъ нами примѣрѣ, несмотря на послѣдовавшую смерть человѣка, намъ хорошо остается извѣстнымъ *преемственный переходъ силы*, которую представлялъ собою умершій въ юридическомъ обмѣнѣ, и мы можемъ вполнѣ опредѣлить весь ея юридическій и экономическій составъ. Hereditas jacens заключаетъ въ себѣ требованія и обязательства, иски вещные и личные, способность умаленія, возростанія, экономической состоятельности и банкротства, ровно такъ, какъ и живой представитель личнаго характера юридическихъ отношеній.

Точно такой же личный характеръ, эта, разъ осуществленная, правоспособность удерживаетъ и пріобрѣтаетъ, когда средоточіемъ ея становится не самосознающій и *не дѣеспособный субъектъ, дитя, умалишенный*. Недостатокъ дѣятельнаго фактора осуществленія правоспособности не уничтожаетъ ея въ основѣ; она поддерживается искусственно дѣятельностью другихъ людей, и *не только ради особы дитяти, идіота, а въ цѣляхъ дальнѣйшей извѣстности, дальнѣйшаго преемства* этой, разъ опредѣлившейся какъ единой и личной, сферы цивильныхъ отношеній. У самаго субъекта правоотношеній можетъ не быть, ни личнаго интереса, ни личнаго призванія пребывать въ средоточіи этого ожившаго обмѣна, и, однако, онъ продолжаетъ имъ служить, ибо цивильное и личное свойство отношенія юридическаго въ развитомъ римскомъ юридическомъ бытѣ не опредѣляется исключительно ни мѣрой индивидуальныхъ потребностей, ни мѣрой индивидуальныхъ способностей его субъекта.

Еслибы одинъ интересъ наличныхъ живыхъ особей и от-

дѣльно взятая воля каждаго опредѣляли собою все содержаніе гражданскаго права, то система его институтовъ была бы несравненно у́же той, какую мы видимъ въ дѣйствительности. Возьмемъ для примѣра систему вещныхъ правъ въ Римѣ. На что, при этихъ критеріяхъ, были бы нужны реальные сервитуты въ этой системѣ? Для utilitas singulorum, взятой въ точномъ смыслѣ потребностей даннаго человѣка, а не цивильной личности, былъ бы достаточенъ ususfructus и usus. Для чего нужно не только съ опредѣленнымъ индивидуально лицомъ, а съ качествами лица какъ землевладѣльца, какъ домовладѣльца, соединять извѣстное притязаніе опять не къ сосѣду такому-то, а къ сосѣднему землевладѣнію, кто бы ни былъ сосѣдъ-землевладѣлецъ? Фактическія и случайныя свойства надобности, ненадобности даннаго притязанія для извѣстнаго лица въ этой конструкціи сглаживаются, способность или неспособность имъ пользоваться тоже стирается и уступаетъ мѣсто соображеніямъ абстрактнымъ, независимымъ отъ индивидуальныхъ особенностей того или другого хозяина даннаго имѣнія.

Мы имѣемъ такимъ образомъ рядъ явленій, въ коихъ свойство личности или гражданской правоспособности субъекта юридическихъ отношеній не зависитъ отъ продолжающагося существованія человѣка (hereditas jacens), отъ его способности воли или разумѣнія интересовъ (дитя, идіотъ), и гдѣ образованіе юридическихъ отношеній, тоже цивильныхъ, не ограничено интересомъ извѣстнаго человѣка (предіальные сервитуты).

Изъ этихъ явленій ясно, что институты цивильные, по самому строенію ихъ, *не составляютъ области чистаго индивидуализма*, а отвѣчаютъ одновременно цѣлямъ отдѣльнаго человѣка и общества. Съ понятіемъ личности мы не соединяемъ необходимости непрестаннаго воздѣйствія воли и ежеминутно-наличнаго интереса отдѣльнаго человѣка. Мы даемъ этому понятію болѣе общіе и независимые отъ индивидуальныхъ свойствъ и потребностей отдѣльныхъ людей признаки. Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ, цивильной правоспособности, правоспособнаго лица (въ конкретномъ смыслѣ) мы имѣемъ тамъ, гдѣ разъ опредѣлившаяся сфера конкретныхъ юридическихъ отношеній удерживаетъ свойство обособленности, принадлежности ихъ къ этой именно сферѣ, съ характеромъ постояннымъ и объективно распознаваемымъ. Человѣкъ можетъ не знать, что онъ состоитъ въ извѣстномъ юридическомъ отношеніи, и тѣмъ не менѣе, онъ будетъ его субъектомъ, можетъ не имѣть способности хотѣть или познавать, не имѣть интереса къ тому или другому обладанію, и тѣмъ не

менѣе сфера опредѣлившихся, такъ или иначе обособленныхъ его отношеній будетъ въ оборотѣ гражданскомъ, въ смѣнѣ его явленій играть опредѣляющую роль гражданско-правовой личности этого человѣка, теперь живого и дѣятельнаго, завтра, быть можетъ, недѣеспособнаго, затѣмъ—умершаго.

Такое свойство личности въ римской системѣ не составляло необходимой принадлежности *всякаго человѣка*, ибо римскій міръ знаетъ людей безличныхъ, неправоспособныхъ, людей—товаръ. Созданное исторической жизнью культурнаго народа и разработанное юриспруденціей, это *понятіе личности* составляло центральную исходную точку для всѣхъ цивилистическихъ построеній. Весь міръ юридическихъ отношеній гражданскаго права въ Римѣ былъ міромъ отношеній личныхъ въ этомъ смыслѣ. Одна изъ существеннѣйшихъ проблемъ римской практической юриспруденціи заключалась въ томъ, чтобъ найти опредѣленныя и точныя формы, коими фиксируются постояннымъ и извѣстнымъ образомъ отдѣльныя, обособленныя, въ этомъ смыслѣ личныя сферы обладанія гражданъ.

Внутри каждой изъ этихъ личныхъ сферъ происходитъ несомнѣнно постоянный и живой обмѣнъ; онѣ измѣняются и въ смыслѣ ихъ полноты, и въ смыслѣ состава заключенныхъ въ нихъ отношеній разнаго содержанія. Но свойство юридической извѣстности и постоянства ихъ обособленія удерживаются, несмотря на эти внутреннія измѣненія, *въ интересахъ всего юридическаго цивильнаго быта и совершенно независимо отъ воли или потребностей отдѣльнаго правообладателя.*

Въ римскомъ мірѣ это свойство личности, цивильной правоспособности, *сочеталось* количественно совершенно *преобладающимъ образомъ съ отдѣльнымъ живымъ дѣятелемъ* правоспособности; оттуда этотъ поразительный по энергіи характеръ римскаго цивильнаго обмѣна.

Но, однако, необходимъ ли именно *такой дѣятель*, чтобъ существовала цивильная личность? Мы видѣли, что опредѣленная сфера юридическихъ отношеній можетъ имѣть своимъ средоточіемъ ребенка, идіота. Въ этихъ случаяхъ невозможна дѣятельность этихъ правообладателей, но возможно для нихъ пользованіе плодами этого правообладанія чрезъ посредство дѣятельности другихъ лицъ, опекуновъ, попечителей. Мы видѣли далѣе, что характеръ личности не утрачивается и тамъ, гдѣ сейчасъ нѣтъ ни дѣятеля, ни пользователя, стало быть, ни воли, ни интереса. Таковъ случай съ hereditas jacens. Hereditas функціонируетъ лично въ цѣляхъ объективной извѣстности, постоянства, преем-

ства правоотношеній. И такъ, *функція личности нужна* здѣсь и существуетъ *независимо отъ вопроса воли или интереса отдѣльнаго извѣстнаго человѣка*. Это положеніе вещей какъ единой, цѣльной имущественной массы, въ коей нѣтъ имущаго, хозяина, въ смыслѣ интереса и воле-способнаго органа, есть временное.

Попытаемся сдѣлать шагъ далѣе. Мыслимо ли такое обособленіе опредѣленной сферы юридическихъ отношеній тамъ, гдѣ составъ этихъ отношеній есть извѣстный и постоянный, какъ у живого субъекта права, но гдѣ нѣтъ вовсе личной воли и интереса отдѣльнаго правообладателя, а есть только интересъ пользованія этимъ имуществомъ у болѣе или менѣе неопредѣленнаго и неизвѣстнаго въ данную минуту круга людей и гдѣ эта сфера правъ, эта личность существуетъ не для преходящихъ цѣлей, какъ въ hereditas jacens, а *для цѣлей постоянныхъ*, какъ въ предіальномъ сервитутѣ.

Римская жизнь и римская юриспруденція хорошо знакомы съ этимъ явленіемъ цивильнаго быта. Въ случаяхъ такого рода юристы видятъ *то же самое явленіе обособленной правоспособности*, личности, какъ и тамъ, гдѣ правоспособность присвоена отдѣльному человѣку. Таковъ случай, когда это качество обособленной личности присвоивается имуществу и правоотношеніямъ коллективной единицы, государства, города, коллегіи, установленія.

Не являются ли это имущество и эти правоотношенія принадлежащими отдѣльнымъ гражданамъ, отдѣльнымъ членамъ коллегіи? Несомнѣнно нѣтъ! Это имущество есть обособленное и вообще и въ особенности отъ имущества отдѣльныхъ членовъ коллегіи. Такъ какъ городъ самъ не есть органъ личной воли, то отсутствіе личной воли восполняется, какъ въ имуществѣ малолѣтняго, особой организаціей городскаго управленія.

Но, тогда, зачѣмъ же мы даемъ свойство личности, обособленной правоспособности подобнымъ формамъ обладанія? Цѣль, съ которою такъ конструируетъ римская юриспруденція, совершенно понятна. Личность была въ глазахъ классиковъ обособленною сферой юридическихъ отношеній, которая необходима для ихъ опредѣленности, распознаваемости и постоянства.

Называютъ ли классики эту правоспособность коллективныхъ единицъ и имущественныхъ массъ именно личностью? Да. Мы встрѣчаемъ въ пандектахъ очень различные обороты рѣчи, коими опредѣляется именно личный характеръ обладанія коллективныхъ единицъ. Главнѣйшіи изъ нихъ суть такія: hereditas, universitas,

collegium personae vice fungitur. У Фронтина есть прямое выраженіе „persona coloniae ipsius“. Но нужны ли намъ отдѣльныя свидѣтельства тѣхъ или другихъ писателей, чтобъ удостовѣриться въ совершенно личномъ характерѣ цивильныхъ правоотношеній коллективныхъ единицъ въ Римѣ? Если имущество могло принадлежать коллегіи, установленію, то была-ли бы возможна какая-либо оборото-способность этого имущества *безъ свойства личнаго* обладанія имъ? Чтобъ коротко отвѣтить на этотъ вопросъ, достаточно вспомнить строеніе римскихъ обязательствъ, всегда строго личное, требующее непремѣнной извѣстности лица для своего состава. Отвергнуть личный характеръ обладанія названныхъ коллективныхъ единицъ—значитъ сдѣлать ихъ неспособными къ цивильно-обязательственнымъ отношеніямъ, тогда какъ мы видимъ на дѣлѣ постоянно въ составѣ ихъ имуществъ долги и требованія совершенно такъ, какъ въ составѣ имущества отдѣльныхъ правоспособныхъ людей.

Весьма важно отмѣтить здѣсь, что *римскіе систематики не раздѣляютъ цивильно-правоспособныхъ субъектовъ, лицъ, на двѣ категоріи*, лицъ физическихъ и нефизическихъ, юридическихъ, фиктивныхъ, только мыслимыхъ. Это характеризуетъ, во 1-хъ, свойство ихъ гражданскаго оборота, гдѣ далеко преобладающая роль принадлежала отдѣльнымъ правоспособнымъ людямъ, а не этимъ формамъ коллективнаго обладанія. Во-2-хъ, ихъ понятіе личности въ достаточной степени представлялось имъ обособленнымъ отъ непремѣнной связи его съ отдѣльнымъ человѣкомъ, такъ какъ они знали воле-способныхъ, но неправоспособныхъ людей, рабовъ, и не останавливались въ особенности на явленіи обособленной отъ отдѣльнаго человѣка гражданской правоспособности въ другихъ случаяхъ, какъ на экстра-ординарномъ, для юридической конструкціи котораго нужно создавать совсѣмъ особую категорію лицъ только мыслимыхъ. Явленіе имуществъ, принадлежащихъ городу, коллегіи, ихъ долговъ, требованій, исковъ, было на-лицо. *Измышлять ихъ правоспособность было нечего*, и *эти лица*, въ обособленной сферѣ цивильныхъ правоотношеній, *функціонировали такъ же, какъ отдѣльные люди*. Эта *конструкція была достаточна для практики*.

Эти римскія понятія и противуположенія лицъ и вещей, не всегда правильно понятыя и истолкованныя, вмѣстѣ съ рецепціей римскаго права, стали достояніемъ новой юриспруденціи. Примѣненіе ихъ къ условіямъ быта новыхъ народовъ, во многомъ очень отличнаго отъ римскаго, породило массу трудностей и недоразумѣній, которыхъ вовсе не знали классики и которыя

служатъ до сихъ поръ обильнымъ источникомъ контроверзъ въ этомъ основномъ ученіи и открываютъ просторъ многочисленнымъ, особенно у нѣмцевъ, попыткамъ найти надежныя исходныя точки для построенія понятія субъективнаго права, правоспособнаго лица, существующаго въ дѣйствительности, лица только мыслимаго, и указать предѣлы дѣйствію фикцій и вымысловъ въ практической области гражданскаго права.

Въ чемъ же заключаются особенности нашего юридическаго быта, отличающія его отъ римскаго и служащія источникомъ трудности примѣненія римскихъ понятій къ явленіямъ нашего быта?

Если весь строй римскаго цивильнаго быта существеннѣйшимъ образомъ опредѣляется началомъ личности и вмѣстѣ съ этимъ особности правоотношеній каждаго гражданина, то картины средневѣкового быта даютъ намъ совершенно противуположныя черты. Совсѣмъ не отдѣльно-взятый человѣкъ является здѣсь правоспособнымъ въ сферѣ общихъ для всѣхъ институтовъ гражданскаго права, а прямо наоборотъ... Отдѣльно-взятому человѣку, какъ субъекту правоспособности, не принадлежитъ, въ этихъ условіяхъ, въ правѣ ровно никакой роли. Опредѣляющая характеръ этого быта роль принадлежитъ союзу, а не отдѣльному человѣку, а если, въ ограниченномъ смыслѣ, человѣку, то только, какъ члену того или другого союза, а вовсе не самобытно. Личность отдѣльнаго человѣка есть или вовсе еще не выдѣлившаяся (какъ pars viscerum союзнаго организма), съ своей особой правоспособностью, или очень слабо опредѣлившаяся какъ persona singularis въ правѣ. Такихъ союзныхъ формъ, опредѣляющихъ все политическое и соціальное положеніе человѣка, крайне много. Каждая изъ этихъ союзныхъ формъ имѣетъ свою сферу правъ, съ немногими, для опредѣленныхъ ихъ группъ, типическими, и съ очень многими исключительными чертами. Притомъ, правоспособность этихъ союзныхъ формъ никогда не есть чисто гражданская, а обыкновенно смѣшанная изъ элементовъ права частнаго и права публичнаго, далеко еще не сосредоточеннаго въ лицѣ государства.

Новая юриспруденція, въ этихъ условіяхъ, сама никоимъ образомъ *не могла придти къ понятію личности, правоспособности отдѣльныхъ людей* въ сферѣ институтовъ гражданскихъ, къ коему такъ рано пришла римская юриспруденція. Господствующій типъ союзнаго обладанія устранялъ всякую надобность даже въ самыхъ институтахъ отдѣльной приватной собственности, отдѣльныхъ вещныхъ правъ, обильныхъ типическихъ формъ рим-

скаго договорнаго права для общаго примѣненія. Входя въ составъ союза, отдѣльный человѣкъ зналъ права этого союза, какъ высшія, отъ коихъ производилъ свои, низшія, зависимыя, которыя приводили его, однако, прямо къ пользованію объектомъ правъ, землею господина, домомъ, построеннымъ на этой чужой землѣ. Точно такъ же постоянныя отношенія къ союзу замѣняли обѣимъ неравнымъ сторонамъ необходимость отдѣльныхъ, свободныхъ договорныхъ формъ. Задачи юриспруденціи и законодательства заключаются въ эту пору въ томъ, чтобъ опредѣлить скорѣе права союзовъ и отношеній къ нимъ правъ отдѣльныхъ, входящихъ въ нихъ лицъ, чѣмъ права отдѣльныхъ лицъ, какъ самостоятельныхъ единицъ въ общежитіи.

Весь этотъ бытъ можно охарактеризовать чертою противоположной римскому, *чертой безличности*, гдѣ извѣстный и постоянный характеръ правоотношеній опредѣляется *принадлежностью человѣка къ союзу*, преемственному изъ поколѣнія въ поколѣніе, и формами обладанія, этому союзу свойственными

Съ другой стороны, если нужна была извѣстность юридическихъ отношеній отдѣльныхъ людей, то въ массѣ случаевъ она достаточно опредѣлялась *отношеніемъ людей къ вещамъ*, особенно *къ недвижимостямъ*. Такъ что опредѣляющей была земля для человѣка, а не человѣкъ для земли. Сидящій на землѣ верховнаго собственника извѣстный срокъ человѣкъ становился несвободнымъ, полусвободнымъ. Правоспособность опредѣлялась по вещамъ, и извѣстность свойствъ вещи, натурально, въ смыслѣ свойствъ обладателя вещи (церковная, рыцарская, городская), замѣняла собою, для населенія ея, всякія личныя опредѣленія правоспособности. Весь міръ этихъ правоотношеній вращается, очевидно, около иныхъ осей, чѣмъ римскій цивильный бытъ.

По мѣрѣ того, какъ эти старыя союзныя формы теряютъ прежній характеръ опредѣляющихъ положеніе людей линій, уступая государству одну за другой лежавшія на нихъ функціи (власть суда и разныя отрасли управленія), вмѣстѣ съ этимъ приватизируется обладаніе недвижимостями, и бытъ цивильный становится болѣе подвижнымъ, старые способы ориентироваться въ этомъ обмѣнѣ посредствомъ опредѣленія союза, къ коему человѣкъ принадлежитъ, или земли, на которой онъ сидитъ, становятся ненадежными и недостаточными. Общность обладанія уступаетъ мѣсто раздѣльности, и обязательныя для цѣлыхъ поколѣній союзныя начала общежитія замѣняются свободными договорными формами. Если въ этихъ условіяхъ нужна распознаваемость, извѣстность и постоянство юридическихъ отношеній

отдѣльныхъ субъектовъ, то достигнуть этого возможно только тѣмъ же методомъ, какимъ этого достигали классики. *Задачи новой юриспруденціи существенно сближаются съ задачами юриспруденціи римской.*

Но, однако, условія, въ которыя поставлена мысль современнаго юриста, въ особенности въ ученіи о лицѣ, далеко не тѣ же, въ какихъ работала римская мысль. Понятіе личности совпадало тамъ съ представленіемъ конкретно извѣстной сферы правоотношеній. Quum omne jus, говоритъ Гермогеніанъ, hominum causa constitutum sit, primo de *personarum* statu... dicemus, L. 2 D. 1. 5. И такъ, хотя Гермогеніанъ указываетъ намъ послѣднюю цѣль всякаго права въ *человѣкѣ*, однако, исходною точкой для своихъ построеній онъ ставитъ именно *личность*. Мысль современной юриспруденціи этимъ не удовлетворена. Мы принимаемъ за исходную точку нашихъ построеній не эту идею личности, особности, а ищемъ чего-то другого, хотимъ идти глубже... Современное правосознаніе не ставитъ понятія личности такъ обособленно отъ человѣка, какъ это было у римлянъ. Мы не отвергаемъ правоспособности ни единаго человѣческаго существа. Основу для этого всеобщаго признанія личныхъ правъ, какъ прирожденныхъ человѣку (Urrechte), *новая философія раскрываетъ намъ въ его природныхъ свойствахъ, въ его разумности и волеспособности.* Такимъ образомъ, понятіе личности гораздо тѣснѣе сочетается съ этими непремѣнными свойствами всякаго человѣка.

Сколько бы ни было проблематическаго, съ научной точки зрѣнія, въ существованіи такихъ прирожденныхъ правъ *), современная практическая юриспруденція дѣйствуетъ въ условіяхъ этого сознанія правоспособности всякаго человѣка, какъ человѣка. Съ этимъ вмѣстѣ возникаютъ новыя задачи для жизни современныхъ обществъ, далеко не всегда разрѣшимыя путемъ юридическимъ, и трудности для современной цивилистики, незнакомыя античной мысли.

Если римская мысль представляла себѣ ясно возможность *сочетанія* личности, конкретной правоспособности, съ человѣкомъ, то она такъ же легко и *разрывала* эту связь, низводя человѣка въ категорію вещей, или давая личный характеръ обладанію тамъ, гдѣ отдѣльнаго человѣка, какъ обладателя, назвать нельзя. Современная мысль вовсе не допускаетъ этого разрыва, этого полнаго обезличенія человѣка, низведенія его на степень вещи. Зато внѣ отдѣльно взятаго человѣка, если не современное со-

*) См. Унгера, System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. § 60.

знаніе, то современная цивилистика трудно ладитъ съ представленіемъ лица. Основу римскому сознанію всѣхъ юридическихъ отношеній, какъ личныхъ, давала исторически-развившаяся система институтовъ гражданскаго права. Именно въ этой системѣ безусловно *необходима постоянная извѣстность и преемственность личная юридическихъ отношеній.* Безъ этого она немыслима и практически неосуществима. Личное приражеиіе всѣхъ юридическихъ отношеній необходимо здѣсь не въ цѣляхъ отдѣльнаго заинтересованнаго, *а въ цѣляхъ* всего цивильнаго общежитія, *всего гражданскаго обмѣна.* Внѣ его нельзя себѣ представить не только энергическаго обмѣна, но никакого движенія въ области оборота съ вещами, дѣйствія договорныхъ формъ и проч.

Выше было замѣчено, что, связавъ разъ понятіе личности *съ реквизитомъ разумности и волеспособности субъекта,* наши юристы, философы, *теоретики закрыли себѣ путь къ объясненію всего ряда явленій гражданской правоспособности, идущей за предѣлы правоспособности отдѣльнаго человѣка.* Если человѣкъ правоспособенъ именно въ силу того, что разуменъ и волеспособенъ, то въ силу чего, на какой основѣ будетъ держаться правоспособность тамъ, гдѣ нѣтъ этой личной воли и разума? А между тѣмъ формы такой правоспособности и личности коллективныхъ единицъ, союзовъ, имущественныхъ комплексовъ не только не скуднѣе, но неизмѣримо обильнѣе у насъ, чѣмъ въ Римѣ. Какъ научно обосновать это явленіе?

Отвѣтъ юристовъ настоятеленъ и неотложенъ.

Мы не имѣемъ въ виду исчерпать *) здѣсь попытокъ совре-

---

*) Подробныя литературныя указанія можно найти во многихъ хорошихъ учебникахъ пандектнаго права. Для обозрѣнія различныхъ направленій въ изысканіяхъ нѣмецкихъ юристовъ и разныхъ опытовъ конструкціи юридическаго лица за время до 1873 года можетъ служить премированное Лейпцигскимъ факультетомъ сочиненіе Zitelmann'a „Begriff u. Wesen der s. g. juristischen Person". Въ г. Цительманѣ мы могли бы привѣтствовать самаго рѣшительнаго германиста въ юриспруденціи, еслибы его построеніе понятія юридическаго лица соотвѣтствовало задачамъ именно *юридическихъ* конструкцій. Г. Цительманъ произноситъ нѣкотораго рода молитву объ освобожденіи нѣмецкой мысли отъ чужого вліянія. „Moge es uns gelingen durch die folgende constructive Entwicklung die destructive Kritik, die bis jetzt auf die fremde Ansicht gegeben ist, zu ergänzen, zu bestätigen und zu erläutern". Основа этой, какъ и нѣкоторыхъ послѣдующихъ юридическихъ построеній Цительмана, взяты авторомъ изъ области психологіи, куда окончательно имѣетъ попасть и мыслимый г. Цительманомъ субъектъ права.. Какъ это должно произойти— ясно изъ той внутренней основы, которую даетъ Цительманъ своему понятію лица юридическаго. Она заключается въ *безтѣлъсной волѣ*!? Корпораціи суть *„unleibliche Willen".* Способность воли, Willensfähigkeit, безъ плоти, ohne Leiblichkeit—вотъ что необходимо для того, чтобъ выгѣснить римскія фикціи и замѣнить ихъ понятными для нѣмецкой мысли образами! Лейпцигскій фа-

менной юриспруденціи найти основы для ученія о лицѣ. Исторія развитія этого ученія идетъ съ первыхъ вліяній римскаго права на европейскую мысль и представляетъ живѣйшій интересъ не съ юридической только, а съ общей культурно-исторической точки зрѣнія, и мы на немъ остановимся въ подробности впослѣдствіи. Здѣсь мы ограничимся короткимъ перечнемъ *современныхъ попытокъ строить понятія личности*, чтобъ опредѣлить основаніе той двойственности, которую даютъ намъ теперешнія системы, различая двѣ категоріи лицъ, физическихъ и юридическихъ.

Долгое время въ европейской юриспруденціи господствующимъ пріемомъ для расширенія свойства личности на субстраты, которые не суть люди, была метода *очеловѣченія* этихъ субстратовъ, т.-е. присвоеніе имъ тѣхъ же свойствъ, какія имѣютъ люди. Какія основы имѣла эта метода въ свое время, какіе слѣды ея удержались въ юриспруденціи до нашихъ дней—объ этомъ мы скажемъ позже, въ особомъ ученіи о юридическомъ лицѣ. Здѣсь замѣтимъ только, что европейское общество, по мѣрѣ разрушенія старинныхъ союзныхъ формъ правообладанія *и образованія въ новыхъ условіяхъ той же богатой латинской системы институтовъ частнаго права*, которую нельзя пред-

---

культетъ не оказался достаточно нѣмецкимъ, чтобъ освоиться съ этимъ построеніемъ и, награждая автора, оговорилъ свою непричастность этимъ идеямъ о лицахъ столь легко способныхъ улетучиваться..

Въ настоящее время несомнѣнно самыя значительныя заслуги по разработкѣ этого вопроса принадлежатъ профессору Оттону Гирке (O. Gierke теперь въ Берлинѣ, о немъ въ подробности позже). Это три большіе тома историческаго содержанія, къ коимъ присоединенъ теперь только-что появившійся четвертый обширный волюмъ, посвященный теоретической части вопроса о союзныхъ формахъ, которыя Гирке вообще называетъ Genossenschaften. Изъ 3-хъ первыхъ томовъ (1—Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1868, 2—Geschichte des deutschen Korperschaftbegriffs, 1873, 3—die Staats-und Corporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland, 1881) особенно 3-й представляетъ собою изумительно богатую по содержанію и превосходно написанную исторію догмы по этому важному вопросу, доведенную авторомъ до XVII в. Мы имѣемъ въ настоящее время работу г. Л. Гервагена о юридическомъ лицѣ, въ которой русскіе читатели найдутъ подробный очеркъ литературы вопроса и отчетливыя свѣдѣнія по исторіи догмы, основанныя на сочиненіяхъ Гирке. Послѣдняя работа Гирке „Genossentheorie...“ представляетъ собою тоже германистскую попытку вытѣснить неподходящія римскія конструкціи своими, болѣе, конечно, говорящими нѣмецкому уху, глазу—чѣмъ блѣдныя, безкровныя римскія построенія. Дальнѣйшій анализъ содержанія названнаго сочиненія мы сдѣлаемъ въ спеціальной главѣ для ученія о юридическомъ лицѣ. Для русской публики наилучшимъ пособіемъ въ исторіи литературн. разработки вопроса будетъ, несомнѣнно, отнынѣ служить напечатанная профессоромъ Н. С. Суворовымъ въ 92 г. книга Объ юридическ. лицахъ по римскому праву, гдѣ читатель найдетъ богатыя литературныя указанія и мастерское изображеніе всего литературнаго движенія въ Германіи по этому предмету, особенно въ главѣ 1-й. Послѣ 92 г. надлежитъ отмѣтить для нѣмецкой литературы въ особенности указан. выше Deutsches Priv. Recht. O. Gierke, 95 г., а также появившіяся въ 93 г. Pandekten Ferdin. Regelsberger'a.

ставить себѣ безъ личнаго приражения, требовало такой же точности постановки вопроса о субъектѣ гражданскаго права, которая была выработана латинской техникой.

Савиньи принадлежитъ для нашего времени безспорно заслуга постановки вопроса вновь на подлинно-юридическую почву. Ученіе о лицѣ перестало быть съ этихъ поръ вполнѣ фантастическимъ и возвратилось въ область юриспруденціи. Ученіе Савиньи, наиболѣе распространенное и теперь въ учебникахъ, слѣдуетъ назвать, по методу разрѣшенія проблемы, способомъ аналогической конструкціи, примѣненіемъ къ явленіямъ союзнаго обладанія тѣхъ же формъ, какія выработаны для обладанія личнаго. Это такъ называемая теорія персонификаціи—*олицетворенія*,—составляющая несомнѣнный успѣхъ и *приближеніе* къ подлинно-римскому понятію лица *сравнительно со старыми ученіями очеловѣченія*, такъ сказать, не людей.

Долгое время господствовавшее ученіе Савиньи стало, въ особенности въ 50-хъ годахъ (Sturm u. Drang-Periode in der Jurisprudenz), возбуждать многочисленныя сомнѣнія въ своемъ достоинствѣ. Если нужно,—говорятъ представители новаго направленія,—олицетворять неличное обладаніе, то совершить эту операцію нельзя иначе, какъ съ помощью фикціи, стало быть—актомъ вымысла. Такимъ образомъ, въ правѣ, въ важнѣйшемъ элементѣ юридическихъ построеній, наряду съ лицами дѣйствительно существующими, дается мѣсто лицамъ, которыхъ нѣтъ въ дѣйствительности, какимъ-то миражамъ, продуктамъ воображенія. Если юристъ способенъ видѣть лицо въ коллегіи, въ корпораціи, въ „лежачемъ“ наслѣдствѣ, то спрашивается, гдѣ же предѣлъ этой игрѣ юридической фантазіи, гдѣ конецъ фикціямъ, вымысламъ, и начало реальнаго міра для юристовъ?

Очень многіе охотно допускали, что теорія персонификаціи есть подлинно римскія, чтобъ тѣмъ вѣрнѣе доказать несоотвѣтствіе формализма римскихъ построеній современному мышленію (иначе, германскому, ибо, кромѣ германскаго мышленія, въ противоположность классическому, иного, для современности, не полагается), существенно-де реалистическому. Мы знаемъ юридическія отношенія лицъ, людей, и видимъ подобныя этимъ юридическимъ отношеніямъ, именно въ сферѣ имущественной, права, неимѣющія такихъ реально существующихъ субъектовъ. Назвать эти права принадлежащими мыслимымъ субъектамъ—значитъ ничего не сказать опредѣленнаго. Классики знаютъ принадлежность, опредѣляемую не однимъ отношеніемъ *къ какому-либо*, а точно также принадлежность, опредѣляемую отношеніемъ къ *чему-либо*...

Въ 1-мъ случаѣ они говорятъ pertinere ad aliquem, во 2-мъ pertinere ad aliquid. Что же способно опредѣлить принадлежность имущества чему-либо? Предназначеніе его, *цѣль, для которой оно существуетъ*. И такъ, *мысля по-германски*, мы должны сказать, что существуютъ *имущества*, которыя принадлежатъ лицамъ, и есть такія, *которыхъ принадлежность опредѣляется ихъ цѣлью*, ихъ предназначеніемъ. Эти послѣднія суть имущества цѣли (Zweckvermogen). Такъ конструировалъ Алоизъ Бринцъ, одинъ изъ самобытнѣйшихъ пандектистовъ нашего времени, мюнхенскій профессоръ, скончавшійся въ 1887 г.

Несомнѣнно, Бринцъ держался въ своихъ попыткахъ юридическаго построенія въ сферѣ задачъ цивильной юриспруденціи, какъ и Савиньи, и не удалялся въ область вопросовъ психологіи тамъ, гдѣ для нихъ нѣтъ мѣста, т.-е., стоялъ также далеко отъ *воображаемаго человѣка* въ центрѣ всякой сферы обладанія, какъ и Савиньи. Несомнѣнно также, что онъ мыслитъ своеобразно, независимо отъ римскихъ образцовъ, хотя, какъ пандектистъ, ищетъ поддержки своимъ воззрѣніямъ въ Юстиніановскихъ текстахъ.

Возраженіе Бринца противъ *фикціи лицъ* вполнѣ основательно, но оно должно быть направлено противъ Савиньи, а не противъ римскаго права, ибо въ римскомъ правѣ мы не находимъ двухъ категорій лицъ, физическихъ и юридическихъ, которыя принимаетъ Савиньи. Въ правѣ римскомъ, *кому бы или чему бы ни присвоивалась правоспособность или личность, свойство цивильной личности или правоспособности оставалось однимъ и тѣмъ же*. Самъ ли человѣкъ, или, вмѣсто него, universitas является какъ активный дѣятель въ гражданскомъ оборотѣ, опредѣлившаяся конкретно сфера его цивильныхъ юридическихъ отношеній есть личная. Въ одномъ случаѣ, при субъектѣ человѣкѣ, она приводится въ движеніе имъ самимъ, если онъ дѣеспособенъ и пока онъ живъ, до его смѣны другимъ человѣкомъ; въ другомъ, при субъектѣ коллективномъ, тѣ же функціи совершаются органами данной коллективной единицы.

Но, независимо отъ этихъ модификацій дѣеспособности, правоспособность тутъ и тамъ мыслится и существуетъ *какъ личная, въ указанныхъ нами выше цѣляхъ юридической извѣстности, постоянства и непрерывности цивильнаго обмѣна*. То обстоятельство, что отдѣльныя имущества или цѣлыя массы предназначаются для опредѣленныхъ спеціально цѣлей, не устраняетъ вопроса, *какъ существуютъ онѣ* въ смыслѣ цивильной ихъ позиціи, лично, самобытно, съ той же способностью къ самостоятельнымъ, себя ради, цивильнымъ функціямъ, какъ и имущества

отдѣльныхъ гражданъ, т.-е. съ той же способностью владѣть, пріобрѣтать, обязываться, требовать, искать, отвѣчать, или иначе? И отвѣтъ несомнѣненъ, что эти *имущества цѣли* существуютъ также *лично*, какъ и всякія другія. Указаніе на цѣль ихъ установленія важно для вопросовъ ихъ управленія, ихъ организаціи, ихъ внутренняго строя, но оно недостаточно для опредѣленія ихъ позиціи въ цивильномъ бытѣ.

Изъ того, что извѣстное имущество, мое или университетское (книги, рукописи), больничное или отдѣльнаго служителя ея (приспособленія для врачебныхъ цѣлей), предназначено одной цѣли, служенію наукѣ, помощи страждущему человѣчеству,—не видно еще, что это за имущество въ цивильномъ смыслѣ, связано ли оно въ такой комплексъ, который самостоятельно оперируетъ въ гражданскомъ оборотѣ, прирощается, убываетъ, требуетъ вознагражденія за ущербы, ему нанесенные, отвѣчаетъ за ущербы, отъ него происходящіе, входитъ въ договоръ и проч. А между тѣмъ *именно это и составляетъ все содержаніе вопроса о личности* и о цивильной правоспособности, а на это именно и не даетъ отвѣта конструкція Бринца; если же даетъ, противуполагая имущество цѣли имуществу лица, то отвѣта этого нельзя признать удовлетворительнымъ, ибо въ немъ заключается отрицаніе личнаго характера принадлежности, допущеніе имуществъ, принадлежащихъ цѣли и въ то же время безсубъектныхъ.

Источникъ ошибочности построеній Бринца тотъ же, что и у ряда другихъ еовременныхъ юристовъ, т.-е. задача найти присущее правообладателю свойство, чтобы было право ему принадлежащее. Нѣтъ сомнѣнія, что все право, какъ говоритъ Бринцъ, имѣетъ человѣка своимъ творцомъ, своимъ предметомъ и своей цѣлью (идея римская). Это первооснова и предѣльная цѣль всѣхъ юридическихъ построеній. Но достиженіе этой цѣли, въ условіяхъ цивильно-развитого быта, *въ сферѣ отдѣльныхъ отнотеній*, неосуществимо иначе, въ смыслѣ ихъ извѣстности, постоянства и непрерывности, какъ нѣкоторымъ отрѣшеніемъ понятія личности отъ представленій отдѣльнаго человѣка, когда человѣкъ не дѣеспособенъ, когда смерть разрываетъ его связь съ имуществомъ, когда цѣль института, цѣль учрежденія ставится въ независимость отъ измѣнчивой воли и воззрѣній отдѣльнаго человѣка, какъ въ universitas, collegium, pia causa и проч.

При этомъ надлежитъ замѣтить, что *личный характеръ* присвоивается извѣстному организованному дѣлу, предпріятію, назначенію имуществъ далеко не всякій разъ, когда именно видна цѣль предпріятія, дѣла, предназначенія. Возьмемъ для примѣра

имущество, предназначенное *цѣли*, приданое, dos, котораго цѣль опредѣляется прямо какъ поддержка тягостей брачнаго сожитія (ad onera matrimonii ferenda). Тутъ цѣль и принадлежность ad aliqvid, выражаясь по Бринцу, ясна; но конструировать выдѣленное такимъ образомъ имущество, какъ особую единицу, лично оперирующую для этой цѣли чрезъ супруговъ, нѣтъ разсчета. Сами супруги слишкомъ близко стоятъ къ дѣлу, чтобы представленіе 3-хъ, вмѣсто 2-хъ имущественныхъ массъ, обособленныхъ такъ же, какъ обособляется сфера обладанія отдѣльныхъ правоспособныхъ субъектовъ, заключало въ себѣ какое-либо практическое удобство. Супруги суть ближайшіе дестинатэры, для нихъ назначается это имущество, хотя, правда, не для сепаратныхъ видовъ каждаго, *а для совмѣстныхъ цѣлей супружеской жизни*, которыя нормально и не разсматриваются каждымъ изъ супруговъ, какъ чуждыя ему, а какъ въ то же время и его собственныя. Степень близости цѣлей, для коихъ предназначается имущество, къ отдѣльнымъ дестинатэрамъ можетъ быть очень различная. Чѣмъ ближе каждый дестинатэръ поставленъ къ цѣли предназначенія и чѣмъ меньше кругъ дестинатэровъ, тѣмъ, натурально, меньше резона обособлять гражданскую личность такихъ имущественныхъ назначеній. Чѣмъ отдаленнѣе эта связь и чѣмъ шире кругъ лицъ, заинтересованныхъ въ управленіи такимъ имуществомъ согласно цѣли его обособленія, тѣмъ, понятно, необходимѣе и самое обособленіе. Обыкновенное условіе такой самостоятельно-личной организаціи составляетъ значительность юридическихъ операцій, кои имѣютъ производиться ея именемъ. Указать, однако, разъ навсегда, гдѣ есть и гдѣ должна быть организована особая отъ заинтересованныхъ цивильная правоспособность — дѣло ближайшаго практическаго изученія условій, а не простыхъ теоретическихъ соображеній.

Савиньи различилъ двѣ категоріи лицъ—физическихъ и юридическихъ. Бринцъ замѣнилъ послѣднія понятіемъ имуществъ цѣли. Цѣлый рядъ другихъ юристовъ, частью съ очень крупными именами, пошли еще дальше по пути самостоятельнаго и совершенно безплоднаго творчества въ этомъ вопросѣ.

Стараясь самъ, не quellenmässig, суммировать въ одномъ понятіи, въ одномъ словѣ даже, весь міръ юридическихъ явленій гражданскаго оборота, Виндшейдъ, на вопросъ, что такое право въ субъективномъ смыслѣ, отвѣчаетъ—это Wollen-dürfen, воледозволенность *). Мы выше видѣли, не отступая ни на шагъ отъ

*) Какой оттѣнокъ нѣмецкая рѣчь присвоеваетъ глаголу dürfen въ юрис-

римскихъ построеній, что право, въ самомъ дѣлѣ, есть область обнаруженія воли человѣка по преимуществу, что все оно идетъ отъ человѣка, сферу его дѣятельности имѣетъ своимъ содержаніемъ, ради человѣка существуетъ. Но это не мѣшало римскому юрисконсульту говорить *о личности* въ правѣ и допускать область личнаго въ сферѣ юридическихъ отношеній и тамъ, гдѣ нѣтъ волеспособности непосредственно данной, а есть или прежде опредѣлившійся кругъ отношеній, уже связанныхъ и еще не вошедшихъ въ составъ другого (hered jac.), или гдѣ воле-(вѣрнѣе, и эту поправку въ опредѣленіи субъективнаго права у Виндшейда предлагаетъ Биндингъ, дѣе-) дозволенность, Wollen dürfen, упражняется не самимъ субъектомъ, а обнаруживается чрезъ посредство особой организаціи (опека, universitas). Какія же консеквенціи получаются у Виндшейда отъ этого понятія субъективнаго права, отъ Wollen-dürfen? Гдѣ нѣтъ Wollen-dürfen, тамъ нѣтъ права? Это было бы совершенно возможное и логически правильное заключеніе, но его остерегается сдѣлать Виндшейдъ, ибо тогда оказалось бы, что онъ не видитъ вовсе дѣйствительности. Виндшейдъ выходитъ изъ затрудненія, которое самъ себѣ сдѣлалъ, инымъ путемъ. Гдѣ нѣтъ Wollen-dürfen, тамъ право въ *субъективномъ* смыслѣ все-таки есть, но оно *безсубъектно*!! Болѣе обличительнаго результата смѣшенія понятій человѣка и лица въ гражданскомъ смыслѣ нельзя придумать. Его нашелъ Виндшейдъ, натурально, не въ римскомъ правѣ, гдѣ его нѣтъ. Но оно не нужно и для нашего права, ибо хотя у насъ, иначе чѣмъ у Римлянъ, личенъ всякій человѣкъ, но нѣтъ никакой надобности ограничивать примѣненія личнаго сферой волеспособнаго человѣка и не допускать мыслить личности тамъ, гдѣ она не дана непосредственно волей отдѣльно взятаго человѣка.

Принеся эту дань логикѣ, совершенно ненужную для юриспруденціи, Виндшейдъ, однако, сохраняетъ для своего учебника терминъ „юридическое лицо“, по соображеніямъ не юридическимъ, а скорѣе эстетическимъ: die juristische Person,—говоритъ онъ,—ist eine nicht wirklich existirende, nur vorgestellte Person (ю. л. есть не существующее въ дѣйствительности, а лишь воображаемое лицо)... и основаніемъ для этого творчества фантазіи служитъ глубоко въ природѣ человѣка лежащее стремленіе къ личному (natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurch geht, beruhendes Gefühl).

Если нельзя отказать въ большой смѣлости этого рода логи-

пруденціи—объ этомъ Биндингъ въ св. книгѣ Zur Revision d. jurist. Grundbegriffe даетъ цѣлый экскурсъ.

ческимъ и эстетическимъ построеніямъ, то въ этомъ смыслѣ, (т.-е. въ смыслѣ смѣлости) Ihering оставилъ, въ своей Allg. Theorie der Rechte, всѣхъ своихъ предшественниковъ далеко позади себя. Разъ принципомъ воли нельзя объяснить себѣ всѣхъ явленій права, тогда на что же нуженъ самый принципъ? Вотъ постановка вопроса у Ihering'а. Чтобы имѣть право, не нужно имѣть способности воли, какъ это мы видимъ у дѣтей, умалишенныхъ и проч. Отъ этого положенія для субъективнаго права Ihering быстро переходитъ къ передѣлкѣ самаго понятія права и получаетъ въ результатѣ „интересъ", „пользованіе", „благо", какъ критерій для всѣхъ юридическихъ конструкцій. Мы касались этихъ конструкцій выше (разныя мѣста Введенія). Для юридическаго лица результаты новыхъ воззрѣній на право особенно любопытны, ибо Ihering находитъ, что субъектомъ права въ формахъ коллективнаго обладанія является не мыслимая фигура юридической личности, а тѣ, *на пользу* коихъ идетъ имущество, ибо *принципъ пользы* *), есть рѣшающій для права. Стало быть, имущество воображаемаго лица (по Савиньи), имущество цѣли (по Бринцу) будетъ, по Ihering'у, собственно имуществомъ дестинатэровъ, интересентовъ, тѣхъ, кому оно предназначено, больныхъ, если это больница, артистовъ, если это институтъ для живописи, для музыки и т. п. Въ очень потѣшныхъ формахъ Ihering старается картинно изобразить результатъ иныхъ построеній, гдѣ можетъ оказаться, что юридическое лицо станетъ въ открытую вражду съ тѣми, кто его составляетъ. Однако, отвѣта на вопросъ, чье *право*?—какіе реквизиты права въ субъективномъ смыслѣ?—здѣсь нѣтъ; ибо сказать—больницей *пользуются* больные, а странно-пріимнымъ домомъ—странники, значитъ сказать, для вопроса права, такъ же мало, какъ сказалъ уже Бринцъ, именуя имущество юридическихъ лицъ имуществомъ цѣли.

Намъ нужны вовсе не эти тэзы, стоящія внѣ всякаго сомнѣнія, а совершенно иныя. Мы требуемъ отвѣта на вопросъ: *есть-ли въ этихъ случаяхъ такая же форма имущественнаго обладанія*, цивильная, со всѣмъ содержаніемъ институтовъ цивильной системы, какая существуетъ въ данномъ правѣ для отдѣльныхъ правоспособныхъ людей, или нѣтъ, и на этотъ вопросъ Савиньи, Бринцъ, Виндшейдъ, Ihering отвѣчаютъ намъ каждый въ большей или меньшей мѣрѣ уклончиво.

Брунсъ, разбирая три главнѣйшія попытки построенія юри-

*) Есть-ли здѣсь, въ самомъ дѣлѣ, *принципъ*, это, какъ извѣстно, очень спорно. Бельгіецъ Laurent говоритъ: l'intérêt n'est qu'un mobile, qui rapproche les hommes, ce n'est pas un principe.

дическаго лица (Савиньи, Бринца, Ihering'a), находитъ ихъ не столько фальшивыми, сколько мало пригодными, каждую отдѣльно взятую, чтобы обнять весь кругъ явленій, съ коими они должны сосчитаться. Мы возвратимся къ этому вопросу позже, тамъ, гдѣ будемъ имѣть дѣло съ отдѣльными живыми формами коллективнаго обладанія. Отчасти мы уже указали выше (приданое), что не всякій разъ, когда есть имущество, назначенное для чего-либо, или котораго дестинатэры пока невѣдомы (сервитуты), нужно мыслить его, какъ особую, самососредоточенную сферу частно-правнаго обладанія, какъ лично-обособленный комплексъ юридическихъ отношеній. Подробности дальше. Брунсъ справедливо замѣчаетъ, что по поводу всякаго имущества отдѣльнаго лица надлежитъ различать три элемента (вопроса): само имущество (мы бы сказали—его составъ), *впереди стоящій вопросъ его обладанія* (davor .. das Haben), и засимъ идущій (dahinter) вопросъ пользованія. Несомнѣнно, что для права, для даннаго юридическаго быта впереди долженъ именно идти вопросъ—*чье это имущество*, какой формѣ обладанія оно подлежитъ, самостоятельной, постоянно-извѣстной, личной, или данное имущество и всѣ юридическія отношенія, съ нимъ связанныя, не смотря на постоянство его назначенія, на извѣстность притязающихъ къ пользованію имъ, не самостоятельно, не есть отдѣльная величина, а лишь часть другой? Въ первомъ случаѣ мы примемъ особность и личность этой имущественной сферы; во второмъ—нѣтъ. То обстоятельство, что имущество будетъ фигурировать въ оборотѣ, какъ казенное, университетское, мірское, а пользоваться имъ будутъ все же люди того или другого круга, вовсе не измѣняетъ формы цивильнаго обладанія имъ, какъ личной въ цивильномъ смыслѣ, точно такъ же, какъ имущество отдѣльнаго человѣка не перестанетъ быть его имуществомъ, хотя право пользованія имъ будетъ долгое время, быть можетъ, всю жизнь собственника, принадлежать пользователю.

Обстоятельства, наиболѣе смущавшія мысль нашихъ юристовъ въ вопросѣ о формѣ имущественнаго обладанія тамъ, гдѣ нѣтъ отдѣльнаго человѣка, условлены, какъ мы видѣли, тѣмъ, что въ этихъ формахъ за юридической конструкціей какъ будто вовсе скрытъ живой человѣкъ. Мы уже сказали, что цѣль отдѣльности и личнаго характера обладанія для коллективныхъ единицъ, въ смыслѣ матерьяльномъ, *не въ нихъ самихъ*, какъ она можетъ быть (но можетъ и не быть) и у отдѣльнаго человѣка, а въ общеизвѣстности и постоянствѣ цивильныхъ отношеній.

Съ другой стороны, и отдѣльный человѣкъ является, какъ мы

увидимъ подробнѣе дальше, въ своихъ цивильныхъ отношеніяхъ *не какъ физическая особь со всѣми безчисленными видоизмѣненіями ей свойственными.* Савиньи справедливо обращаетъ вниманіе на то, что, говоря о человѣкѣ, какъ субъектѣ правъ гражданскихъ, мы отбрасываемъ цѣлую массу характеризующихъ лично каждаго моментовъ. Въ отношеніяхъ юридическаго характера для насъ столь часто вовсе безразличенъ нравственный мотивъ дѣйствія человѣка, безразличны столь многія соціальныя положенія людей, физическія ихъ свойства, которыя кладутъ на живого человѣка и на его судьбу неизгладимую печать, безразличенъ тотъ или другой способъ пользованія имуществомъ и пр. Въ понятіе лица, въ его функцію, какъ субъекта гражданскихъ правъ, входятъ далеко не всѣ эти черты живой дѣйствительности. *Представленіе лица, правоспособнаго субъекта, есть абстракція всегда и вездѣ, гдѣ рѣчь идетъ объ организованномъ цивильномъ бытѣ.* Это—*юридическая переработка* живого явленія не только тамъ, гдѣ правоспособна община, союзъ людей, установленіе, но и тамъ, гдѣ правоспособенъ отдѣльный человѣкъ.

И тутъ, и тамъ этой переработкой достигается для міра субъективныхъ юридическихъ отношеній та же цѣль, какая для вопросовъ права достигается извѣстнымъ пріемомъ образованія юридическихъ положеній или правилъ. Право не достигнетъ необходимой для его осуществленія извѣстности, если оно не превратится въ комплексы опредѣленныхъ положеній, правилъ, нормъ, институтовъ; хотя Юлій Павелъ вѣрно замѣчаетъ, что правила изъ права, а не право изъ правилъ ведутъ свое происхожденіе L. 1 D. de R. J.), однако, тамъ, гдѣ нѣтъ этихъ правилъ, тамъ право будетъ jus incertum и, какъ говоритъ Цицеронъ, paene ridiculum. Точно также въ основѣ отдѣльныхъ правъ гражданскихъ лежатъ многообразные мотивы, интересы, разсчеты и цѣли, но всѣ эти внутренніе факторы, вліяющіе на образованіе правъ въ субъективномъ смыслѣ, не въ состояніи намъ дать того, что составляетъ нашу задачу. Намъ необходима извѣстность, постоянство, распознаваемость живыхъ юридическихъ отношеній, а достигнуть этого мы не можемъ иначе, какъ мысля обособленными сферы этихъ правоотношеній, личными, все равно, кто бы ни былъ правообладателемъ, дитя, зрѣлый, здравомыслящій, предусмотрительный, легкомысленный, сумасшедшій, отдѣльный человѣкъ, группы людей, сословія, товарищества, казна и проч.

Исканіе воли, какъ наличной основы для всякой правоспо-

собности, составляетъ задачу, поставленную совершенно врозь съ задачами собственно цивилистическихъ построеній. Разъ найдена постоянная связь извѣстныхъ юридическихъ отношеній съ *юридически* опредѣленнымъ правообладателемъ, кто бы онъ ни былъ, отдѣльный человѣкъ, или та или другая союзная форма, цѣль *цивилиста* достигнута. Намъ видны *всѣ роли юридической драмы*, кто истецъ, гдѣ отвѣтчикъ, владѣлецъ, покупщикъ, правопреемникъ, собственникъ, должникъ, вѣритель, и мы укажемъ выходъ (юридическій) изъ любой коллизіи, независимо отъ вопроса, кто скрывается за этими юридическими фигурами, живой или мертвый, молодой или старый, вся компанія или особенно чтимый ея членъ—учредитель такой-то.

Вопросъ, гдѣ предѣлъ образованію такихъ формъ? есть праздный для цивилиста, и если бы нѣмецкому юридическому сознанію и цѣлямъ извѣстности правоотношеній не были противны конструкціи правоспособныхъ монсовъ, которыя предлагаетъ гейдельбергскій профессоръ Эмануилъ Беккеръ, то суды нѣмецкіе должны были бы покорно идти этимъ путемъ. Мы защищаемъ только ту тезу, что человѣкъ, его сознаніе, его воля, лежащія въ его нравственной природѣ стремленія служатъ основой права и его нормъ, юридическаго быта и юридическихъ отношеній, но для того, чтобъ это составляло постоянную черту быта культурныхъ обществъ, вовсе нѣтъ необходимости, чтобы каждый отдѣльный правообладатель былъ волеспособенъ, разуменъ и проч.

Употребленіе термина „лицо“ нынѣ не одинаково въ юридической техникѣ разныхъ странъ. Оно наиболѣе соотвѣтствовало цѣли въ римской терминологіи. Французы не всегда пользуются имъ, гдѣ это несомнѣнно полезно. Весьма нерѣдко, когда французскому юристу надо обозначить правообладателя абстрактно, независимо отъ обладанія въ той или другой сферѣ правоотношеній, вещной, обязательственной, онъ употребляетъ совершенно неточно слово propriétaire, собственникъ, propriétaire de la maison, de la créance, тогда какъ, точно выражаясь, мы имѣли бы собственника только въ 1-мъ случаѣ, а во 2-мъ вѣрителя. Послѣдствія этой неправильности очень важны, и мы будемъ имѣть случай сказать объ этомъ позже еще разъ.

Нѣмцы не дѣлаютъ этой ошибки, ибо у нихъ употребителенъ терминъ „лицо“, какъ и у римлянъ, для абстрактнаго обозначенія правообладателя, правоспособнаго, независимо отъ того, что составляетъ предметъ обладанія, стало быть, абстрактно.

Римляне вездѣ и все, что представляетъ собою обособленную правоспособность, именуютъ просто лицомъ: не только человѣка,

но и смѣняющуюся въ коллективномъ единствѣ совокупность лицъ, persona coloniae ipsius, не только лицо живаго правоспособнаго, но и опредѣлившуюся сферу правообладанія умершаго, *persona* defuncti. И такъ, тутъ техническій терминъ „лицо", „persona", есть вполнѣ абстрактный и самъ себѣ равный для всѣхъ случаевъ, гдѣ надо обозначить обособленную правоспособность, самостоятельно опредѣлившуюся сферу гражданскихъ правоотношеній и въ этомъ видѣ функціонирующую въ цивильномъ оборотѣ съ необходимымъ для этой цѣли свойствомъ постоянной ея юридической извѣстности.

Мы могли бы, при самомъ развитомъ обмѣнѣ, обойтись этимъ простымъ терминомъ, какъ имъ обходились римляне. Termini technici, теперь употребительные для двухъ явленій правоспособности, особенно у нѣмцевъ, для правоспособности отдѣльнаго человѣка и коллективныхъ единицъ, далеко не суть ни удачные, ни выдержанные, ни точные. *Сама правоспособность вездѣ одна.* То обстоятельство, что она присвоена установленію или отдѣльному человѣку, не видоизмѣняетъ ея въ существѣ. Называть человѣка правоспособнаго лицомъ физическимъ, а корпорацію юридическимъ, нѣтъ никакого основанія. Нѣмецкіе систематики учатъ, что правоспособность лица физическаго прекращается съ его смертью. Затѣмъ, однако, изъ другихъ §§ тѣхъ же нѣмецкихъ системъ мы узнаемъ, что со смертью человѣка его юридическія отношенія не должны прекращаться, а должны продолжать свое существованіе, но уже не въ единствѣ физической личности (римляне не боялись сказать persona defuncti!), а въ новомъ видѣ, въ видѣ лица юридическаго, лежачаго наслѣдства (классики удачно говорятъ personae vice fungitur) *).

Таковы результаты сочетанія римскихъ понятій, вѣрнѣе, терминовъ съ современными теоріями! Нельзя не сказать, что они довольно уродливы. У римлянъ persona живущаго и persona defuncti одно и то же, такъ же какъ и persona coloniae. Только извѣстность, дѣеспособность, предѣлы правоспособности разныхъ лицъ въ разныхъ случаяхъ не одинаковы. Тогда и слѣдовало бы учить такъ: *лицо, въ цивильномъ смыслѣ, есть понятіе единое, всегда установляемое методомъ юридическимъ, но способъ опредѣлять* въ конкретныхъ случаяхъ *извѣстность* лица, *предѣлы* личной правоспособности, *дѣеспособность разныхъ лицъ не одинаковъ.* По этимъ признакамъ можно различать разные роды

*) Замѣтимъ здѣсь любопытный оборотъ рѣчи, который употребляютъ классики, когда хотятъ обозначить цѣль, интересъ совершающагося дѣйствія—defunctorum *interest.*

лицъ, лица съ болѣе широкой сферой правоспособности и съ болѣе ограниченной, дѣеспособныя и нѣтъ, юридическая извѣстность существованія коихъ опредѣляется моментомъ рожденія физическаго, или иными признаками, указанными правомъ. Это не значитъ, что одни лица суть лица по физическимъ причинамъ, а другія по юридическимъ.

Какъ отдѣльные люди, такъ и союзы людей суть *лица въ смыслѣ права*, juris interpretatione. Нельзя утверждать, что одни изъ нихъ суть реальныя особи, а другія только мыслимыя. Правообладающій союзъ людей отнюдь не менѣе правоспособенъ, чѣмъ отдѣльный человѣкъ въ соотвѣтствующей сферѣ, и исторически правоспособность союза вовсе не составляетъ подражанія, уподобленія, явленія послѣдующаго за правоспособностью отдѣльнаго человѣка, а скорѣе наоборотъ. Только отрѣшившійся отъ исторической почвы догматизмъ могъ создать такія представленія въ юриспруденціи. Точно также никакихъ подобій воли человѣка намъ не надо вымышлять, чтобъ имѣть субъектовъ, коллективно обладающихъ правомъ, ибо и самъ человѣкъ является правоспособнымъ не въ той только мѣрѣ, въ какой онъ волеспособенъ, и въ какой онъ способенъ быть лично пользователемъ земныхъ благъ. *Весь вопросъ о личности долженъ быть* отрѣшенъ для каждаго отдѣльнаго случая отъ этихъ фактическихъ моментовъ и *поставленъ въ связь* не только съ интересами и волей людей, какъ отдѣльно взятыхъ разумныхъ существъ, а въ то же время *съ интересами общежитія, извѣстности, постоянства, непрерывности юридическихъ отношеній и ихъ обмѣна въ гражданскомъ быту.*

Однако, группировка лицъ по 2-мъ названнымъ категоріямъ не только не устраняется изъ современной терминологіи, но даже какъ будто пріобрѣтаетъ право гражданства. Ее знаетъ прусскій ландрехтъ (moralische Personen), ею пользуется, хотя умѣренно, австрійскій кодексъ. Новый саксонскій прямо начинаетъ съ этихъ 2-хъ категорій лицъ свою систему (впереди только положенія о нормахъ). Лоранъ хочетъ ввести незнакомое до сихъ поръ французскому кодексу дѣленіе 1-й книги на двѣ части: 1-ю для personnes physiques, 2-ю для corporations. Новый кодексъ 96 г. даетъ 69 параграфовъ для понятія юридическаго лица (§§ 21—90) въ составѣ Общей части. Борьба юристовъ, указанная выше, противъ понятія юридическаго лица, стремленіе замѣнить его инымъ наименованіемъ (имущество цѣли, пользованіе дестинатаріевъ) не даетъ результата. У насъ не только въ учеб-

никахъ, но и въ практикѣ судовъ терминъ „юридическое лицо“ весьма распространяется.

Мы имѣли въ виду предшествующимъ изложеніемъ коротко резюмировать фальшивыя стороны и послѣдствія употребленія этого термина, многочисленныя недоразумѣнія, которыя влечетъ за собой дѣленіе лицъ на существующихъ въ природѣ (физическихъ) и будто бы въ природѣ не существующихъ, только мыслимыхъ. Затѣмъ, однако, самый терминъ, съ этими оговорками, особенно съ прибавкой die sogenannte juristische Person удерживается какъ безвредный въ употребленіи даже открытыми врагами фикцій въ правѣ.

Наше законодательство его не знаетъ, и графъ Сперанскій въ этомъ отношеніи сталъ ближе къ подлинному римскому праву и къ новому направленію цивилистической литературы, чѣмъ нѣкоторые предшествующіе и послѣдующіе кодексы западные. Т. X, ч. I говоритъ только о лицѣ, а не о 2-хъ категоріяхъ лицъ въ правоотношеніяхъ гражданскихъ. Позднѣйшій кодексъ, образовавшійся у насъ, ч. III мѣстн. узаконеній остзейскихъ, вводитъ терминъ „юридическое лицо“ въ отдѣльныхъ случаяхъ (см., напр., ст. 713, 1692, 2913, 2918).

Положеніе немногихъ статей X т. ч. I, сюда относящихся, въ системѣ весьма характерно. Извѣстно, что 1-я книга X т. имѣетъ своимъ содержаніемъ права и обязанности семейственныя, такъ что собственно имущественные институты расположены въ 3-хъ послѣдующихъ книгахъ. При этомъ книга 2-я (о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества вообще) распадается на три раздѣла: 1) о разныхъ родахъ имуществъ, 2) о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества, 3) о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ вообще, изъ коихъ лишь въ 3-мъ, послѣднемъ, мы встрѣчаемъ опредѣленіе круга лицъ имущественно-правоспособныхъ. Это глава 1-я раздѣла 3-го книги 2-й, озаглавленная такъ: *о лицахъ*, могущихъ пріобрѣтать права на имущества. Здѣсь любопытнѣе всего указаніе на личный характеръ имущественнаго обладанія, данное въ титулѣ этой главы. По содержанію очень краткая гл. 1 этого разд. (всего 3 статьи, 696, 697 и 698) вполнѣ соотвѣтствуетъ статьямъ 406—415, которыя трактуютъ о разныхъ родахъ имуществъ *по свойству лицъ, ими обладающихъ* (имущ. государственныя, удѣльныя, разныхъ установленій, общественныя и частныя).

Сочетаніе того и другого ряда статей дало бы то, что въ Code civil выработано (несравненно точнѣе) въ tit. I Chap. III livre II подъ титуломъ „des biens dans leur rapport avec ceux

qui les possèdent (ст. 537—543) и началу liv. III „des différentes manières, dont on acquiert la propriété". Соотвѣтствіе, конечно, далеко неполное. Затѣмъ, французы имѣютъ кн. 1, трактующую des personnes и заключающую въ себѣ не одни права союза семейственнаго, а общія положенія de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile, des absens. Соотвѣтствующихъ этому положеній нашъ X т. не заключаетъ и въ пору его возникновенія заключать не могъ.

Въ условіяхъ теперешняго праворазвитія мы близко подходимъ къ потребности такихъ же и еще болѣе развитыхъ, чѣмъ въ Code civil, *общихъ опредѣленій гражданской правоспособности.* Но X т. остается тѣмъ же, какимъ былъ, и въ ст. 698 мы читаемъ: всѣ прочія (выше указано верховное обладаніе имущ. государств. и обладаніе удѣльными имущ.) права на имущества, по различію самыхъ имуществъ и въ предѣлахъ, закономъ опредѣленныхъ, могутъ пріобрѣтать: 1) Члены Императорскаго Дома; 2) дворц. управленія; 3) казна; 4) дворянск., городскія и сельскія общества; земскія учрежденія именемъ земства имѣютъ право пріобрѣтать недвижим. и движим. имущества; 5) епархіальн. начальства, монастыри и церкви; 6) кредитн. установленія, богоугодн. заведенія; 8) учебн. и ученыя заведенія; 9) частныя лица; 10) сословія лицъ, какъ-то: товарищества, компаніи, конкурсы. Въ прим. къ этой ст. читаемъ, что пространство и свойство сихъ правъ подробно обозначены 1) для частныхъ лицъ и обществъ въ законахъ о состояніяхъ, въ 1 кн. сего Свода и въ Св. воен. постановл.; 2) для установленій—въ уставахъ ихъ и учрежденіяхъ; 3) для казны въ Устав. казен. управленія и госуд. благоустройства.

Таковы общія ссылки статьи на другія части законодательства; рядомъ съ этимъ идутъ и особыя указанія (см. Боровиковскаго).

Статья эта и указанія въ примѣч. развивались въ своемъ содержаніи вмѣстѣ съ движеніемъ законодательства, особенно въ царствованіе Александра II, въ связи съ расширеніемъ цивильной правоспособности на совершенно иной кругъ лицъ, чѣмъ въ пору, когда статья составлена въ ея первоначальномъ видѣ.

Въ ряду перечисленныхъ статьей 698-й правоспособныхъ въ имущественномъ отношеніи субъектовъ названы (п. 10) конкурсы.

Юриспруденція того времени, когда составлялся Св. Закон., намъ мало извѣстна, а подъ ст. 698 и 415 не приведено указовъ, на коихъ они основаны. Между тѣмъ въ практикѣ нашей,

въ виду 27 ст. Уст. Гр. Суд., возникъ вопросъ, надлежитъ ли конкурсу имѣть особаго по суду повѣреннаго для исковъ и отвѣтовъ, какъ это требуетъ ст. 27 для обществъ, товариществъ и компаній. Сенатъ, принявъ во вниманіе ст. 698, п. 10, т. X и 27 Уст. Гр. Суд., нашелъ, что въ ст. 698 п. 10 конкурсы сравнены съ товариществами и проч. *только по правамъ на пріобрѣтеніе имущества*, что едва-ли справедливо въ виду ст. 415 т. X ч. I, и заключилъ, несомнѣнно основательно, что конкурсныя управленія, по точному смыслу 1931 ст. Уст. о Торг. Несостоят., принимая дѣла несостоятельнаго, управляютъ оными въ качествѣ *уполномоченнаго отъ всѣхъ заимодавцевъ* (Рѣш. Гр. Кас. Деп. 1877 г. № 100; ср. еще тамъ же № 17, гдѣ читаемъ: опекуны, когда ихъ нѣсколько, *представляютъ* въ совокупности личность малолѣтняго и, по самому существу понятія о представительствѣ, составляютъ какъ бы одно лицо (?); № 48—для понятія администраціи; № 52 — несостоятельность умершаго и конкурсное управленіе по дѣламъ наслѣдства; ст. 1931 съ толков. по изд. Устава Торг. г. Носенко; эта ст. теперь есть 552-я въ Уст. Суд. Тор. по офиц. изд. 1887 г). Такимъ образомъ, въ виду недостаточной обоснованности нашей легальной терминологіи, несогласованности разныхъ частей законодательства и неудобствъ, встрѣчаемыхъ практикой, мы не можемъ держаться той группировки лицъ, какую даетъ намъ ст. 698 X т. Правоспособныя лица, сами, и органы, *представляющіе ихъ*, не могутъ, безъ вредныхъ послѣдствій для всѣхъ цивилистическихъ конструкцій, быть поставлены въ одну категорію явленій. Анализъ этихъ явленій несомнѣнно лучше выполненъ въ западныхъ кодексахъ, о коихъ мы говорили выше, благодаря высшему развитію тамъ юриспруденціи, и въ этихъ же пріемахъ анализа явно чувствуетъ потребность наша теперешняя практика.

ГЛАВА I.

УЧЕНІЕ О ФИЗИЧЕСКОМЪ ЛИЦѢ.

§ 10.

Пріобрѣтеніе правъ личности.—Простота этого ученія въ современныхъ системахъ.—Порядокъ регистраціи во Франціи и въ Германіи.—Положеніе вопроса въ нашемъ правѣ.—Регистрація при Петрѣ.—Разнообразіе способовъ удостовѣренія событій касающихся лица въ дѣйствующей системѣ.—Метрики и законъ 74 года.—Метрическія книги по различію вѣдомствъ и мѣстъ, гдѣ произошло событіе.—Восточныя окраины.—Царство Польское.

Самостоятельная гражданская правоспособность, цивильная личность, можетъ, на извѣстныхъ степеняхъ соціальнаго развитія, принадлежать *отдѣльно взятому человѣку*.

Для того, чтобы это положеніе человѣка, какъ личности, пріобрѣло надлежащую осуществимость, необходимо дать юридическую опредѣленность не только тому составу правъ, изъ коихъ слагается эта личность, но и способамъ опредѣлять связь отдѣльно взятаго человѣка съ отвлеченно указанной правоспособностью, установлять принадлежность ея отдѣльному человѣку.

Какъ для всякаго отдѣльнаго юридическаго отношенія, такъ и *для правоспособности человѣка въ цѣломъ* (totum jus, status, universum jus) мы достигаемъ необходимой для ея осуществленія юридической извѣстности, опредѣляя ея начальный моментъ, ея объемъ и моментъ ея прекращенія (das Werden des subjectiven Rechts). Когда началась правоспособность извѣстнаго лица, здѣсь — отдѣльнаго человѣка? — вотъ существеннѣйшій моментъ юридической извѣстности, которой намъ необходимо достигнуть. Разъ начавшись, возникши, отдѣльная личность остается постоянно извѣстной въ сферѣ доступныхъ ей юридическихъ отношеній, держится, какъ правоспособная сила, до момента ея прекращенія. Обѣ кардинальныя линіи, коими опредѣляется положеніе человѣка въ гражданскомъ быту, суть, стало быть, *пріобрѣтеніе и потеря имъ правъ личности.*

Вамъ извѣстно, что это ученіе въ правѣ римскомъ принадлежало къ числу весьма сложныхъ, ибо съ представленіемъ *человѣка* въ этомъ правѣ не соединялись необходимо свойства самостоятельной личности, отдѣльной гражданской правоспособности.

Чтобы дать юридическую опредѣленность вопросу о правоспособности или цивильной личности отдѣльнаго человѣка, въ разныхъ историческихъ условіяхъ, требовались далеко не одни и тѣ же признаки. Слѣды *различія людей въ объемѣ ихъ правоспособности* удержались in multis articulis juris civilis и до сего времени. Но это сравнительно уже слабые остатки старой неравноправности отдѣльныхъ людей. Мы будемъ имѣть ихъ въ виду въ дальнѣйшемъ изложеніи ученія о гражданской правоспособности отдѣльныхъ людей.

Въ вопросѣ, здѣсь насъ занимающемъ, *въ ученіи о возникновеніи* этой правоспособности, независимо отъ ея объема, современное ученіе несравненно проще римскаго. Въ нашемъ правѣ отпалъ цѣлый рядъ ограниченій цивильной правоспособности людей, знакомыхъ римскому праву, и, главнымъ образомъ, мы не знаемъ людей вовсе неправоспособныхъ, людей — представляющихъ собою не субъектовъ права, а товаръ, рабовъ. Съ этимъ вмѣстѣ масса опредѣленій, которыя были нужны римскому юрис-

консульту, чтобъ установить связь человѣка съ личностью, принадлежность ея ему, его status, для насъ не существуетъ.

Въ современномъ правѣ простымъ *фактомъ рожденія* человѣка опредѣляется необходимо и начало его личности, установляется юридически принадлежность ему, въ той или другой мѣрѣ, *самостоятельной правоспособности*.

Процессъ образованія этой *идеи личности* всякаго человѣка былъ отдѣльными признаками коротко намѣченъ нами во Введеніи. Современные европейскіе кодексы, одинъ за другимъ, выражаютъ въ болѣе или менѣе категорической формѣ эту идею всеобщей, не для гражданъ только, а для всѣхъ людей, своихъ и чужихъ, установленной гражданской правоспособности. Въ противуположность старой территоріальной максимѣ, по коей воздухъ *господской земли* дѣлалъ чужого человѣка подвластнымъ ея господину (l'air asservit), тотъ же воздухъ, въ новое время, сперва въ городахъ (l'air de ville fait libre), потомъ на территоріи цѣлыхъ государствъ сталъ дѣйствовать иначе и обращалъ всякаго человѣка, какимъ бы ни было общественное его положеніе въ другомъ мѣстѣ, въ свободнаго и цивильно-правоспособнаго въ предѣлахъ данной территоріи.

Французы шли впереди въ этомъ движеніи законодательства, и уже законъ 5 іюня 1791 года объявляетъ всякаго пребывающаго на французской территоріи свободнымъ. Медленно, но постоянно, та же территоріальная максима (Luft macht eigen) уступала мѣсто новой въ отдѣльныхъ нѣмецкихъ территоріяхъ, въ Австріи въ 1826 году, въ Пруссіи съ 1857 г. (Luft macht frei). Состояніе неволи и неправоспособности гражданской выведено окончательно законодательными актами прошлаго царствованія и изъ русскаго дѣйствующаго права. Съ этимъ вмѣстѣ вопросъ о правоспособности гражданской въ этомъ общемъ смыслѣ сталъ, какъ сказано, въ высшей степени простымъ въ теперешней нашей практикѣ. Моментъ пріобрѣтенія ея для человѣка юридически опредѣляется событіемъ его рожденія *).

*) Въ виду этого нельзя выдѣлять особаго *права на личность* для отдѣльнаго человѣка, ибо, въ современномъ правосознаніи, личность есть необходимое свойство всякаго человѣческаго существа. Гирке (§ 30), какъ и много другихъ юристовъ, правильно утверждаетъ, что это есть основа всѣхъ отдѣльныхъ правъ. Отъ личности нельзя отречься. Иное дѣло отдѣльныя права, для коихъ личность служитъ общей основой. Такъ для лицъ физическихъ. Иначе для союзовъ, которые тоже не сами снимаютъ съ себя свойство личности, а могутъ дѣйствительно или имѣть это свойство, или не имѣть его, быть лишены личности. Между тѣмъ Гирке *право личности* для лицъ физическихъ ставитъ въ особенной части своей системы, какъ особое право, на ряду съ другими. Иное дѣло—объемъ правъ личности и отдѣльныя связанныя съ личностью притязанія. Тутъ тоже однако, много спорнаго у современныхъ систематиковъ (Гирке § 82).

Установляя, однако, эту въ высшей степени важную культурно-историческую черту современной европейской и русской жизни, мы получаемъ, для вопроса о правоспособности отдѣльныхъ людей, только, такъ сказать, *отрицательный* результатъ, людей неправоспособныхъ нѣтъ.

Необходимо, вмѣстѣ съ этимъ, имѣть еще цѣлый рядъ данныхъ, которыми ближе и положительнымъ образомъ осуществляется въ извѣстномъ законодательствѣ эта идея.

Правоспособность людей въ старое время юридически опредѣлялась повсюду принадлежностью ихъ къ тому или другому союзу, племенному, территоріальному, сословному, исповѣдному. Съ принадлежностью къ тому или другому, или ко многимъ изъ названныхъ союзовъ вмѣстѣ, связана была *положительнымъ* образомъ извѣстность нормъ, коимъ подчиняется правоспособный субъектъ, подсудность его въ дѣлѣ защиты его правъ, наконецъ, самая юридическая извѣстность существованія человѣка.

Что касается Россіи, то еще весьма недавно громадная масса русскаго населенія, къ условіямъ крѣпостного быта, составляла частью простой инвентарь „населеннаго имѣнія“, частью податную и военно-служебную силу, наличность которой была важна для государства, частью, наконецъ, это было населеніе православное, въ коемъ союзъ семейный ограждался законами церкви. Отдѣльно взятый, крѣпостной человѣкъ подлежалъ власти господской, и о самостоятельной гражданской личности этого зависимаго класса людей не могло быть и рѣчи. Счетъ этого населенія опредѣлялся въ интересахъ государства мѣрами государственными, въ особенности ревизіями, которыя обнимали классы податные и притомъ въ составѣ отдѣльныхъ семей, какъ они значились въ метрическихъ записяхъ духовенства. Извѣстность состава *привилегированныхъ* сословій и ихъ положеніе опредѣлялись также съ помощью метрикъ, списками другого рода, въ особенности сословными, но въ интересахъ ихъ же гражданской правоспособности.

Возможно найти и на западѣ признаки тѣхъ же различій въ подчиненіи лицъ разнымъ нормамъ, различнымъ судамъ, сеньоріальному, городскому, сословному, королевскому, церковному, того же самаго различія въ способахъ удостовѣренія наличности населенія, какія знала и наша старина.

Что же произошло на Западѣ, въ законодательствахъ въ особенности французскомъ и обще-германскомъ, со времени появленія новой идеи общей гражданской правоспособности?

Въ указанную выше période intermédiaire во Франціи необычайно быстро разрушены были всѣ основы стараго быта, не

только сеньоріальныя права, отношенія властныя господъ къ территоріи и населенію, исключительные институты, разсчитанные на поддержку сословныхъ интересовъ, но и юрисдикція церковнаго суда, со всѣми послѣдствіями устраненія этихъ старыхъ основъ быта. Всѣ старые источники права должны были вмѣстѣ съ этимъ изсякнуть и уступить мѣсто единому источнику всѣхъ правъ — *закону французскаго государства. Отдѣльно взятый человѣкъ*, съ его личностью, съ гражданской правоспособностью, ему принадлежащей, *сталъ въ прямое и непосредственное отношеніе къ единой государственной власти*, мимо всякихъ иныхъ общественныхъ союзовъ (о союзѣ семейномъ см. ниже). Правоспособность общая для всѣхъ и равная, безъ различія классовъ людей, ограждена новой судебной организаціей, и *извѣстность правъ личности*, ихъ пріобрѣтенія, потери, содержанія, *установлена новымъ порядкомъ регистраціи* событій рожденія, брака, смерти людей, поставленнымъ въ тѣсную связь съ организаціей суда гражданскаго и совершенно выдѣленнымъ изъ прежняго вѣдѣнія церкви. Въ цѣломъ, не только планъ обособленія права частнаго отъ публичнаго, но и задача отдѣленія церкви отъ государства для области права, секуляризація брака, уничтоженіе юрисдикціи церкви, проведены вполнѣ послѣдовательно. Мы имѣли въ виду свойство легальныхъ нормъ новой системы (Code civil) и характеръ судебной реформы частью уже выше (Введеніе); съ подробностями развитія отдѣльныхъ институтовъ будемъ встрѣчаться позже.

Здѣсь, въ вопросѣ о правоспособности каждаго человѣка, признаннаго новымъ законодательствомъ цивильно-свободнымъ, для насъ въ особенности важенъ *новый способъ, коимъ устанавливается принадлежность отдѣльному человѣку свойствъ правоспособной личности*. Въ подробности содержаніе этого законодательства мы имѣемъ нынѣ въ составѣ дѣйствующаго Code civil, въ книгѣ 1-й „Des personnes“, которая дѣлится на XI titres и заключаетъ въ себѣ общія положенія de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile, des absens, du mariage, du divorce, de la paternité, de la tutelle (здѣсь не всѣ заголовки titre'овъ, ибо подробности будутъ видны позже). Въ основѣ лежатъ законы 20—25 сентября 92 года, *sur le mode de constater l'état civil des citoyens et sur le divorce*, коими отмѣнены всѣ каноническіе законы, до того регулировавшіе брачное право, и замѣнены закономъ государства. Характерныя черты этого новаго способа установлять извѣстность правосостоянія гражданъ суть слѣдующія: 1) подчиненіе органовъ регистраціи

указанныхъ событій государству (officier de l'état civil) и постановка ихъ дѣятельности въ такую же связь со свѣтской юрисдикціей гражданскихъ судовъ, въ какую поставлена дѣятельность нотаріата; 2) приведеніе порядка занесенія записей въ прямую и тѣснѣйшую связь съ цѣлью учрежденія, т.-е. съ задачей *удостовѣрять событія*, опредѣляющія возникновеніе, прекращеніе, объемъ правоспособности отдѣльнаго человѣка; 3) отвѣтственность всего круга соучаствующихъ въ совершеніи актовъ гражданскаго состоянія передъ лицомъ закона.

Нельзя не сказать, что со введеніемъ этого новаго порядка нанесенъ былъ рѣшительный ударъ разнымъ формамъ союзной автономіи, племенной, семейной, сословной, исповѣдной, и что въ то же время *интересы* отдѣльнаго *лица*, съ одной стороны, и *государства*—съ другой, были *несравненно лучше обезпечены*. Вотъ *положительный* результатъ освобожденія личности человѣка изъ старыхъ формъ союзной зависимости.

Мы имѣемъ нынѣ еще другой, весьма близко подходящій по типу къ этому закону, новый обширный законодательный актъ нѣмецкой имперіи, коимъ также опредѣляется порядокъ веденія записей гражданскаго состоянія и совершенія брака. Это законъ 6 февраля 1875 года. Судьба вопроса вообще любопытна. Введенный Бонапартомъ, вмѣстѣ съ Code civil, французскій mode de constater l'état civil des citoyens былъ вытѣсненъ изъ многихъ нѣмецкихъ земель послѣ того какъ борьба за свободу (Freiheitskampf) достигла цѣли и замѣненъ старымъ способомъ веденія метрикъ духовными лицами. Теперь, закономъ 1875 г., этотъ французскій способъ вводится опять повсюду съ нѣкоторыми несущественными видоизмѣненіями. Какъ во многихъ другихъ случаяхъ, у нѣмцевъ законъ 1875 г. вызванъ не столько юридическими, сколько политическими соображеніями. Онъ составляетъ результатъ борьбы съ вліяніемъ въ особенности римской куріи на дѣла гражданскаго суда (Kulturkampf). Вмѣстѣ съ тѣмъ, это одинъ изъ первыхъ законодательныхъ актовъ едва опредѣлившейся общей имперской компетенціи по предметамъ гражданскаго права. Онъ предшествуетъ не только общему гражданскому уложенію, но даже общему уставу гражданскаго судопроизводства для имперіи. Поспѣшность руководящихъ людей въ разрѣшеніи этой задачи совершенно понятна, ибо законъ, коимъ прежде всего и самымъ надежнымъ образомъ гарантируются интересы личной правоспособности гражданъ, несомнѣнно вѣрнѣе всего другого привлечетъ населеніе къ точнымъ показаніямъ его состава, а затѣмъ, натурально, центральная власть удобно мо-

жетъ воспользоваться этимъ матеріаломъ для цѣлей управленія, военнаго, финансоваго и т. д. *).

По существу это такой же актъ разграниченія духовной и свѣтской юрисдикціи, какимъ во Франціи былъ законъ 92 года. Бракъ перестаетъ быть установленіемъ церковнымъ и совершается, независимо отъ исповѣдныхъ различій брачущихся (между христіанами разныхъ исповѣданій и между христіанами и евреями), въ формахъ гражданскихъ. Согласно новому закону, „документальное удостовѣреніе рожденій, браковъ и смертей совершается чрезъ занесеніе должностными лицами, назначенными для сего государствомъ, этихъ событій въ надлежащіе реэстры“ (§ 1). Эти реэстры (Standesregister) „доказываютъ тѣ событія, для удостовѣренія коихъ они назначены и кои въ нихъ занесены, до тѣхъ поръ, пока будетъ противудоказанъ подлогъ, неправильная запись, или неправильность показаній или утвержденій, на основаніи коихъ запись произведена“ (§ 15). „Государство не препятствуетъ духовнымъ лицамъ вести свои реэстры, но таковые *не пользуются публичнымъ довѣріемъ* (publica fides), которое присвояется актамъ гражданскаго состоянія по закону 6 февраля 1875 года.

Вотъ практическое и *положительное* разрѣшеніе вопроса о предѣлахъ цивильной правоспособности отдѣльныхъ людей (начало, конецъ) и о способахъ удостовѣрять ее во Франціи и Германіи.

Какимъ образомъ разрѣшаетъ эту задачу русское законодательство?

Мы видѣли выше, что неправоспособныхъ людей современный русскій законъ не знаетъ. Для цѣлей огражденія всѣхъ и каждаго въ его правахъ гражданскихъ организована уставомъ 20 ноября 1864 года цѣлая лѣстница судебныхъ установленій, въ коихъ задачи законодательства, управленія, суда, и ближе— юстиціи гражданской и уголовной, обособлены и поставлены въ отличныя отъ прежняго условія. Въ этомъ отношеніи русская государственная власть не только не отставала отъ соотвѣтствующаго движенія законодательства въ Германіи, но шла, въ смыслѣ объединенія процессуальныхъ формъ, даже впереди нѣмецкихъ розныхъ судебныхъ уставовъ. Что же сказать о способахъ удо-

*) Оцѣнку этого способа вести счетъ населенію см. въ „Теоріи Статистики“ проф. Янсона, 2-е изд. 1887 г. Законъ 1875 г. уже составилъ предметъ спеціальной разработки въ нѣмецкой литературѣ. Для цивилистовъ достаточно переработокъ этого закона, сдѣланныхъ проф. Mandry въ его книгѣ „Der civilrecht. Inhalt d. Reichsgesetze, 3. изд.

стовѣренія событій, опредѣляющихъ цивильную правоспособность отдѣльныхъ лицъ?

Мы показали выше ту тѣсную связь, въ какой стояло разрѣшеніе этой задачи на западѣ съ управленіемъ старинныхъ союзныхъ формъ быта и съ секуляризаціей союза брачнаго въ особенности. Государственная власть, однако, стояла у насъ далеко не въ той степени соревнующаго антагонизма съ властью церкви, какую мы видимъ въ исторіи западныхъ государствъ. До Петра Вел. обширная область юрисдикціи по дѣламъ семейнымъ и наслѣдственнымъ въ самой значительной степени принадлежала церкви и подчинялась нормамъ права каноническаго съ его видоизмѣненіями въ практикѣ русскихъ духовныхъ судовъ. При слабомъ развитіи договорнаго права, за исключеніемъ этихъ институтовъ, для области права гражданскаго оставалась лишь сфера имущественныхъ отношеній по недвижимостямъ, носившимъ въ ту пору характеръ далеко не цивильный. Она была во всякомъ случаѣ далеко не обширною. Начиная съ Петра, юрисдикція свѣтскаго суда замѣтно расширяется, прежде всего на кругъ дѣлъ о наслѣдованіи, а затѣмъ, и въ дѣлахъ семейныхъ, наряду съ старыми источниками канонического права, развивается все болѣе и болѣе законодательная дѣятельность свѣтской власти.

Не менѣе того *судъ по дѣламъ брачнымъ удерживается въ рукахъ духовныхъ властей до настоящаго времени.* Это составляетъ первое и существеннѣйшее препятствіе для перехода нашего законодательства отъ прежней формы удостовѣренія событій рожденія, брака, смерти, отъ старыхъ взглядовъ на эти задачи, къ новымъ. Въ тѣхъ условіяхъ, коими опредѣляется положеніе русской церкви съ Петра Вел. въ особенности, государство не только не могло видѣть опасности для своихъ цѣлей въ широкомъ вліяніи духовенства на эту сторону дѣла, а, наоборотъ, пользовалось записями указанныхъ фактовъ чрезъ слугъ церкви какъ подспорьемъ для производства переписей населенія.

Тотъ *порядокъ веденія* такъ называемыхъ *метрикъ*, который держится и до сего времени, введенъ былъ указомъ Петра въ маѣ 1722 года. Въ прибавленіи къ духовному регламенту (П. С. З. № 4022) указано священникамъ имѣть у себя книги, метрики, гдѣ отмѣчать своего прихода младенцевъ рожденіе и крещеніе, а такожъ случаи смерти такихъ младенцевъ до крещенія, съ прописаніемъ вины, коей ради младенецъ лишенъ св. крещенія; да въ тѣхъ же книгахъ записывать бракомъ сочетающихся. Подъ № 4480 даны формуляры для веденія метриче-

скихъ записей. Первоначально этотъ порядокъ введенъ для православныхъ приходовъ. Онъ, стало быть, не былъ общимъ. Съ другой стороны, любопытенъ вопросъ, былъ ли этотъ порядокъ единственнымъ, удостовѣряющимъ эти событія?

Въ томъ же году (1722), въ инструкціи герольдмейстеру читаемъ: „Повиненъ онъ всего государства всѣхъ *дворянъ* списки имѣть троякіе". Указаны эти три рода списковъ и велѣно передать въ Сенатъ всѣ прежніе изъ Розряда, да изъ Военной и Адмиралтейской коллегій. Въ это новое учрежденіе велѣно ежегодно сообщать рапортомъ, что у кого дѣтей мужеска пола родится или умретъ. Это *дворянскіе списки*. И здѣсь, какъ при ревизіяхъ, записи метрическія служили тоже важнымъ подспорьемъ для точности отмѣтокъ. Незадолго до этого (1718 г.), какъ мы видѣли выше, установленъ порядокъ приведенія въ извѣстность населенія, тоже мужского, тоже по всей имперіи, названный ревизіей (П. С. З., № 3245).

Все это способы приводить въ извѣстность личный составъ населенія имперіи, но есть ли въ числѣ ихъ хотя одинъ, который имѣлъ бы цѣлью именно обезпеченіе правъ отдѣльныхъ людей? Возможно ли ожидать, въ этой эпохѣ, дѣятельности законодателя, направленной на такую цѣль, на то, что французы называютъ mode de constater l'état civil des citoyens? Натурально, всего менѣе. Между тремя категоріями актовъ возможно различить такіе, которые *ближе подходили къ этой цѣли*, другіе, которые далеко отъ нея отстояли; но несомнѣнно ни одинъ прямо на эту цѣль не былъ разсчитанъ. Ревизія отстояла всего дальше отъ личныхъ интересовъ людей, подлежавшихъ переписи. Тутъ цѣль была прямо военная и финансово-административная. Но совершенно такъ и вѣдомство герольдмейстера разсчитано (см. указъ) на выполненіе обязанностей дворянъ въ отношеніи къ государству. Наконецъ, и о метрикахъ, въ первоначальномъ ихъ видѣ, законъ вовсе не говоритъ, какъ о средствѣ удостовѣрить именно гражд. правоспособность. Тутъ та же точка зрѣнія обязанности, а не правъ: по коей винѣ младенецъ лишенъ св. крещенія, въ покаяніи ли преставился умирающій, и если не погребенъ, то по какой винѣ (причинѣ) не получилъ христіанскаго погребенія.

Всѣ эти записи (мы ихъ здѣсь не перечисляемъ, а только приводимъ въ видѣ примѣра) въ послѣдующемъ законодательствѣ крайне развились. Образовалось множество отдѣльныхъ видовъ и способовъ удостовѣрять личность человѣка для самыхъ разнообразныхъ цѣлей. Они связаны частью съ положеніемъ человѣка

въ составѣ населеннаго имѣнія, частью съ положеніемъ человѣка въ составѣ того или другого служебнаго вѣдомства, частью съ принадлежностью къ тому или другому государственному сословію, къ тому или другому установленію, исповѣданію, племени и т. д. Прямое отношеніе лица къ государству обнаруживается лишь въ вопросѣ о подданствѣ или иноземствѣ; засимъ во всемъ другомъ между отдѣльнымъ человѣкомъ и государствомъ стоитъ неизбѣжно та или другая союзная форма, которою разрѣшается весь вопросъ о свойствахъ личности и правоспособности человѣка.

Только люди произвольно уходящіе изъ состава этихъ союзовъ, оставляющіе произвольно мѣсто жительства, указанное имъ закономъ, исповѣданіе господствующей церкви или христіанское вообще, укрывающіеся отъ подлежащаго вѣдомства (союза), вѣдаются прямо государствомъ, но уже во всеоружіи его карающей силы. Законодательство переполнено многочисленными опредѣленіями способовъ вступленія и выхода изъ этихъ союзовъ. Союзныя формы правоспособности преобладаютъ, личныя поглощены Жизнь и развитіе этихъ союзныхъ формъ составляютъ предметъ изученія другихъ юридическихъ дисциплинъ, права государственнаго, церковнаго, полицейскаго, ибо характерныя для нихъ функціи суть именно или политическія, или религіозныя, или соціально-политическія, всего менѣе чисто цивильныя.

Мы укажемъ дальше, насколько эти союзныя формы являлись сами цивильно-правоспособными и насколько принадлежность къ той или другой изъ нихъ видоизмѣняетъ и нынѣ въ извѣстной степени личную правоспособность. Здѣсь достаточно замѣтить, что *государство не гарантировало никакихъ правъ людямъ, стоящимъ внѣ признанныхъ союзныхъ формъ.* Это были люди гулящіе, бродяги, бѣглые, отступники и пр. Для этихъ людей искать въ ту пору удостовѣренія ихъ личности, рожденія, семьи, было бы совершенно противно ихъ интересамъ, и лично они заявляли себя нормально непомнящими ни родства, ни племени, ни семьи, ни мѣста, гдѣ родились, порвавшими всякія связи съ своимъ прошлымъ. Въ рѣдкихъ случаяхъ простая достовѣрность событія рожденія и смерти лицъ, не состоящихъ въ какой-либо изъ признанныхъ общественныхъ группъ, могла представлять интересъ сколько-нибудь значительный для нихъ.

Наиболѣе общимъ, хотя не разсчитаннымъ первоначально на эту цѣль *способомъ удостовѣрять личное правосостояніе служили* въ этихъ условіяхъ *метрики*, какія велись обязательно духовенствомъ, сперва только православнымъ, затѣмъ другихъ христіанскихъ исповѣданій, іудейскимъ, магометанскимъ и проч.

Кодификація русскаго права произошла въ такихъ условіяхъ, когда правоспособность *гражданская* далеко еще не обособилась отъ старыхъ союзныхъ формъ, опредѣлявшихъ государственный и общественный строй стараго времени. Такимъ образомъ все то, что на этой основѣ дѣйствовало въ практикѣ, должно было найти мѣсто и въ кодексѣ. Ввести въ систему *гражданскихъ* законовъ всю массу положеній о разныхъ родахъ состояній, въ коихъ числились люди, не было правильнаго основанія. Законы о состояніяхъ составили особый томъ свода, именно IX, и въ него вошли не только опредѣленія различной правоспособности лицъ, смотря по ихъ принадлежности къ тому или другому государственному состоянію, но и указанія способовъ веденія актовъ состоянія.

Какъ ни разнообразны эти указанія, накопившіяся въ теперешнемъ составѣ свода законовъ о состояніяхъ, они, однако, далеко не исчерпываютъ этой важной матеріи съ юридической стороны. При невозможности отдѣлить вопросъ о правоспособности гражданской отъ принадлежности лица къ тому или другому состоянію, законъ раздѣлилъ акты, коими удостовѣряется состояніе каждаго лица, на I, *общіе* для всѣхъ состояній: приходскія (метрическія) книги и вѣдомости; II, *отдѣльные* для нѣкоторыхъ состояній: 1) для дворянства—дворянскія родословныя книги, общій гербовникъ дворянскихъ родовъ и списки дворянскіе, содержимые въ департаментѣ герольдіи, 2) для духовенства—монастырскія записныя книги и списки лицамъ духовнаго вѣдомства, 3) для городскихъ обывателей — городовыя обывательскія книги и бархатная книга знатныхъ купеческихъ родовъ; III, *особенные* акты для состоянія городскихъ и сельскихъ обывателей—ревизскія сказки (т. IX, ст. 1032).

Т. X, ст. 123 указываетъ еще виды актовъ, коими доказывается рожденіе, при отсутствіи метрическихъ книгъ или сомнительности обстоятельствъ, въ нихъ показанныхъ,—это формулярные списки родителей, исповѣдныя росписи (ср. еще ст. 181, т. X ч. II, а также Уст. гр. суд. ст. 1356 нынѣ т. 16 чч. I и II, въ посл. ст. 147; эти опредѣленія касаются законнорожденныхъ) и иные, указанные въ ст. 1032 т. IX документы.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что все это разнообразіе способовъ удостовѣренія событій, опредѣляющихъ правоспособность отдѣльнаго человѣка, очень осложняетъ задачи огражденія правъ гражданскихъ. Однако, зло это было неизбѣжнымъ до тѣхъ поръ, пока характерное свойство самаго быта заключалось именно въ необособленности правъ гражданскихъ отъ публичныхъ,

и правоспособность гражданская опредѣлялась принадлежностью лица къ той или другой союзной формѣ, изъ коихъ слагался строй русскаго государства.

Мы указали во Введеніи, что реформы прошлаго царствованія поставили вопросъ о гражданской правоспособности отдѣльныхъ людей въ значительную степень независимости отъ ихъ сословной квалификаціи, отъ различія ступеней, ими занимаемыхъ въ смыслѣ государственномъ. Но, однако, выходъ лица изъ этихъ старыхъ союзныхъ формъ, по разнымъ причинамъ, не могъ совершиться моментально. Если старая организація сословій быстро утрачивала свое прямое вліяніе на права гражданскія, то интересы государственнаго управленія, военнаго и финансоваго въ особенности, еще долгое время удерживали массу населенія въ исключительныхъ условіяхъ частью приниженной правоспособности, частью непринаровленнаго для цивильныхъ цѣлей удостовѣренія ея. Лишь отмѣна стараго порядка отбыванія рекрутской повинности, подушной подати и постоянные успѣхи выкупной операціи приводятъ эти массы населенія въ болѣе свободное отношеніе къ старымъ союзнымъ формамъ быта и дѣлаютъ ненужными старые способы удостовѣренія личности, особенно посредствомъ ревизскихъ сказокъ. Для будущаго этотъ способъ удостовѣренія правосостоянія, несомнѣнно, потеряетъ всякое значеніе.

Мы видѣли выше, что метрики введены безъ прямой цѣли удостовѣрять именно гражданскую правоспособность. Записи въ нихъ производятся „по исправленіи каждой требы, какъ-то: молитвъ при рожденіи и крещеніи младенца, вѣнчанія и погребенія“ (ст. 1038). Согласно приложенному къ ст. 1035 формуляру, въ книгѣ обозначается годъ, мѣсяцъ и день рожденія. Такъ какъ записью удостовѣряется церковное событіе, то натурально присоединившійся къ православію раскольникъ долженъ быть также занесенъ въ метрику (т. XIV, уст. о пред. и прест. ст. 61 и уст. дух. конс. ст. 22 и 25).

Позже чѣмъ для православныхъ приходовъ порядокъ веденія метрикъ былъ выработанъ и утвержденъ русской законодательной властью для исповѣданій римско-католическаго, евангелич.-лютеранскаго, для магометанъ, евреевъ, караимовъ, для раскольниковъ, баптистовъ. Въ этомъ процессѣ дальнѣйшаго примѣненія старой системы *она сама существенно измѣнилась и утрачивала свой старинный характеръ. Для евангелич.-лютеранскихъ записей требуется отмѣтка года, мѣсяца, числа и часа рожденія и смерти*, причемъ въ списки (особ. графа) вносятся и мертворожденные и умершіе до крещенія младенцы (т. IX, ст.

1064 и 1070), а также въ *общемъ спискѣ прихожанъ отмѣчается вступленіе и выбытіе изъ прихода* (1074 и 1075). Правила дѣйствія для духовн. лицъ иностран. исповѣданій указываются частью въ IX т., частью въ XI, въ устав. иностранныхъ исповѣданій, какъ и самое вѣдомство дѣлъ этого рода сосредоточено въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ, въ департаментѣ духовныхъ дѣлъ иностр. исповѣданій.

Но какъ бы мы въ будущемъ ни ушли далеко, въ опредѣленіи правоспособности отдѣльныхъ лицъ, отъ прежняго порядка удостовѣренія правосостоянія, способы старинные удержать свое практическое значеніе для вопросовъ правъ гражданскихъ и позже, ибо основы этихъ правъ покоятся часто на отношеніяхъ прошлаго времени, иногда весьма отдаленнаго. И мы имѣемъ нынѣ постоянные процессы, въ особенности по вопросамъ наслѣдованія лицъ въ порядкѣ преемства родственнаго, основанные на давноминувшихъ отношеніяхъ близости лицъ, удостовѣреніемъ коей служатъ прежніе, *отдѣльные* акты состояній.

Для классовъ, несшихъ не однѣ тягости, а пользовавшихся правами и привилегіями особенно со времени новой организаціи сословій при Екатеринѣ II, *особые* акты состояній стояли ближе къ вопросу о ихъ правахъ и они натурально еще дольше удержатъ свое значеніе въ практикѣ *).

Мы не остановимся въ подробности на вопросахъ подчиненности, порядка выдачи книгъ, порядка записи, свидѣтельствованія ихъ, выдачи метрическихъ свидѣтельствъ по всѣмъ указаннымъ исповѣданіямъ, ибо все это отличается значительнымъ разнообразіемъ по различію исповѣданій, и свѣдѣнія эти легко найти въ указанныхъ мѣстахъ Св. Зак. Что касается метрическихъ книгъ, содержимыхъ священно-служителями и причетниками *православныхъ приходовъ*, то онѣ дѣлятся на 3 части: a) о рождающихся, b) — бракосочетавшихся и c) — умершихъ. Для каждой части свои формуляры. Въ 1-й части нѣтъ показаній лицъ, кои свидѣтельствуютъ о рожденіи, а такъ какъ запись касается собственно крещенія младенца, то для обозначенія воспріемниковъ существуетъ особая графа; въ другой графѣ показывается духовное лицо, совершившее таинство. Подпись священника и при-

*) См. т. IX, особ. ст. 1101 и 1132 и прим. (а также ссылки на указы, служащіе имъ основаніемъ). Здѣсь показана цѣль, для которой введены дворянскія родословныя книги и городскія обывательскія: дабы доставить каждому пособіе продолжать свое достояніе наслѣдственно, отъ отца къ сыну, внуку, правнуку. См. тоже ст. 1130 о спискахъ лицъ духовнаго вѣдомства православнаго исповѣданія, въ кои не вносятся дѣти этихъ лицъ, а показываются въ послужныхъ спискахъ отцовъ.

четниковъ удостовѣряетъ событіе, а рукоприкладство свидѣтелей записи (отца, матери) *допускается по ихъ желанію*. Соучастіе этихъ лицъ въ просмотрѣ записаннаго есть факультативное: когда они сами пожелаютъ повѣрить точность записи и когда, въ предотвращеніе ошибокъ, ихъ къ тому приглашаютъ члены церковнаго причта. Съ записями бракосочетаній въ особенности мы встрѣтимся въ другомъ мѣстѣ. Въ части 3-й, объ умершихъ, отмѣчается событіе смерти, но безъ особыхъ, направленныхъ на точное удостовѣреніе именно событія смерти мѣръ, а съ показаніемъ мѣсяца, дня смерти, званія, имени, и проч. умершаго, болѣзни, *кто исповѣдывалъ, кто совершалъ погребеніе и гдѣ погребенъ*, для чего и есть особыя рубрики. Все вмѣстѣ удостовѣряется подписью причта.

При наступленіи года, изъ листовъ, показаннымъ способомъ разграфленныхъ, сшиваемыхъ въ тетради для каждой части (рожденія, брака, смерти) отдѣльно, духовными консисторіями или правленіями изготовляются книги и за скрѣпой одного изъ членовъ этихъ присутствій, съ обозначеніемъ числа листовъ, выдаются по одной на каждую церковь, гдѣ и имѣютъ быть хранимы. Записи дѣлаются (безъ подчистокъ, погрѣшности оговариваются) совершившими соотвѣтствующую требу. Метрическія книги ежемѣсячно должны быть свидѣтельствуемы и подписываемы причтомъ, при чемъ должны быть показаны числа родившихся, сочетавшихся и умершихъ. При наступленіи 1-го мѣсяца слѣдующаго года, причтъ, за общимъ подписаніемъ, отсылаетъ веденныя имъ книги въ консисторію, удостовѣряя, что списки съ нихъ, за общимъ же подписаніемъ, оставлены при церквахъ для храненія въ ризницахъ. Освидѣтельствованныя и переплетенныя книги хранятся, каждый годъ особо, въ архивахъ консисторій, откуда заинтересованныя лица и могутъ получать консисторскія метрическія свидѣтельства. Исправность веденія книгъ и своевременная отправка въ консисторію лежитъ на отвѣтственности священнослужителей и причетниковъ и гарантируется сверхъ сего свидѣтельствованіемъ оныхъ по полугодно благочиннымъ. Съ каждымъ новымъ годомъ консисторія дѣлаетъ распоряженія о разсылкѣ прошнурованныхъ формуляровъ вновь для дальнѣйшаго веденія записей. О цѣлости хранимыхъ въ архивахъ книгъ и объ исправности доставки епархіальные архіереи ежегодно доносятъ святѣйшему синоду. Метрическія свидѣтельства изъ консисторій выдаются самому записанному, его повѣренному, родителямъ и опекунамъ, причемъ выдача новаго свидѣтельства допускается лишь въ виду утраты прежняго. Выданныя по просьбѣ

заинтересованныхъ, немедленно по учиненіи записи приходскимъ духовенствомъ, выписи, тоже именуемыя метрическими свидѣтельствами, не замѣняютъ консисторскаго метрическаго свидѣтельства.

Мы видѣли до сихъ поръ способъ дѣйствія русской государственной власти тамъ, гдѣ орудіями ея цѣлей служили союзныя организаціи признанныхъ государствомъ исповѣданій. Извѣстно, однако, что въ разныя эпохи народной жизни у насъ возникали религіозныя ученія и толки, не пользовавшіеся такимъ признаніемъ. Къ какимъ крайностямъ отрицанія не только церковныхъ догмъ и общихъ началъ государственнаго быта, но и прямо земного существованія человѣка приводили эти ученія, объ этомъ мы находимъ ужасающія свидѣтельства въ памятникахъ нашего законодательства. Для примѣра достаточно взять случай, происшедшій недалеко отъ Петербурга, въ началѣ царствованія Екатерины, въ 1764 г., когда 18 человѣкъ раскольниковъ обоего пола, Новгородской епархіи, Обонежской пятины, собрались въ ночь на 13-е декабря въ избу для самосожженія и 21-го ночью сгорѣли, что побудило правительство, въ виду повторенія такихъ явленій, принять общія мѣры для ихъ предупрежденія (П. С. З., № 12326, ср. еще Выс. утвержд. докладъ воин. ком., тамъ же, № 12422,.... дабы оные лѣсные жители въ скитахъ и кельяхъ ни подъ какимъ видомъ бѣглыхъ крестьянъ и всякаго званія людей въ расколъ принимать не осмѣливались, *также чтобъ не жглися*,—прибавляетъ собственноручно императрица Екатерина). Многочисленныя послѣдующія политическія, административныя, каратеьныя и просвѣтительныя мѣры, принимавшіяся правительствомъ для устраненія разныхъ толковъ, не имѣютъ прямого отношенія къ занимающему насъ вопросу. Изъ нѣкоторыхъ публикуемыхъ правит. сенатомъ кассаціонныхъ рѣшеній ясно, что по отношенію къ раскольникамъ принимались въ старое время негласныя мѣры, которыя дѣлаютъ нынѣ вопросъ о гражданской правоспособности членовъ этихъ общинъ и семей часто очень сомнительнымъ. Отвергая всѣ бытовыя начала этихъ людей, государство, вмѣстѣ съ этимъ, лишало себя возможности постояннаго и правильнаго вѣдѣнія значительной части коренного русскаго населенія.

Только въ эпоху реформъ прошлаго царствованія вопросъ сталъ совершенно иначе. По духу этихъ реформъ элементы права частнаго должны придти для любого круга лицъ въ болѣе или менѣе полное обособленіе отъ прежнихъ, стѣснительныхъ для развитія личности, историческихъ формъ союзнаго быта. Все на-

селеніе, независимо отъ принадлежности къ разнымъ сословіямъ и исповѣданіямъ, должно быть поставлено въ прямое и непосредственное отношеніе къ государству и къ органамъ его правосудія. Вмѣстѣ съ этимъ утрачиваются для отдѣльныхъ лицъ многія побужденія скрываться отъ органовъ власти. При этихъ условіяхъ способы удостовѣрять личную правоспособность, и именно кардинальные, опредѣляющіе ее моменты, рожденіе, вступленіе въ супружество, смерть, должны получить иной характеръ, чѣмъ прежде. Дѣйствительно, этотъ новый характеръ именно актовъ гражданскаго состоянія успѣлъ уже опредѣлиться, и первоначально, какъ исключеніе изъ общаго исповѣднаго порядка веденія метрикъ, для раскольниковъ. Тамъ, гдѣ іерархія отклоняющагося исповѣданія не признана, рядомъ законодательныхъ актовъ, начиная съ 1874 года, указанъ способъ веденія этихъ актовъ, тоже названныхъ метриками, посредствомъ органовъ власти государственной, а не церковной. Это волостныя, уѣздныя, городскія мѣстныя управленія, надзоръ за дѣйствіями коихъ, черезъ губернскія правленія, сосредоточивается въ мин. внутр. дѣлъ (т. IX, ст. 1093 съ прил. и прим. по прод. 1883 г. Жалобы въ 1-й деп. правит. сената, т. 1 учр. сената, ст. 30, доп. 2, п. 6 по прод. 1883 г. Для подробныхъ справ. см. сборн. Гожева). Заявленія о рожденіи, для записи, дѣлаются родителями и тѣми, кому они поручатъ, а также принявшими новорожденнаго на воспитаніе. Дѣйствительность происхожденія дѣтей отъ брака раскольниковъ, равно какъ и правильность заявленія о времени рожденія должны быть подтверждены показаніями не менѣе 2-хъ свидѣтелей. По истеченіи года со дня рожденія запись не можетъ быть произведена, а законность рожденія имѣетъ быть доказываема судомъ (т. IX, тамъ же). Для записи браковъ, „предшествовавшее записи брака исполненіе соблюдаемыхъ между раскольниками брачныхъ обрядовъ вѣдѣнію полицейскихъ чиновъ при семъ не подлежитъ“ (тамъ же, прил., ст. 17). Законъ указываетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, различныя мѣры для устраненія записи такихъ браковъ, которые, независимо отъ исповѣдныхъ особенностей, противорѣчатъ христіанскимъ воззрѣніямъ на существо этого союза (подробности тамъ же, въ прил. къ ст. 1093 и въ ученіи о союзѣ брачномъ). Запись о смерти отнесена здѣсь не къ моменту погребенія, а къ самому событію (тамъ же).

Если вопросъ о гражданскомъ состояніи раскольника относится къ эпохѣ предшествовавшей 19 апр. 1874 г., то законодатель указываетъ другіе источники кромѣ метрики, для удосто-

вѣренія опредѣляющихъ гражданскія состоянія событій (особенно ревизскія сказки, см. т. X ч. 1 изд. 87 г. ст. 78 примѣч.).

Согласно позднѣйшему развитію законодательства, метрическія записи браковъ, рожденій и смертей ведутся мѣстными гражданскими властями и для баптистовъ (т. XI, уст. иностр. исп., ст. 903, по прод. 81 г.). Правила о веденіи метрическихъ записей для баптистовъ разработаны много обстоятельнѣе, чѣмъ для раскольниковъ (см. сборн. указ. за 1879 г., № 112, ст. 716 и сборникъ Гожева). Установленъ 2-хъ недѣльный срокъ для заявленія о рожденіи. Для мертворожденныхъ составляется запись о рожденіи, съ показаніемъ мертворожденности, а для дѣтей, родившихся живыми и умершихъ до записи, оба событія заносятся въ книгу записей о рожденіи и о смерти. Для записи смерти установленъ 8-ми дневный срокъ. События эти точно, въ юридическомъ смыслѣ, опредѣляются обязательнымъ показаніемъ времени и мѣста рожденія и смерти въ каждой записи. У баптистовъ, какъ и у раскольниковъ, во всѣхъ случаяхъ требуется наименованіе лицъ, сдѣлавшихъ заявленіе, и лицъ, бывшихъ при томъ свидѣтелями, причемъ всякая запись должна быть подписана должностнымъ лицомъ, заявителями и свидѣтелями, если они грамотны, а о безграмотности дѣлается оговорка.

Есть рядъ случаевъ, гдѣ событія рожденія и смерти удостовѣряются иначе, смотря по вѣдомству, въ коемъ состоятъ родители (особ. метрич. книги по воен. вѣдомству, см. т. IX, ст. 1089 и слѣд., для ссыльныхъ тамъ же, 1095) или по мѣсту, гдѣ произошло событіе (на мореход. судахъ, или на морѣ и на внутреннихъ водахъ ст. 1096 и слѣд.; удостовѣреніе чрезъ консуловъ, см. уст. торг., т. XI, ст. 2025, уст. конс. 1887 г. ст. 69—81).

Изъ сдѣланныхъ нами краткихъ указаній легко придти къ заключенію, какою сложностью отличается у насъ этотъ порядокъ веденія метрикъ. Трудно найти какой нибудъ отдѣлъ законодательства, который такъ или иначе не касался бы этого вопроса. Всего менѣе онъ обработанъ въ составѣ X т. ч. 1-ой, въ закон. гражд. По способу веденія книгъ самая задача можетъ казаться вовсе не связанной именно съ правомъ гражданскимъ. Это имѣетъ свое историческое объясненіе. Но въ теперешнемъ состояніи русскаго права это анахронизмъ, утрачивающій съ каждымъ годомъ связь съ явленіями современнаго русскаго гражданскаго права. Нѣтъ сомнѣнія, что этотъ порядокъ веденія актовъ гражданскаго состоянія имѣетъ скоро стать на очередь вопросовъ, подлежащихъ такой законодательной переработкѣ, которая привела бы

это важное условіе извѣстности гражданскихъ правъ въ большее соотвѣтствіе съ нынѣшнимъ состояніемъ общей гражданской правоспособности людей, уже признанной въ принципѣ нашимъ законодательствомъ.

Указанными здѣсь многообразными и въ то же время недостаточными положеніями далеко не исчерпывается задача, которая должна быть поставлена государствомъ, ищущимъ дѣйствительнаго огражденія цивильной правоспособности всѣхъ гражданъ. На восточныхъ нашихъ окраинахъ имѣются массы населенія, которое въ своемъ бытѣ или вовсе не носитъ признаковъ европейской культуры, или имѣетъ ихъ въ самой слабой степени. Въ этихъ условіяхъ тамъ не можетъ быть ни потребности, ни средствъ правильнаго веденія актовъ состоянія. Законодатель не только не спѣшитъ обособить и въ инородческомъ населеніи отдѣльное лицо изъ сложившихся племенныхъ формъ быта, но, какъ увидимъ позже, ограждаетъ отдѣльныхъ людей, хотя и взрослыхъ, отъ неудобствъ пользованія гражданской свободой при недостаткѣ зрѣлости сужденій и характера. Положенія законодательства для калмыковъ, инородцевъ Восточной Сибири, для Туркестанскаго края, частью вошли въ общій сводъ, частью составляютъ особый сводъ степныхъ законовъ кочевыхъ инородцевъ Восточной Сибири, частью, наконецъ, мы имѣемъ и особыя законоположенія для мѣстностей, занятыхъ преимущественно инородцами. Таково въ особенности новѣйшее подробно-развитое „Положеніе объ управленіи туркестанскаго края“ Выс. утверж. 12 іюня 1886 г. *). Интереса при изученіи русскаго гражданскаго права эти акты не представляютъ, но они очень любопытны, во 1-хъ, какъ свидѣтельства быта нашихъ восточныхъ окраинъ, во 2-хъ, и особенно послѣдній актъ, какъ попытка примѣнить къ быту даже кочевыхъ инородцевъ многія формы управленія и суда, не только уголовнаго, но и гражданскаго, выработанныя жизнью культурныхъ народовъ.

По отношенію къ калмыкамъ законодатель подчиняетъ дѣла брачныя правиламъ буддійскаго исповѣданія и окончательнымъ рѣшеніямъ ламы; а для вопроса о правѣ дѣтей на имущества и воспитаніе указываетъ свѣтскую юрисдикцію улусскаго зарго. Нынѣ эта свѣтская юрисдикція ограничена введенными въ Став-

*) Напечатано въ №№ Правител. Вѣстника 204—207 за 1886 г. и приведено въ дѣйствіе съ 1 января 1887 г. Это Положеніе, также какъ и Положеніе объ управленіи областей Акмолинской и друг., учрежденіе сибирское, положеніе объ инородцахъ входятъ въ составъ II т. Св. Зак Эти Положенія вошли уже въ составъ предпринятаго товариществомъ „Обществен. Польза“ изданія Св. Зак. въ одной книгѣ (вып. 2-й).

ропольской губерніи судебными установленіями (т. XI, уст. иностр. исповѣд. ст. 1283 и 1284). Та же подсудность буддійской іерархіи имѣетъ мѣсто и для другихъ кочевыхъ инородцевъ Восточной Сибири, но въ дѣлахъ брачныхъ русскій законодатель допускаетъ самое сильное вліяніе родовыхъ управленій. Въ указанномъ новомъ законодательномъ актѣ для осѣдлаго туземнаго населенія обязанность слѣдить за убылью и прибылью этого населенія возложена на волостного управителя (волость состоитъ изъ нѣсколькихъ сельскихъ обществъ, у туземцевъ—аксакальствъ), для кочевого населенія составъ аульнаго общества и волости опредѣляется кибитками (200 и 2000 кибитокъ, а кибитка—отдѣльное, конечно, временное жилище, юрта, сакля, землянка или домъ). См. ст. 99, 108, 109, указ. Положенія. Судебныя установленія дѣйствуютъ или на основаніи общихъ законовъ Имперіи, или, для туземцевъ въ особенности, организована дѣятельность судовъ народныхъ. Народные суды разрѣшаютъ подсудныя имъ дѣла на основаніи обычаевъ, существующихъ въ той или другой части туземнаго населенія.

Несомнѣнно, что тѣ явленія быта, съ коими мы встрѣчаемся въ сводѣ степныхъ законовъ, составляютъ, въ смыслѣ культурномъ, формы, обращенныя къ очень отдаленному прошлому. Въ нихъ всего менѣе гарантій личности и гражданскихъ правъ отдѣльнаго человѣка. Образцы формъ, ближе достигающихъ этихъ цѣлей, мы видѣли, говоря объ актахъ состоянія по общему своду. Но и тамъ много нерасчлененнаго, неприноровленнаго къ этимъ именно цѣлямъ. Ближе къ этимъ цѣлямъ подходитъ порядокъ веденія актовъ гражданскаго состоянія въ Царствѣ Польскомъ. Вы находите въ современномъ положеніи тамошняго права почти тоже, что нашли бы въ нѣмецкихъ земляхъ, гдѣ дѣйствовалъ порядокъ Code Napoléon, впослѣдствіи видоизмѣненный возобновленіемъ записей прежняго исповѣднаго характера и участіемъ духовенства. При этомъ, однако, то, что заключалъ въ себѣ Code въ смыслѣ точности записей, развитости ихъ содержанія, различныхъ условій, гарантирующихъ ихъ достовѣрность, было тщательно сохранено *). Позднѣйшее движеніе русскаго законода-

*) Для ознакомленія на русскомъ языкѣ съ этимъ порядкомъ можетъ служить Сборникъ проф. Малышева указан. выше, стр. 132 и слѣд., а также весьма доступный по цѣнѣ переводъ гражд. законовъ дѣйствующихъ въ Царствѣ Польскомъ, изд. канд. правъ С. Шиферомъ. Обстоятельное изложеніе такого важнаго института, конечно, невозможно безъ связи со всей системой дѣйствующаго въ данной территоріи матеріальнаго и процессуальнаго гражданскаго права.—Тоже надлежитъ сказать и объ Ост-зейск. краѣ, гдѣ, въ истекшемъ году (1888), произведены важныя въ порядкѣ веденія метрикъ измѣненія въ связи съ вводимымъ тамъ нынѣ преобразованіемъ Полиціи.

тельства въ этой окраинѣ не могло внести въ дѣло той простоты и цѣлесообразности, какая желательна и которая достигнута въ Германіи закономъ 1875 года, ибо, какъ было видно выше, этихъ свойствъ не имѣетъ отечественный способъ веденія записей.

§ 11.

Nasciturus въ старомъ правѣ. — „Неродившіяся дѣти“ въ Св. Зак.—Рожденіе живымъ. — Доказанность. — Своевременное рожденіе. — Жизнеспособность.— Образъ человѣка. — Вѣроятная продолжительность жизни. — Présomption de survie.—Безвѣстное отсутствіе.—Имперскій Код. 96 г.

Рожденіемъ и смертью установляются предѣлы гражданской правоспособности отдѣльныхъ людей. Извѣстность этихъ предѣловъ необходима не только для огражденія интересовъ самихъ субъектовъ, но и въ общихъ цѣляхъ постояннаго и правильнаго обмѣна юридическихъ отношеній. Въ виду этого цивильная юриспруденція, въ особенности римская, подробно разрабатываетъ цѣлый рядъ детальныхъ вопросовъ по этимъ кардинальнымъ пунктамъ опредѣляющимъ правоспособность отдѣльнаго человѣка. Въ новыхъ кодексахъ цивилистическая разработка этого предмета тѣсно связана съ римскими традиціями. У насъ въ т. X и въ указ. выше полож. объ актахъ состоянія въ IX т. найдется такъ же мало отвѣтовъ на сомнѣнія практики, какъ и въ другихъ сборникахъ чисто позитивнаго содержанія.

Вопросы, важные для точнаго разумѣнія начальнаго и конечнаго моментовъ правоспособности отдѣльнаго человѣка, суть слѣдующіе: 1) какъ въ цивильномъ смыслѣ опредѣлить состояніе человѣка въ моменты, предшествующіе отдѣленію отъ утробы матери? 2) Какіе признаки рожденія нужны для того, чтобы наличность правоспособнаго субъекта не возбуждала сомнѣній? 3) Вѣроятная продолжительность жизни? 4) Вѣроятная послѣдовательность смертей, когда достовѣрности достигнуть нельзя? 5) Вѣроятность смерти, когда трудно предположить продолженіе жизни (безвѣстно-отсутствующаго).

1) Какъ разсматривается состояніе, предшествующее рожденію, зачаточное, именно съ точки зрѣнія цивильной, для занимающаго насъ вопроса о начальномъ моментѣ личнаго существованія? Мы ставимъ такимъ образомъ вопросъ этотъ отдѣльно отъ другого, о мѣрахъ охраненія плода, составляющаго предметъ иныхъ, частью тоже юридическихъ дисциплинъ. Имѣемъ ли мы

уже въ той фазѣ развитія организма дѣло съ личностью или нѣтъ? Опредѣлившіяся достаточно мнѣнія римскихъ юрисконсультовъ, принятыя нынѣ западными цивилистами, даютъ намъ отвѣтъ отрицательный. Согласно этимъ воззрѣніямъ, embryo, какова бы ни была степень зрѣлости плода, не можетъ быть разсматриваемъ какъ отдѣльно правоспособный субъектъ. Однако, предшествующее отдѣленію отъ матери *зародышное состояніе* человѣка, *эвентуально, не есть безразличное для цивильнаго права.* Если за беременностью послѣдуетъ рожденіе младенца живымъ, тогда и предшествующее состояніе окажется для вопросовъ права не безразличнымъ. Пріобрѣтеніе имъ правъ будетъ условливаться моментами, предшествующими его рожденію. Съ этимъ эвентуалитетомъ, стало быть, nasciturus разсматривается какъ бы уже рожденный (jam natus); но только въ этомъ смыслѣ и въ этихъ предѣлахъ. Это состояніе не есть рѣшительное, опредѣляющее, а только экспектативное, выжидательное, и если ожиданія не приведутъ къ цѣли, то вполнѣ безразличное для права. Выкидышъ не вліяетъ ни на какія правоотношенія, какія бы ожиданія ни предшествовали этому результату. Въ подлинномъ опредѣляющемъ правоотношенія смыслѣ, embryo въ этомъ случаѣ никогда не былъ субъектомъ правъ.

Нашъ цивилистъ Д. И. Мейеръ держится близкихъ къ этому воззрѣній, указывая въ подтвержденіе ихъ въ особенности ст. 1106 X т., ч. 1. Эта статья говоритъ. Отъ права наслѣдованія не устраняются:.... 1) *дѣти*, хотя бы оныя *не были еще рождены* (до рожденія это, конечно, *не дѣти*) *), но токмо зачаты при жизни отца **). Это частный случай наслѣдованія послѣрожденнаго (postumus), дающій слабое освѣщеніе занимающему насъ вопросу. Много содержательнѣе боярскій приговоръ, помѣченный думнымъ дьякомъ, П. С. З., № 14 (6-го іюня, 1649 г.), который легъ въ основу указаннаго положенія ст. 1106. Изъ него видно, что, при неизвѣстности исхода беременности, въ классѣ помѣстномъ, беременная вдова получала долю „на беремя“ противу дочерей умершаго, получившихъ изъ помѣстья долю „на прожитокъ“, а остальное шло въ родъ. Указаннымъ боярскимъ приговоромъ опредѣлено „будетъ даны такія помѣстья дачи небольшія, а послѣ родится сынъ, и тѣ помѣстья изъ дачъ *поворотитъ* и справить за сыномъ. А будетъ дачи большія, и о таковыхъ дѣлахъ докладывать государю“.... ***). Приговоръ бояр-

*) Non est pupillus qui in utero est l. 161 D. de V. S. (Ульпіанъ).
**) Въ кассац. практ. см. за 1873 г. № 1531.
***) Очевидно, и здѣсь сказался специфическій взглядъ на личность, тѣсно

скій неизмѣримо содержательнѣе статьи 1106, ибо въ немъ ясно различено состояніе выжидательное для вопроса о правахъ „беременн“ и смѣна его состояніемъ правоспособности родившагося. На основаніи этого приговора боярскаго можно безошибочно утверждать, что до рожденія nasciturus не разсматривается какъ особо-правоспособный субъектъ, какъ лицо; рожденіе же живого человѣка опредѣляетъ окончательно его отдѣльную правоспособность, личность, съ отнесеніемъ условій пріобрѣтенія имъ правъ къ моменту, предшествующему его рожденію (онъ пріобрѣтаетъ впослѣдствіи права такъ, какъ пріобрѣлъ бы, если бы былъ рожденъ уже въ ту пору).

2) Какіе *признаки рожденія* необходимы, чтобъ опредѣлить отдѣльную правоспособность рожденнаго (status nativitatis)?

А. Не возбуждаетъ сомнѣній ни въ римскомъ, ни въ современномъ правѣ требованіе, *чтобы отдѣлившійся отъ утробы* матери младенецъ *былъ живымъ*. Отдѣльная личность не признается существовавшею, если между рожденіемъ и смертью нельзя установить никакого промежутка времени, хотя бы самаго краткаго, для жизни, если родившійся есть мертворожденный. Событія такихъ родовъ остаются безъ всякихъ послѣдствій для цивильныхъ правоотношеній. Несомнѣнно, что рождаемые безъ признаковъ жизни могутъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ, искусственно быть призваны къ жизни и продолжать существованіе, какъ и рожденные живыми. Тогда, натурально, состояніе младенца въ минуту отдѣленія отъ матери остается безъ послѣдствій. Такимъ образомъ, чтобъ получилась отдѣльная правоспособность, необходима жизнь родившагося, хотя бы самая непродолжительная, внѣ утробы матери. Это реквизитъ общій для нашего права и для любой европейской системы (см. выше, въ актахъ состоянія, отмѣтки мертворожденности еще въ петровскихъ формулярахъ для метрикъ).

В. Больше сомнѣній возбуждаетъ вопросъ о признакахъ рожденія человѣка живымъ и о *доказываніи на судѣ этого* важнаго *момента*. Контроверза существовала еще въ римской юриспруденціи, гдѣ прокуліанцы считали непремѣннымъ признакомъ жи-

---

связанный съ вопросомъ службы и оклада. Въ силу этого по вопросу „интересному“, т.-е связанному съ *интересомъ* казны, презумція идетъ въ пользу рожденія дочери, а если сына, то *непремѣнно одного*“, между тѣмъ *чисто-цивильная презумція* склоняется, какъ извѣстно, къ презумціи рожденія *тройни*, l. 3 D. si pars hered. pet. V. 4 (Юлій Павелъ): prudentissime juris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut *quod fieri non rarum admodum potest*, intuerentur, id est quia fieri poterat, *ut trigemini nascerentur*, quartam partem superstiti filio assignaverint. Мѣсто надо взять въ цѣломъ по достоинству метода построенія отвѣта.

вого рожденія крикъ новорожденнаго, который, правда, обыкновенно сопровождаетъ появленіе на свѣтъ развившагося младенца, но котораго нельзя разсматривать какъ необходимый признакъ живого рожденія. Сабиніанцы были противъ этого мнѣнія, и Юстиніанъ принялъ ихъ ученіе. Любопытно, что въ новое время контроверза возобновляется въ разныхъ нѣмецкихъ системахъ. Въ саксонской группѣ источниковъ германскаго права повторяется требованіе прокуліанцевъ, чтобъ новорожденный огласилъ четыре стѣны дома своимъ крикомъ (das Beschreien der vier Wände des Hauses); въ другихъ группахъ почитается достаточнымъ признакомъ жизни раскрытіе глазъ. Несомнѣнно, что такіе критеріи для опредѣленія свойствъ рожденія живого могли имѣть смыслъ при господствѣ способа доказывать черезъ свидѣтелей. Это — признаки, которые и нынѣ могутъ, въ массѣ случаевъ, особенно въ простонародьи, быть единственными удобопримѣнимыми въ практикѣ. Въ современныхъ кодексахъ, однако, мы не находимъ такого ограниченія признаковъ живого рожденія, и съ этимъ вмѣстѣ вопросъ о доказанности событія становится весьма контроверзнымъ.

Рядъ современныхъ кодексовъ ищетъ выхода изъ затрудненій, встрѣчаемыхъ практикой, слѣдующимъ способомъ. Если роды отъ здоровой матери суть своевременные, и плодъ, стало быть, достаточно развитъ, тогда презумируется рожденіе живымъ (австр. и сакс. код.). Презумція, натурально, не исключаетъ доказыванія на судѣ противнаго. Средства доказывать какъ живо- такъ и мертворожденность ничѣмъ не ограничены, никакими обязательными признаками, хотя прусскій ландрехтъ удерживаетъ крикъ ребенка, какъ наиболѣе надежный и обыденный признакъ живого рожденія.

Если событіе рожденія младенца занесено въ акты гражданскаго состоянія, то для доказательства рожденія живымъ достаточно ссылки на эти акты, хотя, опять, такая ссылка не исключаетъ возможности противудоказыванья въ случаѣ, напр., подлога.

С. Мы видѣли сейчасъ, что нѣкоторые признаки родовъ (своевременность) служатъ основой для предположенія живого рожденія. Есть, несомнѣнно, физіологически извѣстный предѣлъ, ранѣе котораго выдѣленіе плода даетъ необходимо выкидышъ (abortus), а не жизнеспособнаго младенца. Юриспруденція, частью уже римская, стремилась широко воспользоваться для своихъ цѣлей,—извѣстности и постоянства признаковъ рожденія,—этими физіологическими данными, чтобы точнѣе опредѣлить моменты возникновенія отдѣльной личности. Въ этихъ же видахъ ставятъ

нынѣ, кромѣ указанныхъ требованій, еще реквизитъ для правоспособности новорожденнаго—его *жизнеспособность*. Контроверза по этому вопросу для права римскаго представляется весьма любопытной. Савиньи не находилъ въ римскомъ правѣ именно выраженнаго реквизита жизнеспособности (Lebensfähigkeit, Vitalität) для опредѣленія привоспособности родившагося живымъ. Вехтеръ, ближе къ буквѣ толкуя подходящія мѣста источниковъ, полагаетъ, что для правоспособности требуется отдѣленіе не только живого младенца, но и зрѣлаго, доношеннаго, что-де и указываетъ на реквизитъ жизнеспособности. Рожденіе, наступившее 6 мѣсяцевъ послѣ зачатія—жизнеспособно, раньше—нѣтъ, хотя бы ребенокъ и жилъ короткое время послѣ рожденія. Такъ думаетъ Вехтеръ, основываясь на точномъ смыслѣ текстовъ; иначе Савиньи. Мысль Савиньи долгое время господствовала въ практикѣ; это легче всего объяснить себѣ сравнительнымъ удобствомъ судить о правоспособности родившагося по одному признаку рожденія живымъ, чѣмъ по этимъ двумъ критеріямъ, рожденія живымъ и сверхъ того *рожденія своевременнаго послѣ зачатія*, тѣмъ болѣе, что послѣдній моментъ часто совсѣмъ нельзя установить съ точностью.

Если этому реквизиту (Vitalität) даютъ этотъ тѣсный смыслъ (собственно perfecte natus, въ противуположность съ abortus), то различіе мнѣній не ведетъ къ серьезнымъ недоумѣніямъ для практики. Но ему даютъ еще другой, болѣе широкій смыслъ, рожденія не только живого и своевременнаго, но еще и вообще *надежнаго къ продолженію жизни*. Старое германское право показываетъ несомнѣнные признаки существовавшаго въ народномъ сознаніи взгляда, что одно событіе рожденія младенца еще ничего не рѣшаетъ окончательно въ вопросахъ семейно-имущественныхъ распорядковъ. По вестготскому праву вліяніе на отношенія по наслѣдованію новорожденный оказывалъ только тогда, когда онъ *прожилъ 10 дней и былъ окрещенъ*. По Саксонскому Зерцалу, въ такой же связи выражается требованіе, чтобы новорожденный былъ lifhaftich (способенъ жить).

Несомнѣнно, что повсюду, гдѣ *исповѣдный моментъ* имѣлъ значительное вліяніе на правоспособность, одно рожденіе, не освященное еще пріобщеніемъ новорожденнаго къ тому или другому церковному союзу, не рѣшало ничего въ вопросахъ правоспособности.

Любопытно, что это старинное требованіе рожденія не только живымъ, но и жизнеспособнымъ, удержалось въ одномъ изъ передовыхъ нынѣшнихъ кодексовъ, въ Code civil, а оттуда, вмѣстѣ

съ заимствованіемъ Code'a, перешло въ Польшу. Оно удержалось у французовъ не въ видѣ общаго реквизита для правоспособности человѣка, а въ нѣкоторыхъ спеціальныхъ примѣненіяхъ къ вопросу о признаніи законности рожденія (art. 314) и въ особенности къ праву наслѣдованія (art. 725): sont incapables de succéder: a) celui qui n'est pas conçu, и b) l'enfant qui n'est pas né viable... Нашъ кодексъ не знаетъ этого реквизита.

D. Сверхъ указанныхъ требованій, въ разное время мы встрѣчаемся съ требованіемъ отъ рождаемаго *образа человѣческаго*, какъ условія правоспособности. Но какимъ долженъ быть образъ человѣка, и гдѣ начинается безобразіе, уродство, препятствующее признать рожденнаго за человѣческое существо, объ этомъ ни въ старыхъ, ни въ новыхъ кодексахъ мы не найдемъ ничего опредѣленнаго. Здѣсь широкое поле для суевѣрій всякаго рода *). Римскіе юристы допускали очень значительныя уклоненія отъ правильнаго образованія человѣческаго тѣла безъ всякихъ послѣдствій для правоспособности. Различеніе монстрозныхъ рожденій всегда интересовало больше криминалистовъ со стороны безнаказанности ихъ истребленія. Изъ нынѣшнихъ кодексовъ прусскій отвергаетъ семейныя и гражданскія права за рожденіями, не имѣющими menschliche Form und Bildung, но не отказываетъ имъ въ общихъ правахъ человѣческихъ (allgemeine Rechte der Menschheit, I. 1, §§ 17, 18, тоже для ungeborene Kinder, тамъ же, § 10). Новый Саксонск. гражд. законникъ § 33 распространяетъ на рожденія, настолько отклоняющіяся отъ образа человѣка, что ихъ нельзя признать за людей, положенія для мертворожденныхъ.

Въ одномъ указѣ Петра находимъ укоры вѣрованіямъ, что уроды родятся чрезъ вѣдовство и порчу отъ дѣйства дьявольскаго, чему быть невозможно, ибо единъ Богъ творецъ всея твари, а не діаволъ. Если же найдутся гдѣ диковины въ породѣ человѣчей, звѣрской и птичьей, то предписывается таковыхъ доставлять начальству. Показаны въ видѣ примѣра младенцы о двухъ головахъ и сросшіеся тѣлами, которые уже были доставлены согласно прежнимъ указамъ. *За живыхъ человѣческихъ уродовъ* обѣщано 100 рублей, а ежели гораздо чудное встрѣтится, то дадутъ и болѣе. О положеніи такихъ уродовъ въ правѣ этотъ указъ не говоритъ ничего (П. С. З. № 3159); но въ болѣе ран-

*) Въ русскихъ лѣтописяхъ постоянно встрѣчаются замѣтки лѣтописцевъ объ уродливыхъ рожденіяхъ, какъ угрожающихъ людямъ предзнаменованіяхъ. Въ основѣ, конечно, лежитъ вѣра, что такое нарушеніе законовъ міротворенія не обходится безъ вмѣшательства *нечистой силы*.

немъ указѣ запрещено убивать младенцевъ, рождающихся *особымъ нѣкакимъ видомъ, или несущественнымъ образомъ, или какимъ чудомъ* (№ 1964). Теперешнее наше гражданское право тоже не касается вопроса. Юридическая практика отклоняетъ отъ себя вовсе рѣшеніе вопроса о нормальномъ человѣческомъ образѣ, какъ условіи правоспособности, и руководится въ этомъ отношеніи исключительно данными физіологіи и медицины; которыя не допускаютъ рожденія отъ человѣка не людей.

3) Мы уже частью выше видѣли, что для юриспруденціи важно указать не только предѣльный моментъ жизни человѣка (начало ея), но также опредѣлить свойство жизнеспособности новорожденнаго, стало быть, его силъ продолжать жизнь внѣ утробы матери. Это собственно былъ *частный случай* рѣшенія *общаго вопроса о вѣроятной продолжительности жизни человѣка*, и мы лишь брали его въ спеціальномъ приложеніи къ только что родившемуся, иногда даже недоношенному ребенку. Въ этихъ случаяхъ всегда нужно индивидуальное изслѣдованіе даннаго субъекта. *Вопросъ о вѣроятной продолжительности жизни существуетъ въ юриспруденціи не въ этомъ только тѣсномъ примѣненіи.* Та же проблема встрѣчается тамъ, гдѣ нужно отвѣтить на вопросъ, продолжаетъ ли еще жить *безъ вѣсти пропавшій.* И такъ, тутъ рѣчь будетъ о вѣроятномъ предѣлѣ жизни въ смыслѣ ея окончанія (Имп. код. 96 г. ст. 14). Съ этимъ вопросомъ мы сейчасъ встрѣтимся. Независимо отъ этихъ двухъ вопросовъ, жизнеспособности, длящейся или прекратившейся жизни безвѣстноотсутствующаго, для права можетъ быть важенъ вопросъ о вѣроятной продолжительности жизни людей вполнѣ жизнеспособныхъ и находящихся на лицо.

Въ отдѣльныхъ случаяхъ вѣроятную продолжительность жизни устанавливаютъ для каждаго отдѣльнаго лица путемъ медицинскаго изслѣдованія его силъ и здоровья. Такъ, напр., въ сдѣлкахъ по страхованію жизни. Результатъ изысканій служитъ основой для опредѣленія отношеній сторонъ, установляемыхъ собственно договоромъ.

Но бываютъ случаи, когда для цѣлей опредѣленія юридическихъ отношеній внѣдоговорныхъ, надо имѣть *готовую норму* вѣроятной продолжительности жизни. Въ завѣщаніи назначены *годовыя выдачи лицу такого-то возраста.* Вопросъ въ томъ, насколько они умаляютъ составъ наслѣдственнаго имущества. Надо *вознаградить семью убитаго при эксплуатаціи какого либо предпріятія* рабочаго-кормильца этой семьи (Остз. код. ст. 4557). Въ обоихъ случаяхъ мы не получимъ *искомой суммы, не опре-*

дѣливъ вѣроятной продолжительности жизни тамъ — легатарія, здѣсь потерпѣвшаго. Чтобъ найти эту сумму, возможно тоже индивидуальное изысканіе и опредѣленіе вѣроятной продолжительности жизни даннаго человѣка на этомъ основаніи. Методъ опредѣленія можетъ быть математическимъ, и точность изысканія будетъ зависѣть отъ количества данныхъ, принятыхъ во вниманіе при вычисленіи. Такое изысканіе хорошо само по себѣ, но оно очень сложно и въ примѣненіи къ судебнымъ цѣлямъ неудобно.

Менѣе совершенно вычисленіе вѣроятной продолжительности жизни *по одному признаку*, именно по возрасту даннаго лица, но за то оно имѣетъ для юриспруденціи преимущество извѣстности и удобопримѣнимости. Нѣкоторыя законодательства, слѣдуя этому методу, принимаютъ разъ навсегда данный шаблонъ для опредѣленія вѣроятной продолжительности жизни по признаку возраста. Таковы, напр. римское право и новое саксонское гражданское уложеніе. Римское право даетъ (для алиментовъ и узуфрукта въ особенности) такую скàлу: при возрастѣ лица до 20 лѣтъ вѣроятная продолжительность его жизни еще на 30 лѣтъ, при возрастѣ 20—25 вѣроятная продолжительность жизни еще на 28 лѣтъ, отъ 25 до 30—25 л., отъ 30 до 35—22 г., 35 до 40—20 л., при возрастѣ отъ 40 до 50 предполагается, что человѣкъ проживетъ до 59 л., при возрастѣ отъ 50 до 55 еще на 9 лѣтъ, 55—60 на 7, послѣ 60 на 5 лѣтъ (l. 68 pr. D. ad leg. Falcidiam 35, 2). Это положеніе реципировано буквально въ Сводѣ гражд. узак. губ. Прибалт. ст. 2315. Сакс. гр. улож. въ § 35 даетъ другую скàлу: при возрастѣ до 1 года вѣроятная продолжительность жизни еще на 35 л., до 2-хъ на 41, до 10 еще на 44, до 15—на 41, до 20 еще на 38, до 25 еще 35 лѣтъ, до 30 еще на 32, до 35 на 28, до 40 на 25, до 43 еще на 22, до 50 на 19, до 55 на 16, до 60 на 13, до 65—10, 70—8, 75—6, 80—5, 85—4, 90—3, до 100—2, послѣ ста лѣтъ еще на 1 годъ. Наше законодательство не даетъ отвѣта на вопросъ, и мы можемъ, стало быть, безъ конца спорить о предѣлахъ точности при вычисленіи вѣроятной продолжительности жизни въ случаяхъ необходимости ея опредѣленія для цивильныхъ цѣлей. Этѣ скàлы заключаютъ въ себѣ тотъ же элементъ произвольнаго, какъ и другія числовыя измѣренія въ правѣ, какъ опредѣленіе зрѣлости по годамъ, 7, 14, 21, или какъ постановка давностнаго срока, въ 3, 10, 20, 30 лѣтъ, но въ нихъ есть и значительная доля приближенія къ истинѣ и, въ особенности, существенное для юридической нормы, начало предшествующей событію извѣстности, легкой распознаваемости и общности примѣненія.

4) Вѣроятная *послѣдовательность смерти лицъ*, когда достовѣрно нельзя ее установить. Возможны случаи, гдѣ вопросъ о правѣ лица находится въ самой тѣсной зависимости отъ точнаго рѣшенія другого вопроса, о послѣдовательности нѣсколькихъ событій, касающихся разныхъ лицъ. Я пріобрѣтаю такія то притязанія къ имуществу В, если В умеръ послѣ А. Я, заинтересованный, долженъ доказать эту послѣдовательность смертей если хочу обосновать мои притязанія. Оба лица могли умереть при одномъ несчастномъ случаѣ, пожарѣ театра, землетрясеніи, крушеніи поѣзда, судна и проч. Одинъ могъ, однако, пережить другого, и если это можетъ быть доказано, то фактическая доказанность послѣдовательности двухъ смертей даетъ основу для рѣшенія вопроса; иначе — pariter mortui будутъ simul mortui (тоже въ Нѣм. К. 96 г. art. 20). Вамъ извѣстно однако, что, при извѣстной связи лицъ одновременно умершихъ и извѣстномъ ихъ возрастѣ, римское право допускало предположеніе, *презумпцію предшествующей смерти одного изъ комморіентовъ*, хотя бы *доказать* послѣдовательность смертей не было никакой возможности. Цѣль очевидна. Неизвѣстность въ области цивильныхъ юридическихъ отношеній служитъ источникомъ неисчислимыхъ неудобствъ не только для отдѣльныхъ лицъ, но и для цѣлаго юридическаго быта. Если возможно, хотя бы съ нѣкоторою степенью приближенія къ истинѣ, устранить такую неизвѣстность, она должна быть устранена. Мастерской выходъ изъ крайне трудной проблемы одновременной смерти ascendent'a и descendent'a, зрѣлаго или малолѣтняго въ римскомъ правѣ—вы знаете.

Одинъ изъ современныхъ кодексовъ, Code civil, стремился расширить сферу примѣненія презумпцій для такихъ же казусовъ, но, однако, такъ, что немногіе юрисконсульты находятъ это расширеніе удачнымъ. Римляне допускали предположеніе предшествующей смерти малолѣтняго *десцендента, его же асценденту*, и такое же предположеніе предшествующей смерти асцендента совершеннолѣтнему десценденту, и въ этомъ, по простымъ соображеніямъ *относительной способности сопротивленія* этихъ лицъ, есть значительная мѣра внутренняго вѣроятія. Французы допускаютъ la présomption de survie по соображеніямъ прямо возраста погибшихъ, хотя они и *не связаны происхожденіемъ одинъ отъ другого*, а затѣмъ и ихъ пола. До 15-ти лѣтняго возраста старшій предполагается пережившимъ, послѣ 60-ти лѣтняго— младшій. Если одни моложе 15, другіе старше 60, то первые суть пережившіе. Въ возрастѣ отъ 15 до 60, при одинаковости его для 2-хъ лицъ, или при разницѣ меньше чѣмъ на одинъ

годъ, мужчина переживаетъ женщину. Произвольнаго здѣсь несомнѣнно больше, чѣмъ можно допустить, а вѣроятнаго меньше, чѣмъ слѣдуетъ. Лишь общее заключительное положеніе не лишено цѣлесообразности, ибо для послѣдовательности смертей предписано держаться той презумціи, которая открываетъ преемство въ порядкѣ соотвѣтствующемъ естественному (старый умираетъ прежде молодого, art. 720—722), X т. этихъ проблемъ не рѣшаетъ.

5) Весьма нерѣдки въ практикѣ случаи, когда нельзя достовѣрно опредѣлить ни дѣйствительно послѣдовавшей смерти, ни времени, въ которое смерть послѣдовала, въ виду продолжительнаго безвѣстнаго отсутствія лица. Если возможно крайне тяжелое для юридическаго быта положеніе неизвѣстности рожденія лица, сокрытія, подлога въ этомъ начальномъ моментѣ правоспособности, и государство вынуждено принимать стѣснительныя для массы мѣры опредѣленія извѣстности рожденій, то еще чаще возможны исчезновенія лицъ, невольныя и произвольныя, послѣдствіемъ коихъ бываетъ продолжительная неизвѣстность цивильныхъ правоотношеній безъ вѣсти пропавшаго. Мы сейчасъ допускали предположительное опредѣленіе момента смерти у комморіентовъ. Возможно ли, для выхода изъ трудностей, которыя даетъ намъ безвѣстное отсутствіе человѣка, допустить предположеніе длящейся его жизни или наступившей смерти? Степень неудобствъ, испытываемыхъ въ юридическомъ бытѣ отъ этой неизвѣстности тѣмъ значительнѣе, чѣмъ болѣе *личенъ* самый обмѣнъ цивильный.

Человѣкъ безвѣстно-отсутствующій состоитъ не только въ имущественныхъ, но въ семейныхъ и родственныхъ отношеніяхъ, которыя служатъ основой не только обладанію извѣстной наличностью, но и возможности пріобрѣтать вновь права, напр., чрезъ наслѣдованіе по закону. Что же, такая загадка, masque de fer, продолжаетъ быть супругомъ, отцомъ семейства, добрымъ родственникомъ, обладателемъ имуществъ, должникомъ, наслѣдникомъ? Современныя законодательства въ значительной степени самостоятельно, независимо отъ римскихъ традицій, нашли выходъ изъ этихъ трудностей, хотя путь, коему они слѣдуютъ, есть тоже методъ презумцій, наиболѣе удачно примѣнявшійся въ правѣ римскомъ. Лучшая ученая разработка вопроса принадлежитъ покойному берлинскому проф. Брунсу (Die Verschollenheit). Вопросъ относится къ числу весьма контроверзныхъ. Разработка его на западѣ любопытна и для русскаго не только потому, что безвѣстно-отсутствующіе составляютъ явленіе всеобщее, но и потому

въ особенности, что въ послѣднихъ своихъ фазахъ русское законодательство значительно приблизилось къ одному изъ западныхъ законодательныхъ типовъ.

Общая практика новаго права образовалась первоначально въ Италіи и имѣла въ основѣ не юридическій, а библейскій источникъ, именно псаломъ 90 (89), ст. 10, гдѣ псаломопѣвецъ принимаетъ 70-лѣтній возрастъ за обыденно-предѣльный для жизни человѣка. Юриспруденція того времени имѣла все основаніе построить на этомъ *предположеніе смерти безвѣстно отсутствующаго*. Но текстъ псалма вовсе не разсчитанъ на юридическое примѣненіе этой презумціи, потому, во 1-хъ, что продолжительность безвѣстнаго отсутствія и вѣроятіе возврата совершенно не одинаковы, при этомъ терминѣ, для пропавшихъ людей разнаго возраста, и во 2-хъ, потому, что пропадаютъ люди и перешедшіе за предѣлъ 70-лѣтняго возраста. Псаломъ послужилъ основой только для *презумціи смерти*. Практика юридическая, въ случаяхъ этого рода, выработала особый порядокъ вызова отсутствующаго и при неявкѣ объявляла его *умершимъ*.

Со временемъ, однако, уяснилась важность не только вопроса, живъ или умеръ пропавшій, но и двухъ другихъ, а) *въ какой моментъ онъ умеръ*, и b) достаточно ли предположенія смерти, или нужно еще *предположеніе, что до опредѣленнаго срока человѣкъ продолжалъ жить*. По отношенію къ вопросу а практика раздѣлялась между двумя мнѣніями: 1) что наступленіе 70 лѣтъ составляетъ презумтивный моментъ смерти, 2) что моментъ презумтивной смерти обосновывается не этимъ срокомъ, а опредѣленіемъ суда о примѣненіи презумціи къ данному случаю (Todeserklärung—этотъ актъ свойственъ именно нѣмецкой практикѣ и удержанъ въ новомъ код. 96 г.). Преобладало первое мнѣніе. Что касается вопроса b, то предположеніе смерти въ срокъ такой то, казалось бы, само собою даетъ основу для предположенія жизни съ этого срока. Но, въ случаяхъ открывающагося для безвѣстно-отсутствующаго наслѣдства, заинтересованный долженъ обосновать судебное предположеніе длящейся жизни противъ возможныхъ возраженій о вѣроятности смерти. Поэтому эта презумція и выдѣлялись какъ особая.

Главнѣйшее неудобство въ практикѣ условливалось не этой методой презумцій, а свойствомъ срока, непринаровленнаго къ различію возрастовъ безъ вѣсти пропадающихъ. При [illegible] средневѣковомъ обмѣнѣ это неудобство мало чувствовалось. Въ новое время законодательства измѣняютъ именно эту сторону дѣла. Прусскій ландрехтъ принялъ 10 лѣтъ отсутствія безъ вѣсти за

достаточный срокъ для наступленія послѣдствій отсутствія. Счетъ идетъ, начиная съ пропажи или съ наступленія совершеннолѣтія пропавшему. При 65 годахъ вмѣсто 10 лѣтъ принимается 5-тилѣтній срокъ для тѣхъ же послѣдствій. У французовъ срокъ различенъ, смотря по условіямъ, отъ 4—10 лѣтъ. Пруссаки, какъ и саксонцы, сохраняютъ die Todeserklärung (см. Landr., II, I, § 665 и Sachs. Ges.—buch § 37 и слѣд.). Пруссаки считаютъ преѣумпцію смерти наступившею послѣ вызововъ (Edictalladung), силой судебнаго опредѣленія, саксонцы—силой наступившаго срока. При семъ, въ вопросѣ о пріобрѣтеніи вновь доставшагося отсутствующему права прусск. право презумируетъ его прожившимъ 70, саксонское 90 лѣтъ. Близко къ этимъ основамъ и остзейскій сводъ (ср. ст. 524—528).

Въ вопросѣ о бракѣ прусск. ландр. допускаетъ вступленіе оставшагося въ новый бракъ, а если онъ не воспользовался этимъ, то оставляетъ старый бракъ въ силѣ (см. указ. § и слѣд.). Оригинально саксонское уложеніе. Оно требуетъ присяги оставшагося, что вѣстей о пропавшемъ нѣтъ, и допускаетъ новый бракъ (§ 1708); если не вступилъ въ бракъ, то при возвратѣ пропадавшаго бракъ продолжается (1709). Въ случаѣ же вступленія оставшагося супруга въ другой бракъ и послѣдовавшаго возврата пропадавшаго саксонское право допускаетъ въ теченіе полугода обремененному такимъ образомъ двойными узами супругу потребовать расторженія второго брака. (1710). Новый нѣмецкій кодексъ даетъ рядъ легальныхъ презумпцій о моментѣ смерти въ виду обстоятельствъ, при коихъ могъ исчезнуть безвѣстно отсутствующій (война, плаваніе, другіе случаи смертельной опасности, которой подвергался пропавшій). Сроки въ разныхъ случаяхъ сокращены до 4-хъ лѣтъ со времени вѣроятной смерти. Въ этихъ условіяхъ предположеніе смерти наступаетъ или со времени судебнаго признанія лица умершимъ, или съ наступленіемъ угрожающаго жизни событія. До сего исчезнувшій предполагается жившимъ (art. 13—19).

Русское законодательство въ этомъ вопросѣ представляетъ собою наслоеніе разныхъ эпохъ, мало согласованныхъ внутреннимъ образомъ. Старое законодательство разрабатывало вопросъ нераздѣльно съ цивильно-политической, административной и уголовной точекъ зрѣнія, такъ что мы находимъ и нынѣ въ составѣ дѣйствующаго права положеніе объ отлучкѣ безъ паспорта, которая почитается безвѣстнымъ отсутствіемъ и въ то же время побѣгомъ, произвольнымъ оставленіемъ отечества и проч. Всѣ такія дѣйствія влекутъ за собой не только имущественныя, но и тя-

желыя личныя послѣдствія (ср. т. XIV уст. о пасп. ст. 41, т. IX, ст. 8, Улож. о наказ. ст. 325 и слѣд.). Въ составѣ собственно гражданскаго законодательства удерживается двойственность нормъ по различію вопросовъ, подлежащихъ разрѣшенію, по различію сословій и нахожденія безвѣстно отсутствующихъ въ военной службѣ. Для вопроса брачнаго права, безвѣстное отсутствіе служитъ поводомъ къ расторженію брака, и подлежитъ вѣдомству духовныхъ судовъ (дѣйствовавшія до сего правила производства дѣлъ по Уст. Дух. Конс. ст. 230—236 замѣнены новыми на основ. Высоч. повел. отъ 14 янв. 1895 г.). Общій срокъ для ходатайства о расторженіи брака 5-ти-лѣтній (54). Способъ розысканія различенъ, смотря по состоянію, къ коему принадлежитъ лицо, предоставляющему ему право проживать гдѣ пожелаетъ, или нѣтъ (т. X, ч. I, ст. 58, 59, 60). Для солдатскихъ женъ, потерявшихъ мужей, два срока, пятилѣтній — если мужъ въ бѣгахъ, десятилѣтній — если онъ пропалъ безъ вѣсти на войнѣ, или взятъ въ плѣнъ.

Новыя законоположенія, въ составѣ Устав. гражд. судопр., опредѣленнѣе выдѣляютъ *одну цивильную сторону вопроса* и по руководящимъ началамъ ближе подходятъ къ французскому, чѣмъ къ нѣмецкому типу нормъ. Объявленія умершимъ нашъ новый законъ не знаетъ. Французское право, однако, много полнѣе разрабатываетъ матеріальную сторону вопроса; наше же преимущественно имѣетъ въ виду, по свойству источника, его процессуальную сторону (ср. Code civil, особ. Effets de l'absence art. 120—143). Рядъ относящихся сюда положеній, коротко, даетъ такія руководящія начала. Всякій имущественно-заинтересованный, а также прокурорскій надзоръ, возбуждаютъ передъ компетентнымъ окружнымъ судомъ дѣло о розысканіи безвѣстноотсутствующаго, и о храненіи его имущества. При достаточной юридической обоснованности такого ходатайства судъ постановляетъ, въ порядкѣ охранительнаго производства, публикацію для вызова (въ 3 нумерахъ Сенатскихъ объявленій, въ одной франц. и одной нѣмецкой газетѣ) отсутствующаго и назначеніе опекуна для защиты правъ и охраненія имущества его. Опека, дѣйствуя, въ этихъ цѣляхъ, повторяетъ публикаціи (въ „Сенатск. объявленіяхъ“ и „Губерн. Вѣдомостяхъ“) каждые полгода. Черезъ 5 лѣтъ послѣ 1-го вызова, по просьбѣ заинтересованныхъ, окружной судъ приступаетъ къ заключительному акту, т.-е публикуетъ объ истекшемъ срокѣ, удостовѣряется, чрезъ своего члена, въ ненахожденіи розыскиваемаго, и, по выслушаніи заключенія прокурора, постановляетъ *признать* такого-то *безвѣстноотсутствую-*

щимъ съ распубликованіемъ этого постановленія. До истеченія 10-ти-лѣтняго срока со времени перваго вызова это постановленіе не опредѣляетъ окончательно, а лишь провизорно положеніе имущества отсутствующаго, ибо, при появленіи его ранѣе этого срока, имущество имѣетъ быть ему возвращено съ вознагражденіемъ лишь за управленіе *) (Уст. гражд суд. ст. 1451—1460). Притязанія безвѣстноотсутствующаго къ наслѣдству, открывшемуся во время его отсутствія, несомнѣнно ограничены 10-ти-лѣтнимъ срокомъ его отсутствія (1241 ст. X т.). Есть ли истеченіе 10 лѣтъ со времени 1-го вызова терминъ безповоротный для правъ отсутствующаго къ его собственному имуществу— объ этомъ не говоритъ нашъ гражданскій кодексъ. Французское законодательство, въ указан. выше артикляхъ, даетъ подробныя указанія о положеніи имуществъ безвѣстноотсутствующаго, провизорномъ до той поры, когда уже нѣтъ вѣроятія ему вернуться (100 лѣтній возрастъ), и когда, наконецъ, изъ состоянія провизорнаго обладаніе наличныхъ претендентовъ становится дефинитивнымъ.

§ 12.

Видоизмѣненія право- и дѣеспособности отдѣльныхъ людей по условіямъ физическимъ и общественнымъ.—A. Полъ.—B. Возрастъ, способы измѣренія.—Venia aetatis.—Цивильная незрѣлость инородцевъ.—C. Здоровье; средневѣковыя воззрѣнія.—Указъ Петра о свидѣтельствованіи дураковъ въ Сенатѣ.—Низведеніе гражд. дѣеспособности на западѣ и въ нашемъ правѣ.—Расточители.—D. Правоспособность иностранцевъ.—E. Различія по сословіямъ.—F. Промыслы, званія, должности (совмѣстительство).—G. Гражданское безчестіе.—H. Способы публичнаго удостовѣренія измѣненной дѣеспособности.—I Гражданская правоспособность инородцевъ.—Евреи.

Мы принимали цивильную правоспособность какъ одинаковое достояніе всѣхъ людей на извѣстной степени культуры. Если бы, однако, гражданская правоспособность, и, въ особенности, дѣеспособность была дѣйствительно равною для всякаго, безъ видоизмѣненія и приноровленія ея къ фактическимъ различіямъ, существующимъ между людьми въ дѣйствительности, то это было бы

*) Ст. 1244 X т. говоритъ: „за казенный присмотръ", ибо держится еще той точки зрѣнія на отсутствіе, которая уже утрачена въ новыхъ законоположеніяхъ, и имѣетъ въ виду возможную „выморочность" такого имущества, составлявшую въ старое время интересъ казны болѣе серьезный, чѣмъ нынѣ, такъ какъ притязанію на имущества выморочныя стали нынѣ причастны весьма многія установленія и сословія. Ср. ст. 1243 X т. и ссылку на Инструк. Канцел. Конфискацій.

насиліемъ надъ жизнью, часто прямо *вреднымъ для* интересовъ *самихъ правоспособныхъ субъектовъ*. Задача юридическихъ нормъ заключается въ приближеніи, а не въ удаленіи отъ условій дѣйствительности.

Видоизмѣненія право- и дѣеспособности отдѣльныхъ людей, *неравенство* въ правѣ, въ этомъ смыслѣ, допускаются во всякой развитой системѣ цивильныхъ правоотношеній. Нѣкоторыя изъ нихъ связаны съ физическими свойствами людей и никогда не изгладятся вполнѣ ни изъ какой системы права; другія условлены успѣхами культуры въ данномъ обществѣ и удерживаются въ той или другой системѣ частью какъ остатки прошлыхъ историческихъ судебъ, частью соображеніями политическими, религіозными, административными, системой карательныхъ мѣръ и проч.

Мы группируемъ эти разнообразныя условія неравенства на двѣ категоріи, *условія физическія* (status naturalis) и *условія общественныя* (status civilis), вліяющія на видоизмѣненія право- и дѣеспособности. Первыя суть: полъ, возрастъ, здоровье. Мы ихъ разсмотримъ впереди. Рѣзкой грани провести между той и другой категоріей условій нельзя. Положеніе женщины опредѣляется такъ или иначе не по условіямъ только природнымъ, но и по условіямъ общественности. Ограниченіе дѣеспособности расточителя составляетъ какъ бы переходъ отъ условій физическихъ къ общественнымъ, ибо мотовство, хотя связано нерѣдко съ болѣзненнымъ состояніемъ воли, и у римскихъ юристовъ сближалось съ сумасшествіемъ, но въ то же время въ этомъ понятіи мотовства есть несомнѣнно и нѣкоторая соціальная окраска.

А.

Полъ (status sexus). Различіе половъ составляетъ *постоянное* физическое условіе нѣкотораго неравенства правоспособности людей на самыхъ различныхъ ступеняхъ культуры. Принадлежность къ тому или другому полу представляетъ такимъ образомъ необходимое условіе извѣстности правоспособности отдѣльныхъ людей. Рѣдко, и въ видѣ уродства, принадлежность къ тому или другому полу не можетъ быть опредѣлена вполнѣ и неизмѣнно. Понятіе гермафродитизма знакомо вамъ изъ римскаго права. Современныя цивильныя системы, согласно началамъ права римскаго, допускаютъ неизвѣстность пола, какъ *состояніе временное*, которое въ результатѣ должно дать преобладаніе признаковъ принадлежности человѣка къ тому или другому полу (въ Прусск. Ландр. къ 18-ти лѣтнему возрасту). Баварское законо-

дательство допускаетъ гермафродитизмъ длящійся, и тогда выходъ изъ неизвѣстности достигается выборомъ пола, къ коему хочетъ себя причислить гермафродитъ.

Прежде чѣмъ опредѣлилась эта чисто физическая и цивильная точка зрѣнія на различіе половъ, случаи такого уродства вели къ ужаснымъ послѣдствіямъ. Въ XVI вѣкѣ, въ Дармштатѣ, извѣстенъ случай крещенія младенца сомнительнаго пола сперва именемъ Елизаветы, потомъ Іоанна и превращенія Іоанна опять въ Елизавету. Неясность пола казалась нарушеніемъ законовъ міротворенія, и суевѣрные толкователи этихъ законовъ не нашли лучшаго средства доставить имъ торжество, какъ предавъ сожженію несчастное существо.

Вліяніе различія половъ на правоспособность опредѣляется частью общими условіями юридическаго быта, частью воззрѣніями на природу женщины, физически и психически менѣе мощную, чѣмъ у мужчины.

Въ правѣ римскомъ легко замѣтить связь приниженной правоспособности женщины въ правѣ гражданскомъ съ положеніемъ ея въ правѣ публичномъ. Въ послѣднемъ она до самаго поздняго времени ab omnibus officiis publicis remota est. Это послѣдствіе того, что у женщины нѣтъ communio comitiorum. Участіе въ комиціяхъ было въ основѣ невозможнымъ для женщины, такъ какъ долгое время между организаціей народнаго собранія и системой военной защиты удерживалась очень тѣсная связь. Призваніе женщины ограничивалось семейной средой, гдѣ въ семьѣ агнатской она не служила звеномъ для дальнѣйшей агнатской связи и составляла такимъ образомъ finis familiae. Покуда жива была связь гражданской правоспособности съ политическимъ положеніемъ гражданъ, женщина не могла выйти изъ-подъ опеки, составляющей для нея тяжесть, когда опекунами были агнаты, и наоборотъ, составляющей тягость для опекуна, если онъ былъ постороннимъ лицомъ. Вмѣстѣ съ обособленіемъ цивильной правоспособности отъ условій политическаго положенія лица въ имперіи, равноправность половъ въ гражданскомъ правѣ дѣлаетъ быстрые успѣхи. Подробности извѣстны изъ курсовъ исторіи римскаго права. Рядомъ съ этимъ, римляне нерѣдко выдаютъ свой взглядъ на природу женщины, легче допускающую постороннее вліяніе въ вопросахъ права, особенно права цивильнаго, строгаго, формальнаго, которое все vigilantibus scriptum est. Женщина способна обязываться сама за себя, но когда обязательство принимается за другого, въ случаяхъ поручительства, ей предоставлено возражать на основаніи Sc. Vellejanum. Женщина можетъ

дать согласіе мужу на продажу ея приданаго недвижимаго, но не на залогъ его. Итакъ, здѣсь не столько стѣснена свобода, сколько *предупреждена опасность сдѣлокъ*, которыя всего легче могутъ стать ловушкою для непредусмотрительныхъ, каковы именно сдѣлки поручительства и залога. Это римская оцѣнка психической природы женщины, вовсе не болѣе, чѣмъ мужчины, склонной къ уступкѣ наличнаго обладанія, но болѣе подвижной и легкой (levitas mulieb̆ris) на обѣщанія тамъ, гдѣ послѣдствія не тотчасъ даютъ себя знать.

Много аналогическаго возможно замѣтить въ видоизмѣненіяхъ правоспособности женщины у новыхъ народовъ. Въ началѣ ихъ исторіи, какъ и въ удержавшихся до сихъ поръ соотвѣтствующихъ стадіяхъ развитія племенныхъ правъ на нашихъ восточныхъ окраинахъ, положеніе женщины подавленное, едва примѣтное въ явленіяхъ юридическаго быта *). Рѣчь идетъ о мужахъ, о сильныхъ (см. начальныя слова Русск. Правды), а не о слабыхъ, которые способны существовать только подъ охраной чужой силы. Въ дѣлахъ имущественныхъ новая культура права, рѣзче, чѣмъ у римлянъ, *различаетъ обладаніе поземельное* отъ имущества движимаго. Въ 1-мъ въ особенности ясно сказывается связь политическаго строя съ системой защиты и съ обладаніемъ поземельнымъ. Въ иныхъ формахъ, чѣмъ у римлянъ, въ германской системѣ сказывается та же тѣсная связь женщины съ семьей, съ домоводствомъ (выразительное изрѣченіе народной мудрости: des Weibes Welt das Haus; des Mannes Haus die Welt); и при наслѣдованіи ей приходятся на долю тѣ вещи, которыя нужны для семейнаго обихода или вообще меньшая доля участія въ дѣлежѣ, хорошо выраженная нѣмецкимъ словомъ Spindeltheil (Spindel — веретено), въ противоположность съ Schwerttheil (Schwert—мечъ), на которую притязаетъ мужчина. Съ обособленіемъ сословій правоспособность женщинъ видоизмѣняется по различію этого характернаго для феодальнаго быта условія. Тамъ, гдѣ виднѣе связь имущественнаго обладанія съ политическимъ положеніемъ лица, въ сословіи феодальныхъ господъ, правоспособность женщинъ именно въ отношеніи къ особымъ формамъ этого обладанія ниже правоспособности мужчинъ. Для среднихъ

*) Особенно неблагопріятны и грубы *народныя* воззрѣнія на равенство половъ, и именно въ юридическихъ (особенно словесныхъ) сдѣлкахъ. Брунеръ даетъ массу свидѣтельствъ этого рода. Den Ochsen halt man bei den Hörnern, den Mann beim Wort, die Frau beim Rock (den Mann beim Wort, den Hund beim Schwanz). Тоже у испанцевъ (Al buey por el cuerno, y al hombre por el vierbo), у французовъ (les bêtes par les cornes, les hommes par la parole), тоже и по латыни (verba ligant homines, taurorum cornua funes).

вѣковъ это имѣло мѣсто въ особенности въ вопросахъ поземельной собственности. Женщины были вовсе неспособны самостоятельно владѣть ленами, очень принижались въ правѣ наслѣдованія, не могли завѣщать, вѣдать опеку надъ малолѣтними.

Въ другомъ классѣ, городскомъ, торговомъ, гдѣ не это обладаніе смѣшаннаго, цивильно-политическаго характера опредѣляло положеніе лица, а первенствующая роль принадлежала богатству движимому, промышленности, капиталу, половыя различія ранѣе утрачиваютъ вліяніе на правоспособность. Существенно, стало быть, и здѣсь, какъ во многихъ другихъ вопросахъ равноправности, обособленіе права гражданскаго отъ публичнаго. Женщины, самостоятельно ведущія торговое, ремесленное дѣло, совсѣмъ не различаются въ ихъ правоспособности отъ мужчинъ въ средніе вѣка.

Естественно, что въ историческомъ процессѣ, вмѣстѣ съ паденіемъ основъ феодальнаго быта и обособленіемъ права гражданскаго отъ публичнаго, произошло въ новое время, содѣйствіемъ государства, какъ въ императорскую эпоху въ Римѣ, значительное *сближеніе правоспособности обоихъ половъ* въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній. Новые кодексы слѣдуютъ римской максимѣ (L. 195 pr. D. de V. S. 50, 16): положенія, опредѣляющія права мужчинъ примѣняются и къ женщинамъ, какъ равноправнымъ, если, въ видѣ исключенія, законъ не ограничиваетъ въ особенности женщинъ (Прус. Ландр. I. 1 § 24).

Положеніе *замужней женщины* есть, однако, во многихъ отношеніяхъ совершенно исключительное и зависимое отъ этого ея особаго семейнаго состоянія. Мы встрѣтимся съ условіями, ~~его опредѣляющими~~, въ изложеніи институтовъ права брачнаго. Независимо отъ этого, ограниченія въ правѣ наслѣдованія играютъ нынѣ роль главнымъ образомъ тамъ, гдѣ есть особые, а не общіе цивильные источники правъ, которые удержались, напр., въ Германіи, для высшаго дворянства, для крестьянскихъ имуществъ, какъ не поглощенные еще новой жизнью остатки средневѣковыхъ установленій. Французское законодательство принимаетъ еще во вниманіе, какъ общее видоизмѣняющее условіе дѣеспособности лица, различіе пола и возраста, *при оцѣнкѣ сдѣлокъ, совершенныхъ по принужденію* (C. c. art. 1112).

Въ разнообразныхъ, дѣйствующихъ на русской почвѣ юридическихъ нормахъ возможно различить множество оттѣнковъ неравноправности, условленной различіемъ половъ, свидѣтельствующихъ о различіи культурнаго состоянія разныхъ слоевъ населенія Имперіи. Въ эту пестроту нормъ легко внести нѣкоторую зако-

номѣрность при помощи аналитическихъ пріемовъ, коими мы пользуемся для объясненія юридическихъ явленій. Достаточно для этого опредѣлить культурное состояніе даннаго племени, характерныя черты общественнаго строя, степень обособленности институтовъ приватнаго права, и съ помощью этихъ данныхъ легко уяснится необходимость неодинаковаго положенія женщины въ разныхъ сочетаніяхъ этихъ условій у нашихъ инородцевъ, въ разныхъ слояхъ русскаго общества, въ законахъ и правахъ нашихъ западныхъ окраинъ.

Собственно русское законодательство крайне слабо отражаетъ разнообразіе условій, въ коихъ находится правоспособность женщинъ. Въ старыхъ памятникахъ нашего права ее отнюдь нельзя назвать подавленною. Напротивъ, Уложеніемъ царя Алексѣя Михайловича *честь женщины* цѣнится дороже, когда судъ имѣетъ возстановить ее противъ посягательствъ, чѣмъ честь мужчины. Выше (см. Введен.) была указана скала этой оцѣнки для мужчинъ. Ст. 99. Гл. X (мы беремъ характернѣйшую; всѣ подробности любопытны, но не могутъ быть здѣсь исчерпаны) говоритъ: „а будетъ кто-нибуди обесчеститъ *непригожимъ словомъ* чью жену, или дочь дѣвку, или сына неверстаного, какова чину нибуди, и женамъ и дочерямъ и то по суду и по сыску править за ихъ безчестье: женъ противъ мужня оклада вдвое, дочери дѣвкѣ противъ отцова оклада вчетверо, сыну неверстаному вполы".

Различіе правоспособности имущественной, однако, частью уже въ ту пору опредѣлившееся и удержавшееся до сего времени, весьма ощутительно и близко соотвѣтствуетъ принятымъ нами выше критеріямъ для опредѣленія приближенія и удаленія отъ равноправности половъ. Это приниженіе правоспособности женщинъ у насъ не абсолютное, а относительное, и выражается въ особенности при встрѣчѣ мужчинъ и женщинъ *въ правахъ наслѣдованія*. Въ линіяхъ нисходящихъ ближайшее право наслѣдованія принадлежитъ дѣтямъ мужского пола (1127). Указная часть дочерей при живыхъ сыновьяхъ есть для недвижимостей $^1/_{14}$, для движимостей $^1/_8$ (1130); для усыновленнаго зак. 12 мар. 91 г. указалъ, при неимѣніи у усыновителя сыновей, наслѣдованіе въ равныхъ доляхъ съ дочерьми въ имѣніи благопріобрѣтенномъ (т. X, ч. I, ст. 156[1]). Въ боковыхъ линіяхъ сестры при родныхъ братьяхъ и ихъ потомкахъ обоего пола не имѣютъ права на наслѣдство (1135). Вотъ характерныя черты относительной неравноправности женщинъ. Не трудно угадать ихъ основы въ старыхъ (не чисто цивильныхъ) воззрѣніяхъ на иму-

щество недвижимое, какъ на главнѣйшій фондъ, составлявшій источникъ службы государству. Тамъ, гдѣ нѣтъ этого условія, въ движимомъ имуществѣ, доля участія женщины тотчасъ повышается. Въ мѣстныхъ нормахъ, утвержденныхъ дѣйствующимъ закономъ, особое свойство недвижимости еще рѣзче даетъ себя чувствовать. Литовск. стат. не допускаетъ дочерей къ наслѣдованію отцу, при наличности мужского потомства, вовсе и ограничиваетъ притязаніе дочерей приданымъ (ст. 1133). Въ губерніяхъ и уѣздахъ Закавказскаго края (въ предѣлахъ Грузіи, Имеретіи и Гуріи, для христіанскаго населенія, туземнаго) братьямъ предоставлено оставлять за собою указную часть изъ недвижимаго имѣнія, слѣдующую сестрамъ, удовлетворяя ихъ деньгами по цѣнѣ имѣнія (1130, прим.).

Абсолютнаго характера видоизмѣненій правоспособности женщинъ наше гражданское законодательство вовсе не знаетъ. Нѣтъ не только половой опеки, но нѣтъ препятствій женщинѣ (матери) самой нести опекунскую обязанность (229).

Вопроса объ ограниченіи правоспособности женщины не въ силу принадлежности къ полу, а въ силу союза брачнаго, въ коемъ можетъ состоять женщина (ограниченіе въ правѣ обязываться векселемъ, распространенное и на дѣвицъ неотдѣленныхъ, ограниченія въ правѣ жены наниматься безъ согласія мужа), мы здѣсь не касаемся *).

B.

Возрастъ (status aetatis). Рядомъ съ этимъ неизмѣннымъ условіемъ правоспособности надлежитъ поставить другое, *постоянно измѣняющееся условіе дѣеспособности* цивильной, зрѣлость человѣка, физическую и умственную, которая во всякомъ правѣ разсматривается какъ важный моментъ, опредѣляющій способность осуществлять право и отвѣчать за свои дѣйствія въ гражданскомъ смыслѣ.

Свойство зрѣлости и способъ опредѣлять его въ человѣкѣ, понятнымъ образомъ, въ высшей степени условны. Едва ли въ какой либо другой системѣ именно цивильная сторона этого вопроса разработана такъ тщательно и всесторонне, какъ въ правѣ римскомъ. Прежде всего, въ опредѣленіи зрѣлости человѣка надлежитъ различать цѣль, для которой требуется зрѣлость, для

*) См. особ. Paul Gide. Etude sur la condition privée de la femme, изд. 2-е par Esmein.

сознанія своихъ интересовъ, правъ и интересовъ другихъ лицъ, для половыхъ функцій, для расширенія круга и интересовъ и правъ, или для простого ихъ охраненія in statu quo. Все это различія крайне важныя и прямо вліяющія на опредѣленіе зрѣлости человѣка.

Въ связи съ нормальнымъ ходомъ развитія людей, для гражданскаго права, въ вопросѣ о дѣеспособности, столь же важны опредѣленія зрѣлости въ случаяхъ отклоненія отъ нормъ, напр., у глухонѣмыхъ. Съ людьми незрѣлыми для цивильныхъ цѣлей сближаются въ вопросахъ дѣеспособности люди слабоумные, сумасшедшіе, расточители. Мы здѣсь коснемся только возраста какъ критерія цивильной зрѣлости человѣка.

Измѣреніе зрѣлости возрастомъ можетъ быть производимо весьма различнымъ образомъ въ смыслѣ метода измѣренія. Въ римскомъ правѣ и въ современныхъ законодательствахъ этотъ *методъ* есть *двоякій*. Зрѣлость человѣка прежде всего извѣстна близкимъ ему людямъ. Семья, родичи, старшіе признаютъ своего младшаго члена зрѣлымъ для той или другой цѣли и открываютъ просторъ его самодѣятельности въ этой сферѣ семейныхъ, имущественныхъ вопросовъ. Такое признаніе знаменуется обыкновенно *для общаго свѣдѣнія* какимъ либо наружнымъ признакомъ, перемѣной одежды (у римлянъ toga praetexta смѣняется другимъ одѣяніемъ, toga virilis), ношеніемъ какихъ либо знаковъ, совершеніемъ какихъ либо обрядовъ. Разнообразіе такихъ формъ не имѣетъ предѣловъ и тѣсно связано съ вѣрованіями, обычаями, промыслами и т. д. Есть случаи, когда для извѣстнаго лица, *по оцѣнкѣ его способностей близкими*, наступаетъ признаніе его зрѣлости; есть другіе, гдѣ возрастъ зрѣлаго опредѣляется не столь индивидуально, а примыкаетъ къ какому-нибудь общему обряду, празднику, какъ у римлянъ праздникъ 17-го марта, причемъ всѣ однолѣтки въ этотъ день вступаютъ въ права зрѣлости. Въ западной церкви конфирмація имѣетъ тоже значеніе публичнаго удостовѣренія извѣстной зрѣлости конфирмированнаго.

Всѣ *эти виды индивидуальнаго изслѣдованія* зрѣлости сохраняютъ и позже значеніе, но уже болѣе или менѣе ограниченное въ примѣненіи, или *значеніе субсидіарнаго средства* опредѣлять зрѣлость лица. Господствующимъ методомъ въ позднѣйшихъ стадіяхъ развитія, какъ римскаго, такъ и современнаго права, служитъ измѣреніе зрѣлости счетомъ лѣтъ даннаго лица.

Нѣтъ сомнѣнія, что измѣреніе зрѣлости для всѣхъ одинаковымъ *количествомъ лѣтъ* заключаетъ въ себѣ значительный элементъ произвольнаго, ибо, конечно, не всѣ люди въ 18 лѣтъ

способны къ брачному сожитію, и не всѣ одинаково въ 21 годъ становятся зрѣлыми для обдуманнаго веденія своихъ дѣлъ. Но нормы гражданскихъ правъ разсчитаны не на то только, чтобы ограждать интересы отдѣльныхъ людей, а въ то же время имѣютъ цѣлью дать возможно большую точность и извѣстность принятымъ въ нихъ измѣреніямъ въ интересахъ общихъ. Въ этомъ отношеніи установленныя для всѣхъ нормы возраста, гдѣ зрѣлость опредѣляется точнымъ числомъ годовъ каждаго человѣка, 7-ю, 14-ю, 21-мъ годомъ, несомнѣнно представляютъ большія удобства. Рядомъ съ этимъ, однако, развитыя законодательства допускаютъ, какъ бы *въ видѣ поправки* общихъ и потому произвольныхъ нормъ, *индивидуальное изслѣдованіе* зрѣлости.

Одно изъ самыхъ любопытныхъ сочетаній этого метода общихъ и индивидуальныхъ измѣреній зрѣлости даетъ намъ право римское, котораго правильное разумѣніе и примѣненіе оставляетъ позади себя многочисленныя новыя попытки найти выходъ изъ трудностей проблемы. Мы не войдемъ въ разсмотрѣніе этого римскаго метода, обыкновенно разъясняемаго въ подробности въ пандектныхъ чтеніяхъ.

Изъ новыхъ законодательствъ заслуживаетъ въ томъ же отношеніи особаго вниманія французское, повліявшее на кодексъ, дѣйствующій въ Царствѣ Польскомъ.

Французское право сохранило значительное *вліяніе близкихъ*, такъ сказать, автономію семьи, въ этомъ вопросѣ. Начать съ того, что le mineur est emancipé de plein droit par le mariage (малолѣтній эманципируется ipso jure чрезъ вступленіе въ бракъ, а для этого нужно согласіе членовъ семьи, о чемъ въ анализѣ институтовъ брачнаго права). Но и независимо отъ этого малолѣтній можетъ быть эманципированъ отцомъ, за отсутствіемъ его — матерью, въ возрастѣ 15 лѣтъ, а при отсутствіи обоихъ родителей—18 лѣтъ, по опредѣленію семейнаго совѣта, если таковой l'en juge capable (считаетъ его способнымъ стать въ положеніе зрѣлаго). Дѣйствіе объявленія совершеннолѣтнимъ (venia aetatis) въ томъ, что онъ самъ управляетъ имуществомъ и теряетъ право на реституцію (какъ въ римскомъ правѣ) въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣлъ бы его иначе. Въ займахъ, въ распоряженіяхъ, превышающихъ задачи текущаго управленія, онъ ограниченъ необходимостью соучастія куратора. Въ отрасли торговой, которую вѣдаетъ эманципированный самъ, онъ сравнивается съ совершеннолѣтнимъ. Въ случаяхъ злоупотребленія эманципаціей, онъ можетъ быть вновь подчиненъ опекѣ (art. 476—487).

Многіе *нѣмецкіе кодексы* (прусск., баварск., австр., сакс.,

новый имперскій, особенно art. 5) предоставляетъ veniam aetatis wenn sie das Beste des Minderjährigen befördert *), а вслѣдъ за ними III часть мѣстн. остзейскихъ законовъ тоже допускаетъ объявленіе совершеннолѣтнимъ до наступленія общаго срока, по индивидуальному изслѣдованію зрѣлости (ст. 270 и 271). Какъ тамъ, такъ и здѣсь обыкновенно родственникамъ или опекунамъ предоставляется засвидѣтельствовать передъ органами суда или высшаго опекунскаго надзора солидность нравовъ и достаточную зрѣлость подлежащаго лица для самостоятельнаго веденія своихъ дѣлъ. Остзейскій кодексъ не допускаетъ, однако такой venia aetatis ранѣе 18-лѣтняго возраста (при общемъ возрастѣ совершеннолѣтія въ 21 годъ).

Нашъ гражданскій кодексъ, какъ вообще, такъ и въ этомъ случаѣ, слабо отражаетъ жизненную сторону явленій нашего быта и отвѣчаетъ на вопросы о зрѣлости лица для цивильной самостоятельности только въ той мѣрѣ, въ какой измѣреніе ея нормировано прямо указами и носитъ характеръ рѣзко опредѣленныхъ счетомъ годовъ чиселъ. Основу для дѣйствующаго X т. дали, главнымъ образомъ, указы Императрицы Екатерины II въ связи съ организованными ею опекунскими установленіями.

Исключительность цифровыхъ опредѣленій, несомнѣнно, достаточно гарантировала извѣстность возрастовъ для цѣлей не только цивильныхъ, но и цивильно-политическихъ, коими опредѣлялся преимущественно бытъ того времени. Для цѣлей чисто-цивильныхъ такая исключительность неудобна, стѣснительна. Пока право черпаетъ свои нормы изъ однихъ указовъ, натурально, эти нормы будутъ носить характеръ обще-обязательныхъ, а не примѣнительныхъ, какими въ вопросахъ этого рода служатъ мѣстные обычаи, автономія сословная, родовая, семейная. Всѣ эти источники, обогащавшіе западные кодексы, у насъ изсякли. Легальная зрѣлость опредѣляется метрикой, актомъ состоянія, исповѣдными особо

---

*) Мысли г. Гантовера по этому предмету въ его статьѣ, О силѣ договоровъ заключен. малолѣтн. и несовершеннолѣтн. безъ участ. опекун. (Судебн. Вѣстн. 69 г. № 52). Также г. Исаченко (Юрид. Вѣстн. 82 г. кн. 8). Вопросъ о пользѣ допущенія не только venia aetatis, но и ограниченія дѣеспособности малолѣтнихъ хорошо разрабатывается въ этихъ статьяхъ, и въ послѣднее время, по поводу нѣмецк. Улож. 96 г., привлекъ къ себѣ вниманіе нѣмецкой литературы. См. по этому предмету особ. указанную выше брошюру Дернбурга Die personl. Rechtsstel. nach dem Bürg Gesb. 96. Дернбургъ находитъ, что нерѣдко благія намѣренія по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ и сумасшедшимъ (особенно тихимъ, съ такъ назыв. idée fixe) обращаются для нихъ въ сущую напасть. Дернбургъ даетъ рядъ примѣровъ. Но собственно практическій выходъ изъ этого деспотизма общихъ правилъ, summum jus summa injuria, указать не легко. Въ общемъ Дернбургъ находитъ, что положеніе французскаго кода практичнѣе выработанныхъ нѣмецкими коммисіями правилъ.

по каждому приходу содержимыми именными росписями о бывшихъ у исповѣди и св. причастія, книгами родословными, городскими обывательскими, словомъ, тѣми же актами, кои удостовѣряютъ событіе рожденія, и порядокъ веденія коихъ разработанъ лишь въ послѣпетровскомъ законодательствѣ (ср. ст. 214, 215, 216 X т., ч. 1).

Грани возрастовъ указаны закономъ очень просто: 1) малолѣтство—отъ рожденія до 14 и отъ 14 до 17 лѣтъ, 2) несовершеннолѣтіе—отъ 17 до 21 года, 3) совершеннолѣтіе (213). Цивильныя послѣдствія для дѣеспособности такія: 1) малолѣтній недѣеспособенъ для управленія имѣніемъ, распоряженія, отчужденія, ни самъ, ни чрезъ уполномоченное имъ лицо (217), но 2) достигая возраста 14 лѣтъ, малолѣтній можетъ испросить себѣ попечителя для совѣта и защищенія во всѣхъ дѣлахъ, съ такими же качествами, какія предписаны для опекуна (219), 4) достигшій 17-лѣтняго возраста вступаетъ въ управленіе своимъ имѣніемъ, но дѣлать долги, совершать акты и сдѣлки какого либо рода, распоряжаться капиталомъ, брать таковой обратно изъ кредитныхъ установленій можетъ не иначе какъ съ согласія и за подписью попечителя (220). Выданныя имъ безъ согласія попечителя обязательства объявляются недѣйствительными какъ на время несовершеннолѣтія, такъ и на послѣдующее (222). Натурально, законъ, ограждая этимъ интересы несовершеннолѣтнихъ, *не инвалидируетъ обязательствъ въ ихъ пользу, установляемыхъ людьми дѣеспособными.*

Особые термины зрѣлости допущены для вступленія въ союзъ супружескій, но безъ вліянія на общую цивильную дѣеспособность, такъ что можно быть отцомъ семейства и не быть, въ то же время, цивильно-дѣеспособнымъ ни для сдѣлокъ inter vivos, ни для сдѣлокъ mortis causa. Этотъ возрастъ есть 18 для мужчинъ, 16 для женщинъ, съ измѣненіемъ для нѣкоторыхъ мѣстностей (въ Закавказьѣ для природныхъ жителей—15 и 13) и съ допущеніемъ нѣкоторой venia aetatis, по усмотрѣнію мѣстнаго епархіальнаго архіерея, въ необходимыхъ случаяхъ (съ 1857 года, X т., ч. 1, ст. 3), въ незначительномъ размѣрѣ ($15^1/_2$ для дѣвицы $17^1/_2$ для мужчины). Особаго возраста для способности совершать завѣщаніе наше право тоже не знаетъ; мы находимъ его въ области дѣйствія Code civil, который допускаетъ уже въ 16 лѣтъ testamentifactio activa до объема половины имущества, подлежащаго завѣщательному распоряженію совершеннолѣтнихъ (art. 904), также прусскаго ландрехта, требующаго 18 лѣтъ для

совершенія завѣщанія. Имп. Код. 96 г. устанавляетъ въ 16 лѣтъ право завѣщать (2229).

Примѣненіе *индивидуальнаго изслѣдованія* зрѣлости встрѣчается въ нашемъ законодательствѣ *для глухонѣмыхъ*. По отношенію къ нимъ сроки зрѣлости вообще наступаютъ позже, и опека длится до 21 года, а засимъ производится изслѣдованіе способности свободно изъяснять свои мысли и изъявлять свою волю. Соображаясь всякій разъ отдѣльно со степенью развитія этихъ способностей, сенатъ, по представленію низшихъ инстанцій (о чемъ позже, въ положеніяхъ объ изслѣдованіи умственныхъ способностей, ст. 368 — 372), или назначаетъ попечительство, или опеку, или, наконецъ уравниваетъ ихъ съ совершеннолѣтними (ст. 381).

Любопытное и оригинальное явленіе нашего законодательства представляетъ *умаленіе гпивильной правоспособности для инородцевъ, которые*, по степени культуры, *признаются гпивильно незрѣлыми*, несмотря на возрастъ, *въ цѣломъ составѣ населенія*. Это своего рода подопечное положеніе цѣлыхъ племенъ. Любопытно, что интересы этихъ незрѣлыхъ ограждаются не чиновниками, а именно противъ чиновниковъ, заемныя сдѣлки коихъ съ инородцами объявляются ничтожными (ст. 2072). При семъ вообще оборотныя операціи инородцевъ въ Сибири имѣютъ силу только тогда, когда совершаются на наличныя деньги (2070). Иначе обязательства заемныя дѣйствительны только при условіи письменнаго ихъ совершенія и дозволенія, одобренія и поручительства, для сибирскихъ обывателей—членовъ волостного правленія или инородческой управы, для мезенскихъ самоѣдовъ—родового старосты (ст. 2074 и слѣд.). Займы общественные допускаются тоже съ разрѣшенія губернскаго или областного начальства, которое имѣетъ разсмотрѣть: a) предметъ, издержки, b) побудительныя причины займа, c) состоятельность въ платежѣ (ст. 2086, 2087 и слѣд) *).

Нѣкоторыя дальнѣйшія частныя явленія ограниченной правоспособности или дѣеспособности, также привилегіи малолѣтнихъ въ счетахъ разныхъ сроковъ, особенно сроковъ давности, мы будемъ имѣть въ виду при разсмотрѣніи отдѣльныхъ институтовъ.

---

*) Этотъ рядъ статей выведенъ теперь изъ состава X т. ч. 1, и замѣненъ правилами, изложенными въ учрежд. Управленія инородцевъ—ст. 130, прил. III по прод. 1886 г. Нынѣ см. т. II ч. 1 Положен. объ инородцахъ ст. 38 и прил. къ ней для наймовъ инородцевъ и ихъ займовъ. По указан. выше изд. Св. зак. въ одн. кн. столбецъ 305, 332. 334 и слѣд.

С.

Нормальное физическое и умственное состояніе человѣка (status integritatis). Полнота цивильной правоспособности, какъ было видно выше, разсчитана на такое состояніе, физическое и умственное, отдѣльнаго человѣка, въ коемъ онъ можетъ самъ, безъ содѣйствія ему другихъ людей, достигнуть цѣлей обособленнаго личнаго существованія въ обществѣ. Норму этихъ силъ и способностей *нельзя установить разъ навсегда*. какъ зрѣлость, посредствомъ возраста, и отступленіе отъ нормы должно быть всякій разъ отдѣльно изслѣдуемо. Такія отступленія отъ нормы являются намъ въ видѣ пороковъ и болѣзней, наличность которыхъ дѣлаетъ признаніе человѣка право- и дѣеспособнымъ для него собственно эфемернымъ и безплоднымъ. Какой прокъ для идіота отъ этого свойства цивильной личности, которое мы за нимъ признаемъ? Несомнѣнно, что возможность присвоивать людямъ слабымъ свойства цивильной самобытности не составляла потребности любой эпохи въ исторіи права. Это явленіе позднѣйшее, знаменующее собой обособленіе права гражданскаго *признаніе государствомъ свойства личности за всякимъ живымъ человѣческимъ существомъ*, выработки той техники юридической, при которой всѣ гражданскія правоотношенія образуются какъ личныя для цѣлей ихъ постоянства и извѣстности (см. выше понятія личности въ системѣ институтовъ гражд. права).

Мы имѣемъ совершенно несомнѣнныя свидѣтельства средневѣковаго быта, гдѣ карлики, уродливые люди, больные и слабые совсѣмъ не пріобщались *общей правоспособности*, ибо эта правоспособность не мыслилась иначе, какъ въ связи съ обязанностями нести повинность военную, на конѣ или пѣшую, тянуть тягло, пока силъ станетъ. Нѣкоторые нѣмецкіе партикулярные статуты ставили очень высоко требованіе полноты физическихъ силъ, чтобъ пользоваться правами, и для крестьянина напр. предѣлъ его способности держать на свое имя хозяйство ограничивался 60-ти лѣтнимъ возрастомъ, съ наступленіемъ коего старикъ обязанъ сдать хозяйство сыну. Гриммъ, въ своихъ Rechtsalterthümer (стран. 95 и слѣд.), даетъ образцы пробы силы, которыми опредѣлялась способность человѣка быть самостоятельнымъ.

Легальныя нормы, предназначенныя для обезпеченія страждущихъ отъ эксплуатаціи, въ особенности способы изслѣдованія безумія и сумасшествія, ведутъ свое происхожденіе изъ прошлаго вѣка, приноровленныя къ потребностямъ того времени и

