23.ИЮЛ.1911 НЕ КОПИРОВАТЬ

ОПРЕДѢЛЕНІЕ

и

ОСНОВНОЕ РАЗДѢЛЕНІЕ

ПРАВА.

Изслѣдованіе

Сергѣя Муромцева,

профессора Московскаго Университета.

37847

БИБЛИОТЕКА
Ленинград. отделения
Коммунист. Академии
при ЦИК. СССР.

Москва.

Типографія А. И. Мамонтова и К°, Леонтьевскій пер., № 5.

1879.

Пров. 1960

kB
1

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Объединенных Наук
Академии Наук СССР

1181
60

Предисловіе.

Мнѣ приходилось уже излагать печатно нѣкоторыя изъ мыслей, развитію которыхъ посвящено это сочиненіе. Первая глава: „Задача современнаго изученія римскаго гражданскаго права“ представляетъ переработку моей вступительной лекціи, напечатанной въ „Журналѣ гражд. и уг. права“ (1876, № 6) подъ заглавіемъ. „Римское право, какъ предметъ науки“ Основная идея, которая проводится въ отдѣлѣ: „Опредѣленіе права“, защищалась мною въ „Очеркахъ общей теоріи гражданскаго права“ (1877) по случаю обсужденія знаменитаго спора о юридическомъ значеніи владѣнія. Наконецъ оцѣнку взглядовъ г. Кавелина, которую я повторилъ сокращенно въ § 89, читатель найдетъ въ болѣе полномъ видѣ въ моей статьѣ на столбцахъ „Критическаго Обозрѣнія“ (1879, №№ 18 и 19).

Цѣль этого сочиненія состояла въ томъ, чтобы въ виду вновь возрастающаго интереса къ общимъ вопросамъ правовѣдѣнія,—интереса, который, несомнѣнно, обусловленъ сознаніемъ необходимости радикальнаго преобразованія нашей науки,—изложить систематически мысли, изъ коихъ многія далеко не новы, но которыя все еще не были сопоставлены въ порядкѣ, наиболѣе благопріятномъ для справедливой оцѣнки ихъ.

Книга выросла изъ лекцій, которыми я начинаю обыкновенно свой курсъ римскаго права, и сохранила на себѣ слѣды такого происхожденія.

Сергѣй Муромцевъ.

1879
7 іюля.
С. Лазавка.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Задача изученія Римскаго гражданскаго права.

I. Интересъ, связанный съ изученіемъ римскаго права.

Стр.

§ 1. Интересъ изученія римскаго права для современнаго юриста 3

II. Задача науки о гражданскомъ правѣ.

§ 2. Ложный взглядъ на задачу науки права 4
§ 3. Задача науки 9
§ 4. Задача соціальной науки и науки права. Гражданское правовѣдѣніе 11
§ 5. Различіе закона и юридическаго принципа 15
§ 6. Открыты-ли какіе-либо законы развитія гражданскаго права? 18

III. Развитіе нѣмецкой юриспруденціи въ настоящемъ столѣтіи.

§ 7. Нѣмецкая историческая школа въ ея первоначальномъ видѣ. Вліяніе на нее философіи 20
§ 8. Вліяніе «практическаго» направленія 25
§ 9. Обобщенія Рудольфа ф.-Іеринга 27

VI. Заключеніе (§ 10) 30

Характеръ предстоящаго изслѣдованія.

§ 11. Связь отраслей соціальной науки 32
§ 12. Невозможность полнаго обособленія гражданскаго правовѣдѣнія 34
§ 13. Распространеніе сказаннаго на догму гражданскаго права 38
§ 14. Характеръ необходимаго обособленія гражданскаго правовѣдѣнія 44

Стр

Планъ изслѣдованія (§ 15). 47

Опредѣленіе права.

Предварительныя замѣчанія

§ 16. Предметъ гражданскаго правовѣдѣнія принадлежитъ къ области соціальныхъ отношеній. 53

Отношеніе

§ 17. Общее опредѣленіе 57
§ 18 Активное отношеніе, какъ общая форма отношеній 58
§ 19. Субъектъ, объектъ и среда отношенія 59
§ 20. Среда, какъ совокупность отношеній 61
§ 21. Результаты 62

Защита отношеній вообще и юридическая защита въ особенности

§ 22. Общественный союзъ, какъ усложненіе среды Защищенныя отношенія перваго рода 64
§ 23. Общество, какъ самостоятельный факторъ отношеній. Защищенныя отношенія втораго рода 66
§ 24. Защита неорганизованная и организованная 68
§ 25. Устройство защиты перваго рода. Понятіе возстановленія отношеній 72
§ 26 Устройство защиты втораго рода и, въ частности, защиты организованной (юридической) 73
§ 27. Примѣръ права собственности 74
§ 28. Примѣръ правъ по обязательствамъ 76
§ 29. Примѣръ публичныхъ правъ 79
§ 30. Виды юридическихъ отношеній. 81
§ 31. Воззрѣніе римлянъ и современной практической юриспруденціи на значеніе судебныхъ притязаній. 84
§ 32. Судебное притязаніе и управомочіе 86
§ 33. Юридическія отношенія, какъ предметъ юридической защиты Обособленныя юридическія отношенія . . 87
§ 34. Результаты 89

Свойства правоваго (защищеннаго) отношенія. Особенности юридическаго воззрѣнія на существо правоваго отношенія.

§ 35. Свойства правоваго отношенія. 91

Особенности юридическаго воззрѣнія на существо правоваго отношенія.

Стр

§ 36. Общее замѣчаніе 93
§ 37 Установленіе права 94
§ 38. Непрерывность права 97
§ 39 Прекращеніе права 99
§ 40. Преемство въ правѣ 100
§ 41. Successio universalis —Hereditas jacens 103
§ 42. Successio in universum jus defuncti и hereditas jacens въ римской юриспруденціи 105
§ 43. Абсолютное и релятивное установленіе права . . . 108
§ 44. Confusio 109
§ 45. Излишнее отвлеченіе 110
§ 46. Опредѣленіе правъ на чужую вещь 111
§ 47. Ипотечное право собственника на свою вещь 113
§ 47 bis. (Продолженіе) 117
§ 48. Особенности корреальнаго обязательства. 118
§ 49 Результаты 120
§ 50. Главный выводъ 121

Повѣрка предложеннаго опредѣленія права.

I. Разборъ перваго возможнаго возраженія

§ 51. Ожидаемое возраженіе 123
§ 52. Шаткость разговорнаго и литературнаго словоупотребленія 124
§ 53. Повѣрочный анализъ. Его задача 126
§ 54 2) Выполненіе 128
§ 55. Логическая правильность предложеннаго анализа . 132
§ 56. Источникъ недоразумѣній и способы ихъ распространенія. 133
§ 57. Юридическій характеръ международныхъ отношеній . 134
§ 58 Юридическій характеръ отношеній ранняго періода, обычаевъ и т д. 139
§ 59. Результаты 142

II. Разборъ другихъ возраженій.

§ 60. Возраженіе, основанное на неправильномъ пониманіи природы опредѣленія 143
§ 61. Возраженіе, основанное на смѣшеніи двухъ точекъ зрѣнія: объективно-научной и практической . . . 144

Правовой порядокъ.

I. Правовой институтъ и правовой порядокъ.

§ 62. Опредѣленіе 147

II. Право какъ дѣйствующій порядокъ

Стр.
§ 63. Юридическія нормы 149
§ 64 Историческая критика юридическихъ нормъ . . . 152
§ 65 Справедливость 154
§ 66. Значеніе научныхъ выводовъ относительно будущаго правоваго порядка 157
§ 67. Результаты 158

III. Право, какъ защищенный порядокъ.

§ 68. Разъясненіе 159
§ 69. Ученіе Савиньи о природѣ обязательствъ. 162
§ 70. Ближайшее опредѣленіе предмета правовѣдѣнія . . . 164

Неорганизованная защита.

§ 71. Задача этой главы 165
§ 72. Область неорганизованной защиты . . . . . —
§ 73. Сходство организованной и неорганизованной защиты 166
§ 74 Мнѣніе о полной разнородности права и нравственности 168
§ 75 Возраженіе a priori 170
§ 76. Гармонія дѣйствующаго права и морали 171
§ 77. Происхожденіе противорѣчій. 172
§ 78. Заблужденіе по вопросу объ отношеніи права и нравственности къ внѣшней и внутренней сторонѣ человѣческихъ поступковъ 175
§ 79. Результаты 178

Опредѣленіе гражданскаго права.

Раздѣленіе права на публичное и гражданское.

I. Изложеніе и объясненіе основной классификаціи права.

§ 80. Римская классификація и ея достоинство 183
§ 81. Недостатокъ римскихъ опредѣленій. — Общее благо и частный интересъ 185
§ 82. Преслѣдованіе неправомѣрныхъ интересовъ 189
§ 83. Лицо и общество въ различныхъ сферахъ общественной жизни. 192
§ 84. Опредѣленіе гражданскаго права въ противоположность публичному праву 195
§ 85. Результаты 200

II. Дальнѣйшія поясненія и подробности.

§ 86. Спорныя группы: уголовное и семейственное право 201
§ 87. Actio popularis. 206

Стр.
§ 88. Переходныя формы 209
§ 89. Классификація К. Д. Кавелина 212
§ 90. Результаты 217

III. Сравненіе съ классификаціей случаевъ неорганизованнаго контроля (§ 91) 218

Цѣна гражданскихъ правъ

§ 92. Условія, опредѣляющія цѣну гражданскихъ правъ . 222
§ 93. Цѣна имущественная и неимущественная 223
§ 94. Оцѣнка гражданскихъ правъ 224
§ 95. Спорный вопросъ 226
§ 96 Гражданское право защищаетъ неимущественные интересы 227
§ 97. Способы гражданской защиты неимущественныхъ интересовъ 231
§ 98. Гражданское право должно защищать неимущественные интересы 235
§ 99. Гражданская и публичная защита неимущественныхъ интересовъ 238
§ 100. Результаты. 240

ЗАДАЧА ИЗУЧЕНІЯ

РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА

ВЪ СВЯЗИ

СЪ ЗАДАЧЕЮ ОБЩАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВОВѢДѢНІЯ.

I.

ЗАДАЧА СОВРЕМЕННАГО ИЗУЧЕНІЯ РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

I Интересъ, связанный съ изученіемъ римскаго права.

§ 1.

Интересъ изученія римскаго права для современнаго юриста.

На вопросъ о полезности изученія римскаго права обыкновенно отвѣчаютъ указаніемъ на непосредственное практическое значеніе римскихъ правовыхъ опредѣленій и на воплощенную въ нихъ образцовую «юридическую логику»,—два пункта, которые извѣстны подъ именемъ матеріальнаго и формальнаго достоинства римскаго права. Однако значеніе такого указанія представляется въ этомъ случаѣ нѣсколько сомнительнымъ. Матеріальное достоинство римскаго права (въ связи съ нѣкоторыми другими обстоятельствами) объясняетъ намъ, почему практическое дѣйствіе этого права въ Европѣ не прекратилось съ разрушеніемъ римскаго владычества на Западѣ, но, продолжаясь непрерывно, достигало по временамъ необыкновеннаго распространенія и силы. Но, такъ какъ въ настоящее время требованія гражданской жизни во всѣхъ цивилизованныхъ странахъ далеко опередили потребности, объ удовлетвореніи которыхъ заботились юристы древняго Рима, то матеріальное достоинство римскаго права недостаточно для оправданія ореола, окружающаго этотъ предметъ въ системѣ современнаго университетскаго преподаванія. О матеріальномъ достоинствѣ юридическихъ воззрѣній римлянъ должно говорить теперь не

иначе, какъ съ значительными оговорками, которыя отодвигаютъ его въ область прошедшаго. Болѣе правды заключается въ ссылкѣ на формальное достоинство римскаго права, но и она не выдерживаетъ вполнѣ строгой критики. Искусство юридическаго мышленія, присущее въ особенной степени римскимъ юристамъ и отразившееся въ оставленныхъ ими опредѣленіяхъ и рѣшеніяхъ, представляется такимъ качествомъ, присутствіе котораго желательно въ юриспруденціи каждаго народа, и которое, по мѣрѣ его распространенія, перестаетъ быть исключительною принадлежностью римлянъ. Многимъ важнымъ сторонамъ помянутаго искусства мы можемъ научиться не у однихъ римскихъ юристовъ. Напримѣръ, дѣятельность гражданскихъ судовъ Франціи и Англіи назидательна въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ не менѣе, чѣмъ дѣятельность древнихъ юрисконсультовъ.—Такимъ образомъ предпочтеніе, которое оказывается до сихъ поръ римскому праву, должно было бы пострадать въ очень значительной степени, если бы вышеприведенные мотивы, дѣйствительно, исчерпывали интересъ современнаго изученія его. Но это предпочтеніе не рушится и не слабѣетъ, потому что изученіе юридическихъ опредѣленій древняго Рима необходимо для современнаго юриста еще по другому, очень важному обстоятельству. Обыкновенно это обстоятельство не сознается съ достаточною отчетливостью, но уже давно ему принадлежитъ важное вліяніе на ходъ нашей науки. Оно заключается въ слѣдующемъ:

Изученіе римскаго права составляетъ форму, въ которой зародилась и изъ которой должна развиться въ будущемъ общая наука о гражданскомъ правѣ.

II. Задача науки о гражданскомъ правѣ.

§ 2.

Ложный взглядъ на задачу науки права.

Для правильнаго пониманія высказаннаго нами положенія слѣдуетъ выяснить прежде всего смыслъ, въ которомъ употреблено въ немъ слово *наука*. Очень часто понимаютъ подъ

наукой то, что не только не заслуживаетъ этого имени, но самое существованіе чего призрачно. Полагаютъ, что существуетъ, или, по крайней мѣрѣ, должна существовать теорія, содержащая такіе принципы гражданскаго права, которые, по ихъ разумности, могутъ и должны быть приложены въ каждой странѣ, у каждаго народа. Въ созданіи подобной теоріи усматриваютъ назначеніе науки. Этотъ взглядъ на задачи правовѣдѣнія очень старъ въ исторіи европейской юриспруденціи. Его выражали уже римскіе юристы, подчиняясь въ этомъ случаѣ указаніямъ греческихъ философовъ. Новый толчекъ къ его развитію былъ данъ въ эпоху перваго серьезнаго знакомства итальянскихъ и германскихъ юристовъ съ римскимъ правомъ, когда это послѣднее, благодаря относительно неразвитому состоянію средневѣковаго гражданскаго быта и юриспруденціи, произвело подавляющее впечатлѣніе на его первыхъ изслѣдователей. Оно показалось имъ воплощеніемъ высшаго юридическаго разума. Много позднѣе вѣра въ существованіе подобнаго разума пріобрѣла сильную философскую поддержку въ ученіи объ естественномъ правѣ, долженствовавшемъ предписать законы, одинаково спасительные для всѣхъ народовъ міра. Отъ начала XVII столѣтія и вплоть до настоящаго вѣка это ученіе руководило умами юристовъ. Ясные слѣды его сохранились по сіе время, въ особенности въ воззрѣніяхъ практической юриспруденціи. Въ Россіи популярность взгляда на науку, о которомъ мы говоримъ, обусловливается, съ одной стороны, неправильнымъ представленіемъ о томъ, что̀ слыветъ въ Германіи подъ названіемъ общаго права, а съ другой — явною неудовлетворительностью нашего гражданскаго законодательства и сознаніемъ несомнѣннаго превосходства надъ нимъ многихъ иностранныхъ кодексовъ, которые были выработаны подъ непосредственнымъ вліяніемъ римскаго права. Вообще существованіе вѣры въ естественное право въ средѣ ново-европейской юриспруденціи состоитъ въ тѣсномъ отношеніи къ факту рецепціи римскаго права. Долговременное подчиненіе ново-европейской юриспруденціи авторитету римскаго права оказало въ настоящемъ случаѣ важное дѣйствіе. Образованіе и дальнѣйшее развитіе уваженія къ какой-либо догмѣ и вѣры

въ ея всемогущество имѣетъ много общаго съ образованіемъ и развитіемъ почтенія къ человѣку. Людямъ свойственно, при поклоненіи выдающемуся таланту человѣка, переносить уваженіе, возбужденное талантомъ, на всю личность его обладателя Предполагаютъ, что во всѣхъ остальныхъ сферахъ своей дѣятельности онъ способенъ возвыситься надъ другими лицами такъ же, какъ и въ той, которая была непосредственнымъ выраженіемъ его дара Изъ такого заблужденія проистекаютъ, напримѣръ, безпрестанныя удивленія по поводу великихъ людей, выказавшихъ какіе-нибудь недостатки внѣ области ихъ спеціальности. То же повторяется относительно догмы. Когда опредѣленія догмы, выработанной вчужѣ, оказываются весьма цѣлесообразными и удобопріемлемыми въ нашей жизни, тогда въ значительной мѣрѣ причина такого явленія заключается въ сходствѣ условій, которыя вызвали образованіе догмы, съ условіями, которыя приводятъ насъ къ заимствованію. Но, не замѣчая этого, мы видимъ помянутую причину въ особомъ свойствѣ, присущемъ самой теоріи,—въ ея особой, высшей разумности. Общая вѣра въ возможность общепригодныхъ юридическихъ системъ происходитъ путемъ дальнѣйшаго развитія подобнаго умозаключенія. Она представляетъ черезъ-чуръ широкое обобщеніе на почвѣ возможнаго и, въ извѣстныхъ предѣлахъ, необходимаго факта—заимствованія. Такимъ-то образомъ относительная пригодность римскаго права была истолкована въ смыслѣ безусловной цѣны его; а отсюда было не далеко до общаго признанія естественнаго права.

Другое обстоятельство, которое содѣйствуетъ образованію вѣры въ естественныя системы права, заключается въ общемъ характерѣ обыденнаго міровоззрѣнія, а, въ частности, обыденнаго правовоззрѣнія. Обыденное міровоззрѣніе чуждается идеи всеобщаго и постояннаго развитія, или же принимаетъ ее въ такомъ значеніи, которое, не соотвѣтствуя дѣйствительности, не ведетъ къ правильнымъ выводамъ. Конечно, нѣтъ ученыхъ юристовъ, которые раздѣляли бы во всей чистотѣ воззрѣніе простолюдина, предполагающаго, что общественный строй испоконъ вѣковъ устроенъ въ его настоящемъ видѣ и останется такимъ же до скончанія міра. Однако все-таки значительное

большинство размышляющихъ юристовъ усматриваетъ въ измѣненіяхъ гражданской жизни, которыя наблюдаются въ исторіи, не что иное, какъ преходящее явленіе (можетъ быть, вызванное несчастнымъ уклоненіемъ человѣчества отъ нормальнаго состоянія). Путемъ постепенныхъ измѣненій человѣчество должно придти въ концѣ концовъ къ какому-либо единственно-нормальному состоянію. Человѣчество должно наконецъ достигнуть состоянія, которое предпочтительно предъ другими состояніями соотвѣтствуетъ природѣ человѣка. При такомъ воззрѣніи, въ ряду историческихъ событій признаютъ постепенное откровеніе абсолютнаго, идеальнаго принципа, на которомъ должна быть построена система отношеній человѣчества, когда оно достигнетъ полнаго совершенства. Въ глазахъ многихъ, этотъ принципъ обрисовался съ достаточною ясностью въ правовыхъ учрежденіяхъ современной цивилизаціи.—Весь этотъ взглядъ основанъ на неправильномъ пониманіи существующихъ явленій и на нѣкоторомъ смѣшеніи субъективнаго съ объективнымъ. Масса страданій, которая испытывается людьми въ каждомъ общественномъ состояніи, поддерживаетъ въ нихъ постоянное стремленіе къ улучшенію его. Но, какъ скоро эта цѣль достигается, то, благодаря временности прожитаго состоянія, они начинаютъ смотрѣть на него, какъ на ненормальное. Вслѣдствіе постояннаго недовольства временными, преходящими состояніями, ихъ рядъ обобщается въ постоянный рядъ чего-то ненормальнаго, представленіе о чемъ является необходимымъ противовѣсомъ постояннаго чувства неудовлетворенности въ настоящемъ положеніи. На самомъ же дѣлѣ каждое состояніе, въ которомъ находится общество, несмотря на его временность и кажущуюся ненормальность, есть явленіе вполнѣ естественное. Оно составляетъ необходимый результатъ предшествующаго состоянія и всей совокупности условій, которыя дѣйствовали на его измѣненіе (внѣшніе и внутренніе, первообразные и производные факторы). Оно составляетъ необходимый результатъ законовъ историческаго развитія человѣчества, и, въ этомъ смыслѣ, естественно. Но не существуетъ никакой другой естественности общественныхъ состояній. Мы не имѣемъ никакихъ данныхъ, по которымъ

было бы возможно заключить о прерывности вышеозначенной смѣны состоянiй. Внѣшнiя обстоятельства общественнаго развитiя частью сами собою, частью же подъ влiянiемъ самого человѣка, видоизмѣняются постоянно и способны идти по этому пути до безконечности. Стремленiе къ приспособленiю къ новымъ условiямъ существованiя и постоянная борьба, происходящая внутри общества, содѣйствуютъ образованiю новыхъ внутреннихъ факторовъ. Все это ведетъ постоянно къ образованiю новыхъ стимуловъ въ дѣятельности общества, а, слѣдовательно, къ постоянной переработкѣ общественнаго строя Нѣтъ основанiй для мысли, что иначе было или будетъ въ перiоды, отдаленные отъ насъ въ глубинѣ прошедшаго или будущаго. Вѣра въ золотой вѣкъ прошедшаго объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что при окончательной переработкѣ своихъ воспоминанiй люди останавливаются охотнѣе на прежнихъ радостяхъ, нежели печаляхъ. Что же касается до золотаго вѣка въ будущемъ, то онъ превращается въ призракъ, коль скоро мы примемъ во вниманiе, что въ перiодъ времени, впродолженiе котораго удовлетворятся нужды настоящаго перiода, успѣетъ нарости новый рядъ болѣе сложныхъ и утонченныхъ потребностей. Стремленiе къ ихъ удовлетворенiю откроетъ обширное поле для послѣдующей дѣятельности человѣчества и для послѣдующихъ видоизмѣненiй общественнаго строя.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что невозможно такое общественное состоянiе, которое обладало бы вѣчностью, въ отличiе отъ какого-либо изъ состоянiй, существовавшихъ до сихъ поръ. Потому задачею науки не можетъ быть отысканiе системы нормъ, долженствующей руководить людьми въ этомъ состоянiи,—т.-е. системы, болѣе вѣчной и естественной, чѣмъ системы, существующiя и существовавшiя до сихъ поръ. Все, что выдается за подобныя естественныя системы права, содержитъ на самомъ дѣлѣ только обобщенiе юридическихъ принциповъ (дѣйствующихъ или только идеальныхъ) своего времени и годно только для этого времени. Въ качествѣ историческаго явленiя, изъ области движенiя юридической мысли оно входитъ въ составъ *матерiала* науки, но не можетъ образовать ея *содержанiя*.

§ 3.

Задача науки.

Въ чемъ же состоитъ наука?

Надо различать точно послѣднюю цѣль, которой служитъ наука, и способъ, которымъ эта цѣль достигается.

Послѣдняя цѣль науки всегда была и останется одна и та же. Она состоитъ въ удовлетвореніи потребностей, которыя создаются жизнью Наука служитъ жизни. Всѣ науки возникли на почвѣ ежедневной практики, будучи сначала только приведеннымъ въ нѣкоторый порядокъ искусствомъ. Практическія потребности вызывали умъ на дѣятельность. Найденныя знанія о томъ, отъ чего зависѣло удовлетвореніе потребностей, составили зародышъ науки. Изысканіе предпринималось по необходимости и имѣло въ виду какую-либо практическую цѣль. Съ теченіемъ времени постоянство умственной работы вызвало привычку и склонность къ ней и выработало любознательность. Тогда къ первоначальному стимулу изслѣдованія присоединилось другое, такъ сказать, безкорыстное побужденіе, которое, развиваясь постепенно, стало выдвигаться впередъ въ ущербъ первоначальному стимулу. Рано или поздно оно измѣнило характеръ научнаго изслѣдованія и привело къ *объективному* изученію явленій. Чѣмъ далѣе шло развитіе мысли, тѣмъ смѣлѣе и шире становилось ея стремленіе и тѣмъ менѣе непосредственный практическій интересъ руководилъ ея движеніемъ. Математикъ производилъ свои вычисленія не ради измѣренія какого-либо разстоянія или мѣстности, но изъ идеальнаго стремленія познать природу величинъ. Астрономъ изучалъ положеніе и ходъ свѣтилъ не для того только, чтобы опредѣлить взаимное положеніе различныхъ точекъ земной поверхности или найти правильное измѣреніе времени; — механикъ не думалъ только объ открытіи полезныхъ машинъ;—химикъ оставилъ мысль о чудесныхъ составахъ; — ботаникъ собиралъ и анализировалъ растенія, не заботясь особенно объ открытіи лекарственныхъ соковъ;—физіологъ интересовался животнымъ организмомъ безъ отношенія къ врачебнымъ цѣлямъ. Дѣятель науки сосредоточи-

валъ болѣе и болѣе свой интересъ на изученіи законовъ явленій, т.-е. на изученіи постоянныхъ отношеній, которыя существуютъ между явленіями природы. Его открытія по прежнему приносили практическую пользу; но она перестала быть руководящимъ стимуломъ ученаго По прежнему въ концѣ концовъ наука служила жизни, существовала для нея; но форма, въ которой выражается непосредственно дѣятельность ученаго, стала «наука для науки». Основываясь на выводахъ науки, искусство отдѣлилось отъ нея. — Практика жизни только выиграла отъ такого измѣненія. Непосредственное слѣдованіе ученаго за практическими потребностями съуживало его кругозоръ, дѣлало его односторонпимъ, близорукимъ. Оно заставляло его отбрасывать въ сторону такой матеріалъ, который могъ оказаться наиболѣе цѣннымъ. Между тѣмъ связь явленій открывается часто въ такой области, гдѣ никто не предполагаетъ ся a priori. При изслѣдованіи, предпринятомъ съ задними мыслями, легко удалиться отъ настоящаго пути къ такому открытію и отдаться на волю ложныхъ предположеній. Напротивъ объективное отношеніе къ предмету изученія открываетъ полный просторъ научному изслѣдованію. Ничто, способное обогатить знаніе изслѣдователя и увеличить его практическое могущество, не ускользаетъ отъ него, когда онъ руководится чистою любознательностью. Рядъ неожиданныхъ научныхъ открытій привелъ къ соотвѣтствующему ряду изобрѣтеній, о которыхъ нельзя было бы даже помыслить при господствѣ прежняго метода. Такимъ образомъ, эманципировавшись въ своемъ ходѣ и въ своей организаціи изъ подъ непосредственнаго давленія жизни, наука, по своимъ результатамъ, не только продолжала существовать для нея, но умножила свое служебное значеніе.

Послѣдняя цѣль науки состоитъ въ служеніи многообразнымъ требованіямъ жизни. Но лучшій путь, которымъ эта цѣль достигается, есть путь чистой любознательности. Задача науки заключается въ опредѣленіи законовъ, по которымъ происходятъ явленія. Задача искусства состоитъ въ томъ, чтобы указывать цѣли практикѣ и, слѣдуя научнымъ выводамъ, комбинировать средства для достиженія избранныхъ цѣлей. Самый выборъ цѣли происходитъ подъ руководствомъ науки. — Какъ

показано выше, наука возникла изъ искусства; но теперь она стоитъ надъ нимъ

Этотъ существеннѣйшій результатъ историческаго развитія науки основанъ на важномъ психическомъ законѣ. Человѣкъ побуждается къ совершенію своихъ дѣйствій желаніемъ достичь извѣстныхъ цѣлей По «въ силу вліянія ассоціаціи онъ приходитъ постепенно къ тому, что желаетъ средствъ, не думая о цѣли. Предметомъ его желанія становится самое дѣйствіе, которое совершается въ такомъ случаѣ ради самого себя, безъ всякаго отношенія къ другому мотиву» (Милль). Такимъ путемъ научная дѣятельность, бывшая прежде средствомъ, стала самостоятельною цѣлью.

§ 4

Задача соціальной науки и науки права. Гражданское правовѣдѣніе.

Вышеописанный переворотъ осуществился вполнѣ въ наукахъ о внѣшней природѣ. Его слѣдуетъ считать законченнымъ и въ области науки о духовной жизни человѣка (психологіи). По крайней мѣрѣ успѣхи положительной психологіи, разработанной по преимуществу на англійской почвѣ, на столько всеобъемлющи, что способны вынести на себѣ все зданіе психологической науки. Но соціальныя науки, т.-е. науки, изучающія жизнь человѣческихъ обществъ, не покончили до сихъ поръ съ первоначальною формою своего развитія. Въ формѣ соціологіи, возникшей во Франціи (Ог. Контъ) и принятой въ Англіи (Дж. Ст. Милль, Герб. Спенсеръ), а также въ формѣ изслѣдованій о первобытной культурѣ (Тэйлоръ, Леббокъ и друг.) и отчасти въ формѣ исторіи культуры вообще, зародилось и крѣпнетъ объективно-научное изученіе соціальныхъ явленій. Однако это молодое направленіе далеко не успѣло охватить всей обширной, принадлежащей сюда области. Многія обстоятельства препятствуютъ его прогрессивному развитію. Теряясь въ виду широкихъ предѣловъ предстоящей работы и нуждаясь прежде всего въ основныхъ, исходныхъ обобщеніяхъ, оно принуждено, за недостаткомъ хорошо очищеннаго и классифицированнаго запаса

фактовъ, тратить силы на собираніе и подготовленіе матеріала. Наконецъ объективно-научное направленіе не располагаетъ еще достаточно сильнымъ контингентомъ научныхъ дѣятелей. Потому оно можетъ расчитывать на полное господство и руководство соціальными науками только въ будущемъ. Въ настоящее же время цѣлыя отрасли ихъ въ значительной степени, а иногда всецѣло, прозябаютъ на старомъ пути. Общее изученіе порядка развитія общественныхъ союзовъ («организмовъ») и отдѣльныхъ сторонъ ихъ существованія отодвигается постоянно на задній планъ. Взамѣнъ того мы находимъ на первомъ мѣстѣ изысканія о различныхъ мѣропріятіяхъ, которыя должны послужить къ устраненію или смягченію тѣхъ или другихъ общественныхъ золъ. Это изысканіе не поставлено на какую-либо вполнѣ прочную, научную почву. Оно ведется самостоятельно и обособленно и признается за исчерпывающее научную дѣятельность. Постановка вопросовъ и изысканіе отвѣтовъ подчинены указаніямъ практическихъ интересовъ. Таковъ еще *духъ* соціальныхъ наукъ. Отдѣльные умы возвышаются надъ нимъ иногда въ значительной степени, но средній уровень, — единственная вѣрная опора общей характеристики,—остается пока неизмѣннымъ. То одно обстоятельство, что почти каждый, кто имѣетъ какую-либо идею о нужныхъ мѣропріятіяхъ, спѣшитъ высказать ее гласно, вовсе не задумываясь надъ научною критикою ея,—та одна смѣлость, съ которою трактуютъ о способахъ разрѣшенія общественныхъ вопросовъ, и которая не находитъ ничего подобнаго себѣ въ сферѣ другихъ наукъ, свидѣтельствуютъ уже, что въ дѣлѣ обсужденія соціальныхъ явленій господствуетъ интересъ дня,—что заботятся только объ удовлетвореніи ближайшихъ потребностей путемъ простаго приспособленія къ обстоятельствамъ и помимо отвлеченнаго анализа ихъ. Вмѣсто правильной и всецѣлой организаціи соціальнаго знанія,—полнаго объединенія и соподчиненія отдѣльныхъ изслѣдованій, среди нихъ поддерживается изолированность и анархія. Политико-экономъ предлагаетъ экономическую реформу, не заботясь особенно объ изученіи общихъ законовъ экономическихъ явленій; политикъ проэктируетъ государственныя учрежденія, не отдавая себѣ яснаго отчета объ условіяхъ полезнаго

существованія ихъ, юристъ сочиняетъ новый кодексъ, увлекаясь систематическимъ развитіемъ предвзятыхъ идей и не задумываясь надъ послѣдствіями, къ которымъ должно привести одностороннее примѣненіе ихъ въ жизни. Юриспруденція въ особенности является отсталою. За немногими, можно сказать— случайными исключеніями, любое произведеніе юридической литературы подкрѣпляетъ это сужденіе. Толкованіе дѣйствующихъ правоопредѣленій и систематизированіе ихъ съ цѣлью облегченія судебной практики поглощаетъ громадную долю силъ юриспруденціи. Въ другихъ, лучшихъ случаяхъ изслѣдованіе направляется непосредственно къ критикѣ существующихъ учрежденій и изысканію способовъ преобразованія ихъ. Даже философія и исторія права не чужды практическаго характера. Извѣстно, что знаменитый переворотъ въ воззрѣніяхъ на существо права былъ вызванъ въ началѣ настоящаго столѣтія споромъ нѣмецкихъ юристовъ по вопросу о необходимости и полезности обще-германскаго гражданскаго уложенія. Во Франціи зачастую сочиненіе объ естественномъ правѣ служитъ политическою проповѣдью, а въ Германіи значеніе общетеоретическихъ работъ о правѣ сводится обыкновенно все къ тому же вопросу о кодексѣ, или же вообще къ результатамъ, которые онѣ даютъ для догмы дѣйствующаго права. Точно такъ-же на исторію права смотрятъ, какъ на вспомогательное орудіе догмы, хотя на самомъ дѣлѣ переступили далеко за границы непосредственнаго примѣненія этого взгляда.

При подобномъ, практическомъ, хотя (какъ и во всякой другой научной сферѣ) вовсе не практичномъ направленіи экономической, политической и въ особенности юридической литературы, трудно найти рѣзкую пограничную черту между ея сужденіями и интересами и областью экономическихъ, политическихъ и юридическихъ сужденій и интересовъ, наполняющихъ обыденный кругозоръ общества. Во многихъ отношеніяхъ научное воззрѣніе является только теоретизированіемъ обыденнаго воззрѣнія. Недостатки, которые характеризуютъ это послѣднее, повторяются въ сферѣ науки. Научное воззрѣніе, подобно обыденному, страдаетъ шаткостью сознанія о закономѣрности соціальныхъ явленій и неясностью понятія о самомъ за-

конѣ. Мы находимъ въ немъ далѣе объективизмъ, т.-е. наклонность приписывать практическимъ идеямъ нѣкоторое самобытное существованіе, — мыслить ихъ какъ нѣкоторый самостоятельный, самобытный объектъ. Съ объективизмомъ связываются неизбѣжно близорукость въ историческомъ міровоззрѣніи и односторонній догматизмъ. Называя себя практическимъ, но не пользуясь просторомъ изслѣдованія, который доступенъ только при объективно-научномъ изученіи явленій, господствующее направленіе соціальныхъ наукъ само ограничиваетъ свою практическую силу.

Задача соціальныхъ наукъ должна состоять въ изученіи *законовъ*, по которымъ происходятъ явленія общественной жизни.

Въ частности, правовѣдѣнію надлежитъ изучить законы развитія той области соціальныхъ явленій, которая извѣстна подъ именемъ права. При отсутствіи одного идеальнаго правоваго состоянія и при постоянной смѣнѣ формъ общественной и юридической жизни, наука должна открыть законы, по которымъ происходитъ означенная смѣна. Право составляетъ группу явленій среди прочихъ группъ явленій общественной жизни Наука должна опредѣлить отношенія, въ которыхъ состоятъ правовыя явленія между собою, къ явленіямъ другихъ группъ и къ прочимъ условіямъ и факторамъ общественнаго развитія. Первый шагъ науки—чисто-объективный, наблюдательный. Она опредѣляетъ, что *есть*. Политика, въ смыслѣ теоріи искусства, исполняетъ второй шагъ. Она опредѣляетъ, что *должно быть* къ чему *слѣдуетъ* стремиться.

Эти мысли мы должны примѣнить и къ устройству гражданскаго правовѣдѣнія. Мы должны различать: общее гражданское правовѣдѣніе и гражданско-правовую политику. *Общее гражданское правовѣдѣніе* есть наука въ строгомъ смыслѣ. Не преслѣдуя никакой практической цѣли, но руководясь исключительно требованіями любознательности, оно изучаетъ законы развитія гражданскаго права. Оно предполагаетъ, какъ подготовительную стадію, *описательное гражданское правовѣдѣніе*, которое описываетъ въ правильной системѣ факты гражданскаго права. *Гражданско-правовая политика* опредѣляетъ цѣли и пріемы, которыми должны руководиться гражданскій зако-

податель и судья. На основаніи ея указаній слагается *догма* гражданскихъ правоопредѣленій, которая излагаетъ дѣйствующія въ странѣ правоопредѣленія въ такомъ видѣ и по такой системѣ, которые прямо отвѣчаютъ требованіямъ гражданско-судебной политики.

Не какое-либо сухое схоластическое соображеніе или крайнее философское увлеченіе приводитъ насъ къ этой системѣ, заставляя поставить во главѣ ея объективно-научное изслѣдованіе гражданскаго права. Нами руководитъ глубокое убѣжденіе въ томъ, что лишь при изложенной организаціи нашей науки возможно достигнуть съ полнымъ успѣхомъ выводовъ, которые наиболѣе способны освѣтить путь гражданско-юридической практики, какъ законодательной, такъ и судебной.

§ 5.

Различіе закона и юридическаго принципа.

Для правильнаго пониманія задачи гражданскаго правовѣдѣнія, какъ науки, изучающей *законы* развитія гражданскаго права, необходимо точное опредѣленіе закона.

Очевидно, что законъ принимается нами не въ узкомъ смыслѣ государственнаго постановленія, которое содержитъ какое-либо юридическое опредѣленіе или правило, но въ совершенно другомъ, философско-историческомъ или, вѣрнѣе, общенаучномъ смыслѣ. Подъ закономъ мы разумѣемъ постоянство, которое существуетъ *въ силу природы вещей* въ отношеніяхъ между явленіями, или явленіями и ихъ условіями и послѣдствіями. Формула закона гласитъ, при такихъ-то условіяхъ происходитъ то-то. Это отношеніе установлено не человѣкомъ, но естественными свойствами данныхъ условій, — иначе говоря, самою природою.

Когда въ юридическую науку проникла впервые идея закономѣрности историческихъ явленій, тогда этой идеѣ было придано неправильное выраженіе. На историческое развитіе человѣчества, общества и права смотрѣли, какъ на процессъ откровенія объективно-абсолютнаго разума,—процессъ постепен-

наго осуществленія высшихъ принциповъ жизни. Между прочимъ развитіе права представлялось, какъ постепенное осуществленіе высшихъ принциповъ (началъ) справедливости. Закономѣрность историческихъ явленій усматривалась въ необходимости ихъ, какъ результата логически-историческаго развитія принциповъ, которые таились въ высшемъ разумѣ, въ высшей справедливости. При такомъ взглядѣ законъ сливался съ принципомъ, и это смѣшеніе царитъ въ юриспруденціи по сію пору. Когда говорятъ о законахъ развитія права, тогда понимаютъ подъ ними обыкновенно нѣкоторые общіе юридическіе принципы. Но такое отождествленіе двухъ названныхъ предметовъ содержитъ глубокую ошибку. На самомъ дѣлѣ принципъ относится къ совершенно иной категоріи предметовъ, нежели законъ. Принципъ, въ чемъ бы онъ ни состоялъ и какого бы происхожденія онъ ни былъ, есть не болѣе, какъ явленіе.

Наука различаетъ строго явленія и ихъ законы. Подъ явленіями разумѣются вообще измѣненія въ положеніи или состояніи предметовъ; подъ законами—постоянство отношеній, замѣчаемое при этихъ измѣненіяхъ. Явленія составляютъ проявленія закона, который неизмѣняемъ и постояненъ. Законъ можетъ быть парализованъ въ своемъ дѣйствіи; но онъ не можетъ быть устраненъ, какъ скоро присутствуютъ условія, къ которымъ онъ относится. Такъ, можно препятствовать сближенію двухъ тѣлъ; но нельзя устранить самаго закона тяготѣнія, который будетъ продолжать свое дѣйствіе, напримѣръ, въ формѣ давленія на препятствіе. Въ области человѣческаго міра каждое дѣйствіе человѣка образуетъ явленіе; установленное дѣйствіемъ, либо инымъ событіемъ, конкретное отношеніе человѣка (напр. власть его надъ вещью, лицомъ) есть также явленіе. Точно такъ же имѣютъ значеніе явленій правило, которое руководитъ въ данное время и въ данномъ мѣстѣ поступками людей, и порядокъ, въ который слагаются ихъ отношенія. То, что называютъ принципомъ, есть, въ сущности, только обобщенное описаніе или выраженіе совокупности общихъ свойствъ («общаго смысла») существовавшаго или существующаго порядка, существовавшихъ или существующихъ правилъ, отношеній, дѣйствій. Такимъ образомъ юридическій прин-

ципъ выражаетъ собою явленіе исторіи права, или, точнѣе, нѣкоторую совокупность историко-юридическихъ явленій. Юридическій принципъ служитъ формулою, которая опредѣляетъ такъ или иначе извѣстную группу правовыхъ отношеній и соотвѣтствующихъ имъ правовыхъ постановленій. Напротивъ законъ составляетъ формулу, которая опредѣляетъ отношеніе этихъ отношеній и постановленій, какъ историческихъ фактовъ, между собою, или къ другимъ историческимъ фактамъ. Такъ, напримѣръ, формула, которая утверждаетъ, что договоры влекутъ установляемыя ими послѣдствія, коль скоро соблюдена предписанная форма;—или что обманувшій кого-либо обязанъ вознаградить его за вредъ, причиненный ему обманомъ;—или что каждый предполагается добросовѣстнымъ, пока противное не доказано,—подобная формула есть извѣстное явленіе исторіи права. Напротивъ формулы, которыя утверждаютъ, напримѣръ, что въ жизни каждаго народа періоду свободнаго развитія юридическихъ идей предшествуетъ періодъ формализма; что такія-то измѣненія въ гражданскомъ оборотѣ сопровождаются признаніемъ преступности обмана; что юриспруденція образованнаго общества склонна предполагать въ каждомъ лицѣ добросовѣстность,—подобныя формулы выражаютъ собою законы. Въ первомъ, приведенномъ нами, примѣрѣ законъ означаетъ, что извѣстный родъ явленій (формализмъ) предшествуетъ всегда другому ихъ роду; въ двухъ другихъ,—что извѣстныя явленія сопровождаются всегда другими извѣстными явленіями. Юридическій принципъ указываетъ на то, что̀ должно быть; законъ—на то, что̀ есть въ силу свойствъ человѣка, общества и міра. Юридическій принципъ составляетъ продуктъ человѣческой дѣятельности, законъ стоитъ надъ нею. Юридическій принципъ можетъ быть нарушенъ человѣкомъ, нарушеніе закона свыше человѣческихъ силъ. Юридическій принципъ подлежитъ критикѣ, критика закона не имѣетъ смысла.

Если даже допустить, что высшіе принципы существуютъ сами по себѣ, что исторія человѣчества есть только постоянное стремленіе къ осуществленію подобныхъ принциповъ, то и въ такомъ случаѣ они не будутъ имѣть ничего общаго съ законами. По предположенному воззрѣнію, этимъ принципамъ

будетъ принадлежать абсолютное господство въ идеальномъ будущемъ. Но въ прошедшемъ и настоящемъ они постоянно нарушаются людьми. Человѣкъ долженъ познать и усвоить высшій принципъ для того, чтобы подчиниться ему. Напротивъ законъ дѣйствуетъ совершенно независимо отъ того обстоятельства, извѣстенъ или неизвѣстенъ онъ человѣку. Человѣкъ подчинялся закону тяготѣнія съ самаго начала своего существованія, хотя ничего не зналъ о его существованіи. Народы проходили послѣдовательно извѣстные періоды своего развитія, хотя ничего не знали ни о необходимости этихъ періодовъ, ни вообще о закономѣрности своего историческаго движенія. Знакомство человѣка съ законами ничего не измѣнило въ нихъ. Оно послужило только къ тому, что посредствомъ измѣненія *данныхъ условій* дѣйствія закона, человѣкъ сталъ руководить по своимъ соображеніямъ *направленіемъ* этого дѣйствія. Свойства электричества не измѣнились отъ открытій Гальвани, Эрштедта и др.; но, комбинируя извѣстнымъ образомъ условія проявленія электричества, человѣкъ устроилъ телеграфы, электрическія машины, электрическій свѣтъ. При данныхъ условіяхъ историческаго развитія у насъ наступитъ экономическое и нравственное разложеніе общества точно такъ же, какъ оно наступило въ древнемъ Римѣ и многихъ другихъ странахъ. Но мы можемъ устранить, либо задержать наступленіе этого результата путемъ нѣкотораго воздѣйствія на расположеніе условій нашего общественнаго развитія. Располагая иначе причины, можно достигнуть иныхъ результатовъ; но нельзя уничтожить самое дѣйствіе причинъ.

Безъ особыхъ замѣчаній ясно, что законъ, въ смыслѣ государственнаго постановленія, относится къ области явленій, но не къ области законовъ въ научномъ смыслѣ.

§ 6.

Открыты ли какіе-либо законы развитія гражданскаго права?

Спрашивается, сдѣлано-ли въ наукѣ что-либо для опредѣленія законовъ развитія гражданскаго права, или же эта область осталась совершенно непочатою?

Въ исторіи всѣхъ наукъ открытіе нѣкотораго количества законовъ предшествовало признанію необходимости объективно-научнаго изученія явленій. Оно предшествовало даже появленію самой мысли о законѣ. Въ научной дѣятельности, какъ и въ каждой другой дѣятельности, прежде чѣмъ человѣкъ отдастъ себѣ ясный отчетъ въ своихъ цѣляхъ и способахъ ихъ достиженія, онъ стремится уже къ этимъ цѣлямъ и употребляетъ для того тѣ или другія средства, приспособляясь *непосредственно* къ обстоятельствамъ. Изслѣдованіе явленій на всѣхъ ступеняхъ своего развитія, какъ на высшей (строго-научной), такъ и на низшей (обыденно-практической), состоитъ, въ сущности, въ стремленіи къ полученію извѣстныхъ результатовъ путемъ примѣненія подходящихъ средствъ. Первоначально искомые результаты представляются изслѣдователю въ крайне-конкретной, частной формѣ, обособленно другъ отъ друга, средства же приспособляются имъ случайно, глядя по обстоятельствамъ. Тѣмъ не менѣе разрѣшеніе самыхъ начальныхъ практическихъ задачъ, открывая какую-либо связь явленій, даетъ этимъ самымъ уже нѣкоторое указаніе на какой-либо законъ. Можетъ быть, указанія этого рода крайне грубы, неполны, выступаютъ разрозненно; самые законы, намѣченные въ нихъ, въ высшей степени частны, конкретны и, во всякомъ случаѣ, эмпиричны. Но все-таки, при совершенномъ отсутствіи подобныхъ указаній, былъ бы невозможенъ никакой прогрессъ въ накопленіи знаній.—Прогрессъ начинается съ того, что замѣчается взаимная связь различныхъ цѣлей и средствъ, и соотвѣтственно съ этимъ вводится правильность въ самый процессъ изслѣдованія. Цѣли сводятся вмѣстѣ и обобщаются; средства располагаются въ систему. Знанія о законахъ получаютъ бо́льшую опредѣленность и становятся отвлеченнѣе; и, прежде чѣмъ наука придетъ къ тому поворотному пункту, на которомъ признается необходимость объективнаго изученія явленій, она можетъ формулировать весьма отвлеченные законы. — Итакъ, къ познанію законовъ ведутъ уже ранніе шаги изслѣдованія; это познаніе лежитъ въ основаніи всего дальнѣйшаго прогресса изслѣдованія, хотя таковое значеніе его обнаруживается только относительно въ позднее время.

Такимъ образомъ науки подготовили нѣкоторый запасъ свѣдѣній о законахъ явленій, прежде чѣмъ дошли до той мысли, что открытіе законовъ составляетъ основную задачу научнаго изслѣдованія. Такимъ же образомъ и гражданское правовѣдѣніе овладѣло нѣкоторымъ знаніемъ о законахъ развитія гражданскаго права, хотя до сихъ поръ оно не склонилось къ объективно-научному изученію своего предмета.

Мы удостовѣримся въ справедливости сказаннаго, прослѣдивъ движеніе нѣмецкой юридической мысли въ послѣднее столѣтіе.

III. Развитіе нѣмецкой юриспруденціи въ настоящемъ столѣтіи.

§ 7.

Нѣмецкая историческая школа въ ея первоначальномъ видѣ Вліяніе на нее философіи.

Начало нынѣшняго столѣтія имѣетъ особое значеніе въ исторіи нѣмецкой юриспруденціи. До этого времени, идя главнымъ образомъ по слѣдамъ итальянскихъ юристовъ, въ Германіи *не изслѣдовали* гражданскаго права, но ограничивались экзегетическою, систематическою и филологическою разработкою его постановленій. Особенное вниманіе обращалось на римское право, которое вслѣдствіе особыхъ историческихъ условій служило первенствующимъ источникомъ юридическихъ познаній. Уже съ XVII вѣка къ этому присоединились идеальныя построенія естественной философіи права. Эта философія дала большое значеніе вопросу объ отношеніи различныхъ правовыхъ учрежденій къ свойствамъ человѣческой природы. Такимъ путемъ въ правовѣдѣніе былъ внесенъ элементъ изслѣдованія. Но, такъ какъ естестественная философія занималась болѣе уголовнымъ и государственнымъ, нежели гражданскимъ правомъ, то она осталась безъ особеннаго вліянія на строй гражданскаго правовѣдѣнія. — Какъ замѣчено выше, существенное измѣненіе въ этомъ послѣднемъ произошло лишь въ началѣ текущаго вѣка. По мѣрѣ того, какъ опредѣленія заимствованнаго римскаго права, подходившія къ требованіямъ нѣмецкой

жизни, и логика его усвоялись юристами и судами, чужеземное происхожденіе усвоеннаго переставало оттѣняться: заимствованное казалось нѣмецкимъ юристамъ какъ бы своимъ. Черезъ это уменьшилось значеніе *римскаго* права, какъ таковаго, по отношенію къ заимствованнымъ институтамъ. Напротивъ, стороны римскаго права, не заслужившія симпатіи, выдались съ большею рѣзкостью, нежели то было прежде. Особенно давали чувствовать себя внѣшніе недостатки юстиніановой кодификаціи, затруднявшіе значительно пользованіе ею въ судахъ ея громадные размѣры, спорный характеръ многихъ постановленій, отсутствіе вполнѣ вѣрнаго текста. Прежде, когда римское право было болѣе нужно, какъ источникъ обученія, тогда легко мирились съ присутствіемъ перечисленныхъ недостатковъ. Къ тому же юридическое мышленіе того времени было болѣе конкретно, такъ что самые недостатки юстиніанова свода приходились по его складу. Мѣстные источники права, призванные для пополненія римскаго права, страдали тѣми же пороками еще въ большей степени. Но къ концу XVIII вѣка развитіе юриспруденціи двинулось впередъ на столько, что развилось сильное недовольство общимъ состояніемъ источниковъ права. Получивъ подкрѣпленіе въ патріотизмѣ, возбужденномъ войною за освобожденіе, это недовольство вызвало предложеніе объ изданіи общегерманскаго гражданскаго уложенія, которое должно замѣнить собою всю пеструю массу дотолѣ дѣйствовавшихъ источниковъ права. Возникло обсужденіе предложенной мѣры. Оно привело къ возбужденію общаго вопроса о происхожденіи правовыхъ нормъ; и отвѣтъ, данный знаменитымъ Савиньи, открылъ новое, богатое поле для юридическихъ изслѣдованій.

Извѣстно содержаніе этого отвѣта. Въ короткое время съ нимъ согласилось огромное большинство юристовъ. Было признано, что право не составляетъ явленія произвольнаго, но что, подобно языку, нравамъ и государственному устройству, оно образуется самимъ народомъ,—вытекаетъ изъ его «духа», какъ стали говорить позднѣе. Оно отпечатлѣваетъ на себѣ особенности создавшей его націи и во внутреннемъ строѣ своемъ представляетъ строгій порядокъ,—организмъ, по позднѣйшему

выраженію.—Изъ изложеннаго основнаго взгляда были сдѣланы два вывода. одинъ выводъ—практическій, относившійся непосредственно къ вопросу, другой—болѣе теоретическій Первый содержалъ сужденіе, неблагопріятное осуществленію проэкта общаго кодекса. Если право выростаетъ изъ народа, то законодатель долженъ собирать плоды народнаго творчества, не подгоняя его и не навязывая ему ничего посторонняго. Неправильность такого вывода была скоро обнаружена ходомъ самихъ вещей. Этотъ выводъ игнорировалъ въ законодательствѣ одну изъ функцій народной юридической жизни и былъ похожъ на разсужденіе фаталиста, который изъ необходимости человѣческихъ поступковъ заключаетъ о полной безполезности личной самодѣятельности.—Гораздо важнѣе было другое умозаключеніе, сдѣланное изъ новаго ученія о происхожденіи права. Такъ какъ право даннаго времени составляетъ продуктъ всей предыдущей исторіи народа, то для наиболѣе правильнаго пониманія права должно изучить его исторію. Это повело къ возникновенію и широкому развитію историческаго изслѣдованія, касавшагося главнымъ образомъ правъ римскаго и германскаго. Вновь образовавшаяся школа юриспруденціи получила названіе исторической.

Это не было еще образованіемъ *науки* о гражданскомъ правѣ, въ томъ смыслѣ, въ которомъ мы согласились употреблять слово наука. Ни работы, ни, въ особенности, стремленія исторической школы не обладали строго-научнымъ характеромъ. Было бы возможно придать этотъ характеръ историческому изслѣдованію. Наблюдая историческое движеніе права и пользуясь правильными, индуктивными и дедуктивными пріемами изысканія, историкъ могъ бы достигнуть открытія законовъ развитія права. Но ни основатель исторической школы, ни послѣдователи его не возвысились до настоящаго взгляда на назначеніе науки и потому не задавались широкою программой. Ихъ дѣятельностью руководило не стремленіе къ познанію законовъ изслѣдуемой ими группы явленій, но болѣе скромное желаніе. Они желали прослѣдить постепенное развитіе права своего народа (и права римскаго, какъ составнаго элемента нѣмецкой юридической культуры) и выяснить результаты, къ

которымъ привела ихъ исторія. На самомъ дѣлѣ это было повтореніемъ прежней цѣли. Какъ прежде, желали понять дѣйствующіе въ Германіи источники права; отличіе новой работы отъ старой заключалось лишь въ новомъ средствѣ, предложенномъ для осуществленія цѣли. Прежде довольствовались непосредственнымъ изученіемъ и систематизированіемъ источниковъ. Теперь же, не довѣряя непогрѣшимости ихъ содержанія, сочли нужнымъ очистить ихъ путемъ историческаго изслѣдованія. Исторія имѣла отрицательное назначеніе;—она должна была указать все-то, что отжило свой вѣкъ, дабы юристъ могъ исключить это изъ области дѣйствующихъ постановленій. Исторія была изученіемъ прошедшаго ради извѣстныхъ, спеціальныхъ практическихъ цѣлей. Вслѣдствіе такого положенія ея она не могла войти въ крѣпкую связь съ изученіемъ современнаго права; и, развиваясь почти внѣ всякаго положительнаго вліянія историческихъ работъ, догма права превратила «организмъ» права въ простую логическую систему понятій и опредѣленій. Историкъ права не признавалъ себя способнымъ добыть какія-нибудь высшія обобщенія относительно природы права, считая ихъ, согласно съ господствовавшимъ тогда научнымъ міросозерцаніемъ, достояніемъ самостоятельной сферы научной дѣятельности—философіи. Когда гегеліанцы сдѣлали исторической школѣ упрекъ въ томъ, что она ввергла юриспруденцію въ область мелочныхъ изслѣдованій, и отклонила ее отъ разработки болѣе широкихъ обобщеній, тогда историки, могли бы отвѣтить на этотъ упрекъ замѣчаніемъ, что въ основаніи широкихъ обобщеній должны лежать болѣе малыя, и что на первыхъ порахъ поневолѣ приходится ограничиваться этими послѣдними. Однако представители исторической школы не поступили такимъ образомъ. Упрекъ сконфузилъ ихъ, и они поспѣшили заявить, что никогда они не думали претендовать на исключительное значеніе исторіи права и отрицать права философіи. Они пошли далѣе, принявъ безъ всякой повѣрки обобщенія, выставленныя новою нѣмецкою философіею. Положеніе, по которому право составляетъ необходимое развитіе начала свободной воли, легло съ тѣхъ поръ въ основаніе всѣхъ юридическихъ системъ.

Но какъ ни велики кажутся намъ недостатки исторической школы, все-таки мы должны признать ея труды за первые сильные *проблески* научнаго изслѣдованія гражданскаго права Ограниченность, которая была придана цѣли историческаго изслѣдованія, не вредила особенно достоинству самыхъ трудовъ, которые постоянно переступали за тѣсные предѣлы, указанные цѣлью, и накопляли постепенно богатый матеріалъ для будущихъ, вполнѣ научныхъ работъ. Трудность точнаго установленія вышеозначенныхъ предѣловъ и привлекательность исторической работы помимо всякаго отношенія ея къ практикѣ жизни расширяли значительно ея область.—Укрѣпившись на первоначальномъ пути, историческая юриспруденція заняла отъ философіи наклонность къ обобщеніямъ и сдѣлала первые опыты дальнѣйшей переработки собраннаго матеріала. Такимъ образомъ былъ сдѣланъ новый шагъ къ распространенію области юридическихъ работъ. Безсиліе, выказанное историческою школою предъ вышепомянутомъ протестомъ философовъ, происходило не отъ того, что исторія не была способна дойти до обобщеній, но отъ того, что она не намѣревалась искать ихъ, скрытое же основаніе успѣха, одержаннаго философскимъ направленіемъ, заключалось не въ указаніи пути, которымъ должно достигать обобщеній, но въ простомъ напоминаніи о необходимости этихъ послѣднихъ. Подъ ударами философскаго направленія историческая школа исправилась, не уничтожаясь.— Этотъ фактъ повторился потомъ еще нѣсколько разъ. За протестомъ философіи, послѣдовало нѣсколько другихъ протестовъ Они стремились какъ бы къ ниспроверженію историческаго направленія юриспруденціи, но на самомъ дѣлѣ они находили опору лишь въ временной односторонности и ограниченности его. Способствуя смягченію этихъ недостатковъ, они тѣмъ самымъ способствовали его усовершенствованію и приближенію къ высшей формѣ исторической науки.

Мы подходимъ такимъ образомъ къ самому интересному времени въ исторіи нѣмецкой юриспруденціи.

§ 8.

Вліяніе „практическаго“ направленія

Пока теоретическая юриспруденція занималась историческими изслѣдованіями, предоставляя догму всецѣлому господству формально-логическаго пріема, въ средѣ практическихъ юристовъ продолжалась борьба, направленная противъ дѣйствующей системы источниковъ права. Это борьба успѣла уже перейти въ рядъ болѣе или менѣе удачныхъ реформаторскихъ попытокъ и кодификаціонныхъ работъ. Нужда въ серіозномъ теоретическомъ изученіи потребностей современной гражданской жизни ощущалась все болѣе и болѣе. Господствовавшая догма, достигшая вершины своего развитія въ знаменитыхъ «пандектахъ» Георга Фридриха Пухты, привлекала эстетическое чувство своею строгою логичностью и систематичностью, но оставляла совершенно въ сторонѣ вопросъ объ отношеніи правовыхъ опредѣленій къ жизни. Для этого требовалось изслѣдованіе мотивовъ и цѣлей каждаго такого опредѣленія и оцѣнка ихъ съ точки зрѣнія основныхъ мотивовъ и цѣлей современнаго общества. Но подобный способъ изученія былъ совершенно чуждъ догмѣ, которая занималась исключительно *изложеніемъ* дѣйствующихъ источниковъ. Тѣмъ болѣе чуждою была для нея творческая дѣятельность, т.-е. формулированіе новыхъ юридическихъ опредѣленій согласно съ новыми нуждами жизни.—Въ концѣ сороковыхъ годовъ сознаніе этихъ недостатковъ проникаетъ въ теоретическую юриспруденцію Тамъ подымается энергическій протестъ противъ исключительнаго занятія прошедшимъ;—требуютъ научнаго анализа по отношенію къ современному правовому порядку. Критическое и творческое изслѣдованіе становится лозунгомъ новаго направленія. Въ противоположность исторической школѣ оно называетъ себя *практическимъ*, оставляя за исторіей права значеніе вспомогательной науки.—Но на самомъ дѣлѣ не существовало такого рѣзкаго различія обоихъ направленій. Критическое и творческое изслѣдованіе права основывается на изслѣдованіи цѣлей и мотивовъ современной гражданской жизни. Точно такъ

же исторія должна изучать цѣли и мотивы гражданской жизни прошедшаго. Слѣдовательно, новое направленіе, обративъ вниманіе юриста на существеннѣйшій пунктъ всякаго юридическаго изслѣдованія—изученіе мотивовъ и цѣлей правовыхъ опредѣленій,—*расширило* область исторической науки. Оно было произведеніемъ особенно девятнадцатому вѣку свойственнаго требованія, чтобы теоріи и принципы, которые руководятъ дѣятельностью человѣка, строились не на основаніи абстрактныхъ, взятыхъ a priori положеній и логическихъ выводовъ изъ нихъ, но на основаніи сознательнаго изученія природы и общества. Оно сгладило односторонность въ предыдущей дѣятельности юриспруденціи и приложило *историческій методъ* къ изученію современнаго состоянія гражданскаго быта. Хотя, подобно исторической школѣ, оно руководилось специально-практическими цѣлями, но это обстоятельство не мѣшаетъ намъ видѣть въ немъ фактора, принесшаго новый вкладъ въ зачавшуюся науку о гражданскомъ правѣ. Онъ произвелъ распространеніе сферы, въ которой происходило собраніе матеріала науки.

За симъ послѣдовалъ новый, неизбѣжный шагъ на пути расширенія дѣятельности юриста-цивилиста. Изслѣдованіе мотивовъ и цѣлей привело къ тому, что гражданско-правовой порядокъ сталъ изучаться не изолированно отъ другихъ областей общественной жизни, но въ связи съ ними. Юристы стали принимать въ расчетъ дѣйствіе этихъ областей на право. Для объясненія явленій гражданскаго права призвали на помощь психологію, политическую экономію, культурную исторію. Непосредственное служеніе практическимъ цѣлямъ по прежнему выставляется открыто задачею принадлежащихъ сюда работъ. Но не трудно убѣдиться въ томъ, что это — не болѣе, какъ повтореніе застарѣлой, совершенно отжившей мысли, выражаемой по привычкѣ и не осуществляемой на дѣлѣ. Въ дѣйствительности интересы научной любознательности уже теперь руководятъ нѣмецкою юриспруденціею.

Неизбѣжно она приближается къ тому, чтобы признать открыто этотъ фактъ. Еще одинъ шагъ въ ея развитіи и нѣмецкая юриспруденція станетъ на почву положительнаго изслѣдованія права. Она признаетъ, что главная задача ея со-

стоитъ въ объективно-научномъ изученіи законовъ развитія права.

§ 9.

Обобщенія Рудольфа Іеринга

Въ изслѣдованіяхъ замѣчательнѣйшаго нѣмецкаго юриста нашего времени, нынѣ профессора Геттингенскаго университета Рудольфа Іеринга, главнаго представителя въ области догмы — критическаго и творческаго, а въ области исторіи психологическаго направленія, мы встрѣчаемся съ важными опытами формулированія нѣкоторыхъ законовъ гражданскаго правовѣдѣнія. Не принимая особеннаго участія въ спорахъ по общему вопросу о полезности сближенія юриспруденціи съ другими науками, Іерингъ своими трудами лучше всякой метологической проповѣди обнаруживаетъ эту полезность. Благодаря замѣчательному для теоретика знанію жизни и дару наблюденія онъ ввелъ въ гражданское правовѣдѣніе важныя обобщенія психологическаго характера.—Они относятся къ вопросу о происхожденіи права,къ тому самому вопросу, который полустолѣтіемъ раньше породилъ переворотъ въ юриспруденціи. Іерингъ находитъ, что, увлекшись развитіемъ идеи непроизвольнаго образованія права, историческая школа упустила совершенно изъ виду дѣятельность общества, которою создается право. Черезъ это историческая школа способствовала укоренению въ умахъ юристовъ понятія, по которому происхожденіе права представляется чѣмъ-то изначала готовымъ, вложеннымъ въ духъ народа и осуществляемымъ имъ впродолженіе своей исторіи. По мнѣнію Іеринга, такое представленіе ложно. «Исторія права (говоритъ онъ) началась желѣзнымъ періодомъ, тяжелою борьбою и работою человѣческаго разума; намѣреніе, рефлексія, сознаніе, расчетъ дѣйствовали уже при возникновеніи права,—юридическое искусство существовало уже у колыбели его. Какъ теперь понятія не достаются намъ сами собою, но должны пріобрѣтаться нами трудомъ и напряженіемъ нашихъ силъ, такъ, а не иначе, было также въ ту историческую эпоху, когда образовывались основныя понятія права; и мнѣніе, утверждающее, что народы не

нуждались во время своего дѣтства въ исканіи и выработкѣ понятій собственности, обязательства и друг., но нашли эти понятія готовыми, не лучше мнѣнія, по которому люди получили изъ рукъ природы въ готовомъ видѣ свои дома, плуги и т. п. Какъ ради пріобрѣтенія этихъ послѣднихъ надо было думать, работать, допытываться въ продолженіе столѣтій, точно такъ же, и притомъ несравненно въ большей степени, приходилось поступать относительно юридическихъ понятій. Всюду долженъ былъ пройти періодъ пробъ и исканій, колебаній и неопредѣленности, прежде чѣмъ эти понятія приняли опредѣленныя, твердыя формы, въ которыхъ они выступаютъ предъ нами въ доступный для насъ періодъ исторіи». Правовыя понятія и опредѣленія не даются человѣчеству сами собою, но составляютъ продуктъ его умственнаго труда—вотъ существеннѣйшее положеніе въ ученіи Іеринга. Въ связи съ нимъ состоитъ своеобразный взглядъ на значеніе юриспруденціи, какъ умственной среды, въ которой происходитъ формулированіе правовыхъ понятій, и особое ученіе о борьбѣ, происходящей въ области права. Каждая юридическая норма представляетъ собою средство, назначеніе котораго состоитъ въ защитѣ какого-либо гражданскаго интереса,—въ обезпеченіи удовлетворенія какой-либо гражданской потребности. Каждое правовое отношеніе (право въ субъективномъ смыслѣ) есть защищенный юридическимъ образомъ интересъ. Такъ какъ, съ одной стороны, не могутъ быть найдены сразу наилучшія средства къ достиженію данной цѣли, съ другой же самыя цѣли подлежатъ постоянному измѣненію, то происходитъ постоянная взаимная борьба цѣлей и средствъ. Въ области цѣлей устарѣлыя цѣли вытѣсняются новыми; въ области средствъ—средства, менѣе цѣлесообразныя, уступаютъ свое мѣсто средствамъ, болѣе цѣлесообразнымъ. Это—борьба въ сферѣ юридическихъ нормъ (объективнаго права). Параллельно съ нею происходитъ борьба въ сферѣ правовыхъ отношеній (субъективное право). Юридическія нормы не составляютъ абстрактныхъ сущностей, но выражаютъ только порядокъ, который долженъ господствовать въ жизни. Исторически онѣ существуютъ лишь настолько, насколько соотвѣтствующія имъ правовыя отношенія обладаютъ жизненностью.

Жизнь правовыхъ отношеній поддерживается борьбой, которая направлена противъ всего того, что̀ грозитъ ихъ существованію. Энергія этой борьбы выражаетъ силу интересовъ, лежащихъ въ основѣ правовыхъ отношеній,—эта борьба есть борьба интересовъ, составляющихъ фундаментъ права, съ интересами, стоящими въ данный моментъ внѣ правовой области. Коль скоро слабѣетъ интересъ извѣстнаго правоваго отношенія, то борьба изъ за него затихаетъ; само оно исчезаетъ постепенно изъ гражданской жизни, а вмѣстѣ съ тѣмъ перестаетъ существовать de facto юридическая норма, которая была назначена для его защиты.

Таковы въ короткихъ словахъ основныя черты ученія Іеринга. Во всей своей совокупности оно вызвало сильный протестъ со стороны сторонниковъ старой исторической школы, какъ въ Германіи, такъ и внѣ ея. Но протестъ имѣетъ своимъ источникомъ не ошибки ученія, а частью невѣрное пониманіе его, частью же—нѣкоторыя ложныя ассоціаціи идей. Вновь мы встрѣчаемся здѣсь съ психологическимъ закономъ образованія уваженія. Теорія Савиньи оказала, безспорно, громадную услугу юриспруденціи установленіемъ понятія закономѣрности развитія права;—основанная на этомъ вѣра въ теорію распространилась на всѣ составныя части ея. Кромѣ того эта теорія такъ долго излагалась въ той формѣ, противъ которой вооружается Іерингъ, что всѣмъ, въ теченіи десятилѣтій повторявшимъ ее, кажется, что протестъ противъ формы содержитъ въ себѣ также протестъ противъ основнаго принципа. Однако «намъ можетъ казаться (говоритъ англійскій ученый), что принципы, составлявшіе торжество прошедшихъ періодовъ знанія, низвергаются и уничтожаются позднѣйшими открытіями; но на дѣлѣ эти принципы входятъ и включаются въ послѣдующія ученія той долей истины, какая была въ нихъ». (Уэвелль). Многими юристами понятія борьбы и мышленія соединяются съ понятіемъ произвольнаго, тогда какъ процессы мышленія и борьбы, о которыхъ говоритъ Іерингъ, подчиняются дѣйствію психическихъ и соціальныхъ законовъ. Они составляютъ формы, въ которыхъ выражается послѣдовательный ходъ развитія человѣка и общества.—Иногда, какъ, наприм., у нѣкоторыхъ французскихъ

юристовъ, осужденіе теоріи Іеринга исходитъ изъ личныхъ причинъ. въ ней усматриваютъ проповѣдь произвола и видятъ въ этомъ плоды нѣмецкихъ успѣховъ въ послѣдней франко-прусской войнѣ.—Въ заблужденіе можетъ ввести также тонъ, въ которомъ написано сочиненіе Іеринга о борьбѣ за право. Съ перваго раза можно подумать, что авторъ настаиваетъ, во что бы то ни стало, на сохраненіи существующаго правоваго порядка. Но на самомъ дѣлѣ задача помянутаго сочиненія заключается въ томъ, чтобы убѣдить читателя, что борьба есть единственное возможное средство охраны интересовъ.

Но какъ бы то ни было, въ обобщеніяхъ Іеринга мы находимъ тѣ или другія указанія на законы развитія гражданскаго права. Онъ указываетъ намъ на отношеніе, въ которомъ состоитъ право къ другимъ явленіямъ соціальной жизни. *Право относится къ потребностямъ этой жизни какъ средство къ цѣли.* Далѣе Іерингъ ищетъ способъ происхожденія права и указываетъ на необходимую связь, существующую между нимъ и умственнымъ трудомъ человѣка. Право есть произведеніе человѣческаго мышленія, или, что то же, *человѣческое мышленіе есть одно изъ необходимыхъ условій образованія права.* Наконецъ ученіе Іеринга обращаетъ наше вниманіе на то, что *борьба (юридическихъ) идей есть необходимая форма развитія права на всѣхъ стадіяхъ его существованія* (образованіе, примѣненіе и паденіе). Вѣрныя, по всей вѣроятности, относительно всей правовой области, эти обобщенія подтверждены Іерингомъ главнымъ образомъ касательно гражданско-правоваго порядка.

IV. Заключеніе.

§ 10.

Для болѣе подробнаго изложенія мыслей, которыя заняли насъ въ этомъ очеркѣ, слѣдовало бы обратиться къ исторіи юриспруденціи въ Европѣ, начиная съ дѣятельности древнѣйшихъ римскихъ юристовъ и кончая современною юридическою

наукою Два процесса, тѣсно-связанные между собою, заслуживаютъ особаго вниманія въ этой исторіи· вопервыхъ, процессъ развитія отвлеченности юридической мысли и вытекающаго оттуда паростанія обобщеній; и, вовторыхъ, процессъ развитія научнаго самосознанія, приближающагося постепенно къ открытому признанію изученія законовъ за непосредственную цѣль науки.

Также, если обратить вниманіе на выводы французской и англійской юриспруденціи, то легко замѣтить, что, помимо вышеприведенныхъ обобщеній, гражданское правовѣдѣніе обладаетъ еще нѣкоторыми выводами, которые представляютъ большой интересъ въ указанномъ нами отношеніи.

Но пока мы должны ограничиться сказаннымъ на предшествующихъ страницахъ. Онѣ приводятъ насъ къ слѣдующимъ двумъ заключеніямъ. вопервыхъ, задача гражданскаго правовѣдѣнія, какъ науки, состоитъ въ изученіи законовъ развитія гражданскаго права; вовторыхъ, уже при современномъ состояніи нашей науки, когда въ нее еще не проникло съ полною ясностью сознаніе этой задачи, она обладаетъ замѣчательными обобщеніями, которыя указываютъ намъ на законы.

Если мы спросимъ, на какой почвѣ выросли помянутыя обобщенія, то получимъ въ отвѣтъ указаніе главнымъ образомъ на римское право. Издавна римскому праву европейская юриспруденція отдавала особое предпочтеніе. Благодаря этому обстоятельству фактическій матеріалъ римскаго права обработанъ несравненно лучше, нежели право другихъ народовъ.

Для всякаго научнаго изслѣдованія необходимъ прежде всего обильный, хорошо провѣренный запасъ фактовъ. Какъ сказано, такой запасъ цивилистъ имѣетъ особенно въ римскомъ правѣ. Слѣдовательно, приступая къ научному изслѣдованію, онъ долженъ изучить прежде всего это право.

Задача современнаго изученія римскаго гражданскаго права состоитъ въ изложеніи и изслѣдованіи его, какъ матеріала общаго гражданскаго правовѣдѣнія. Какъ изложеніе, выполненіе этой задачи относится къ описательному правовѣдѣнію; какъ научное изслѣдованіе, оно заключаетъ въ себѣ элементы общаго гражданскаго правовѣдѣнія (ср. § 4).

II.

ХАРАКТЕРЪ ПРЕДСТОЯЩАГО ИЗСЛѢДОВАНІЯ.

§ 11.

Связь отраслей соціальной науки.

Мы должны начать съ вопроса, отъ разрѣшенія котораго зависитъ судьба всего дальнѣйшаго изслѣдованія. Какъ сказано выше, римское право должно быть изслѣдовано, какъ матеріалъ для выводовъ общаго гражданскаго правовѣдѣнія. Но спрашивается, въ какой мѣрѣ требованіями строго-научнаго изученія соціальныхъ явленій оправдывается самое выдѣленіе гражданскаго права изъ ихъ среды и образованіе изъ него самостоятельнаго объекта особой науки, которую мы назвали общимъ гражданскимъ правовѣдѣніемъ? Въ виду тѣсной связи всѣхъ группъ соціальныхъ явленій не рациональнѣе было бы совмѣстное изслѣдованіе ихъ безъ всякаго научнаго обособленія?—Другими словами, мы спрашиваемъ, на сколько раціонально существованіе гражданскаго правовѣдѣнія, какъ особой отрасли науки объ обществѣ.

Обстоятельство, служащее поводомъ къ постановкѣ этого вопроса заключается именно въ существованіи вышепомянутой связи всѣхъ соціальныхъ явленій,—связи, которая простирается одинаково и на гражданское право. Общество состоитъ изъ людей; общественная или соціальная жизнь есть совокупность дѣятельности ихъ, какъ членовъ общества. Эта дѣятельность образуется двумя родами факторовъ: внутренними,—свойствами

индивидовъ, составляющихъ общество, и внѣшними,—условіями, ихъ окружающими. Обобщая эти факторы, мы получаемъ въ концѣ концовъ природу человѣка и среду, его окружающую. Если бы въ составѣ этихъ факторовъ можно было найти различіе, соотвѣтствующее различію соціальныхъ явленій,—если бы можно было указать на то, что каждой данной области соціальной жизни (экономической, моральной, юридической, и т д.) соотвѣтствуютъ особыя способности человѣка и особые элементы среды, которые управляютъ самостоятельно соотвѣтствующею областью, то тогда соціальная наука должна была бы распасться на нѣсколько самостоятельныхъ отдѣловъ, по числу открытыхъ нами отдѣловъ въ строеніи человѣческой природы и среды, и соотвѣтствующихъ имъ областей соціальной жизни. Но мы не въ состояніи доказать что-либо, подобное предположенному условію. Напротивъ, самое поверхностное изученіе общества убѣждаетъ насъ въ томъ, что всѣ стороны жизни его находятся въ нѣкоторомъ отношеніи ко всѣмъ способностямъ человѣка и элементамъ среды. Умственныя, нравственныя, физическія способности человѣка, физическіе, этнографическіе и политическіе элементы среды участвуютъ въ образованіи, движеніи и разрушеніи всей соціальной жизни. Военная, экономическая, политическая, юридическая, моральная, религіозная, научная, художественная дѣятельность народовъ управляется одними и тѣми же внутренними и внѣшними факторами. Существуетъ только различіе въ способахъ ихъ комбинаціи, соотвѣтственно съ чѣмъ измѣняется ихъ значеніе въ образованіи случаевъ различнаго рода. Если даже какая-либо сфера соціальной дѣятельности вызываетъ въ прикосновенныхъ къ ней лицахъ и классахъ образованіе особыхъ, спеціальныхъ способностей (напримѣръ, искусство анализа юридическихъ понятій у юристовъ), либо производитъ какое-либо особое приспособленіе среды (наприм., пути сообщенія), то такія спеціальныя условія дѣйствуютъ все-таки не иначе, какъ совмѣстно съ прочими условіями культуры. Кромѣ того спеціальныя условія легко могутъ распространить свое вліяніе за предѣлы области, которая произвела ихъ. Такъ, умъ, опытный въ анализѣ юридическихъ понятій, переноситъ свое искусство

въ какую-либо другую сферу; военная дорога обращается въ торговую и т. п. Вообще производные факторы, т.-е. факторы, которые образованы самымъ ходомъ общественнаго развитія, обладаютъ столь же общимъ значеніемъ, какъ и первоначальные факторы. Каждый результатъ соціальной дѣятельности индивидовъ и ихъ группъ становится условіемъ образованія послѣдующихъ результатовъ ея, не только однородныхъ съ нимъ, но и разнородныхъ. Такимъ образомъ, напримѣръ, какой-либо экономическій институтъ служитъ условіемъ развитія послѣдующихъ соціальныхъ явленій, какъ экономическихъ, такъ и юридическихъ, нравственныхъ и др.—По свойствамъ существующаго въ дѣйствительности порядка общественной жизни изученіе развитія любаго соціальнаго явленія или цѣлой категоріи ихъ въ результатѣ приводитъ къ однимъ и тѣмъ же источникамъ, какъ первоначальнымъ, такъ и производнымъ. Это обстоятельство сближаетъ отдѣльныя науки. Правовѣдѣніе, напримѣръ, будетъ весьма неполно, если не коснется отношенія права къ прочимъ областямъ соціальной жизни, оставляя въ то же время мѣсто для изученія тѣхъ же отношеній въ наукахъ, которыя занимаются этими областями. Слѣдовательно, не можетъ быть рѣчи о такомъ обособленіи частей соціальной науки, при которомъ предметъ каждой изъ нихъ стоялъ бы вполнѣ особнякомъ.

§ 12.

Невозможность полнаго обособленія гражданскаго правовѣдѣнія.

Оставивъ въ сторонѣ другія области соціальныхъ явленій и остановивъ свое вниманіе на гражданскомъ правѣ, мы находимъ, что оно составляетъ произведеніе всѣхъ вообще факторовъ культуры и обусловливается въ своемъ развитіи развитіемъ прочихъ областей этой послѣдней. Знакомство съ исторіей любаго гражданскаго института даетъ массу разнообразныхъ указаній на это обстоятельство. Различіе можетъ состоять только въ томъ, что на однихъ институтахъ прослѣдить это легко, на другихъ труднѣе. Наблюдая, напримѣръ, историческое развитіе такого, относительно молодаго института, каково авторское право или

такъ-называемая литературная собственность,—пробѣгая послѣдовательно періодъ исключительной защиты издателей, потомъ періодъ образованія юридическаго признанія правъ авторовъ и наконецъ современное положеніе вопроса объ этомъ предметѣ, мы встрѣчаемся съ большимъ числомъ соціальныхъ факторовъ, обладающихъ общимъ значеніемъ. Техническія условія книгопечатанія и состояніе общественной морали въ эпоху его первоначальнаго распространенія въ связи съ основнымъ стимуломъ промышленной дѣятельности,—стремленіемъ къ гарантіи полученія выгодъ со своего труда, объясняютъ намъ возникновеніе первоначальной потребности въ институтѣ литературной собственности. Въ политическомъ строѣ начала новаго времени мы находимъ объясненіе того, почему издатели должны были искать помощи у правительства и почему эта помощь была оказана въ формѣ административныхъ привиллегій, вмѣстѣ съ тѣмъ политическій строй Германіи объясняетъ, почему въ этой странѣ на развитіе литературной собственности не имѣли большаго вліянія факторы, которые играли значительную роль во Франціи и Англіи. Состояніе политической морали разъясняетъ намъ мотивы, которые заставили правительство откликнуться на призывъ издателей, а также то сплетеніе общихъ и эгоистическихъ выгодъ, къ которымъ оно стремилось, даруя издателямъ свою защиту. Далѣе многократно мы находимъ разгадку интересовавшихъ насъ явленій въ общихъ законахъ развитія идей. Такъ, мы находимъ, что форма привиллегій служитъ лишь частнымъ выраженіемъ казуальнаго способа формулированія, общаго всѣмъ нормамъ, на первой ступени ихъ развитія. Разрушительное вліяніе, которое оказываетъ на творческую способность суда продолжительное и упорное заимствованіе готоваго права изъ чуждыхъ источниковъ, объясняетъ слабое участіе нѣмецкаго и частью французскаго суда въ казуальномъ образованіи литературной собственности. Такъ какъ обширная практика и наличность нѣкоторой способности къ обобщенію служатъ условіями образованія общей нормы, то мы понимаемъ, почему слѣды ея въ области литературной собственности встрѣчаются уже начиная съ 17 столѣтія, не смотря на всѣ другія неблагопріятныя для

того вліянія. Такъ какъ руководящія идеи не измѣняются сразу, и, слѣдовательно, авторы не сразу отвыкли отъ стараго порядка, при которомъ авторскій гонораръ не имѣлъ мѣста,— такъ какъ далѣе нормы образуются соразмѣрно съ неудовлетворенными потребностями, не забѣгая имъ впередъ, то сначала мы не видимъ авторскаго права не только на практикѣ, но даже въ самой идеѣ его. Законъ борьбы интересовъ,- этотъ могущественнѣйшій двигатель соціальныхъ явленій поясняетъ намъ порядокъ, въ которомъ совершалось рожденіе и дальнѣйшее развитіе авторскаго права. Мы видимъ, какимъ образомъ промышленная сила, первоначально безропотно сносившая эксплоатацію правительства ради полученія какой-либо помощи отъ него, окрѣпнувъ подъ его поощреніемъ, вступаетъ потомъ въ открытую борьбу съ бывшимъ своимъ покровителемъ. Мы видимъ, какъ покровительство стяжаніямъ увеличиваетъ вообще стремленіе къ нимъ, и какъ сначала книгопродавцы, а позднѣе авторы требуютъ безграничнаго расширенія дарованныхъ имъ правъ. Чтобы разрѣшить вопросъ о значеніи подобнаго расширенія, вопросъ, волнующій умы вплоть до настоящаго времени, надо было бы поднять общій вопросъ объ отношеніи гражданскаго права къ общественнымъ интересамъ; а онъ, въ свою очередь, привелъ бы насъ къ задачѣ еще болѣе общей,—именно къ вопросу объ общемъ отношеніи лица и общества *).

Если бы вмѣсто литературной собственности, которая существуетъ всего не болѣе четырехъ столѣтій и служитъ потребностямъ относительно ограниченнаго круга лицъ, мы избрали бы институтъ, существующій болѣе продолжительное время и удовлетворяющій потребностямъ несравненно большей массы лицъ,—если бы, напримѣръ, мы остановились на частной поземельной собственности, то, вѣроятно, цѣлаго десятка страницъ не достало бы для одного обстоятельнаго перечисленія

---

*) Изложенная характеристика историческаго развитія авторскаго права сдѣлана параллельно болѣе подробной характеристикѣ того же предмета, которую читатель найдетъ въ моей статьѣ: „*Авторское право*“, Юридич. Вѣстн 1879 г., № 3.

соціальныхъ факторовъ, которые управляли и управляютъ ея развитіемъ, и для самаго краткаго обозначенія результатовъ ихъ вліянія. Густота населенія и плодородіе почвы, постепенные успѣхи земледѣлія, скотоводства и строительнаго искусства, степень умственнаго и нравственнаго развитія отдѣльныхъ лицъ и классовъ населенія, борьба интересовъ внутри городскихъ и сельскихъ общинъ, внѣшнее давленіе, производимое на нихъ военнымъ, торговымъ и промышленнымъ сословіями сообразно съ политическимъ состояніемъ страны, торговымъ и промышленнымъ развитіемъ ея, вліяніе юридическихъ и экономическихъ идеаловъ, занесенныхъ извнѣ, соображенія государственнаго блага, интересы культуры, толкуемые въ наиболѣе широкомъ смыслѣ,—все это, разлагаясь въ свою очередь на составные факторы и въ сопровожденіи другихъ первоначальныхъ и производныхъ факторовъ, нашло бы мѣсто въ предположенномъ очеркѣ.—Изученіе каждаго другаго гражданскаго института,—если только дѣло не идетъ о какой-либо частной нормѣ, выведенной логически изъ болѣе общаго принципа, приводитъ къ подобнымъ же результатамъ. Да и самый процессъ логическаго выведенія въ такомъ случаѣ легко можетъ стать подъ вліяніе условій, которыя не составляютъ исключительной принадлежности гражданско-правовой или даже всей юридической области (объективизмъ мышленія, консерватизмъ, формализмъ).—Потребность, которая даетъ толчекъ къ исканію нормы,—содержаніе нормы и сила, съ которою она выражается,—настроеніе и способность правообразующихъ органовъ, отношеніе къ искомой нормѣ различныхъ классовъ общества и высшей государственной власти, характеръ комбинацій, которыя направляютъ развитіе нормы послѣ ея рожденія,—всѣ эти существенные моменты исторіи каждой гражданской нормы и каждаго гражданскаго института составляютъ продуктъ предшествующей и сопровождающей ихъ культуры. Потому изученіе гражданскаго права или какой-либо части его можетъ быть плодотворно только тогда, когда мы изучаемъ его не какъ таковое, но какъ одно изъ выраженій всей соціальной жизни даннаго общества, либо ряда обществъ.—Такимъ образомъ не можетъ быть рѣчи объ отдѣленіи гражданскаго

правовѣдѣнія изъ прочихъ отраслей соціальной науки въ смыслѣ какого-либо обособленія его. Объяснить гражданское право какъ фактъ соціальной жизни можно только при помощи психологіи, общей соціологіи, политической экономіи и т. д. Гражданское правовѣдѣніе не занимается явленіями и факторами, которыми въ то же время не были бы заинтересованы многія другія науки. При объясненіи явленій оно не можетъ обойтись безъ помощи указаній, которыя проливаются общими психическими и соціальными законами.

§ 13.

Распространеніе сказаннаго на догму гражданскаго права.

Кто смотритъ на задачи гражданскаго правовѣдѣнія, не возвышаясь надъ обще-распространеннымъ воззрѣніемъ на этотъ предметъ, тотъ, можетъ быть, не оставитъ безъ возраженія все вышесказанное. Онъ замѣтитъ, пожалуй, что мы не можемъ найти точной границы между гражданскимъ правовѣдѣніемъ и другими соціальными науками потому, что опредѣляемъ неправильно область гражданскаго правовѣденія и вносимъ туда то, что образуетъ достояніе другихъ наукъ. По взгляду подобнаго критика, истинная задача гражданскаго правовѣдѣнія должна ограничиваться *догмою* гражданскаго права, т. е. систематизаціею современныхъ гражданскихъ нормъ, подлежащихъ примѣненію на практикѣ при разрѣшеніи гражданскихъ казусовъ. Исторію гражданскаго права онъ признаетъ юридическою наукою лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ она можетъ быть полезна непосредственно для догмы.—Хотя этотъ взглядъ мы могли бы оставить безъ разбора, такъ какъ онъ касается практическаго изученія гражданскаго права,—задача же настоящаго сочиненія заключается въ осуществленіи тѣми или иными путями объективно-научнаго изученія названнаго предмета, однако нѣкоторыя замѣчанія, не будучи необходимы, все-таки не безполезны.

Прежде всего надо сказать, что, оставаясь на почвѣ практическихъ стремленій, нельзя ограничиться одною догмою. Кромѣ примѣненія права существуетъ еще другое, практическое дѣло юриспруденціи—реформа существующаго и созданіе новаго права. Если же въ этомъ дѣлѣ наука будетъ призвана на помощь,—а нѣтъ причины, по которой слѣдовало бы отвергнуть изученіе гражданскаго права съ этой стороны, то оно не будетъ въ состояніи обойтись безъ широкаго изученія общихъ соціальныхъ факторовъ. Если только юриспруденція поднимется надъ обыденною политикою, какъ простымъ практическимъ искусствомъ,—(въ противномъ случаѣ же она не станетъ наукою), то исканіе отвѣта на вопросъ, какъ улучшить современное гражданское право, приведетъ необходимо къ изслѣдованію общихъ причинъ образованія и условій существованія его. Что случилось съ Савиньи, когда онъ поднялъ вопросъ о необходимости и полезности кодификаціи, то случается и должно случиться съ каждымъ цивилистомъ, который рѣшается обдумать практическій вопросъ права теоретически. Савиньи пришелъ къ изслѣдованію общихъ законовъ формулированія права; а его послѣдователь придетъ къ изслѣдованію общихъ законовъ развитія того гражданскаго института, надъ преобразованіемъ котораго ему придется задуматься. Эти общіе законы не могутъ быть ничѣмъ инымъ, какъ произведеніемъ соціальныхъ факторовъ, которые обладаютъ самымъ общимъ значеніемъ. Изслѣдованіе въ области политики гражданскаго права всегда сведется на объективно-научное изслѣдованіе и, слѣдовательно, не можетъ разсчитывать на обособленность, бо́льшую той, которая можетъ быть свойственна этому послѣднему.—Но оставимъ въ сторонѣ законодательную политику гражданскаго права и посмотримъ, не будетъ-ли предположенный нами критикъ имѣть болѣе шансовъ на успѣхъ на почвѣ того воззрѣнія, которымъ онъ непосредственно руководится.

Съ перваго взгляда можетъ показаться, что, ограничивъ основную задачу гражданскаго правовѣдѣнія догматическою разработкою гражданскаго права, т. е. приведеніемъ дѣйствующихъ гражданскихъ нормъ въ систему, которая облегчила

бы по возможности ихъ примѣненіе въ судѣ, мы обособляемъ совершенно нашу науку отъ другихъ соціальныхъ наукъ Въ самомъ дѣлѣ, ограничившись помянутою почвою, долгое время она существовала въ такомъ обособленіи. Но опытъ указалъ на практическую несостоятельность его. Ставъ въ изолированное положеніе, догма гражданскаго права не могла разрѣшить съ успѣхомъ свою непосредственную задачу. — Догматическая работа стремится къ точному опредѣленію юридическихъ понятій и обобщенію ихъ, къ опредѣленію данныхъ нормъ и сведенію ихъ къ общимъ принципамъ, къ расположенію ихъ въ правильный порядокъ и взаимному соподчиненію ихъ, наконецъ къ пополненію пробѣловъ, которые окажутся въ созданной такимъ образомъ системѣ. *Каждая изъ этихъ частей догматической работы нуждается въ помощи объективно-научнаго изученія гражданскаго права.*—Такъ, чтобы сдѣлать вѣрное *опредѣленіе* какого-нибудь института, надо открыть дѣйствительное соотношеніе различныхъ его признаковъ. Догматическое опредѣленіе не назначено для того, чтобы отличить какъ-нибудь опредѣляемый институтъ отъ другаго. Напротивъ оно служитъ юристу указаніемъ на то, въ какомъ соотношеніи находятся различныя свойства института. Подчиняясь этому указанію, юристъ стремится къ поддержанію того же соотношенія на практикѣ. Если же указаніе сдѣлано невѣрно, то и практика юриста получитъ невѣрное направленіе: онъ будетъ стремится къ осуществленію такого соотношенія различныхъ свойствъ института, которое противорѣчитъ его природѣ. Слѣдовательно, для того, чтобы догматическое опредѣленіе могло удовлетворить своему назначенію, необходимо, чтобы оно было выведено изъ изученія природы института; другими словами, необходимо изученіе всего развитія его. Только такимъ путемъ познается источникъ различныхъ свойствъ института, ихъ значеніе и взаимное соотношеніе. При пренебреженіи этимъ путемъ легко впасть въ односторонности, отдавъ излишнее предпочтеніе свойству, почему-либо бросившемуся въ глаза. Ничто, напримѣръ, не кажется проще и вѣрнѣе опредѣленія: право собственности есть полное юридическое господство надъ вещью. Съ точки зрѣнія этого опредѣле-

нія, каждое стѣсненіе собственника представляется не иначе, какъ ограниченіе права собственности,—какъ нѣкоторая измѣна логическому совершенству понятія. Отсюда возникаетъ недружелюбное отношеніе юриста къ ограниченіямъ собственности на практикѣ и стремленіе его къ строгому толкованію ихъ. Въ полномъ неограниченномъ господствѣ надъ вещью юристъ видитъ единственный нормальный типъ собственности и блюдетъ за его чистотою въ дѣйствительной жизни. Между тѣмъ историко-культурное изученіе права собственности обнаруживаетъ, что «ограниченія» его не составляютъ чего-либо враждебнаго ему по своей природѣ, но вытекаютъ изъ тѣхъ же источниковъ, какъ и сама собственность. Обѣ формы обладанія вещами — частная и совмѣстная или общая служатъ въ рукахъ общества орудіями для одинаково-важныхъ цѣлей и потому обѣ заслуживаютъ одинаковаго вниманія. Мы узнаемъ, что право собственности, подобно каждому другому праву, есть лишь средство къ достиженію нѣкоторыхъ культурныхъ цѣлей и должно оцѣниваться съ точки зрѣнія этихъ цѣлей. Познаніе же цѣлей и ихъ соотношенія пріобрѣтается чрезъ изученіе права, какъ соціальнаго явленія.—Переходя къ слѣдующей стадіи догматической работы, мы должны сказать то же самое. Какъ опредѣленіе, такъ и формула, выражающая норму, служитъ юристу-практику руководствомъ, а потому должно передавать ее согласно съ ея истинною природою. Догматикъ долженъ передать норму такъ, чтобы юристъ, которымъ онъ руководитъ, получилъ вѣрное представленіе о функціи, для выполненія которой норма назначена. Познаніе же этой функціи для своего осуществленія требуетъ историко-культурнаго изслѣдованія нормы. Если бы передъ тѣмъ, какъ увлечься требованіемъ пандектнаго права относительно необходимости передачи вещи для пріобрѣтенія ея въ собственность по куплѣ, русскіе суды задались вопросомъ о реальномъ смыслѣ этого требованія, то безъ труда они нашли бы, что, по русскимъ законамъ, функція передачи выполняется уже купчею крѣпостью. Тогда они отказали бы вводу во владѣніе въ томъ обременительномъ для гражданскаго оборота значеніи, которое придается ему теперь. Если бы принципъ раздѣленія

властей понимали въ томъ смыслѣ, который одинъ соотвѣтствуетъ мотивамъ, вызвавшимъ и поддерживающимъ его, то гражданскіе суды не гнушались бы обладаніемъ нѣкоторой доли распорядительной власти. Тогда не существовало бы въ судебной практикѣ того диковиннаго абсурда, по которому искъ объ ущербахъ удовлетворяется въ уголовномъ судѣ гораздо справедливѣе, нежели въ судѣ гражданскомъ. Тогда требованія индивидуализаціи судебныхъ рѣшеній, присущія каждому развитому праву, не обходились бы съ пренебреженіемъ. и исчезъ бы, напримѣръ, культъ письменнаго формализма, который, вызывая подражаніе со стороны низшихъ, народныхъ судовъ, только развращаетъ народъ, отучая его отъ добросовѣстности и пріучая къ буквоѣдству. Вообще, если бы судьи ознакомились со свойствами соціальной роли, которую исполняетъ судъ въ исторіи развитія человѣчества, если бы ими было сознано ясно, какимъ могучимъ факторомъ въ образованіи соціальнаго порядка является вся совокупность произносимыхъ судебныхъ рѣшеній (ибо она вызываетъ соотвѣтствующую совокупность отношеній между людьми), то мы встрѣтились бы съ такою массою послѣдствій этого переворота въ судебномъ міросозерцаніи, предусмотрѣть которую рѣшительно нѣтъ возможности.—Все сказанное относится, очевидно, и къ построенію общихъ понятій и принциповъ путемъ переработки частныхъ опредѣленій и нормъ.—Точно такъ же оно относится къ построенію системы. Задача правильной догматической системы состоитъ въ томъ, чтобы, будучи размѣщено въ ея рамкахъ, гражданское право производило впечатлѣніе, согласное съ его природою. Слѣдовательно, предварительно надо изучить эту природу.—Наконецъ не требуется, кажется, особыхъ разъясненій для того, чтобы заключить, что то же необходимо для восполненія пробѣловъ закона,—необходимо болѣе, можетъ быть, чѣмъ для выполненія другихъ догматическихъ задачъ. Восполнять законъ значитъ созидать новое право, но трудно созидать, не отдавая себѣ отчета въ томъ, почему и зачѣмъ это нужно.

Безъ сомнѣнія догматикъ не обязанъ относиться ко всѣмъ постановленіямъ положительнаго права съ одинаковымъ ува-

женіемъ. Онъ имѣетъ право на ихъ критику и преднамѣренное измѣненіе, которое, смотря по обстоятельствамъ, совершается или открыто, или скрыто,—въ формѣ искусственной интерпретаціи. Но, такъ какъ это измѣненіе не должно совершаться произвольно, то уполномочить къ нему можетъ лишь глубокое изученіе и вѣрная историко-культурная оцѣнка измѣняемаго института, нуждъ, требующихъ его измѣненія, и реформы, предлагаемой ради удовлетворенія ихъ.

Въ исторіи юриспруденціи каждаго народа бываетъ время, когда всѣ названныя функціи догмы исполняются помимо всякой отвлеченной работы непосредственнымъ путемъ судебной практики. Тогда примѣненіе и творчество права сливаются въ одинъ нераздѣльный процессъ. «Нормы гражданскаго права формулируются въ судебной сферѣ по поводу и ради каждаго отдѣльнаго казуса, къ разрѣшенію котораго и примѣняются. Главный стимулъ, руководящій юридическимъ изслѣдованіемъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, заключается въ необходимости удовлетворенія наличной практической потребности. Развивающаяся постепенно любознательность еще не измѣняетъ характера правовѣдѣнія, но способствуетъ даже развитію его казуальности, прибавляя вымышленные казусы къ дѣйствительнымъ. На этой ступени развитія юриспруденціи нѣтъ различія теоріи и практики; и юриспруденція представляется практическимъ искусствомъ. Образованіе права предполагаетъ живую, непосредственную связь юриста съ жизнью и самостоятельность его правоваго чувства относительно возможныхъ посторонніхъ вліяній. — Но названныя условія почти не существуютъ въ современной намъ юридической жизни. Юридическое мышленіе каждаго образованнаго народа находится теперь подъ давленіемъ ряда посторонніхъ вліяній и теоретическихъ идеаловъ, которые заковали европейскую цивилизацію еще въ самомъ началѣ ея. Наше правовое чувство образуется этими идеалами столько же, сколько и потребностями жизни, окружающей насъ. Столь перѣдкое столкновеніе идеаловъ съ дѣйствительностью устраняетъ всякую возможность идти въ дѣлѣ юридическаго творчества исключительно путемъ непосредственнаго приспособленія къ обстоятельствамъ, которымъ

шли, напримѣръ, римскіе юристы » *) Современная юриспруденція вынуждена обратиться къ отвлеченной работѣ надъ правомъ. Она должна опредѣлять, обобщать, выводить, систематизировать, критиковать. Она ищетъ стройную и цѣльную догму. Но, обратившись однажды къ построенію этой послѣдней, необходимо выполнить все, что требуется для успѣшнаго осуществленія его.

§ 14.

Характеръ необходимаго обособленія гражданскаго правовѣдѣнія

Все сказанное въ предшествующихъ §§ ведетъ къ тому заключенію, что, выдѣливъ гражданское право въ предметъ особаго изученія, мы напрасно надѣялись бы разложить его исключительно на элементы, которые остаются неизвѣстны при изученіи другихъ соціальныхъ явленій. Гражданское правовѣдѣніе изучаетъ не какой-либо особый міръ дѣятелей, но тотъ же самый міръ, который изучается съ другой стороны другими соціальными науками. Всѣ остатки противоположнаго воззрѣнія, когда-то царствовавшаго въ юриспруденціи и по сіе время не потрясеннаго вполнѣ до его основаній, должны быть отвергнуты нами.—Разумѣя подъ гражданскимъ правомъ совокупность извѣстнаго рода юридическихъ нормъ, это воззрѣніе предполагаетъ, что онѣ сводятся на одно какое-либо начало или принципъ, который служитъ имъ ихъ самобытнымъ источникомъ. По такому взгляду исторія гражданскаго права есть не что иное, какъ постепенное осуществленіе предполагаемаго основнаго принципа въ дѣйствительности,—одновременное движеніе его логическаго и реальнаго развитія. Коренная ошибка состоитъ здѣсь въ томъ, что предполагается существованіе причиннаго соотношенія между двумя различными выраженіями одного и того же предмета, какъ между двумя различными предметами. Именно, въ общемъ принципѣ усматриваютъ ис-

*) См. мою книгу: „*Очерки общей теоріи гражданскаго права*,“ 1877, стр. 188 и сл.

точникъ частныхъ нормъ. Но общій принципъ, по существу своему, составляетъ только обобщенное выраженіе ихъ. Обобщая нормы, мы не издаемъ и не открываемъ ничего новаго, но только упрощаемъ передачу ихъ. Потому нельзя сказать, что общій принципъ существуетъ ранѣе частныхъ нормъ и что онѣ получаются изъ него. Общій принципъ существуетъ настолько, насколько существуютъ обобщенныя въ немъ нормы, которыя открыто или скрытно подразумѣваются уже при самомъ актѣ обобщенія. Источникъ же нормъ заключается не въ принципахъ, но въ общихъ соціальныхъ факторахъ.

Воспользуемся же этимъ, уже многократно повтореннымъ положеніемъ для окончательнаго вывода. Несомнѣнно, что природа каждаго отдѣльнаго фактора познается лучше, когда онъ изучается во всѣхъ своихъ выраженіяхъ. Если данный факторъ имѣетъ значеніе какъ въ экономической, такъ и юридической сферѣ, то только совмѣстное изученіе экономическихъ и юридическихъ явленій объяснитъ намъ вполнѣ этотъ факторъ и вмѣстѣ съ тѣмъ прольетъ наибольшій свѣтъ на результаты его дѣйствія. Кромѣ того, такъ какъ каждое соціальное явленіе одной группы можетъ служить производнымъ факторомъ соціальныхъ явленій прочихъ группъ, то только совмѣстное изученіе всѣхъ явленій можетъ дать вполнѣ вѣрные результаты. Изученіе одного или многихъ факторовъ, сосредоточенное на части ихъ проявленій, рискуетъ, стало быть, многими ошибками. Но, такъ какъ именно подобное изученіе предпринимается въ настоящемъ сочиненіи, то (на основаніи сказаннаго) мы вправѣ заключить о большой несостоятельности его.

Однако такой выводъ былъ бы слишкомъ поспѣшенъ. Все сказанное нами выше не уничтожаетъ совершенно необходимости въ обособленіи изученія гражданскаго права, равно какъ оно не уничтожаетъ того же относительно изученія всякой другой области соціальныхъ явленій. Необходимость въ раздѣленіи научнаго труда и выгоды, обусловленныя этимъ раздѣленіемъ, остаются нетронутыми во всемъ предшествующемъ разсужденіи. Интересы раздѣленія труда все-таки даютъ намъ полное право на отдѣленіе гражданскаго правовѣдѣнія. Но предшествующее разсужденіе указываетъ на то, каковъ долженъ

быть истинный характеръ такого отдѣленія. Должно запомнить твердо, что оно вызывается вовсе не обособленностью изучаемыхъ явленій, но исключительно интересами раздѣленія научнаго труда. Въ такомъ случаѣ въ нашемъ распоряженіи останутся всѣ средства къ устраненію невыгодъ, которыя происходятъ отъ выдѣленія гражданскаго права въ предметъ особаго изученія. Сдѣлать гражданское право исключительнымъ предметомъ изслѣдованія не значитъ ограничить преднамѣренно кругъ своей мысли одною областью гражданско-правовыхъ явленій. Напротивъ, постоянно надо смотрѣть на нихъ, какъ на частное выраженіе, какъ только на «сторону» всей соціальной жизни, и потому мыслить о нихъ, не разрывая этой связи. При объясненіи происхожденія какихъ-либо явленій чрезъ дѣйствіе какого-либо фактора, надо выяснить точно общую природу этого фактора и для сравненія принять во вниманіе его дѣйствіе въ предѣлахъ другихъ соціальныхъ областей. Вліяніе гражданско-правовыхъ явленій на развитіе прочихъ соціальныхъ явленій и вліяніе этихъ послѣднихъ на развитіе гражданско-правовыхъ явленій не должно быть никогда упускаемо изъ виду. При формулированіи какого-либо закона развитія гражданскаго права, должно испробовать этотъ законъ и въ другихъ соціальныхъ сферахъ. Держась такого образа дѣйствій, мы парализуемъ особенныя невыгодныя стороны принятаго нами выдѣленія предмета изслѣдованія. Конечно, невозможно избѣгнуть ошибокъ совершенно. Но онѣ появятся лишь на столько, на сколько вообще съуживаніе круга зрѣнія и нѣкоторая односторонность взгляда неизбѣжны при каждой спеціализаціи труда. Важно же то, что мы сохранимъ вѣрный характеръ нашего руководящаго воззрѣнія и отношенія къ изучаемымъ явленіямъ. Это будетъ то же воззрѣніе и отношеніе, которыя свойственны общему соціальному изслѣдованію.

При такомъ воззрѣніи и отношеніи интересы раздѣленія научнаго труда примиряются съ интересами научнаго изслѣдованія соціальныхъ явленій. Выдѣленіе гражданскаго права въ предметъ особаго *научнаго* изслѣдованія окажется осуществимымъ, если удержится на почвѣ этого примиренія.

III.

ПЛАНЪ ИЗСЛѢДОВАНІЯ.

§ 15.

Если мы примемся за осуществленіе задачи, которая опредѣлена выше, то мы должны будемъ слѣдовать такому плану

1. Прежде всего мы должны опредѣлить, что мы разумѣемъ подъ гражданскимъ правомъ,—предметъ, частную форму котораго, существовавшую въ Римѣ, мы намѣрены изучить. Это опредѣленіе и составитъ содержаніе перваго отдѣла нашей работы.

По необходимости, первый отдѣлъ долженъ стать нѣсколько обширнымъ. До сихъ поръ названіе «гражданское право» не имѣетъ значенія, опредѣленнаго вполнѣ точно. Подобное значеніе еще не выработано наукой; и мы должны остановиться на его выработкѣ, руководясь при этомъ какъ стремленіемъ пополнить вышеозначенный пробѣлъ, такъ и простымъ желаніемъ не подавать повода къ возникновенію какихъ-либо недоразумѣній касательно предмета предстоящаго изученія.

Такъ какъ въ наукѣ не выясненъ вполнѣ не только смыслъ названія «*гражданское* право», но и смыслъ названія «*право*», то опредѣленію гражданскаго права должно предшествовать общее опредѣленіе права.

Главная особенность опредѣленій, которыя должны быть предложены въ первомъ отдѣлѣ этого труда, состоитъ въ томъ, что вмѣсто совокупности юридическихъ нормъ подъ правомъ

разумѣется совокупность юридическихъ отношеній (правовой порядокъ). Нормы же представляются, какъ нѣкоторый атрибутъ порядка.

2. За опредѣленіями права и гражданскаго права должна слѣдовать критика системы, въ которой обыкновенно излагается гражданское правовѣдѣніе. Эта критика обнаружитъ многіе недостатки господствующей классификаціи, которые впрочемъ всѣ сводятся къ одному—ея научной безпринципіальности. Такимъ образомъ, второй отдѣлъ нашего труда приведетъ насъ къ необходимости искать и найти обобщеніе, которое дало бы намъ научное начало классификаціи явленій изъ міра гражданскаго права.

3. Эта задача должна быть разрѣшена въ третьемъ отдѣлѣ. Искомое обобщеніе гласитъ, что гражданско-правовой порядокъ есть ступень послѣдовательнаго развитія соціальнаго порядка вообще. Мы должны изслѣдовать дѣятелей и факторы этой стадіи развитія и законы, кои управляютъ ихъ дѣятельностью.

4. Совокупность дѣятелей, которые создаютъ и движутъ гражданское право, составляетъ *гражданское общество*. Въ ученіе объ этомъ предметѣ войдетъ, въ исправленномъ и дополненномъ видѣ, многое, что, несмотря на свою внутреннюю связь, разбрасывается въ существующихъ курсахъ по различнымъ отдѣламъ такъ-называемой «общей» части (источники права, субъекты права, юридическія сдѣлки) и ученіе о гражданскомъ процессѣ.

5. Потомъ мы должны обратиться къ факторамъ или стимуламъ, которые управляютъ «дѣятелями» въ процессѣ развитія гражданскаго права. Параллельно опредѣленію факторовъ должно изложить институты, произведенные ими.—По фактическому своему содержанію, этотъ отдѣлъ во многомъ, но далеко не вполнѣ, соотвѣтствуетъ «особенной» части существующихъ курсовъ.

6. Наконецъ надо сдѣлать попытку формулированія общихъ и частныхъ законовъ, по которымъ дѣйствуютъ вышеозначенные дѣятели и факторы, или, что то же,—законовъ развитія гражданскаго права.

Послѣ всего этого можно попытаться извлечь изъ добытыхъ

нами результатовъ нѣкоторыя практическія указанія,—переступая такимъ образомъ изъ области объективно-научнаго изслѣдованія гражданскаго права въ область его политики, законодательной и судебной. Но выполненію этой задачи должно будетъ предшествовать изложеніе историческаго развитія гражданской юриспруденціи съ точки зрѣнія пріемовъ, которыми она руководилась.

Конечно, болѣе подробныя разъясненія этого плана частью должны быть предложены при его исполненіи въ своемъ мѣстѣ, частью же они будутъ явствовать изъ самаго хода изложенія и изслѣдованія. Что касается до этой книги, то въ ней содержится опытъ исполненія перваго отдѣла опредѣленія права и гражданскаго права. Остальные отдѣлы, если имъ суждено появиться въ свѣтъ, выйдутъ въ формѣ отдѣльныхъ сочиненій.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПРАВА.

Нельзя вѣрно опредѣлить „справедливость“, не сведя ее въ концѣ-концовъ на законъ, авторитетъ, или, по крайней мѣрѣ, на мнѣніе людей, имѣющихъ власть повелѣвать,—опредѣленіе, которое всегда встрѣчалось худо, потому что оно указываетъ, какъ на существенное свойство справедливости, на тотъ фактъ, что она создана закономъ и мнѣніемъ. Но, въ интересахъ истины, мы должны стать въ противорѣчіе съ обычными предразсудками.

Бэнъ, *Логика*, II, кн. IV, гл. 2, § 6.

I.

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЯ ЗАМѢЧАНІЯ.

§ 16.

Предметъ гражданскаго правовѣдѣнія принадлежитъ къ области соціальныхъ отношеній.

Предметъ соціальныхъ наукъ составляетъ жизнь человѣка, какъ члена общества. Всѣ формы человѣческаго существованія, которыя мы соединяемъ обыкновенно подъ общимъ именемъ общества, образуются тою или иною группировкою проявленій этой жизни. Они состоятъ частью изъ актовъ самого человѣка, частью изъ случаевъ воздѣйствія, которое оказывается на него окружающею средою. Такъ, напримѣръ, семья образуется рядомъ своеобразныхъ событій, въ которыхъ члены семьи играютъ роль активную или пассивную, и которыя возможны во всей ихъ совокупности и продолжительности только въ семьѣ.

События, о коихъ мы ведемъ рѣчь, служатъ предметомъ соціологіи на столько, на сколько они обусловлены принадлежностью человѣка къ обществу. Соціолога интересуетъ не явленіе само по себѣ, но *необходимость* его въ данной общественной сферѣ при данныхъ условіяхъ ея существованія.

Вмѣстѣ съ тѣмъ соціологъ не въ состояніи наблюдать жизнь общественнаго союза (напримѣръ, семьи) въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ,—не говоря уже о наблюденіи каждаго отдѣльнаго событія. Соціологъ сосредоточиваетъ свое вниманіе на относительно немногихъ случаяхъ существованія союза

и на явленіяхъ, наиболѣе распространенныхъ въ каждый данный періодъ.

Такимъ образомъ онъ изучаетъ не всѣ случаи того или другаго союза, но лишь типичную форму его въ данномъ мѣстѣ и въ данное время. Исключенія изъ этого возможно лишь относительно самыхъ большихъ союзовъ, каково, напримѣръ, государство.

Точно такъ же соціологъ занимается не всѣми событіями, которыя происходятъ въ данной общественной формѣ, но лишь тѣми, которымъ, по количеству или качеству ихъ, должно быть приписано особое значеніе,—которыя, слѣдовательно, характеризуютъ данную форму по преимуществу.

Такъ какъ одно наблюденіе надъ событіями (въ силу того, что громадная масса событій ускользаетъ отъ вниманія наблюдателя) не даетъ достаточнаго матеріала для обобщенія, то соціологъ вынужденъ обратиться къ наблюденію другихъ фактовъ, отъ которыхъ посредственно онъ можетъ заключить къ существованію событій. Онъ изучаетъ взаимное положеніе лицъ и среды, и по свойствамъ этой среды, на основаніи соображеній,—справедливость которыхъ должна быть провѣрена заранѣе, дѣлаетъ заключеніе о существованіи тѣхъ или иныхъ событій. Такъ, напримѣръ, мы не въ состояніи прослѣдить даже тысячную долю тѣхъ фактовъ, которые характеризовали жизнь римскаго pater familias'a или filius familias'a. Если бы мы должны были ограничиваться исключительно нашими свѣдѣніями непосредственно объ этихъ фактахъ, то мы не были бы въ состояніи утверждать что-либо о семейной жизни римскихъ гражданъ. Но, не зная теченія ихъ семейной жизни, мы знаемъ, что громадное большинство ихъ становилось въ *положеніе* pater familias'a или filiusf amilias'a. Отсюда мы заключаемъ, что въ ихъ жизни совершились событія, которыя характеризуютъ жизнь pater familias'a или filius familias'a.

Такимъ образомъ вмѣсто событій мы изучаемъ непосредственно лишь *отношенія*, которыя породили событія.—Этотъ переходъ отъ одного объекта изученія къ другому совершается тѣмъ легче, что онъ подготовленъ уже обыденнымъ міровоззрѣніемъ. Трудность, которая принуждаетъ насъ совершить

означенный переходъ, существуетъ и для обыденнаго мировоззрѣнія и заставляетъ его совершить тотъ же самый шагъ. Когда на обыкновенномъ разговорномъ языкѣ называютъ кого-либо главою семейства, хозяиномъ, работникомъ и т. п., тогда обыкновенно утверждаютъ этимъ не то, что съ этимъ лицомъ совершается непремѣнно извѣстная категорія фактовъ, которая характеризуетъ его жизнь, какъ жизнь главы семейства и т. д., но лишь то, что оно находится въ положеніи, соотвѣтствующемъ этому названію, что оно состоитъ въ извѣстномъ *отношеніи*.

Если бы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ мы знали всѣ особенности даннаго положенія, то это отношеніе представлялось бы намъ отношеніемъ необходимости (предполагая, конечно, что намъ извѣстно значеніе каждой особенности) Но такъ какъ полное знаніе, въ свою очередь, невозможно и здѣсь, такъ какъ и здѣсь мы бываемъ обыкновенно знакомы лишь съ типичными чертами каждаго отдѣльнаго положенія, то помянутое отношеніе принимаетъ только видъ большей или меньшей *возможности*.

Угадать *необходимость*, скрытую въ каждомъ отношеніи, невозможно не только для соціолога, но и для людей, которые непосредственно окружаютъ данное отношеніе, даже для людей, которые непосредственно прикосновенны къ нему. Тотъ, кто самъ состоитъ въ данномъ отношеніи, развѣ въ очень рѣдкомъ случаѣ, знаетъ, что вытекаетъ изъ этого отношенія съ необходимостью. Обыкновенно и для него самого его собственное отношеніе къ кому или чему-либо есть только *возможность* извѣстнаго рода событій. — Такимъ образомъ и въ этомъ пунктѣ научная идея о предметѣ совпадаетъ съ обыденною.

Мы не можемъ поручиться за каждый отдѣльный случай, гдѣ мы нашли такое отношеніе, что скрытая въ немъ возможность осуществилась дѣйствительно. Но, имѣя предъ собою массу однородныхъ отношеній, мы можемъ быть увѣрены въ томъ, что въ общемъ эта масса произвела соотвѣтствующее дѣйствіе, — проявилась въ реальныхъ явленіяхъ.

Итакъ непосредственный предметъ соціальныхъ наукъ со-

ставляютъ соціальныя отношенія, т. е. отношенія члена общества къ окружающей его средѣ. Эти отношенія изучаются не разрозненно, но группируются въ порядки.

Предметъ гражданскаго правовѣдѣнія составляютъ гражданско-правовыя отношенія и совокупности ихъ, — гражданско-правовые порядки, которые существовали и существуютъ въ исторической дѣйствительности.

Теперь мы намѣрены опредѣлить съ необходимою полнотою.

отношеніе,
право (въ смыслѣ отношенія),
гражданско-правовое отношеніе и
гражданско-правовой *порядокъ*.

II.

ОТНОШЕНІЕ.

§ 17.

Общее опредѣленіе

Понятіе отношенія, какъ предмета соціальныхъ наукъ и, въ частности, правовѣдѣнія значительно у́же общаго и философскаго понятія этого предмета. Отношеніемъ даннаго человѣка къ окружающимъ его предметамъ и людямъ мы называемъ здѣсь возможность извѣстнаго рода событій, которыя обусловлены воздѣйствіемъ предметовъ и людей на человѣка и человѣка на нихъ. Человѣкъ играетъ въ этихъ событіяхъ роль активную или пассивную. Такъ, отношеніе человѣка къ водѣ, которая затопила данное пространство земли, таково, что онъ тонетъ; отношеніе A къ водѣ, образующей рѣку, таково, что онъ плыветъ; отношеніе B къ данному участку земли таково, что онъ обладаетъ имъ, т. е. можетъ предпринимать въ предѣлахъ его извѣстныя дѣйствія, направленныя къ его эксплоатаціи, отношеніе C къ D таково, что C повелѣваетъ D, а послѣдній подчиняется C, т. е. C можетъ заставить D совершить нѣкоторые акты, либо самъ совершить надъ D что-либо, напр., наказать его. — Содержаніе отношенія, т. е. родъ возможныхъ событій опредѣляется свойствами лицъ и предметовъ, связанныхъ взаимно отношеніемъ и свойствами окружающей ихъ среды. Подъ свойствами слѣдуетъ разумѣть качества, какъ физическія, такъ и духовныя, какъ общія всѣмъ предметамъ или людямъ, такъ и индивидуальныя,

какъ постоянныя и продолжительныя, такъ временныя или скоропреходящія. Кто-либо гибнетъ въ наводненіи или потому, что не въ человѣческихъ силахъ устоять противъ наводненія, или потому, что онъ не умѣетъ принять должныхъ мѣръ предосторожности и спасенія, или же, наконецъ, потому, что не съумѣлъ сдѣлать это во время, напр., вслѣдствіе своего болѣзненнаго состоянія. В обладаетъ даннымъ участкомъ или потому, что пользованіе этимъ участкомъ доступно вообще всѣмъ желающимъ; или же потому, что владѣетъ особенною силою, ловкостью, знаніями, открывающими ему возможность пользованія имъ. С господствуетъ надъ D или потому, что онъ физически сильнѣе D, или потому, что имѣетъ необходимый для того перевѣсъ въ нравственныхъ качествахъ. Физическая или нравственная сила С и безсиліе D, постоянное или временное (напр. по малолѣтству) образуютъ между ними отношеніе господства и подчиненія. Всѣ подобныя свойства, обусловливающія возможность извѣстнаго рода событій, мы называемъ *фактическими*, и самое, обусловленное ими отношеніе, *фактическимъ*, примѣняясь въ этомъ случаѣ къ терминологіи, которая, если не принята юристами окончательно, то въ достаточной мѣрѣ распространена между ними. — Будучи разсмотрѣны съ точки зрѣнія своихъ причинъ (объективной точки зрѣнія), фактическія отношенія представляются выраженіемъ порядка, установленнаго природою для проявленія взаимнаго воздѣйствія лицъ и предметовъ или, другими словами, выраженіемъ естественныхъ законовъ матеріальной и духовной природы.

§ 18.

Активное отношеніе, какъ общая форма отношеній.

Какъ замѣчено выше, отдѣльный человѣкъ играетъ въ своихъ отношеніяхъ активную, или пассивную роль. Сообразно съ этимъ слѣдуетъ различать *активный* и *пассивный* элементы отношенія. Активный элементъ состоитъ въ открытой для человѣка возможности совершенія извѣстнаго рода поступковъ относительно объекта отношенія, пассивный элементъ есть

возможность событій, въ которыхъ данный человѣкъ играетъ страдательную роль. Понятно, что каждое отношеніе состоитъ или изъ одного какого-нибудь элемента, или изъ обоихъ вмѣстѣ. Но, въ видахъ достиженія однообразной конструкціи разсматриваемаго нами понятія во всѣхъ случаяхъ его употребленія, представляется полезнымъ представленіе каждаго отношенія человѣка исключительно какъ активнаго отношенія. Въ такомъ случаѣ подъ отношеніемъ даннаго человѣка (субъекта) надо понимать размѣръ возможной самодѣятельности его по отношенію къ другому человѣку или предмету (объекту); пассивный же элементъ отношенія составитъ особое отношеніе, въ которомъ данный человѣкъ занимаетъ положеніе объекта. Это — возможность воздѣйствія на него со стороны другаго человѣка или предмета. Положеніе субъекта принадлежитъ здѣсь какому-либо другому человѣку, либо предмету внѣ-человѣческаго міра. Это послѣднее предположеніе содержитъ въ себѣ, на видъ, нѣкоторую нелѣпость, ибо предметамъ не-человѣческаго міра, въ особенности предметамъ неодушевленной природы нельзя приписывать активную роль въ томъ смыслѣ, какъ это дѣлается относительно людей. Однако, такъ какъ въ случаяхъ, въ которыхъ активное положеніе принадлежитъ людямъ, предложенная конструкція вполнѣ умѣстна и облегчаетъ ихъ изученіе, и такъ какъ только случаи этого рода (права, правовыя отношенія) составляютъ предметъ настоящаго изслѣдованія, то мы въ правѣ удержать ее. Такимъ образомъ мы принимаемъ активное отношеніе, какъ общую форму отношеній, съ которыми мы будемъ имѣть дѣло. Будучи подвергнуты соотвѣтствующему разложенію на составные элементы, всѣ эти отношенія подводятся подъ описанную нами форму.

§ 19.

Субъектъ, объектъ и среда отношенія.

Активное фактическое отношеніе образуется тремя факторами: субъектомъ, объектомъ и средою, окружающею ихъ. Субъектомъ является человѣкъ, о возможности дѣйствій котораго

идетъ рѣчь въ каждомъ данномъ случаѣ. Подъ объектомъ понимается другой человѣкъ, или иной предметъ, которые играютъ пассивную роль въ дѣйствіяхъ субъекта. Названные элементы составляютъ необходимыя условія каждаго отношенія, съ отпаденіемъ одного изъ нихъ отношеніе прекращается.

Это послѣднее утвержденіе слѣдуетъ изъ самаго существа отношенія, какъ оно опредѣлено выше. Можетъ случиться, что съ отпаденіемъ субъекта или объекта, его мѣсто сейчасъ же занимается другимъ субъектомъ или объектомъ; но образовавшееся такимъ путемъ отношеніе будетъ не старое отношеніе, которое продолжаетъ жить въ новомъ лицѣ или предметѣ, но новое отношеніе, болѣе или менѣе подобное старому. Когда я отказываюсь отъ господства надъ одною десятиною земли и пріобрѣтаю вслѣдъ за симъ господство надъ другою десятиною, совершенно одинаковаго качества съ первою, то въ этомъ случаѣ происходитъ прекращеніе одного отношенія и установленіе другаго. Точно такъ же, когда объектъ перестаетъ быть подъ властью одного субъекта и поступаетъ подъ власть другаго субъекта, тогда происходитъ такая же смѣна отношеній. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ нельзя говорить о переносѣ того же самаго отношенія съ одного лица на другое, потому что отношеніе не есть какой-либо конкретный предметъ; отношеніе служитъ понятіемъ, которое выражаетъ собою взаимное положеніе данныхъ лицъ и предметовъ. Слѣдовательно, какъ скоро эти лица и предметы удаляются со сцены, такъ тотчасъ же исчезаетъ старое отношеніе, замѣняясь новыми. Что касается до среды, окружающей субъекта и объекта, то она составляетъ обычный факторъ людскихъ отношеній. Для существованія отношенія требуется по крайней мѣрѣ, чтобы окружающія обстоятельства, взятыя въ ихъ цѣломъ, не препятствовали этому въ такой степени, противъ которой борьба субъекта оказалась бы безсильною. Общее положеніе ихъ должно быть таково, чтобы въ каждый данный моментъ субъектъ могъ осуществлять принадлежащую ему возможность дѣйствій. Какъ скоро къ ея осуществленію возникнетъ препятствіе со стороны среды, отношеніе прекращается. Съ устраненіемъ препятствія, если свойства и положеніе субъек-

та и объекта остались безъ измѣненія, возникнетъ новое отношеніе, подобное старому; но въ такомъ случаѣ не можетъ *возстановиться* дѣйствительно старое отношеніе. — Понятно, что всегда отдѣльныя составныя части среды могутъ быть враждебны данному отношенію, но они не прекращаютъ его потому, что ихъ неблагопріятное дѣйствіе парализуется благопріятнымъ дѣйствіемъ другихъ частей (насколько это требуется сверхъ парализующаго дѣйствія самого субъекта). Такое *раздвоеніе* среды представляется самымъ обычнымъ фактомъ. Для насъ онъ имѣетъ особенное значеніе, такъ какъ одно изъ видоизмѣненій его приводитъ къ праву (въ смыслѣ отношенія). — Кромѣ того въ окружающей средѣ важно различать два составные элемента: людей, среди которыхъ существуютъ субъектъ и объектъ, и прочіе предметы, ихъ окружающіе. Положеніемъ этихъ обоихъ элементовъ обусловливается равно существованіе отношенія. Такъ, наприм., мое фактическое обладаніе какимъ-либо прибрежнымъ участкомъ земли обусловлено тѣмъ, что ни силы природы, ни люди не препятствуютъ мнѣ пользоваться этимъ участкомъ. Какъ скоро наводненіе затопляетъ его, или постороннія лица заставляютъ меня удалиться оттуда, такъ мое обладаніе прекращается. Воля другихъ лицъ входитъ въ число обстоятельствъ, которыя обусловливаютъ существованіе моихъ отношеній къ предметамъ и лицамъ. Соблюденіе другими лицами неприкосновенности моихъ отношеній,— происходитъ ли оно по собственной иниціативѣ ихъ, или по безсилію ихъ, или же по принужденію—составляетъ общее условіе существованія всѣхъ вообще фактическихъ отношеній людей.

§ 20.

Среда, какъ совокупность отношеній

Важно замѣтить, что обусловливающее дѣйствіе среды само выражается въ существованіи цѣлаго ряда конкретныхъ отношеній, которыя вліяютъ на существованіе даннаго отношенія субъекта къ объекту. И субъектъ и объектъ состоятъ въ какомъ-либо отношеніи къ каждому дѣятелю среды. Заключаю-

щаяся въ совокупности такихъ отношеній возможность исторженія объекта изъ подъ воздѣйствія субъекта и составляетъ элементъ среды, враждебный данному отношенію субъекта къ объекту; содержащаяся въ той же совокупности возможность воздѣйствія субъекта на среду опредѣляетъ содержаніе и предѣлы его отношенія къ объекту. Такъ, обладатель какого-либо участка и предметъ его обладанія состоятъ въ различныхъ отношеніяхъ къ лицамъ и предметамъ, окружающимъ ихъ. Отношенія постороннихъ лицъ къ участку, состоящія въ возможности присвоенія этого участка ими, суть явленія, враждебныя обладанію субъекта. Но въ свою очередь обладатель располагаетъ относительно каждаго дѣятеля среды какою-либо возможностью дѣйствій. Онъ проявляетъ ее, когда ему приходится вступать въ борьбу изъ-за сохраненія своего обладанія. Насколько ему возможно парализовать вліянія среды, враждебныя его обладанію, настолько онъ сохраняетъ это обладаніе.— Изъ сказаннаго видно, что среда вліяетъ на отношеніе въ формѣ *сопровождающихъ* отношеній. Отношеніе сопровождается многочисленными другими отношеніями, изъ которыхъ каждое, въ свою очередь, можетъ быть разсмотрѣно какъ главное, сопровождаемое прочими. Міръ фактическихъ отношеній представляется не механическимъ цѣлымъ, а соединеніемъ, части котораго связаны, по принятому выраженію, органическимъ образомъ.

§ 21.

Результаты (§§ 17—20).

Повторимъ въ короткихъ словахъ результатъ сдѣланнаго анализа. Фактическое отношеніе человѣка къ окружающимъ его предметамъ и людямъ есть возможность извѣстнаго рода событій, которыя обусловлены воздѣйствіемъ предметовъ и людей на человѣка и человѣка на нихъ. Содержаніе отношенія опредѣляется свойствами лицъ и предметовъ, связанныхъ отношеніемъ, и окружающей ихъ среды. Всякое свойство имѣетъ здѣсь свое значеніе (§ 17).—Для человѣка каждое отношеніе, въ которомъ онъ состоитъ, есть или активное, или пассивное, или

то и другое вмѣстѣ. Но въ видахъ простоты и однообразія возможно представить активный и пассивный элементы отношенія, какъ самостоятельныя отношенія, и разсматривать ихъ, какъ отношенія активныя (§ 18).—Активное отношеніе образуется тремя факторами. Изъ нихъ два — субъектъ и объектъ составляютъ необходимые атрибуты отношенія. Разъединеніе субъекта и объекта уничтожаетъ отношеніе ихъ. Что касается до среды, которая образуется людьми и предметами, окружающими субъекта и объекта, то отдѣльныя части ея могутъ занимать различное положеніе—благопріятное, или враждебное для отношенія (раздвоеніе среды). Но для существованія отношенія требуется, чтобы окружающія обстоятельства, взятыя въ ихъ цѣломъ, не представляли такихъ препятствій, которыя были бы непреодолимы личными силами субъекта (§ 19).—Разбирая, наконецъ, форму, въ которой выражается обусловливающее вліяніе среды, мы замѣчаемъ, что она состоитъ изъ ряда конкретныхъ отношеній субъекта и объекта къ отдѣльнымъ частямъ среды. Эти отношенія названы нами сопровождающими отношеніями (§ 20).

III.

ЗАЩИТА ОТНОШЕНІЙ ВООБЩЕ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА ВЪ ОСОБЕННОСТИ.

§ 22.

Общественный союзъ, какъ усложненіе среды. Защищенныя отношенія перваго рода.

Наблюдая развитіе отношеній въ дѣйствительной жизни, мы замѣчаемъ, что элементъ среды, который образуется людьми, окружающими субъекта, играетъ самую дѣятельную роль въ этомъ процессѣ. При установленіи и поддержаніи громаднаго числа своихъ активныхъ отношеній человѣкъ пользуется такъ или иначе содѣйствіемъ другихъ людей. Человѣкъ выступаетъ въ своей дѣятельности въ соединеніи съ нѣсколькими или многими другими людьми, чтò увеличиваетъ его силу въ борьбѣ съ препятствіями и раздвигаетъ предѣлы существованія и содержанія его отношеній. Являясь иногда случайными, соединенія людей представляются въ большей части случаевъ предназначенными заранѣе къ вышесказанной роли, т.-е. субъектъ получаетъ помощь людей, заранѣе склонныхъ къ содѣйствію ему въ установленіи и поддержаніи даннаго отношенія или цѣлаго ряда однородныхъ отношеній. Такимъ образомъ въ среду, въ которой они возникаютъ и существуютъ, вносится нѣкоторое *усложненіе*. Именно, усложняется вышепомянутое (§ 19) раздвоеніе среды въ одной изъ его сторонъ. Группа людей становится на сторону субъекта отношенія и благопріятствуетъ ему въ борьбѣ съ препятствіями, въ чемъ бы они ни состояли — въ противодѣйствіи природы, или сопротивле-

ніи прочихъ людей. Составляя вообще часть благопріятствующаго элемента среды, помянутая группа обособляется среди него въ нѣчто опредѣленное и самостоятельное и заслуживаетъ, по своему значенію, строгаго отличенія отъ другихъ частей его Мы замѣчаемъ всюду множество такихъ группъ. Ихъ полный перечень исчерпалъ бы всѣ формы проявленія общественности. Онъ долженъ былъ бы начаться съ кратковременныхъ и специальныхъ соединеній, каковы, напримѣръ союзъ охотниковъ, отправляющихся вмѣстѣ за добычей, разбойниковъ, сговорившихся вмѣстѣ ограбить кого-либо, путешественниковъ, пускающихся обществомъ въ дорогу, артистовъ, соединившихся для представленія, контрагентовъ, совершающихъ юридическую сдѣлку, — и окончиться продолжительными или постоянными и генерическими «общественными союзами», каковы семья, родъ, товарищество, корпорація, общины, государство. Всѣ эти и другіе подобные имъ союзы расчитаны на многія отношенія, въ которыхъ выступаютъ субъектами попеременно или одновременно всѣ члены союза; но въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ одинъ членъ является субъектомъ, а прочіе члены союза образуютъ благопріятствующій элементъ среды. Помогая мнѣ при установленіи обладанія какимъ-либо предметомъ, защищая меня отъ какого-либо нападенія, мои семейные, сотоварищи, сограждане представляютъ собою элементъ среды, благопріятствующій установленію или сохраненію какого-либо моего отношенія, защищая, можетъ быть, въ то-же время и свои собственныя отношенія. Такъ, отражая нападенія непріятеля, граждане-воины какого-либо города древности играли такую роль взаимно относительно другъ друга. Въ одномъ актѣ одинъ и тотъ же человѣкъ можетъ выражать свою прикосновенность ко многимъ отношеніямъ за-разъ, занимая въ однихъ случаяхъ положеніе субъекта, въ другихъ— положеніе лица, содѣйствующаго субъекту. Надо различать и, при анализѣ, точно разчленять эти положенія и обусловленныя ими отношенія.

Въ описанной формѣ субъектъ отношенія получаетъ помощь со стороны окружающихъ лицъ противъ препятствій всякаго рода, которыя лежатъ внѣ этого благопріятствующаго элемен-

та. Защищенныя такимъ образомъ отношенія мы назовемъ *защищенными отношеніями перваго рода.*

§ 23.

Общество, какъ самостоятельный факторъ отношеній Защищенныя отношенія втораго рода.

Продолжая предпринятое нами наблюденіе, мы замѣчаемъ дальнѣйшую модификацію въ строѣ отношеній или, выражаясь точнѣе, въ строѣ среды, окружающей отношенія. Модификація обусловлена тѣмъ фактомъ, что общество, какъ таковое, существуетъ самостоятельно рядомъ съ своими членами. Однажды образовавшись, оно составляетъ самостоятельную силу, не тождественную съ совокупностью единичныхъ силъ отдѣльныхъ членовъ. Имѣя своимъ источникомъ соединеніе этихъ послѣднихъ, общество выливается и обособляется въ самостоятельное цѣлое, которое возвышается надъ его составными частями и, въ извѣстномъ смыслѣ, не зависитъ отъ нихъ. Отсюда получается возможность существованія отношеній между обществомъ, какъ таковымъ, и его членами. Въ этихъ отношеніяхъ положеніе субъекта принадлежитъ или обществу, или отдѣльному члену его, положеніе объекта занимаетъ въ первомъ случаѣ членъ, во второмъ общество. Когда община беретъ съ своего члена поборъ или налогъ, или вообще заставляетъ его подчиниться какому-либо требованію, тогда мы имѣемъ дѣло съ случаемъ проявленія активнаго отношенія общества къ его члену. Наоборотъ, когда отдѣльный членъ общины требуетъ отъ нея какой-нибудь услуги или выгоды и получаетъ ихъ, тогда мы встрѣчаемся съ выраженіемъ активнаго отношенія отдѣльнаго члена къ обществу. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ вмѣсто цѣлаго общества дѣйствуютъ его отдѣльные органы, на которыхъ и ложится роль субъекта и объекта по общественнымъ отношеніямъ. Нерѣдко эти органы выступаютъ именно какъ представители общественной власти; точно такъ же обращаются къ нимъ именно какъ къ обладателямъ этого качества. Но и тамъ, гдѣ люди

не доросли до яснаго раздѣленія понятій общества и его органовъ, эти послѣдніе выступаютъ на самомъ дѣлѣ какъ руководители даннаго общественнаго порядка. Такъ, царекъ дикаго племени или восточный деспотъ, признаваемые своими современниками за личныхъ обладателей своей страны, исполняютъ все-таки функціи общественнаго регулятора и замѣняютъ своею дѣятельностью соотвѣтствующую дѣятельность всего общества. Пока мы не заинтересованы тѣмъ, чтобы опредѣлить, почему это происходитъ. Но для насъ важно замѣтить теперь же, что соціальное значеніе органовъ власти, на видъ обособленной, сводится на замѣну этою властью непосредственной дѣятельности всего общества. Само собою разумѣется, что означенная замѣна осуществляется настолько, насколько власть составляетъ дѣйствительную живую силу.—Самостоятельное бытіе общества выражается также въ томъ, что отдѣльные члены его могутъ поступать вопреки его стремленіямъ, не нарушая чрезъ это его единства и не исключая самихъ себя изъ общества. Дѣйствуя такимъ путемъ, они могутъ занять положеніе, враждебное отношеніямъ, къ которымъ стремятся другіе члены общества, и покровительство которымъ оно находитъ почему-либо нужнымъ. Общество выступаетъ въ такихъ случаяхъ на защиту нарушаемыхъ отношеній. Ради защиты однихъ изъ числа своихъ членовъ, оно дѣйствуетъ противъ другихъ.

Здѣсь не мѣсто для изслѣдованія того, что руководитъ подобною дѣятельностью общества. Для насъ важно лишь констатированіе того факта, что *принадлежность* людей къ общественному союзу усложняетъ еще болѣе строй отношеній. Существуетъ *общественный надзоръ* надъ дѣйствіями отдѣльныхъ членовъ общества. Этотъ надзоръ распространяется какъ на ихъ частную дѣятельность, такъ и на дѣятельность ихъ въ качествѣ органовъ общественной власти. Кромѣ того, въ развитыхъ и обширныхъ общественныхъ союзахъ, которые вмѣщаютъ въ себѣ группы меньшихъ союзовъ (такъ, государство обнимаетъ собою сословія, общественные круги, общины, семьи и т. п.), надзоръ высшаго союза простирается и на дѣйствія отдѣльныхъ людей, совершенныя ими въ качествѣ членовъ

низшихъ союзовъ. Общество относится различно къ дѣйствіямъ своихъ членовъ и, слѣдовательно, къ активнымъ отношеніямъ, какъ возможностямъ дѣйствій. Одни дѣйствія и отношенія индиферентны для него, среди другихъ оно различаетъ дѣйствія и отношенія, заслуживающія его покровительства, и дѣйствія и отношенія достойныя преслѣдованія. Насколько, при осуществленіи этихъ взглядовъ, преслѣдуются дѣйствія членовъ союза, которыя мѣшаютъ существованію отношеній другихъ членовъ, настолько возможность преслѣдованія и его осуществленіе составляютъ средство косвенной поддержки или *защиты* этихъ отношеній Такимъ образомъ выдѣляется большая группа отношеній, въ которыхъ субъектъ получаетъ отъ общественнаго союза защиту, направленную противъ препятствій, возможныхъ со стороны прочихъ членовъ союза. Это *защищенныя отношенія втораго рода* Субъекты такихъ отношеній и люди (члены общества), противъ коихъ дѣйствуетъ защита, подходятъ подъ понятіе *лица* въ его широкомъ смыслѣ.

§ 24.

Защита неорганизованная и организованная

Общественные союзы всѣхъ видовъ,— малые и обширные, кратковременные и продолжительные, проявляютъ вышеизложенный надзоръ надъ своими членами. Въ той или другой степени и формѣ, и обыкновенно въ нѣсколькихъ формахъ вмѣстѣ, мы находимъ его въ дружескомъ или иномъ кружкѣ, товариществѣ, семьѣ, общинѣ, сословіи, общественномъ кругѣ, партіи, государствѣ. — Формы, въ которыхъ общество защищаетъ отношенія, существующія въ его средѣ, представляются весьма разнообразными. Какъ кажется, существуетъ нѣкоторое соотвѣтствіе между ними и видами союзовъ, которые оказываютъ защиту; и, конечно, изслѣдованіе характера этого соотвѣтствія не лишено соціологическаго значенія *). Надо

*) Такъ, юридическая защита наиболѣе свойственна государству Это обстоятельство служитъ отчасти корнемъ извѣстнаго недоразумѣнія, которое ведетъ къ тому предположенію, что право существуетъ,

различать защиту *неорганизованную* и *организованную*. Организованная защита осуществляется опредѣленнымъ заранѣе порядкомъ и, обыкновенно, при содѣйствіи особенныхъ, установленныхъ для того органовъ. Напротивъ неорганизованная защита происходитъ въ формахъ, неопредѣленныхъ заранѣе. При неорганизованной защитѣ форма опредѣляется въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по обстоятельствамъ. Такъ, когда нарушеніе какого-либо отношенія карается болѣе или менѣе сильнымъ порицаніемъ со стороны общественнаго мнѣнія; когда это порицаніе переходитъ въ негодованіе, когда негодованіе влечетъ за собою насильственныя дѣйствія противъ нарушителя, исполняемыя кѣмъ придется,—иногда, напр., цѣлою общиною, иногда же нѣкоторыми членами союза, наиболѣе раздраженными нарушеніемъ (кровная месть);—когда то же негодованіе заставляетъ кружокъ или союзъ отказаться отъ провинившагося сочлена, либо уменьшить выпадающіе на его долю выгоды, уваженіе, почетъ,—тогда во всѣхъ названныхъ и во многихъ другихъ, подобныхъ случаяхъ общественная защита выступаетъ въ неорганизованной формѣ ея способъ, размѣръ, орудія опредѣляются положеніемъ дѣла и настроеніемъ умовъ

будто бы, только въ государствѣ — Другой корень того же недоразумѣнія надо искать въ смѣшеніи научно-исторической точки зрѣнія съ политическою точкою зрѣнія. Съ политической точки зрѣнія можетъ быть нежелательно признаніе юридическаго достоинства за контролемъ другихъ общественныхъ союзовъ помимо государства. Но исторія и научная теорія должны назвать правомъ все то, что защищается юридическимъ образомъ хотя бы не государствомъ. Презумція, по которой юридическая санкція меньшихъ общественныхъ союзовъ существуетъ только потому, что имѣетъ за себя предварительное согласіе государства, открытое или молчаливое, обладаетъ нѣкоторымъ значеніемъ лишь въ періоды развитаго государственнаго быта (хотя и здѣсь она не можетъ быть принята безъ ограниченій) и совершенно непримѣнима по отношенію къ періоду, въ которомъ государство является далеко не всеобъемлющимъ общественнымъ союзомъ. Кромѣ того тотъ фактъ, что государство можетъ всегда выступить противъ непріятнаго для него права, созданнаго въ союзѣ, подчиненномъ государству, вовсе не значитъ еще, что государство можетъ всегда помѣшать возникновенію такого права. Но только въ подобномъ случаѣ можно было бы говорить о государствѣ, какъ единственномъ субъектѣ правообразованія.

въ данную минуту. Противоположное составляютъ случаи организованной защиты. Разумѣется, проведеніе абсолютно-точной границы между тѣми и другими, какъ и во всемъ прочемъ, не представляется возможнымъ, но при организованной защитѣ выступаютъ съ различною силою черты, чуждыя защитѣ неорганизованной. Когда расправа всѣмъ обществомъ облекается въ точныя формы, выработанныя обыкновенно путемъ обычая, когда самоуправство отдѣльныхъ лицъ предстаетъ въ торжественной формѣ, либо, какъ въ современномъ быту, получаетъ точное опредѣленіе относительно случаевъ и предѣловъ своего примѣненія, когда требованіе истца о явкѣ отвѣтчика въ судъ и требованіе кредитора объ уплатѣ должникомъ его долга сопровождаются содѣйствіемъ опредѣленнаго числа свидѣтелей (testes), заранѣе назначенныхъ служить органомъ понужденія; когда наконецъ защитникомъ отношеній являются судъ или другіе многочисленные органы государственной и общественной власти,—тогда, во всѣхъ этихъ случаяхъ, мы встрѣчаемся съ организованною формою защиты. Обыкновенно дѣйствія этой формы бываютъ жестче и потому принудительнѣе, нежели дѣйствіе формы неорганизованной, но и болѣе мягкіе виды понужденія, свойственные этой послѣдней, не противорѣчатъ существу организованной защиты *).

Организованную форму защиты мы называемъ формою *юри-*

---

*) См., наприм., замѣчанія и предостереженія, административныя и по суду, не влекущія никакихъ непосредственныхъ невыгодъ, кромѣ фактическаго безславія или неудовольствія. Вообще необходимо отрѣшиться отъ отождествленія понужденія, въ которомъ выражается общественная защита, съ наиболѣе сильными формами его. Какъ организованная, такъ, въ особенности, неорганизованная защита способны проявляться въ формахъ относительно мягкихъ, весьма неопредѣленныхъ, можно сказать даже почти неуловимыхъ. Но какая-нибудь форма присутствуетъ всегда. Осужденіе со стороны общественнаго мнѣнія или тѣхъ, которые считаются его представителями и руководителями, неудовольствіе авторитетныхъ лицъ и т. п.—все это, по существу своему, средства вынужденія, хотя и-слабыя. Игнорированіе этого обстоятельства ведетъ къ ошибочному мнѣнію, допускающему, что юридическая норма, а, слѣдовательно, и правовое отношеніе (какъ отношеніе, согласное съ нормою) можетъ существовать и безъ вынужденія.

дическою или *правовою*. Субъекты, защищенные въ этой формѣ, а также лица, противъ которыхъ эта защита направлена, подходятъ подъ понятіе *лица* въ болѣе тѣсномъ, юридическомъ значеніи его.

Да не смутитъ читателя то обстоятельство, что нельзя точно опредѣлить тотъ пунктъ, гдѣ неорганизованная защита переходитъ въ организованную, — что существуютъ между этими двумя типичными формами такіе промежуточные случаи, относительно которыхъ невозможно сказать съ опредѣленностью, къ которой изъ двухъ формъ они относятся. Это—самое обыкновенное затрудненіе на пути опредѣленія Опредѣляемый предметъ обладаетъ качествами, которыя противоположны качествамъ другаго, противоположнаго предмета. Но не существуетъ рѣзкой грани между этими противоположностями. Уменьшаясь постепенно, одно качество переходитъ незамѣтно въ другое, противоположное ему качество. Спрашивается, какъ поступать въ такомъ случаѣ? Какъ найти границу между опредѣляемымъ и его противоположностью?

«Существуетъ только одинъ выходъ изъ этого затрудненія» говоритъ Бэнъ въ своей «Логикѣ». «Надо принять, что между двумя противоположными качествами находится *неопредѣленная*, переходная *область*, относительно которой допускается различіе мнѣній безъ того, чтобы нарушить основной контрастъ противоположныхъ качествъ. Не должно вступать въ преніи о точномъ опредѣленіи момента, въ которомъ день уступаетъ мѣсто ночи; и неизвѣстность, которая имѣетъ мѣсто относительно этого момента, не должна служить основаніемъ для того, чтобы смѣшивать день съ ночью. Во всѣхъ случаяхъ, аналогичныхъ этому, надо допускать разнорѣчіе относительно пункта, въ которыхъ осуществляется переходъ отъ одной противоположности къ другой».

Въ нашемъ изслѣдованіи мы натолкнулись именно на изложенное затрудненіе. Мы должны выйти изъ него путемъ, который, въ качествѣ правильнаго, указывается логикою.

§ 25.

Устройство защиты перваго рода Понятіе возстановленія отношеній

Въ § 20 было показано, что среда влiяетъ на отношенія въ формѣ сопровождающихъ отношеній. Слѣдовательно, усложненіе въ организаціи среды, описанное въ трехъ предшествующихъ §§, должно выразиться въ соотвѣтствующемъ ему усложненіи сопровождающихъ отношеній. Защита образуетъ среди нихъ *группы отношеній*, благопріятствующія существованію главнаго отношенія. Разсмотримъ модификаціи, встрѣчающіяся при этомъ

Защита *перваго рода* выражается въ группѣ отношеній, въ которыхъ состоятъ содѣйствующіе субъекту члены общественнаго союза или весь союзъ, какъ таковой, къ людямъ и предметамъ, образующимъ препятствіе. Принадлежащая помянутымъ членамъ возможность воздѣйствія на препятствія въ смыслѣ благопріятномъ для главнаго отношенія *гарантируетъ* его отъ нарушеній. Для осуществленія такой гарантіи бываетъ достаточно одного факта существованія гарантирующихъ отношеній. Такъ, знаніе того, что субъектъ, въ случаѣ произведеннаго на него нападенія, получитъ помощь отъ другихъ лицъ, и нежеланіе подвергнуться неблагопріятнымъ послѣдствіямъ такой помощи, удерживаетъ его недоброжелателей отъ самаго нападенія Въ другихъ случаяхъ только активное проявленіе гарантирующихъ отношеній можетъ дѣйствовать охраняющимъ образомъ. При этомъ защита будетъ дѣйствительна только тогда, когда гарантирующее воздѣйствіе проявилось и имѣло успѣхъ, не допустивъ защищаемое отношеніе до его прекращенія. Защита, которая продолжаетъ проявляться послѣ прекращенія, теряетъ свое охранительное значеніе. На самомъ дѣлѣ она уже не защищаетъ, ибо исчезло защищаемое. Въ благопріятномъ случаѣ она можетъ только привести къ установленію новаго отношенія, подобнаго во всемъ старому, уже утратившемуся. Но, несмотря на все сходство со старымъ, это отношеніе будетъ другое, новое (ср. выше, § 19). Такъ, мнѣ могутъ возвратить предметъ, отнятый у меня врагомъ; но такимъ пу-

темъ будетъ установлено новое обладаніе того же субъекта къ тому же объекту.

Конечно, такъ какъ практическое значеніе такого новаго отношенія можетъ быть совершенно то же, какъ и значеніе стараго, то часто условливаются разсматривать установленіе новаго отношенія, какъ *возстановленіе* прежняго. Это понятіе представляетъ многія практическія удобства. Тѣмъ не менѣе, какъ ни просто оно въ нашихъ глазахъ съ перваго раза, надо помнить, что оно не соотвѣтствуетъ дѣйствительности и обладаетъ лишь однимъ условнымъ значеніемъ. Какъ условное и потому болѣе отвлеченное, нежели понятіе, отвѣчающее вполнѣ конкретной дѣйствительности, понятіе возстановленія должно, по всей вѣроятности, обладать относительно позднѣйшимъ происхожденіемъ.

§ 26.

Устройство защиты второго рода и, въ частности, защиты организованной (юридической).

Обратимся къ защитѣ *второго рода*, т. е. къ случаямъ, гдѣ общество охраняетъ отношенія однихъ изъ числа своихъ членовъ противъ нарушенія ихъ другими членами. Образованныя этою охраною сопровождающія отношенія предстаютъ прежде всего въ видѣ отношеній общества, какъ таковаго, къ единицамъ (отдѣльнымъ лицамъ и союзамъ), его составляющимъ. Возможность воздѣйствія общества на эти единицы, власть его надъ ними, гарантируетъ существованіе даннаго фактическаго отношенія. Но этимъ не ограничивается еще составъ гаранти. Тотъ фактъ, что и субъектъ отношенія, и лица, противъ коихъ онъ защищается, представляются членами одного и того же общественнаго союза, родитъ еще (какъ скоро защита существуетъ) своеобразныя отношенія субъекта защищаемаго отношенія къ лицамъ, способнымъ обезпокоить его, но подлежащимъ дѣйствію охраняющей власти. Эти отношенія состоятъ въ обусловленной властью и принадлежащей субъекту возможности противодѣйствія другимъ лицамъ въ случаѣ нарушенія, предпринятаго или уже совершеннаго ими. Мы

назовемъ такія отношенія *вынудительными отношеніями*. Съ точки зрѣнія лицъ, которыя занимаютъ въ нихъ положеніе объекта, т. е. лицъ, для противодѣйствія которымъ эти отношенія назначены, ихъ можно бы назвать также *вынужденными*. Въ отдѣльныхъ случаяхъ они комбинируются весьма различнымъ образомъ съ главнымъ, защищаемымъ отношеніемъ. Всего удобнѣе разсмотрѣть это на примѣрахъ.

Не трудно замѣтить, что въ случаяхъ *организованной* или *юридической* защиты, какъ вышепомянутыя отношенія власти, такъ равно и вынудительныя отношенія получаютъ наиболѣе опредѣленный характеръ и представляютъ потому наиболѣе удобствъ для изслѣдованія. Это обстоятельство составляетъ, несомнѣнно, послѣдствіе самой организаціи. Остановимся же прямо на отношеніяхъ, которыя защищены юридическимъ способомъ, и посмотримъ, какъ комбинируются здѣсь отношеніе *защищаемое*, отношенія *власти* и отношенія *вынудительныя*. — На сколько явленія, которыя будутъ сейчасъ описаны, обязаны своимъ происхожденіемъ не тому спеціальному обстоятельству, что защита организована, но просто тому факту, что существуетъ какая-либо защита, на столько все, имѣющее быть сказаннымъ о правѣ, относится и къ случаямъ неорганизованной защиты. Но на время, мы оставимъ въ сторонѣ выводы, которые должно сдѣлать изъ нижеслѣдующаго для случаевъ этого рода, и займемся исключительно правами.

§ 27.

Примѣръ права собственности.

Какъ первый примѣръ, разберемъ право собственности. Защищаемое отношеніе состоитъ здѣсь въ обыкновенномъ фактическомъ обладаніи вещью. Если изъ права собственности мы удалимъ все то, что внесено въ него юридическою защитою, то остатокъ будетъ чистое фактическое отношеніе, какъ оно опредѣлено выше въ § 17 и слѣд. Оно состоитъ въ господствѣ надъ вещью, вытекающемъ изъ стремленія освоить ее и обусловленномъ одними фактическими обстоятельствами, т. е.

такими обстоятельствами, которыя не входятъ въ составъ юридической защиты. Согласно съ вышесказаннымъ, содержаніе и предѣлы господства опредѣляются свойствами обладателя, вещи и окружающей ихъ среды, вліяніе среды выражается въ отношеніяхъ ея составныхъ частей къ вещи и обладателю (§ 20).

Въ числѣ этихъ отношеній находятся и отношенія субъекта къ окружающимъ лицамъ. — Они-то и служатъ предметомъ преобразованія, когда къ фактическому отношенію примыкаетъ юридическая защита. Вліяніе общественной власти, которая высказывается за покровительство ему, измѣняетъ положеніе окружающихъ лицъ. Субъектъ становится по отношенію къ нимъ сильнѣе. Къ фактическимъ преимуществамъ, иногда значительнымъ, иногда ничтожнымъ, которыя онъ имѣлъ бы надъ ними безъ того (и благодаря которымъ онъ могъ бы фактически сохранить свое господство надъ вещью), присоединены новыя преимущества. Они состоятъ въ томъ, что, сознавая власть общества надъ собою, окружающія лица воздерживаются отъ нарушенія чужаго обладанія, желая избѣжать грозящихъ за то неблагопріятныхъ послѣдствій; — далѣе въ томъ, что, въ случаѣ воспослѣдовавшаго нарушенія, общество, помогая субъекту, принуждаетъ нарушителей къ различнымъ актамъ, которыхъ значеніе состоитъ въ осуществленіи (въ тѣхъ или иныхъ формахъ) установленной юридической гарантіи обладанія. Все это значительно преобразуетъ фактическія отношенія субъекта къ окружающимъ лицамъ. Вліяніе фактическихъ преимуществъ его надъ ними ослабляется, а взамѣнъ того образуется иная возможность воздѣйствія на окружающихъ. Означенныя фактическія отношенія превращаются въ выпудительныя. Происхожденіе этого характера ихъ принадлежитъ всецѣло юридической санкціи, а потому принудительныя отношенія мы предпочтительно предъ другими должны назвать *юридическими* или *правовыми*. Но тотъ же эпитетъ прилагается обыкновенно и къ фактическому отношенію, *защищаемому* правомъ. Пользуясь существованіемъ двухъ параллельныхъ терминовъ, мы раздѣлимъ ихъ между обоими словоупотребленіями. Въ послѣдующемъ изложеніи мы будемъ понимать подъ *правовымъ отношеніемъ* — отношеніе *защищаемое*; подъ *юри-*

дическимъ отношеніемъ — отношеніе *вынудительное* или *защищающее*. — Можетъ также представиться интересъ разсматривать совокупность и даннаго правоваго отношенія и сопровождающихъ его юридическихъ отношеній, какъ одно цѣлое. Мы будемъ разумѣть его подъ *правомъ* (въ субъект. смыслѣ). Таковъ и есть обыкновенный, общеупотребительный смыслъ этого названія.

Вышеизложенное раздѣленіе права собственности на два составные элемента,—отношеніе фактическое и юридическое, и изображеніе юридическаго отношенія, какъ присоединеннаго къ фактическому отношенію, составляетъ только пріемъ аналитическаго изложенія. Оно не передаетъ дѣйствительнаго *историческаго* соотношенія обоихъ элементовъ. Было бы ошибочно представлять процессъ историческаго образованія собственности такъ, что сначала образовались вполнѣ фактическія обладанія отдѣльныхъ лицъ, а потомъ къ этому присоединилась юридическая защита. На самомъ дѣлѣ очень часто самый фактъ юридической защиты содѣйствовалъ образованію соотвѣтствующихъ фактическихъ отношеній. Покровительство собственности плодило отношенія собственности, которыя оказывались защищенными уже съ самаго момента ихъ образованія. Потому, повторяю, вышеизложенное не передаетъ историческаго соотношенія элементовъ собственности. Онъ содержитъ въ себѣ только анализъ этого права, въ томъ видѣ какъ оно, разъ возникнувъ, выражается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

Все сказанное о собственности характеризуетъ въ существенныхъ чертахъ и другія права, которыя подходятъ подъ типъ вещныхъ правъ.

§ 28.

Примѣръ правъ по обязательствамъ

Права, принадлежащія къ типу обязательствъ или права личныя, отличаются тѣмъ, что объектомъ правоваго отношенія является въ нихъ не вещь, а лицо. Такъ, напримѣръ, въ правѣ по займу кредитору принадлежитъ возможность потребовать отъ должника уплаты занятыхъ денегъ. Нарушеніе такого пра-

ва можетъ произойти только со стороны этого лица—объекта. Отсюда слѣдуетъ, что то же лицо (должникъ) является и объектомъ юридическаго отношенія.

Совпаденіе объектовъ не сопровождается однако совпаденіемъ содержанія обоихъ отношеній. Съ перваго взгляда можетъ показаться иначе. Такъ какъ насиліе между равноправными лицами представляетъ само по себѣ нѣчто непозволительное и въ благоустроенномъ обществѣ вообще не допускается, то, можетъ казаться, что фактическое господство кредитора надъ должникомъ, охраняемое правомъ, простирается лишь на столько, на сколько выражается въ дѣйствіяхъ, которыя допущены правомъ ради этой цѣли. Но эти дѣйствія составляютъ въ то же время содержаніе отношенія юридическаго. Такимъ образомъ характеристическая черта обязательства заключается, какъ будто бы, въ томъ, что въ немъ защищаемое отношеніе совпадаетъ съ защищающимъ. Однако, при болѣе тщательномъ анализѣ, такое заключеніе должно оказаться поверхностнымъ и невѣрнымъ. Фактическое могущество кредитора, *защищенное* правомъ, простирается далѣе его юридическаго могущества. Благодаря тому обстоятельству, что онъ можетъ оказать на должника нѣкоторое юридическое воздѣйствіе, онъ оказываетъ на него, сверхъ того, и фактическое воздѣйствіе. Это явленіе, хорошо извѣстное всѣмъ и каждому изъ обыденной жизни, должно быть констатировано и въ теоріи права.

Другой вопросъ, въ какой степени это расширеніе фактическаго могущества кредитора согласуется съ основными задачами правоваго порядка. Очень часто оно противорѣчитъ имъ, составляя, слѣдовательно, злоупотребленіе. Когда такія злоупотребленія значительны и *когда право въ состояніи бороться съ ними*, тогда мы встрѣчаемся съ юридическими мѣрами, которыя служатъ къ устраненію злоупотребленій. Такъ, въ періоды существованія кабалы въ древнѣйшихъ законодательствахъ существовали, по всей вѣроятности, и законы противъ злоупотребленія кабалою. Въ современныхъ законодательствахъ такое же значеніе имѣли предписанія, уполномочивающія судью дѣлать должнику противъ воли кредитора отсрочку и разсрочку платежа по долгу, или вообще исполненія по обязательству.

Понятно, что дѣйствіе всѣхъ подобныхъ юридическихъ мѣръ далеко не всемогущее многіе случаи все-таки ускользнутъ отъ подчиненія имъ. Кромѣ того остается еще цѣлый рядъ злоупотребленій, противъ которыхъ юридическія мѣры безсильны. Такимъ образомъ мы должны сказать, что, давая кредитору ту или другую юридическую защиту, право вмѣстѣ съ тѣмъ непремѣнно даетъ ему нѣкоторое фактическое могущество, которое простирается далѣе предположенныхъ и преднамѣренныхъ предѣловъ.

Когда злоупотребленія, выходящія изъ такого «правомѣрнаго» источника, не превышаютъ терпимаго размѣра, тогда не остается ничего болѣе, какъ мириться съ ними Нѣтъ человѣческаго учрежденія, совершеннаго абсолютно. Но когда означенный размѣръ превзойденъ, тогда возникаетъ потребность въ измѣненіи самыхъ средствъ юридической защиты,—въ отмѣнѣ существующихъ средствъ и въ учрежденіи новыхъ, которыя открывали бы мѣньшее поле для злоупотребленій. Изъ подобной потребности, напримѣръ, вышли въ нынѣшнемъ столѣтіи нѣкоторыя реформы въ фабричномъ законодательствѣ.

Именно, эти реформы направлены къ тому, чтобы предотвратить такіе договоры рабочаго съ хозяиномъ предпріятія, которые даютъ хозяину возможность эксплоатировать рабочаго несправедливымъ образомъ, но въ которые рабочій неминуемо вступитъ сначала вслѣдствіе своей экономической, а потомъ и вслѣдствіе юридической зависимости, если только будетъ предоставленъ исключительно самому себѣ Съ этою цѣлью новые законы, предоставляя свободному усмотрѣнію рабочаго вступленіе на фабрику, опредѣленіе почти всѣхъ подробностей дальнѣйшаго положенія его изъемлютъ изъ сферы свободнаго усмотрѣнія или соглашенія хозяина и рабочаго. Законъ самъ опредѣляетъ такіе предметы, какъ продолжительность и распредѣленіе рабочаго дня, качество заработной платы, право рабочаго въ случаѣ болѣзни или несчастнаго случая потребовать себѣ пособіе, и т. п. Рабочему, уже поступившему на фабрику, запрещается отказываться отъ привиллегій его положенія, которыя установлены закономъ. Далѣе учреждается особый правительственный надзоръ надъ фабриками, на обязанности кото-

раго лежитъ приведеніе въ исполненіе фабричнаго регламента даже безъ особыхъ требованій заинтересованныхъ лицъ. Послѣдняя мѣра свидѣтельствуетъ, что новое фабричное законодательство до извѣстной степени превращаетъ отношенія капиталиста и рабочаго въ отношенія публичнаго права. Изъ этого мы видимъ, какъ далеко должна идти иногда реформа въ средствахъ защиты кредитора, какъ скоро требуется ограничить эксплоатацію имъ должника, которая возможна при существующихъ, несовершенныхъ средствахъ защиты.

Впрочемъ, это замѣчаніе выводитъ насъ нѣсколько за границы настоящаго изслѣдованія.

§ 29.

Примѣръ публичныхъ правъ.

Если отъ гражданскихъ правъ мы перейдемъ теперь въ область правъ публичныхъ, то придемъ приблизительно къ тѣмъ же результатамъ. Все многообразіе публичныхъ правъ, — будутъ-ли это какія-либо права государственной власти на территорію, или на подданныхъ, или взаимныя права различныхъ органовъ власти, или таковыя же права различныхъ общественныхъ союзовъ, или какія-либо политическія права подданныхъ и т. д., — все это подводится съ удобствомъ подъ одинъ изъ вышеразсмотрѣнныхъ типовъ правъ вещныхъ и правъ личныхъ, при чемъ громаднѣйшая часть публичныхъ правъ принадлежитъ именно ко второй категоріи. — Характерическая особенность публичныхъ правъ состоитъ въ томъ, что часто охраняющая власть является одновременно и субъектомъ права. Такъ, наприм., право государства взять подданнаго на военную службу охраняется тѣмъ же государствомъ (иначе будетъ, когда государство охраняетъ какое-либо право болѣе мелкаго союза, наприм., право сословія надъ членами этого послѣдняго; здѣсь субъектъ и власть различны). Но всегда въ подобныхъ случаяхъ можно различить функціи субъекта отъ функцій охранительныхъ; а нерѣдко онѣ раздѣляются видимымъ образомъ, воплощаясь въ различныхъ органахъ власти.

Другая особенность публичныхъ правоотношеній состоитъ въ томъ, что обыкновенно существуетъ параллельно множество одинаковыхъ отношеній по числу лицъ, подчиненныхъ въ данномъ случаѣ власти, или, наоборотъ, имѣющихъ къ ней какое-либо право. Такъ, при воинской повинности существуетъ столько же отдѣльныхъ отношеній, сколько состоитъ лицъ, которыя подлежатъ дѣйствію повинности.

Какъ на третью особенность публичныхъ отношеній, надо указать на то, что граница между юридическими отношеніями и отношеніями власти представляется ясною только въ случаѣ вышепомянутаго раздѣленія функцій субъекта и охранителя между двумя различными органами. Если учрежденіе, производящее наборъ, имѣетъ право самолично употребить тѣ или другія мѣры насилія надъ уклоняющимися отъ службы, то одновременно оно является органомъ и юридическихъ отношеній и власти. Но если для достиженія сказанной цѣли оно должно обратиться къ другимъ учрежденіямъ, то оба названные элементы представляются раздѣленными. Въ частномъ правѣ аналогію первому случаю являетъ случай самоуправства. Здѣсь также субъектъ воплощаетъ въ себѣ власть. Но, какъ надъ самоуправляющимся субъектомъ стоитъ все-таки авторитетъ государственной власти, который покровительствуетъ его расправѣ, такъ точно расправѣ, производимой рекрутскимъ присутствіемъ, покровительствуютъ органы высшей правительственной власти. Полное же дифференцированіе здѣсь, какъ и вездѣ, является только продуктомъ высшаго развитія.

Наконецъ четвертая особенность публичныхъ отношеній состоитъ въ томъ, что отношенія власти сами становятся отношеніями правовыми, т. е. охраняемыми юридическимъ образомъ. Власть правителя, чиновника, служащая къ охраненію многихъ правовыхъ отношеній, частныхъ и публичныхъ, въ свою очередь служитъ предметомъ юридической охраны. Высшая степень этой охраны достигается взаимодѣйствіемъ всѣхъ государственныхъ органовъ. Въ этомъ порядкѣ извѣстное отношеніе выступаетъ то въ качествѣ охраняющаго, то въ качествѣ охраняемаго (правоваго).

Изъ всего сказаннаго видно, что вышеописанная конструк-

ція правъ подтверждается также анализомъ публичныхъ правъ Если въ этой сферѣ элементы ея раздѣлены не столь ясно, какъ въ сферѣ частныхъ отношеній, то, съ другой стороны, очевидно, что публичныя права не содержатъ въ себѣ ничего такого, что противорѣчило бы основному положенію, защищаемому нами. Характеристическая черта правъ состоитъ въ организованной защитѣ, ему сопутствующей. Въ частныхъ правахъ положеніе и свойство субъекта открываютъ полный просторъ для развитія всѣхъ послѣдствій этой защиты. Въ публичныхъ отношеніяхъ сообразно иному положенію и свойству субъекта, эти послѣдствія выступаютъ менѣе рѣзко Но, на сколько названныя условія допускаютъ ихъ существованіе. на столько мы всюду открываемъ слѣды ихъ присутствія.

§ 30.

Виды юридическихъ отношеній

При установленіи юридической гарантіи, т. е. при возведеніи какого-либо отношенія на степень права, дѣятельность власти ограничивается тѣмъ, что открыто или молчаливо она установляетъ, что отнынѣ въ случаѣ правонарушенія за субъектомъ права будутъ признаны извѣстныя притязанія по отношенію къ правонарушителю. Такъ, напримѣръ, установленіе юридической гарантіи моего права собственности все сводится къ тому, что, начиная съ момента пріобрѣтенія мною этого права, я, въ случаѣ воспослѣдовавшаго нарушенія его, могу предъявить юридическія притязанія на возвращеніе вещи, вознагражденіе за убытки, наказаніе правонарушителя и т. п. Слѣдовательно, защищающія или юридическія отношенія возникаютъ прежде всего въ формѣ притязаній, которыя возбуждаются правонарушеніемъ. Этимъ ограничивается *непосредственное* выраженіе юридической гарантіи. Но за симъ слѣдуетъ *посредственное* выраженіе ея. Тотъ фактъ, что установлена возможность притязаній въ случаѣ правонарушенія вызываетъ извѣстную *связанность* лицъ, меня окружающихъ Въ своихъ поступкахъ относительно моего права они связаны этою возможностью.

Такимъ образомъ защищающія или юридическія отношенія существуютъ отчасти съ самаго начала права, отчасти же возникаютъ лишь съ нарушеніемъ его или по крайней мѣрѣ въ виду близкаго нарушенія*). Съ самаго начала существуетъ *связанность* окружающихъ меня лицъ, созданная юридическою гарантіею, которая сообщена моему праву, позднѣе, въ случаѣ правонарушенія, возникаютъ исковыя притязанія. Когда обычная формула утверждаетъ, напримѣръ, что право собственности состоитъ въ юридической возможности требовать отъ всѣхъ и каждаго, чтобы они уважали мое право, тогда она передаетъ (только не совсѣмъ точно) дѣйствительную конструкцію собственности. Въ самомъ дѣлѣ, предположимъ, что А имѣетъ право собственности на какой-либо участокъ земли, который обработывается имъ. Для упрощенія случая предположимъ далѣе, что сосѣди А принадлежатъ къ числу людей, которые, не питая никакого уваженія къ чужой собственности и фактически будучи сильнѣе А, удерживаются отъ нарушенія ея только вслѣдствіе страха предъ судомъ и закономъ. Спрашивается, изъ какихъ элементовъ состоитъ обладаніе А помянутымъ участкомъ? Мы имѣемъ здѣсь фактическое отношеніе — возможность (для А) воздѣйствія на участокъ. Но каждый актъ пользованія участкомъ составляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ воздѣйствіе А на его сосѣдей, намѣренія которыхъ направлены на захватъ участка и которыхъ онъ отклоняетъ отъ этого своимъ воздѣйствіемъ на участокъ. Каждый актъ воздѣйствія на участокъ есть въ то же время актъ противодѣйствія сосѣдямъ. Степенью, въ которой А можетъ осуществлять это послѣднее воздѣйствіе, т. е. отношеніемъ его къ сосѣдямъ, опредѣляется степень воздѣйствія его на участокъ или отношеніе къ участку. Отношенія къ сосѣдямъ прямо обусловлены фактомъ юридической защиты; если бы ея не было, то они не существовали бы, или представились бы совершенно въ иномъ видѣ. Слѣдовательно, это — отношенія юридическія.

---

*) Такъ, напримѣръ, римскій преторъ давалъ интердиктъ для защиты владѣнія, когда владѣлецъ обнаруживалъ предъ нимъ только готовящееся, еще неисполненное нарушеніе

Потому поступаютъ совершенно неправильно, когда говорятъ, что юридическія отношенія субъекта къ окружающимъ лицамъ наступаютъ только послѣ правонарушенія. Когда дѣлается правонарушеніе, тогда на самомъ дѣлѣ къ существующимъ юридическимъ отношеніямъ присоединяется новое юридическое отношеніе субъекта къ правонарушителю. Возникаетъ притязаніе субъекта, т. е. юридическая возможность принужденія правонарушителя къ совершенію различныхъ дѣйствій, которыя должны доставить удовлетвореніе пострадавшему субъекту. Въ развитомъ гражданскомъ правѣ обычную форму притязанія составляетъ судебный искъ. Такимъ образомъ нарушеніе чужаго права собственности ведетъ къ ряду исковыхъ требованій.

Разборъ другихъ примѣровъ покажетъ, что то же самое встрѣчается и въ личныхъ правахъ. Должникъ уплачиваетъ по требованію кредитора долгъ, лицо, подлежащее воинской повинности, является, по полученному имъ приглашенію, къ исполненію службы. Значеніе обоихъ актовъ состоитъ въ томъ, что субъектъ права (кредиторъ, государство) осуществляютъ успѣшно принадлежащую имъ возможность воздѣйствія на объектъ (должникъ, подданный). Предположимъ опять, что оба— и должникъ, и подданный сдѣлали сказанное, исключительно подчиняясь предписанію закона. Анализируя за симъ оба случая, мы находимъ прежде всего возможность фактическаго воздѣйствія субъекта на объектъ кредиторъ и государственная власть господствуютъ надъ должникомъ и подданнымъ, могутъ направить ихъ дѣятельность въ извѣстную сторону. Но это фактическая возможность существуетъ только благодаря тому обстоятельству, что подчиненное лицо чувствуетъ себя связаннымъ подъ вліяніемъ ожиданія законныхъ взысканій. Не будь этого ожиданія, фактическая возможность значительно уменьшилась бы или (что для насъ равнозначительно) во всякомъ случаѣ измѣнилась бы. Связанность лицъ означеннымъ ожиданіемъ и образуетъ его юридическое отношеніе къ субъекту. Въ случаѣ правонарушенія къ этому отношенію примыкаютъ новыя, особыя отношенія. Кредиторъ можетъ тогда призвать на помощь судъ, — рекрутское присутствіе полицію, и т. п.

Возникая обыкновенно одновременно съ возникновеніемъ правоваго отношенія, юридическія отношенія устанавливаются иногда раньше него, именно въ ожиданіи его. Такъ, напримѣръ, должнику, который отягощенъ условнымъ обязательствомъ запрещаются такія распоряженія, которыя сдѣлали бы невозможнымъ осуществленіе обязательства въ будущемъ, по наступленіи условія *). Кредиторъ по условному обязательству въ случаѣ конкурса надъ должникомъ имѣетъ право заявлять свое требованіе, хотя бы условіе еще не осуществилось **). Подобнымъ же образомъ охраняются права лицъ, еще не родившихся (nascituri).

§ 31.

Воззрѣніе римлянъ и современной практической юриспруденціи на значеніе судебныхъ притязаній.

Все изложенное выше объ устройствѣ юридической защиты, объ элементахъ права, въ смыслѣ отношенія, основано на анализѣ, который вообще недоступенъ практической юриспруденціи. Воззрѣніе римскихъ юристовъ на этотъ предметъ отличалось относительною грубостью. Они сводили всю сущность права, какъ таковаго, на судебный искъ, которымъ оно защищалось. Они даже почти нигдѣ не говорятъ о правахъ, но только объ искахъ. Они смотрѣли на право исключительно съ практической, если можно такъ выразиться,—съ ремесленной точки зрѣнія. Дѣйствительно, адвокатъ и судья заинтересованы правомъ исключительно въ предѣлахъ судебнаго спора, который они должны предусмотрѣть (такъ, при составленіи юридическихъ сдѣлокъ) или вести и разрѣшать (такъ, когда дѣло дойдетъ до процесса). Съ этой точки зрѣнія, вся сущность права сводится на исковыя притязанія, какъ на единственное *непосредственное* выраженіе гарантіи, которая осуществляется юристами. Что лежитъ далѣе, что вытекаетъ посредственно изъ ихъ дѣйствій,—объ этомъ они не спрашивали. Нельзя

*) Dig. 35.1 fr. 105.
**) Dig. 42.4 fr. 6 pr.

сказать, чтобы оно ускользало отъ ихъ вниманія всегда: но по крайней мѣрѣ такъ было, когда у нихъ вырабатывалось понятіе права. Извѣстная грубость ума, неопытность въ отвлеченномъ анализѣ, разумѣется, была главною причиною этому. Кромѣ того другая причина должна была также имѣть мѣсто. Въ періодѣ, въ которомъ по преимуществу формировались юридическія воззрѣнія римлянъ,—въ послѣднія столѣтія республики и первые вѣка имперіи,—въ этомъ періодѣ процессъ сообщенія юридической защиты отношеніямъ былъ устроенъ такъ, что особенно бросалось въ глаза значеніе судебныхъ притязаній въ конструкціи права. Обыкновенно самъ судъ опредѣляетъ, достойно-ли данное отношеніе защиты или нѣтъ. *Давая искъ*, судъ этимъ самымъ возводилъ отношеніе въ право.

Достоинство римскаго воззрѣнія заключается развѣ въ томъ, что оно устраняетъ всякую возможность заблужденія на счетъ того, что юридическій элементъ каждаго права состоитъ именно въ юридической защитѣ. Однако не слѣдуетъ преувеличивать это достоинство. Примѣръ самихъ римлянъ убѣждаетъ насъ, что и при римскомъ воззрѣніи на соотношеніе иска и права возможны заблужденія. Доказательствомъ служитъ воззрѣніе римлянъ на владѣніе, какъ на фактъ, а не на право. Римляне давали судебную защиту владѣнію и тѣмъ не менѣе не признавали его правомъ. О причинахъ этого недоразумѣнія рѣчь должна идти въ другомъ мѣстѣ.

Въ континентальной Европѣ, какъ въ средніе вѣка, такъ и въ новое время, судъ былъ подчиненъ высшимъ авторитетамъ: постановленіямъ римскаго права, правительственнымъ и церковнымъ постановленіямъ, закону. Судъ долженъ былъ защищать то, что было признано правомъ со стороны этихъ авторитетовъ. Сообразно съ этимъ, образовался иной взглядъ на право и искъ. По взгляду современной практической юриспруденціи, искъ является *послѣдствіемъ* юридической санкціи. Право существуетъ какъ бы само по себѣ, а искъ вытекаетъ изъ права. Этотъ взглядъ имѣетъ передъ римскимъ воззрѣніемъ то преимущество, что кромѣ иска выдвигаетъ наружу и другіе элементы права. Но за симъ это дѣлается довольно неточно и неясно. Иску, судебнымъ притязаніямъ отводится въ приве

деннымъ взглядѣ мѣсто, черезъ-чуръ подчиненное, второстепенное. Все же надо помнить, что въ возможности иска или вообще юридической защиты лежитъ главное, основное и существеное свойство права. Искъ или вообще защита не «вытекаетъ» изъ права, какъ говорятъ, но составляетъ то, присутствіе чего дѣлаетъ отношеніе правомъ и вызываетъ, какъ послѣдствія, дальнѣйшія свойства его.

§ 32.

Судебное притязаніе и управомочіе.

Какъ видно изъ § 30, одно правовое отношеніе можетъ защищаться многими юридическими отношеніями и, въ томъ числѣ, многими судебными притязаніями. Судебное притязаніе составляетъ, слѣдовательно, элементъ или часть всей юридической защиты даннаго отношенія. Въ свою очередь, мы можемъ разложить на такія же части само правовое отношеніе. Эти части извѣстны подъ именемъ *управомочій*. Понятно, что отличіе ихъ отъ всего правоваго отношенія условно. Отдѣльное управомочіе, получивъ самостоятельное значеніе, можетъ стать правовымъ отношеніемъ. Такъ, напр., право пользованія, какъ часть права собственности, есть управомочіе; будучи отдѣлено и получивъ самостоятельное значеніе, право пользованія есть правовое отношеніе.

Слѣдующій интересный фактъ находится въ связи съ измѣненіемъ взгляда на соотношеніе иска и права,—измѣненіемъ, которое указано въ § 31. Когда господствовалъ древній взглядъ на это соотношеніе, тогда существовала тенденція *поставить раздѣленіе судебной охраны на судебныя притязанія въ строгое соотвѣтствіе съ раздѣленіемъ на управомочія*. На случай защиты каждаго управомочія въ Римѣ, въ особенности въ періоды квиритскаго права и формулярнаго процесса, существовала особая исковая формула. Потомъ формулы стали обобщаться и каждая формула соотвѣтствовала уже цѣлому правовому отношенію, т.-е. цѣлой группѣ управомочій. Въ настоящее время это обобщеніе достигло своихъ крайнихъ предѣловъ: одна форма иска защищаетъ всѣ права.

§ 33.

Юридическія отношенія, какъ предметъ юридической защиты Обособленныя юридическія отношенія.

Слѣдуетъ запомнить, что одно и то-же отношеніе можетъ быть одновременно и защищающимъ (юридическимъ) и защищаемымъ (правовымъ). Замѣтивъ это, мы безъ затрудненія подведемъ подъ вышеописанную форму всѣ явленія дѣйствительнаго права. Такъ, притязанія, которыя возникаютъ изъ правонарушеній, защищаютъ нарушенныя правовыя отношенія и въ то-же время защищаются сами новыми юридическими отношеніями, въ которыхъ состоятъ къ нарушителю судъ и другіе органы государственной власти. Вслѣдствіе того каждое притязаніе и, въ частности, напримѣръ, искъ мы можемъ разсматривать, какъ особое право, гдѣ возможность воздѣйствія, предоставленная истцу, составляетъ защищаемое отношеніе, возможность воздѣйствія, принадлежащая суду,—защищающее отношеніе; то и другое покоится на отношеніи, въ которомъ состоитъ высшая общественная власть къ отдѣльнымъ лицамъ.—Достойно вниманія, что отношенія, назначенныя для защиты другихъ отношеній, могутъ существовать не только въ непосредственной связи съ защищаемымъ отношеніемъ, но и отдѣльно отъ него, какъ самостоятельныя правовыя отношенія. Такія *обособленныя юридическія отношенія* разсѣяны по всей области права. Ихъ древнѣйшая форма представляется, безспорно, первичнымъ отношеніемъ главы государства къ его подданнымъ. Первоначальное значеніе этого отношенія состоитъ въ томъ, что оно соединяетъ въ себѣ всѣ три элемента права: власть, юридическое и правовое отношенія. Глава государства имѣетъ власть; онъ пользуется ею для различнаго воздѣйствія на подданныхъ (правовое отн.) и въ ней же находитъ опору для такого воздѣйствія (юридич. отн.). Дальнѣйшее развитіе производитъ диференцированіе этихъ элементовъ. Какъ скоро глава государства употребляетъ свою власть для защиты дѣйствій какого-нибудь другаго субъекта,

поставленнаго имъ органа, или частнаго лица, такъ уже образуется право, въ которомъ мы можемъ ясно различать всю вышеозначенную конструкцію и касательно котораго власть главы получаетъ специальное значеніе охраняющаго отношенія. Съ образованіемъ особыхъ органовъ государственной власти, отношеніе каждаго органа къ подчиненнымъ ему мѣстамъ и лицамъ, будучи самостоятельнымъ правовымъ отношеніемъ, служитъ въ той или другой степени для защиты другихъ отношеній и является, слѣдовательно, отношеніемъ юридическимъ.— Обособленныя юридическія отношенія выступаютъ потомъ и во многихъ другихъ формахъ. Обязательство неустойки, залоговое право, составляя самостоятельныя права, въ то-же время служатъ лишь къ вящему юридическому обезпеченію другихъ отношеній. Но, какъ забота объ отдѣльномъ правѣ можетъ породить у частнаго лица мысль объ обезпеченіи даннаго отношенія учрежденіемъ особаго права неустойки или залога, такъ забота о вящей защитѣ большаго ряда однородныхъ отношеній побуждаетъ юридическое сознаніе общества къ учрежденію такихъ обособленныхъ правъ, покровительство которымъ помогаетъ осуществленію покровительства другимъ отношеніямъ. Такъ, по извѣстной теоріи, владѣніе защищается не ради самого себя, а ради вящей защиты права собственности. Изъ подобныхъ же мотивовъ общество возводитъ нарушенія отдѣльныхъ правъ на степень уголовныхъ или публичныхъ преступленій. Нарушеніе одного права считается опаснымъ для другихъ подобныхъ правъ и потому преслѣдуется съ усиленною энергіею. Значеніе этого явленія состоитъ въ томъ, что юридическимъ отношеніямъ, возникшимъ изъ защиты даннаго права (наприм., права собственности A.), придается охраняющее значеніе также относительно другихъ подобныхъ правъ (напр., правъ собственности B., C., D. и т. д.). Вслѣдствіе того посягательство на цѣлость такихъ отношеній касается, въ глазахъ общества, разомъ всѣхъ правъ. За понятіемъ уголовнаго преступленія скрывается, слѣдовательно, цѣлая своеобразная конструкція обособленныхъ юридическихъ отношеній

§ 34.

Результаты.

Прежде, чѣмъ мы двинемся далѣе, будетъ не безполезно повторить въ короткихъ словахъ уже добытое нами путемъ изложеннаго анализа.

Переидя отъ общаго опредѣленія отношенія къ подробностямъ, мы замѣтили, что существенныя различія отношеній образуются различіями въ устройствѣ ихъ среды. Важное явленіе состоитъ въ усложненіи раздвоенія среды. Усложненіе заключается въ томъ, что опредѣленная группа людей (въ развитыхъ случаяхъ образующая вмѣстѣ съ субъектомъ «общественный союзъ») оказывается заранѣе склонною къ оказанію субъекту помощи въ дѣлѣ установленія и поддержанія его отношеній. Эта помощь или защита имѣетъ два направленія. Во-первыхъ, она можетъ быть направлена противъ препятствій всякаго рода, которыя лежатъ внѣ благопріятствующей группы (защита перваго рода) (§ 22). Во-вторыхъ,—и здѣсь мы встрѣчаемся съ результатомъ обособленія общества, какъ таковаго, отъ составляющихъ его индивидуумовъ, — общество защищаетъ отношенія однихъ изъ числа своихъ членовъ противъ посягательствъ, которыя возможно ожидать со стороны другихъ членовъ (защита втораго рода). Субъекты такихъ отношеній и индивиды, противъ которыхъ дѣйствуетъ защита, подходятъ подъ понятіе лица въ широкомъ смыслѣ (§ 23).— Защита втораго рода свойственна всѣмъ общественнымъ союзамъ и происходитъ въ двухъ главныхъ формахъ неорганизованной и организованной Организованная или юридическая защита осуществляется заранѣе опредѣленнымъ порядкомъ и обыкновенно особенными, установленными для того органами. Субъекты, которые защищены въ этой формѣ, и индивиды, противъ коихъ такая защита направлена, подходятъ подъ понятіе лица въ болѣе тѣсномъ, юридическомъ смыслѣ (§ 24).— Изслѣдуя далѣе организацію юридической защиты, мы находимъ въ каждомъ случаѣ ея: отношеніе защищаемое (правовое), отношенія власти и отношенія вынужденныя или защи-

щающія (юридическія), въ томъ числѣ исковыя притязанія. Двѣ послѣднія группы составляютъ специфическія видоизмѣненія сопровождающихъ отношеній (см. § 20). Ими образуется юридическая защита (§§ 26—30).—Одно и то-же отношеніе можетъ быть одновременно и правовымъ и юридическимъ. Кромѣ того юридическія отношенія или бываютъ непосредственно связаны съ защищаемымъ отношеніемъ, или существуютъ отдѣльно отъ нихъ (обособленныя юридич. отношенія). Вообще эта формація имѣетъ относительно позднѣйшее происхожденіе (§ 33).

IV.

СВОЙСТВА ПРАВОВАГО (ЗАЩИЩЕННАГО) ОТНОШЕНІЯ. ОСОБЕННОСТИ ЮРИДИЧЕСКАГО ВОЗЗРѢНІЯ НА СУЩЕСТВО ПРАВОВАГО ОТНОШЕНІЯ.

§ 35.

Свойства правоваго отношенія

Спрашивается теперь, какое вліяніе оказываетъ защита на *защищаемое* отношеніе, отличается ли чѣмъ-либо правовое, защищенное отношеніе отъ простаго фактическаго отношенія?

При отвѣтѣ на этотъ вопросъ надо различать двѣ стороны затронутаго предмета. По *существу* своему, правовое отношеніе остается тѣмъ же фактическимъ. Все сказанное объ этомъ послѣднемъ въ §§ 17—20 примѣняется вполнѣ и къ правовому отношенію. Оно отличается лишь своеобразнымъ устройствомъ среды, — присутствіемъ въ ней особыхъ защищающихъ (юридическихъ) отношеній. Но это обстоятельство измѣняетъ *предѣлы* существованія и *содержаніе* защищеннаго отношенія, а не существо его. Правовое отношеніе болѣе гарантировано отъ нарушеній со стороны третьихъ лицъ, оно продолжительнѣе, прочнѣе, нежели обыкновенное фактическое отношеніе. Юридическая защита устраняетъ препятствія къ обладанію, которыя наименѣе подлежатъ предвидѣнію и контролю обладателя. Вслѣдствіе того дѣйствія субъекта являются полнѣе и увѣреннѣе. Ихъ границы расширяются, вопервыхъ, потому, что удаляются границы препятствій; вовторыхъ, потому, что субъектъ, будучи увѣренъ въ прочности своего господства, прояв-

ляетъ его въ такихъ дѣйствіяхъ, на которыя онъ не рѣшился бы при отсутствіи юридической защиты, хотя бы и могъ совершить ихъ. Оба эти момента имѣютъ громадное соціологическое значеніе. Такъ, извѣстно, напримѣръ, что крѣпость юридической защиты поземельныхъ отношеній всегда являлась однимъ изъ условій развитія поземельнаго кредита. Другой примѣръ, упомянутый уже выше, представляется фактическимъ господствомъ кредитора надъ должникомъ, существующимъ помимо юридическаго господства, но благодаря ему. Обыкновенно юриспруденція исключаетъ такіе факты изъ области своей компетенціи, находя ихъ *«не юридическими»*. Въ этомъ заключается большая ошибка Напротивъ, помянутые и множество подобныхъ имъ фактовъ обязаны своимъ происхожденіемъ *исключительно* существованію юридической защиты Они произведены правомъ, а потому составляютъ предметъ правовѣдѣнія.

Впрочемъ, если юриспруденція не охватила всей области ихъ, то все-таки они не прошли мимо нея незамѣченными. Они дали поводъ къ извѣстному ученію о «содержаніи» и «осуществленіи» права. По этому ученію, содержаніе и осуществленіе права выражается въ актахъ пользованія правомъ Мы поступимъ невѣрно, если раздѣлимъ это ученіе въ томъ смыслѣ, что возможность пользованія создана и гарантирована исключительно юридическою защитою, дарованною въ каждомъ данномъ случаѣ субъекту права. Пользованіе благами жизни, обладанія и т. п. возможно и безъ юридической защиты. Но, какъ скоро она является, это пользованіе расширяется въ очень значительной степени; и, осуществляя его, субъектъ осуществляетъ именно свое право, ибо безъ права осуществленіе въ такихъ предѣлахъ было бы невозможно. Слѣдуетъ утверждать, что, на сколько возможность защищенныхъ дѣйствій существуетъ благодаря юридической защитѣ (и эта степень очень велика), на столько эта возможность входитъ въ содержаніе права, помянутыя же дѣйствія служатъ осуществленіемъ самого права. Особенной догматической (технической) цѣны это утвержденіе (равно какъ и все ученіе объ осуществленіи права), можетъ быть, и не имѣетъ. Но за то, съ соціологической точки зрѣнія, оно заслуживаетъ полнаго вниманія.

Особенности юридическаго воззрѣнія на существо правоваго отношенія.

§ 36.

Общее замѣчаніе.

Въ глазахъ общества, юридическая защита обладаетъ извѣстною цѣною, и оно раздаетъ ее съ разборомъ. Общество соединяетъ юридическую защиту только съ отношеніями, которыя установлены извѣстнымъ, опредѣленнымъ образомъ Такимъ образомъ въ каждый данный моментъ своей исторіи общество ограничиваетъ сферу правовыхъ отношеній опредѣленнымъ кругомъ отношеній. Но и это обстоятельство не вліяетъ на общій типъ правоваго отношенія. По существу своему, правовое отношеніе остается подобнымъ всѣмъ прочимъ отношеніямъ людей къ окружающимъ ихъ предметамъ и лицамъ.— Однако, развиваясь постепенно въ цѣлую систему, организація способовъ установленія и прекращенія родитъ своеобразное юридическое воззрѣніе на существо правоваго отношенія. Такимъ образомъ, если оно не измѣняется отъ того, что становится правовымъ, то не остается безъ измѣненія *юридическое воззрѣніе* на него. Юридическое воззрѣніе, т.-е. воззрѣніе юристовъ, приписываетъ правовому отношенію различныя своеобразныя свойства, отличающія его значительно отъ отношенія фактическаго. Это воззрѣніе вызвано раціональными практическими соображеніями. Оно отвѣчаетъ вполнѣ практическому значенію, которое принадлежитъ защитѣ отношеній. Однако для правильной оцѣнки юридическаго воззрѣнія всегда слѣдуетъ помнить, что оно имѣетъ условный смыслъ. Оно не передаетъ истинныхъ свойствъ правоваго отношенія, но преобразуетъ ихъ согласно съ своимъ особеннымъ критеріемъ. Это послѣднее обстоятельство обыкновенно упускается изъ виду, откуда возникаютъ недоразумѣнія въ толкованіи юридическаго воззрѣнія.

Всѣ особенности юридическаго воззрѣнія на существо правоваго отношенія вытекаютъ изъ того, что въ юридическомъ воззрѣніи отношеніе имѣетъ значеніе *лишь на столько, на-*

сколько оно защищено юридическимъ образомъ. Они состоятъ въ слѣдующемъ.

§ 37.

Установленіе права

За моментъ установленія всего права (а, слѣдовательно, и правоваго отношенія) *принимается моментъ установленія юридическихъ отношеній*.—Вообще, право не защищаетъ ничего невозможнаго, потому что такая защита не имѣла бы никакого смысла *). Но если установленіе какого-либо фактическаго отношенія возможно, т.-е. не представляетъ препятствій, лежащихъ за предѣлами вліянія юридической санкціи, то нѣтъ нужды ждать дѣйствительнаго установленіе этого отношенія для того, чтобы сдѣлать его правовымъ. Защита можетъ быть установлена ранѣе дѣйствительнаго установленія защищаемаго отношенія. Такъ, мнѣ могутъ быть даны правомочія относительно данной вещи прежде, чѣмъ я фактически овладѣлъ ею. Но, далѣе, такъ какъ для юридическаго воззрѣнія имѣетъ значеніе только фактъ защиты, установленіе правомочій субъекта, то, какъ скоро совершился этотъ фактъ, все право признается установленнымъ. Такимъ образомъ, наприм., я пріобрѣтаю отъ кого-либо право на вещь прежде, чѣмъ вещь мнѣ передана.

Это условное и отвлеченное понятіе установленія права выработалось не сразу. Исторія свидѣтельствуетъ, что оно имѣетъ относительно позднее образованіе. Первоначально юристы требовали для установленія права одновременное установленіе какъ юридическаго, такъ и правоваго отношенія. Эта идея проглядываетъ ясно во всѣхъ извѣстныхъ намъ способахъ установленія, которые существовали въ древнѣйшемъ правѣ. Вещь, должникъ должны находиться на лицо въ моментъ установленія права на нихъ (mancipatio, in jure cessio nexum). Юридическое мышленіе стоитъ еще на почвѣ реальнаго созерцанія

*) Поэтому, наприм., для пріобрѣтенія собственности надъ дикимъ звѣремъ надо непремѣнно поймать его.

предмета, не внося въ него фикціи. Потомъ практическая оцѣнка его научаетъ отличать въ немъ элементъ, который имѣетъ практическую важность, отъ элемента неважнаго. Первоначальное воззрѣніе разлагается не сразу, но проходитъ промежуточную ступень своего дальнѣйшаго развитія. Эта ступень состоитъ въ томъ, что вмѣсто акта непосредственной передачи вещи совершается какой-либо другой актъ, который разсматривается, какъ ведущій къ той же цѣли. На самомъ дѣлѣ этотъ другой актъ или обладаетъ только посредствующимъ значеніемъ или же значеніе его, какъ акта передачи, совершенно мнимое. Такъ, напримѣръ, вмѣсто участка земли передаютъ изъ рукъ въ руки кусокъ дерна, взятый отъ этого участка и т. п. Такой порядокъ, какъ кажется, мы застаемъ уже въ древне-германскомъ правѣ, въ эпоху древнѣйшихъ leges barbarorum. Мнимая передача пріобрѣтаетъ въ этомъ случаѣ характеръ дѣйствительной передачи благодаря нѣкоторому олицетворенію Въ концѣ республики и началѣ имперіи traditio римскаго права,—способъ, заступившій постепенно мѣсто древнѣйшей манципаціи и др.,—имѣла то же переходное значеніе. По толкованію римскихъ юристовъ, складъ движимыхъ вещей передавался чрезъ передачу ключей отъ этого склада. Слѣдовательно, совершеніе только одного шага къ передачѣ (посредствующаго акта) приравнивалось къ самой передачѣ. Вообще римскіе юристы не считали необходимою принадлежностью традиціи прикосновеніе къ движимымъ вещамъ или вступленіе въ предѣлы недвижимости. Достаточно было передающему, выразивъ свою волю на передачу, показать передаваемый земельный участокъ и т. п.—Наконецъ за переходнымъ періодомъ наступаетъ время, когда воззрѣніе юристовъ на способъ установленія права становится вполнѣ «юридическимъ». Право признается установленнымъ, какъ скоро субъектъ его получаетъ должныя управомочія. Уже въ римскомъ правѣ простой договоръ устанавливалъ сервитуты. Въ современномъ правѣ право собственности переносится на пріобрѣтателя въ моментъ утвержденія крѣпостнаго документа, записи въ гипотечную книгу и т. п. Вообще теперь этому новому порядку принадлежитъ господствующее положеніе. Если изрѣдка встрѣчаются факты,

которые напоминаютъ собою старое воззрѣніе, то они — или историческіе остатки стараго взгляда (таковъ, напримѣръ, символизмъ, сохранившійся въ простонародномъ быту), или же оправдываются какими-либо спеціальными практическими мотивами, которые въ каждомъ данномъ случаѣ почему-либо измѣняютъ дѣйствіе общаго мотива.

Не должно быть сомнѣнія въ цѣлесообразности изложеннаго уклоненія юридическаго воззрѣнія отъ дѣйствительности. Дарованіемъ кому-либо юридической защиты исчерпывается все *юридическое* въ фактѣ установленія права. Хотя для дѣйствительнаго существованія его необходимо и существованіе фактической подкладки его, но такъ какъ она образуется безъ посредства юридической санкціи, то дѣло послѣдней вполнѣ окончено, какъ скоро, при существованіи фактической возможности образованія защищаемаго отношенія, оно гарантируется еще въ той мѣрѣ, въ которой способна сдѣлать это юридическая защита. Надо сказать даже, что, поступая иначе, юридическое воззрѣніе впадало-бы во внутреннее противорѣчіе. Въ самомъ дѣлѣ, предположимъ, что купленное мною имѣніе только тогда станетъ моимъ, когда я фактически овладѣю имъ. Въ такомъ случаѣ доходы, данные имѣніемъ до этого момента, должны принадлежать старому владѣльцу,—чѣмъ будетъ созданъ для него лишній поводъ уклоняться отъ передачи имѣнія въ руки новаго обладателя. Если это невыгодное послѣдствіе «естественнаго» взгляда на моментъ установленія права не мѣшало его существованію въ древнѣйшее время, то такое обстоятельство объясняется отчасти тѣмъ, что тогда люди не были увѣрены достаточно въ силѣ и прочности юридической защиты. Потому никто не расходовался на пріобрѣтеніе вещи до фактическаго пріобрѣтенія ея и устранялъ такимъ образомъ возможность наступленія вышеозначенной невыгоды Но они должны были выказаться, какъ скоро возникла мѣна и продажа въ кредитъ; и тогда былъ данъ стимулъ къ образованію особаго *юридическаго* воззрѣнія на установленіе права. — Сущность этого воззрѣнія состоитъ въ томъ, что оно отвлекаетъ отъ права одинъ элементъ его и разсматриваетъ его, какъ все право. Отсюда, понятно, должны возникать иногда односторонность

и несообразность. Чтобъ устранить ихъ, юридическое воззрѣніе вынуждено по временамъ измѣнять своему принципу и преклоняться предъ дѣйствительностью. Такъ, именно, бываетъ въ случаяхъ мнимаго установленія права. Когда, наприм., устанавливается право на вещь, въ дѣйствительности несуществующую или недоступную, тогда, по раскрытіи заблужденія, актъ установленія кассируется и объявляется мнимымъ. Подобное же встрѣчаемъ въ случаяхъ столкновенія правъ при ихъ осуществленіи. Если нѣсколько правъ сталкиваются на одномъ объектѣ, обнимая его вполнѣ, то одно изъ нихъ должно быть устранено, либо всѣ они терпятъ ограниченія. Исходъ опредѣляется въ различныхъ случаяхъ различно, сообразно съ практическимъ значеніемъ каждаго случая. Такъ, римскіе юристы изъ двухъ послѣдовательно установленныхъ правъ пользованія (usus) на одну и ту-же вещь признаютъ лишь болѣе раннее, предоставляя субъекту втораго удовлетвориться денежнымъ вознагражденіемъ, между нѣсколькими добросовѣстными владѣльцами они отдаютъ предпочтеніе тому изъ нихъ, кто владѣетъ въ моментъ спора; при нахожденіи же вещи въ рукахъ лица, которое имѣетъ на нее слабѣйшее право, между добросовѣстными владѣльцами устанавливается совладѣніе, и т. п.

§ 38.

Непрерывность права.

Юридическое воззрѣніе *игнорируетъ* прекращеніе правоваго отношенія, совершенное такими дѣятелями, которыхъ вліяніе имѣетъ устраниться само собою или можетъ быть устранено дѣйствіемъ юридической санкціи, либо личными силами субъекта отношенія. — Если правовое отношеніе, признанное однажды установленнымъ, становится почему-либо дѣйствительною невозможностью для субъекта (физическое уничтоженіе обладаемой вещи), то все право признается уничтоженнымъ. Но если уничтожившееся правовое отношеніе можетъ быть возстановлено,

т.-е. если къ тому-же объекту можетъ быть установлено новое отношеніе, совершенно подобное старому, то случившееся уничтоженіе игнорируется юристомъ и онъ разсматриваетъ новое отношеніе, какъ непосредственное продолженіе стараго. Такъ, когда у собственника крадутъ вещь, то въ дѣйствительности его отношеніе къ вещи, его обладаніе прекращается (ср. выше стр 60), существуетъ лишь его юридическое отношеніе къ вору или лицу, у котораго вещь находится. Но такъ какъ это отношеніе ведетъ къ возвращенію вещи собственнику и къ установленію новаго обладанія ею, подобнаго старому, утраченному,—такъ какъ, далѣе, такимъ установленіемъ («возстановленіемъ») осуществляется вполнѣ *юридическое* существо права собственности, то юристъ не находитъ нужнымъ признавать за фактомъ воровства какого-либо разрушающаго вліянія Такое признаніе противорѣчило бы практическому критеріуму, которымъ юристъ руководится.

То-же самое надо сказать и относительно случаевъ, гдѣ фактическое господство прерывается не людьми, какъ въ приведенномъ примѣрѣ, а какими-либо, легко или трудно устранимыми, физическими препятствіями. Временное исчезновеніе объектовъ права изъ нашего фактическаго обладанія остается въ такихъ случаяхъ безъ всякихъ юридическихъ слѣдовъ, а потому не имѣетъ никакого интереса для юриста. Онъ игнорируетъ ихъ и предполагаетъ, что обладаніе тянулось безъ перерыва. Противоположный взглядъ приближался бы болѣе къ истинѣ, но породилъ бы нескончаемое множество практическихъ затрудненій.

Только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, по практическимъ соображеніямъ, извѣстныя юридическія послѣдствія связаны именно съ непрерывностью отношенія, перерывъ его принимается во вниманіе. Такъ, перерывъ владѣнія вещью останавливаетъ теченіе давности, потому что права по давности даруются именно за непрерывное обладаніе, которое тянулось установленный срокъ.

§ 39.

Прекращеніе права.

За моментъ *прекращенія* права признается моментъ прекращенія юридическихъ отношеній Послѣ всего сказаннаго это предположеніе, присущее юридическому воззрѣнію, не требуетъ особыхъ объясненій.—Но интересно, что благодаря нѣкоторой случайной особенности въ мнѣніяхъ римской юриспруденціи и тому поклоненію, съ которымъ относилась къ ней постоянно юриспруденція новая, по сіе время сохранило полное господство одно оригинальное положеніе, составляющее рѣшительный анахронизмъ въ ученіи о прекращеніи правъ. По общепризнанному мнѣнію, потеря владѣнія не влечетъ непремѣнно потери защиты его. Каждое право можетъ пользоваться судебною защитою лишь до тѣхъ поръ, пока оно не потеряно для правообладателя; напротивъ владѣніе защищается тогда, когда оно исчезло. Въ этомъ утвержденіи защищаемое отношеніе (владѣніе) не смѣшивается съ защищающимъ (искомъ). Соотвѣтствуя дѣйствительности, такое раздѣленіе не имѣетъ теперь практической цѣны и вызываетъ въ современной догмѣ даже нѣкоторый хаосъ идей. Оно составляетъ остатокъ первоначальнаго періода, когда юридическое воззрѣніе еще стояло не на условной, но на реальной почвѣ *).

Техническое понятіе бездѣйствія правъ имѣетъ то-же условное значеніе, какъ и прекращеніе, хотя и не тождественный съ нимъ смыслъ. «Бездѣйствующее право», говоритъ Виндшейдъ, «подобно прекратившемуся не имѣетъ дѣйствія; но лишь только отпадаетъ фактъ, коимъ исключалось его дѣйствіе, оно снова получаетъ силу, не нуждаясь въ новомъ возникновеніи!» Такъ, наприм., собственность на извѣстную вещь, которая соединена съ другою вещью, какъ ея составная часть, считается только бездѣйствующею. На самомъ же дѣлѣ здѣсь правовое отношеніе собственности прекращается, а по уничтоженіи сказаннаго соединенія возникаетъ новое отношеніе,

*) Подробности см. въ «Очеркахъ общей теоріи гражданскаго права» М. 1877, стр. 143.

тождественное, съ юридической точки зрѣнія, съ прежнимъ. Но, чтобы избѣжать излишней процедуры новаго установленія, юристъ признаетъ новое отношеніе за простое возстановленіе прежняго, а самый перерывъ разсматриваетъ только какъ бездѣйствіе.

§ 40.

Преемство въ правѣ.

Вопреки дѣйствительности юридическое воззрѣніе допускаетъ *перенесеніе* правоваго отношенія съ одного субъекта на другаго и, въ болѣе ограниченномъ числѣ случаевъ, съ одного объекта на другой. Это именно есть случай активнаго или пассивнаго преемства въ правахъ или *сукцессія*. Такъ, напримѣръ, одинъ собственникъ передаетъ свое право другому собственнику, на наслѣдника переходятъ права и долги наслѣдодателя и т. п. На самомъ дѣлѣ преемство въ правахъ есть абсурдъ, такъ какъ отношеніе, какъ таковое, не есть какой-либо конкретный предметъ, который могъ бы переноситься свободно (ср. выше, стр. 60). Сукцессія есть понятіе условное, фигуральное Процессъ, который характеризуется этимъ именемъ, имѣетъ на самомъ дѣлѣ иной характеръ. Когда собственникъ или кредиторъ «передаютъ» другому лицу свое право собственности или право требованія, тогда на самомъ дѣлѣ здѣсь прекращается въ полномъ составѣ одно право и взамѣнъ его учреждается другое, во всемъ подобное ему, но съ другимъ субъектомъ. Такая же смѣна отношеній, но съ измѣненіемъ объектовъ (должниковъ) происходитъ въ случаяхъ пассивнаго преемства. Реально здѣсь нѣтъ преемства. Но дѣло въ томъ, что этотъ моментъ не имѣетъ никакого практическаго значенія, а потому игнорируется юристомъ. *Юридическое* положеніе новаго субъекта или объекта тождественно съ юридическимъ положеніемъ прежняго субъекта и объекта, и, съ точки зрѣнія этого факта, цѣлесообразно сказать, что на новаго субъекта или объектъ *перешло* прежнее отношеніе. Послѣдствія, какія можно вывести изъ такого понятія, на сколько они не выходятъ за

границы юридической области, представляются вполнѣ цѣлесообразными. Они состоятъ въ томъ, что преемнику (при активной сукцессіи) или противъ него (при пассивной) дается та-же самая защита, какая существовала относительно предшественника.

Въ сферѣ этого понятія также мы находимъ слѣды, которые указываютъ на историческое происхожденіе его. Такъ, въ эпоху квиритскаго права въ Римѣ еще плохо освоивались съ сукцессіей. Передача права на вещь (mancipatio, in jure cessio) представлялась тогда какъ актъ, въ которомъ прежній собственникъ отказывался открыто или молча отъ своего права, а новый устанавливалъ на вещь свое самостоятельное право. Позднѣе понятіе сукцессіи постепенно распространилось въ области права. Однако римскіе юристы императорскаго времени все еще не признавали сукцессіи во владѣніи и въ правахъ по обязательствамъ. Но это непризнаніе носило по преимуществу теоретическій характеръ и держалось благодаря консерватизму римской юриспруденціи, на практикѣ же оно не всегда выдерживалось. Такъ, до Юстиніана интердиктъ utrubi (защищавшій владѣніе движимостями) былъ обусловленъ продолжительностью владѣнія; и тогда право признавало владѣніе, въ отношеніи продолжительности его, за продолженіе владѣнія предшественника даннаго владѣльца. Слѣдовательно, въ этомъ случаѣ признавалась сукцессія во владѣніи Что касается до правъ по обязательствамъ, то въ этой сферѣ сукцессія получила на практикѣ широкое примѣненіе. Она была выработана постепенно подъ именемъ cessio. Первоначально преемство выражалось въ томъ, что кредиторъ, желая передать свое право другому лицу, поручалъ ему полученіе или взысканіе долга съ должника (mandatum agendi). Повѣренный дѣйствовалъ въ такомъ случаѣ на свой страхъ и отъ своего имени (cognitor или procurator in rem suam). Римляне разсматривали это, какъ уступку *иска* (cessio actionis); и здѣсь высказалась, хотя, можетъ быть, невольно для нихъ самихъ, та вѣрная мысль, что «преемство» вообще, какъ техническое, условное понятіе относится къ спеціально-юридической сторонѣ права. Въ качествѣ довѣрителя, кредиторъ всегда могъ потребовать уступленное право назадъ;

равно его смерть или смерть повѣреннаго, по общему правилу о договорѣ порученія, прекращала дѣйствіе уступки. Для устраненія этихъ неудобствъ въ императорское время появилось actio utilis suo nomine,—искъ, посредствомъ котораго пріобрѣтатель (повѣренный) получалъ право дѣйствовать вполнѣ отъ себя, а не какъ повѣренный. Постепенно этотъ искъ былъ распространенъ на другіе случаи передачи правъ по обязательствамъ, кромѣ порученія (купля-продажа, напримѣръ, наслѣдства, datio in solutum, легатъ, установленіе приданаго, дареніе и др.). Съ учрежденіемъ этого иска cessio превратилась практически въ полную передачу правъ по обязательствамъ. Такимъ образомъ пріобрѣтатель (цессіонарій) становится вполнѣ въ юридическое положеніе первоначальнаго кредитора (цедента). Цессіонарій пріобрѣтаетъ всѣ управомочія цедента и отвѣтственъ по всѣмъ возраженіямъ (хотя бы личнаго свойства), которыя имѣли мѣсто противъ этого послѣдняго, но не можетъ воспользоваться своими личными привиллегіями. Только по нѣкоторымъ, второстепеннымъ пунктамъ, благодаря консерватизму, римскіе юристы не допускали вполнѣ всѣхъ послѣдствій преемства.

Новая юриспруденція послѣдовала заблужденію римлянъ До сихъ поръ большинство юристовъ отрицаютъ сукцессію (и сингулярную, и универсальную) во владѣніи и многіе юристы относятся враждебно къ сукцессіи въ обязательствахъ. Но на самомъ дѣлѣ въ обязательствахъ сукцессія существуетъ вполнѣ и притомъ какъ активная, такъ и пассивная. Что же касается до владѣнія, то въ сингулярной сукцессіи его не предстоитъ особой нужды и потому недоразумѣніе современныхъ юристовъ безразлично, напротивъ въ универсальной сукцессіи владѣнія существуетъ большая потребность, и оно удовлетворяется на практикѣ обходными путями. Слѣдовательно, универсальная сукцессія на самомъ дѣлѣ существуетъ и во владѣніи *).

Исторія пассивнаго преемства въ обязательствахъ представляетъ не меньшій интересъ. Но мы опускаемъ изложеніе этого

*) Ср. мои „*Очерки*“ ч I., стр 160 и слѣд.

предмета, потому что и сказаннаго достаточно для подтвержденія нашей мысли. Исторія свидѣтельствуетъ, что понятіе сукцессіи выработалось, какъ средство удовлетворенія извѣстныхъ практическихъ цѣлей.

Изъ всего, изложеннаго въ этомъ §, видно ясно, какъ слѣдуетъ относиться къ знаменитому спору, существующему въ наукѣ (преимущественно въ нѣмецкой) по вопросу о сукцессіи въ обязательствахъ. По одному мнѣнію, которое все болѣе и болѣе теряетъ сторонниковъ, обязательство, по самому существу своему, не допускаетъ сукцессіи. Предметъ права по обязательству есть дѣйствіе должника. Это дѣйствіе индивидуализируется личностью кредитора. Слѣдовательно, при измѣненіи кредитора мѣняется объектъ права; сукцессія же предполагаетъ тождество объектовъ. Другое мнѣніе, число сторонниковъ котораго постепенно ростетъ, утверждаетъ полную возможность сукцессіи. Должно сказать, что обѣ спорящія стороны и правы и неправы. Первое мнѣніе справедливо съ точки зрѣнія дѣйствительности какъ мы показали, отношеніе вообще, а въ томъ числѣ и обязательство, непередаваемо. Но въ условно-юридическомъ или техническомъ смыслѣ надо допустить его передачу, и потому, въ этомъ послѣднемъ смыслѣ, справедливо второе мнѣніе.

§ 41.

Successio universalis —Hereditas jacens

Особый видъ преемства образуетъ универсальная сукцессія. Подъ этимъ именемъ подразумѣвается преемство во всей совокупности правъ и обязанностей даннаго лица. Главный случай, принадлежащій сюда, есть наслѣдованіе (successio in universum jus defuncti).

По общепринятому правилу, при наслѣдованіи происходитъ преемство. Но этотъ случай преемства представляетъ ту отличительную черту, что оно совершается не моментально, какъ другіе случаи преемства, но растягивается на болѣе или менѣе продолжительное время. Въ этотъ періодъ смерть уже похитила у правъ ихъ прежняго обладателя, а иной обладатель еще не принялъ ихъ.

Подъ hereditas jacens разумѣется состояніе наслѣдства,—совокупности правъ и обязательствъ умершаго, въ періодѣ между его смертью и принятіемъ наслѣдства наслѣдникомъ.

Сохраняя послѣдовательность въ условно-юридическомъ воззрѣніи, юристъ долженъ утверждать, что въ этомъ промежуточномъ періодѣ права существуютъ временно безъ субъекта (а обязательства—долги—безъ объекта) Нѣтъ нужды допускать вѣчность подобнаго существованія, но необходимо принять его, какъ временное существованіе. Или надо сдѣлать это новое отступленіе отъ дѣйствительности, или же вовсе отказаться отъ примѣненія въ данномъ случаѣ понятія преемства.

Въ признаніи безсубъектнаго существованія правъ въ періодѣ hereditas jacens заключается единственный вѣрный исходъ для условно-юридическаго воззрѣнія на право.—Часто спорятъ противъ этого. Но тѣ, кто поступаетъ такимъ образомъ, желаютъ одновременно и сохранить понятіе сукцессіи и не дѣлать никакихъ иныхъ отступленій отъ дѣйствительности. Къ сукцессіи уже привыкли и ее самое считаютъ какъ бы реальнымъ явленіемъ; напротивъ мнимое значеніе безсубъектнаго права еще рѣжетъ глаза. Однако забываютъ, что два названныя стремленія несовмѣстимы. сукцессію можно сохранить лишь подъ условіемъ дальнѣйшаго отступленія отъ дѣйствительности, и оно должно быть сдѣлано въ интересахъ условно-юридическаго воззрѣнія.

Понятно, что дѣйствительное существо права не измѣнится отъ этого, и «безсубъектное право» на самомъ дѣлѣ будетъ лишь условная формула, которая позволитъ юристу выразить длинный процессъ наслѣдованія покороче.

Римскіе юристы олицетворяли hereditas jacens. Новые юристы придали этому олицетворенію значеніе юридическаго лица. Въ этомъ олицетвореніи выразилась та полезная, въ условномъ смыслѣ, идея, что надо допустить существованіе правъ безъ субъекта, но самое олицетвореніе совершенно излишне, ибо оно ничего не прибавляетъ къ этой идеѣ. Въ послѣднее время Іерингъ старается объяснить положеніе hereditas jacens, какъ результатъ «пассивнаго дѣйствія» правъ. Примѣненіе этой теоріи къ данному случаю составляетъ результатъ стремленія

примирить условно-юридическую точку зрѣнія съ дѣйствительностью—стремленія, ненужнаго и безплоднаго. То представленіе о правѣ, которое положено въ основаніе сукцессіи, достаточно объясняетъ и hereditas jacens,—какъ показано выше.

§ 42.

Successio in universum jus defuncti и hereditas jacens въ римской юриспруденціи.

Исторія римскаго права сохранила самыя любопытныя указанія на постепенное образованіе этихъ двухъ понятій.

Понятно, что ихъ развитіе должно было идти рука объ руку: ясное представленіе объ универсальномъ преемствѣ невозможно безъ соотвѣтствующаго представленія о природѣ hereditas jacens. Пока юристъ не пришелъ къ заключенію, что наслѣдственныя права существуютъ сами по себѣ, безъ субъекта, во весь періодъ hereditas jacens, до тѣхъ поръ онъ не могъ представить съ полною ясностью, какимъ образомъ наслѣдникъ принимаетъ именно права наслѣдодателя, продолжая его юридическую личность.

Должно думать, что во время Лабеона воззрѣніе на наслѣдованіе, какъ на преемство, если и существовало, то было плохо выяснено именно благодаря тому обстоятельству, что среди юристовъ не составилось опредѣленнаго мнѣнія о положеніи hereditas jacens. Нѣкто, А., умираетъ, оставляя своимъ наслѣдникомъ сына, который находится еще въ утробѣ матери. Послѣ смерти наслѣдодателя, но до рожденія наслѣдника какое-либо другое лицо назначаетъ своимъ наслѣдникомъ раба, который принадлежитъ къ наслѣдству, оставшемуся послѣ А. Спрашивается, дѣйствительно-ли такое назначеніе? Лабеонъ отвѣчаетъ на вопросъ утвердительно, разсуждая, по свидѣтельству Яволена, слѣдующимъ образомъ: «рабъ, который принадлежитъ къ наслѣдственной массѣ (servus hereditarius), можетъ быть назначаемъ наслѣдникомъ прежде, нежели наслѣдникъ вступитъ въ наслѣдство, не смотря на то, что во время составленія завѣщанія рабъ былъ ни чей» (Dig. 28.5 fr. 65).

Это выраженіе «ни чей» (quamvis servus nullius sit), конечно, весьма двусмысленно. Можетъ быть, по Лабеону, наслѣдственныя отношенія совсѣмъ не существуютъ; можетъ быть, они существуютъ не смотря на то, что отсутствуетъ субъектъ. Въ первомъ случаѣ, юристъ близокъ къ истинѣ, но не силенъ въ условно-техническомъ воззрѣніи, во второмъ — наоборотъ. Въ другомъ мѣстѣ тотъ же Лабеонъ отвѣчаетъ утвердительно на вопросъ возникнетъ-ли обязанность платить неустойку въ томъ случаѣ, если просрочка, которою неустойка обусловлена, падаетъ на время, когда наслѣдодатель умеръ, а наслѣдникъ еще не вступилъ въ наслѣдство (Dig. 22.2 fr. 9). Изъ утвердительнаго отвѣта Лабеона мы должны заключить, что онъ признаетъ существованіе наслѣдственныхъ отношеній безъ субъекта, а, слѣдовательно, и преемство. — Однако еще позднѣе, во время Сабина и Кассія, многіе юристы (и, какъ увидимъ мы, ученики того же Лабеона) плохо усвоиваютъ это воззрѣніе. Между прочимъ Сабинъ (Dig. 36.3 fr. 10) излагаетъ такой случай: завѣщаніемъ на наслѣдника возлагается условный легатъ, онъ вступаетъ въ наслѣдство, установляетъ поручителей въ исправномъ исполненіи легата и умираетъ раньше, чѣмъ осуществилось условіе. Послѣ его смерти, но до вступленія въ наслѣдство его наслѣдника, условіе осуществляется. Легатарій получаетъ такимъ образомъ право требованія по легату, которое онъ и предъявляетъ къ поручителямъ, но поручители, ссылаясь на то, что должникъ, за котораго они ручались, умеръ, наслѣдниковъ же его еще нѣтъ на лицо, отказываются отъ уплаты. Сабинъ не признаетъ этого отказа и полагаетъ, что легатарію должно дать искъ противъ поручителей, quare omnimodo dare oportere. Это мѣсто Сабина представляетъ двоякій интересъ. Вопервыхъ, мы видимъ, что въ его время еще существовало воззрѣніе (вложенное Сабиномъ въ уста поручителей), которое какъ бы признавало, что наслѣдственныя отношенія въ періодѣ hereditas jacens не существуютъ, которое, слѣдовательно, какъ бы вовсе не знало еще того взгляда, что наслѣдованіе есть преемство. Вовторыхъ, самъ Сабинъ, хотя и оспариваетъ вышеозначенное воззрѣніе, однако укрѣпляетъ свое сужденіе не на какомъ-либо юриди-

ческомъ опредѣленіи, а просто на практическомъ соображеніи: «вѣдь во всякомъ случаѣ надо же исполнить легатъ»! Сабину ясна практическая цѣль, которую надо достигнуть, но онъ не выработалъ никакихъ техническихъ средствъ къ ея осуществленію.—Опредѣленнѣе положеніе этого предмета въ контроверзѣ Прокула и Кассія, о которой намъ передаетъ Гай (Dig. 45. 3 fr. 28 § 4). «Спрашивается», говоритъ Гай, «можетъ-ли рабъ, принадлежащій къ наслѣдственному имуществу, стипулировать въ пользу будущаго наслѣдника? Прокулъ отрицаетъ это, потому что въ то время наслѣдникъ—лицо постороннее. Напротивъ Кассій отвѣчаетъ на вопросъ утвердительно, ибо тотъ, кто потомъ сдѣлается наслѣдникомъ, считается преемникомъ умершаго, начиная съ момента его смерти». Итакъ, Кассій, послѣдователь Сабина по школѣ, уже выработалъ понятіе о наслѣдованіи, какъ преемствѣ; напротивъ Прокулъ, представитель другой школы, держится еще стараго воззрѣнія. Сабиніанцы опередили въ этомъ пунктѣ прокуліанцевъ.—Въ согласіи со взглядами своей школы, Помпоній (Dig. 13. 5 fr. 11 pr.) утверждалъ, что можно принимать и подтверждать чей-либо долгъ (constitutum debiti alieni), когда самъ должникъ умеръ, а его наслѣдникъ еще не вступилъ въ наслѣдство. Стало-быть, по Помпонію, наслѣдственныя отношенія существуютъ безъ объекта (должника), если они могутъ быть предметомъ constitutum. Гай одобряетъ вышеприведенное сужденіе Кассія. Тѣмъ не менѣе знаменитый Папиніанъ спотыкается на случаѣ, который весьма сходенъ съ вышеприведеннымъ случаемъ Сабина; Папиніанъ произноситъ рѣшеніе, противорѣчащее Сабину. (Dig. 36. 3 fr. 5 pr.). Но, несмотря на это противорѣчіе, изъ словъ Папиніана все-таки видно, что онъ стѣсняется только особенностями даннаго случая; вообще же онъ не прочь признать существованіе правъ безъ субъекта *). Яволенъ (Dig. 45. 3 fr. 36) прямо утверждаетъ слѣдующее: существуетъ большое отличіе раба, который принадлежитъ къ наслѣдственной массѣ (servus hereditarius), отъ раба, который

*) Ср. его слова: fidejussores interim teneri negavi, quia *neque jus neque persona* esset, ad quam verba stipulationis derigi possint

брошенъ своимъ хозяиномъ (s. derelictus), потому что первый подчиненъ наслѣдственному праву: нельзя назвать брошеннымъ того, на кого распространяется дѣйствіе этого права.

Какъ замѣчено въ концѣ § 41, къ этому объектированію наслѣдственныхъ правъ (и обязанностей) присоединилось потомъ олицетвореніе. Но повторяю, оно ничего не прибавило къ сущности вопроса.

§ 43.

Абсолютное и релятивное установленіе права.

Допущеніе сукцессіи или преемства ведетъ, какъ мы видѣли, къ представленію о правѣ, какъ отвлеченномъ предметѣ, который можетъ существовать независимо отъ субъекта и быть передаваемъ изъ рукъ въ руки. Въ свою очередь, это представленіе родитъ своеобразную классификацію способовъ установленія (гражданскихъ) правъ, которая имѣетъ несомнѣнное практическое значеніе, но, подобно самому представленію, вызвавшему ее въ свѣтъ, значеніе, исключительно условно-юридическое, техническое.

Различаютъ установленіе релятивное и абсолютное. Релятивное, называемое также пріобрѣтеніемъ, обнимаетъ собою именно случаи активнаго преемства или сукцессіи. Это—случаи, гдѣ для даннаго лица возникаетъ право, уже существующее (передача правъ, наслѣдованіе). Напротивъ при абсолютномъ установленіи само право возникаетъ впервые (установленіе долга, сервитута и т. п.); до того оно вовсе не существовало.

Практическое значеніе этой условной классификаціи сводится, какъ извѣстно, къ судебному доказыванію права. Право вообще доказывается предъ судомъ черезъ доказательство способа установленія его. Кто ссылается на право, установленное абсолютнымъ способомъ, тотъ долженъ доказать только существованіе этого акта въ болѣе или менѣе близкомъ прошедшемъ. Кто же ссылается на право, которое пріобрѣтено имъ отъ другаго лица, тотъ долженъ обнаружить, какъ пріобрѣлъ право его предшественникъ. Если это пріобрѣтеніе ока-

жется тоже релятивнымъ, то придется обратиться къ акту пріобрѣтенія еще болѣе ранняго обладателя, и т. д.

§ 44.

Confusio.

Какъ скоро практическая юриспруденція допускаетъ своеобразныя особенности въ существѣ права, то, ради послѣдовательности, она должна предлагать такія опредѣленія, въ которыхъ не было бы никакой нужды, если бы практическая юриспруденція въ своемъ воззрѣніи не уклонялась отъ строгой передачи дѣйствительныхъ свойствъ правоваго отношенія.

Возьмемъ случай, гдѣ два юридическія положенія, взаимноограничивающіяся, соединяются въ одномъ лицѣ. Напримѣръ, А, залогодержатель данной вещи, пріобрѣтаетъ отъ В. право собственности на эту вещь; либо наоборотъ, В., собственникъ, становится какимъ-нибудь способомъ преемникомъ залогодержателя А. Что происходитъ въ дѣйствительности въ случаяхъ этого рода? Въ первомъ случаѣ уничтожаются права А. *) и В. и устанавливается новое право для А. Во второмъ случаѣ уничтожается право А., и В., не пріобрѣтая никакого новаго права, расширяетъ свое прежнее право, освобождаясь отъ одного изъ ограниченій его.

Но мы разсуждаемъ такъ потому, что видимъ въ правѣ отношеніе даннаго субъекта и объекта, которое не можетъ быть переносимо. Напротивъ, практическая юриспруденція усматриваетъ въ правѣ нѣкоторый предметъ, который передается отъ одного субъекта къ другому. Съ этой точки зрѣнія, оба случая получаютъ иную характеристику. Въ первомъ случаѣ А. сохраняетъ свое право залога, а В. передаетъ ему свое

*) Право А. уничтожается потому, что оно входитъ въ право вновь пріобрѣтаемое, какъ составная часть, слѣдовательно, чтобы установить новое право, А. долженъ предварительно отказаться отъ своего прежняго права. Чтобы стать въ полное господство надъ даннымъ объектомъ, надо, чтобы въ моментъ установленія этого господства надъ даннымъ объектомъ не существовало никакихъ ограниченій его

право собственности; во второмъ случаѣ B. сохраняетъ свое право собственности и пріобрѣтаетъ сверхъ того еще право залога отъ A. Въ концѣ концовъ, въ обоихъ случаяхъ, въ рукахъ одного лица соединяются два права собственность и залогъ.

Сосуществованіе этихъ двухъ правъ въ одномъ лицѣ не есть абсурдъ, съ точки зрѣнія практическаго воззрѣнія, но это сосуществованіе невыполнимо практически. И вотъ, дабы выйти изъ явнаго столкновенія съ дѣйствительностью, практическая юриспруденція утверждаетъ *сліяніе* или *confusio* правъ. Подъ сліяніемъ понимается «поглощеніе» одного права другимъ. Право собственности поглощаетъ право залога. Путемъ этихъ метафоръ теорія примиряется съ дѣйствительностью. Но все это—только метафоры. На самомъ дѣлѣ правовыя отношенія въ приведенныхъ случаяхъ не могутъ ни поглощаться, ни сливаться уже потому, что въ тотъ моментъ, когда предполагается подобное поглощеніе и сліяніе, они уже не существуютъ.

§ 45.

Излишнее отвлеченіе

Теперь слѣдуетъ спросить. если условное, техническое воззрѣніе на существо права приходитъ наконецъ къ тому, что должно утверждать явно-несообразные результаты, а для устраненія таковыхъ—пускать въ ходъ метафоры, то не лучше-ли сдѣлаетъ юриспруденція, если не будетъ настаивать, во что бы то ни стало, на полномъ проведеніи своего техническаго воззрѣнія? Не лучше-ли, дойдя до того пункта, гдѣ это воззрѣніе перестаетъ быть полезнымъ и начинаетъ только путать юриста, отбросить его въ сторону и стать прямо на почву дѣйствительности?

Въ утвердительномъ отвѣтѣ на этотъ вопросъ не должно быть сомнѣнія. Особенное «юридическое» воззрѣніе на существо вызвано исключительно въ видахъ мыслительной экономіи вмѣсто того, чтобы говорить и думать, что A. уничтожаетъ свое право, дабы открыть для B. возможность установленія

таковаго-же, и B. устанавливаетъ его,— мы говоримъ и думаемъ просто, что право *передается* отъ A. къ B. и т. д. Подобныя условныя сокращенія дозволительны лишь тогда, когда они не измѣняютъ сами себѣ, т.-е. когда они, дѣйствительно, служатъ сокращеніями. Но если изъ сокращеній они превращаются въ затрудненіе, то не остается ничего другаго, какъ немедленно же отбросить ихъ въ сторону.

Потому будетъ наиболѣе правильно отбросить въ сторону представленіе о confusio и характеризовать событія, которыя обозначаются этимъ именемъ, соотвѣтственно ихъ дѣйствительному смыслу.

«Confusio» есть продуктъ излишняго отвлеченія.—Если мы переберемъ современную догму гражданскаго права, то найдемъ еще случаи такого излишняго отвлеченія. Укажемъ еще на два.

§ 46.

Опредѣленіе правъ на чужую вещь.

Знаменитый нѣмецкій пандектистъ, Г. Ф. Пухта, въ своихъ «пандектахъ» опредѣляетъ слѣдующимъ образомъ права на чужую вещь· «Общая черта всѣхъ вещныхъ правъ состоитъ въ юридическомъ господствѣ лица надъ вещью... Это господство представляется или полнымъ, или частичнымъ. Первое представляетъ собственность, rerum dominium; второе состоитъ въ господствѣ, ограниченномъ извѣстною стороною или извѣстнымъ качествомъ вещи; это—право на чужую вещь, jus in re aliena, которое составляетъ ограниченіе собственности... Такъ какъ собственность есть совокупность всѣхъ вещныхъ правъ, то можно представить каждое jus in re, какъ составленное изъ элементовъ собственности, которые выдѣляются изъ нея и даются не-собственнику, становясь чрезъ это особенными правами. Напротивъ въ соединеніи съ собственностью они принадлежатъ къ нераздѣльному содержанію собственности, слѣдовательно, не образуютъ въ такомъ случаѣ особыхъ правъ».

Обыкновенно возражаютъ противъ второй части этого опредѣленія, утверждающей, что содержаніе правъ на чужую вещь *выдѣлено* изъ содержанія собственности. Замѣчаютъ, что, если бы было такъ, какъ говоритъ Пухта, то выдѣленныя полномочія были бы отторгнуты отъ собственника совершенно на все время существованія правъ на чужую вещь. Между тѣмъ, когда собственникъ дозволяетъ своему сосѣду ходить или ѣздить на своемъ участкѣ, прогонять чрезъ него скотъ, провести воду и т. п., то возможность всѣхъ этихъ дѣйствій не уничтожается въ то же время и для самого собственника.—Самъ Пухта въ виду этого воззрѣнія сдѣлалъ въ курсѣ «институцій» слѣдующее дополненіе къ своему опредѣленію Нужно остерегаться отъ недоразумѣнія, говоритъ онъ, чтобы не подумать, что вышеозначенное «выдѣленіе» непремѣнно ставитъ собственника въ невозможность совершенія тѣхъ же дѣйствій, кои выдѣляются.

Но если выдѣленіе одного элемента изъ общаго состава собственности и передача его въ руки обладателя сервитута не отнимаетъ этого элемента у собственника, то это—абсурдъ. Если собственность, дѣйствительно, состоитъ изъ элементовъ, кои могутъ быть выдѣлены, то должно происходить что-либо одно данный элементъ или выдѣляется, или нѣтъ. Если онъ выдѣленъ, то онъ недоступенъ собственнику; если же не выдѣленъ, то недоступенъ постороннему лицу. Пухтовское опредѣленіе можетъ быть понято только въ томъ смыслѣ, въ которомъ оно понимается его противниками. Въ томъ же смыслѣ, который придаетъ ему самъ Пухта своею оговоркою въ «Институціяхъ», оно непонятно.

Правда состоитъ въ томъ, что не можетъ происходить никакого выдѣленія элементовъ собственности и передачи его другому лицу. Событіе, которое Пухта характеризуетъ, какъ выдѣленіе, на самомъ дѣлѣ есть установленіе новаго отношенія рядомъ съ собственностью. А. есть собственникъ данной вещи; а рядомъ съ нимъ В. получаетъ какое-либо новое право на ту же вещь: наприм., право ходить по ней, право черпать воду или инымъ образомъ пользоваться — узко или широко. Право В. въ той или иной степени *парализуетъ*

право А. Эта степень можетъ быть почти нечувствительна для А. (напр., при правѣ прохода, проѣзда и т. п.); иногда же значительна (при узуфруктѣ, закладѣ, суперфиціесѣ, эмфитевзисѣ.

Понятіе выдѣленія есть продуктъ дальнѣйшаго примѣненія условнаго понятія передачи правъ. Это примѣненіе сдѣлано безъ всякой въ томъ практической необходимости. Потому оно излишне. Говоря о выдѣленіи элементовъ собственности, Пухта хотѣлъ объяснить природу правъ на чужую вещь. Но нельзя достигнуть вѣрнаго объясненія, исходя изъ такого критерія, каково понятіе передачи правъ, т. е. понятіе ,имѣющее лишь условно-практическое значеніе.

§ 47.

Ипотечное право собственника на свою вещь.

Современный гражданскій правовой порядокъ содержитъ случай, въ которомъ разобранное выше понятіе «выдѣленія», не пріобрѣтая ничего для своего теоретическаго значенія, получаетъ условно-практическую цѣну.

По правиламъ современной ипотечной системы обыкновенно признается, что 1) при передачѣ права собственности на недвижимость, на пріобрѣтателя переносятся обязательства по всѣмъ долгамъ, записаннымъ въ ипотечную книгу этой недвижимости или, другими словами, по ипотечной системѣ отчужденіе сопровождается всегда переводомъ долга; при обязательномъ отчужденіи имѣнія за неисправный платежъ долговъ точно такъ же погашаются только тѣ долги, коимъ наступилъ срокъ (или удовлетвореніе коихъ почему-либо можетъ быть потребовано кредиторомъ до срока), а остальные переводятся на пріобрѣтателя; 2) въ особой графѣ ипотечной книги отмѣчаются кредиторы имѣнія, кои и удовлетворяются изъ цѣны имѣнія предпочтительно предъ собственникомъ и всѣми прочими лицами; 3) старшинство ипотечныхъ кредиторовъ опредѣляется исключительно временемъ установленія ихъ правъ (prior tempore potior juris). Предположимъ теперь, что собствен-

никъ N. отягощаетъ ипотечными долгами свое имѣніе, которое онъ пріобрѣлъ за 50000 р. Сначала онъ закладываетъ его A. въ 25000 р.; потомъ устанавливаетъ ипотеку B въ 10000 р. и наконецъ беретъ подъ то же имѣніе отъ C. 8000 р.,— всего 43000 р. Сущность правъ этихъ лицъ должно выражать такимъ образомъ: A. имѣетъ право на первыя 25 тысячъ изъ цѣны имѣнія, B.—на слѣдующія десять, C. на дальнѣйшія восемь. Наконецъ послѣднія семь тысячъ остаются за N.—Въ дальнѣйшемъ ходѣ дѣлъ N. могутъ произойти два случая, которые останавливаютъ наше вниманіе

1. Чрезъ нѣкоторое время N. погашаетъ первый долгъ, уплачивая A. 25000 р., а спустя еще нѣкоторое время дѣла его разстроиваются, онъ становится неисправнымъ должникомъ, и имѣніе продается съ аукціона. Сумма, которая имѣетъ быть выручена этимъ путемъ, должна быть, повидимому, распредѣлена слѣдующимъ образомъ прежде всего двумъ кредиторамъ 10000 р. + 8000 р. = 18000 р. (или имъ въ руки, или эти деньги удерживаются пріобрѣтателемъ, на котораго переходитъ долгъ), остальное же остается въ пользу N. Интересъ этого послѣдняго состоитъ въ томъ, чтобы выручить 25000 р. + 7000 р. = 32000 р. Онъ получитъ всю эту сумму, если имѣніе будетъ продано за 50000 р.; вся же недовыручка падетъ на него. Такой убытокъ N. будетъ вполнѣ справедливъ, пока онъ не превыситъ 7000 р. Эти семь тысячъ составляютъ разницу между первоначальною покупною цѣною имѣнія (50000) и суммою, которую ввѣрили ему кредиторы; они суть *послѣднія* тысячи, которыя при извѣстныхъ условіяхъ возможно получить за имѣніе. Рискъ за эти послѣднія тысячи принималъ N., когда онъ платилъ за имѣніе 50000 р. Но, спрашивается, на комъ лежитъ рискъ за восьмую тысячу изъ числа недобранныхъ? Очевидно, на C., а не на N. Двадцать пять тысячъ рублей, которыя N. уплатилъ A., составляютъ *первыя* двадцать пять тысячъ рублей изъ цѣны имѣнія и, по всей справедливости, надо удержать за N. право на возвращеніе этихъ 25000 рублей ранѣе удовлетворенія B. и C. Чтобы достигнуть этой цѣли остается одно слѣдуетъ признать, что когда N. погашаетъ свой долгъ A., то право A. не вычеркивается изъ ги-

потечной книги, но переписывается на имя самого N. и такимъ образомъ къ N. переходитъ право на полученіе первыхъ 25 тысячъ изъ цѣны его же собственнаго имѣнія Отсюда выходитъ, что гипотечное право А. переходитъ къ N. Такимъ образомъ N., будучи собственникомъ имѣнія, получаетъ въ то же время нѣкоторое гипотечное право (jus in re) на то же имѣніе.

2. Можетъ случиться, что N. сталъ неисправенъ ранѣе, чѣмъ погасилъ какой-либо изъ числа своихъ долговъ. Допустимъ, что на воспослѣдовавшемъ за симъ аукціонѣ имѣніе осталось за первымъ кредиторомъ, А. Онъ становится собственникомъ имѣнія; но, спрашивается, должно ли его гипотечное право въ 25000 р. быть уничтожено? Тотъ же самый интересъ, который въ предшествующемъ случаѣ требовалъ сохраненія этого права за N., въ настоящемъ случаѣ требуетъ его сохраненія за А. Давая когда-то 25000 р. подъ залогъ имѣнія, которое теперь пріобрѣтено имъ въ собственность, онъ пріобрѣлъ право на *первыя* двадцать пять тысячъ рублей изъ цѣны имѣнія, и это право онъ долженъ сохранить въ виду возможности новаго аукціона и пониженія продажной цѣны имѣнія. Въ силу этихъ соображеній, право А. не вычеркивается изъ книги и онъ остается субъектомъ гипотечнаго права на имѣніе послѣ того, какъ сталъ его собственникомъ.

Кромѣ двухъ изложенныхъ случаевъ надо принять во вниманіе еще слѣдующій

3. При хорошемъ положеніи своихъ дѣлъ и нормальномъ состояніи земельнаго кредита N., совершая первый заемъ, можетъ легко получить нужныя деньги и не подъ первыя тысячи изъ цѣны имѣнія. Такимъ образомъ онъ достаетъ, напримѣръ, 10000 р. подъ залогъ втораго десятка тысячъ, а право на первый десятокъ оставляетъ за собою, дабы получить подъ обезпеченіе этого десятка въ экстренномъ случаѣ безъ всякихъ хлопотъ 10000 р.. понятно, что подъ первую гипотеку достать денегъ всегда гораздо легче, нежели подъ послѣдующія. При существующей и общепринятой формѣ гипотечныхъ книгъ юридическое положеніе, которое создается такимъ путемъ, можетъ быть выражено лишь слѣдующимъ образомъ: собственникъ N., учреждаетъ на свое имѣніе первую

гипотеку въ 10000 р. и оставляетъ ее временно за собою; за симъ онъ учреждаетъ вторую гипотеку въ 10000 р. въ пользу какого-либо посторонняго лица.

Итакъ, три различные пути ведутъ къ признанію гипотечнаго права собственника на свою собственную вещь. Пухтовское «выдѣленіе» получаетъ здѣсь практическое значеніе. Именно, изъ всей массы правомочій, кои принадлежатъ собственнику, выдѣляется право на полученіе цѣны имѣнія. Это право раздѣляется на нѣсколько частей, и части распредѣляются по различнымъ рукамъ, то принадлежа постороннимъ лицамъ, то оставаясь въ рукахъ собственника, но во всякомъ случаѣ разсматриваясь какъ право, отдѣльное отъ собственности.

Какъ сказано въ началѣ этого §, такое выдѣленіе получаетъ практическое значеніе. Съ теоретической же точки зрѣнія оно, по прежнему, не имѣетъ смысла. На самомъ дѣлѣ во всѣхъ вышеописанныхъ случаяхъ никакого «выдѣленія» не происходитъ. Когда гипотечное право принадлежитъ постороннему лицу, не собственнику, тогда существуетъ особое отношеніе, которое образовалось при содѣйствіи собственника, но не изъ собственности (ибо сукцессія въ дѣйствительности невозможна) и которое въ извѣстной, опредѣленной мѣрѣ парализуетъ собственность. Когда же утверждаютъ существованіе гипотечнаго права самого собственника, тогда произносятъ лишь метафору, утвержденіе чего необходимо лишь въ силу общепринятой формы гипотечныхъ книгъ. По этой формѣ, изъ вырученной цѣны имѣнія удовлетворяются прежде всего тѣ, кто записанъ въ графѣ кредиторовъ; и надо записать самого собственника въ число кредиторовъ, если хотятъ удержать за нимъ право на полученіе извѣстной суммы преимущественно предъ другими кредиторами. Въ сущности же эта запись не создаетъ никакого новаго права собственника. она только *обозначаетъ* размѣръ и вѣроятность того остатка, который слѣдуетъ собственнику изъ цѣны имѣнія за удовлетвореніемъ его кредиторовъ.

Идея гипотечнаго права на свою вещь переносится на другія jura in re aliena, помимо залога или гипотеки, въ тѣсномъ смыслѣ. На этихъ случаяхъ удобнѣе всего показать мнимый характеръ существованія такого гипотечнаго права.

§ 47 bis.

(Продолженіе).

По какому-либо основанію N. обладаетъ на правѣ собственности двумя сосѣдними имѣніями *a* и *b*. Имѣніе *a* изобилуетъ водою, имѣніе же *b* страдаетъ недостаткомъ воды, годной для водопоя скота, такъ что скотъ имѣнія *b* гоняютъ на водопой въ имѣніе *a*. Въ качествѣ собственника *b*, предвидя возможность раздѣленія имѣній по различнымъ обладателямъ и желая обезпечить себя и своихъ преемниковъ отъ неудобствъ, которыя связаны съ отсутствіемъ хорошаго водопоя, N. устанавливаетъ сервитутъ водопоя на имѣніе *a*, т.-е. въ гипотечную книгу этого имѣнія онъ записываетъ право пользованія водопоемъ, принадлежащее собственнику имѣнія *b*. Такимъ образомъ N., какъ собственникъ *b*, имѣетъ jus in re на имѣніе *a*, которое пока принадлежитъ ему же. Что произошло въ этомъ случаѣ дѣйствительно и что произошло съ точки зрѣнія условно-юридической?

Въ дѣйствительности вышепомянутая запись новаго права въ книгу *a* не создала никакого новаго отношенія. Какъ до ея возникновенія, такъ и послѣ того N. утилизируетъ водопой *a* въ пользу скота *b* въ силу того, что онъ, какъ собственникъ *a*, имѣетъ полное распоряженіе выгодами этого имѣнія. За нимъ, какъ собственникомъ *a*, признана возможность извлекать изъ *a* всѣ выгоды. Сдѣланная запись ничего не измѣняетъ. Она обозначаетъ только полномочіе, которое получитъ N. когда потеряетъ право собственности на *a*.

Это полномочіе не *выдѣлено* изъ правъ собственника *a*, потому что онъ самъ всегда сохранитъ право поить свой собственный скотъ рядомъ со скотомъ изъ *b*. Помянутое полномочіе есть особое отношеніе собственника *b*, которое существуетъ рядомъ съ правомъ собственника *a* и развѣ лишь парализуетъ его правомочія въ нѣкоторой степени.

Но съ условно-юридической точки зрѣнія представляется, можетъ быть, интересъ думать и утверждать, что N., еще будучи собственникомъ *a*, выдѣляетъ одно изъ своихъ полномо-

чій, образуетъ изъ него особое право, которое удерживаетъ за собою уже не въ качествѣ собственника *a*, а въ качествѣ собственника *b*. Съ этой точки зрѣнія N. имѣетъ jus in re на свою собственную вещь.

§ 48.

2) *Особенности корреальнаго обязательства.*

Случается нерѣдко, что нѣсколько должниковъ обязываются въ одномъ и томъ же одному кредитору, или одинъ должникъ обязывается въ одномъ и томъ же нѣсколькимъ кредиторамъ, или наконецъ, что и кредиторовъ и должниковъ бываетъ по нѣскольку. Такъ, наприм., на нѣсколькихъ опекуновъ возлагается одна и та же обязанность по отношенію къ опекаемому; или нѣсколько преступниковъ обязаны вознаградить потерпѣвшаго за вредъ и т. п.

Юридическій характеръ такого соединенія нѣсколькихъ лицъ можетъ быть весьма различенъ; и, по различію характера, юриспруденція признаетъ нѣсколько формъ соединенія: корреалитетъ, солидаритетъ, общее обязательство, и т. п. Но каковъ бы ни былъ этотъ характеръ, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ соединенія существуетъ *соединеніе многихъ отношеній*. Именно, каждый кредиторъ состоитъ въ особомъ отношеніи къ каждому изъ должниковъ или обратно. Наприм., при двухъ кредиторахъ и трехъ должникахъ мы имѣемъ шесть отношеній (обязательствъ). Связь и взаимная зависимость этихъ отношеній опредѣляется правомъ различно,—чѣмъ и опредѣляется характеръ соединенія.

Но въ одномъ случаѣ, именно въ случаѣ корреалитета, нѣкоторые юристы отвергали такую множественность отношеній. Корреалитетомъ называется такое соединеніе многихъ кредиторовъ съ однимъ должникомъ, или многихъ должниковъ съ однимъ кредиторомъ, или тѣхъ и другихъ вмѣстѣ, при которомъ каждый кредиторъ уполномоченъ потребовать отъ каждаго должника исполненія всего долга и каждый должникъ, слѣдовательно, отвѣтственъ предъ каждымъ кредиторомъ во всемъ долгѣ, при чемъ удовлетвореніе одного кредитора однимъ изъ

должниковъ уничтожаетъ права и обязанности прочихъ кредиторовъ и должниковъ.—Сначала всѣ случаи римскаго права, подходившіе подъ это опредѣленіе, ученые называли корреалитетомъ. Потомъ замѣтили (Риббентропъ), что они распадаются на двѣ категоріи въ однихъ помянутое уничтоженіе происходитъ только путемъ дѣйствительнаго удовлетворенія кредитора (solutio, datio in solutum, compensatio), въ другихъ же оно имѣетъ мѣсто и при наличности чисто-формальныхъ актовъ (acceptilatio, litis contestatio, juramentum in jure и, можетъ быть, novatio, res judicata). Первую группу назвали солидаритетомъ, за второю оставили имя корреалитета. Думая объяснить замѣченное различіе, стали учить, что въ корреалитетѣ существуетъ одно отношеніе, обнимающее всѣхъ кредиторовъ и должниковъ, и потому каждый актъ, направленный къ уничтоженію, рушитъ все отношеніе. Напротивъ, въ солидаритетѣ существуетъ много отношеній, по числу кредиторовъ и должниковъ; и потому только такой актъ касается всего солидаритета, который содержитъ дѣйствительное удовлетвореніе по обязательству, т. е. дѣластъ дальнѣйшее существованіе солидарныхъ обязательствъ излишнимъ: практическая цѣль ихъ достигнута уже произведеннымъ удовлетвореніемъ.

Потомъ замѣтили, что и по отношенію къ корреалитету римскіе юристы допускаютъ возможность уничтоженія обязательства для одного изъ сокредиторовъ или содолжниковъ, не распространяя дѣйствія уничтоженія на остальныхъ участниковъ корреальнаго соединенія (capitis diminutio, mora, pactum de non petendo, confusio). Тогда стали говорить, что надо различать въ корреалитетѣ два элемента: объективный и субъективный. Объективный элементъ —одинъ для всѣхъ кредиторовъ и должниковъ; онъ уничтожается поэтому сразу для всѣхъ. Субъективный элементъ раздробленъ по отдѣльнымъ субъектамъ; его уничтоженіе касается отдѣльныхъ лицъ, не касаясь самого корреалитета.

Въ основаніи обоихъ утвержденій: 1) корреалитетъ, въ отличіе отъ солидаритета, есть одно отношеніе и 2) корреалитетъ распадается на элементы объективный и субъективный—въ основаніи этихъ утвержденій лежитъ, очевидно, представленіе о

правѣ, какъ отвлеченномъ предметѣ. Оба утвержденія не соотвѣтствуютъ дѣйствительности и искусственны. Спрашивается, существуетъ ли на этотъ разъ необходимость въ построеніи искусственныхъ, условно-юридическихъ понятій?

Не разъ замѣчали, что оба утвержденія ничего не объясняютъ въ конструкціи корреалитета, такъ какъ не отвѣчаютъ на вопросъ, почему одни способы вліяютъ однимъ образомъ, а другіе—другимъ. Если мы прибавимъ къ этому, что сказанныя утвержденія не содержатъ въ себѣ никакого техническаго сокращенія и что (какъ это обнаруживается изслѣдованіями послѣдняго времени) корреалитетъ и солидаритетъ образуютъ лишь послѣдовательныя формы историческаго развитія одного и того-же института, то въ справедливости отрицательнаго отвѣта на вопросъ, поставленный нами, не должно быть сомнѣнія.

Оба утвержденія о природѣ корреалитета составляютъ плодъ излишняго отвлеченія, ненужнаго развитія условно-юридическаго воззрѣнія на существо права.

§ 49.

Результаты (§§ 35—48)

Изъ изложеннаго мы видимъ, что юридическая защита измѣняетъ также защищаемое фактическое отношеніе. Она раздвигаетъ предѣлы существованія его и содѣйствуетъ расширенію содержанія. Послѣдній фактъ обладаетъ особеннымъ соціологическимъ значеніемъ (§ 35).—Существо защищаемаго (правоваго) отношенія не измѣняется отъ защиты. Но, руководясь критеріемъ, который принимаетъ въ соображеніе исключительно практическое значеніе юридической защиты, обычное юридическое воззрѣніе приписываетъ означенному существу нѣкоторыя особенныя свойства. За моментъ установленія и прекращенія правоваго отношенія принимается моментъ установленія и прекращенія сопровождающихъ его юридическихъ отношеній, игнорируются случаи прекращенія правоваго отношенія, воспослѣдовавшіе со стороны такихъ дѣятелей, которыхъ дѣйствіе устраняется само собою или можетъ быть устранено осу-

ществленіемъ юридической санкціи или личными усиліями самого субъекта; признается наконецъ сукцессія въ правахъ. Всѣ эти черты принадлежатъ къ числу понятій не реальныхъ, но условныхъ. Отчасти мы можемъ уловить процессъ ихъ постепенной выработки, ибо имѣемъ указанія на то, что не всегда они были присущи юридическому воззрѣнію на природу правоотношеній. Отсюда мы видимъ, что юридическое воззрѣніе, подобное современному, не составляетъ необходимаго атрибута юриспруденціи; но должны согласиться съ тѣмъ, что уже относительно рано оно пріобрѣтаетъ практическую цѣну. (§§ 36—43).—Однако не надо распространять его примѣненіе далѣе тѣхъ границъ, которыя указываются его практическимъ значеніемъ. Воззрѣніе съ условнымъ практическимъ значеніемъ не можетъ служить средствомъ научнаго объясненія. Это было забыто юристами-теоретиками и вовлекло ихъ въ рядъ ошибокъ. Мы должны отказаться отъ воззрѣній, содержащихъ въ себѣ подобныя ошибки (§§ 44—48).

§ 50.

Главный выводъ.

Приступивъ къ разсмотрѣнію отношеній, которыя извѣстны подъ именемъ *правъ*, мы опредѣлили ихъ, какъ отношенія, защищенныя особымъ своеобразнымъ (организованнымъ, юридическимъ) способомъ (§ 24).

Анализируя эти отношенія во всѣхъ видахъ ихъ, мы, дѣйствительно, нашли присутствіе въ нихъ тѣхъ свойствъ, которыя необходимо предположить при существованіи означенной защиты (§§ 26—32).

Съ другой стороны, мы убѣдились, что свойства *правъ*, которыя принадлежатъ имъ по обычному взгляду юристовъ и, по тому же взгляду, характеризуютъ права въ отличіе отъ другихъ отношеній,—эти свойства (или, лучше сказать, признаніе этихъ свойствъ юристами) объясняются тѣмъ практическимъ значеніемъ, которымъ обладаетъ юридическая защита отношеній. Особенности юридическаго воззрѣнія на существо

права имѣютъ свой корень *именно* въ фактѣ юридической защиты.

Такимъ образомъ мы должны заключить, что *юридическая (организованная) защита составляетъ основное отличительное свойство права, своимъ существованіемъ обусловливающее и вызывающее другія характеристическія свойства его.*

V.

ПОВѢРКА ПРЕДЛОЖЕННАГО ОПРЕДѢЛЕНІЯ ПРАВА.

1. Разборъ перваго возможнаго возраженія.

§ 51.

Ожидаемое возраженіе.

Опредѣленію права, которое выполнено нами на предыдущихъ страницахъ, можетъ быть сдѣланъ упрекъ. Могутъ замѣтить, что это опредѣленіе съуживаетъ область права сравнительно съ тѣмъ, какъ оно понимается обыкновенно. Каждое отношеніе, сопровождаемое организованною защитою, принадлежитъ къ числу отношеній, которыя считаются обыкновенно правовыми, но послѣдняя, по общему, или, по крайней мѣрѣ, весьма распространенному признанію, включаетъ въ себя еще отношенія, защищенныя инымъ образомъ. Если это вѣрно, то предложенное выше опредѣленіе, указавъ съ достаточною точностью, *что* въ этомъ сочиненіи будетъ пониматься подъ правомъ, все-таки, какъ будто, не достигло цѣли совершеннаго научнаго опредѣленія. Именно оно опредѣлило не то, что́ почти всѣ разумѣютъ подъ правомъ, а нѣчто къ нему очень близкое, но не тождественное. Слѣдовательно, если дальнѣйшее изслѣдованіе будетъ поставлено на почву этого опредѣленія, то оно будетъ относиться не къ тому, что́ на самомъ дѣлѣ есть право (такъ какъ обыкновенно принимается за него), но къ тому, что произвольно отождествлено здѣсь съ нимъ.

Хотя организованная защита отношеній, сама по себѣ, представляетъ настолько важное въ соціальномъ отношеніи явле-

ніе, что заслуживаетъ вполнѣ стать предметомъ особаго теоретическаго изслѣдованія, однако все-таки будетъ не лишнимъ попытаться показать, что принятое нами опредѣленіе права выражаетъ точно коренной смыслъ этого слова. И хотя возраженіе, предположенное выше, представляется на первый взглядъ довольно вѣскимъ, однако въ свою очередь ему должно противопоставить доводы, не менѣе вѣскіе.

Другими словами, — особое вниманіе, съ коимъ люди относятся къ правамъ въ отличіе отъ другихъ отношеній, составляетъ существенный признакъ правъ, и если наука, не желая удовлетвориться констатированіемъ одного этого признака, ищетъ полнаго опредѣленія права, то она должна отыскать такія характеристическія свойства, которыя такъ или иначе включаютъ въ себя или соединяютъ съ собою вышеуказанный признакъ.

§ 52.

Шаткость разговорнаго и литературнаго словоупотребленія.

Безъ сомнѣнія, обычное воззрѣніе включаетъ въ область права бо̀льшее число явленій, нежели то, которое можетъ быть подведено подъ наше опредѣленіе. Такъ, многимъ международнымъ отношеніямъ придается юридическій характеръ и они относятся къ международному *праву*, хотя и не сопровождаются организованною защитою. Точно такъ же рядъ отношеній, наблюдаемыхъ въ частной и государственной сферахъ первоначальнаго періода, не обладаетъ такою защитою, но включается въ область права. Когда говорятъ объ обычномъ правѣ, тогда часто причисляютъ сюда всѣ вообще обычаи касательно даннаго предмета безъ отношенія къ тому, въ какихъ формахъ выражается ихъ принудительная сила. — Но это несовпаденіе обычнаго понятія о правѣ съ нашимъ понятіемъ о немъ не имѣетъ никакого опаснаго значенія для этого послѣдняго. Ни литературное, ни тѣмъ болѣе простое разговорное значеніе слова права не обладаетъ какимъ-либо абсолютно-внушительнымъ авторитетомъ. Обыденное воззрѣніе употребляетъ это слово въ такомъ широкомъ смыслѣ, неприложимость

котораго для нашихъ цѣлей не требуетъ никакихъ серьезныхъ поясненій. Во всѣхъ почти случаяхъ, гдѣ рѣчь идетъ о принадлежащихъ кому-либо претензіяхъ, которыя представляются почему-нибудь справедливыми,—будетъ ли основаніе ихъ заключаться въ государственномъ законѣ, или въ обычаяхъ, или въ моральныхъ взглядахъ даннаго общества, или даже въ простыхъ приличіяхъ,—обыденное воззрѣніе не затрудняется говорить о правахъ. Мы слышимъ о правѣ на вещь, равно какъ о правѣ на благодарность или на полученіе визита. Литературное словоупотребленіе, руководимое стремленіемъ ограничиться областью права въ юридическомъ смыслѣ, заслуживаетъ, конечно, несравненно большаго вниманія Но мы могли бы довѣриться ему вполнѣ только въ томъ случаѣ, если бъ было извѣстно, что всѣ ученые исходятъ изъ одного общепризнаннаго понятія права и развиваютъ его вполнѣ правильно. Однако такого понятія совсѣмъ не существуетъ. Изъ массы высказанныхъ опредѣленій права каждое ведетъ къ границамъ правовой области, не вполнѣ совпадающимъ съ границами, которыя вытекаютъ изъ другихъ опредѣленій. Слѣдовательно, ученые, которые руководились названными опредѣленіями, естественно, должны были приходить къ различнымъ результатамъ въ дѣлѣ проведенія границъ правовой области. Тѣмъ же ученымъ, которые не клали какого-либо предвзятаго воззрѣнія на сущность права въ основаніе своихъ работъ, грозила опасность подчиненія колебаніямъ не-литературнаго словоупотребленія. Изъ всего этого должны были проистекать многочисленныя разногласія, въ существованіи которыхъ не трудно убѣдиться на разборѣ любыхъ примѣровъ. Отсюда проистекаетъ то важное послѣдствіе, что хотя отъ множества индивидуальныхъ воззрѣній можно отвлечь нѣкоторый «господствующій» или наиболѣе распространенный взглядъ на границы правовой области, однако ни одно изъ этихъ воззрѣній не совпадетъ съ такимъ взглядомъ вполнѣ. Какъ всѣ не вполнѣ выясненныя понятія, понятіе права образуется на половину путемъ безсознательнымъ. Въ извѣстныхъ крайнихъ точкахъ оно опредѣленно и безспорно. Никто не исключитъ изъ правовой области претензіи, основанной на положительномъ предписаніи закона, удобопримѣнимомъ въ судеб-

номъ порядкѣ; наоборотъ ни одинъ изъ юристовъ не назоветъ правомъ претензіи на полученіе отъ кого-либо контръ-визита. Между тѣмъ въ промежуткѣ между двумя областями отношеній, изъ которыхъ одна считается несомнѣнно правовою, другая столь же рѣшительно лишается этого эпитета, лежатъ группы, квалификація которыхъ терпитъ бо́льшія или меньшія колебанія. При отсутствіи полной отчетливости въ представленіи о томъ, что́ именно характеризуетъ право, какъ таковое, и наклонности выводить опредѣленія дедуктивнымъ путемъ изъ предвзятыхъ общихъ посылокъ представители различныхъ воззрѣній легко принимаютъ за критерій различные признаки этого явленія и, руководясь ими, приходятъ неизбѣжно къ результатамъ, несогласнымъ между собою. Принимая во вниманіе такой способъ образованія отдѣльныхъ мнѣній, мы имѣемъ полное основаніе не довѣрять и покоющемуся на нихъ же господствующему воззрѣнію. Потому и противорѣчіе опредѣленія, выработаннаго на предшествующихъ страницахъ, съ этимъ воззрѣніемъ, само по себѣ, не должно приводить насъ въ смущеніе. Если мы можемъ убѣдиться въ правильности избраннаго нами пути, то нѣкоторое несогласіе пріобрѣтенныхъ результатовъ съ господствующимъ взглядомъ нисколько не можетъ подорвать ихъ значеніе въ нашихъ глазахъ .

§ 53.

Повѣрочный анализъ. Его задача.

Въ самомъ дѣлѣ, мы имѣемъ предъ собою обширную область отношеній, которыя слывутъ подъ общимъ именемъ правъ, но въ полной однородности которыхъ мы не можемъ быть увѣрены заранѣе, потому что знаемъ, что словоупотребленіе, находящееся внѣ всякихъ теоретическихъ вліяній, не придаетъ названному имени какого-либо значенія, которое было бы связано именно съ этою областью, а словоупотребленіе, руководимое теоріей, не имѣетъ одного общаго источника. Чтобы дать вѣрную внѣшнюю характеристику права, какъ отношенія, т.-е. описать его точно въ отличіе отъ другихъ

сходныхъ, но не одинаковыхъ съ нимъ отношеній, мы должны постараться уловить такой признакъ его, который, будучи свойственъ достаточно бо́льшому числу отношеній, признаваемыхъ за права, служилъ бы, вопервыхъ, ихъ отличительнымъ признакомъ, т.-е. былъ бы чуждъ явленіямъ другихъ областей, и, вовторыхъ, объяснялъ бы съ наибольшею убѣдительностью, почему въ сознаніи отдѣльныхъ людей и всего общества правоотношенія выдѣляются въ особую, рѣзко-отграниченную группу, съ особымъ приписаннымъ ей значеніемъ. — Это послѣднее требованіе имѣетъ существенную важность. Когда опредѣляются и классифицируются научно предметы, существующіе независимо отъ человѣка, тогда нѣтъ дѣла до субъективнаго значенія избираемыхъ признаковъ. Китъ относится къ млекопитающимъ, хотя способъ рожденія и питанія имъ дѣтей обладаетъ, можетъ быть, несравненно меньшимъ значеніемъ для человѣка, нежели то обстоятельство, что онъ живетъ въ водѣ. Какія бы практическія отношенія ни существовали къ подобнымъ предметамъ, научная классификація не можетъ обращать на нихъ никакого вниманія. Съ совершенно инымъ мы встрѣчаемся при опредѣленіи и классификаціи такихъ явленій, каково право. Это—не конкретный предметъ, или явленіе внѣ человѣческаго существованія, но, какъ мы видѣли, лишь нѣкоторое положеніе лицъ (стр. 60). Научное (соціологическое) значеніе оно можетъ имѣть лишь настолько, насколько обусловливаетъ собою дѣйствія лицъ. Но очевидно, что то-же самое обстоятельство опредѣляетъ также особенное значеніе права для общества и отдѣльныхъ лицъ. Хотя значеніе, которое приписывается индивидуальнымъ или общественнымъ воззрѣніемъ праву можетъ быть отлично отъ дѣйствительнаго значенія его, которое одно обязательно для науки, но, очевидно, что источникъ, изъ котораго проистекаетъ самый фактъ признанія нѣкотораго особаго значенія за правами, одинъ и тотъ же въ обоихъ случаяхъ. Отношеніе вообще есть возможность дѣйствій. Самый простой житейскій опытъ свидѣтельствуетъ, что когда люди сознаютъ себя *въ правѣ* дѣлать что-либо, то такая квалификація обозначаетъ, что они сознаютъ себя наиболѣе свободными отъ противодѣйствія со стороны другихъ членовъ ихъ общества,

Съ другой стороны, самое простое соображеніе показываетъ, что если какая-либо сторона права обладаетъ соціологическимъ значеніемъ, то именно та, что въ случаѣ права субъектъ имѣетъ въ своихъ дѣйствіяхъ гораздо болѣе простора по направленію къ окружающимъ его лицамъ. Практическое и научное значеніе права совпадаютъ. Слѣдовательно, научное опредѣленіе права должно отличить его такимъ признакомъ, который обусловилъ бы собою и практическое значеніе его. Если отличительный признакъ права, указанный въ научной классификаціи, объяснитъ намъ, почему люди выдѣляютъ право изъ среды другихъ отношеній и приписываютъ ему особое значеніе, то это обстоятельство послужитъ лучшимъ подтвержденіемъ правильности самого научнаго опредѣленія.

§ 54.

2) Выполненіе.

Искомый признакъ можетъ заключаться какъ въ совокупности многихъ свойствъ, такъ и въ своеобразной комбинаціи ихъ

Какъ точки отправленія, мы имѣемъ двѣ стороны опредѣляемаго нами предмета—содержаніе и форму правоотношеній. Обращаясь къ первой, мы замѣчаемъ, что по содержанію своему права вообще сходны съ другими отношеніями. Въ содержаніи правъ надо различать дѣйствія, которыя составляютъ главную цѣль права, и дѣйствія, которыя гарантируютъ возможность первыхъ. Такъ, въ правѣ собственности къ первымъ относятся всѣ акты воздѣйствія на вещь съ цѣлью ея эксплоатаціи, ко вторымъ—самоуправство съ лицами, которыя препятствуютъ обладанію, и воздѣйствіе на нихъ чрезъ административные, судебные и другіе органы общественной власти. Дѣйствія перваго рода образуютъ одинаково какъ содержаніе правовыхъ, такъ и всякихъ другихъ отношеній. Если въ юридической формѣ защищаются государственныя, общественныя, семейныя, частныя имущественныя отношенія, то всѣ они входятъ въ то-же время или, по крайней мѣрѣ,

способны входить и въ другія области. Въ нормальныхъ случаяхъ всѣ права составляютъ одновременно и предметъ нравственной защиты и только большая неравномѣрность въ значеніи юридическаго и моральнаго элемента ея приводитъ къ тому, что отношенія, защищенныя и юридически и морально, разсматриваются исключительно юриспруденціею. Если въ нѣкоторыхъ случаяхъ юридическая и моральная санкція находятся во взаимномъ противорѣчіи, то, въ виду другихъ случаевъ, гдѣ они находятся во взаимномъ согласіи, нельзя сказать, чтобы принадлежность отношенія къ той или другой области опредѣлялась его содержаніемъ. Одно и то-же отношеніе къ вещи трактуется иной разъ какъ противоправовое и противонравственное (обладаніе вора), другой разъ — какъ противоправовое, но безразличное съ нравственной точки зрѣнія (обладаніе вещью, пріобрѣтенною нравственнымъ образомъ, но съ нарушеніемъ юридическихъ обрядностей), третій—какъ нравственное, но безразличное для права (отношенія вытекающія изъ чувства благодарности и т. п.), четвертый—какъ правовое и нравственное (собственность), пятый—какъ правовое, но безнравственное (собственность, нажитая «неправымъ» трудомъ). Кромѣ двухъ санкцій — юридической и моральной существуетъ еще санкція обычая. Въ различныхъ случаяхъ онѣ даютъ весьма разнообразныя комбинаціи, разсмотрѣніе которыхъ, хотя бы поверхностное, приводитъ къ тому заключенію, что очень часто извѣстное содержаніе отношенія можетъ быть одновременно предметомъ трехъ санкцій, дѣйствующихъ въ одномъ или различныхъ направленіяхъ. Если припомнить далѣе, что исторія права указываетъ на самыя разительныя измѣненія въ составѣ правовой области, что отношенія, которыя считались когда-то не только дозволенными, но и обязательными (напр., коммунизмъ женъ), становятся потомъ преступными, что прежнія преступленія (индивидуальное обладаніе женой или имуществомъ) возводятся въ юридическіе идеалы,—что въ этомъ нескончаемомъ, хотя и медленномъ, потокѣ видоизмѣненій границъ права и морали нѣтъ никакихъ опоръ для того, чтобы уловить какое-либо осязательное единство, то врядъ-ли останется какое-либо серьезное

основаніе для того, чтобы искать отличительныя свойства правъ въ родѣ дѣйствій, составляющихъ предметъ юридической защиты.

Точно такъ-же дѣйствія, которыя служатъ какъ средство юридической защиты, не обладаютъ никакими особенностями. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ они состоятъ въ непосредственномъ (самоуправство) или посредственномъ (чрезъ судъ и т. п.) насиліи надъ нарушителемъ или, какъ выражаются, во внѣшнемъ принужденіи его. Но нельзя сказать, что присутствіе внѣшняго принужденія служитъ характеристическимъ признакомъ права. Этого нельзя сказать, во-первыхъ, потому, что внѣшнее принужденіе, хотя и рѣже, бываетъ также средствомъ контроля въ областяхъ нравственности (напр., мѣры воспитанія) и обычаевъ, во вторыхъ, потому, что рядомъ съ внѣшнимъ принужденіемъ или насиліемъ правовыя отношенія защищаются болѣе мягкими мѣрами вліянія, каковы, напримѣръ, судебные и административные выговоры, замѣчанія, предостереженія, или лишеніе ожидавшихся выгодъ (лишеніе награды, пенсіи, вознагражденія, наконецъ вообще лишеніе правъ, которое не составляетъ внѣшняго принужденія и т. п.). Однако все-таки мы должны отмѣтить тотъ фактъ, что внѣшнее принужденіе является въ правовой области гораздо чаще, чѣмъ въ другихъ областяхъ.

Вслѣдъ за этимъ обращаемся къ *формѣ* правъ. Здѣсь напротивъ мы находимъ выдающіяся характеристическія черты. Бросается въ глаза нѣкоторая, весьма большая опредѣленность, которая свойственна устройству права какъ отношенія. Порядокъ установленія, прекращенія и защиты является въ громадномъ большинствѣ случаевъ болѣе или менѣе точно опредѣленнымъ или, по принятому выше выраженію, организованнымъ. Подобно чертамъ, отмѣченнымъ выше, эта послѣдняя черта не отыскивается во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ «права»; но она имѣетъ то преимущество предъ ними, что вовсе не распространяется за ихъ область. Врядъ-ли найдется такое отношеніе, которое, защищаясь организованнымъ образомъ, было исключаемо когда-либо изъ правовой области. Если, напримѣръ, многіе цивилисты не признаютъ

защищеннаго владѣнія за право, то все-таки они считаютъ его «юридическимъ» отношеніемъ и изобличаютъ этимъ, что въ данномъ случаѣ слово право употребляется ими въ особенномъ, болѣе ограниченномъ смыслѣ, чѣмъ тотъ, о которомъ говорится здѣсь.

Таковъ непосредственный результатъ анализа. Мы имѣемъ предъ собою слѣдующія свойства правъ внѣшнее принужденіе, организованное установленіе, организованная защита. Изъ нихъ первое не есть отличительное въ строгомъ смыслѣ, но лишь распространено въ правахъ болѣе, чѣмъ въ другихъ отношеніяхъ. Остальныя, хотя не общи всѣмъ безъ исключенія случаямъ, съ которыми связано названіе права, составляютъ, дѣйствительно, отличительныя черты его. Такъ какъ мы не открыли какихъ-либо другихъ отличительныхъ свойствъ, то должны предполагать, что обособленіе права обусловлено тремя открытыми нами свойствами; распространеніе же названія права за ихъ предѣлы произошло подъ вліяніемъ какой-либо ложной ассоціаціи идей, изслѣдованіе которой остается на нашей обязанности. Допустивъ это, надо сдѣлать послѣдній шагъ — обратиться къ раскрытію взаимнаго отношенія различныхъ свойствъ права. Организованная защита, естественно, представляется какъ основное свойство. Она вызываетъ организацію установленія и прекращенія, откуда, какъ мы видѣли, развиваются всѣ другія особенности юридическаго воззрѣнія на существо права (стр. 93 сл.), организаціей защиты объясняется далѣе предпочтеніе, которое оказывается въ области правъ внѣшнему понужденію, какъ средству защиты, потому что оно болѣе, чѣмъ какое-либо другое средство, можетъ быть подчинено правильному порядку. Наконецъ, принимая во вниманіе организованную защиту, мы получаемъ возможность объяснить, почему въ случаяхъ правоотношенія субъектъ находитъ наиболѣе простора для своихъ дѣйствій—обстоятельство, объясненіе котораго было поставлено выше, какъ необходимое качество правильнаго опредѣленія права. Очевидно, что организованная защита охраняетъ вообще лучше, надежнѣе, чѣмъ какая-либо другая.

«Предметы слѣдовало бы распредѣлять, по возможности, сообразно свойствамъ, кои суть причины многихъ другихъ свойствъ

или по крайней мѣрѣ ихъ вѣрные признаки» (Милль). Это требованіе вполнѣ исполнено нами въ настоящемъ случаѣ.

§ 55.

Логическая правильность предложеннаго анализа

Въ предложенномъ анализѣ можетъ подвергнуться сомнѣнію развѣ одно обстоятельство. Читателю покажется, пожалуй, страннымъ, что мы какъ бы произвольно съузили область опредѣляемаго предмета. На этотъ случай надо припомнить слѣдующее мѣсто изъ «Дедуктивной и индуктивной логики» Бэна — сочиненія, на которое уже разъ была сдѣлана ссылка въ этомъ трудѣ (§ 24).

«Предположимъ», говоритъ Бэнъ, „что мы должны опредѣлить монархію Мы соберемъ примѣры всѣхъ правленій, которыя обозначаются этимъ именемъ; цари героической Греціи, цари Спарты, Рима, Персіи, Македоніи, Сиріи, Египта, короли Тевтоновъ, государи современныхъ европейскихъ народовъ, царьки негритянскихъ племенъ, императоры, князья, маркграфы, графы, архіепископы, обладавшіе верховною властью и проч. Къ этимъ примѣрамъ мы прибавимъ аѳинскихъ царей-архонтовъ, римскихъ царей понтифовъ, остатки прежней царской власти. Если мы сосредоточимъ наше изслѣдованіе на извѣстномъ числѣ этихъ примѣровъ, то мы получимъ, какъ общую черту, деспотическую или абсолютную власть. Но эта черта не подойдетъ къ другимъ примѣрамъ, напримѣръ, къ случаямъ современныхъ конституціонныхъ монархій. Если мы пожелаемъ включить въ счетъ и эти новыя формы, то общія черты будутъ сведены къ небольшому числу сходствъ, которыя не обладаютъ достаточнымъ значеніемъ, а именно. 1) обладаніе высшимъ саномъ въ государствѣ и 2) бо́льшая или мѣньшая доля участія въ верховной власти. Наконецъ, если мы пожелаемъ принять въ расчетъ и два послѣдніе примѣра — аѳинскихъ царей-архонтовъ и римскихъ царей-понтифовъ, то мы не будемъ въ состояніи примѣнить къ нимъ и это небольшое сходство. Намъ придется прибѣгнуть еще къ бо́льшему ограниченію, бо́льшему разжиженію нашего опредѣленія. Вотъ, что случается наиболѣе часто, какъ скоро въ видахъ опредѣленія мы заботимся объ обобщеніи названія. Мы руководимся общепринятымъ смысломъ словъ; но если мы остановимся на этомъ, то, по всей вѣроятности, намъ не удастся опредѣлить общій смыслъ, который обладалъ бы хоть какою нибудь важностью. Въ такомъ случаѣ —въ случаѣ затрудненій, въ которыя насъ ставитъ многообразный смыслъ слова,—надо призвать на помощь

правило касательно опредѣленія. Тѣмъ или другимъ способомъ мы должны ограничить классъ (опредѣляемыхъ предметовъ) на основаніи отношеній съ глубокимъ и обширнымъ значеніемъ. Если нужно, *мы пожертвуемъ чѣмъ-либо изъ обычнаго значенія слова;* мы пренебрежемъ нѣкоторыми случаями и будемъ дѣлать выборъ среди остальныхъ до тѣхъ поръ, пока не образуемъ класса, который, дѣйствительно, обладаетъ въ общемъ важными качествами".

Въ нашемъ опредѣленіи права намъ пришлось употребить именно этотъ пріемъ, столь мѣтко охарактеризованный Бэномъ. Ограниченіе области права предѣлами, которые болѣе узки, нежели предѣлы общепринятые, вызывается логическою необходимостью, согласуется съ правилами логики.

Итакъ, провѣряя, мы пришли къ тѣмъ же результатамъ, которые получились изъ первоначальнаго изслѣдованія (§§ 22—30) Чтобы окончательно завершить повѣрку, надо разъяснить истинный характеръ путей, которые ведутъ къ приложенію названія права за границею организованной защиты.

§ 56.

Источникъ недоразумѣній и способы ихъ распространенія.

Когда мы отличаемъ какой-либо предметъ отъ другихъ предметовъ особымъ названіемъ, тогда мы подразумѣваемъ извѣстное сходство и извѣстное несходство этого предмета съ остальными. Подразумѣваемое несходство можетъ быть видовое, родовое, семейное и т. д. Видовое несходство предполагаетъ, естественно, родовое сходство; родовое несходство—семейное сходство,—вообще каждое частное несходство предполагаетъ болѣе общее (ограниченное) сходство, но, обнимая и подразумѣвая признаки сходства, особое понятіе и названіе вызваны непосредственно существованіемъ несходства, и имѣютъ своимъ существеннымъ назначеніемъ констатированіе отличительныхъ свойствъ предмета. Въ нашихъ идеяхъ мы отдѣляемъ одинъ предметъ отъ другаго не потому, что онъ сходенъ съ прочими предметами, но потому, что онъ несходенъ съ ними.—Однако изъ этого не слѣдуетъ еще, чтобы, повторяя обычное названіе какого-либо предмета, мы сознавали всегда съ полною ясностью, въ чемъ именно заключается смыслъ и составъ ихъ. Обыкновен-

но только часть свойствъ, почему-нибудь скорѣе и легче запоминаемая, мыслится какъ характеристическій признакъ предмета Потому, какъ скоро отыскивается другой предметъ, который обладаетъ такимъ же признакомъ, то, хотя бы у него не было остальныхъ признаковъ перваго предмета, на него переносится его названіе Иногда по какому-либо случаю вниманіе привлекается какимъ-нибудь признакомъ, не принадлежащимъ къ числу отличительныхъ. Тогда и онъ можетъ ассоцироваться съ названіемъ предмета, какъ ихъ характеристическая принадлежность, и они переносятся на предметы, гдѣ этотъ признакъ присутствуетъ въ соединеніи съ иными свойствами чѣмъ тѣ, которыя первоначально образовали и вызвали переносимое названіе.—Такими-то путями возникаетъ между прочимъ ложное распространеніе названій и оба приведенные способа его имѣли мѣсто по отношенію къ праву. Эти оба способа относятся къ той формѣ распространенія названій, который логика называетъ распространеніемъ по сходству.

§ 57.

Юридическій характеръ международныхъ отношеній.

Если для субъекта права это послѣднее представляется формою расширенія его дѣятельности, то для окружающихъ лицъ, способныхъ вредить ему и имѣющихъ обыкновенно интересъ въ томъ, оно составляетъ форму ограниченія ихъ дѣятельности. Юридическая защита такъ или иначе принуждаетъ ихъ къ соблюденію неприкосновенности отношенія. Лица, окружающія субъекта, чувствуютъ себя въ извѣстной степени связанными, стѣсненными. Такое чувство связанности, преобразующееся въ дальнѣйшемъ развитіи своемъ въ опредѣленное понятіе юридической обязанности, является, понятно, существеннымъ моментомъ права, такъ сказать—его оборотною стороною. Но понятно также, что оно есть спеціально-юридическое явленіе лишь въ той степени своей, которая вызывается именно юридическимъ способомъ защиты. Усиливая вообще защиту, организація ея увеличиваетъ тѣмъ самымъ и степень вышеозначенной связанности или обязанности; но въ ослаб-

ленной степени связанность является необходимымъ спутникомъ каждой защиты, хотя бы не организованной. Не связанность вообще, но лишь извѣстная степень ея составляетъ юридическое явленіе. Вотъ это то ограниченіе, будучи упускаемо изъ виду, даетъ поводъ къ недоразумѣніямъ.

Они возникаютъ прежде всего въ случаяхъ, когда изслѣдователь относится къ дѣлу не столько съ чисто-научной (объективной) точки зрѣнія, сколько съ точки зрѣнія политической, критической. Нерѣдко, составляя идеалъ, юридическая связанность не можетъ быть достигнута непосредственно, и тогда удовлетворяются какою-нибудь, хотя бы неорганизованною защитою даннаго отношенія. Но, забывая о сдѣланной такимъ образомъ уступкѣ, все-таки причисляютъ это отношеніе къ разряду правовыхъ.—Такъ именно произошло и происходитъ зачисленіе въ область права многихъ международныхъ отношеній. Держась строго вышеустановленнаго понятія права, мы не имѣемъ нужды отрицать за названными отношеніями всякое юридическое достоинство, какъ это дѣлаютъ, напримѣръ, тѣ, которые считаютъ необходимымъ аттрибутомъ права существованіе правильнаго суда, или какого-либо другаго, однозначущаго органа. Если самоуправство, которое предпринимается обиженнымъ лицомъ въ порядкѣ, установленнымъ общественною санкціею, мы признаемъ средствомъ юридической защиты, то такимъ же свойствомъ обладаетъ, несомнѣнно, война, ставшая въ послѣднія столѣтія предметомъ правильной организаціи. За войною, какъ главнымъ средствомъ международной защиты, въ распоряженіи ея субъектовъ находится длинный рядъ косвенныхъ средствъ, менѣе сильныхъ, но организованныхъ, ибо каждое изъ нихъ обладаетъ опредѣленнымъ значеніемъ, употребляется опредѣленнымъ образомъ и, до извѣстной степени, въ опредѣленныхъ случаяхъ. Сюда принадлежатъ дипломатическія представленія, протесты, ультиматумы, отзывъ посольства, военныя демонстраціи и т. д. Вмѣстѣ съ тѣмъ такой институтъ, каково международное поручительство одного или нѣсколькихъ государствъ за цѣлость данныхъ отношеній, есть уже зачатокъ самостоятельнаго органа международной защиты, подобно, напримѣръ, свидѣтелямъ въ первона-

чальномъ гражданскомъ правѣ. Съ другой стороны, въ международныхъ отношеніяхъ присутствуетъ, несомнѣнно, другой необходимый элементъ права — контроль, принадлежащій здѣсь зародившемуся международному обществу или, какъ выражаются, международному (общественному) союзу. Господствующій взглядъ даетъ международному праву не болѣе трехъ—четырехъ столѣтій. Въ это время именно началъ образовываться помянутый международный общественный контроль и зародилась организація средствъ международной защиты. Потому, въ общемъ, намъ нечего возражать противъ этого взгляда. Но въ частностяхъ онъ страдаетъ многими преувеличеніями Въ этомъ отношеніи достойны вниманія слѣдующія обстоятельства. Во-первыхъ, примѣненіе международнаго контроля терпитъ не только ограниченія въ составѣ субъектовъ (ибо не всѣ еще народы вошли въ «международный союзъ»), но подвергается еще территоріальнымъ ограниченіямъ иного свойства. Отношеніе любаго европейскаго государства къ Турціи мы должны назвать правовымъ отношеніемъ, ибо оно состоитъ подъ международнымъ юридическимъ контролемъ; но подобное же отношеніе того же государства къ какому-нибудь народцу въ глуши Азіи или Африки можетъ въ крайнемъ случаѣ затронуть интересы какого-нибудь отдѣльнаго государства, не касаясь интересовъ всего союза и не вызывая его контроля. Такое отношеніе будетъ простое фактическое. Область международныхъ отношеній не охватила еще всего міра, а соотвѣтственно этому ограниченію и область международнаго права. — Приведенный примѣръ можетъ быть поясненъ такою аналогіею. Предположимъ, что въ малодоступной странѣ, не входившей въ составъ какой-либо государственной территоріи, какой-нибудь смѣльчакъ овладѣлъ участкомъ земли. Подлежа въ предѣлахъ своего государства дѣйствію законовъ о частномъ владѣніи и собственности, это лицо не будетъ состоять къ означенному участку въ какомъ-либо правовомъ отношеніи, потому что интересы его государства и юридическій контроль этого послѣдняго не проникли еще такъ далеко.—Во-вторыхъ, въ той относительно ограниченной области, которая образуетъ территорію международнаго права, далеко не всѣ отношенія, подлежащія между-

народному контролю, проникнись въ достаточной степени юридическимъ характеромъ, а, съ другой стороны, примѣненіе мѣръ защиты (война и др.) далеко не ограничивается только случаями, для которыхъ они рекомендуются «правомъ». Можно ли сказать, что международная юридическая санкція влiяетъ на международную дѣятельность государствъ и защищаетъ ихъ права въ такой же степени, какъ мы видѣли это въ внутреннихъ отношеніяхъ государства? Абсолютные противники международнаго права, о которыхъ было упомянуто выше, правы въ томъ отношеніи, что оттѣняютъ рѣзко относительную слабосильность юридической международной гарантіи. Можно-ли далѣе утверждать, что, употребляясь для защиты международныхъ правъ, война и другія средства не употребляются въ большомъ числѣ случаевъ для защиты многихъ неправдъ, подрывая чрезъ то значеніе юридически защищенныхъ отношеній? Международная юридическая санкція оказывается здѣсь въ такомъ же положеніи, въ которомъ находилась юридическая санкція каждаго общества, когда не были выработаны специальные органы юридической защиты. На первыхъ порахъ приходилось пользоваться уже готовымъ средствомъ—самоуправствомъ. Но, становясь юридическимъ средствомъ, самоуправство долгое время оставалось еще также общимъ бытовымъ средствомъ защиты, которое преслѣдовало многія цѣли помимо юридическихъ, т. е. помимо освященныхъ обществомъ. Аналогію между частнымъ и международнымъ самоуправствомъ можно провести даже до полнаго родства этихъ двухъ явленій. На самомъ дѣлѣ въ тѣ отдаленныя времена, которыя намъ извѣстны по переживаніямъ, сохранившимся въ различныхъ «правдахъ» и «зерцалахъ», частное самоуправство было не иное что, какъ самоуправство международное въ маломъ видѣ. Въ то время происходило сплоченіе многихъ мелкихъ общественныхъ союзовъ—семей, родовъ, общинъ въ болѣе крупныя единицы съ государственнымъ характеромъ. При первоначальной разрозненности мелкихъ единицъ враждебныя столкновенія между ними были гораздо чаще, чѣмъ между членами одной и той же общины, рода, семьи. Какъ скоро членъ одной общины былъ обиженъ членами другой, — вся община обиженнаго поднималась противъ общины

обидчика. По терминологіи, употребленной выше, въ § 22, это была защита перваго рода. Съ возникновеніемъ соединенія и государственнаго сплоченія отдѣльныхъ общинъ, она начинаетъ превращаться (по той же терминологіи) въ средство защиты втораго рода. На первыхъ порахъ, при слабости центральной власти, мы не замѣчаемъ еще особыхъ прочныхъ органовъ юридической защиты, но власть налагаетъ свою руку на самоуправство и направляетъ его сообразно своимъ видамъ. Опредѣляется порядокъ самоуправства Борьба самостоятельныхъ общинъ превращается во внутреннюю борьбу составныхъ единицъ высшаго общественнаго союза. Всюду, гдѣ древніе памятники сохранили намъ извѣстіе о самоуправствѣ, регулированномъ уже государственною властью, говорится о расправѣ, которая предпринимается обиженнымъ въ союзѣ съ его родственниками, друзьями, односельчанами. Это именно былъ остатокъ прежней борьбы независимыхъ общинъ, борьбы, которая подпала теперь контролю новаго, высшаго общественнаго союза. Международная борьба превратилась въ частную, внутреннюю. То же самое мы видимъ въ современной международной области. Война, служившая доселѣ свободнымъ средствомъ самозащиты независимыхъ государствъ, начинаетъ становиться предметомъ контроля впервые зарождающагося международнаго общественнаго союза, который стремится превратить ее въ средство справедливаго возмездія и внутренней юридической охраны.

Итакъ, только часть международныхъ отношеній и среди ея только относительно незначительный элементъ ихъ защищенъ организованнымъ образомъ Остальная часть и прочіе элементы, если и защищены, то иными, болѣе слабыми способами; многое же не защищено еще совсѣмъ. Распространеніе на принадлежащія сюда отношенія термина и понятія права объясняется достаточно стремленіемъ сообщить имъ юридическую защиту и внести въ международный оборотъ соотвѣтствующія обязанности (связанность), а въ ожиданіи ихъ вообще какую-нибудь защиту и какую-нибудь связанность. Но пока не осуществилась первая часть этого стремленія, стоя на почвѣ дѣйствительности, а не на почвѣ идеаловъ, мы не имѣемъ основа-

нія сочувствовать вышеозначенному распространенію терминологіи. Вѣроятная способность даннаго отношенія стать въ будущемъ предметомъ юридической защиты не можетъ служить основаніемъ для включенія его въ разрядъ правовыхъ. Этотъ критерій крайне шатокъ и неопредѣленъ, ибо мы не въ состояніи предусмотрѣть всѣхъ возможныхъ общественныхъ метаморфозъ, которыя случатся въ будущемъ и вызовутъ юридическую защиту отношеній, теперь не обладающихъ ею. При слѣдованіи его указаніямъ пришлось бы, пожалуй, расширить область права такъ далеко, что затерялась бы всякая опредѣленная граница между нею и другими областями. Для науки международнаго права не произойдетъ никакого ущерба, если она станетъ на точку зрѣнія, защищаемую на этихъ страницахъ. Выигравъ въ опредѣленности понятій, она не ограничитъ поля своего изслѣдованія, такъ какъ за отношеніями, которыя не защищены организованнымъ образомъ, всегда останется важное мѣсто въ критической части науки.

§ 58.

Юридическій характеръ отношеній ранняго періода, обычаевъ и т. д.

Продолжая обзоръ недоразумѣній, касающихся употребленія слова право, слѣдуетъ замѣтить, что, если одно стремленіе придать какую-либо защиту извѣстнымъ отношеніямъ можетъ привести къ отождествленію ихъ съ правами, то тѣмъ болѣе такое отождествленіе возможно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ имѣютъ дѣло съ отношеніями, которыя въ періодъ, болѣе поздній, чѣмъ тотъ, въ который наблюдаютъ ихъ, дѣйствительно стали предметомъ юридической защиты. Если одинъ ученый разсматриваетъ, какъ право, возможность вмѣшательства одного государства во внутреннія дѣла другаго, то другой ученый не впадаетъ въ бо́льшую ошибку, когда говоритъ о «правѣ» кровной мести, о «правахъ» мужчинъ относительно женщинъ, матерей и отцовъ относительно ихъ дѣтей, о «правѣ» родства, развода, опеки, собственности, наслѣдованія въ такомъ періодѣ, когда эти «права», соблюдаясь по обычаю, въ случаѣ

нарушений защищались неорганизованными способами. Общественный контроль покровительствовалъ имъ, но выраженія покровительства не были организованы, и наступленіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ противодѣйствія нарушителямъ защищенныхъ отношеній не было приведено въ порядокъ. Между простымъ ропотомъ неодобренія и энергическимъ внѣшнимъ принужденіемъ для контролирующаго элемента общины открывался широкій выборъ, непредопредѣленный заранѣе.— Въ своемъ мѣстѣ было показано (стр. 70), что выраженіе организованная защита—должепъ пониматься въ достаточно широкомъ смыслѣ. Какъ скоро для защиты какого-нибудь отношенія авторитетомъ общества, хотя бы путемъ незамѣтно слагавшагося обычая, выработался правильный порядокъ, такъ отношеніе вступало въ юридическую форму своего существованія. Конечно, проведеніе точной границы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ представляется весьма затруднительнымъ, и изслѣдованіе раннихъ учрежденій не выйдетъ изъ этого затрудненія если не образуетъ особой группы переходныхъ формъ (ср. § 24). Но все-таки граница представляется существенно-необходимою. Выше было показано, что существенное свойство права заключается въ организованной защитѣ. Если этотъ признакъ будетъ отброшенъ въ сторону, то утратится всякое различіе между правами и всѣми другими защищенными отношеніями, т. е. область права расширится настолько, что вмѣститъ въ себя всю область общественной морали и пожалуй даже область обычаевъ. Врядъ-ли можно найти разумныя основанія для такой нивеллировки понятій. Различія, гдѣ они существуютъ, не должны и не могутъ быть игнорированы; если мы распространимъ правовѣдѣніе до предѣловъ соціологіи, обративъ такимъ образомъ часть въ цѣлое, то часть не уничтожится, а все дѣло ограничится смѣною именъ. — Большинство отношеній ранняго періода не были правами, но сдѣлались ими только впослѣдствіи. Не включая ихъ потому въ область правъ, правовѣдѣніе должно изучать ихъ, какъ матеріалъ, изъ котораго выработалась позднѣе правовая сфера.

Что въ окружающей насъ жизни мы имѣемъ въ формѣ юридическаго явленія, то, по ложной ассоціаціи идей, пред-

ставляется намъ непремѣнно таковымъ же, когда наблюдается въ другомъ мѣстѣ. Такимъ образомъ семья, бракъ и т. п. кажутся правовыми институтами въ первобытную эпоху такъ же, какъ обладаютъ они этимъ качествомъ теперь. Та-же ошибка повторяется въ другой области. Изучая обычаи современныхъ намъ низшихъ обществъ и общественныхъ круговъ, не затрудняются признавать тамъ за юридическое все то, что въ развитомъ правѣ обладаетъ, несомнѣнно, этимъ качествомъ. Нерѣдко идутъ еще дальше. Какъ скоро въ какой-либо группѣ отношеній и актовъ главные изъ нихъ сочтены за юридическіе, то это качество распространяется на аксессуары. Такимъ путемъ доходятъ, напримѣръ, до того, что включаютъ въ составъ обычнаго *права* свадебныя или похоронныя церемоніи. — Какъ въ двухъ предыдущихъ случаяхъ, такъ и здѣсь точное разграниченіе понятій не можетъ привести къ ущербу для изслѣдованія. Во-первыхъ, отрицаніе за обычаями юридическаго достоинства ихъ не равносильно отрицанію за ними годности быть объектомъ вообще соціологическаго изученія. Во-вторыхъ, само юридическое изслѣдованіе не должно ограничивать своего матеріала одними правоотношеніями. Эти послѣднія существуютъ среди другихъ отношеній, находясь въ постоянномъ взаимодѣйствіи съ ними. Изслѣдователь права не можетъ оставить ихъ безъ вниманія; но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы онъ назвалъ ихъ правами. Такъ психологъ, изучающій процессы сознательнаго мышленія, не можетъ оставить вовсе въ сторонѣ рефлективные процессы, но изъ этого вѣдь не слѣдуетъ еще, чтобы онъ приравнялъ ихъ къ предмету своего изслѣдованія.

При отсутствіи должной научной организаціи изслѣдованія соціальныхъ явленій, стоящихъ за предѣлами правовой области, на юристовъ въ значительной долѣ легла тяжесть первоначальнаго изученія ихъ. Но, распространивъ свою научную дѣятельность за предѣлы своей собственной области, они не избѣгли фикціи, которая включаетъ все новое въ эту область. Отсюда—квалификація въ качествѣ юридическихъ такихъ отношеній, которыя обладаютъ совершенно иною природою; отсюда же—такое направленіе юридическихъ изслѣдованій, которое

предназначалось охватить всю науку объ обществѣ.—Настала пора предъявить a[u] finium regundorum. Правовѣдѣніе должно признать себя частью высшаго цѣлаго и признать сосуществованіе ряда равноправныхъ и весьма родственныхъ отдѣловъ. Общественный контроль надъ дѣйствіями членовъ общества проявляется въ нѣсколькихъ группахъ явленій,—правовѣдѣніе занимается только одною изъ нихъ.

§ 59.

Результаты

Итакъ, мы должны были удостовѣриться въ правильности предложеннаго нами опредѣленія права. Хотя на видъ это опредѣленіе съуживаетъ правовую область сравнительно съ тѣмъ, какъ она понимается обыкновенно (§ 51), но это противорѣчіе не можетъ имѣть опаснаго значенія уже потому, что обычное словоупотребленіе не имѣетъ особенно твердой и единой основы (§ 52) — Кромѣ того аналитическая провѣрка подтверждаетъ вполнѣ наше опредѣленіе, представленное въ предыдущихъ §§. Кромѣ организованной защиты, никакое другое свойство не служитъ отличительнымъ признакомъ права (§§ 53 и 54). Распространеніе этого понятія на такія отношенія, которыя не владѣютъ означеннымъ свойствомъ, объясняется неправильною ассоціаціей идей (§ 56). Всюду, гдѣ находятъ нѣкоторую защиту отношеній и соотвѣтствующую ей связанность лицъ, — защиту и связанность, которыя потомъ должны обратиться (международныя права § 57) или уже обратились (отношенія ранняго періода § 58) въ юридическія, тамъ признаютъ существованіе правоотношеній, или признаютъ правовыми всѣ отношенія, которыя въ развитомъ правѣ являются таковыми, либо служатъ аксессуарами правовыхъ отношеній (обычаи). Въ интересахъ правильной классификаціи наукъ надо провести опредѣленную границу между правовѣдѣніемъ и другими отраслями соціологіи.

II. Разборъ другихъ возраженій.

§ 60.

Возраженіе, основанное на неправильномъ пониманіи природы опредѣленія.

Послѣ того, какъ намъ удалось справиться съ возраженіемъ наиболѣе труднымъ, отъ насъ потребуется относительно менѣе усилій для устраненія другихъ возраженій, къ ожиданію и предупрежденію которыхъ обязываетъ осмотрительность. Одно изъ нихъ основано на неправильномъ взглядѣ на природу опредѣленія и обусловлено тѣмъ широкимъ господствомъ, которое принадлежитъ по сію пору въ области юриспруденціи метафизическому способу воззрѣнія на вещи. По всей вѣроятности, многіе замѣтятъ, что опредѣленіе, изложенное на предшествующихъ страницахъ, негодится потому, что не указываетъ настоящаго источника права. Это опредѣленіе сводитъ всю суть права на организованную защиту, т.-е. на защиту, которая въ большинствѣ случаевъ установляется произволомъ законодателя. Но развѣ за этимъ видимымъ произволомъ не скрывается что-либо другое, что, въ сущности, и производитъ право? Развѣ со времени Гуго, Савиньи и Пухты еще мало твердили о томъ, что правовой порядокъ не составляетъ чего-либо произвольнаго, но является, какъ закономѣрное произведеніе всѣхъ условій и силъ народной жизни? Развѣ поддерживать опредѣленіе, какъ бы игнорирующее эти истины современной юриспруденціи, не значитъ—возвращаться къ, доброй памяти, отошедшему въ вѣчность ученію юристовъ прошлаго столѣтія?

Нисколько, отвѣтимъ мы. Все, что содержится въ опредѣленіи права, защищаемомъ нами, сводится къ тому, что отношеніямъ, которыя называются правами, свойственна организованная защита. За симъ остается полный просторъ для изслѣдованія—какого происхожденія эта защита и каково ея соціальное значеніе. Слѣдованіе метафизикѣ пріучило насъ ждать отъ опредѣленія полнаго обнаруженія всѣхъ причинныхъ со-

отношеній, въ которомъ состоитъ опредѣляемый предметъ къ окружающему его міру. Въ опредѣленіи желаютъ получить формулу, изъ которой путемъ дедуктивнаго ея развитія можно было бы освѣдомиться обо всемъ, что̀ желаютъ знать о данномъ предметѣ. Но на самомъ дѣлѣ это выходитъ за предѣлы опредѣленія. Оно составляетъ только одинъ изъ начальныхъ актовъ индуктивнаго изслѣдованія. Его назначеніе — подготовить путь для изученія, а не устранить таковое.

§ 61.

Возраженіе, основанное на смѣшеніи двухъ точекъ зрѣнія, объективно-научной и практической

Организованная защита, въ которой мы видимъ существенный признакъ права, даруется обыкновенно законодателемъ или вообще какими-либо органами, представляющими правительство. Съ другой стороны, съ понятіемъ права связывается обыкновенно понятіе должнаго и справедливаго. Такимъ образомъ наше опредѣленіе клонится какъ бы къ тому, чтобы оправдать безъ разбору всякое распоряженіе правительства, которое направлено къ установленію того или другаго порядка въ мірѣ человѣческихъ отношеній. Однако каждому извѣстно, что далеко не эта точка зрѣнія господствуетъ всегда и вездѣ по отношенію къ праву. Часто порядокъ, поддерживаемый въ какой-либо странѣ ея правительствомъ, подвергается жителями этой страны справедливому осужденію и тогда правомъ признаютъ не тотъ порядокъ, который существуетъ, но тотъ, который, по мнѣнію лучшихъ и руководящихъ обществомъ людей, долженъ существовать.

Такова сущность возраженія, которое, несомнѣнно, опасно уже потому, что обладаетъ наибольшею доступностью и опирается на наиболѣе живые интересы государственнаго общежитія. Очень странно должно быть научное опредѣленіе, которое игнорируетъ то существенное обстоятельство, что правительство, въ своихъ усиліяхъ насадить правовой порядокъ, составляетъ силу далеко не безгрѣшную и не абсолютную.—

Но на самомъ дѣлѣ наше опредѣленіе права совсѣмъ не имѣетъ такого характера.

Во-первыхъ, по смыслу этого опредѣленія, вовсе не каждое мѣропріятіе, которое клонится къ устроенію того или другаго порядка отношеній гражданъ, надо назвать юридическимъ. Бываетъ много правительственныхъ распоряженій, кои по причинамъ весьма разнообразнымъ остаются безъ осуществленія. Такія распоряженія не образуютъ права. Мы говоримъ о правѣ, какъ о такомъ отношеніи, которое *дѣйствительно* существуетъ и *дѣйствительно* сопровождается организованною защитою.

Во-вторыхъ, и это—главное, задача положительнаго изслѣдованія, пока оно не перешло предѣловъ чистой науки и не коснулось области политики или искусства, состоитъ въ томъ, чтобы оцѣнить каждый предметъ такъ, *какъ онъ есть*, но не такъ, *какъ онъ долженъ быть*. Если въ данномъ мѣстѣ и въ данное время извѣстный порядокъ отношеній дѣйствительно защищается, не взирая на все нерасположеніе къ нему, господствующее въ обществѣ, то изслѣдователю приходится заключить, что *пока* этому порядку принадлежитъ соціально-руководящая сила, — *пока* онъ составляетъ право. Наоборотъ, если нѣкоторые или даже многіе члены даннаго общества считаютъ существующія отношенія несправедливыми, нецѣлесообразными, неумѣстными и взамѣнъ того признаютъ правомъ другія отношенія, которыя существуютъ лишь въ ихъ помышленіи, то изслѣдователь не можетъ приписать такимъ отношеніямъ никакого другаго значенія кромѣ того, которое принадлежитъ имъ въ дѣйствительности. Въ дѣйствительности же желаемыя, справедливыя права, пока защита ихъ не осуществлялась, суть только *извѣстное состояніе идей*, но не отношеній. Чтобы назвать ихъ правами, надо ждать, чтобы на дѣлѣ имъ была дана организованная защита, другими словами, — чтобы изъ міра идей они перешли въ міръ внѣшней дѣйствительности. Подъ правомъ всегда разумѣютъ только извѣстное состояніе отношеній, но не состояніе идей,—и если происходитъ противное, то только вслѣдствіе ложнаго распространенія названія, въ силу какой-либо ассоціаціи. Затрудненіе къ такому толкованію можетъ быть встрѣчено лишь со стороны воззрѣнія,

которое признаетъ объективное существованіе вѣчно-неизмѣнныхъ правовыхъ истинъ, существующихъ испоконъ вѣковъ и постепенно реализующихся въ исторіи человѣчества. Но позитивистъ разъ навсегда долженъ отказаться отъ подобнаго воззрѣнія.

Признавая, съ точки зрѣнія науки, правомъ лишь то, что́ дѣйствительно сопровождается организованною защитою, изслѣдователь, переходя въ область политики и практики, нисколько не стѣсненъ въ критикѣ существующаго порядка вещей. Здѣсь онъ смотритъ на все съ точки зрѣнія должнаго Въ качествѣ публициста, законодателя, судьи—вообще въ качествѣ общественнаго и государственнаго дѣятеля онъ одобряетъ, поддерживаетъ, старается развить, умножить защиту отношеній, которыя представляются ему полезными и напротивъ порицаетъ, ослабляетъ, старается парализовать или отмѣнить защиту отношеній, кои оказываются ненужными. Взамѣнъ ихъ онъ проэктируетъ защиту другихъ отношеній, еще не защищенныхъ. Оставаясь вѣренъ своимъ практическимъ цѣлямъ, онъ придаетъ этимъ отношеніямъ бо́льшее значеніе и не стѣсняется называть ихъ правомъ, ибо они должны быть правомъ,—онъ называетъ правомъ все, что, по его убѣжденію, должно быть таковымъ. Такимъ образомъ научная точка зрѣнія не мѣшаетъ, гдѣ нужно, проявленію точки зрѣнія практической.

Особенности первой изъ нихъ представляютъ въ одномъ отношеніи большой интересъ и для практики. Онѣ напоминаютъ практикѣ, что для того, чтобы достигнуть права наиболѣе справедливаго, мало образовать и хранить его въ мысляхъ: надо употребить особыя усилія для того, чтобы провести его въ жизнь. Особенности научной точки зрѣнія напоминаютъ юристу-практику, что его совѣсть не должна еще успокоиваться надъ тѣмъ, что взамѣнъ несправедливаго порядка вещей ему удается открыть и представить себѣ порядокъ болѣе справедливый.

VI.

ПРАВОВОЙ ПОРЯДОКЪ.

I. Правовой институтъ и правовой порядокъ.

§ 62.

Опредѣленіе.

Повидимому, если не во многихъ, то въ нѣкоторыхъ случаяхъ какое-либо одно или немногія отношенія, защищенныя организованнымъ образомъ, могутъ составить предметъ, достойный научнаго изслѣдованія. Такъ, изучаютъ монархическую власть, существовавшую или существующую въ какомъ-нибудь государствѣ, изучаютъ права высшихъ органовъ государственнаго управленія и т. п. Но на самомъ дѣлѣ, какъ уже было замѣчено (§ 29), въ подобныхъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло со многими отношеніями, ибо, напримѣръ, власть даннаго монарха распадается, по крайней мѣрѣ, на столько отношеній, сколько у него подданныхъ. Единичное отношеніе само по себѣ представляетъ мало интереса для науки. Если бы, напримѣръ, гдѣ-нибудь въ данное время существовалъ только одинъ или лишь нѣсколько десятковъ случаевъ права собственности, то такое явленіе можетъ имѣть интересъ курьеза, — далѣе при сопоставленіи съ фактами эпохи болѣе отдаленной или же позднѣйшей оно можетъ получить существенное значеніе, какъ остатокъ или зародышъ этихъ фактовъ, но вообще оно мало даетъ для характеристики правоваго состоянія общества въ то время, въ которое обнаружено. Часто вниманіе изслѣдова-

теля привлекается такъ-называемыми привиллегіями, т. е. особенными, выходящими изъ ряда вонъ, правами, которыя даруются отдѣльнымъ лицамъ. Однако привиллегіи представляютъ интересъ лишь тогда, когда появляются въ достаточномъ числѣ. Если же иногда одна крупная привиллегія, вслѣдствіе своего большаго соціальнаго значенія, обращаетъ на себя наше вниманіе, то не трудно различить въ ея составѣ присутствіе многихъ отношеній. Такъ, напримѣръ, городъ или частное лицо получаетъ право имунитета въ своихъ владѣніяхъ объектомъ этого права служатъ всѣ жители владѣній и мы имѣемъ, слѣдовательно, не менѣе отношеній, чѣмъ состоитъ на лицо жителей.

Итакъ, наука интересуется главнымъ образомъ не отдѣльными правами (въ смыслѣ отношеній), но совокупностями многихъ однородныхъ правъ. Такую совокупность называютъ правовымъ *институтомъ*. Наука изслѣдуетъ главнымъ образомъ институты, но не отношенія.

Вся совокупность правъ, существующихъ въ данное время въ данномъ обществѣ, образуетъ *правовой порядокъ* (право въ собирательномъ смыслѣ).

Въ составѣ развитаго правоваго порядка мы отличаемъ два элемента. Во-первыхъ—рядъ правовыхъ институтовъ. Ихъ содержаніе опредѣляетъ господствующій характеръ въ содержаніи правоваго порядка. Во-вторыхъ—болѣе или менѣе разрозненныя и немногочисленныя отношенія, не сложившіяся въ институты. Они представляютъ части правоваго порядка, зарождающіяся, вырождающіяся, или случайно-образовавшіяся и кратковременныя.

Содержаніе наиболѣе существеннаго, перваго изъ этихъ двухъ элементовъ можетъ быть передано съ успѣхомъ въ рядѣ формулъ, изъ которыхъ каждая гласитъ, что «*такія-то* отношенія защищаются *такимъ-то* образомъ», напримѣръ. владѣніе вещью, пріобрѣтенное добросовѣстно и законнымъ способомъ, защищается противъ всѣхъ, кромѣ собственника этой вещи; или: обладаніе ничьею вещью, пріобрѣтенное захватомъ, считается собственностью, т. е. защищается противъ всѣхъ и каждаго (съ извѣстными ограниченіями), и т. п. Эти формулы

выражаютъ правила, дѣйствительно осуществившіяся въ жизни даннаго народа и даннаго времени. Ихъ можно было бы назвать юридическими нормами; но это названіе издавна уже присвоено нѣкоторому иному роду правилъ.

II. Право, какъ дѣйствующій порядокъ.

§ 63.

Юридическія нормы.

Юридическими нормами называются обыкновенно правила, которыя, опредѣляя должные предѣлы и способъ юридической защиты отношеній, предписываются властью, регулирующей правовой бытъ народа: такъ-называемымъ сознаніемъ общества (обычное право), законодателемъ (законъ), юристами (право юристовъ). Совокупность юридическихъ нормъ называютъ также правомъ (въ объективномъ смыслѣ, въ противоположность праву въ субъективномъ смыслѣ, т. е. праву, въ смыслѣ отношенія—названія не вполнѣ удачныя).

Юридическія нормы направляютъ въ значительной степени дѣйствія тѣхъ органовъ и лицъ, которые держатъ въ своихъ рукахъ юридическую защиту отношеній. административныхъ властей, суда, частныхъ лицъ (субъектовъ гражданскихъ правъ). Потому юридическія нормы составляютъ могущественный *факторъ* правоваго порядка и притомъ факторъ *непосредственный*, ибо онѣ непосредственно вліяютъ на упомянутыхъ дѣятелей. Такое вліяніе оказываютъ даже нормы, кои не грозятъ никакимъ взысканіямъ за нарушеніе (leges imperfectae) и которыя по этому самому не принадлежатъ, въ сущности, къ разряду юридическихъ. Тѣмъ болѣе оно принадлежитъ нормамъ, грозящимъ за неповиновеніе взысканіемъ (leges minus quam perfectae) или даже полною юридическою недѣйствительностью содѣяннаго вопреки нормѣ (leges perfectae). Такія нормы, собственно, и образуютъ разрядъ юридическихъ нормъ.

Направляющее значеніе юридическихъ нормъ обусловлено, очевидно, особымъ авторитетомъ, который принадлежитъ въ обществѣ власти, формулирующей нормы,—авторитетомъ, осно-

ваннымъ отчасти на внутренней, отчасти на внѣшней силѣ власти. Но эта сила ея, будучи всегда болѣе или менѣе значительна, никогда не бываетъ абсолютна. Она дѣйствуетъ рядомъ и совмѣстно съ другими силами, которыя также оказываютъ вліяніе на образованіе правоваго порядка и могутъ расходиться съ нею въ своемъ направленіи. Кромѣ главнаго непосредственнаго фактора правоваго порядка — юридическихъ нормъ—существуютъ другіе непосредственные факторы, каково юридическое настроеніе тѣхъ органовъ и лицъ, чрезъ дѣятельность которыхъ норма должна осуществиться, или внѣшнія условія, въ которыхъ должно происходить ея осуществленіе. Эти факторы могутъ дѣйствовать въ разрѣзъ съ юридическими нормами и парализовать ихъ примѣненіе. Помимо того, не всякое отношеніе поддается одинаково легко юридическому регулированію, — и это обстоятельство также въ состояніи повести къ обезсиленію нормы. Не всегда законодателю достаточно сказать, что то-то должно быть такъ-то, для того, чтобы такой порядокъ проявился на самомъ дѣлѣ.

Безсиліе нормы можетъ обнаружиться или въ самомъ началѣ ея существованія или же наступить позднѣе, такъ что норма, первоначально дѣйствительная, становится постепенно безсильною. Первое случается, когда въ самомъ началѣ изданная и объявленная норма наталкивается на какое-либо сопротивленіе, напримѣръ, на нерасположеніе къ ней, которое господствуетъ среди общества или органовъ власти, или когда она назначается къ примѣненію среди неблагопріятныхъ внѣшнихъ обстоятельствъ (напр., на территоріи черезъ-чуръ раскинутой и малолюдной для успѣшнаго юридическаго контроля). Вслѣдствіе своего положенія среди прочихъ отношеній данное отношеніе можетъ оказаться способнымъ для того, чтобы стать предметомъ юридической защиты. Такъ, опытъ показалъ, что при извѣстномъ экономическомъ и нравственномъ состояніи обществъ почти совершенно безсильны юридическія мѣры, направленныя противъ ростовщичества, разврата и т. п.—Послѣдующее наступленіе безсилія нормы происходитъ въ силу тѣхъ же обстоятельствъ, если они проявляются не одновременно съ возникновеніемъ нормы, но позднѣе. Замѣчательно, что когда такимъ образомъ юри-

дическая норма *отживаетъ* свой вѣкъ, далеко не сразу образуется открытое признаніе ея недѣйствительности. Въ силу объективизма, т. е. въ силу наклонности придавать долго просуществовавшему порядку вещей и идей нѣкоторое самобытное, подчасъ даже какъ бы священное, значеніе — образуется особаго рода консерватизмъ, который сохраняетъ въ неприкосновенности формулу отжившей нормы, допуская впрочемъ необходимыя отступленія отъ нея на практикѣ. Такимъ образомъ то или другое предписаніе продолжаетъ выдаваться за юридическую норму, тогда какъ на практикѣ оно вполнѣ или отчасти не выполняется юридическая практика не защищаетъ того порядка вещей, который предписанъ въ нормѣ, а какой-либо иной, иногда даже прямо противоположный ему.

Примѣры консерватизма юриспруденціи встрѣчаются на всѣхъ извѣстныхъ ступеняхъ ея развитія. Особенно же многочисленны они бываютъ въ періоды, когда начинается переходъ отъ формализма въ правѣ къ послѣдующему состоянію его. Для подробнаго изложенія этого предмета мѣсто—въ ученіи о факторахъ правоваго порядка.

Тамъ же должны быть изслѣдованы и другія причины, которыя, помимо консерватизма, ведутъ къ одинаковымъ съ нимъ результатамъ. Такъ, несоотвѣтствіе нормы съ практикой возникаетъ изъ экономіи юридическаго труда (Іерингъ), — практическая юриспруденція уклоняется отъ формулированія новыхъ нормъ, хотя въ отдѣльныхъ случаяхъ уже не вполнѣ слѣдуетъ старымъ постановленіямъ. Далѣе, при неумѣньи практической юриспруденціи отвлекать правильно общія постановленія отъ болѣе частныхъ, всякая норма, выражаемая въ общей формѣ, рискуетъ погрѣшить относительно правды. Наконецъ такое несоотвѣтствіе обусловливается часто строгимъ раздѣленіемъ властей законодательной и судебной. Формулированіе новыхъ нормъ принадлежитъ законодателю, ихъ выполненіе — суду. Изъ соображеній справедливости судъ уклоняется отъ существующихъ нормъ, но, не имѣя власти на ихъ измѣненіе, прибѣгаетъ для осуществленія своихъ стремленій къ скрытымъ средствамъ въ обходъ закона. Примѣры этого рода весьма многочисленны теперь у насъ, въ Россіи.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что юридическая норма, существовавшая въ данномъ обществѣ въ данное время, или передаетъ часть правоваго порядка этого времени, или не имѣетъ такого значенія. Степени несоотвѣтствія нормы порядку могутъ быть, очевидно, разнообразны порядокъ можетъ только отчасти уклоняться отъ предписанія нормы, онъ можетъ вполнѣ уклониться отъ нея; онъ можетъ идти ей прямо наперекоръ, т. е. не только не будетъ защищаться то, что̀ предписано въ нормѣ, но напротивъ будетъ защищаться нѣчто, совершенно тому враждебное.

§ 64.

Историческая критика юридическихъ нормъ.

Современный правовой порядокъ подлежитъ всецѣло нашему непосредственному наблюденію, о порядкахъ же прошлаго мы можемъ судить непосредственно лишь по какимъ-либо остаткамъ отъ нихъ. Самый порядокъ прошлаго доходитъ до насъ лишь настолько, насколько онъ составляетъ еще часть настоящаго порядка, причемъ нѣтъ видимой границы, которая отдѣляла бы въ этомъ послѣднемъ старое отъ новаго. Относительно рѣдко сохраняются до нашего времени юридическія сдѣлки и судебныя рѣшенія отдаленнаго прошлаго, — акты, которые непосредственно свидѣтельствуютъ о существованіи извѣстныхъ правовыхъ и юридическихъ отношеній. Эти акты драгоцѣнны, потому что ихъ существованіе навѣрное изобличаетъ одновременное существованіе отношеній, изъ коихъ они возникли; но не всегда по одному или немногимъ однороднымъ актамъ бываетъ возможно заключить, въ какой степени были распространены помянутыя отношенія. Легче и лучше сохраняются юридическія нормы. Потому въ ряду остатковъ прошлаго юридическаго быта имъ принадлежитъ первое мѣсто.

Въ виду такого значенія сохранившихся юридическихъ нормъ для характеристики правовыхъ порядковъ прошлаго, а съ другой стороны, въ виду того, что сохранившіяся нормы легко могутъ быть мертвыми (§ 63) важно найти путь для разли-

ченія мертвыхъ и дѣйствующихъ нормъ. Задача исторической критики состоитъ въ томъ, чтобы каждый разъ удостовѣриться, насколько данное постановленіе обычнаго права и закона, или правило авторитетныхъ юристовъ примѣнялось въ современной ему практикѣ. Эта задача выполняется многообразными способами. Ихъ объясненію—мѣсто въ методологіи правовѣдѣнія.

Необходимость въ критикѣ существуетъ одинаково относительно всѣхъ трехъ названныхъ нами формъ юридической нормы. Въ этомъ никто не усумнится, конечно, по отношенію къ праву юристовъ и закону, потому что правило, высказанное юристомъ, очень часто остается однимъ выраженіемъ его субъективнаго мнѣнія, а случаи несоотвѣтствія закона юридической практикѣ настолько часты и очевидны, что болѣе или менѣе всѣмъ извѣстны. Но сомнѣніе можетъ быть вызвано нашими словами относительно постановленій обычнаго права. Скажутъ, что обычное право составляетъ непосредственное выраженіе народнаго сознанія, которое, въ свою очередь, не можетъ быть ничѣмъ инымъ, какъ выраженіемъ народныхъ нуждъ и стремленій. Такимъ образомъ говорить о несоотвѣтствіи постановленій обычнаго права практикѣ означаетъ, какъ бы, утверждать невозможное противорѣчіе Однако такое заключеніе было бы несправедливо. Дѣло въ томъ, что постановленія обычнаго права, которыя доходятъ до историка изъ того или другаго источника, не произносятся и не записываются самимъ народомъ. Они отвлекаются и формулируются кѣмъ-либо изъ наблюдателей народнаго юридическаго быта. Такой способъ возникновенія обязываетъ насъ къ примѣненію къ нимъ исторической критики, наравнѣ съ закономъ и правомъ юристовъ.

При отличіи дѣйствующихъ нормъ отъ мертвыхъ не слѣдуетъ смѣшивать эти послѣднія съ безполезными нормами, т.-е. съ такими, которыя дѣйствуютъ, но своимъ дѣйствіемъ не приносятъ пользы, отъ нихъ ожидаемой. Приведемъ примѣръ. Во многихъ современныхъ государствахъ еще не отмѣнены законы, карающіе смертною казнью обыкновенныя преступленія (наприм., убійство), между тѣмъ на практикѣ почти всѣ

осужденные и приговоренные къ казни милуются верховною властію, которая поступаетъ такъ подъ вліяніемъ почти всеобщаго (въ настоящее время) отвращенія отъ этого вида наказаній. Мы должны сказать, что тамъ, гдѣ дѣйствуетъ подобный порядокъ, законы о смертной казни близки къ тому, чтобы составить мертвую норму. Съ другой стороны, часто случается, что для подавленія какихъ-либо дѣяній, признанныхъ преступными и особенно опасными, вводится смертная казнь за ихъ совершеніе. Но, примѣняясь неукоснительно, она все-таки можетъ не уменьшить числа преступленій. Въ такомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ нормою дѣйствующею, но безполезною. Наказанія за развратъ почти всегда являются мертвымъ средствомъ, награды за вступленіе въ бракъ и т. п. обладаютъ бо̀льшею жизненностью, но пользы никакой не приносятъ.

§ 65.

Справедливость.

Подъ справедливостью надо разумѣть присущую въ данное время данной общественной средѣ совокупность субъективныхъ представленій о наиболѣе совершенномъ правовомъ порядкѣ. Субъективное воззрѣніе, о коемъ идетъ здѣсь рѣчь, можетъ принадлежать одному или немногимъ лицамъ, но обыкновенно индивидуальныя различія въ воззрѣніяхъ на справедливость не бываютъ особенно велики и потому подъ справедливостью разумѣютъ совокупность воззрѣній, по крайней мѣрѣ, цѣлаго круга людей, иногда же — воззрѣній всего общества. И то и другое можетъ имѣть свой смыслъ, смотря по тому, какія черты—общія или частныя — интересуютъ насъ при изученіи юридическихъ идеаловъ.

По всей вѣроятности, достовѣрно мнѣніе, по которому справедливость обозначала первоначально правовой порядокъ, къ коему должно стремиться взамѣнъ существующаго порядка. Въ этомъ смыслѣ справедливое противоположно правовому. Потомъ справедливостью начали обозначать вообще весь порядокъ, который считали выраженіемъ должнаго, независимо отъ

того, коснулась или не коснулась его юридическая санкція. Въ этомъ смыслѣ справедливое существуетъ рядомъ съ правовымъ и отчасти совмѣщается съ нимъ въ однѣхъ своихъ частяхъ правовой порядокъ оказывается справедливымъ, въ другихъ—несправедливымъ.

Понятно, что подобная же критика примѣнилась также къ юридическимъ нормамъ. По субъективному взгляду, однѣ нормы справедливы, другія — несправедливы. Часто называютъ справедливостью совокупность справедливыхъ нормъ.

Надо различать двѣ главныя причины, которыя ведутъ къ несогласію правоваго порядка съ справедливостью

1. Ни одно сколько - нибудь обширное и развитое общество не представляетъ полнаго единства воззрѣній на должное. Но всѣ существующія въ данномъ обществѣ воззрѣнія, понятно, могутъ быть реализованы въ дѣйствующемъ правовомъ порядкѣ. Этотъ послѣдній удовлетворяетъ желаніямъ, которыя составляютъ средину между крайними пожеланіями наиболѣе отсталыхъ частей общества и возвышенными стремленіями частей, наиболѣе развитыхъ и передовыхъ. Дѣйствующій правовой порядокъ уравновѣшиваетъ разнообразіе и разнорѣчіе стремленій и интересовъ, выражая собою ихъ средній уровень въ данномъ обществѣ. Группы людей, интересы и стремленія коихъ не подходятъ подъ этотъ уровень,—все равно, будутъ ли то отсталые или передовые члены общества, — имѣютъ свои собственныя воззрѣнія на должное въ правѣ. Въ ихъ глазахъ дѣйствующій порядокъ не согласуется съ справедливостью, въ той или иной степени она отличается отъ него.

II. Необходимость извѣстнаго правоваго порядка можетъ сознаваться такимъ большинствомъ и на столько сильно, что этихъ условій было бы достаточно для его поддержанія, если бы онъ былъ приведенъ въ дѣйствіе; но для сего можетъ недоставать способныхъ органовъ. Въ такихъ случаяхъ помянутый порядокъ представляется въ формѣ неосуществленной справедливости. Несоотвѣтствіе дѣйствующаго права справедливости обусловлено несовершенствомъ правовой организаціи. Несовершенство можетъ простираться почти до полной негодности существующихъ органовъ, — такъ было, напримѣръ, съ зако-

нодательными и другими учрежденіями старой Франціи, павшими подъ ударами революціи; такъ же было у насъ съ старыми судебными учрежденіями, измѣненными новыми судебными уставами и т. п. Несовершенство можетъ быть частное — состоять, напримѣръ, въ какихъ-нибудь частныхъ недостаткахъ судебнаго устройства или въ какихъ-нибудь заблужденіяхъ и ложныхъ привычкахъ судебнаго персонала. Такъ, въ нашемъ гражданскомъ судѣ не существуетъ правильной оцѣнки убытковъ единственно вслѣдствіе ложнаго взгляда судей на обязанности суда въ дѣлахъ этого рода.

По воззрѣнію, которое присуще всегда развитому праву, задача судьи состоитъ въ томъ, чтобы сохранить въ каждомъ отдѣльномъ рѣшеніи по возможности полную гармонію между юридическою нормою, которая примѣняется, и случаемъ, который разрѣшается. Практика представляетъ крайнее разнообразіе случаевъ, которые поступаютъ на судебное разрѣшеніе; но юридическая норма не въ состояніи предвидѣть всѣхъ индивидуальныхъ особенностей субъекта, объекта и самого отношенія и формулируется обыкновенно въ расчетѣ на средній типъ людей, вещей и отношеній. Задача судьи состоитъ въ томъ, чтобы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ опредѣлить, въ какой степени обнаружены въ немъ типичныя свойства, къ которымъ относится норма, и не измѣняется-ли въ чемъ-либо ихъ значеніе вслѣдствіе присутствія особенностей, непредусмотрѣнныхъ нормою. Судья осуществитъ справедливость, если согласуетъ свое рѣшеніе вполнѣ со всѣми особенностями случая, который онъ разрѣшаетъ. Онъ долженъ примѣнить норму именно въ той степени, въ которой случай характеризуется типичными свойствами, служащими основаніемъ нормы (индивидуализація рѣшеній). Но такое полное соотвѣтствіе легко можетъ не наступать иногда по умыслу судьи, гораздо чаще вслѣдствіе его ошибки, при чемъ возможность этой послѣдней обусловлена или его личными качествами или общими условіями его дѣятельности. Такъ, формальная теорія доказательствъ или установленіе необходимаго minimum'а, ниже котораго не можетъ спуститься судья, опредѣляя наказаніе виновному, всегда дѣйствуютъ неблагопріятнымъ образомъ. Кромѣ

того вслѣдствіе несовершенства всего человѣчества, существуетъ всегда предѣлъ, далѣе котораго не въ состояніи простираться проницательность самаго лучшаго судьи при самыхъ лучшихъ условіяхъ его дѣятельности.

Что̀ сказано здѣсь о судебной дѣятельности, то, очевидно, примѣнимо и къ дѣятельности другихъ правительственныхъ органовъ По отношенію къ нимъ въ каждомъ развитомъ обществѣ существуетъ такое же мѣрило справедливости ихъ рѣшеній, какое замѣчено нами относительно суда.

§ 66.

Значеніе научныхъ выводовъ относительно будущаго правоваго порядка.

Люди наклонны вѣрить, что справедливость, которая не осуществлена въ настоящемъ, когда-либо осуществится въ будущемъ. Отсюда справедливость всегда пріобрѣтаетъ характеръ идеала, къ которому стремится исторія; справедливость какъ бы рисуетъ будущій правовой порядокъ. Но ее не слѣдуетъ смѣшивать поэтому съ выводами, которые дѣлаетъ относительно того же предмета наука. Различіе заключается здѣсь въ способѣ происхожденія и степени достовѣрности обоихъ явленій. Справедливость служитъ обыкновенно непосредственнымъ выраженіемъ желаній и стремленій того или другаго круга людей *безъ отношенія къ тому, насколько эти желанія и стремленія осуществимы*. Напротивъ въ научныхъ выводахъ о будущемъ правоваго порядка обращается существенное вниманіе на этотъ послѣдній пунктъ. Наука, строя свои предположенія о будущемъ, принимаетъ въ соображеніе и существующія представленія о справедливости, но смотритъ на нихъ только, какъ на факторы, которые должны сыграть свою роль въ образованіи будущаго порядка вещей. Научное предположеніе о будущемъ легко можетъ стать въ разрѣзъ съ господствующими представленіями о справедливости; оно можетъ стать въ разрѣзъ даже съ справедливостью, какъ она является по воззрѣнію самого изслѣдователя, строющаго предположеніе. Такъ, напримѣръ, какія-либо основанія приводятъ

его къ заключенію, что въ данной странѣ правовой порядокъ движется регрессивно и неминуемо приближается къ разложенію, къ состоянію хаоса и деморализаціи, — картина, которая вовсе не отвѣчаетъ мыслямъ этого изслѣдователя о наиболѣе справедливомъ порядкѣ.

Съ другой стороны, если правовой порядокъ, который рисуется научными предположеніями о будущемъ, не тождественъ съ справедливостью, то не надо придавать ему одинаковаго значенія съ дѣйствующимъ порядкомъ и за одно съ нимъ причислять къ предмету научнаго правовѣдѣнія. Основной предметъ науки всегда образуется какою-либо группою однородныхъ явленій, которыя существуютъ или существовали реально. Наука изучаетъ ихъ свойства и законы. Явленія, которыя только *могутъ* существовать, дѣлаются достояніемъ науки лишь тогда, когда въ состояніи угадывать или предсказывать ихъ съ точностью, еще недоступною для соціальныхъ наукъ. До тѣхъ поръ эти явленія составляютъ только предметъ догадокъ и предположеній, болѣе или менѣе удачныхъ, подчасъ основанныхъ на научныхъ (но несовершенныхъ) данныхъ. Во всякомъ случаѣ, какова бы ни была степень вѣроятности, которою обладаютъ предположенія, относящіяся къ означеннымъ явленіямъ, эти явленія не принадлежатъ къ области основнаго предмета науки до тѣхъ поръ, пока не совершатся. Явленіе, которое не совершилось, неспособно служить матеріаломъ при достиженіи основной цѣли ея. Основная цѣль науки заключается въ изученіи свойствъ и законовъ явленій. Служить этой цѣли можетъ только изученіе совершившихся явленій, насколько они доступны изучающему. Потому явленія, только ожидаемыя въ будущемъ, входятъ въ составъ основнаго предмета науки лишь тогда, когда переходятъ въ дѣйствительность. Дѣйствительностью слѣдуетъ признавать только самую *возможность* этихъ явленій.

§ 67.

Результаты.

Изъ всего приведеннаго видно, что предметъ правовѣдѣнія— правовой порядокъ—не должно смѣшивать ни съ юридическими

нормами, ни съ справедливостью, ни съ правовымъ порядкомъ будущаго времени, какъ представляется онъ намъ въ научныхъ предположеніяхъ и догадкахъ. Правовой порядокъ есть существующій или существовавшій порядокъ отношеній, названныя же нами явленія составляютъ лишь нѣкоторое состояніе идей, — совокупность представленій о порядкѣ, который долженъ быть, котораго желаютъ, который считаютъ возможнымъ, но который не совпадаетъ съ существующимъ или существовавшими порядками. Это состояніе идей всегда можетъ стать болѣе или менѣе могущественнымъ факторомъ въ образованіи дѣйствующаго порядка отношеній, но безъ особой критики не должно быть принимаемо за его непосредственное выраженіе и несомнѣнное свидѣтельство объ его существованіи.— Такимъ образомъ наши опредѣленія отличаются отъ обычныхъ опредѣленій. Обыкновенно думаютъ исчерпать предметъ правовѣдѣнія, опредѣливъ право въ субъективномъ (единичномъ) и собирательномъ (объективномъ) смыслѣ. Право въ субъективномъ, или, вѣрнѣе, единичномъ смыслѣ есть право въ смыслѣ отношенія; его опредѣленіе поставлено нами на первый планъ и разработано въ пяти предшествующихъ главахъ. Подъ правомъ въ объективномъ (собирательномъ) смыслѣ понимаютъ совокупность юридическихъ нормъ. Мы должны были отодвинуть юридическія нормы на второй планъ, поставивъ на ихъ мѣсто правовой порядокъ. Юридическія нормы должно считать лишь нѣкоторымъ аттрибутомъ правоваго порядка, говоря точнѣе,— факторомъ въ процессѣ его историческаго образованія. Подъ правомъ же въ собирательномъ смыслѣ надо разумѣть правовой порядокъ.

III. Право, какъ защищенный порядокъ.

§ 68.

Разъясненіе.

Каждое отношеніе можетъ быть предметомъ нѣсколькихъ санкцій: юридической, моральной, обычаевъ и приличій. Такъ, напримѣръ, кто-нибудь, А., имѣетъ притязаніе получить съ

другаго лица, В., какую-либо сумму и В., въ соотвѣтствіи съ этимъ притязаніемъ, считаетъ себя обязаннымъ къ уплатѣ этой суммы. Какъ притязаніе А., такъ и сознаніе В. своей обязанности могутъ исходить изъ различныхъ источниковъ. А. основывается на соображеніяхъ права, или морали, или на обычаяхъ и приличіяхъ. Въ свою очередь В. считаетъ себя обязаннымъ или въ виду возможности подвергнуться судебному преслѣдованію, или изъ нежеланія подвергнуться моральному осужденію или, наконецъ, потому, что считаетъ неприличнымъ не заплатить денегъ въ данномъ случаѣ.—Далѣе каждое отношеніе можетъ быть предметомъ нѣсколькихъ санкцій *одновременно*. А. основываетъ свое притязаніе, а В. свою обязанность одновременно на нѣсколькихъ изъ перечисленныхъ основаній. При такомъ сочетаніи санкцій значеніе каждой изъ нихъ можетъ быть различно. Многія лица, напримѣръ, имѣютъ привычку выполнять неукоснительно обязательства, принятыя ими на честное слово. Такое выполненіе обусловлено исключительно сочетаніемъ извѣстныхъ соображеній морали и приличій, хотя очень часто выполняемое обязательство обладаетъ и юридическимъ характеромъ.—Наконецъ, помимо всего сказаннаго, многія отношенія обусловливаются по преимуществу извѣстными личными привычками и наклонностями, между которыми первое мѣсто принадлежитъ хорошо развитому чувству долга. Многія отношенія, въ которыхъ состоимъ мы, могутъ находить свое оправданіе и въ правѣ, и въ морали, и въ приличіяхъ, и въ обычаяхъ; но мы соблюдаемъ ихъ не думая, просто потому, что привыкли ихъ соблюдать,—что считаемъ это должнымъ, безъ всякой связи съ какою-либо санкціей, съ какимъ-либо вынужденіемъ.

Надо включать каждое отношеніе въ область права ровно настолько, насколько его существованіе обусловлено именно юридическою защитою. Если отношеніе сопровождается юридическою защитою, но существуетъ и осуществляется безъ ея вліянія, то ошибочно почитать такое отношеніе правовымъ. Къ праву не принадлежитъ все то, что соблюдается изъ приличія, изъ нравственности, изъ привычки, изъ обычая, изъ чувства долга, безъ вниманія къ факту юридической защиты.

Соблюдаемое такимъ образомъ обладаетъ обыкновенно особенною прочностью; но именно потому оно не образуетъ права. Правовое и прочное не одно и то же. Все значеніе юридической защиты заключается въ томъ, что она упрочиваетъ отношенія, еще непрочныя; если же они прочны безъ ея содѣйствія, то она теряетъ свое значеніе, и отношенія должно исключить изъ права Можетъ произойти, что прежде юридическая защита была нужна для существованія отношенія, а потомъ стала ненужною. Въ такомъ случаѣ отношеніе, бывшее прежде правовымъ, потомъ потеряло это качество. Форма правоваго существованія не есть постоянная принадлежность отношенія она—только одна изъ формъ его послѣдовательнаго развитія. Было бы нелѣпо настаивать на правовомъ состояніи отношенія, когда оно успѣло уже достигнуть состоянія болѣе высшаго. Такимъ образомъ римскій юристъ (Dig. 12. 1 fr. 21) объявляетъ, что истецъ, которому отвѣтчикъ предлагаетъ добровольно часть должнаго, долженъ быть принужденъ судомъ къ принятію этой части, ибо на обязанности суда лежитъ забота объ уменьшеніи числа тяжбъ. Юристъ настолько доволенъ появленіемъ новаго, высшаго фактора, который высказался въ добровольной уплатѣ части долга, что жертвуетъ нѣкоторыми выгодами и удобствами кредитора, лишьбы устранить относительно низшій факторъ — юридическую защиту.

Разумѣется, совершенно невозможно исполнить вышеуказанный анализъ касательно не только всѣхъ, но сколько-нибудь значительной части существовавшихъ и существующихъ отношеній. Но, что́ невозможно касательно отдѣльныхъ отношеній, то доступно по отношенію къ цѣлымъ институтамъ. Общій характеръ института поддается изслѣдованію настолько, что можно опредѣлить съ приблизительною точностью, какую роль въ существованіи института играетъ юридическая санкція. Мы слышимъ, напримѣръ, что въ древнѣйшемъ Римѣ существовало юридическое правило, по которому, въ случаѣ отсутствія наслѣдниковъ, каждый имѣлъ право захватить никѣмъ не принятое наслѣдство и пріобрѣсти его въ собственность относительно въ короткій срокъ (usucapio pro herede). Принимая во

вниманіе, что въ случаяхъ подобнаго захвата интересы пріобрѣтателя неминуемо соприкасались и сталкивались съ интересами родичей умершаго и его кредиторовъ, обращая вниманіе также на степень развитія родовой связи въ то время, мы принуждены заключить, что свобода захвата, по смыслу вышеприведеннаго правила, неограниченная, на самомъ дѣлѣ должна была стѣсняться распорядкомъ, который былъ обусловленъ родовою связью и интересами кредита того времени. Каждый имѣлъ право захватить наслѣдство, но далеко не каждому дозволялось это обычаями, а можетъ быть и моралью того времени. И съ такимъ столкновеніемъ юридической свободы дѣйствій съ моральными и иными ограниченіями мы встрѣчаемся на каждомъ шагу. Изслѣдователь долженъ опредѣлить силу, авторитетъ этихъ ограниченій для того, чтобы рѣшить, отнести-ли случаи проявленія означенной свободы на счетъ юридической санкціи или на счетъ отсутствія протеста со стороны морали и т. п. Наоборотъ, юридическая санкція можетъ быть солидарна съ санкціями другаго рода. Такъ, напримѣръ, убійство оскорбителя въ моментъ оскорбленія вызывается инстинктивно чувствомъ чести, требуется часто обычаями и приличіями, допускается обыкновенно правомъ. Но, очевидно, что совершается такое убійство главнымъ образомъ подъ вліяніемъ первыхъ двухъ факторовъ.

§ 69.

Ученіе Савиньи о природѣ обязательства.

Ученіе Савиньи о природѣ обязательства содержитъ положеніе, которое служитъ характеристическимъ примѣромъ ошибки, вызванной игнорированіемъ того, что̀ сказано нами въ предыдущемъ §. Савиньи полагаетъ, что отношенія лицъ, вступившихъ въ обязательство, представляются въ видѣ двухъ различныхъ дѣятельностей: одна состоитъ въ исполненіи обязательства со стороны должника, другая въ вынужденіи, требованіи со стороны вѣрителя. Но изъ двухъ дѣятельностей главное значеніе принадлежитъ первой, дѣятельность же вѣ-

рителя имѣетъ второстепенное значеніе. По мнѣнію Савиньи, въ обязательствѣ, какъ и во всякомъ другомъ правовомъ отношеніи, нормальнымъ, естественнымъ считается добровольное признаніе и исполненіе права; борьба, которая вызывается отказомъ должника отъ исполненія (понужденіе, искъ), служитъ только для устраненія ненормальнаго состоянія.

Намъ нечего прибавлять къ сказанному въ § 68 для того, чтобы обнаружить всю ошибочность этого разсужденія. Если обязательство не соблюдается добровольно, а должникъ принуждается къ тому лишь силою юридическаго вынужденія, то навѣрное мы имѣемъ дѣло съ правомъ. Если же обязательство исполняется добровольно, то надо разобрать, проистекаетъ-ли это изъ одного страха юридическаго принужденія, или также отъ другихъ причинъ. Ихъ присутствіе выводитъ отношеніе вполнѣ или отчасти изъ области права.

Савиньи думаетъ, что его точка зрѣнія объясняетъ непосредственно одно важное правило. Именно, по римскому праву, добровольное исполненіе по обязательству прекращаетъ начатый судебный процессъ, въ какой бы стадіи онъ ни находился,—даже тогда, когда состоялась litis contestatio, т.-е. тогда, когда, собственно говоря, обязательство перестало существовать юридически, замѣнившись новыми отношеніями по процессу. Такимъ образомъ исполненіе составляетъ какъ бы центръ тяжести всего обязательства. Но приведенное правило объясняется гораздо проще инымъ образомъ. Конечная практическая и культурная цѣль права состоитъ въ образованіи въ людяхъ наклонности къ добровольному исполненію своихъ обязанностей. Какъ скоро эта цѣль реализуется, всякій процессъ становится излишнимъ вмѣстѣ со всѣми своими юридическими послѣдствіями. Къ ихъ числу принадлежатъ особенности въ дѣйствіи litis contestatio, а потому исчезаютъ и онѣ. То обстоятельство, что въ римскомъ правѣ добровольное выполненіе обязательства прекращало процессъ вопреки состоявшейся litis contestatio, свидѣтельствуетъ, что римскіе юристы умѣли, когда было нужно, пожертвовать формализмомъ въ интересахъ практической стороны дѣла.

§ 70.

Ближайшее опредѣленіе предмета правовѣдѣнія.

Если одно и то же отношеніе, а тѣмъ болѣе одинъ и тотъ же институтъ находится постоянно подъ воздѣйствіемъ многихъ санкцій и стимуловъ, если юридическая защита движетъ міромъ отношеній совмѣстно со многими другими вліяніями, то надо заключить, что правовой порядокъ не существуетъ отдѣльно какъ конкретное цѣлое, но составляетъ *элементъ одного общественнаго порядка*. Мы можемъ опредѣлить этотъ элементъ только ссылкою на причину, его производящую, т.-е. ссылкою на юридическую защиту. *Правовой порядокъ есть элементъ общественнаго порядка, произведенный юридическою защитою.*

Но если предметъ нашего изученія опредѣляется вполнѣ, какъ произведеніе извѣстной причины, то это означаетъ только, что на самомъ дѣлѣ мы изучаемъ самую причину. Мы должны сказать, что *предметъ правовѣдѣнія—юридическая защита отношеній.*

Итакъ, будучи поставлено на положительную почву, правовѣдѣніе представляется отдѣломъ соціологіи, который посвященъ изученію юридической (организованной) защиты, какъ одной изъ важнѣйшихъ функцій соціальнаго организма.

VII.

НЕОРГАНИЗОВАННАЯ ЗАЩИТА.

§ 71.

Задача этой главы.

Совершенное опредѣленіе состоитъ изъ двухъ частей. Первая часть — положительная, она отвѣчаетъ требованіямъ первой функціи разума — сличенію и состоитъ изъ обобщенія всѣхъ случаевъ опредѣляемаго предмета. Вторая часть—отрицательная. Для выполненія ея «слѣдуетъ собрать съ цѣлью сравненія случаи, которые подразумѣваются подъ названіемъ, противоположнымъ опредѣляемому названію». Этою второю частью осуществляется вторая функція разума—различеніе (Бэнъ).

Мы выполнили первую часть опредѣленія права въ предыдущихъ главахъ. Задача этой главы — выполненіе второй части. Намъ предстоитъ — собрать всѣ случаи неорганизованной защиты отношеній и показать, что только устройствомъ защиты, несходнымъ съ юридическимъ способомъ охраны, они отличаются отъ права.

§ 72.

Область неорганизованной защиты.

Какъ область права, точно такъ же и область неорганизованной защиты состоитъ не изъ одной, но изъ нѣсколькихъ группъ отношеній, которыя въ концѣ концовъ сводятся, во-первыхъ, къ порядку отношеній, обусловленному нравственнымъ режимомъ, и, во-вторыхъ, къ порядку, обусловленному

режимомъ обычаевъ и приличій *). Ни въ какомъ случаѣ не надо смѣшивать порядка, который основанъ на одномъ изъ этихъ двухъ видовъ неорганизованной защиты, съ порядкомъ, который существуетъ благодаря личнымъ стимуламъ: не надо смѣшивать нравственнаго, обычнаго или приличнаго образа дѣйствій, который вызванъ подчиненіемъ дѣйствующаго лица общей волѣ, съ нравственнымъ, обычнымъ или приличнымъ образомъ дѣйствій, происходящимъ вслѣдствіе собственныхъ побужденій дѣйствующаго лица *безъ всякаго отношенія къ авторитету общественнаго сознанія.*

Вообще во всѣхъ случаяхъ, когда идетъ рѣчь объ отношеніяхъ людей въ обществѣ, надо отличать какъ можно опредѣленнѣе элементъ общественнаго порядка, основанный на подчиненіи дѣйствующихъ лицъ авторитету общественнаго сознанія, отъ элемента, существующаго помимо такого подчиненія, благодаря личной иниціативѣ дѣйствующихъ. Съ этого раздѣленія начинается классификація отношеній.

Съ исторической точки зрѣнія между обѣими группами существуетъ, конечно, большая связь. Каждая изъ нихъ вліяетъ на образованіе другой. Личныя склонности и привычки вырабатываются подъ сильнѣйшимъ давленіемъ порядка, созданнаго общественнымъ контролемъ, и, въ свою очередь, управляютъ движеніемъ этого послѣдняго.

§ 73.

Сходство организованной и неорганизованной защиты.

Насколько свойство и принадлежности права обусловлены присутствіемъ защиты вообще, настолько они повторяются и въ области неорганизованной защиты.

1. Право, въ единичномъ смыслѣ, представилось намъ соеди-

*) Чтобы вниманіе читателя не было отвлечено отъ хода главной мысли настоящей главы, здѣсь не предлагаются опредѣленія помянутыхъ двухъ порядковъ. Эти опредѣленія представятъ болѣе интереса въ связи съ классификаціей права и будутъ поэтому исполнены въ слѣдующемъ отдѣлѣ.

неніемъ защищаемаго отношенія съ группою отношеній защищающихъ. Каждое изъ отношеній явилось выраженіемъ взаимнаго воздѣйствія субъекта, объекта и среды

То-же въ мірѣ нравственности и обычаевъ. Всѣ отношенія этого міра сводятся, въ сущности, на рядъ полномочій («нравственное право») и обязанностей, взаимно-противопоставленныхъ. Только элементъ обязанностей выступаетъ рѣзче, виднѣе, чѣмъ въ правѣ, потому что защита слабѣе. Уполномоченное лицо не имѣетъ никакихъ заранѣе опредѣленныхъ прямыхъ средствъ для вынужденія отъ обязаннаго лица исполненія его долга и потому центръ тяжести всего отношенія сводится на общее давленіе, которое оказываетъ на обязанное лицо авторитетъ общественной совѣсти. Выраженіе же этого общаго давленія и есть обязанность.

Та-же неопредѣленность въ способѣ защиты и отсутствіе особыхъ органовъ ея ведутъ къ тому, что составныя части и отдѣльные моменты существованія отношенія выдѣляются въ мірѣ нравственности и обычаевъ не столь рельефно, какъ въ правѣ. Но въ каждомъ случаѣ неорганизованной защиты возможно различить отношенія защищаемое и защищающія и замѣтить нѣкоторыя особенности во взглядѣ на движеніе этихъ отношеній,—особенности, соотвѣтствующія особенностямъ юридическаго воззрѣнія на свойства правоваго отношенія. Такъ, напримѣръ, говорятъ о переходѣ нравственныхъ обязанностей съ одного лица на другое. Представленіе о такомъ переходѣ, по своему происхожденію, родственно съ представленіемъ о преемствѣ въ правѣ.

2. Право, въ собирательномъ смыслѣ, составляется совокупностью отношеній, которыя дѣйствительно существуютъ благодаря сопряженной съ ними юридической защитѣ въ данномъ мѣстѣ и въ данное время. Представляется интересъ говорить въ томъ же смыслѣ о нравственности и обычаяхъ. Такъ, подъ нравственностью разумѣется совокупность отношеній, дѣйствительно существующихъ въ данномъ мѣстѣ и въ данное время благодаря вліянію, которое оказываетъ авторитетъ нравственнаго сознанія общества на поступки отдѣльныхъ лицъ. Та-же формула съ соотвѣтствующею замѣною словъ (порядокъ

обычаевъ, сознаніе общества о должныхъ обычаяхъ) примѣнима и къ обычаямъ.

3. Непосредственнымъ и могучимъ факторомъ правоваго порядка служатъ юридическія нормы. Относительно порядка нравственнаго и обычаевъ ту-же роль играютъ нравственныя и обычныя нормы, т.-е. правила, кои рекомендуетъ въ обоихъ случаяхъ сознаніе общества.

4. Право, въ смыслѣ справедливости, есть идеальный правовой порядокъ,—совокупность идеальныхъ юридическихъ воззрѣній, принадлежащихъ бо́льшему или меньшему числу членовъ общества и не обладающихъ еще достаточною силою для того, чтобы стать юридическою нормою и осуществиться въ дѣйствующемъ порядкѣ. Если справедливость и реализуется, то это происходитъ благодаря побужденіямъ индивидуальной совѣсти, которая предоставлена въ этомъ случаѣ самой себѣ. Точно такъ же о нравственности или морали можно говорить, какъ о совокупности идеальныхъ нравственныхъ воззрѣній, доступныхъ смутному или ясному пониманію даннаго круга людей. Полное или даже значительное осуществленіе этой нравственности въ дѣйствительности можетъ быть только случайностью, обусловленною особенно высокимъ развитіемъ личной совѣсти, авторитетомъ которой оно по преимуществу и поддерживается. Поощряя личную совѣсть иногда особымъ уваженіемъ или только удивленіемъ, авторитетъ общественной совѣсти не выражается здѣсь въ какихъ-либо болѣе дѣйствительныхъ формахъ.

§ 74.

Мнѣніе о полной разнородности права и нравственности.

Только въ послѣднее время (Герб. Спенсеръ) обычаи сдѣлались предметомъ изученія, какъ особый порядокъ отношеній. Обыкновенно же на обычаи смотрятъ только какъ на форму, которую принимаютъ юридическія и моральныя отношенія. Изъ того, что имѣетъ быть сказано въ другомъ мѣстѣ, станетъ ясно, что́ вѣрное и что́ невѣрное содержится въ этомъ

воззрѣніи*). Но, какъ бы то ни было, это воззрѣніе послужило къ тому благопріятному результату, что въ наукѣ не подымалось, кажется, никогда серьезной рѣчи о разнородности обычаевъ сравнительно съ правомъ и моралью. Напротивъ, право и нравственность издавна разсматривались какъ два отдѣльные, самостоятельные порядка, и это дало поводъ къ важному заблужденію. Именно стали считать право и нравственность совершенно разнородными.

Научную разработку заблужденіе получило въ философіи права со времени Фихте. Хотя впослѣдствіи оно было разрушено критикою (Тренделенбургъ, Сталь, Фольграфъ, Шиллингъ и др.), однако вплоть до настоящаго времени встрѣчаются юристы, которые возвращаются къ нему (напр., Постъ).

Въ основаніи помянутаго заблужденія лежатъ тѣ случаи, въ которыхъ результатъ юридической оцѣнки дѣйствій и отношеній не совпадаетъ съ результатомъ ихъ моральной оцѣнки. Во-первыхъ, замѣчаютъ, что существуетъ много отношеній и дѣйствій, осуждаемыхъ нравственностью, но безразличныхъ съ точки зрѣнія права. Общее юридическое правило гласитъ: «что не запрещено (юридически), то дозволено» и такимъ образомъ, если не поощряетъ, то и не порицаетъ многихъ безнравственныхъ дѣйствій. Съ другой стороны, случается, что право защищаетъ отношенія, которыя считаются безнравственными; такъ, наприм., право помогаетъ жестокому кредитору противъ несчастнаго должника наравнѣ съ справедливымъ кредиторомъ. Далѣе, во-вторыхъ, указываютъ, что право довольствуется внѣшнею стороною поступка, тогда какъ нравственность оцѣниваетъ поступокъ со внутренней стороны его, обращая вниманіе на побужденія, по коимъ онъ совершенъ. Такимъ образомъ правомѣрный поступокъ оказывается безнравственнымъ, если совершенъ по дурнымъ побужденіямъ. Изъ всего этого заключаютъ, что право и нравственность разнородны.

---

*) См. третій отдѣлъ по плану, изложенному выше на стр. 48. Этотъ отдѣлъ не вошелъ въ настоящее сочиненіе.

§ 75.

Возраженіе a priori.

Сравненіе права и нравственности достигнетъ успѣха лишь въ томъ случаѣ, если мы возьмемъ право и нравственность въ параллельныхъ значеніяхъ право, въ единичномъ смыслѣ, надо сравнивать съ нравственнымъ отношеніемъ; правовой порядокъ — съ нравственнымъ порядкомъ; юридическую норму—съ нравственною нормою, идеальное право или справедливость—съ идеальною нравственностью (§ 73).

A priori представляется въ высшей степени невѣроятнымъ, чтобы люди, строя идеалы должнаго, вмѣсто единаго пути шли какою-то раздвоенною дорогою и руководились различными понятіями добра и зла, смотря по тому, думаютъ-ли они о правѣ, или о нравственности. Какимъ бы путемъ ни вырабатывались нравственные и правовые идеалы, разъ они существуютъ, ихъ родство и взаимное соотвѣтствіе представляется необходимымъ фактомъ. Допустить ихъ противорѣчіе — значило бы допустить непонятный дуализмъ и внутренній разладъ въ понятіи человѣка о должномъ. Принадлежа однимъ и тѣмъ же людямъ, относясь къ близкимъ, часто къ однимъ и тѣмъ же отношеніямъ, имѣя одинаковое назначеніе—регулировать эти послѣдніе, правовые и нравственные идеалы должны согласоваться между собою.—Столь же невѣроятно, чтобы вышепомянутое раздвоеніе понятій руководило людьми въ той сферѣ ихъ дѣятельности и взаимнаго вліянія, въ которой они успѣли перейти отъ мысли къ дѣлу и путемъ вынужденія устраиваютъ нравственный и правовой порядокъ. Невѣроятно, чтобы одни и тѣ же люди стремились одновременно къ различнымъ и противоположнымъ цѣлямъ и насаждали бы одною рукою то, что разрушали другою. Допустить коренное противорѣчіе права и нравственности, какъ фактъ, вытекающій необходимо изъ самаго существа этихъ двухъ явленій, значило бы стать въ разрѣзъ съ общимъ закономъ солидарности общественныхъ явленій.

Обращаясь къ дѣйствительности и останавливаясь прежде

всего на идеальномъ правѣ и нравственности, мы легко убѣждаемся въ гармоніи обѣихъ сферъ. Въ извѣстной, вовсе не незначительной степени они даже сливаются вмѣстѣ, такъ какъ сознаніе, легко проводя границу между дѣйствующимъ правомъ и дѣйствующею нравственностью, затруднится нерѣдко отыскать ее на идеальной почвѣ. Абсолютно-справедливое всегда представляется абсолютно-нравственнымъ и наоборотъ. Труднѣе обнаружить ту же гармонію на почвѣ дѣйствительности—въ дѣйствующемъ правовомъ и нравственномъ порядкѣ, юридическихъ и нравственныхъ нормахъ. Но здѣсь надлежитъ показать 1) что гармонія существуетъ въ общемъ, цѣломъ—какъ преобладающая и существенная черта, характеризующая отношеніе права къ нравственности, и 2) что разнорѣчіе права и нравственности являются въ качествѣ второстепеннаго, случайнаго явленія, *которое вызывается исключительно различіемъ способовъ нравственнаго и юридическаго контроля общества надъ поведеніемъ своихъ членовъ.*

§ 76

Гармонія дѣйствующаго права и морали

Наблюденіе удостовѣряетъ, что *въ средѣ одного и того же круга людей въ одно и то же время* существуетъ гармонія дѣйствующаго права и нравственности во всѣхъ ихъ существенныхъ частяхъ. Далеко не всѣ нравственныя отношенія и нормы служатъ въ то же время предметомъ юридической защиты, но всѣ сколько-нибудь важные юридическіе институты и нормы согласуются съ нравственностью. Такъ, въ современныхъ цивилизованныхъ обществахъ юридическое покровительство, оказываемое собственности, договору, семейству, завѣщанію и т. п., несомнѣнно, одобряется современною дѣйствующею моралью и составляетъ живую часть современнаго нравственнаго порядка. Нравственными (въ смыслѣ «не безнравственныхъ») надо признать вообще и тѣ юридическіе институты и нормы, которые, называясь обыкновенно «положительными» и будучи сами по себѣ безразличны съ точки зрѣнія нравственности, имѣютъ

своимъ практическимъ назначеніемъ служить къ вящему осуществленію права (сроки, давность, презумпціи, onus probandi, формальности и т. п.).

Не надо упускать изъ виду, что нравственность во всѣхъ своихъ частяхъ и принадлежностяхъ составляетъ такъ же продуктъ историческаго развитія, какъ и право, и одинаково съ нимъ подлежитъ постоянному развитію. Потому несоотвѣтствіе, которое существуетъ иногда въ значительной степени между правомъ и нравственностью различныхъ временъ, ничего не доказываетъ въ пользу разнородности права и нравственности. Если, напримѣръ, древнеримское «квиритское» право отличалось наравнѣ съ первоначальными правами другихъ народовъ крайнею грубостью, игнорировало принципъ добросовѣстности (bona fides), не карало за обманъ или насиліе при заключеніи сдѣлокъ, не прощало ошибокъ и т. д., то все это, противорѣча нашимъ нравственнымъ понятіямъ, легко согласовалось съ тогдашнею нравственностью. Только сравненіе права и нравственности одного общества и одного времени имѣетъ значеніе при разрѣшеніи вопроса, которымъ мы занимаемся; а такое сравненіе не даетъ данныхъ въ пользу ихъ разнородности.

§ 77.

Происхожденіе противорѣчій.

Юридическая защита — организованная, нравственная защита—неорганизованная Потому юридическая защита менѣе растяжима, менѣе подвижна, менѣе проницательна, чѣмъ нравственная защита. Этимъ различіемъ объясняются всѣ случаи взаимнаго противорѣчія дѣйствующаго права и нравственности.

1. Организованный контроль и организованная защита требуютъ отъ общества большей затраты труда и средствъ, нежели контроль и защита, дѣйствующіе безъ всякихъ особыхъ органовъ. Потому сфера примѣненія организованнаго контроля и защиты относительно уже. Право вмѣщаетъ въ себѣ важнѣйшіе институты нравственнаго порядка. Но если не на всѣ отношенія, которыя защищаются нравственностью, распростра-

няется юридическая защита, то изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что право поощряетъ нарушеніе незащищенныхъ имъ отношеній. Правило: что не запрещено, то дозволено, надо понимать лишь въ томъ смыслѣ, что совершеніе незапрещеннаго не вызываетъ юридическаго противодѣйствія. Въ такомъ случаѣ общественное сознаніе удовлетворяется однимъ нравственнымъ противодѣйствіемъ.

2. Организованный контроль и организованная защита, будучи облечены въ искусственныя и сложныя формы выраженія (законодательство, процессъ, администрація, гражданскій оборотъ), будучи разбиты и раздѣлены между большимъ рядомъ *органовъ* (учрежденій, должностныхъ и частныхъ лицъ), не могутъ развиваться такъ плавно и равномѣрно, какъ нравственный контроль и защита. Потому до нѣкоторой степени движеніе права и нравственности расходятся. Это раздвоеніе имѣетъ временный характеръ. по истеченіи нѣкотораго времени гармонія устанавливается вновь. Часто нравственность опережаетъ раво. Такъ, напримѣръ, въ древнемъ Римѣ принципъ bonae fidei, прежде чѣмъ пріобрѣсти юридическую санкцію, проникъ въ нравственность и пользовался ея защитою (сдѣлки fiduciae causa). Иной разъ право опережаетъ нравственность. Такъ, законодатель вводитъ въ страну новый институтъ (уничтоженіе рабства и т. п.), который возвышается нѣсколько надъ общимъ нравственнымъ уровнемъ, и этотъ институтъ проникаетъ постепенно и въ порядокъ нравственныхъ отношеній.

3. Для распространенія организованнаго контроля и организованной защиты существуютъ еще и тѣ предѣлы, что не всѣ отношенія и не всѣ стороны отношеній одинаково легко поддаются ихъ вліянію. Историческимъ опытомъ засвидѣтельствовано, что въ цивилизованныхъ обществахъ очень важныя отношенія, каковы, напримѣръ, отношенія половыя, почти не могутъ быть регулированы юридическимъ образомъ (законодательныя мѣры противъ разврата и т. п.). Каждый разъ, когда въ общественной или государственной жизни обнаруживается зло въ видѣ проявленія дурныхъ страстей и стремленій, строгая кара представляется лучшимъ средствомъ борьбы въ глазахъ недальновиднаго политика; но юридическія мѣры, приня-

тыя въ этомъ духѣ, оказываются нерѣдко недѣйствительными и обыкновенно всегда—безполезными (ср. § 64 1. f.).—Далѣе есть такія сферы, въ которыхъ юридическая защита становится средствомъ обоюдоострымъ. Защищая, она и вредитъ. Именно это бываетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ защита не можетъ быть осуществлена безъ усиленной особеннымъ образомъ самодѣятельности ея органовъ,—безъ предоставленія имъ особыхъ полномочій, особой свободы усмотрѣнія. Такое расширеніе дѣятельности юридическихъ органовъ открываетъ имъ широкое поле для опасныхъ ошибокъ, увлеченій и злоупотребленій и защита способна принести болѣе зла, нежели добра. Представляется наиболѣе цѣлесообразнымъ отказываться въ такихъ случаяхъ вовсе отъ примѣненія юридической защиты. На этомъ основаны великіе принципы современной государственной жизни—принципы свободы мысли и слова. Повидимому, эти принципы, если принимать ихъ безусловно и примѣнять строго, противорѣчатъ нравственности. Такъ, въ силу свободы печати иныя литературныя произведенія будутъ безнаказанно плодить безнравственность. Но разумный и дальновидный политикъ знаетъ, что—устрой онъ юридическое преслѣдованіе такихъ произведеній,—благодаря возможнымъ ошибкамъ, увлеченіямъ и недобросовѣстности цензуры, произойдетъ еще болѣе зла. Право не имѣетъ тенденціи противорѣчить нравственности, но иногда оно, по техническимъ условіямъ своего проявленія, не можетъ вполнѣ гармонировать съ нею и потому выбираетъ тотъ исходъ, при которомъ дисгармонія относительно меньше. Принципъ относительной пользы руководитъ людьми въ этихъ случаяхъ такъ же, какъ и въ другихъ.

Всякій контроль—и юридическій, и нравственный—примѣнимъ къ актамъ человѣческой дѣятельности лишь настолько, насколько они проявляются во внѣ. Только выраженное во внѣ доступно надзору общества. Потому, если внутренняя сторона дѣйствій — побужденія, мотивы выражаются въ какихъ-либо внѣшнихъ формахъ, то и она становится предметомъ контроля. Но юридическій контроль, по свойствамъ своимъ, не въ состояніи проникнуть въ такую глубину человѣческихъ поступковъ, какъ контроль нравственный. Юридическій контроль выражается

въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ въ вполнѣ сознательной оцѣнкѣ даннаго дѣйствія и опредѣленныхъ мѣрахъ внѣшняго принужденія; нравственный контроль выражается въ полусознательныхъ колебаніяхъ общественнаго чувства, неопредѣленныхъ и тягучихъ формахъ одобренія или осужденія поступка. Что̀ доступно этимъ послѣднимъ, то недоступно юридическому контролю. Во многихъ случахъ право оцѣниваетъ поступки людей по ихъ внутренней сторонѣ (вмѣненіе и вмѣняемость въ уголовномъ правѣ, вліяніе мотива на дѣйствительность юридической сдѣлки, гражданская отвѣтственность за dolus и culpa и т. д.); но право вовсе не можетъ идти въ этомъ отношеніи такъ далеко, какъ нравственность. Здѣсь начало тому противорѣчію, что многія отношенія и поступки, кои правомѣрны, оказываются безнравственными. По качествамъ принадлежащей ему защиты, юридическій контроль обнимаетъ *по преимуществу* внѣшнюю сторону человѣческихъ поступковъ, а нравственный контроль по преимуществу—внутреннюю сторону ихъ.

Итакъ, когда право оказываетъ покровительство дурнымъ поступкамъ, тогда это происходитъ, такъ сказать, незавѣдомо, по несовершенству техническихъ средствъ, которыя принадлежатъ юридическому контролю. Бываетъ однако такъ, что, несмотря на очевидную недоброкачественность поступковъ, они поощряются правомъ, потому что поощреніемъ достигается какой-либо полезный результатъ, по значенію своему болѣе важный, нежели происходящее въ данномъ случаѣ дурное послѣдствіе. Такъ, въ интересахъ поддержанія кредита право покровительствуетъ завѣдомо и безжалостному кредитору. Здѣсь мы снова встрѣчаемся съ приложеніемъ принципа относительной пользы.

§ 78.

Заблужденіе по вопросу объ отношеніи права и нравственности къ внѣшней и внутренней сторонѣ человѣческихъ поступковъ

Заблужденіе состоитъ въ томъ, что относительное неравенство права и морали возводится въ абсолютное. Вмѣсто того, чтобы признать, какъ указано выше, что *по преимуществу*

право регулируетъ внѣшнюю, а нравственность—внутреннюю сторону поступковъ, утверждаютъ, что право регулируетъ *только* внѣшнюю сторону поступковъ и удовлетворяется внѣшнимъ исполненіемъ юридическихъ обязанностей, не заботясь о свойствѣ побужденій, руководящихъ при этомъ людьми, тогда какъ нравственность оцѣниваетъ поступки исключительно по достоинству ихъ побужденій. Право осуществлено тогда, когда человѣкъ поступитъ согласно съ предписаніемъ, нравственность — лишь тогда, когда человѣкъ, исполняя предписанное, поступаетъ такъ не лицемѣря, не изъ страха, а по доброй волѣ, вполнѣ сочувствуя сдѣланному.

Заблужденіе обусловлено, во-первыхъ, общею склонностью юриспруденціи къ абсолютнымъ метафизическимъ раздѣленіямъ. У многихъ юристовъ вышеприведенное раздѣленіе права и нравственности сводится прямо на высшія метафизическія начала. Такова, напр., аргументація знаменитаго догматика Пухты *). — Во-вторыхъ, заблужденіе вытекаетъ изъ того, что

*) Вотъ ея краткое изложеніе. Она не замѣчательна своею оригинальностью, ибо Пухта былъ послѣдователь философскихъ воззрѣній, распространенныхъ въ его время, но она представляетъ интересъ какъ выраженіе мыслей юридическаго писателя. Пухта усматриваетъ сущность духовной природы человѣка въ томъ, что ему дана возможность самоопредѣленія, выбора или воля. Эта воля, продолжаетъ Пухта, есть свобода человѣка Способность, связывающая духовную природу человѣка съ его физическою природою, есть разумъ. Эта способность не есть основная; она имѣетъ служебное значеніе и назначена восполнить недостатки, обусловленные несовершенствомъ человѣческой воли. Разумъ открываетъ внѣшнія границы, въ которыхъ должна вращаться свобода. По природѣ своей, свобода неограничена и была бы безконечна, если бы не существовало ограниченій, внѣ ея лежащихъ Содержаніе человѣческой свободы опредѣляется существованіемъ божественной воли; цѣль человѣческой свободы заключается не въ ней самой, но въ выполненіи воли Бога, вслѣдствіе чего свобода есть выборъ между добромъ и зломъ Далѣе свобода выступаетъ въ двухъ моментахъ. Возможность воли вообще есть юридическая свобода; воля, рѣшившаяся на доброе, есть моральная свобода Въ силу своей свободы, какъ таковой, человѣкъ есть субъектъ права; всѣ правоотношенія суть выраженія свободы. Право есть признаніе свободы, принадлежащей въ равной степени всѣмъ людямъ какъ субъектамъ воли. Отсюда вытекаетъ основной принципъ права—равенство Матеріалъ и содер-

сравниваютъ право и нравственность въ значеніяхъ не параллельныхъ — ошибка, о которой уже упоминалось выше (§ 75). Опредѣляютъ моральность поступка съ точки зрѣнія идеальной нравственности и сопоставляютъ съ нею правомѣрность съ точки зрѣнія дѣйствующаго права. Только въ идеальномъ нравственномъ порядкѣ полное соотвѣтствіе между свойствами побужденій и поступками служитъ неуклоннымъ критеріемъ этихъ послѣднихъ. Идеально-моральны только тѣ поступки, кои совершены искренно. Но и идеально-правомѣрно только дѣйствіе, совершенное искреннимъ образомъ. Полное соотвѣтствіе между свойствами мотивовъ и качествами поступковъ составляетъ необходимый критерій также и въ области идеальнаго права.—Что же касается до дѣйствующаго порядка, то полное проведеніе этого критерія недоступно какъ праву, такъ и нравственности. Хотя поддержаніе соотвѣтствія между поступками и побужденіями составляетъ основное стремленіе дѣйствующей нравственности и каждое обнаруженное разногласіе между внѣшнею благовидностью поступка и его мотивами ведетъ къ осужденію его, однако существующая для нравственнаго контроля общества невозможность обнаружить всегда разногласія, сюда принадлежащія, не позволяетъ пользоваться постоянно единственнымъ правильнымъ критеріемъ. Многіе лицемѣрные поступки встрѣчаютъ одобреніе со стороны руководящаго нравственнаго авторитета потому только, что ихъ лицемѣріе не обнаруживается вовремя. Предположеніе (презумпція) моральности дѣйствій находитъ мѣсто въ сферѣ практической нравственности подобно тому какъ предположеніе добросовѣстности — въ области права. Еще болѣе, чѣмъ нравственность, право принуждено, какъ мы видѣли, ограничиваться внѣшнею оцѣнкою дѣйствій, довольствоваться внѣшнею правомѣрностью ихъ. Но изъ этого не слѣдуетъ еще,

---

жаніе права образуются свойственнымъ человѣку стремленіемъ примкнуть къ себѣ окружающій его міръ; задача права состоитъ въ примѣненіи принципа равенства къ отношеніямъ, происходящимъ изъ этого стремленія. Развивая эти мысли, Пухта далѣе опредѣляетъ ближе отношеніе права къ морали, положеніе права въ исторіи, способъ происхожденія права, различіе правоотношеній и проч.

чтобы праву былъ чуждъ міръ мотивовъ и побужденій. Принуждая къ исполненію юридическихъ обязанностей, право тѣмъ самымъ воспитываетъ въ людяхъ уваженіе къ долгу и увеличиваетъ шансы на искреннее выполненіе его. Что касается до правъ, то къ отсутствію хорошихъ побужденій право относится, какъ къ необходимому злу, которое обусловлено несовершенствомъ средствъ юридическаго контроля.

Въ заключеніе надо замѣтить еще, что немалая доля недоразумѣнія по вопросу, только-что нами разсмотрѣнному, существуетъ благодаря смѣшенію двухъ различныхъ элементовъ общественнаго порядка элемента личнаго и элемента общественнаго контроля (§ 72). Строго говоря, полная искренность поступка уже выводитъ его изъ сферы и права и нравственности, въ смыслѣ порядка, основаннаго на авторитетѣ общественнаго сознанія Полная искренность характеризуетъ поступокъ, какъ произведеніе личной совѣсти, исключительно личнаго сознанія должнаго. Объ искренности поступковъ въ предѣлахъ общественнаго контроля возможно говорить только какъ о такомъ качествѣ ихъ, которое означаетъ, что человѣкъ, поступая извѣстнымъ образомъ потому, что такъ предписано общественнымъ сознаніемъ, подчиняется авторитету этого послѣдняго добровольно и безпрекословно, подъ личиною правомѣрности и моральности своихъ дѣйствій не преслѣдуетъ какихъ-либо постороннихъ, а тѣмъ болѣе неблаговидныхъ цѣлей. Искренность въ этомъ смыслѣ составляетъ существенное условіе дѣйствительности и нравственнаго и правоваго порядка. «Если всѣ исполняютъ законъ неохотно, то всеобщее нерасположеніе составитъ силу, направленную противъ закона. Законодателю не достаточно имѣть за себя только законность; если законъ не встрѣтитъ расположенія гражданъ и не почерпнетъ въ немъ силы,то онъ распадется подобно высохшему дереву». (Тренделенбургъ).

§ 79.

Результаты.

Порядокъ отношеній, который защищенъ неорганизованнымъ способомъ, отличается отъ права многими свойствами

(§ 77), но всѣ эти отличія объясняются исключительно особенностями способа защиты (§§ 77 и 78). Съ другой стороны, всѣ тѣ свойства, кои обусловливаются фактомъ защиты, безъ отношенія къ ея способу, присущи помянутому порядку (§ 73). Слѣдовательно, въ способѣ защиты и заключается все различіе права и другихъ порядковъ, которые основаны на авторитетѣ общественнаго сознанія касательно должнаго. Этимъ опровергается то мнѣніе, по которому существуетъ коренное различіе права и нравственности (§ 74) Оно опровергается также a priori, такъ какъ противорѣчитъ закону солидарности общественныхъ явленій (§ 75).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА

ВЪ СВЯЗИ

СЪ КЛАССИФИКАЦІЕЙ ПРАВА.

I.

РАЗДѢЛЕНІЕ ПРАВА НА ПУБЛИЧНОЕ И ГРАЖДАНСКОЕ.

I. Изложеніе и объясненіе основной классификаціи права.

§ 80.

Римская классификація и ея достоинство

Римскій юристъ Ульпіанъ произнесъ раздѣленіе, которое послужило образцомъ для громаднаго большинства юристовъ нашего времени. По словамъ Ульпіана, все право дѣлится на публичное и частное. Публичное право относится къ государству, частное — къ пользамъ отдѣльныхъ лицъ. У римлянъ государство было высшимъ общественнымъ союзомъ и потому Ульпіанъ примкнулъ къ нему публичное право. Новые юристы расширили понятіе этого послѣдняго. Къ вѣдѣнію публичнаго права они относятъ также союзы болѣе широкіе, нежели государство (церковь, международный союзъ) и признаютъ государственное право только частью публичнаго. Но, за этимъ измѣненіемъ, современная юриспруденція усвоила римское раздѣленіе. Опредѣленія публичнаго и частнаго или, по принятой у насъ терминологіи, гражданскаго права видоизмѣняются многими способами, но всѣ сводятся къ тому, что въ одномъ случаѣ право относится къ человѣку, какъ члену общества, преслѣдуетъ цѣли общежитія, въ другомъ — оно служитъ отдѣльному лицу, какъ таковому, его личнымъ цѣлямъ. Такимъ образомъ самое раздѣленіе права на двѣ группы остается, въ сущности, то же, какимъ оно было и въ устахъ римскаго юриста.

Ульпіанъ излагалъ свою классификацію, какъ раздѣленіе юридическихъ нормъ (право въ «объективномъ» смыслѣ). Въ томъ же значеніи принимаютъ ее современные юристы. Но очевидно, что вмѣстѣ съ нормами подлежатъ тому же раздѣленію и права, въ смыслѣ отношеній. Многіе, излагая классификацію, даже начинаютъ съ раздѣленія правъ и отъ него уже восходятъ къ раздѣленію юридическихъ нормъ. Итакъ, римская классификація есть классификація правъ, а, слѣдовательно, она примѣняется и къ совокупности правъ или правовому порядку.

Какое достоинство принадлежитъ этой классификаціи?

Научная классификація должна быть естественная. «Доказательствомъ ея естественнаго характера служитъ число и важность общихъ свойствъ, которыя можно приписать всѣмъ предметамъ, включеннымъ въ группу» (Милль). Чѣмъ большимъ количествомъ важныхъ, присущихъ ей одной, свойствъ обладаетъ каждая изъ группъ данной системы, тѣмъ болѣе существуетъ доводовъ въ пользу научной пригодности самой системы.—Обращаясь теперь къ римской классификаціи права, мы должны сказать, что она именно соотвѣтствуетъ вышеприведенному требованію логики.

Римская классификація — естественная. Право *въ дѣйствительности* раздѣляется на публичное и гражданское и эти двѣ группы различаются такимъ обиліемъ важныхъ характеристическихъ свойствъ, что невозможно найти какое-либо другое раздѣленіе, которое въ этомъ отношеніи было бы равно раздѣленію, подмѣченному римскимъ юристомъ. Противоположность публичнаго и гражданскаго правоваго порядка не составляетъ только идею ученаго, но выражается въ цѣломъ рядѣ внѣшнихъ фактовъ. Ей соотвѣтствуетъ обыкновенно (хотя далеко не всегда) большое различіе въ учрежденіяхъ, которыя выполняютъ функцію юридической защиты. Уже съ давнихъ поръ охрана публичнаго и гражданскаго правоваго порядка лежала на различныхъ учрежденіяхъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда одно учрежденіе вѣдало или вѣдаетъ отношенія обоихъ порядковъ, оно дѣйствовало и дѣйствуетъ различнымъ образомъ, смотря по тому, которой изъ двухъ областей оно касает-

ся. *Порядокъ ихъ юридической защиты различается существенно.* Публичныя отношенія защищаются по иниціативѣ органовъ общественной власти, гражданскія—не иначе, какъ по иниціативѣ частнаго лица — субъекта отношенія. Это различіе отражается рельефно на практическомъ значеніи, которое принадлежитъ, въ глазахъ отдѣльныхъ лицъ, публичнымъ и гражданскимъ правамъ. На принадлежащія ему гражданскія права каждый смотритъ какъ на *свое* достояніе тѣмъ болѣе, что иниціативѣ въ защитѣ сопутствуетъ полная свобода въ установленіи и прекращеніи гражданскихъ правъ. Напротивъ публичныя отношенія, въ коихъ состоитъ каждый, въ чемъ бы они ни состояли, всегда представляются ему порядкомъ чуждымъ, присвоеннымъ извнѣ,—порядкомъ, въ которомъ самое сильное «право» не можетъ отдѣлаться отъ характера обязанности.

При повѣркѣ опредѣленія права выше было замѣчено, что соотвѣтствіе научнаго опредѣленія общежитейскому, не будучи само по себѣ необходимо, тѣмъ не менѣе служитъ лучшимъ признакомъ правильности опредѣленія. То же должно сказать и о классификаціи. Мы занимаемся не такимъ предметомъ, научный интересъ котораго отстоялъ бы черезъ чуръ далеко отъ интереса практическаго. Напротивъ, если мы изучаемъ право, то дѣлаемъ это исключительно потому, что оно составляетъ важный факторъ соціальной жизни,—образованія отношеній въ обществѣ. Практическое значеніе, которое приписываютъ люди той или другой части права, очевидно, въ большой степени опредѣляетъ ея соціальное значеніе. Потому нельзя не признать этотъ признакъ важнымъ, а, слѣдовательно, нельзя и обойти его въ классификаціи.

§ 81.

Недостатокъ римскихъ опредѣленій.—Общее благо и частный интересъ.

Если римскій юристъ подмѣтилъ наиболѣе существенное различіе въ правѣ, то, съ другой стороны, ни ему, ни его послѣдователямъ не удалась вѣрная характеристика этого различія.

Основная мысль Ульпіана состоитъ въ томъ, что противоположность публичнаго и гражданскаго права сводится къ противоположности общаго блага и личной пользы sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim, приводитъ онъ въ концѣ своихъ опредѣленій, въ качествѣ поясненія. Мысль, выраженная Ульпіаномъ косвенно, высказывается совершенно прямо современною юриспруденціею. Почти во всѣхъ современныхъ опредѣленіяхъ публичнаго и гражданскаго права противоположность общаго блага и частнаго интереса выдвигается на первый планъ, какъ основаніе классификаціи. Юристъ разсматриваетъ въ такомъ случаѣ публичное и гражданское право, какъ средства къ достиженію различныхъ цѣлей публичное право служитъ общему благу, гражданское—частнымъ интересамъ.

Такая противоположность можетъ имѣть два значенія; но въ обоихъ, хотя по причинамъ не одинаковымъ, она не въ силахъ оправдать раздѣленіе права на публичное и гражданское.

1. Въ смыслѣ наиболѣе отвлеченномъ, научно-философскомъ общее благо есть все то, что способствуетъ наибольшему счастью наибольшаго числа лицъ. Частный интересъ способствуетъ напротивъ счастью отдѣльныхъ лицъ, безъ отношенія къ счастью прочихъ. Общее благо не враждебно, по природѣ своей, частному интересу; оно только комбинируетъ многіе частные интересы, дабы достигнуть, какъ сказано, наибольшаго счастья наибольшаго числа лицъ. Въ отдѣльныхъ случаяхъ частный интересъ можетъ стать враждебно къ общему благу, но, по общему своему характеру, общее благо есть не что иное, какъ сочетаніе, которое необходимо для совмѣстнаго развитія многихъ частныхъ интересовъ.

Все общество, со всѣми своими учрежденіями, является органомъ общаго блага согласно съ тѣмъ, какъ оно понимается въ данное время и въ данномъ мѣстѣ. Право, будучи элементомъ общественнаго устройства, имѣетъ то же назначеніе. Во всей своей совокупности, право—и публичное и гражданское—служитъ одинаково общему благу. Было бы совершенно ошибочно проводить въ этомъ отношеніи какое бы то ни было различіе внутри правоваго порядка.

Съ одной стороны, такъ какъ само общее благо есть только извѣстнаго рода сочетаніе частныхъ интересовъ, мы можемъ повторить вслѣдъ за римскимъ юристомъ Гермогеніаномъ: hominum causa omne jus constitutum est. (D. 1. 5 fr. 2). Съ этой точки зрѣнія, всякое юридическое стѣсненіе лица (напр., ограниченія свободы дѣйствій собственника) служитъ въ концѣ концовъ частному интересу: безъ стѣсненія было бы невозможно процвѣтаніе и той доли частнаго интереса, которая присуща данному обществу. Если такимъ образомъ характеризовать право съ точки зрѣнія его конечнаго назначенія, то пришлось бы все право назвать частнымъ.

Съ другой стороны, такъ какъ въ понятіе общаго блага входятъ всѣ частные интересы, которые, по признанію даннаго времени и мѣста, способны къ совмѣстному развитію, то мы должны сказать, что назначеніе и природа всего права опредѣляется общимъ благомъ. Относительно такъ-наз. публичнаго права это очевидно само собою. Но и весь гражданско-правовой порядокъ существуетъ только, какъ форма совмѣстнаго существованія частныхъ интересовъ. Это—порядокъ, рекомендуемый общественнымъ сознаніемъ предпочтительно предъ другими порядками, съ точки зрѣнія общаго блага. Съ изложенной точки зрѣнія (особенно хорошо развитой русскимъ ученымъ Кавелинымъ *) все право—публичное. Такимъ обра-

*) Г. Кавелинъ (*Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы*, Спб. 1864) раздѣляетъ свою аргументацію на три части, кои мы формулируемъ въ трехъ положеніяхъ, но всѣ они составляютъ лишь выраженія одной главной мысли Первое положеніе: по соціальному вліянію всѣмъ правамъ доступенъ публичный характеръ (стр. 2—17) Если бы вмѣсто правъ г. Кавелинъ взялъ въ разсмотрѣніе институты, то онъ могъ бы сказать болѣе категорично: всѣ правовые институты, по соціальному вліянію своему, представляютъ публичный интересъ и *только* потому регулируются правомъ.—Второе положеніе: всѣ юридическія отношенія происходятъ между частными лицами; государственное право имѣетъ предметомъ лишь условія, вносимыя юридическимъ началомъ государства въ гражданскій бытъ и потому не можетъ быть, въ этомъ смыслѣ, противополагаемо гражданскому праву (стр. 17—60). Другими словами, мысль г. Кавелина состоитъ въ томъ, что повсюду въ правѣ матеріалъ состоитъ въ отношеніяхъ лицъ между собою, а государственное или, точнѣе, общее благо вноситъ критерій

зомъ римскій юристъ Папиніанъ говоритъ: testamenti factio non privati, sed publici juris est (D. 28. 1 fr. 3), а у Павла читаемъ rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt (D. 23. 3 fr. 2) и въ другомъ мѣстѣ. publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere (D. 29. 3 fr. 5).

Итакъ, невозможно основать классификацію права на противоположности общаго блага и частнаго интереса, если понять ее въ смыслѣ научно-философскомъ, потому что все право относится къ ней одинаковымъ образомъ.

Все право служитъ общему благу. Конечно, юридическое сознаніе общества, опредѣляя тотъ или иной порядокъ, не въ состояніи предвидѣть всѣхъ отношеній, которыя ему придется защищать на основаніи этого порядка. Потому юридическая защита расчитывается не на отдѣльныя отношенія, а на институты. Можетъ случиться, что въ отдѣльныхъ случаяхъ защищенное отношеніе будетъ враждебно общему благу, но цѣлый институтъ согласуется съ нимъ. Такъ, отдѣльный собственникъ, владѣлецъ, кредиторъ и т. д. могутъ вести себя совершенно несогласно съ видами общаго блага. Но общество защищаетъ институтъ собственности, владѣнія, долговыхъ требованій, потому что ожидаетъ отъ ихъ защиты вообще болѣе пользы, нежели зла. Таково требованіе принципа относительной пользы. *).

юридической оцѣнки матеріала.—Третье положеніе: частный произволъ въ установленіи и прекращеніи гражданскихъ правъ допускается лишь въ предѣлахъ, кои разумны съ точки зрѣнія государственнаго и общественнаго блага (стр. 72—104). Это—непосредственное выраженіе главной мысли.

*) Невозможность предвидѣть всѣ разнообразные случаи, къ коимъ приведетъ установленіе даннаго порядка, даетъ законодателю особое полномочіе, но и возлагаетъ на него важную обязанность Полномочіе состоитъ именно въ принципѣ относительной пользы, по которому законодателю прощаются дурныя послѣдствія его мѣропріятій, лишь бы они выкупались въ избыткѣ хорошими результатами. Но, съ другой стороны, законодатель обязанъ къ крайней обдуманности и осторожности своихъ дѣйствій, ибо онъ легко можетъ натолкнуться на дурныя послѣдствія, совершенно непредвидѣнныя. Часто позабываютъ это обстоятельство въ минуты тревожнаго состоянія государства и, увлекаясь, принима-

§ 82.

Преслѣдованіе неправомѣрныхъ интересовъ

По поводу замѣчанія, которое читатель прочелъ въ концѣ предыдущаго §, здѣсь надо сказать нѣсколько словъ. Руководясь по необходимости принципомъ относительной пользы, право направляется къ тому, чтобы польза приносилась каждымъ институтомъ, но не каждымъ отношеніемъ. Заранѣе надо примириться съ тою мыслью, что каждый институтъ можетъ дать поводъ къ злоупотребленіямъ,—что отдѣльныя лица могутъ защищать права, имъ принадлежащія, и не съ тѣми цѣлями, ради которыхъ самая защита установлена. Однако, съ другой стороны, не слѣдуетъ думать, чтобы правовые органы относились совершенно индеферентно ко всѣмъ злоупотребленіямъ, кои имѣютъ мѣсто при пользованіи гражданскими правами. По этому поводу должно повторить то же, что было сказано выше, когда рѣчь шла объ отношеніи права къ нравственности (§ 77). *Насколько гражданскій судъ въ состояніи открыть злоупотребленіе, онъ преслѣдуетъ его.* Каждое право можетъ представлять весьма различную цѣну въ глазахъ его субъекта, но не каждая цѣна законна, не каждая составляетъ *юридическій интересъ*.

Римскіе юристы полагали, что не заслуживаетъ защиты сервитутъ вида (serv. prospectus), когда постройки разъединяются горою, или когда разстояніе между ними столь велико, что онѣ не могутъ послужить помѣхою къ красивому ландшафту (Dig. 8. 2 fr. 38). Защищать помянутый сервитутъ въ названныхъ случаяхъ значило бы допускать его ради цѣлей, кои не соотвѣтствуютъ его юридическому назначенію. Если отвѣтчикъ не явится въ судъ, будучи призванъ туда истцомъ въ табельный день, то не подлежитъ штрафу, потому что истцу не могло быть никакой провомѣрной выгоды

ютъ такія мѣры къ возстановленію спокойствія, которыя приносятъ наиболѣе зла въ минуты, особенно несоотвѣтствующія для подобнаго результата.

изъ явки отвѣтчика въ подобное время (Dig. 2. 5 fr. 2 § 1). При разводѣ по прелюбодѣянію жены мужъ имѣлъ право удержать за собою все или часть приданаго (Ulp. VI, 12). Нѣкто Титиній нарочно женился на распутницѣ, имѣя въ виду воспользоваться этою выгодою Когда онъ привелъ свое намѣреніе въ исполненіе, тогда истина была раскрыта предъ судомъ, и судья отказалъ ему въ искѣ (Val. Max. VIII, 2, 3). — Римскому праву принадлежитъ далѣе общепринятое правило, по которому содержаніе обязательства должно быть правомѣрно. Неправомѣрное обязательство не защищается. Въ этомъ случаѣ неправомѣрность надо понимать въ двухъ смыслахъ въ тѣсномъ смыслѣ, неправомѣрны обязательства, кои идутъ наперекоръ извѣстному конкретному постановленію закона или вообще подрываютъ непосредственно институтъ, который пользуется юридическою защитою. Такъ, недѣйствительны договоры объ отчужденіи вещи, изъятой изъ гражданскаго оборота (res extra commercium), о продажѣ свободнаго человѣка въ рабство, о совершеніи преступленія, о вступленіи въ бракъ съ близкимъ родственникомъ или родственницей, о продажѣ будущаго наслѣдства и т. п. Въ наиболѣе широкомъ смыслѣ неправомѣрны обязательства, которыя не согласуются съ конечными цѣлями права, нарушая посредственно тѣ или другія постановленія его. Папиніану принадлежитъ благородное указаніе· quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. (D. 28. 7 fr. 15). У другихъ римскихъ юристовъ мы читаемъ отказъ въ признаніи обязательствъ, кои идутъ contra bonos mores Недѣйствителенъ договоръ, по которому собственникъ обѣщаетъ кому-либо не продавать своего участка одному изъ сосѣдей (Dig. 2 14 fr. 61). Въ основаніи такого договора лежитъ, несомнѣнно, недоброжелательство кредитора къ сосѣду, поощрять которое юристъ не желаетъ. Точно такъ же недѣйствительны договоры, коими собственнику запрещается пользоваться своею землею (Dig. 8, 1. fr. 15, pr) или хоронить въ ней мертвыхъ (Dig. 2. 14 fr. 61). Разумѣется исторія измѣняетъ воззрѣніе на законность и незаконность интересовъ и въ

наше время мы могли бы найти законный интересъ въ послѣднемъ примѣрѣ. Нѣкоторые римскіе юристы не допускали договоровъ въ пользу третьяго лица на томъ основаніи, что не усматривали законнаго интереса въ такихъ договорахъ для того, кто беретъ обѣщаніе съ должника (Dig. 8. 1. fr. 8 pr.). Другіе юристы поняли этотъ интересъ и въ настоящее время договоръ въ пользу третьяго лица играетъ свою роль въ гражданскомъ правѣ.

Правило относительно обязательствъ повторяется, въ частности, по поводу условій (въ технич.-юридич. смыслѣ). Содержаніе условій, равно какъ и самое включеніе ихъ въ договоры, зависитъ отъ усмотрѣнія договаривающихся. Но условія беззаконныя (contra legem) и неблаговидныя (contra bonos mores) не признаются. Неблаговидность можетъ быть непосредственная. въ условіе какого-либо пріобрѣтенія возведено дѣйствіе само по себѣ неблаговидное, напримѣръ, «если не выкупишь своего отца изъ плѣна», «если не дашь на пропитаніе своимъ родителямъ» (D. 28. 7. fr. 9), и т. п. Неблаговидность условія можетъ быть также посредственная. Условіе состоитъ въ дѣйствіи благовидномъ, которое пріобрѣтаетъ однако иной характеръ въ связи съ прочею обстановкою сдѣлки. Такъ, римскіе юристы особенно озабочены тѣмъ, чтобы условія легатовъ и другихъ обязательствъ не стѣснили свободы браковъ. «отказываю нѣчто отцу, если его дочь не выйдетъ замужъ», «сыну если отецъ его не женится» (D. 35. 1. fr. 79 § 4), «отказываю что-либо Мевіи, если она выйдетъ замужъ или не выйдетъ (ib fr. 72 § 5), «выйдетъ замужъ по волѣ такого-то», (ib. fr. 72 § 4), «разведется» (Cod. 6. 25 l. 5)—во всѣхъ этихъ случаяхъ приведенныя условія недѣйствительныя. Недѣйствительны также штрафы, кои налагаются за разводъ (C. 8. 39 fr. 2) или заключеніе брака (D. 35. 1. fr. 71 § 1 cp. 45. 1 fr. 134 pr.). Только дозволяется обязывать вдовъ къ воздержанію отъ замужества до совершеннолѣтія ихъ дѣтей (D. 35. 1. fr. 62 § 2, ср. Nov. 22 c. 43. 44) и вообще ограничивать нѣсколько кругъ лицъ, изъ коихъ долженъ происходить выборъ супруга (D. 35. 1. fr. 63 pr.) Далѣе запрещается штрафъ за назначеніе кого-либо наслѣдникомъ (D. 45.

1. fr. 61) и вообще поддерживается свобода завѣщаній (Cod. 2. 3. fr. 15). Не допускаются условія, которыя стѣсняютъ свободу мѣстопребыванія (D. 35. 1 fr. 71 § 2). Условіе о томъ, чтобы легатарій присягнулъ въ исполненіи дѣйствій, кои связаны съ полученіемъ легата, недѣйствительно.

Но возвратимся къ главной нити нашего изслѣдованія.

§ 83.

Лицо и общество въ различныхъ сферахъ общественной жизни.

2. Въ границахъ порядка, который согласуется съ общимъ благомъ, не всѣ отношенія одинаково близки человѣческому сердцу. Въ однихъ отношеніяхъ человѣкъ видитъ непосредственно свой личный интересъ, другія лежатъ далѣе отъ его эгоистическихъ стремленій. Хотя онъ готовъ сознать, что безъ нихъ немыслимъ окружающій строй жизни, однако, съ точки зрѣнія своей личной выгоды, онъ все-таки не можетъ дорожить ими такъ же, какъ онъ дорожитъ прочими отношеніями, и подчиняется имъ только изъ необходимости, какъ условію, безъ котораго, повидимому, не могъ бы существовать порядокъ, дорогой для него лично.

Въ этомъ различіи коренится противоположность общаго блага и частнаго интереса, въ смыслѣ обыденномъ. Подъ общимъ благомъ разумѣютъ отношенія, которыя всѣми признаются открыто или смутно въ интересахъ общежитія, но никому не дороги въ особенности кромѣ, развѣ, немногихъ лицъ, образующихъ во всякомъ случаѣ исключеніе и находящихъ особое удовлетвореніе въ общественной дѣятельности. Подъ частнымъ интересомъ разумѣются принадлежности той части порядка, основаннаго въ видахъ общежитія, которая наиболѣе близка отдѣльнымъ лицамъ. По такому разграниченію, общее благо есть общественность, связь отдѣльныхъ лицъ между собою, частный интересъ—самостоятельность отдѣльнаго лица въ кругу даннаго общежитія, устройство индивидомъ своего мірка, своего узла отношеній, который, конечно, входитъ въ

составъ общаго порядка, по дорогъ индивиду потому, что онъ самъ лично служитъ его центромъ.

Будучи выраженіемъ одного и того же порядка, обѣ группы солидарны. Ихъ обоюдное развитіе составляетъ несомнѣнную принадлежность прогресса. Съ одной стороны, прогрессъ состоитъ въ развитіи индивидуальности. Мы заключаемъ о степени развитія народа по развитію отдѣльнаго субъекта. наибольшее развитіе личной энергіи, самостоятельности и самодѣятельности, связанное нераздѣльно съ наибольшимъ расширеніемъ круга личныхъ интересовъ, характеризуетъ, въ нашихъ глазахъ, высшее развитіе общества Даже въ сферахъ жизни, которыя служатъ непосредственно къ устройству самаго общенія, развитіе индивидуальности составляетъ необходимое условіе поступательнаго движенія. Такъ, знатоками военнаго искусства признано въ настоящее время, что прогрессъ въ силѣ арміи зависитъ прямо отъ прогресса въ умственныхъ и нравственныхъ качествахъ составныхъ единицъ. Сила, которая создана непосредственно необыкновеннымъ сплоченіемъ и единствомъ дѣйствія, присущими войску, обусловлена въ концѣ концовъ самосознаніемъ и самостоятельностью, съ которыми дѣйствуетъ въ предѣлахъ общей задачи каждый отдѣльный солдатъ. То же соотвѣтствіе наблюдается въ политической жизни. Въ случаяхъ наибольшаго развитія противоположности власти и подчиненныхъ, успѣшное правленіе невозможно безъ содѣйствія умственно и нравственно развитыхъ представителей власти. На извѣстной ступени историческаго роста государствъ дальнѣйшее развитіе государственности, т.-е. той формы общежитія, которая создается государствомъ, находится въ прямой зависимости отъ развитія политической самостоятельности въ средѣ управляемыхъ Чѣмъ ближе поставленъ каждый гражданинъ къ сферѣ политической дѣятельности,—чѣмъ чаще онъ выступаетъ активнымъ исполнителемъ государственнаго порядка, а не слѣпымъ его орудіемъ,—чѣмъ болѣе чрезъ это онъ заинтересовывается имъ и влагаетъ въ него свою душу, тѣмъ болѣе сторонъ человѣческаго существованія охватываетъ государство, тѣмъ сильнѣе оно по качественнымъ предѣламъ своего господства и могущественнѣе по степени своего куль-

турнаго вліянія.—Съ другой стороны, съ прогрессомъ развивается общественность. Первоначальное общеніе облечено въ грубую матеріальную форму (сожительство подъ однимъ кровомъ, внутри одной ограды, общность имущества), а потому ограничено въ своемъ воздѣйствіи, какъ пространственно, такъ и относительно сторонъ, которыя оно обнимаетъ (семья, родъ, община, городъ). Высшее общеніе принимаетъ духовныя формы для такого общенія нѣтъ предѣловъ ни въ пространствѣ, ни въ качествѣ воздѣйствія, ни даже во времени. Предъ нимъ почти стушевывается матеріальное общеніе. Въ сферахъ человѣческаго существованія, гдѣ индивидуальная самодѣятельность и индивидуальный интересъ стоятъ на первомъ планѣ, ихъ высшее развитіе обусловлено высшимъ развитіемъ общественности. Высочайшій экономическій и промышленный индивидуализмъ нашего времени движется обокъ, во-первыхъ, съ государственнымъ коммунизмомъ, т. - е. съ государственно-экономическою дѣятельностью, и, во-вторыхъ, съ тою тѣсною связью, которая соединяетъ экономическія отношенія всего міра. Что выше, индивидуальнѣе, самостоятельнѣе дѣятельности мыслителя, поэта или художника? Между тѣмъ эта наиболѣе индивидуальная дѣятельность предполагаетъ наибольшую степень общенія въ пространствѣ и во времени. Не только творчество, но самое пользованіе его плодами зависитъ здѣсь въ высшей степени отъ тѣснаго и широкаго единенія.

Если таково соотношеніе общаго и частнаго въ томъ особомъ смыслѣ, который мы разсматриваемъ, то a priori нѣтъ ничего невѣроятнаго въ предположеніи, по которому различныя части права различно относятся къ этой противоположности. Публичное право служитъ къ непосредственному поддержанію общественности, гражданское—къ поддержанію частнаго элемента. Оба отдѣла права не противорѣчатъ взаимно, потому что объекты ихъ охраны, какъ мы видѣли, совершенно солидарны.

Дѣйствительно, обоимъ отдѣламъ права должно приписать вышесказанное качество. Публичное право, несомнѣнно, образуетъ порядокъ, *непосредственное* значеніе котораго, въ его

цѣломъ, состоитъ въ томъ, что онъ опредѣляетъ строй и органы общежитія. Непосредственное значеніе гражданско-правоваго порядка заключается въ томъ, что, соблюдая вполнѣ интересы общежитія, онъ устроиваетъ міръ индивидуальной самодѣятельности и индивидуальнаго интереса.

Такимъ образомъ, если удовлетвориться сказаннымъ, должно признать опредѣленія Ульпіана правильными. publicum jus est quod ad statum rei publicae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.—Но признаки, которые приняты римскимъ юристомъ, въ качествѣ характеристическихъ, не объясняютъ намъ другихъ отличительныхъ признаковъ публичнаго и гражданскаго права, и это обстоятельство роняетъ цѣну классической формулы.

§ 84.

Опредѣленіе гражданскаго права въ противоположность публичному праву.

«Предметы слѣдовало бы распредѣлять, по возможности, сообразно свойствамъ, которыя суть причины многихъ другихъ свойствъ или по крайней мѣрѣ ихъ вѣрные признаки» (Милль). Существуетъ полная возможность примѣнить это правило къ классификаціи правъ.

Припомнимъ, что мы опредѣлили право, какъ порядокъ организованной защиты отношеній.

Фактъ организованной защиты непосредственно состоитъ въ томъ, что всѣ лица, принадлежащія къ обществу, распадаются на два разряда. одни лица образуютъ органы юридической власти, другія занимаютъ положеніе частныхъ лицъ. Понятно, что въ различныхъ случаяхъ одно и то же лицо можетъ принадлежать то къ первому, то ко второму разряду.

По всей справедливости, этому раздѣленію лицъ приписано важное соціологическое значеніе. Въ области же правоваго порядка ему принадлежитъ первенствующее положеніе.

Мы замѣчаемъ далѣе, что въ однихъ случаяхъ органы власти выступаютъ на защиту по своей собственной иниціативѣ, въ

другихъ же случаяхъ не иначе, какъ по призыву частныхъ лицъ. Случаи перваго рода мы соединяемъ въ отдѣлъ публичнаго права, случаи втораго рода—въ отдѣлъ гражданскаго права (ср. Іерингъ, Тоонъ, въ русской литературѣ Ю. Гамбаровъ).

Такое основное раздѣленіе права умѣстно по двумъ соображеніямъ:

Во-первыхъ, если все право есть порядокъ защиты, то различія въ этомъ порядкѣ суть единственныя различія, которыя должны лечь въ основаніе его классификаціи.

Во-вторыхъ, вышеуказанное различіе есть, въ дѣйствительности, такое, *которое составляетъ причину другихъ свойствъ наиболѣе важныхъ изъ числа тѣхъ, которыя могутъ насъ заинтересовать при изученіи права.*

Какъ мы сказали, гражданскія права защищаются не иначе, какъ по призыву частныхъ лицъ—ихъ субъектовъ. Это значитъ, что возбужденіе, продолженіе и завершеніе защиты зависитъ всецѣло отъ усмотрѣнія субъекта. Призванные имъ органы власти дѣйствуютъ ровно настолько, насколько того требуетъ пострадавшее лицо. Напротивъ, въ публичномъ правѣ все движеніе защиты исходитъ отъ воли органовъ власти. Отсюда проистекаетъ слѣдующее:

1. Кто располагаетъ отношеніемъ со стороны его юридической защиты, тотъ, въ сущности, есть полный распорядитель права. Полномочіе на свободное пріобрѣтеніе и потерю его, спеціально слывущее подъ именемъ «права распоряженія», есть только иное, примѣнительно къ особымъ практическимъ обстоятельствамъ, выраженіе функціи распоряженія, скрытой въ коренномъ полномочіи на защиту. Такимъ образомъ установленіе и прекращеніе гражданскихъ правъ принадлежитъ тому же субъекту, которому принадлежитъ ихъ защита. Каждое частное лицо само устроиваетъ свой правовой порядокъ; оно выступаетъ въ немъ полнымъ хозяиномъ, независимымъ отъ какого-либо инаго юридическаго авторитета. Nemo invitus agere cogitur, по выраженію римскаго юриста. Разъ установивъ свой порядокъ, субъектъ пользуется имъ по усмотрѣнію. nemo jure suo uti cogitur. Пользуясь въ предѣлахъ предоставленныхъ ему полномочій, онъ

никѣмъ не стѣсненъ. qui jure suo utitur, neminem laedit. Съ этой точки зрѣнія, гражданское право называютъ сферою личной автономіи и признаютъ въ немъ лучшую школу для воспитанія индивидуальности.

Связь защиты съ «правомъ распоряженія» выражается обратно въ томъ, что при ограниченіяхъ въ свободѣ распоряженія стѣсняется также свобода въ защитѣ. Такъ, для несостоятельнаго должника, у котораго, въ интересахъ его кредиторовъ, отнято распоряженіе его правами, защита этихъ послѣднихъ становится обязательною: пренебреженіе ихъ защитой признается нарушеніемъ обязанностей такого должника по отношенію къ его кредиторамъ (D. 42. 8 fr. 3 § 1; ср. D. 38. 5 fr. 1 § 7).

Нерѣдко желаніе лица пріобрѣсти, при наличности извѣстныхъ условій, то или другое право составляетъ такой распространенный фактъ, что юридическая санкція признаетъ существованіе права тотчасъ же по наступленіи помянутыхъ условій, не дожидаясь особаго заявленія со стороны лица. Такимъ образомъ собственникъ вещи пріобрѣтаетъ ея произведенія и приращенія, наслѣдникъ по закону—право наслѣдованія, престарѣлый и бѣдный родитель—право на вспомоществованіе отъ дѣтей, кредиторъ—проценты по просрочкѣ долга, лицо, потерпѣвшее несправедливо убытокъ, право на его возмѣщеніе, и т. п. Опытъ показываетъ, что въ громаднѣйшемъ большинствѣ такихъ случаевъ пріобрѣтатели не отказываются отъ пріобрѣтенія, а потому было бы излишне ожидать отъ нихъ еще особаго заявленія о немъ. Здѣсь проявляется экономія юридическаго труда. Но свобода распоряженія не стѣсняется нисколько, потому что во власти пріобрѣтателя всегда лежитъ отказаться отъ права или не воспользоваться имъ.

Въ противоположность всему сказанному распоряженіе публичными правами принадлежитъ правовой власти въ лицѣ тѣхъ или другихъ ея органовъ. Частныя лица занимаютъ въ публично-правовомъ порядкѣ положеніе объектовъ, на которые возложены обязанности. Часто обладаніе такими обязанностями желательно для самихъ лицъ, они добиваются ихъ и дорожатъ, какъ правами (политическія права). Но, съ одной стороны, характеръ обязанности не покидаетъ и ихъ; съ другой же—об-

ладатель каждаго политическаго права выступаетъ, какъ таковой, въ качествѣ нѣкотораго органа власти, которая раздроблена въ такомъ случаѣ между массою гражданъ.

2. Очевидно, что цѣлесообразнѣе предоставить инициативу въ защитѣ только тому, кто непосредственно заинтересованъ въ существованіи отношенія, которое защищается. Лицо, которое не заинтересовано въ отношеніи, не станетъ заботиться и о его защитѣ. Потому частнымъ лицамъ предоставляется защита только такихъ отношеній, къ которымъ они питаютъ наиболѣе интереса. Такимъ образомъ качество, которымъ характеризовалъ гражданскія права Ульпіанъ, ассоціируется со свойствомъ, положеннымъ нами въ основаніе классификаціи. Должно сказать, что гражданскія права суть тѣ, въ которыхъ защита отношенія предоставлена лицу, въ нихъ заинтересованному Но не всѣ частные интересы защищаются непремѣнно гражданскимъ путемъ, многіе изъ ихъ числа входятъ вполнѣ либо отчасти въ область публичнаго права. Два обстоятельства оказываютъ вліяніе въ этомъ случаѣ. Вопервыхъ, нѣкоторымъ нарушеніямъ частныхъ интересовъ приписывается почему-либо такое различіе, что, кромѣ частнаго противодѣйствія, имъ противопоставляется преслѣдованіе по собственной иниціативѣ органовъ власти (публично-уголовное преслѣдованіе). Вовторыхъ, частное лицо можетъ быть иногда безсильно въ самозащитѣ. Если такое положеніе не случайно, но повторяется постоянно въ цѣломъ рядѣ однородныхъ случаевъ, то, въ интересахъ поддержанія общественности, органы власти выступаютъ на защиту частнаго лица. Такова защита малолѣтнихъ, слабоумныхъ, или, по нѣкоторымъ западно-европейскимъ законодательствамъ, рабочихъ по столкновенію ихъ съ хозяевами и т. п.

Въ противоположность гражданскому праву, публичное право защищаетъ порядокъ отношеній, который цѣненъ съ точки зрѣнія поддержанія и развитія общественности, но остался бы безъ достаточной защиты, если бы она была предоставлена исключительно на произволъ частныхъ лицъ.

3. До извѣстнаго предѣла въ ходѣ общественнаго развитія частный интересъ связывается замѣтно только съ имуществен-

ными отношеніями и притомъ настолько, насколько имъ принадлежитъ имущественная, т.-е мѣновая стоимость. Поэтому очень долгое время въ гражданское право входятъ (за исключеніемъ семейственныхъ отношеній) только права по имуществу. Но потомъ начинаютъ давать цѣну и неимущественной стоимости, которая или сопутствуетъ стоимости имущественной, или же проявляется самостоятельно. Тогда появляются неимущественныя гражданскія права. Поэтому было бы ошибочно повторить со многими юристами, что гражданскія права непремѣнно имущественныя. Но должно сказать, что гражданскія права, насколько мы знаемъ ихъ изъ исторіи, по преимуществу имущественныя.

Какая роль принадлежитъ неимущественной стоимости гражданскихъ правъ—о томъ рѣчь впереди.

Въ противоположность гражданскому праву, публичное право, включая въ себя имущественныя отношенія (государственное хозяйство), содержитъ по преимуществу порядокъ неимущественныхъ отношеній.

4. Различіе функцій вообще приводитъ рано или поздно къ различію органовъ. Уже относительно рано выступаетъ нѣкоторое раздѣленіе органовъ гражданской и публичной защиты. Такъ, свидѣтели и третейскіе суды играютъ роль особыхъ органовъ гражданскаго правосудія съ древнѣйшихъ временъ. Прогрессивный ходъ раздѣленія задерживается обыкновенно развитіемъ деспотическихъ стремленій власти. Подъ ихъ вліяніемъ эта послѣдняя старалась часто забрать непосредственно въ свои руки область частной самодѣятельности, объединяла органы защиты и нарушала даже основной характеръ гражданской самозащиты (инквизиціонное судопроизводство). Въ современномъ правѣ раздѣленіе органовъ достигло значительной степени развитія.

5. Особенности гражданскаго и публичнаго способа защиты отношеній кладутъ неизгладимый отпечатокъ на отправленіе правосудія въ той и другой области. Гражданское правосудіе не знаетъ самоуправства. Чистое самоуправство лежитъ за предѣлами права, которое иногда допускаетъ или прощаетъ его совершеніе. Самоуправство организованное и торжественное про-

исходитъ въ присутствіи постороннихъ лицъ, которыя и являются руководителями и посредниками въ спорѣ. Разрѣшеніе распри чрезъ посредство постороннихъ лицъ —третейскаго судьи или органа общественной власти— составляетъ выдающуюся черту гражданскаго права Напротивъ, въ публичномъ правѣ нѣтъ и не можетъ быть такого посторонняго судьи. Заинтересованная общественная власть сама разрѣшаетъ возникшіе споры. Въ интересахъ обезпеченія безпристрастія и во избѣжаніе присвоенія однимъ какимъ-либо органомъ прерогативъ, которыя должны составлять достояніе всѣхъ органовъ власти вмѣстѣ, стремятся къ раздѣленію функцій публичнаго правосудія между нѣсколькими органами. На этомъ основано, напримѣръ, состязательно-обвинительное уголовное судопроизводство. Но какъ бы независимо ни былъ поставленъ уголовный судья,—будетъ ли это судья коронный или присяжный—свободный представитель общественнаго мнѣнія,—онъ все-таки служитъ не болѣе какъ органомъ общественной власти. Измѣняется пониманіе, кому принадлежитъ власть, измѣняется порядокъ ея выраженія, но не измѣняется суть дѣла.

§ 85.

Результаты.

Въ результатѣ мы имѣемъ.

Дошедшее къ намъ отъ римлянъ, въ качествѣ основнаго раздѣленія, раздѣленіе права на гражданское и публичное обладаетъ достоинствомъ естественной классификаціи (§ 80).

Это раздѣленіе связано непосредственно съ тѣмъ раздвоеніемъ (власть и частныя лица), которое вызывается въ обществѣ фактомъ организованной (юридической) защиты отношеній. Иниціатива защиты въ гражданско-правовомъ порядкѣ принадлежитъ частному лицу—субъекту защищеннаго отношенія, которое представляетъ для него непосредственный интересъ; въ качествѣ таковаго, это отношеніе по преимуществу имущественное. Напротивъ въ публично-правовомъ порядкѣ защита ведется самодѣятельностью органовъ власти; защищенныя отношенія представляютъ общественный инте-

ресъ и, въ качествѣ таковыхъ, представляютъ по преимуществу неимущественную, идеальную стоимость (§ 84 ср. § 83). Гражданское правосудіе построено на принципѣ разрѣшенія тяжбы органомъ, постороннимъ для тяжущихся, этотъ принципъ непримѣнимъ къ правосудію публичному. Наконецъ, въ силу общаго закона органическаго развитія, различіе способовъ защиты вызываетъ различіе въ органахъ, такъ что двумъ порядкамъ защиты—гражданскому и публичному—соотвѣтствуетъ два ряда органовъ власти, въ той или иной мѣрѣ раздѣленные (§ 84).

Подробное изученіе того, при какихъ условіяхъ данное отношеніе становится предметомъ гражданской или публичной защиты, относится къ другому мѣсту. Здѣсь мы должны ограничиться классификаціей. Замѣтимъ только, что одно и то-же отношеніе можетъ служить одновременно объектомъ защиты обоего рода. Не каждый общественный интересъ близокъ частнымъ лицамъ настолько, чтобы возбудить въ нихъ самодѣятельную защиту. Но каждая группа частныхъ интересовъ, вошедшая въ систему общаго блага (§§ 81 и 83), ео ipso способна возбудить относительно себя охранительныя заботы органовъ власти, помимо требованія заинтересованныхъ лицъ. Въ подобныхъ случаяхъ охраняемая группа или вовсе изъемлется изъ юридическаго вѣдѣнія частныхъ лицъ и такимъ образомъ переносится всецѣло въ область публичнаго права (ср. ниже, § 86); или это происходитъ только отчасти (отношенія частныхъ лицъ къ крупнымъ предпринимателямъ, рабочихъ къ хозяевамъ и т. п.); или же отдѣльныя отношенія оставляются всецѣло въ вѣдѣніи частныхъ лицъ, но касательно цѣлой группы такихъ отношеній власть принимаетъ извѣстныя охраняющія мѣры.

II Дальнѣйшія поясненія и подробности.

§ 86.

Спорныя группы: уголовное и семейственное право.

Отсутствіе полной отчетливости въ представленіи характеристическихъ чертъ публичнаго и гражданскаго права въ связи

съ невѣрнымъ пониманіемъ соотношенія, которое связываетъ эти черты, а также историческія и логическія недоразумѣнія повели къ пререканіямъ по вопросу о принадлежности нѣкоторыхъ институтовъ къ тому или другому отдѣлу права. По этому поводу должно сказать слѣдующее

1 Надо различать характеристическія свойства, общія цѣлому отдѣлу, далѣе—качества, свойственныя ему по преимуществу, и качества случайныя, которыя могутъ представлять большой интересъ въ нѣкоторыхъ видахъ отдѣла, но далеко не повторяются на всемъ пространствѣ его. Принадлежность вещи къ отдѣлу опредѣляется безусловно обладаніемъ свойствъ перваго рода, условно—качествами втораго рода и не находится ни въ какой зависимости отъ качествъ третьяго рода. Между тѣмъ случается иногда, что въ извѣстной группѣ, которая принадлежитъ къ одному изъ отдѣловъ, привлекаетъ почему-либо особенное вниманіе ея спеціальный признакъ. Подъ впечатлѣніемъ его соединяютъ въ эту группу всѣ случаи, кои обладаютъ этимъ признакомъ, безъ вниманія къ прочимъ свойствамъ ихъ. Такимъ образомъ въ группѣ публичныхъ отношеній, которыя извѣстны подъ именемъ уголовнаго права, притягивается особое вниманіе многихъ изслѣдователей наказаніемъ, какъ характеристическимъ свойствомъ этой группы. Увлекаясь, многіе соединяютъ воедино всѣ случаи, гдѣ встрѣчается наказаніе, и включаютъ ихъ безъ различія въ публичное право. Но это невѣрно. Наказаніе не существуетъ само по себѣ. Оно есть одно изъ средствъ юридической защиты, которое употребляется какъ въ гражданскомъ (штрафы), такъ и въ публичномъ правѣ. Обѣимъ сферамъ присущъ уголовный элементъ, размѣръ примѣненія котораго измѣняется исторически. Движеніе этого элемента вѣдается въ современномъ гражданскомъ правѣ тѣми же органами, какъ и движеніе прочихъ элементовъ его. Напротивъ современное публичное право выработало для завѣдыванія публично-уголовными дѣлами особый уголовный судъ, не передавая ему впрочемъ всѣхъ дѣлъ этого рода безъ исключенія (административные штрафы и взысканія). Самостоятельность организаціи наводитъ на мысль о полной самостоятельности уголовнаго права. На

самомъ же дѣлѣ публично-уголовное право есть не болѣе, какъ особенный отдѣлъ публичнаго права. Общее уголовное правовѣдѣніе мыслимо, какъ сосредоточенное изслѣдованіе одного признака — преступности и наказуемости дѣяній, причемъ однако это выдѣленіе не въ состояніи нарушить основную классификацію права.

2. По мѣрѣ своего историческаго движенія институты, видоизмѣняясь послѣдовательно, переходятъ изъ одного отдѣла права въ другой. Такъ, многія уголовныя отношенія изъ гражданскихъ становятся съ теченіемъ времени публичными—обстоятельство, которое порождаетъ тенденцію относить ихъ во всякомъ случаѣ къ сферѣ публичнаго права. На первоначальныхъ ступеняхъ развитія государства и обусловленной имъ общественности убійство, разбой, воровство, насиліе и вообще всѣ преступленія, объектомъ которыхъ служитъ личность и имущество частнаго человѣка, охраняются гражданскимъ порядкомъ. Потомъ—важнѣйшія довольно рано, менѣе важныя относительно поздно начинаютъ встрѣчать публично-уголовное возмездіе. Два параллельныя теченія должны были имѣть здѣсь рѣшительное вліяніе. Съ одной стороны, по мѣрѣ развитія культуры, усложненія занятій и смягченія нравовъ, расширенія территоріи и увеличенія средствъ передвиженія для частныхъ лицъ становилось все болѣе и болѣе тягостно и затруднительно собственное преслѣдованіе нарушителей ихъ безопасности и спокойствія. Съ другой стороны, по мѣрѣ развитія общественности, стали чувствовать непосредственный (напр., потеря гражданина-воина вслѣдствіе смертоубійства) и посредственный общественный вредъ отъ преступленій противъ частныхъ лицъ. Публично-уголовное преслѣдованіе избавляетъ отдѣльныхъ гражданъ отъ необходимости вѣдаться самолично съ преступниками и гарантируетъ наступленіе судебнаго преслѣдованія въ наибольшемъ числѣ случаевъ.

Съ институтомъ отеческой власти произошло также преобразованіе, въ силу коего изъ института гражданскаго она стала учрежденіемъ публичнымъ. По отношенію къ періоду до-государственному вообще не можетъ быть рѣчи о юридическомъ положеніи семьи, потому что тогда не существовало еще юри-

дической санкціи, въ строгомъ смыслѣ. Тамъ, гдѣ въ помянутый періодъ семья успѣла выработаться и окрѣпнуть, первоначальное государство столкнулось съ нею, какъ съ самостоятельнымъ союзомъ, замкнутость коего требовала государственнаго признанія. По древнѣйшему римскому праву глава семьи (pater familias) представляется полнымъ обладателемъ ея, причемъ самое слово familia обозначаетъ одинаково какъ имущество, такъ и личный составъ семьи; familia есть все, что подчинено частному владычеству pater familias'а. Владычество надъ лицами не было въ этомъ случаѣ созданіемъ государства и права. Въ юридическомъ формулированіи личной власти pater familias'а выразилось просто признаніе государствомъ независимости семьи. Въ качествѣ члена государства выступалъ главнымъ образомъ одинъ pater familias и покрывалъ своею личностью всѣхъ подчиненныхъ. жену (manus mariti), дѣтей (patria potestas) и кабальныхъ (mancipium), не говоря о рабахъ, кои считались наравнѣ съ вещами. Его полномочія, засвидѣтельствованныя намъ наиболѣе точно относительно сыновей, доходили до права жизни и смерти (jus vitae ac necis), права продажи (jus vendendi) и права отдачи въ кабалу за преступленія и проступки (noxae deditio) Со временемъ въ юридической защитѣ правъ домовладыки выразилось положительное отношеніе государства къ семейному союзу (interdictum de liberis exhibendis, a. utilis de libero corrupto и др.). Все это представляло достаточно основаній для включенія власти pater familias'а въ гражданское право, хотя, можетъ быть, гражданско-*юридическій* элементъ ея всегда преувеличивался какъ римскими юристами, такъ и позднѣйшими учеными. Личныя отношенія домовладыки къ женѣ и дѣтямъ всегда опредѣлялись болѣе нравами, нежели правомъ. Впродолженіе всей римской исторіи власть домовладыки ограничивается юридически. По отношенію къ сыновьямъ это происходитъ по преимуществу изъ государственныхъ соображеній. Уже очень рано государство вынуждено было призвать сыновей въ войско и, конечно, эманципировать ихъ на время службы. Сынъ могъ быть избранъ въ магистраты, и, въ качествѣ таковаго, пріобрѣсти государственную власть надъ собственнымъ отцомъ. Законы XII таблицъ карали отца за третью продажу

сына потерею власти надъ нимъ. Въ императорское время государство закрѣпляетъ за сыномъ пріобрѣтенія, которыя сдѣланы имъ на военной (peculium castrense) и вообще на государственной службѣ (peculium quasi castrense), откуда было недалеко до признанія правъ сына на все, что̀ пріобрѣтено имъ не ex re patris (p. adventitium). Въ послѣднемъ случаѣ отцу предоставлялось впрочемъ право пользованія вещами сына (ususfructus). Въ императорское же время состоялась окончательная отмѣна права продажи, жизни и смерти. Юридическое покровительство женскому персоналу семьи должно было вытекать изъ смягченія правовъ. Manus mariti исчезъ изъ употребленія самъ собою. Опека надъ взрослыми женщинами изъ выгоднаго учрежденія для агнатовъ стала отяготительною и была уничтожена закономъ. Право вмѣшалось въ регулированіе разводовъ и отношеній по приданому. Смыслъ всего упомянутаго состоялъ въ ограниченіи власти домовладыки, которая однако не теряла гражданскаго характера. Отношенія pater familias'a къ домочадцамъ изъ одностороннихъ стали двусторонними. Соображенія государственнаго блага придали въ наше время этому положенію публичный характеръ. Отецъ или вообще родители все болѣе и болѣе обязываются по закону къ извѣстному обращенію съ дѣтьми, къ ихъ воспитанію и образованію. Не существуетъ ничего, подобнаго власти римскаго домовладыки. Семейное положеніе родителей опредѣляется отчасти нравами, отчасти правомъ. И, насколько это послѣднее управляетъ строемъ семейной жизни, она слагается изъ ряда обязанностей родителей предъ дѣтьми, изъ ряда полномочій съ свойствами публичнаго, но не гражданскаго права.

Быстрѣе преобразилась опека—институтъ, который вообще служитъ суррогатомъ отеческой или родительской власти. По древнѣйшему римскому праву, опекунъ, несомнѣнно, субъектъ гражданскаго права. Опека составляла заботу семей и родовъ и была чужда государству. Но уже въ концѣ римской республики и въ имперіи возникаетъ иной взглядъ на нее. Опекунъ подлежитъ контролю всего общества и, въ случаѣ неисправности, удаляется отъ должности по иску любаго гражданина (suspecti tutoris postulatio) или по почину магистрата, наблю-

дающаго за дѣятельностью опекуновъ. Если нерадѣніе опекуна было результатомъ его злаго умысла, то смѣщенный опекунъ подвергается безчестію (infamia). Далѣе никому изъ гражданъ не дозволяется отказываться отъ принятія должности опекуна безъ уважительныхъ причинъ; самое же назначеніе опекуновъ производится магистратомъ, когда нѣтъ опекуна по завѣщанію или закону. Такимъ образомъ власть, которая прежде предоставлялась опекунамъ, теперь возлагается на нихъ и весь институтъ опеки, по римскому праву, съ конца республиканскаго времени проникнутъ публичнымъ характеромъ. Тотъ же характеръ присущъ ему въ современномъ правѣ.

§ 87.

Actio popularis.

3. По основному закону жизни, различіе въ функціяхъ вызываетъ соотвѣтственное различіе въ органахъ. Однако проходитъ нѣкоторый промежутокъ развитія между образованіемъ перваго и появленіемъ втораго. Такимъ образомъ на первыхъ порахъ общенія не только не было особыхъ органовъ публичной и гражданской защиты, но не существовало достаточнаго числа особыхъ органовъ правовой защиты вообще. Юридическій контроль во многихъ случаяхъ проявлялся такъ же, какъ и контроль моральный и т. п., путемъ давленія, которое производилось на нарушителя порядка непосредственно всѣмъ обществомъ или случайными выразителями его настроенія. Отличіе состояло лишь въ бо́льшей правильности, присущей выраженіямъ юридическаго контроля. Такъ зарождалось право. На этой первоначальной ступени уже открылось мѣсто для различенія гражданскаго и публичнаго элемента. Случайные выразители общественнаго контроля выступали то въ роли судей, которые разбирали распри частныхъ лицъ, то въ роли истцовъ, которые выступали защитниками публичныхъ отношеній. Отсюда возникли въ гражданскомъ правѣ свидѣтели—судьи (древнѣйшіе testes), а въ публичномъ относительно позднѣе (когда стало складываться публично-уголовное преслѣдованіе)—инсти-

тутъ публичнаго обвиненія, полномочіе на которое принадлежало каждому гражданину

Особый видъ этого послѣдняго составляла въ Римѣ actio popularis. Такъ назывался искъ, право предъявленія котораго принадлежало каждому римскому гражданину Если нѣсколько лицъ выражаютъ намѣреніе выступить въ качествѣ истцовъ, то судебная власть выбираетъ изъ среды ихъ одного, наиболѣе достойнаго, отдавая во всякомъ случаѣ предпочтеніе тому, кто непосредственно пострадалъ отъ преслѣдуемаго дѣянія. Приговоръ, постановленный по иску одного, обязателенъ для всѣхъ, такъ что отвѣтчикъ пріобрѣтаетъ exceptio rei judicatae vulgaris, которую противопоставляетъ новымъ искамъ въ случаѣ ихъ предъявленія. Но, если преступленіе имѣетъ характеръ длящійся (напр., кто-либо обвиняется въ лишеніи свободы кого-либо), то, буде отвѣтчикъ не прекратитъ своихъ противозаконныхъ дѣйствій послѣ состоявшагося рѣшенія о томъ, онъ теряетъ право на защиту вышеупомянутою эксцепціей. Такимъ образомъ строптивый отвѣтчикъ приговаривается къ ряду взысканій, пока наконецъ не прекратитъ своихъ противозаконныхъ дѣйствій. Actio popularis—искъ уголовный, который ведетъ къ денежному штрафу. Въ случаяхъ, установленныхъ преторскимъ эдиктомъ, штрафъ поступаетъ въ пользу обвинителей; въ случаяхъ, которые введены позднѣе нѣкоторыми муниципальными законами и императорскими постановленіями,—въ пользу городской или государственной казны.

Общая черта случаевъ, кои преслѣдуются посредствомъ a. popularis, состоитъ въ относительной маловажности ихъ. Отсюда—продолжительное отсутствіе особаго надзирающаго органа, на которомъ лежала бы забота объ организаціи преслѣдованія. По справедливому замѣчанію, ни одинъ правительственный органъ не въ состояніи выказать въ нѣкоторыхъ случаяхъ такой чувствительности, которую выказываютъ частныя лица при столкновеніи съ ними. Такимъ образомъ институтъ случайныхъ выразителей общественнаго контроля не составляетъ исключительнаго достоянія несовершеннаго права. Въ англійскомъ уголовномъ правѣ ему по сіе время принадлежитъ существенная роль. Въ континентальныхъ го-

сударствахъ случайные обвинители устранены и заслонены полиціей, что не всегда увеличиваетъ энергію обвиненія. Русскій законъ знаетъ одинъ намекъ на a. popularis (ст. 149 уст. о воин. пов.) и конечно, только по новости дѣла и отсутствію въ русскомъ человѣкѣ привычки къ общественной самодѣятельности, этотъ намекъ не принесъ еще должнаго плода. Римская a. popularis примѣнялась въ группѣ случаевъ, гдѣ полицейскій надзоръ по сіе время оказывается не особенно состоятельнымъ. Она имѣла мѣсто въ случаѣ злоумышленнаго поврежденія межевыхъ камней (a. de termino moto), для предупрежденія застройки и загражденія общественныхъ мѣстъ, площадей, дорогъ и т. д. (int. ne quid fiat in loco publico), въ виду опасности отъ предметовъ, поставленныхъ и вывѣшенныхъ на мѣстѣ, служащемъ для общаго прохода (actio de positis et suspensis), для воспрепятствованія прегражденію рѣкъ (int. ne quid fiat in flumine publico), въ случаѣ разворенія могилъ (a. sepulcri violati), порчи досокъ, на коихъ писались юридическія постановленія (a. de albo corrupto), выбрасыванія или выливанія чего-либо изъ зданій съ нанесеніемъ вреда или смерти мимо-проходящимъ (a. de effusis et dejectis), наконецъ въ случаѣ противозаконнаго лишенія свободы (int. de homine libero exhibendo).

Противъ того,—кто воспользовался неопытностью другаго (въ возрастѣ отъ 14 до 25 лѣтъ по lex Plaetoria), противъ опекуновъ, которые исполняютъ дурно свои обязанности, противъ кредиторовъ, бравшихъ проценты свыше законной мѣры и, можетъ быть, противъ принимавшихъ легаты на сумму болѣе установленной закономъ (lex Furia testamentaria), существовала также a. popularis. По справедливому предположенію, происхожденіе этихъ случаевъ обусловлено особенными обстоятельствами. Въ нихъ выразилось юридическое преобразованіе взаимной заботы, которая лежала первоначально исключительно на сородичахъ внутри каждаго рода. Будучи связаны большою имущественною солидарностью, сородичи заботились о благосостояніи другъ друга. Когда родовая связь ослабѣла, роды распались и государственное единеніе вытѣснило единеніе родовое, тогда обязанности сородича стали обязанностями

согражданина. Мѣсто общаго имущественнаго интереса, подвигавшаго на защиту, занялъ интересъ болѣе идеальнаго свойства. Приводя это объясненіе, мы такимъ образомъ возвращаемся вновь къ наиболѣе древнему состоянію права. Въ рѣзкой раздѣленности первоначальнаго родоваго и государственнаго общенія надо признать также одно изъ условій процвѣтанія института, который составляется случайными выразителями общественно-юридическаго сознанія и настроенія. Взаимная забота объ имущественномъ благосостояніи была прежде общимъ дѣломъ, но только въ предѣлахъ рода. Извѣстно, что въ періодъ процвѣтанія родоваго быта имущество въ той или другой степени было еще предметомъ общаго владѣнія и пользованія. Государство держалось внѣ такихъ отношеній Позднѣе, когда оно разъѣло родовыя рамки, оно, хотя и признало законность взаимо-защиты въ ихъ области, однако было далеко отъ того, чтобы поднять ее на высоту важнѣйшаго государственнаго учрежденія. Признавалось достаточнымъ допущеніе полной свободы для ея случайнаго проявленія. Этотъ взглядъ продержался очень долго и еще Юстиніанъ ввелъ a. popularis для преслѣдованія запрещенной азартной игры.

При характеристикѣ a. popularis рѣшительное значеніе принадлежитъ тому обстоятельству, что этотъ искъ предъявляется любымъ гражданиномъ въ качествѣ непосредственнаго выразителя интересовъ общежитія. Потому, вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ, a. popularis принадлежитъ къ публичному праву.

§ 88.

Переходныя формы

4. Характеристическіе признаки каждаго отдѣла распредѣляются въ неравной степени по группамъ, кои входятъ въ ихъ составъ. Въ связи съ тѣмъ какъ отдѣльные признаки, такъ и ихъ сочетанія могутъ пріобрѣсти такую неопредѣленность, что мы окажемся въ рѣшительномъ затрудненіи при разнесеніи группъ по отдѣламъ. Такова судьба каждой клас-

сификаціи. Природа не знаетъ точныхъ границъ и путемъ незамѣтныхъ и постепенныхъ измѣненій создаетъ связующія звенья въ промежуткѣ между различными областями. Намъ приходится, смотря по роду случая, или выбирать изъ двухъ возможныхъ натяжекъ наименьшую, присоединяя условно такія среднія группы къ одному изъ отдѣловъ, или же образовать изъ нихъ средній отдѣлъ—отдѣлъ переходныхъ формъ.— Несомнѣнно, мы найдемъ въ исторіи не мало юридическихъ формъ, которыя занимаютъ средину между публичнымъ и гражданскимъ правомъ. Ихъ существованіе обусловлено двумя важными обстоятельствами. Вопервыхъ, распаденіе права на публичное и гражданское, по общему закону диференцированія, произошло позднѣе, нежели выдѣленіе права изъ прочихъ формъ общественнаго контроля. Въ эпоху родоваго коммунизма частная инициатива переплеталась съ общественною инициативою, когда цѣло шло о защитѣ имущественныхъ и иныхъ отношеній. Зародыши такихъ институтовъ, каковы свидѣтели— судьи и a. popularis, обладали первоначально одинаковымъ юридическимъ значеніемъ, и лишь позднѣе изъ одного выработалось гражданское, а изъ другаго—публичное учрежденіе. Мы должны допустить существованіе нѣкоторыхъ общихъ формъ, которыя, раздвоившись въ своемъ послѣдовательномъ развитіи, дали начало какъ гражданскому, такъ и публичному праву. Это, такъ сказать, родоначальныя формы.—Во вторыхъ, какъ было замѣчено уже выше, институты измѣняютъ свои характеристическіе признаки. Когда такое измѣненіе достаточно обозначилось, но не вполнѣ осуществилось, тогда видоизмѣняющійся институтъ получаетъ значеніе переходной формы.

Примѣромъ этого послѣдняго рода служитъ римская infamia въ одномъ изъ ея примѣненій.

По основному существу своему, честь и безчестіе институты не правовые. Честью называется уваженіе, которое оказывается окружающими каждому, сообразно съ его личными достоинствами. Изъ этого объективнаго элемента чести развивается субъективный элементъ ея — собственное сознаніе лицомъ своихъ достоинствъ и права на уваженіе. Высокая цѣнность чести вы-

гекаетъ изъ сознанія зависимости, въ которой каждое лицо находится отъ общества и неблагопріятное направленіе коей бываетъ иногда въ мелочахъ чувствительнѣе, нежели въ вещахъ болѣе важныхъ. Честь и безчестіе (въ объективномъ смыслѣ) дѣйствуютъ сильнѣе въ средѣ небольшихъ круговъ общежитія и на первоначальныхъ ступеняхъ развитія, гдѣ индивидъ наиболѣе тѣсно связанъ съ сочленами и наиболѣе безпомощенъ внѣ ихъ содѣйствія. Въ бо̀льшихъ кругахъ и на высшихъ ступеняхъ развитія многое ускользаетъ отъ контроля общества и цѣнность чести, въ объективномъ смыслѣ, падаетъ. Взамѣнъ того развивается чувство собственнаго достоинства и человѣкъ ищетъ своей чести не столько въ признаніи другихъ, сколько въ голосѣ собственной совѣсти.

Римскій цензоръ съ его властью налагать безчестіе посредствомъ отмѣтки, которую онъ дѣлалъ въ своемъ спискѣ противъ имени гражданина, служитъ типичнымъ представителемъ періода, когда общество еще плохо ориентируется въ своихъ нравственныхъ чувствахъ безъ единоличнаго руководства. На особое лицо возлагается ихъ формулированіе и выраженіе и чрезъ то нравственный контроль превращается въ юридическій. Оцѣнивая каждый случай по его индивидуальнымъ особенностямъ, цензоръ умалялъ политическую правоспособность обезчещеннаго, предоставляя дальнѣйшее опредѣленіе его участи нравственному чувству общества. Въ той мѣрѣ, въ которой римская цензура нравовъ является постояннымъ органомъ, вліяющимъ на государственное положеніе гражданъ, мы должны признать ее учрежденіемъ публичнаго права. — Во второй половинѣ римской республики съ расширеніемъ римскаго общества и съ нарушеніемъ его единообразія цензура потеряла значеніе. Между тѣмъ преторъ устроиваетъ безчестіе, какъ исключительно-юридическій институтъ. Подъ словомъ infamia въ этомъ случаѣ надо разумѣть совокупность извѣстныхъ стѣсненій, которыя поддерживались юридическими средствами: потеря нѣкоторыхъ политическихъ правъ, лишеніе права быть представителями на гражданскомъ судѣ, лишеніе права посылать туда представителей (это ограниченіе отмѣнено Юстиніаномъ). Кромѣ того, по lex Julia, свободнорожденнымъ гражданамъ

запрещенъ бракъ съ женщинами, кои подверглись infamiae (отмѣнено Юстиніаномъ). Въ этомъ видѣ infamia прилагалась къ развратникамъ, также къ лицамъ, избравшимъ предосудительныя занятія (актеры, гладіаторы и т. п.), ко вдовѣ, не соблюдшей траурнаго срока. Здѣсь мы встрѣчаемся еще съ преобразованнымъ остаткомъ древней цензуры нравовъ Потомъ infamia прилагалась къ осужденнымъ въ публично-уголовномъ порядкѣ. Она имѣла въ этомъ случаѣ значеніе опредѣленной юридической мѣры, ограждающей государственную жизнь и судъ отъ вторженія неблагонадежныхъ личностей. То же самое значеніе принадлежало infamiae, когда она слѣдовала за двоженствомъ или двое-обученіемъ (sponsalia) и въ особенности за рядомъ гражданскихъ исковъ, каковы a. furti, a. vi bonorum raptorum, a. injuriarum, a. doli, a. pro socio, a. tutelae, a. mandati, a. depositi. Названные иски представляютъ для насъ особый интересъ. Воръ, разбойникъ, оскорбитель, мошенникъ и далѣе сотоварищъ, нарушившій интересъ своего сотоварища, опекунъ, расхитившій имущество малолѣтняго, представитель и поклажепринимать, злоупотребившіе довѣріемъ, которое было оказано имъ, преслѣдуются, по римскому праву, гражданскимъ путемъ. Но къ гражданскимъ послѣдствіямъ иска присоединяется infamia. Она служитъ средствомъ огражденія общества отъ лица неблагонадежнаго, однако примѣненіе ея зависитъ отъ воли одного потерпѣвшаго лица, ибо лишь ему принадлежитъ вчинаніе иска. Въ этомъ примѣненіи infamia представляется переходною формою. Въ римскомъ обществѣ зародилась мысль о публичномъ значеніи нѣкоторыхъ нарушеній права, юриспруденція выработала нѣкоторое средство охраны общества, но не перевела самой защиты въ руки его органовъ.

§ 89.

Классификація К. Д Кавелина.

5. Надо различать характеристическія свойства, общія цѣлому отдѣлу, и качества, свойственныя ему по преимуществу. Это различіе происходитъ отъ того, что каждый отдѣлъ «состав-

ляется съ явнымъ обращеніемъ къ извѣстнымъ признакамъ и состоитъ преимущественно изъ видовъ, обладающихъ всѣми этими признаками. Къ этимъ видамъ присоединяются, какъ нѣчто въ родѣ прибавленія и обыкновенно въ небольшомъ числѣ, другіе виды, обладающіе *почти* всѣми выбранными свойствами, однимъ изъ нихъ недостаетъ одного свойства, другимъ другаго и, сходствуя съ остальными видами *почти* въ такой же степени, въ какой сходны между собою, присоединяемые виды не представляютъ равнаго сходства ни съ какою другою группою» (Милль). Иногда забываютъ этотъ необходимый принципъ классификаціи. Не находя въ какой-либо группѣ даннаго отдѣла одного изъ характеристическихъ признаковъ, считаютъ это обстоятельство существеннымъ недостаткомъ классификаціи и приступаютъ къ совершенной ломкѣ ея.

Отчасти изъ такого недоразумѣнія, отчасти изъ непризнанія возможности и необходимости переходныхъ группъ (§ 88) произошло своеобразное опредѣленіе гражданскаго права, которое предложилъ нашъ почтенный ученый К. Д. Кавелинъ въ своемъ замѣчательномъ произведеніи. «Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ». Его опредѣленіе перевертываетъ, въ сущности, всю обычную классификацію права въ ея основаніи.

Изложимъ и разберемъ главнѣйшіе доводы г. Кавелина. По его мнѣнію.

1. Гражданскому праву придается значеніе частнаго, приватнаго, въ противоположность публичному—государственному и общественному Но провести разграничительную черту между публичнымъ и частнымъ нельзя, они переходятъ одно въ другое.

Выписанное положеніе автора выражено весьма неточно. Если же мы переложимъ его мысль въ формы болѣе точныя, то должны будемъ сказать, что въ одномъ смыслѣ она справедлива, въ другомъ же несправедлива, какъ это и показано нами выше въ §§ 81 и 83.—Г. Кавелинъ продолжаетъ·

2. Проводится мысль, что гражданское право обнимаетъ юридическія отношенія, возникающія и прекращаемыя по усмотрѣнію и волѣ частныхъ лицъ. Но въ числѣ юридическихъ отношеній, излагаемыхъ теперь въ гражданскомъ правѣ, есть много такихъ, которыя установляются не частными лицами, а общимъ закономъ

(дорожный сервитутъ, порядокъ наслѣдованія по закону, обязанность дѣтей содержать бѣдныхъ и престарѣлыхъ родителей и т п.)

Во-первыхъ, наиболѣе крупный изъ трехъ примѣровъ, которые приведены авторомъ, выбранъ имъ наименѣе удачно. Общій законъ устанавливаетъ, дѣйствительно, *порядокъ* наслѣдованія точно такъ же, какъ тотъ же законъ устанавливаетъ *порядокъ* пріобрѣтенія собственности, обязательствъ и т. д. Общій законъ опредѣляетъ, въ какихъ случаяхъ какія юридическія послѣдствія наступаютъ Но отъ воли пріобрѣтателей зависитъ осуществить эти случаи и вызвать ихъ послѣдствія. Я наслѣдникъ по закону послѣ моего отца, но отъ меня зависитъ пріобрѣсти это наслѣдство *). Авторъ невѣрно характеризуетъ обычное опредѣленіе гражданскаго права, когда усматриваетъ противорѣчіе этому опредѣленію въ томъ фактѣ, что порядокъ наслѣдованія не устанавливается по усмотрѣнію частныхъ лицъ. Обычное опредѣленіе утверждаетъ только, что отдѣльныя юридическія отношенія возникаютъ и прекращаются въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ по усмотрѣнію и волѣ частныхъ лицъ.

Во-вторыхъ, неточность г. Кавелина состоитъ еще въ томъ, что въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ не вообще о юридическихъ отношеніяхъ, но только о правахъ. Гражданскія *права* возникаютъ и прекращаются въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ по усмотрѣнію и волѣ ихъ *субъектовъ* Обязанности же возникаютъ часто безъ воли и никогда не уничтожаются по одностороннему усмотрѣнію. Сверхъ того г. Кавелинъ упустилъ изъ виду то обстоятельство, что иногда гражданскія права пріобрѣтаются безъ особаго заявленія только потому, что въ значительнѣйшемъ большинствѣ принадлежащихъ сюда случаевъ юридическая санкція предполагаетъ неизмѣнное согласіе на пріобрѣтеніе (выше, § 84).

Втретьихъ, если обычное воззрѣніе на гражданское право усматриваетъ особенность его въ свободѣ распоряженія, то разсматриваетъ ее какъ фактъ, который установленъ внутри

*) Въ брошюрѣ «*Что есть гражданское право*» г Кавелинъ не ограничивается тремя примѣрами (стр 74—78, 81 и слѣд.). Но всѣ, изложенные тамъ примѣры однородны съ разобранными нами.

и въ интересахъ общежитія. Кругъ ея опредѣленъ точно закономъ. Иначе говоря, гражданское право, какъ всякое другое право, есть произведеніе юридической санкціи общества. Эта послѣдняя указываетъ предѣлы, внутри которыхъ предоставляется частнымъ лицамъ полная юридическая самодѣятельность. Гражданскимъ правомъ мы и называемъ эту сферу самодѣятельности. Отъ ея размѣровъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ зависитъ способъ ея опредѣленія. Если я получаю небольшое, точно-ограниченное правомочіе, напримѣръ, право поить мой скотъ на землѣ сосѣда, то мое право опредѣляется съ положительной стороны право водопоя, если же я получаю очень широкія и многочисленныя управомочія, то представляется удобнѣе опредѣлить ихъ отрицательнымъ описаніемъ: я получаю все за исключеніемъ того-то. Такъ именно опредѣляется право собственности. Право собственности, говорятъ, есть полное юридическое господство надъ вещью съ соблюденіемъ такихъ-то ограниченій. Къ числу ограниченій принадлежитъ дорожный сервитутъ, о которомъ упоминаетъ авторъ. Въ извѣстныхъ случаяхъ всѣ собственники бываютъ обязаны открыть проходъ, проѣздъ, прогонъ чрезъ свою землю, равно какъ они обязаны къ массѣ другихъ отношеній, вызванныхъ интересами сосѣдства (сосѣдское право). Образовавшіяся такимъ путемъ отношенія мы должны разсматривать какъ права другихъ лицъ на помянутую землю. Но въ образованіи такихъ правъ нѣтъ вовсе обязательнаго умаленія, отчужденія собственности—лишенія права безъ воли его субъекта. Собственникъ не можетъ потерять того, чего онъ не пріобрѣталъ; пріобрѣлъ же онъ извѣстную форму права, извѣстный размѣръ правомочій, въ которыхъ уже подразумѣвались обязанности по сосѣдству. Въ заблужденіе насъ вводитъ просто логическая форма, въ которой опредѣляется право собственности. Намъ говорятъ, что право собственности есть полное господство надъ вещью. Эта часть опредѣленія одна остается въ памяти и когда дѣло доходитъ до законныхъ правъ другихъ лицъ на ту-же вещь, то является предположеніе, что они явились вновь, дабы «ограничить» право собственности. Терминъ «ограниченія» также способствуетъ заблужденію. На самомъ дѣлѣ «огра-

ничения» существовали въ самомъ началѣ права, какъ оборотная сторона его, какъ границы, въ которыхъ собственнику предоставлено распоряженіе и пользованіе вещью.

Вчетвертыхъ, г. Кавелинъ, очевидно, не обращаетъ вниманія на то, что названія никогда не обладаютъ полною устойчивостью (ср. § 56) и что ни въ одномъ случаѣ классификаціи почти нельзя обойтись безъ образованія переходныхъ отдѣловъ и группъ. Названіе гражданское право обладаетъ извѣстнымъ кореннымъ смысломъ. Но въ теченіи вѣковъ законодатели и юристы могли употребить это названіе несогласно съ его кореннымъ значеніемъ. Ученый долженъ сыскать коренной смыслъ и не смущаться, если нѣкоторые случаи гражданскаго права не подойдутъ подъ найденное опредѣленіе. Равно онъ не долженъ смущаться, если найдутся институты въ такой степени неопредѣленные, что они не подходятъ ни подъ публичное, ни подъ гражданское право (§ 87).

Г. Кавелинъ предлагаетъ

> Мѣсто гражданскаго права долженъ занять въ системѣ права разрядъ или отдѣлъ юридическихъ отношеній съ характеристическими признаками, ему одному свойственными, и связанный единствомъ общаго начала Таковы юридическія отношенія между лицами объ имуществахъ и вообще объ цѣнностяхъ, стоимость которыхъ можетъ быть опредѣлена на деньги. Согласно съ этимъ изъ теперешняго гражданскаго права должны быть исключены всѣ юридическія отношенія личныя, непереводимыя на деньги, и перенесены въ него изъ другихъ отдѣловъ системы права разбросанныя въ ней теперь повсюду юридическія отношенія между лицами объ имуществѣ или цѣнностяхъ.

Итакъ *всѣ* и притомъ *только* имущественно-правовыя отношенія должны образовать особый отдѣлъ права, который г. Кавелинъ предлагаетъ обозначить длиннымъ названіемъ: «юридическія отношенія или права и обязанности лицъ по имуществамъ и цѣнностямъ или обязательствамъ», разумѣя подъ послѣдними юридическія отношенія о цѣнностяхъ, какія бы онѣ ни были, лишь бы могли быть переведены на деньги. Почтенный ученый выражается неправильно, говоря, что отдѣлъ, имъ образованный, долженъ занять мѣсто такъ-наз. гражданскаго права. На дѣлѣ выходитъ, что новый отдѣлъ занимаетъ иное мѣсто: съ одной стороны, онъ не беретъ

всего изъ гражданскаго права, съ другой — онъ забираетъ нѣчто, что прежде признавалось достояніемъ иныхъ отдѣловъ помимо гражданскаго права. По поводу классификаціи г. Кавелина надо сказать.

1 Вопреки своему намѣренію, г. Кавелинъ не указываетъ общаго начала, т.-е общаго принципа, связующаго имущественно-правовыя отношенія. Имущественность или денежная стоимость, собственно говоря, составляетъ только экономическое свойство отношеній. Оно могло бы быть положено въ основаніе классификаціи права, если бы обусловливало своимъ присутствіемъ и отсутствіемъ наиболѣе существенныя юридическія разнообразія. Но этого мы не видимъ.

2. Въ классификаціи, которую предложилъ г. Кавелинъ, мы не видимъ слѣдовъ соціально-научной точки зрѣнія. Онъ не разсматриваетъ право, какъ явленіе соціальной жизни, какъ элементъ общественнаго порядка. Съ этой точки зрѣнія, ни одно различіе не обладаетъ такимъ значеніемъ, какъ то, по которому съ одними правами связывается полная юридическая самодѣятельность лица, а съ другими—защита по иниціативѣ органовъ общественной власти.

3. Классификація, разбираемая нами, соединяетъ отношенія, имѣющія между собою мало общаго Такъ, теперешнія гражданскія права соединяются въ одинъ отдѣлъ съ податями и повинностями. Съ другой стороны, помянутая классификація разрываетъ отношенія и свойства ихъ, тѣсно связанныя одно съ другимъ Справедливо исключеніе изъ гражданскаго права нѣкоторыхъ семейственныхъ отношеній (выше, § 86), но несправедливо исключеніе многихъ другихъ отношеній, необладающихъ денежною стоимостью,—какъ покажетъ это слѣдующая глава.

§ 90.

Результаты.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что разумное пользованіе раздѣленіемъ права на публичное и частное предполагаетъ соблюденіе ряда логическихъ правилъ со вниманіемъ къ нѣкоторымъ историческимъ истинамъ. Именно должно помнить:

что свойства, которыя не включены въ составъ характеристическихъ свойствъ отдѣла, никогда не должны вести къ группировкѣ, нарушающей границы отдѣловъ, какимъ бы значеніемъ они ни обладали въ отдѣльныхъ случаяхъ (§ 86),

что по мѣрѣ своего историческаго движенія институты, видоизмѣняясь послѣдовательно, переходятъ изъ одного отдѣла права въ другой (ibid);

что различіе функцій не влечетъ тотчасъ же соотвѣтственнаго различія въ органахъ. При отсутствіи надлежащихъ органовъ юридической власти они замѣняются случайными выразителями юридическаго контроля, которые дѣйствуютъ въ порядкѣ строго-опредѣленномъ. Случайные выразители могутъ касаться безъ различія всѣхъ правъ, какъ публичныхъ, такъ и частныхъ, но это обстоятельство, взятое отдѣльно, не даетъ основанія къ смѣшенію обѣихъ областей (§ 87),

что должно допустить существованіе переходныхъ формъ. Ихъ историческое значеніе двояко или онѣ служатъ родоначальною формою, изъ которой выростаютъ какъ гражданскіе, такъ и публичные институты. Или же онѣ представляютъ исторически-переходныя формы, образовавшіяся на пути преобразованія гражданскаго института въ публичный или обратно (§ 88),

что, наконецъ, во избѣжаніе излишняго раздробленія системы, въ данный отдѣлъ включаются группы, которыя хотя не вполнѣ, но почти подходятъ подъ его опредѣленіе. Потому не слѣдуетъ смущаться, когда нѣкоторые изъ характеристическихъ признаковъ распространены не безусловно по всему пространству отдѣла, но составляютъ только его преимущественное отличіе (§ 89).

III. Сравненіе съ классификаціей случаевъ неорганизованнаго контроля.

§ 91.

Случаи неорганизованнаго контроля извѣстны намъ подъ многими именами нравственности, честности, порядочности, обы-

чаевъ, приличій, церемоній, чести. Но всѣ эти многообразныя формы сводятся къ двумъ основнымъ. нравственности и обычаямъ или нравамъ.

Честность и порядочность составляютъ видоизмѣненія нравственности. Честность обнимаетъ часть нравственнаго порядка, которая почитается въ данное время наиболѣе существенною; и такъ какъ имущественныя отношенія играютъ въ жизни людей роль наиболѣе важную, то правила честности посвящены по преимуществу отношеніямъ этого рода. Напротивъ порядочность есть примѣненіе правилъ нравственности или честности къ мелочамъ, — соблюденіе въ мелочахъ со всею строгостью того порядка, который вообще расчитанъ на случаи большой важности.

Приличія принадлежатъ къ обычаямъ. Сюда же относятся общественныя церемоніи, насколько онѣ не регулируются организованнымъ способомъ, т.-е. насколько онѣ не образуютъ юридическихъ церемоній. Къ режиму обычаевъ надо отнести также режимъ чести. Объективный элементъ ея (§ 88) устанавливается обычаями, которые опредѣляютъ связь личныхъ достоинствъ съ долею почета, извѣстною подъ именемъ чести. Личныя достоинства, о коихъ здѣсь идетъ рѣчь, могутъ быть тѣ же самыя, которыя рекомендуются нравственностью, честностью или порядочностью. Но оцѣнка ихъ въ порядкѣ чести иная, нежели въ нравственности. На вопросъ, почему съ такимъ то свойствомъ связывается болѣе чести, а съ такимъ-то менѣе, нѣтъ другаго отвѣта, кромѣ того, что такъ требуютъ обычаи *).

Итакъ, случаи неорганизованной защиты сводятся къ двумъ формамъ. нравственность и обычаи. Спрашивается теперь, какъ же должно опредѣлить эти формы?

Обѣ онѣ — формы неорганизованнаго контроля, въ той степени, въ которой не входятъ въ область исключительно-личныхъ дѣйствій. Такова общая черта нравственности и обыча-

*) Разумѣется, *исторія* можетъ показать (и очень часто показываетъ), что въ своемъ происхожденіи честь связана съ нравственностью весьма тѣсно. Но мы говоримъ о порядкѣ чести въ сложившемся видѣ, въ которомъ честь всегда составляетъ отдѣлъ обычаевъ.

свъ. Ихъ же различіе не должно искать въ содержаніи однородныя отношенія бываютъ предметомъ и нравственнаго и обычнаго режима или одновременно, или разновременно. Искомое различіе относится къ внѣшнимъ качествамъ отношеній. Нравственный порядокъ устойчивъ менѣе, нежели обычаи. Нравственность болѣе этихъ послѣднихъ подлежитъ нарушенію. Потому проявленіе нравственной защиты отношеній происходитъ чаще, нежели проявленіе защиты обычнаго порядка. Такимъ образомъ сознаніе общества и отдѣльныхъ людей разрѣшаетъ вопросъ о должномъ и недолжномъ чаще относительно нравственности и рѣже относительно обычаевъ Отсюда происходитъ, что нравственное сознаніе отчетливѣе и яснѣе, чѣмъ сознаніе касательно должнаго и недолжнаго въ обычаяхъ. Взысканія за нарушенія нравственности вообще мягче, нежели взысканія за нарушенія обычаевъ въ послѣднемъ случаѣ поводъ къ взысканію представляется рѣже, но за то, какъ скоро таковой обнаружился, оно налагается со всею рѣзкостью, ибо нарушеніе порядка, наиболѣе установившагося, всегда представляется наиболѣе дерзкимъ.

На основаніи сказаннаго мы не можемъ утверждать, что корень различія нравственности и обычаевъ состоитъ въ способахъ контроля или защиты, имъ присущихъ. Основное различіе заключается, какъ мы видѣли, въ относительной неустойчивости одного порядка и въ бо́льшей устойчивости другаго. Но изъ этихъ чертъ вытекаютъ другія отличительныя черты, которыя всѣ относятся къ характеру контроля или защиты: болѣе или менѣе частое или рѣдкое проявленіе защиты, бо́льшая или меньшая сознательность контроля, меньшая или бо́льшая строгость взысканій. Подобно тому, какъ въ случаяхъ организованнаго порядка (права), классификація ихъ основывается на различіи въ устройствѣ (организаціи) защиты, такъ въ случаяхъ неорганизованной защиты, т.-е. въ случаяхъ, въ которыхъ не существуетъ заранѣе устроеннаго порядка охраны, классификація примыкаетъ къ различіямъ, кои мы замѣчаемъ въ характерѣ проявленій защиты.

Итакъ, основныя подраздѣленія части общественнаго порядка, который обусловленъ общественнымъ контролемъ — все

равно, будетъ ли то контроль организованный, или неорганизованный—опредѣляются главнымъ образомъ видоизмѣненіями того признака, который характеризуетъ всю помянутую часть видоизмѣненіями въ свойствахъ самого контроля. Это обстоятельство служитъ наилучшимъ доводомъ въ пользу правильности классификаціи.—Напротивъ, въ части общественнаго порядка, не подлежащей контролю, классификація должна искать инаго основанія. Гдѣ формированіе отношеній силою общественнаго сознанія не составляетъ основной характеристической черты, тамъ раздѣленіе на группы должно производить по содержанію отношеній. Такъ и поступаютъ, напримѣръ, выдѣляя въ особую группу отношенія экономическія.

II.

ЦѢНА ГРАЖДАНСКИХЪ ПРАВЪ.

§ 92.

Условія, опредѣляющія цѣну гражданскихъ правъ

Цѣною называется способность предмета быть интересомъ (благомъ); интересомъ же обозначаютъ все, что служитъ къ удовлетворенію потребностей, что нужно и полезно. Потребности удовлетворяются дѣйствіями, потому дѣйствія представляютъ интересъ и имѣютъ цѣну. Отношеніе есть возможность дѣйствій (§ 17), потому оно также составляетъ интересъ и обладаетъ цѣною. Право и, въ частности, гражданское право, есть нѣкоторая комбинація отношеній, защищаемыхъ и защищающихъ. Потому о правѣ надо повторить то-же, что сказано нами объ отношеніи.

Итакъ права суть интересы и имѣютъ цѣну. Для каждаго обладателя ихъ въ отдѣльности цѣна опредѣляется потребностями, коимъ права служатъ. Говоря вообще, цѣна предмета существуетъ не сама по себѣ, но обусловливается его назначеніемъ. Если одно и то-же право способно служить многимъ потребностямъ, то его цѣна зависитъ отъ того, на служеніе какой именно потребности оно назначается. Различіе потребностей вызываетъ различіе цѣнъ. Торговецъ картинами видитъ въ нихъ средство своего обогащенія, покупатель—предметъ наслажденія. Одно лицо обращается къ учителю, дабы, обучившись, найти средства къ существованію, другое — изъ

простаго стремленія къ усовершенствованію, къ знанію. Чаще оба мотива соединяются вмѣстѣ и такимъ образомъ отношеніе ученика къ учителю для перваго изъ нихъ имѣетъ смѣшанный интересъ.

Одно и то-же право получаетъ разную цѣну въ глазахъ разныхъ лицъ. Его цѣна можетъ измѣняться также въ глазахъ одного лица.

Гражданскія права удовлетворяютъ весьма разнообразныя потребности какъ разновременно, такъ и одновременно. Слѣдовательно, столь-же разнообразна и сложна цѣна ихъ.

§ 93.

Цѣна имущественная и неимущественная.

Предметы (вещи и дѣйствія), которые подлежатъ въ гражданскомъ обществѣ обмѣну и достаточно распространены въ немъ, пріобрѣтаютъ имущественную или денежную рыночную цѣну, которая опредѣляется ихъ общимъ экономическимъ значеніемъ безъ отношенія къ личнымъ, субъективнымъ потребностямъ. Такимъ образомъ надо различать имущественную и неимущественную цѣну предметовъ. Это различіе отнюдь не соотвѣтствуетъ различію матеріальныхъ и идеальныхъ потребностей, коимъ предметы служатъ Съ одной стороны, предметы, которые удовлетворяютъ матеріальныя потребности, могутъ почему-либо не составлять обычнаго предмета оборота и потому не обладать опредѣленною рыночною цѣною. Съ другой стороны, многіе предметы идеальной стоимости вступаютъ на рынокъ, который оцѣниваетъ ихъ на деньги такъ цѣнятъ услуги педагога, трудъ литератора, ученаго, артиста, художника и т. д. Исторія измѣняетъ границу, которая отдѣляетъ предметы имущественные отъ неимущественныхъ. Вступленіе на рынокъ опредѣляется не свойствами предмета, какъ таковыми, а отношеніемъ ихъ къ потребностямъ гражданскаго общества или, говоря иначе, экономическимъ положеніемъ предмета. Онъ получаетъ рыночную цѣну, когда возникаетъ болѣе или менѣе регулярный спросъ на него, съ одной стороны, и

бо́льшая или меньшая возможность регулярнаго (хотя и рѣдкаго) удовлетворенія спроса —На глазахъ исторіи многіе предметы потеряли имущественную цѣнность и многіе наоборотъ пріобрѣли ее. Такъ съ уничтоженіемъ рабства и разныхъ видовъ крѣпостной и кабальной зависимости перестали цѣниться на деньги человѣческая личность, жизнь, свобода и честь Такъ пріобрѣлъ денежную цѣну свободный и духовный трудъ Въ періоды рабства и крѣпостнаго права не было нужды въ продажѣ и покупкѣ свободнаго труда. Когда впервые возникла потребность въ томъ, тогда ея удовлетвореніе считалось постыднымъ, несовмѣстнымъ съ положеніемъ свободнаго человѣка. Но современемъ измѣненія въ экономическихъ отношеніяхъ приняли необходимый результатъ. Еще въ послѣдніе эпохи рабства и крѣпостничества успѣлъ образоваться свободный, но бѣдный классъ людей, которые должны были жить трудами рукъ своихъ. Но мѣрѣ того какъ этотъ классъ размножался и, въ особенности, по мѣрѣ того, какъ въ составѣ его увеличивалась интеллигенція, ея трудъ пріобрѣлъ значеніе на рынкѣ. Такъ, напримѣръ, въ Римѣ, гдѣ образованіе помянутаго класса помимо туземныхъ элементовъ находило богатый источникъ въ иностранцахъ, наводнявшихъ вѣчный городъ во второй половинѣ республиканскаго періода многіе виды духовнаго труда стали оплачиваться деньгами Это видоизмѣненіе осуществилось еще болѣе въ современномъ гражданскомъ обществѣ, отказавшемся на всегда отъ юридическаго порабощенія личности.

§ 94.

Оцѣнка гражданскихъ правъ.

Цѣну права не должно смѣшивать съ цѣною предмета, который служитъ объектомъ права. Право, въ качествѣ отношенія, есть возможность извѣстнаго рода дѣятельности, и цѣною права мы должны назвать совокупную цѣну результатовъ, которые имѣютъ быть получены отъ этой дѣятельности. Одного и того же предмета могутъ касаться различныя права и ихъ цѣна неодинакова. Такъ, напримѣръ, римскій юристъ опре-

дѣляетъ, что при порубкѣ тѣнистыхъ деревьевъ, кои растутъ на участкѣ, отданномъ въ узуфруктъ, собственникъ участка получаетъ за потерянный древесный матеріалъ, а узуфруктуаръ за потерю удовольствія отъ наслажденія тѣнью деревьевъ (D. 43. 24 fr. 16 § 1). Наслѣдникъ не можетъ взыскивать съ колона за необработку земли, если она отказана кому-либо и легатарій еще не принялъ отказа. Но если легатарій, принявъ землю, сгонитъ съ нея колона, то этотъ послѣдній получаетъ искъ противъ наслѣдника, который, въ качествѣ преемника наслѣдодателя, отвѣчаетъ предъ колономъ въ исполненіи договора найма (D. 19. 2 fr. 32). Въ этихъ двухъ рѣшеніяхъ проведена та мысль, что отношеніе субъекта къ одному и тому же предмету имѣетъ разную цѣну, смотря по тому, какое право принадлежитъ субъекту. Предметъ одинъ; но права собственника и узуфруктуара, наслѣдника и легатарія не равноцѣнны.

Такъ какъ качество и количество результатовъ, къ коимъ приводитъ обладаніе права, зависятъ отъ массы разнообразныхъ условій, которыя видоизмѣняются въ своемъ составѣ и сочетаніяхъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, то мы должны признать, что истинная цѣна гражданскихъ правъ всегда индивидуальная. Такъ какъ, благодаря тому же разнообразію, среди помянутыхъ результатовъ обыкновенно есть какъ имущественные, такъ и неимущественные плоды дѣятельности субъекта, то цѣна гражданскихъ правъ почти всегда смѣшанная.

1. Истинная цѣна гражданскихъ правъ индивидуальная. Вѣрная оцѣнка должна принять въ соображеніе всѣ особенности значенія права въ сферѣ дѣятельности даннаго субъекта. Такъ, имущественная цѣна права опредѣляется совокупностью имущественныхъ результатовъ, къ коимъ имѣетъ привести его существованіе. Размѣръ и качества названной совокупности зависятъ отъ значенія права въ хозяйствѣ его субъекта. Одинъ собственникъ употребляетъ данную лошадь для работы, другой назначаетъ ее къ верховой ѣздѣ и т. д. и отъ этого будетъ зависѣть цѣна самого права. Римскій юристъ полагаетъ, напримѣръ, что при взысканіи за порчу лошади, которая была съѣжжена въ четвернѣ, надо принять

во вниманіе умаленіе, происшедшее въ цѣнѣ всей четверти (D. 9. 2 fr. 22 § 1). Если кому-либо отказывается въ завѣщаніи земля, стоющая (по рыночной цѣнѣ) сто, съ тѣмъ чтобы легатарій уплатилъ эту цѣну сполна наслѣднику, или кому-нибудь другому, то все-таки признается въ такомъ случаѣ существованіе легата Для легатарія пріобрѣтеніе земли можетъ представлять особый имущественный интересъ, если, напримѣръ, она сосѣдняя съ его собственнымъ участкомъ (D. 31 fr. 54). Если вещь, купленную мною у А., но еще не полученную, я перепродалъ В., то цѣна моего права, очевидно, зависитъ непосредственно отъ цѣны права В , такъ какъ въ случаѣ неисправности А. (недоставленія вещи) я буду отвѣчать передъ В. по количеству его интереса (D. 19. 1 fr. 21 § 3). Если В обезпечилъ себя неустойкой, то размѣръ этой неустойки войдетъ въ цѣну и моего права (ср D. 9. 2 fr. 22 pr.) Если помянутую вещь, не продавая ее В., я заложу ему, то цѣна моего права на полученіе этой вещи отъ А опредѣляется выгодами, которыя долженъ принести мнѣ залогъ, и т. д. Постоянное, временное и случайное хозяйственное употребленіе, которое я дѣлаю изъ своего права, опредѣляетъ его имущественную цѣну. —Точно такъ же неимущественная цѣна его, т. е. совокупность выгодъ, которыя имѣетъ принести право, но которыя не обладаютъ рыночною цѣною, зависятъ прямо отъ назначенія, приданнаго праву его субъектомъ. Неимущественная цѣна разнообразится еще болѣе, чѣмъ имущественная.

2. Истинная цѣна гражданскаго права обыкновенно смѣшанная. Почти каждое право представляетъ для насъ совокупно какъ имущественную, такъ и неимущественную цѣнность. Мы дорожимъ обладаніемъ тою или другою недвижимостью или движимостью въ силу многихъ имущественныхъ и неимущественныхъ выгодъ. То же надо повторить относительно обязательствъ.

§ 95.

Спорный вопросъ.

Въ юридической литературѣ и практикѣ существуетъ мнѣніе, по которому гражданское правосудіе защищаетъ непосред-

ственно только имущественный интересъ, связанный съ гражданскими правами. Защита полнаго интереса, какъ имущественнаго, такъ и неимущественнаго происходитъ лишь въ тѣхъ, относительно немногочисленныхъ, случаяхъ, въ которыхъ нарушенное гражданское право возстановляется въ натурѣ въ своемъ первоначальномъ видѣ. Въ большинствѣ же случаевъ возстановленіе замѣняется, по необходимости, взысканіемъ денежнаго вознагражденія (съ отвѣтчика въ пользу истца). Денежное вознагражденіе умѣстно только въ примѣненіи къ интересамъ, кои оцѣниваются на рынкѣ на деньги, т.-е. къ отношеніямъ имущественнымъ. Единственное могучее средство гражданской защиты непримѣнимо, слѣдовательно, къ защитѣ неимущественныхъ отношеній. Оказывается такимъ образомъ, что гражданское право *не можетъ* защищать неимущественныхъ интересовъ.

Это мнѣніе раздѣляется частью нѣмецкихъ (Савиньи, Пухта, Вангеровъ) и большинствомъ русскихъ ученыхъ, нѣмецкою и русскою судебною практикою. Несомнѣнно, что оно руководило всюду юриспруденціею въ наиболѣе ранніе періоды ея развитія. Но римскіе юристы императорскаго времени и современные юристы Франціи и Англіи держатся вообще инаго воззрѣнія. Знакомясь съ судебною практикою этихъ странъ, мы убѣждаемся, что гражданское правосудіе *можетъ* защищать неимущественные интересы. Мы убѣждаемся также, что въ силу важныхъ культурныхъ соображеній оно *должно* поступать такимъ образомъ. Потому слѣдуетъ примкнуть къ воззрѣнію ученыхъ, которые высказываются въ пользу гражданской защиты неимущественныхъ интересовъ (Унгеръ, Виндшейдъ, Іерингъ). Среди этихъ ученыхъ Іерингу принадлежитъ наиболѣе убѣдительное изслѣдованіе и изложеніе предмета.

§ 96.

Гражданское право защищаетъ неимущественные интересы.

Римскому юристу Павлу принадлежитъ извѣстное мѣсто (D. 9 . 2 fr. 33 pr.), въ которомъ утверждается, что при опредѣленіи вознагражденія должно обращать исключительное

вниманіе на рыночную цѣну потеряннаго. Не менѣе извѣстны отдѣльныя примѣненія этого правила, которыя находятся въ дигестахъ *). Но извѣстны также слова Папиніана, который свидѣтельствуетъ, что, по мнѣнію разумнѣйшихъ юристовъ, въ судѣ по справедливости (bonae fidei judicia) надлежитъ принимать въ расчетъ личный, субъективный интересъ истца (D. 17. 1 fr. 54). Папиніанъ говоритъ о bonae fidei judicia,— совершеннѣйшей формѣ гражданскаго правосудія въ Римѣ, практика которой не могла оставаться постоянно на старой почвѣ и по вопросу объ интересахъ. Слова знаменитѣйшаго юриста древности не остаются безъ подтвержденія. Мы находимъ его во многихъ казуальныхъ рѣшеніяхъ, которыя внесены въ дигесты.

Изложеніе этихъ рѣшеній должно начать съ замѣчательнаго мѣста того же Папиніана (D. 18. 7 fr. 6 pr. § 1), которое содержитъ богатыя данныя, какъ для характеристики историческаго развитія римской юриспруденціи вообще, такъ въ особенности для опредѣленія состоянія вопроса о неимущественныхъ интересахъ въ эпоху классическихъ юристовъ. Если продавецъ рабыни выговоритъ у ея покупателя подъ страхомъ неустойки, чтобы она не была отпущена на волю, или проституирована, то въ случаѣ нарушенія этого соглашенія покупателемъ нѣкоторые юристы не признавали иска объ уничтоженіи его распоряженій и взысканіи съ него неустойки, напротивъ Сабинъ допускалъ такой искъ. Таково первоначальное разрѣшеніе изложеннаго казуса. Не дифференцируя его, Сабинъ и его противники пытаются найти общее рѣшеніе для двухъ различныхъ случаевъ. Обѣ стороны колеблются между двумя опасеніями: страхомъ закрыть невольницѣ дорогу къ свободѣ и болѣе утонченнымъ опасеніемъ подвергнуть ее риску безнаказанной проституціи. Разсужденіе Папиніана, которое мы читаемъ далѣе, обнаруживаетъ шагъ впередъ въ разрѣшеніи того же вопроса. Папиніанъ различаетъ оба случая и

*) D. 7. 7 fr. 6 § 2; — 9. 1 fr. 3; — 9. 2 fr. 7 pr., — 9. 2 fr. 27 § 28; — 9. 2 fr. 33 pr.; — 9. 2 fr. 41 pr ; — 19. 5 fr. 5 pr., § 5; — 19. 5 fr. 7.

для каждаго предлагаетъ особое рѣшеніе. Если было выговорено неотпущеніе на волю, то соглашеніе недѣйствительно; если же рѣчь шла о хорошемъ обращеніи, то нѣтъ основанія къ отказу въ искѣ. По словамъ юриста, нарушеніе договора, которое дозволяетъ себѣ въ послѣднемъ случаѣ покупатель, и позоритъ невольницу, и оскорбляетъ чувство расположенія, которое питаетъ къ ней продавецъ. Папиніанъ держался сначала того мнѣнія, что искъ умѣстенъ только въ случаѣ установленія неустойки. Но потомъ онъ перешелъ на сторону юристовъ, которые полагали, что при отсутствіи неустойки оскорбленный продавецъ дѣйствуетъ посредствомъ a. venditi. Здѣсь мы встрѣчаемся съ новымъ шагомъ въ развитіи изложенной контраверзы. Оскорбленное чувство расположенія, не имѣющее никакой рыночной стоимости, удовлетворяется денежнымъ взысканіемъ, которое или опредѣляется заранѣе соглашеніемъ сторонъ (неустойка), или же устанавливается самимъ судомъ по разборѣ дѣла.

Такимъ образомъ римскій юристъ допускаетъ обязательство, которое рѣшительно не имѣетъ рыночной цѣны, и защищаетъ его обычнымъ порядкомъ даже въ случаѣ, если стороны не совершили предварительно хотя бы условной оцѣнки его въ формѣ опредѣленія неустойки. Это не единственный примѣръ такого обязательства. Его подобіе мы встрѣчаемъ въ обязательствѣ, по которому купившій раба не долженъ наказывать его ссылкою за предѣлы Италіи (D. 18. 7 fr. 7) или перепродать его кому-нибудь другому (ibid. fr. 10). Далѣе завѣщаніе служитъ источникомъ обязательствъ того же характера. Завѣщатель возлагаетъ на кого-либо порученіе сдѣлать ему памятникъ и наслѣдникъ чрезъ a. mandati принуждаетъ къ тому лицо, принявшее порученіе, (D. 17. 1 fr. 12 § 17). Разумѣется, если порученіе возложено на самого же наслѣдника, то некому принудить его къ исполненію; но если наслѣдство перешло къ нѣсколькимъ лицамъ, а сооруженіе памятника возложено на одного изъ нихъ, то онъ принуждается остальными чрезъ a. familiae herciscundae. Сооруженіе можетъ быть возложено на всѣхъ наслѣдниковъ, и тогда имъ всѣмъ принадлежитъ взаимный искъ (D. 33 . 1 fr. 7). Если завѣщатель, въ заботѣ о

своемъ братѣ, сынѣ или воспитанникѣ назначаетъ ему извѣстную сумму, съ тѣмъ чтобы она была употреблена на покупку земли, то наслѣдникъ требуетъ обезпеченія въ точномъ исполненіи этого указанія (D. 35 1 fr. 71 pr.; ср. D. 32 fr 19).— Даже существованіе вещныхъ правъ допускается въ силу одного неимущественнаго интереса. Такъ, сервитутъ водопровода дозволяется устраивать ради украшенія имѣнія (D. 43. 20 fr. 3 pr).

Въ изложенныхъ случаяхъ существуютъ гражданскія права, кои не имѣютъ никакой имущественной цѣны. Но мы видѣли (§ 94 п. 2), что съ имущественными правами связывается обыкновенно неимущественный интересъ. При защитѣ такихъ правъ смѣшанной стоимости принимается во вниманіе, рядомъ съ имущественною цѣною ихъ, цѣна неимущественная Кто рубитъ незаконно тѣнистыя деревья, тотъ отвѣчаетъ предъ собственникомъ ихъ за имущественный ущербъ, а предъ узуфруктуаромъ за потерю тѣни (D. 43. 24 fr. 16 § 1; ср. D. 7. 1. fr. 13 § 4). Купивъ у несобственника имѣніе отецъ отдаетъ его въ приданое дочери. Позднѣе настоящій собственникъ эвинцируетъ имѣніе и отецъ получаетъ искъ о вознагражденіи противъ продавца, хотя бы не терпѣлъ никакого имущественнаго ущерба отъ эвикціи Для родительскаго чувства не все равно, останется-ли дочь съ приданымъ или безъ приданаго, и на основаніи duplae stipulatio отецъ получаетъ двойную цѣну имѣнія (D. 21. 2 fr. 71 i. f.) Нѣкто пожертвовалъ для украшенія города статую. Въ случаѣ ея похищенія горожане получаютъ a furti, а жертвователь interd. quod vi aut clam (D. 43. 24 fr. 11 § 1)

Нарушеніе имущественнаго права или вообще незаконное отношеніе къ чужому обладанію можетъ вовсе не принести имущественнаго убытка. Тѣмъ не менѣе соотвѣтствующій искъ получаетъ мѣсто для защиты пострадавшаго отъ неимущественнаго ущерба. Патронъ имѣетъ право наслѣдованія послѣ своего клиента вопреки завѣщанію этого послѣдняго. На клиентѣ можетъ оказаться долговъ болѣе, чѣмъ стоитъ все его наслѣдство, такъ что помянутое право теряетъ всякую имущественную стоимость. Тѣмъ не менѣе оно не уничтожается, ибо иной интересъ можетъ побудить патрона къ удержанію

за собою имѣнія кліента, напримѣръ, когда въ имѣніи погребены предки патрона (D. 38. 2 fr. 36). Несовершеннолѣтній имѣетъ право потребовать уничтоженія невыгоднои продажи, совершенной имъ безъ одобренія попечителя (restitutio in integrum). Продажа признается невыгодною и тогда, когда несовершеннолѣтній дорожитъ проданными вещами, какъ памятью своихъ предковъ (D. 4. 4 fr. 35). Опекунъ, отказывая матери опекаемаго въ выдачѣ средствъ на существованіе (алименты), дѣйствуетъ прямо къ имущественной выгодѣ малолѣтняго. Тѣмъ не менѣе такой образъ дѣйствій почитается незаконнымъ и опекунъ отвѣчаетъ за него по a. tutelae (D. 27. 3 fr. 1 § 2). Родственная связь съ рабомъ, который уполномочилъ кого-либо на свой выкупъ, даетъ другому лицу достаточное основаніе для иска (a. mandati), буде купившій не выполнитъ порученія (D. 17. 1 fr. 54 pr.). Для отца дорога нравственная чистота его дѣтей и потому онъ получаетъ искъ противъ ихъ развратителя по аналогіи съ искомъ, который имѣетъ мѣсто противъ лица, уменьшившаго стоимость рабовъ (D. 11. 3 fr. 14 § 1).

§ 97.

Способы гражданской защиты неимущественныхъ интересовъ

Идея гражданской защиты неимущественныхъ интересовъ выразилась въ вышеизложенныхъ случаяхъ разрозненно и, конечно, сообразно съ особенностями римской культуры. Но такъ или иначе примѣръ римскихъ юристовъ убѣждаетъ насъ, что гражданское право можетъ защищать неимущественные интересы, которые признаются дорогими на той или иной ступени историческаго развитія общества. Чтобы оцѣнить этотъ примѣръ по достоинству, надо замѣтить слѣдующее

1. Относительно нѣкоторыхъ мѣстъ римскихъ источниковъ, изъ числа вышеприведенныхъ, замѣчаютъ, что тамъ неимущественный интересъ права признается основаніемъ къ иску, но не входитъ въ расчетъ при оцѣнкѣ ущерба и опредѣленіи вознагражденія. Въ такомъ объясненіи кроется существенное недоразумѣніе. Если однажды допущенъ искъ, то онъ не можетъ оставаться безъ результата. Судья либо принуждаетъ

ответчика къ возстановленію нарушеннаго отношенія, грозя ему штрафами (ср. ниже), либо удовлетворяетъ истца присужденіемъ ему штрафа или вознагражденія Первый вопросъ заключается не въ томъ, — получаетъ-ли истецъ точное вознагражденіе или что другое, но въ томъ, защищается-ли его неимущественный интересъ, какими бы то ни было гражданскими средствами. На этотъ вопросъ римскіе юристы отвѣчаютъ и въ вышеприведенныхъ и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ (см. ниже) утвердительно. Второй вопросъ касается того, какими средствами достигается защита.

2. Среди средствъ современные юристы придаютъ слишкомъ мало значенія гражданскимъ штрафамъ, кои налагаются по усмотрѣнію судьи на отвѣтчика и предназначаются въ пользу истца. Иные совсѣмъ исключаютъ уголовный элементъ изъ сферы гражданскаго права, усматривая въ уголовно-частномъ средствѣ аномальный способъ гражданской защиты. Такое сужденіе произвольно. Въ современномъ правѣ, дѣйствительно, въ большинствѣ случаевъ наложеніе штрафовъ поступило въ вѣдѣніе публичнаго правосудія. Но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, что штрафы совершенно неумѣстны въ гражданскомъ судѣ. Неудобно завалить публично-уголовный судъ всѣми дѣлами о штрафахъ. Съ другой стороны, столь-же неудобно отмѣнить всякіе штрафы помимо этого суда. Есть случаи, гдѣ чувство мести и стремленіе къ возмездію законно даже въ современномъ обществѣ (оскорбленіе, обманъ, грубая небрежность, глумленіе), но гдѣ было бы безтактно введеніе публичнаго преслѣдованія. Во всякомъ случаѣ частно-уголовный штрафъ составляетъ принадлежность дѣйствующаго права въ его прошедшемъ и настоящемъ, и мы не въ правѣ игнорировать его роль.

3. Въ значительной степени частно-уголовный штрафъ есть не что иное, какъ гражданское вознагражденіе въ примѣненіи къ случаямъ, которые не подлежатъ рыночной оцѣнкѣ. Выше (§ 95), при изложеніи воззрѣній нашихъ противниковъ, было сказано, что, по ихъ мнѣнію, денежное вознагражденіе умѣстно только въ примѣненіи къ интересамъ, кои оцѣниваются рынкомъ на деньги. Но тутъ-то и содержится коренное

заблужденіе. Изъ того, что денежная цѣна интереса не установлена рынкомъ, еще не слѣдуетъ, что интересъ не обладаетъ денежною цѣною. Это значитъ только, что почему-либо онъ не обращается на рынкѣ. Но для отдѣльнаго субъекта такой интересъ все-таки можетъ представлять денежную стоимость. Приэтомъ далеко не въ каждомъ случаѣ подобная переоцѣнка можетъ быть сочтена за противорѣчіе съ культурными требованіями общежитія. И если не представляется никакихъ особыхъ основаній къ ея устраненію, то прямая обязанность судьи состоитъ въ ея осуществленіи.

Конечно, эта обязанность не всегда легкая. Если бываетъ трудно опредѣлить рыночную цѣну интереса, то гораздо труднѣе опредѣленіе субъективной цѣны. Установленіе неустойки, страхованіе и т. п. облегчаютъ судью и наиболѣе гарантируютъ тяжущихся. Но ошибочно полагаютъ, что въ этихъ послѣднихъ случаяхъ неимущественный интересъ замѣняется имущественнымъ. Неустойка и страхованіе не производятъ того, на произведеніе чего они неспособны. Это суть средства предварительной оцѣнки права до его нарушенія по добровольному соглашенію контрагентовъ. Такая оцѣнка не измѣняетъ и не можетъ измѣнить характеръ интереса, она только предупреждаетъ судью и облегчаетъ его дѣло.

4. Вышеизложенными случаями далеко не ограничивалась забота римскаго судьи о неимущественныхъ интересахъ истца. Римскій судъ употреблялъ часто особыя старанія для того, чтобы принудить отвѣтчика къ возстановленію въ натурѣ отношенія, которое имъ нарушено. Штрафы и вознагражденіе служатъ болѣе или менѣе несовершеннымъ суррогатомъ потеряннаго, для истца же можетъ быть важно полученіе именно того, что онъ потерялъ или что долженъ былъ пріобрѣсти. Потому судья грозитъ отвѣтчику большимъ взысканіемъ въ случаѣ его неповиновенія. Частое употребленіе этого средства свидѣтельствуетъ, что римскіе юристы живо сознавали, какая масса разнообразныхъ интересовъ можетъ быть связана съ даннымъ правомъ. Они сознавали, что только путемъ фактическаго возстановленія нарушеннаго возможно достигнуть полнаго удовлетворенія. Если-бы цѣли гражданскаго правосудія ограни-

чивались однимъ имущественнымъ удовлетвореніемъ, то не зачѣмъ было бы такъ добиваться непосредственнаго возстановленія права, было-бы довольно хорошаго денежнаго взысканія Однако мы видимъ, что въ эпоху, когда гражданское осужденіе обязательно было денежное, къ нему прибѣгали часто только какъ къ крайнему исходу, умѣстному за невозможностью лучшаго окончанія спора

Въ случаѣ упорства отвѣтчика истецъ получаетъ право опредѣлить подъ присягою количество понесенныхъ имъ убытковъ (juramentum in litem) Судья самъ опредѣляетъ ихъ maximum, либо сбавляетъ съ суммы, показанной истцомъ Во всякомъ случаѣ предположенное взысканіе превышаетъ значительно имущественную стоимость убытковъ и образуетъ соединеніе вознагражденія съ штрафомъ Этотъ способъ употребляется въ вещныхъ искахъ, въ a. ad exhibendum и въ искахъ bonae fidei), когда отвѣтчикъ, по злому умыслу, не возвращаетъ истцу его вещи, либо вообще не передаетъ ему обѣщаннаго предмета (D. 12. 3 fr. 5 pr. § 3) **). Всѣ такіе иски называются арбитрарными и въ ихъ формулѣ поставлено знаменательное· nisi restituat. — Juramentum in litem допускается также при всѣхъ искахъ, когда стоимость вещи не можетъ быть опредѣлена инымъ образомъ (D. 12. 3 fr. 5 § 4).

Иногда фактическое возстановленіе нарушеннаго отношенія достигается штрафами, кои взыскиваются въ государственную пользу. Такъ, преторъ принуждаетъ неисправнаго третейскаго судью (arbiter) къ исполненію обязанностей, добровольно имъ принятыхъ. (D. 4. 8 fr. 3 § 1, fr. 32 § 12). То же средство примѣняется судьею для принужденія наслѣдниковъ и легата-

---

*) Gaji. IV § 62. Sunt autem bonae fidei judicia haec, ex empto vendito, locato conducto, negotiorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae (rei uxoriae, commodati, pigneraticium, familiae erciscundae, communi dividundo), praescriptis verbis, cp. Inst. 4 6 § 28.

**) Ср отдѣльные примѣры rei vindicatio, D 6. 1 fr 68; D 20. 1 fr. 16 § 3;—a. ad. exhibendum, D. 10. 4 fr. 3 § 2;—a locati, D. 19. 2 fr. 48 § 1;—a depositi, D 16. 3 fr. 1 § 26; – a. tutelae, D 12. 3 fr. 8;—a. commodati, D. 13. 6 fr 3 § 2;—см. также a. de dolo malo и a quod metus causa, D. 4. 3 fr. 18 pr. § 1;—a quod certo loco.

ріевъ къ исполненію обязанностей, которыя возложены на нихъ завѣщателемъ и ни для кого не представляютъ имущественнаго интереса. Судья заботится, чтобы освобожденные рабы исполняли религіозныя церемоніи, къ коимъ они обязаны по завѣщанію (D. 40. 4 fr. 44), чтобы дѣти находились при матери (D. 33. 1 fr. 7), чтобы наслѣдникъ освободилъ извѣстнаго раба (D. 40. 5 fr 39 pr.; ср. D 10 2 fr. 18 § 2), чтобы извѣстное лицо устроило похороны (D. 11. 7 fr. 14 § 2), если такъ постановлено въ завѣщаніи. Въ этихъ случаяхъ вовсе нѣтъ какого-либо вмѣшательства судьи въ гражданскій процессъ, которое противорѣчило бы характеру этого послѣдняго. То или другое лицо требуетъ себѣ выгоды, назначенной ему по завѣщанію, и судья озабочивается, чтобы присудить именно то, что назначено завѣщателемъ выгода должна поступить въ обладаніе лица вмѣстѣ съ обязанностями, кои связаны съ нею.

§ 98.

Гражданское право должно защищать неимущественные интересы.

Современное право развило этотъ принципъ до степени, неизвѣстной древнему Риму. Всѣ измышленія теоретиковъ, которые стараются свести заботы гражданскаго правосудія на одни имущественныя блага, падаютъ въ виду грандіозной практики французскихъ, англійскихъ и американскихъ судовъ. Масса интересовъ высшей стоимости защищается ими путемъ денежныхъ взысканій, кои налагаются на отвѣтчиковъ въ пользу истцовъ. Одновременно эти взысканія служатъ нѣкоторымъ удовлетвореніемъ для истцовъ и наказаніемъ для отвѣтчиковъ. Въ двухъ направленіяхъ такой порядокъ вещей обладаетъ существенною важностью:

1. Въ современномъ правѣ точно такъ же, какъ и въ римскомъ существуютъ юридическія отношенія неимущественнаго свойства. Особенно важны различнаго рода обязательства изъ соглашеній, которыя примыкаютъ къ главнымъ договорамъ, въ качествѣ дополнительныхъ, опредѣляющихъ способъ ихъ выполненія. Возьмемъ, напримѣръ, договоръ личнаго найма. На-

нимая прислугу или рабочаго, хозяинъ опредѣляетъ время, количество и качество работы; въ свою очередь рабочій выговариваетъ себѣ свободные часы, помѣщеніе и пищу извѣстнаго рода. Рабочій можетъ не являться въ срокъ и, помимо имущественнаго ущерба, доставить хозяину безпокойство и хлопоты —Хозяинъ можетъ настаивать на бо̀льшей работѣ противъ условленнаго, предлагая и бо̀льшую плату; онъ можетъ ухудшить пищу и помѣщеніе. Конечно, во всѣхъ такихъ случаяхъ заинтересованной сторонѣ можно предложить кромѣ иска объ имущественныхъ ущербахъ еще право на отказъ отъ договора. Но такое право можетъ представить часто лишь однѣ невыгоды. Въ горячее рабочее время хозяину нельзя отказываться отъ рабочихъ, рабочимъ отъ работы, и обѣимъ сторонамъ придется подчиниться всѣмъ неудобствамъ, кои приходятъ отъ неточнаго исполненія неимущественныхъ обязательствъ. Напротивъ, если судъ станетъ защищать и эти послѣдніе, то страхъ взысканія въ значительной степени удержитъ стороны отъ ихъ нарушенія. Помимо всякаго страха рѣшенія суда оказываютъ вліянія въ силу своего авторитета. Достаточно, чтобы судъ объявилъ что-либо обязательнымъ, чтобы тотъ же взглядъ распространился въ обществѣ. Значительное большинство людей руководятся не оригинальными и самостоятельными убѣжденіями, но подчиняются указаніямъ авторитетовъ, среди которыхъ суду и вообще органамъ государственной власти принадлежитъ важное мѣсто.

Дополнительныя соглашенія о разнаго рода удобствахъ могутъ сопровождать любой имущественный договоръ. Такъ, они обычны при наймѣ городскихъ имуществъ, въ особенности при наймѣ квартиръ. Наниматель выговариваетъ себѣ тишину, смирныхъ сосѣдей, чистый дворъ и т. д. Хозяинъ дома также налагаетъ ограниченія на дѣятельность своихъ жильцовъ. Было бы нелѣпо, при каждомъ нарушеніи подобнаго договора, предоставлять потерпѣвшей сторонѣ одно право уничтоженія всего контракта. Только искъ о взысканіи неимущественнаго ущерба, либо о принужденіи неисправной стороны къ исполненію договора (путемъ штрафовъ) достигаетъ цѣли.

2. Уже римскіе юристы замѣтили, что нарушеніе чужаго

права и, въ частности, неисполненіе обязательства, по фактической связи правоваго отношенія съ другими благами, легко можетъ затронуть эти послѣднія. Наша жизнь, здоровье, честь страдаютъ отъ неправильнаго отношенія къ нашему имуществу и неисправнаго исполненія нашими должниками ихъ обязательствъ. Римскій юристъ дѣлаетъ отвѣтственнымъ прокуратора въ искѣ о признаніи кого-либо несвободнымъ въ томъ случаѣ, когда послѣ проигрыша иска довѣритель вчинаетъ его снова. Прокураторъ вознаграждаетъ противную сторону «quanti interfuerit ejus de statu suo rursus non perichtari» (D. 46. 8 fr. 8 § 2). Римляне, какъ народъ, признававшій раздѣленія на классы, былъ особенно чутокъ ко всякимъ оскорбленіямъ гражданскаго достоинства. Отецъ получалъ, напримѣръ, право оспаривать рабское состояніе своего сына даже если сынъ добровольно отдавался въ рабство, quia semper parentis interest filium servitutem non subire (D. 40. 12 fr. 1 pr.). — Условія нашей культуры перенесли центръ тяжести нашихъ заботъ на другой предметъ. Большое развитіе промышленныхъ и фабричныхъ предпріятій, въ особенности развитіе предпріятій публичныхъ, т.-е. такихъ, которыя существуютъ эксплоатаціей потребностей, наиболѣе распространенныхъ въ обществѣ, каковы потребности въ передвиженіи, здоровьѣ, образованіи и т. п. (желѣзныя дороги, пароходныя и иныя сообщенія, лѣчебницы, больницы, аптеки, школы и т. д.), возложило на насъ серьезныя заботы о безопасности нашей жизни, нашего здоровья, о предохраненіи отъ массы случайныхъ неудобствъ. Характеристическая черта отношенія публики къ публичному предпріятію заключается въ крайнемъ неравенствѣ отношенія. Кредиторъ — членъ публики всегда состоитъ въ большой зависимости отъ должника — публичнаго предпринимателя. Потому для послѣдняго открытъ большой просторъ для злоупотребленій, которыя ложатся тяжкимъ бременемъ на жизнь, здоровье, спокойствіе частныхъ лицъ. Одинъ публичный контроль не въ состояніи устранить все зло. Правительственный надзоръ поручается немногимъ лицамъ, кои не въ состояніи услѣдить за всѣмъ даже при полнѣйшей своей добросовѣстности. Публично-уголовныя кары безсильны уже

потому, что главное зло происходитъ обыкновенно не умышленно, но по небрежности и неосторожности, за что не можетъ быть строгой кары Только большія гражданскія взысканія способны направить дѣло на должный путь. Англійскіе суды, напримѣръ, взыскиваютъ съ желѣзныхъ дорогъ громадныя суммы въ пользу пассажировъ, кои пострадали такъ или иначе отъ неисправности дороги. При этомъ сумма взысканія вовсе не зависитъ отъ степени состоятельности истца. Онъ удовлетворяется за неимущественный ущербъ наравнѣ съ имущественнымъ, и большое взысканіе служитъ въ то же время для желѣзно-дорожнаго предпринимателя хорошимъ наказаніемъ (гражданскимъ) за его неисправность.

Отношеніе всѣхъ должностныхъ лицъ къ публикѣ сходно съ отношеніемъ къ ней публичныхъ предпринимателей. Частное лицо всегда находится въ зависимости отъ чиновника, чиновникъ всегда имѣетъ особыя преимущества надъ частнымъ лицомъ. Современныя законодательства допускаютъ обыкновенно свободное вчиненіе гражданскаго иска противъ должностныхъ лицъ, нанесшихъ своими неправильными дѣйствіями ущербъ частнымъ лицамъ. Этотъ искъ принесетъ всю пользу только тогда, когда судъ приметъ во вниманіе и неимущественные ущербы. Такіе ущербы причиняются, можетъ быть, чаще, чѣмъ ущербы неимущественные.

Вообще, съ точки зрѣнія культурныхъ цѣлей права, гражданская защита неимущественныхъ интересовъ обладаетъ громаднымъ значеніемъ. Ея устраненіе равносильно игнорированію многихъ важныхъ сторонъ общественной жизни.

§ 99.

Гражданская и публичная защита неимущественныхъ интересовъ.

Относительно важнѣйшихъ случаевъ, изъ числа приведенныхъ въ предыдущемъ §, часто замѣчаютъ, что публичная защита была бы тамъ дѣйствительнѣе защиты гражданской. Но то, что сказано выше о правительственномъ контролѣ надъ публичными предпріятіями, то примѣнимо и къ другимъ слу-

чаямъ. Разумѣется, неразумно вдаваться въ противоположную крайность и устранять вовсе правительственный контроль. Неблагопріятное состояніе современныхъ отношеній хозяевъ къ рабочимъ, если страдаетъ отъ чего, такъ именно отъ недостатка правительственнаго надзора. Этотъ надзоръ необходимъ во всѣхъ случаяхъ, гдѣ въ качествѣ кредиторовъ является многочисленный разрядъ разрозненныхъ лицъ, а въ качествѣ должниковъ сильные и обыкновенно сомкнутые вмѣстѣ предприниматели. Архитектурныя правила о постройкахъ въ городѣ, обязательныя для домохозяевъ, есть уже проявленіе помянутаго надзора Онъ выражается далѣе въ желѣзнодорожномъ, фабричномъ и т. п. законодательствахъ вкупѣ съ учрежденіемъ органовъ, приставленныхъ для присмотра за дорогами, фабриками и т. п. Надзоръ старшихъ за младшими въ служебномъ мірѣ есть случай того же контроля. Но въ качествѣ *дополненія* къ нему требуется гражданская защита неимущественныхъ интересовъ. Безъ нея онъ не произведетъ всего своего дѣйствія.

Сущность дѣла заключается въ томъ, что недостаточно однихъ правительственныхъ учрежденій для защиты неимущественныхъ интересовъ. Необходима еще непосредственная помощь самихъ заинтересованныхъ лицъ. Она необходима въ такой степени, что полезно возбудить ее искусственными мѣрами тамъ, гдѣ замѣчается недостатокъ въ личной иниціативѣ для преслѣдованія самыхъ вопіющихъ злоупотребленій. Къ этой цѣли ведетъ соединеніе съ самодѣятельностью пострадавшихъ нѣкоторой самодѣятельности самого гражданскаго суда. Не дожидаясь особыхъ требованій отъ пострадавшихъ, гражданскій судъ, такъ-сказать, самъ предлагаетъ свои услуги, приступая къ взысканію вознагражденія. Этотъ порядокъ введенъ, напримѣръ, въ Пруссіи въ случаяхъ несчастій съ рабочими на фабрикахъ. Онъ желателенъ у насъ въ тѣхъ же случаяхъ, а равно при желѣзнодорожныхъ несчастіяхъ. Разумѣется, гражданское правосудіе измѣняетъ здѣсь своему характеру. Оно становится публичнымъ. Но жизнь требуетъ не точнаго наблюденія классификаціонныхъ рамокъ, а возможно-полнаго удовлетворенія своихъ потребностей.

§ 100.

Результаты.

Признавая гражданское право, въ смыслѣ отношенія, интересомъ, мы замѣчаемъ, что его цѣна опредѣляется потребностями, которымъ оно служитъ по назначенію субъекта (§ 92). Если многіе предметы, въ противоположность другимъ предметамъ, обладаютъ опредѣленною рыночною цѣною (§ 93), то истинная цѣна гражданскихъ правъ всегда субъективная и смѣшанная (§ 94). При оцѣпкѣ ихъ юристъ долженъ принимать во вниманіе какъ имущественную, такъ и неимущественную цѣну. Вопреки мнѣнію, достаточно распространенному (§ 95), надо сказать, что гражданское право защищаетъ неимущественные интересы. До сознанія необходимости ихъ защиты дошли уже римскіе юристы, хотя не успѣли сообщить ей полное развитіе (§ 96). Денежное взысканіе, употребляясь то какъ гражданское наказаніе, то какъ удовлетвореніе пострадавшаго, служитъ цѣлесообразнымъ средствомъ въ помянутой защитѣ. Той же цѣли служитъ особая забота судьи о возстановленіи нарушеннаго отношенія въ натурѣ (§ 97). Въ современномъ гражданскомъ правѣ защита неимущественныхъ интересовъ пріобрѣла особое распространеніе. Въ двухъ направленіяхъ ея развитіе представляетъ существенную важность вопервыхъ, должно защищать обязательства неимущественнаго свойства; вовторыхъ, надо взыскивать за такія нарушенія обязанностей, кои затрогиваютъ чужія блага, каковы жизнь, здоровье, свобода, честь, спокойствіе и т. п. Гражданское взысканіе получаетъ въ такихъ случаяхъ бо́льшее значеніе, когда направляется противъ лицъ съ особымъ привилегированнымъ положеніемъ (публичные предприниматели, должностныя лица) (§ 98). Гражданская защита неимущественныхъ интересовъ предполагаетъ правительственный контроль надъ дѣятельностью лицъ, отъ которыхъ эти интересы наиболѣе рискуютъ пострадать, и служитъ полезнымъ дополненіемъ къ нему (§ 99).

БИБЛІОТЕКА
Ленинград. отделения
Коммунист. Академии
при ЦИК. СССР.

ФУНДАМЕНТАЛЬ
БИБЛІОТЕКА
Общественных Н
Академия Наук С