КУРСЪ

РИМСКАГО ПРАВА

Д. Д. Гримма

ординарнаго профессора Императорскаго С.-Петербургскаго Университета

ТОМЪ I-й

ВЫПУСКЪ I-й

ВВЕДЕНІЕ. УЧЕНІЕ ОБЪ ОСНОВНЫХЪ ПРАВОВЫХЪ ПОНЯТІЯХЪ.

38157

П

С.-ПЕТЕРБУРГЪ

Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28

1904

По опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго С.-Петербургскаго университета печатать разрѣшается.

22 Марта 1904 г. Деканъ *Д. Гримм*

Пандектисты привыкли касаться въ своихъ курсахъ и руководствахъ общихъ вопросовъ теоріи права. Мы считаемъ нужнымъ слѣдовать ихъ примѣру Настоящій первый выпускъ нашего курса римскаго права обнимаетъ введеніе и ученіе объ основныхъ правовыхъ понятіяхъ, т.-е. ученіе о юридическихъ нормахъ (такъ наз. право въ объективномъ смыслѣ) и ученіе о юридическихъ отношеніяхъ и юридическихъ институтахъ (такъ наз. право въ субъективномъ смыслѣ).

Мотивы, побуждающіе насъ останавливаться на этихъ общихъ вопросахъ, для всякаго, знакомаго съ положеніемъ ихъ въ современной доктринѣ, должны быть весьма понятные. Вопросы эти въ настоящее время вновь привлекаютъ къ себѣ всеобщее вниманіе. Оживленное обсужденіе ихъ въ литературѣ вызвало крайнее разнообразіе и пестроту взглядовъ. При этомъ за послѣднее время все рѣзче начинаютъ выдвигаться теоріи, пытающіяся построить ученіе о правѣ на чисто субъективистической основѣ. Самымъ характернымъ проявленіемъ крайнихъ субъективистическихъ тенденцій является новѣйшая психологическая теорія права проф. Л. І. Петражицкаго, который сущность всѣхъ основныхъ явленій права сводитъ къ чисто внутреннимъ, психическимъ процессамъ. При такихъ условіяхъ трудно, если не невозможно, обойтись въ общемъ курсѣ безъ указанія собственной точки зрѣнія, собственнаго взгляда на упомянутые основные вопросы права.

Мы не отрицаемъ важнаго значенія психологическихъ факторовъ въ сферѣ правовыхъ явленій Мы однако позволяемъ себѣ думать, что центръ тяжести не въ нихъ. При построеніи общей теоріи права надо исходить не отъ внутреннихъ, субъективныхъ, а отъ внѣшнихъ, объективныхъ данныхъ. Въ частности, мы придаемъ основное значеніе двумъ моментамъ: это, съ одной стороны, конкретныя жизненныя отношенія, въ которыя мы вступаемъ другъ съ другомъ и съ окружающими насъ предметами внѣшняго міра, съ другой стороны — абстрактные типы отношеній, которыми регулируются упомянутыя жизненныя отношенія. Точная формулировка и строгое разграниченіе этихъ двухъ понятій на нашъ взглядъ можетъ создать надежный базисъ для построенія ученія объ основныхъ правовыхъ понятіяхъ.

Таковы наши исходныя положенія. Развитію ихъ посвященъ настоящій первый выпускъ курса. Римское право даетъ намъ при этомъ богатый конкретный матеріалъ для иллюстраціи устанавливаемыхъ нами общихъ положеній.

Второй выпускъ курса, включающій въ себѣ остальныя ученія общей части, мы надѣемся выпустить въ теченіе нынѣшняго же года.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

стран.

Предисловіе . . . . . III—IV.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Объектъ юридическихъ наукъ и въ частности догмы права . 1— 6
§ 2. Понятіе и значеніе догмы римскаго права . . . . . 7—13
§ 3. Рецепція римскаго права на Западѣ 13–16
§ 4. Источники современнаго римскаго права . . . . . 16—23
I. Corpus juris civilis, стр 17. II. Каноническое право. стр. 21. III Германское законодательство и обычное право, стр. 22.
§ 5 Соотношеніе между источниками современнаго римскаго права 23—24
§ 6 Литература пандектнаго права . . . . . 24—30
I Смѣна отдѣльныхъ теченій, стр 24 II Системы изложенія стр. 28. III. Важнѣйшія пособія. стр 30

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

Отдѣлъ I. Основныя правовыя понятія.

Глава I. Право въ объективномъ смыслѣ.

(Ученіе о юридическихъ нормахъ).

Подраздѣленіе I. Понятіе права въ объективномъ смыслѣ
§ 7. Отправная точка . . . . . 31—34
§ 8. Общее опредѣленіе юридическихъ нормъ 34–39
§ 9. Разборъ важнѣйшихъ возраженій противъ даннаго опредѣленія. 39—44
§ 10 Ближайшее развитіе даннаго опредѣленія . . . . . 44—50
Подраздѣленіе II. Обзоръ юридическихъ нормъ въ римскомъ правѣ.
§ 11. Нормы, непосредственно установленныя органами государственной власти 51–62
I. Нормы, установленныя органами законодательной власти и въ частности законы, стр 51. II. Нормы, установленныя органами административной власти, стр 55 III. Нормы, установленныя органами судебной власти, стр. 58.

СТРАН.

§ 12 Нормы, возникшія помимо участія органовъ государственной власти . . . . . 63—76

I Нормы, покоющіяся на неорганизованномъ общественномъ авторитетѣ (обычаи), стр 63 II Нормы, покоющіяся на организованномъ общественномъ авторитетѣ, стр 68 III Нормы, покоющіяся на индивидуальномъ авторитетѣ отдѣльныхъ лицъ, или нормы, установленныя наукою права, стр. 73.

Подраздѣленіе III. Главныя подраздѣленія юридическихъ нормъ въ римскомъ правѣ

§ 13. Jus publicum и jus privatum . . . . . 76—83

§ 14 Исторически важныя подраздѣленія частнаго права въ римскомъ правѣ . . . . . 83—91

I Jus civile, jus gentium, jus naturale, ст 83. II. Ius civile и jus honorarium, стр 87

Глава II Право въ субъективномъ смыслѣ.

(Ученіе о юридическихъ отношеніяхъ и юридическихъ институтахъ).

Подраздѣленіе I Жизненныя отношенія

§ 15 Общій анализъ жизненныхъ отношеній . . . 92— 98

§ 16. Коренныя и вспомогательныя отношенія . . . . 98—107

Подраздѣленіе II Юридическія отношенія и субъективныя права.

§ 17. Постановка вопроса въ литературѣ . . . . . 107—116

§ 18 Общее понятіе юридическаго отношенія . . 117—122

§ 19. Права и обязанности . . . . . 122—130

§ 20. Возникновеніе, измѣненіе, переходъ и прекращеніе правъ и обязанностей . . . . . 130—134

Подраздѣленіе III. Юридическіе институты

§ 21 Понятіе юридическаго института . . . . . 134—141

§ 22. Юридическіе факты . . . . . 141—147

Подраздѣленіе IV. Юридическіе институты и субъективныя права въ системѣ римскаго частнаго права.

§ 23. Юридическіе институты въ системѣ римскаго права . . . 147—155

§ 24. Вещныя и обязательственныя права въ системѣ римскаго права 155—168

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ:

Страница:	*строка*	*напечатано*	*читать:*
9	1 св.	Это	Его
22	1 сн.	нач еніе	значеніе
27	6 св.	Lanterbach	Lauterbach
30	1 „	рубликами	рубриками
43	12 „	смыслѣ И	смыслѣ. И
46	13 „	обязательными Не	обязательными Не
67	16 сн.	поu	поп
70	7 „	аврономіи	автономіи
81	12 св.	ноныхъ	новыхъ
87	5 „	онѣ	они
89	16 сп.	имъ	ими.
118	17 св.	ἀδιάφοσον	ἀδιάφορον

ВВЕДЕНІЕ

§ 1.

Объектъ юридическихъ наукъ и въ частности догмы права.

Явленія человѣческаго общежитія, составляющія предметъ изученія соціальныхъ наукъ, слагаются изъ безконечнаго ряда сосуществующихъ и смѣняющихъ другъ друга отношеній, въ которыя люди вступаютъ другъ съ другомъ и съ окружающими ихъ предметами для достиженія тѣхъ или иныхъ цѣлей. Эти отношенія выражаются во внѣ въ извѣстномъ, специфическомъ поведеніи заинтересованныхъ лицъ. Большинство этихъ отношеній носитъ массовый характеръ, періодически повторяется и выливается въ извѣстныя типичныя формы. Оно и понятно: одинаковыя причины всегда порождаютъ одинаковыя послѣдствія. Поскольку общее состояніе данной соціальной среды, интересы и потребности членовъ ея, съ одной стороны, способы и средства удовлетворенія ихъ, съ другой стороны, остаются неизмѣнными, постольку отдѣльныя конкретныя проявленія этой среды и въ частности поведеніе заинтересованныхъ лицъ будутъ имѣть тенденцію повторяться. При этомъ весьма рано уже обособляются двѣ группы повторныхъ массовыхъ отношеній: одни изъ нихъ пріобрѣтаютъ характеръ нормальныхъ, желательныхъ, соотвѣтствующее поведеніе заинтересованныхъ лицъ, а вмѣстѣ

съ тѣмъ и самыя отношенія признаются общественно цѣлесообразными (напр. различныя типичныя формы обмѣна благъ, типичныя формы пользованія и распоряженія благами, получающія наименованіе субъективныхъ правъ); другія, напротивъ, считаются ненормальными, недопустимыми, соотвѣтствующее поведеніе, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самыя отношенія признаются общественно вредными и вызываютъ противъ себя принятіе извѣстныхъ репрессивныхъ мѣръ (напр. различные способы лишенія жизни, присвоенія „чужихъ“ благъ и т. д.).

Въ связи съ этимъ складывается извѣстная система правилъ или нормъ, которыя, въ зависимости отъ степени развитія данной соціальной среды и степени важности, которая придается подлежащимъ отношеніямъ, либо прямо формулируются и объявляются обязательными со стороны подлежащихъ соціальныхъ авторитетовъ, либо складываются помимо участія ихъ, благодаря силѣ прецедента и привычки, съ какими моментами со временемъ ассоціируется сознаніе обязательности въ подлежащихъ случаяхъ извѣстнаго поведенія и регулирующихъ его правилъ.

Изъ сопоставленія этихъ правилъ или нормъ мы усматриваемъ, какія именно отношенія, при какихъ условіяхъ и въ какомъ объемѣ съ точки зрѣнія данной соціальной среды въ данное время признаются нормальными, общественно-цѣлесообразными, какія, напротивъ считаются аномальными, общественно вредными.

Въ результатѣ создается весьма важное различіе между *реальными, конкретными жизненными отношеніями* (напр. конкретной куплей-продажей, заключенной между А и В, конкретнымъ правомъ пользованія, предоставленнымъ А относительно даннаго объекта со стороны В и т. д.) и *абстрактными типами отношеній*, именуемыми, поскольку соотвѣтствующія отношенія пріобрѣтаютъ юридическое значеніе, признаются юридически существенными,—*юридическими институтами* (такъ напр. мы говоримъ объ институтѣ купли продажи, мѣны,—объ институтѣ собственности, узуфрукта и т. д.).

Всякое реальное, конкретное жизненное отношеніе, какъ мы уже замѣтили, выражается во внѣ въ извѣстномъ специфическомъ поведеніи, въ совершеніи или несовершеніи из-

вѣстныхъ дѣйствій со стороны реальныхъ субъектовъ надъ реальными объектами. Ни о чемъ подобномъ, разумѣется, не можетъ быть рѣчи въ примѣненіи къ абстрактнымъ типамъ отношеній, которые именно представляютъ собою не реальныя величины, а лишь мыслимыя комбинаціи общественныхъ элементовъ. Каждый такой абстрактный типъ и въ частности каждый юридическій институтъ слагается лишь изъ ряда нормъ, которыя указываютъ, при наличности какихъ условій, какихъ признаковъ извѣстнаго рода дѣятельность разрѣшается, предписывается или возбраняется, и которыя въ частности, въ примѣненіи къ отношеніямъ, признаваемымъ общественно цѣлесообразными, указываютъ: во-1-хъ, тѣ моменты, тѣ признаки, при которыхъ данное отношеніе признается возникшимъ (напр. купля-продажа возникаетъ съ момента соглашенія относительно товара и цѣны, право собственности возникаетъ съ момента передачи вещи и т. п.); во-2-хъ, тѣ моменты, тѣ признаки, которые опредѣляютъ объемъ и содержаніе его (напр. продавецъ можетъ требовать уплаты цѣны, покупщикъ можетъ требовать передачи товара,—собственникъ имѣетъ по общему правилу безконтрольное право пользованія и распоряженія своей вещью, узуфруктуаръ можетъ пользоваться вещью и извлекать доходъ изъ нея, но не можетъ отчуждать и не долженъ ухудшать ее, и т. д.), наконецъ, въ-3-хъ, тѣ моменты, при наличности которыхъ данное отношеніе считается прекратившимся.

Практическое соотношеніе между конкретными жизненными отношеніями и абстрактными типами отношеній сводится къ тому, что эти абстрактные типы или точнѣе признаки, устанавливаемые ими, служатъ критеріями для такъ назыв. юридической квалификаціи жизненныхъ отношеній: въ самомъ дѣлѣ, данное конкретное отношеніе, напр. данный договоръ, характеризуется какъ купля-продажа или наемъ и т. д. въ зависимости отъ того, признаки какого абстрактнаго типа въ немъ встрѣчаются. Это имѣетъ то практическое значеніе, что въ дальнѣйшемъ къ данному отношенію примѣняются нормы, установленныя для отношеній даннаго типа.

Различеніе конкретныхъ жизненныхъ отношеній и абстрактныхъ типовъ отношеній имѣетъ не только одно практическое,

но и весьма важное теоретическое значеніе. Дѣло въ томъ, что какъ тѣ, такъ и другіе могутъ служить *объектомъ самостоятельнаго научнаго изслѣдованія*. Поскольку мы изучаемъ конкретныя жизненныя отношенія, мы описываемъ и обобщаемъ реальныя жизненныя явленія и процессы, анализируемъ причины, породившія ихъ, и послѣдствія, ими вызванныя.—Поскольку мы изучаемъ абстрактные типы отношеній, мы описываемъ и анализируемъ не то, что на самомъ дѣлѣ происходитъ или произошло, а то, что *съ точки зрѣнія данной соціальной среды*, въ смыслѣ *поведенія* заинтересованныхъ частныхъ лицъ, или тѣхъ или иныхъ органовъ власти, при данныхъ условіяхъ считается нормальнымъ, что ожидается отъ этихъ лицъ, что должно или можетъ, (но можетъ и не) быть совершено ими, или наоборотъ, совершеніе чего подлежащими лицами считается ненормальнымъ, недопустимымъ, что не должно (но тѣмъ не менѣе можетъ) быть совершено этими частными лицами и оффиціальными органами.

Къ числу наукъ, изучающихъ не реальныя жизненныя явленія, а абстрактные типы, наряду съ нормативной этикой принадлежатъ и науки юридическія. Въ частности, исторія права изучаетъ смѣну правовыхъ институтовъ во времени (напр. смѣну отдѣльныхъ формъ собственности,залога и т. д. въ системѣ русскаго или римскаго или иного какого-нибудь права); догма права анализируетъ эти правовые институты въ томъ видѣ, въ какомъ они представляются при данныхъ условіяхъ мѣста и времени (напр. римское право собственности или залога временъ Юстиніана, русское право собственности или залога временъ Уложенія царя Алексѣя Михайловича). Иначе говоря,—*исторія права изучаетъ правовые институты въ порядкѣ послѣдовательности, смѣны ихъ во времени, а догма права—въ порядкѣ сосуществованія.*

Такимъ образомъ, какъ исторія, такъ и догма права имѣютъ своимъ непосредственнымъ объектомъ не конкретныя юридически существенныя отношенія, а абстрактные типы ихъ, юридическіе институты. Это не значитъ конечно, что бы можно было игнорировать подлежащія конкретныя отношенія.

Напротивъ, съ ними нерѣдко приходится считаться уже при *описаніи* юридическихъ институтовъ. Особенно часто въ

такомъ положеніи можетъ очутиться историкъ права, изучая напр., институты, возникшіе на почвѣ обычнаго права и подлежащіе реконструкціи на основаніи нашихъ свѣдѣній о томъ, что въ данной области жизни дѣйствительно происходило, что считалось нормальнымъ, не возбуждало споровъ и сомнѣній.

Равнымъ образомъ приходится считаться съ конкретными жизненными отношеніями и при *объясненіи* происхожденія, перемѣнъ или отпаденія данныхъ правовыхъ институтовъ, въ смыслѣ указанія напр. на то, какія конкретныя массовыя отношенія вызвали необходимость юридической регламентаціи или напротивъ необходимость пересмотра подлежащихъ нормъ и институтовъ или отмѣны ихъ.

Наконецъ, конкретныя жизненныя отношенія должны быть приняты во вниманіе и при *оцѣнкѣ* степени значенія и цѣлесообразности, степени соотвѣтствія тѣхъ или иныхъ юридическихъ институтовъ съ реальными жизненными потребностями и интересами.

Не слѣдуетъ однако упускать изъ вида, что во всѣхъ указанныхъ случаяхъ конкретныя жизненныя отношенія не являются самостоятельнымъ объектомъ изслѣдованія, они берутся какъ нѣчто готовое, данное, ссылка на нихъ служитъ лишь матеріаломъ, *средствомъ* для построенія ученія о соотвѣтствующихъ юридическихъ институтахъ,—только послѣдніе составляютъ *самостоятельный* объектъ изслѣдованія юридическихъ наукъ.

Этимъ юридическія науки отличаются отъ исторіи, политической экономіи, соціологіи, которыя имѣютъ объектомъ именно конкретныя жизненныя отношенія, задаются анализомъ и обобщеніемъ этихъ послѣднихъ, пользуясь при этомъ въ свою очередь въ качествѣ матеріала данными юридическихъ наукъ.

Правда, только что названныя науки, и въ частности соціологія, тоже могутъ привести въ результатѣ изученія конкретныхъ жизненныхъ отношеній къ выработкѣ извѣстныхъ абстрактныхъ типовъ (напр. типовъ античнаго—средневѣковаго—современнаго государства, или типовъ античнаго, средневѣковаго и т. д. міровоззрѣнія, или культуры и т. д.). Однако добытые такимъ путемъ чисто научные, *теоретическіе* типы не

имѣютъ ничего общаго съ тѣми *практическими* типами, о которыхъ мы говорили выше. Основное различіе между ними сводится къ тому, что теоретическіе типы представляютъ собою лишь попытки воспроизведенія типичныхъ чертъ тѣхъ или иныхъ группъ связанныхъ между собою проявленій общественной жизни, безотносительно къ тому, представляются ли соотвѣтствующія комбинаціи общественныхъ элементовъ желательными или нѣтъ, тогда какъ практическіе типы представляютъ собою извѣстныя, признанныя желательными (или наоборотъ нежелательными) комбинаціи общественныхъ элементовъ, безотносительно къ тому, существуютъ ли подобныя комбинаціи уже на практикѣ, или онѣ лишь имѣютъ быть призваны къ жизни (или наоборотъ имѣютъ быть недопущены) путемъ установленія соотвѣтствующихъ обязательныхъ правилъ поведенія. Въ связи съ этимъ стоитъ другое различіе: только практическіе типы являются самостоятельнымъ *объектомъ* изученія, тогда какъ теоретическіе типы или точнѣе построеніе ихъ составляетъ *результатъ* изученія подлежащихъ конкретныхъ явленій [1]).

Въ заключеніе остается отмѣтить, что указанная нами основная особенность юридическихъ наукъ обыкновенно упускается изъ вида или по крайней мѣрѣ не подчеркивается съ желательной отчетливостью. А это приводитъ на практикѣ къ постоянному смѣшенію конкретныхъ юридическихъ отношеній съ абстрактными типами такихъ отношеній, характернымъ признакомъ чего является употребленіе термина „юридическое отношеніе“ то въ смыслѣ конкретнаго отношенія, то въ смыслѣ абстрактнаго типа; а это въ свою очередь повлекло за собою то послѣдствіе, что на каждомъ шагу абстрактнымъ типамъ приписываются свойства конкретныхъ отношеній и наоборотъ.

И такъ, мы установили объектъ юридическихъ наукъ и въ частности догмы права. Намъ необходимо установить теперь понятіе и значеніе догмы римскаго права.

---

[1]) Это важное различеніе теоретическихъ и практическихъ типовъ совершенно упускается изъ вида доктриной. Послѣдняя, поскольку она вообще касается этого вопроса, считается исключительно съ теоретическими типами. Ср. напр. Jellinek, das Recht des modernen Staates, т. I стр. 27 и сл., стр. 31 и сл.

§ 2.

Понятіе и значеніе догмы римскаго права.

Мы видѣли, что каждая правовая система поддается двоякаго рода изученію: историческому и догматическому. При историческомъ изученіи мы изслѣдуемъ послѣдовательную смѣну правовыхъ институтовъ во времени въ зависимости отъ измѣняющихся условій жизни данной общественной среды. При догматическомъ изученіи мы беремъ и анализируемъ эти правовые институты въ томъ видѣ, въ какомъ они представляются при данныхъ условіяхъ мѣста и времени. Догматическое изученіе данной правовой системы само по себѣ можетъ быть, конечно, пріурочено къ любому моменту историческаго развитія этой системы, но чаще всего оно, какъ по теоретическимъ, такъ и по практическимъ соображеніямъ имѣетъ своимъ предметомъ живое дѣйствующее право. Въ самомъ дѣлѣ, дѣйствующее право съ одной стороны даетъ изслѣдователю наиболѣе полный и сравнительно наиболѣе доступный матеріалъ; съ другой стороны, изученіе дѣйствующаго права имѣетъ прямое практическое значеніе, облегчая задачу судебной практики, призванной примѣнять нормы права къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ.

Переходя отъ этихъ общихъ соображеній къ вопросу о догматическомъ изученіи римскаго или точнѣе римскаго гражданскаго права, (ибо только о немъ идетъ рѣчь), нельзя не замѣтить, что въ отношеніи этой правовой системы разрѣщеніе указаннаго вопроса нѣсколько усложняется. Такъ называемое чистое римское право въ томъ видѣ, какъ оно было кодифицировано въ VI столѣтіи нашей эры императоромъ Юстиніаномъ, разумѣется, нигдѣ уже не примѣняется, представляетъ собою явленіе историческое. Но кодификаціей Юстиніана не завершился циклъ историческаго развитія римскаго гражданскаго права. Ниже намъ придется еще ближе остановиться на историческомъ процессѣ, извѣстномъ подъ именемъ рецепціи римскаго права. Пока замѣтимъ, что кодифи-

кація Юстиніана, въ особенности съ XII вѣка, стала подвергаться серьезной научной разработкѣ въ Италіи, разработкѣ, которая со временемъ пріобрѣла характеръ переработки Юстиніановскаго права примѣнительно къ новымъ условіямъ жизни. Въ такомъ переработанномъ видѣ это право стало примѣняться въ судахъ Италіи, затѣмъ перешло во Францію и наконецъ въ Германію, гдѣ римское право въ весьма значительной части этой страны сохранило значеніе дѣйствующаго права вплоть до 1900 г., когда вступило въ силу новое общегерманское гражданское уложеніе. Это римское право новой формаціи называется современнымъ римскимъ или пандектнымъ правомъ. Въ Германіи его называли также общимъ (германскимъ) правомъ римскаго происхожденія, въ противоположность мѣстнымъ національнымъ правамъ и общему (германскому) національному праву. Естественно, что въ германскихъ университетахъ предметомъ догматическаго изученія служило и продолжаетъ служить именно это современное, а не чистое римское право. Но у насъ, если не считать прибалтійской окраины, римское право никогда не было дѣйствующимъ правомъ. Поэтому естественно возникаетъ вопросъ: во-1-хъ, насколько вообще можетъ быть оправдываемо догматическое изученіе этого права, что̀ этимъ достигается, и во-2-хъ, не слѣдуетъ ли, разъ уже догматическое изученіе этого права признается необходимымъ, избрать предметомъ изученія не такъ назыв. современное или пандектное, а именно чистое римское право въ томъ видѣ, въ какомъ оно вылилось въ Юстиніановской кодификаціи.

1) Что касается перваго вопроса, то онъ сводится къ пресловутому вопросу о значеніи римскаго права для современной и въ частности русской юриспруденціи. Взгляды цо этому вопросу очень расходятся. Многіе, особенно у насъ, думаютъ, что римское право утратило всякое значеніе и что преподаваніе его держится только въ силу, такъ сказать, инерціи. Другіе, главнымъ образомъ присяжные романисты, превозносятъ его до небесъ и увѣряютъ, что римское право есть и всегда будетъ ratio scripta, наиболѣе законченная система гражданскаго права, которая когда либо существовала и будетъ существовать. Римское право не заслуживаетъ ни

подобнаго осужденія, ни подобной похвалы. Это дѣйствительное значеніе можетъ быть формулировано слѣдующимъ образомъ:

а) Прежде всего оно представляетъ собою несомнѣнно весьма выдающуюся во многихъ отношеніяхъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самую разработанную въ литературномъ смыслѣ систему частнаго права. Конечно и римское право не свободно отъ недостатковъ, при томъ какъ формальныхъ, такъ и матеріальныхъ. Формальные недостатки его заключаются въ отсутствіи сколько-нибудь удовлетворительно выдержанной системы Юстиніановской кодификаціи, въ крайне казуистическомъ характерѣ отдѣльныхъ постановленій, въ массѣ противорѣчій, недомолвокъ и т. д., что все, вмѣстѣ взятое, чрезвычайно затрудняетъ пользованіе Юстиніановскими сборниками. Съ матеріальной стороны римское право проникнуто принципомъ крайняго индивидуализма. Этотъ принципъ проведенъ такъ односторонне, что нерѣдко даже обращается противъ тѣхъ, кто наиболѣе заинтересованъ въ сохраненіи его. Достаточно вспомнить, что позднѣйшее римское право при строгомъ проведеніи принципа ubi meam rem invenio, ibi eam vindico, не дѣлаетъ никакого различія въ способахъ пріобрѣтенія права собственности на движимыя и недвижимыя вещи: тутъ и тамъ считается достаточной простая, неформальная традиція вещи. Естественно, что полное отсутствіе публичности при пріобрѣтеніи недвижимостей лишало пріобрѣтателя всякой возможности удостовѣриться, что онъ пріобрѣлъ вещь у собственника ея, что она не будетъ отнята у него, а это должно было невыгодно повліять на оборотоспособность недвижимостей. Неудобства такого порядка усугублялись тѣмъ, что римское право допускало въ самыхъ широкихъ предѣлахъ залогъ какъ отдѣльныхъ вещей, такъ и цѣлаго имущества путемъ простой, неформальной гипотеки, при которой залогодатель сохраняетъ собственность и владѣніе заложенной вещи и вмѣстѣ съ тѣмъ возможность неопредѣленное число разъ перезакладывать ее. Очевидно, ни кредиторъ, дающій деньги подъ залогъ, ни пріобрѣтатель вещи никогда не могли быть увѣрены, что она не обезцѣнена цѣлымъ рядомъ установленныхъ раньше закладныхъ правъ далеко сверхъ своей стоимости. Объясняются приве-

денные недостатки римскаго вещнаго права именно преобладаніемъ крайнихъ индивидуалистическихъ воззрѣній среди римскихъ юристовъ. Дѣло поставлено такъ, какъ-будто всякій переходъ правъ затрогиваетъ только непосредственно участвующихъ въ пріобрѣтеніи и отчужденіи права лицъ,— интересы оборота, интересы третьихъ лицъ отступаютъ на задній планъ. При этомъ упускается изъ виду, что эти третьи лица не сегодня, завтра могутъ сами стать непосредственно заинтересованной стороной въ дѣлѣ, что пренебреженіе ихъ интересами вредитъ обороту въ цѣломъ, обороту, въ который входятъ въ качествѣ составныхъ единицъ и тѣ, кто въ данное время участвуетъ въ пріобрѣтеніи и отчужденіи правъ. Изъ другихъ частей римскаго права несвободно отъ серьезныхъ недостатковъ въ особенности наслѣдственное право, отличающееся чрезмѣрной сложностью и запутанностью нѣкоторыхъ важныхъ институтовъ, въ особенности такъ назыв. права необходимаго наслѣдованія. Выдающимися достоинствами отличается зато договорно обязательственное право, въ дѣлѣ разработки котораго римскіе юристы по своему времени воздвигли себѣ въ полномъ смыслѣ слова monumentum aere perennius. Весьма здравы также принципы, лежащіе въ основаніи брачно-имущественнаго права, построеннаго на началѣ раздѣльности имущества обоихъ супруговъ.

Если такимъ образомъ римское право на ряду съ безспорными достоинствами страдаетъ и весьма ощутительными недостатками, то все же оно въ цѣломъ есть культурный памятникъ народа, стоявшаго на высокой ступени развитія; въ сравненіи же съ правами варварскихъ племенъ, заполонившихъ Западную Европу послѣ паденія западно-римской имперіи, оно стоитъ на недосягаемой высотѣ. Естественно поэтому, что по мѣрѣ роста гражданственности въ средѣ новыхъ западноевропейскихъ народностей, по мѣрѣ развитія гражданскаго оборота, требующаго соотвѣтствующаго развитія правовыхъ институтовъ, ограждающихъ его, взоры ученыхъ юристовъ поневолѣ должны были обратиться на римское право, которое содержало въ готовомъ видѣ все то, чего недоставало новымъ національнымъ правамъ. И вотъ начинается ученая разработка и переработка его, приведшая къ созданію со-

временнаго римскаго права. Эта ученая разработка не остановилась и послѣ того, какъ римское право во Франціи, въ Италіи, въ значительной части Германіи утратило значеніе дѣйствующаго права. Этому помогло то обстоятельство, что не существовало и до сихъ поръ не существуетъ общей теоріи гражданскаго права. Между тѣмъ матеріалъ для такой общей теоріи въ смыслѣ массы вопросовъ, общихъ для всякой положительной системы гражданскаго права, все растетъ и растетъ. Нужно было какъ-нибудь справиться съ нимъ. И вотъ, благодаря центральному положенію римскаго права, начала котораго въ большей или меньшей степени легли въ основаніе новыхъ обширныхъ кодификацій, эти общіе вопросы стали разрабатываться именно примѣнительно къ римскому или точнѣе современному римскому праву. Въ этомъ смыслѣ нельзя не согласиться съ знаменитымъ романистомъ, проф. Берлинскаго университета Дернбургомъ, который говоритъ: „Пандекты имѣютъ цѣлью изложеніе общей теоріи гражданскаго права. Они выполняютъ эту задачу путемъ изложенія общаго права (gemeines Recht), поскольку послѣднее покоится на римскихъ юридическихъ традиціяхъ. Ибо это право (т.-е. римское) составляетъ основаніе, на которомъ покоится гражданское право нашихъ дней“. (Pandecten, т. I, стр. 1). Если все это такъ, если римское право представляетъ собою самую разработанную систему гражданскаго права и въ извѣстномъ смыслѣ служитъ суррогатомъ несуществующей пока общей теоріи гражданскаго права, то это одно оправдываетъ уже то вниманіе, которое удѣляется ему въ университетскомъ преподаваніи, это одно объясняетъ, почему безъ римскаго права, если не юридическое вообще, то уже во всякомъ случаѣ цивилистическое образованіе немыслимо.

b) Независимо отъ указаннаго соображенія нельзя не указать еще и на другое въ разъясненіе важности основательнаго знакомства съ римскимъ правомъ. Дѣло въ томъ, что начала римскаго права, какъ уже нами было замѣчено, легли въ большей или меньшей степени въ основаніе важнѣйшихъ кодификацій частнаго права, появившихся въ свѣтъ въ концѣ XVIII и въ теченіи XIX столѣтія; достаточно указать на прусское земское право, Code Civil, Саксонское гра-

жданское уложеніе, Сводъ мѣстн. указ. губ. прибалтійскихъ, новое гражданское уложеніе Германской Имперіи. Особенно сильно вліяніе римскаго договорно-обязательственнаго права, тогда какъ другія части римской системы подверглись весьма значительнымъ измѣненіямъ. Послѣ этого понятно, какимъ важнымъ подспорьемъ служитъ римское право для усвоенія и полнаго уразумѣнія современныхъ системъ.

c) Наконецъ, нельзя не обратить вниманія еще на одинъ пунктъ. Русскимъ цивилистамъ приходится имѣть дѣло съ такимъ законодательнымъ сборникомъ, недостатки котораго чрезвычайно велики. Мы имѣемъ, конечно, въ виду нашъ Сводъ Законовъ Гражданскихъ, составляющій I ч. X т. Св. Законовъ. Многихъ вопросовъ первостепенной важности этотъ кодексъ вовсе не касается. Тѣмъ болѣе необходимо основательное и всестороннее знакомство съ общими вопросами гражданскаго права для лицъ, призванныхъ участвовать въ рѣшеніи гражданскихъ споровъ. А эти общіе вопросы, какъ мы уже замѣтили, разрабатываются преимущественно романистами на почвѣ современнаго римскаго права.

2) Если изложенныя соображенія убѣждаютъ въ пользѣ и необходимости подробнаго догматическаго изученія римскаго права не только для западно-европейскихъ, но и для русскихъ юристовъ, то ими вмѣстѣ съ тѣмъ предрѣшается и вопросъ о томъ, какой формаціи римское право, чистое или современное, должно быть положено въ основаніе догматическаго курса. Вопросъ несомнѣнно долженъ быть рѣшенъ въ пользу современнаго римскаго права. Дѣйствительно, какой интересъ и какую пользу можетъ представить подробное догматическое изученіе такихъ институтовъ, которые давно отжили свой вѣкъ, какъ напр. институтъ рабства, патроната, національно-римскія формы контрактовъ, какъ стипуляція и литтеральный контрактъ и т. п. Не имъ обязано римское право своей славой, своей живучестью. Съ другой стороны, какъ не остановиться ближе на тѣхъ новыхъ началахъ, которыя вдохнули въ Юстиніановскую кодификацію новую жизнь, приспособили ее къ новымъ потребностямъ оборота, какъ то сдѣлало признаніе обязательной силы за всѣми неформальными соглашеніями, расширеніе сферы при-

мѣненія bona fides, дальнѣйшее развитіе тенденціи позднѣйшаго римскаго права къ замѣнѣ штрафныхъ исковъ ex delicto исками, направленными на вознагражденіе за убытокъ и т. д. Въ виду изложеннаго, задачей нашего курса будетъ изложеніе современнаго римскаго или пандектнаго права. Бросимъ же теперь взглядъ на ходъ образованія этого права.

§ 3.

Рецепція римскаго права на западѣ [1]).

1. Варварскія племена, образовавшія новыя государства на развалинахъ западноримской имперіи какъ внѣ Италіи (вестготское, бургундское, франкское), такъ и въ предѣлахъ ея (остготское и позднѣе—лангобардское), не могли не признать до извѣстной степени превосходства римской культуры, римскихъ традицій, римскихъ началъ предъ собственными. Это признаніе выразилось на первыхъ порахъ въ томъ, что римскимъ подданнымъ этихъ государствъ въ большей или меньшей степени было предоставлено право судиться по началамъ римскаго права. Для нихъ составлялись даже мѣстами особые сборники, такъ называемые leges Romanae; самый важный изъ нихъ—сборникъ, составленный для римлянъ, проживающихъ въ предѣлахъ вестготскаго королевства, при Аларихѣ II въ началѣ VI стол. (еще до Юстиніановской кодификаціи); онъ извѣстенъ подъ именемъ lex Romana Wisigothorum или Breviarium Alaricianum. Съ теченіемъ времени и раньше всего въ Италіи начала римскаго права стали проникать и въ среду побѣдителей Рима. Этому не мало способствовало духовенство, воспитываемое поголовно въ римскомъ духѣ, ибо другого образованія, кромѣ римскаго, не откуда было взять. Церковь сама жила по римскому праву,—ecclesia vivit lege Romana,—и проводила начала его въ жизнь при помощи церковныхъ судовъ, компетенція которыхъ со

---

[1]) Муромцевъ, Рецепція римскаго права на Западѣ. Moddermann die Reception des Römischen Rechts, нѣм. пер. Schultz'a.

временемъ стала очень обширной. Дальнѣйшимъ факторомъ, подготовившимъ рецепцію римскаго права, явилась наука, особенно съ XII в., со времени появленія такъ называемой школы глоссаторовъ, зародившейся въ Болонскомъ университетѣ. Глоссаторы слѣпо преклонялись предъ римскимъ правомъ. Свою задачу они усматривали въ возможно точномъ, полномъ толкованіи юстиніановской кодификаціи: отдѣльныя мѣста источниковъ разбирались въ томъ порядкѣ, въ какомъ они слѣдуютъ другъ за другомъ въ Corpus juris и снабжались краткими объяснительными замѣчаніями, — glossae. Далѣе глоссаторы сопоставляли сводныя или параллельныя мѣста, отмѣчали противорѣчія (такъ называемыя антиноміи) и пытались примирить ихъ между собою. Никакихъ прямыхъ практическихъ цѣлей въ смыслѣ сближенія римскаго права съ потребностями современной имъ жизни, они не преслѣдовали. Тѣмъ не менѣе, вліяніе, оказанное ими на распространеніе знакомства съ римскимъ правомъ, было чрезвычайно велико. Благодаря славѣ, которой въ скоромъ времени сталъ пользоваться Болонскій университетъ, туда стекались слушатели изъ всей Италіи, изъ Франціи, Германіи. Возвращаясь на родину, они уносили съ собою сознаніе величія римскаго права и являлись проводниками и адептами его у себя дома. Уже съ конца XII в. замѣтно рѣшительное вліяніе римскаго права на практику итальянскихъ судебныхъ мѣстъ въ смыслѣ стремленія къ возведенію римскаго права на степень главнаго источника права Но вмѣстѣ съ тѣмъ должна была все настоятельнѣе сказаться потребность въ переработкѣ римскаго права, въ приспособленіи его къ новымъ запросамъ жизни. Нѣкоторое начало такой переработкѣ было уже положено каноническимъ законодательствомъ, — церковь уже рано начала модифицировать нѣкоторыя положенія римскихъ источниковъ. Дѣло, начатое ею въ скромныхъ сравнительно размѣрахъ и въ нѣсколько одностороннемъ направленіи, было продолжено преемниками глоссаторовъ, новой школой такъ называемыхъ постглоссаторовъ или комментаторовъ (съ начала XIV в.). У комментаторовъ въ противоположность глоссаторамъ, преобладали практическія тенденціи. Они стремились привести въ связь римскія положенія съ постановленіями канонического

права и правовыми взглядами окружающей ихъ среды, не останавливаясь ради достиженія этой цѣли предъ тенденціознымъ толкованіемъ римскихъ источниковъ. Въ научномъ отношеніи они далеко уступали глоссаторамъ, — характерно между прочимъ, что они изучали и комментировали не столько самые источники, сколько глоссы къ нимъ своихъ предшественниковъ (ср. слова Sarti (XV в.): scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas),—но практическое значеніе ихъ было очень велико; въ той формѣ, какую они придали римскому праву, оно окончательно привилось къ жизни.

2) Въ частности, *въ Италіи*, какъ было замѣчено, римское право начинаетъ пріобрѣтать характеръ главнаго источника права еще съ конца XII в.

Во Франціи римское право съ XIII в. окончательно завоевало южную часть страны, получившей поэтому названіе pays du droit écrit. На сѣверѣ напротивъ удержалось обычное право,—это pays du droit coutumier. Мало-по-малу однако римское право и тамъ стало пріобрѣтать *субсидіарное значеніе*, т.-е. стало примѣняться въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ оказывались пробѣлы въ мѣстныхъ статутахъ и обычаяхъ. Главнымъ проводникомъ римскаго права во Франціи служило наряду съ духовенствомъ сословіе легистовъ, воспитывавшихся на немъ въ юридическихъ школахъ Монпелье, Тулузы, Орлеана и т. д.; задача ихъ облегчалась поддержкой, которую они встрѣчали со стороны объединительной политики королевской власти. Какіе глубокіе корни успѣло пустить римское право въ этой странѣ, явствуетъ между прочимъ изъ того, что именно во Франціи въ эпоху возрожденія возникла новая, т.-н. французская историческая школа (XVI в.), произведшая цѣлый переворотъ въ наукѣ римскаго права, вернувшаяся къ изученію первоисточниковъ его и давшая цѣлый рядъ замѣчательныхъ работъ, сохранившихъ первостепенное значеніе до нашего времени. Къ сожалѣнію, она не долго продержалась.

Что касается, наконецъ, *Германіи*, то здѣсь процессъ рецепціи совершался медленнѣе; только съ половины XV в., послѣ паденія національнаго суда шеффеновъ, хранителей

національныхъ обычаевъ, римское право окончательно утвердилось въ этой странѣ, ставъ „общимъ“ ея правомъ (gemeines Recht), благодаря совокупнымъ усиліямъ императоровъ, духовенства, университетовъ и выпускаемыхъ ими образованныхъ и полуобразованныхъ дѣятелей. Да и то пришлось сдѣлать немалыя уступки національно-правовымъ воззрѣніямъ. Задача эта выпала на долю школы т. н. юристовъ практиковъ, усиліями которыхъ созданъ былъ т. н. usus modernus pandectarum, ученіе, представляющее собою своеобразную смѣсь римскихъ и германскихъ началъ. Зато римское право продержалось въ значительной части Германіи до самаго послѣдняго времени, подъ именемъ современнаго римскаго или пандектнаго права. А это въ свою очередь имѣло то послѣдствіе, что германская наука пріобрѣла руководящее значеніе въ дѣлѣ разработки римскаго права. Поэтому намъ и приходится считаться съ той постановкой его, которую оно получило въ Германіи.

Указавъ такимъ образомъ въ общихъ чертахъ ходъ развитія современнаго римскаго права, мы обратимся теперь къ изученію источниковъ его.

§ 4.

Источники современнаго римскаго права.

Римское право послѣ рецепціи его въ Германіи получило тамъ названіе общаго права (gemeines Recht). Общимъ оно стало называться потому, что оно долгое время господствовало на всемъ протяженіи имперіи. Впрочемъ, это господство никогда не было исключительнымъ: каждая территорія сверхъ того управлялась своими мѣстными національными правами или статутами. Этимъ мѣстнымъ національнымъ правамъ въ случаѣ коллизіи отдавалось предпочтеніе предъ общимъ правомъ римскаго происхожденія. Другими словами, римское право имѣло только субсидіарное значеніе, оно примѣнялось въ каждой территоріи постольку, поскольку въ бѣдномъ по содержанію мѣстномъ правѣ оказывались пробѣлы. Мѣстныя

Академія Наукъ СССР

кодификаціи гражданскаго права (какъ то Прусское земское уложеніе, Австрійское гражданское уложеніе, Саксонское гражданское уложеніе) лишили римское право и этого значенія: оно сохранилось только въ тѣхъ областяхъ, на которыя не было распространено ихъ дѣйствіе. Съ введеніемъ новаго общегерманскаго гражданскаго уложенія 1896 г., вступившаго въ силу 1 января 1900 года, римское право окончательно утратило значеніе дѣйствующаго „общаго“ права Германіи, сохранивъ лишь одно историческое значеніе.

Источниками современнаго римскаго или пандектнаго права являются прежде всего Corpus juris civilis, затѣмъ каноническое право и, наконецъ, германское законодательство и обычное право.

I. Corpus juris civilis [1]).

1) Corpus juris civilis состоитъ изъ Институцій, Дигестъ или Пандектъ, Кодекса и Новеллъ [2]).

а) *Институціи* — Institutiones состоятъ изъ 4 книгъ, подраздѣленныхъ на титулы. Они содержатъ краткій систематическій обзоръ Юстиніановскаго права и были предназначены для ознакомленія начинающихъ юристовъ — cupida legum juventus—съ элементами права. Источниками при составленіи ихъ служили главнымъ образомъ Institutiones и res cotidianae Гая, подвергшіяся мѣстами значительной переработкѣ. Система въ общемъ та же, что и въ Институціяхъ Гая. Въ 1-й книгѣ излагается ученіе о лицахъ, во 2-й вещное право и наслѣдованіе по завѣщанію, въ 3-й наслѣдованіе по закону и большая часть обязательственнаго права, въ 4-й конецъ обязательственнаго права и процессъ. Способъ цитированія Институцій:

§ 1. J. de rer. div. 2, 1 - § 1 перваго титула второй книги Институцій, озаглавленнаго de rerum divisione.

---

[1]) Названіе Corpus juris civilis встрѣчается иногда у глоссаторовъ. Окончательно оно утвердилось со времени изданія Діонисіемъ Готофредомъ Юстиніановскихъ сборниковъ вмѣстѣ съ Новеллами подъ общимъ заглавіемъ c. J. c. in IV partes distinctum.

[2]) Ср. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur d. Röm. Rechts. стр. 332 и сл.

b) *Digesta seu Pandectae* — представляютъ собою обширный сборникъ извлеченій изъ сочиненій 39 римскихъ юристовъ: всѣ они, за исключеніемъ трехъ, относятся къ императорскому періоду. Больше всего выписокъ сдѣлано изъ сочиненій двухъ знаменитыхъ юристовъ III в. Павла и Ульпіана, особенно изъ обширныхъ комментаріевъ ихъ по цивильному праву (ad Sabinum) и по преторскому эдикту (ad Edictum). Дигесты дѣлятся на 50 книгъ, подраздѣленныхъ (за исключеніемъ 30, 31 и 32 книги, носящихъ общее заглавіе de legatis et fideicommissis, I, II и III) на титулы. Каждый титулъ обнимаетъ рядъ фрагментовъ, съ указаніемъ имени юриста и сочиненія его, изъ котораго взятъ фрагментъ. Нѣкоторые титулы очень коротки. Такъ, напр., 3-й титулъ 6-й книги, озаглавленный si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur — состоитъ только изъ трехъ фрагментовъ, которые слѣдуютъ другъ за другомъ въ такомъ порядкѣ: 1) Paulus libro XXI ad Edictum (слѣдуетъ текстъ); 2) Ulpianus libro XVII ad Sabinum (слѣдуетъ текстъ) и 3) опять Paulus libro XXI ad Edictum (слѣдуетъ текстъ). Другіе титулы, напротивъ, включаютъ очень большое число фрагментовъ, напр., въ 1-мъ титулѣ 45-й книги de verborum obligationibus 141 фрагментъ. Кромѣ указаннаго дѣленія на 50 книгъ Дигесты дѣлятся еще на 7 частей, изъ которыхъ каждая обнимаетъ по нѣсколько книгъ. Первыя пять частей носятъ особыя названія: 1) τὰ πρῶτα — книги 1—4; 2) de judiciis — книги 5—11; 3) de rebus creditis — книги 12—19; 4) umbilicus — книги 20—27; 5) de testamentis — книги 28—36; 6) шестая часть обнимаетъ книги— 37—43; 7) седьмая часть—книги 44—50. Система Дигестъ въ общемъ соотвѣтствуетъ системѣ преторскаго эдикта или точнѣе обширныхъ комментаріевъ къ нему классическихъ юристовъ. Изреченія юристовъ тамъ, гдѣ это казалось нужнымъ, подвергались измѣненіямъ и передѣлкамъ (т. н. emblemata Triboniani). Цѣль при этомъ преслѣдовалась двоякая: съ одной стороны, исключеніе всего того, что могло имѣть только историческое значеніе, съ другой стороны—устраненіе противорѣчій. Но ни та, ни другая цѣль не была вполнѣ достигнута, что неудивительно въ виду механическаго характера работъ коммиссіи и спѣшности, съ которой велось все

дѣло. (Коммиссія подъ предсѣдательствомъ Трибоніана работала всего три года надъ составленіемъ Дигестъ, съ 530 по 533 г.). Способъ цитированія Дигестъ:

Fr. 1 § 2 ad Sc. Vellejan. 16, 1-§ 2-й перваго фрагмента перваго титула 16-й книги Дигестъ, озаглавленнаго ad Senatusconsultum Vellejanum.

Вмѣсто fr.-fragmentum, пишутъ также l.—lex.

c) *Codex Justinianus*—представляетъ собою собраніе императорскихъ конституцій, поскольку онѣ сохранили еще значеніе для Юстиніановскаго времени. Кодексъ состоитъ изъ 12 книгъ, подраздѣленныхъ на титулы: каждый титулъ обнимаетъ большее или меньшее число конституцій, расположенныхъ въ хронологическомъ порядкѣ. Что касается системы кодекса, то книга 1 трактуетъ главнымъ образомъ о церковномъ правѣ и объ источникахъ права, книги 2 — 8 посвящены гражданскому праву, книга 9 — уголовному праву, книги 10—12 административному праву. Отдѣльныя конституціи тамъ, гдѣ это казалось нужнымъ, подвергались измѣненіямъ и сокращеніямъ. Кодексъ вышелъ въ двухъ изданіяхъ. Съ составленія его началась кодификаціонная дѣятельность Юстиніана: первое изданіе Кодекса было распубликовано еще въ 529 году. Затѣмъ только было приступлено къ составленію Дигестъ, оконченному въ 533 году. Вслѣдъ за симъ были изданы Институціи, распубликованныя въ томъ же 533 году. Послѣ этого Юстиніанъ распорядился переизданіемъ Кодекса. Второе изданіе, codex repetitae praelectionis, вышло въ 534 г. Вмѣстѣ съ тѣмъ первое изданіе утратило силу закона. Оно до насъ и не дошло. Способъ цитированія Кодекса: c. 12 pr. § 1 C. de usufr. 3, 33-principium [1]) (т.-е. начало) и § 1-й 12-й конституціи 33-го титула 3-й книги Кодекса, озаглавленнаго de usufructu. Вмѣсто c.-constitutio пишутъ также l.—lex.

d) Изданіемъ Институцій, Дигестъ и Кодекса закончилась

[1]) Надо замѣтить что вездѣ, гдѣ фрагменты изъ Дигестъ или конституціи изъ Кодекса раздѣлены на параграфы, первый параграфъ цитируется какъ principium и затѣмъ только начинается нумерація: §§ 1, 2 и т. д. То же слѣдуетъ сказать о подраздѣленіяхъ титуловъ Институцій: сначала идетъ principium, затѣмъ §§ 1, 2 и т. д.

кодификаціонная дѣятельность Юстиніана. Послѣ этого вышелъ еще цѣлый рядъ законовъ, т.-н. Novellae, которые предполагалось также издать особымъ сборникомъ. Однако, эта мысль Юстиніана не была приведена въ исполненіе. Тѣ сборники Новеллъ, которые дошли до насъ, принадлежатъ частнымъ лицамъ. Важнѣйшіе: 1) Epitome Juliani, содержащая 124 конституціи отъ 535—555 г. Только конституціи, вышедшія на латинскомъ языкѣ, приведены цѣликомъ, греческія же лишь въ сокращенномъ латинскомъ переводѣ. 2) Authenticum, сборникъ изъ 134 Новеллъ отъ 535 — 556 г. также на латинскомъ языкѣ. 3) Самое полное собраніе Новеллъ составлено уже послѣ смерти Юстиніана, вѣроятно, при Тиверіи, и содержитъ 168 Новеллъ. Оно издано на греческомъ языкѣ. Новеллы раздѣлены (съ XVI в.) на главы; первой главѣ каждой Новеллы предшествуетъ praefatio. Способъ цитированія Новеллъ: Nov. 89 cap. 12 § 4-й-§ 4-й 12-й главы Новеллы 89-й.

2) Что касается объема рецепціи Юстиніановскаго законодательства, то надо замѣтить слѣдующее:

a) Не были реципированы всѣ тѣ постановленія, которыя регулируютъ чисто римскіе институты, чуждые духу среднихъ вѣковъ и новаго времени, какъ-то: рабство, колонатъ, конкубинатъ, стипуляція, tutoris auctoritas, peculium profecticium и т. д.

b) Сверхъ того не были реципированы тѣ постановленія, которыя не были снабжены глоссами со стороны глоссаторовъ. Это положеніе выражается поговоркой: quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia. Въ этомъ отношеніи надо замѣтить, что Институціи сплошь глоссированы, въ Дигестахъ не глоссированы только нѣсколько фрагментовъ изъ 48-й книги, въ Кодексѣ не глоссированы около 200 большей части греческихъ конституцій, изъ Новеллъ не глоссированы—72 [1]).

c) Наконецъ, надо замѣтить, что глоссаторы включили въ Юстиніановскіе сборники 13 конституцій германскихъ императоровъ Фридриха I и Фридриха II, т. н. *Authenticae Fridericianae.*

[1]) См. подробныя указанія въ пандектныхъ учебникахъ Арндтса, § 2; Вангерова, т. 1, § 6; Виндшейда, т. 1, § 3.

Въ указанныхъ предѣлахъ Юстиніановское законодательство по господствующему мнѣнію реципировано *in complexu*, т.-е. въ цѣломъ, такъ что всякій, кто ссылается въ этихъ предѣлахъ на Corpus juris, имѣетъ, какъ выражаются, fundatam intentionem in jure, пока не будетъ доказано, что то или другое постановленіе отмѣнено позднѣйшими узаконеніями или обычнымъ правомъ. Впрочемъ, нѣкоторые ученые, какъ, напр., Дернбургъ, возстаютъ противъ этого, утверждая, что *объемъ рецепціи опредѣляется обычаемъ*, такъ что то, что осталось чуждымъ практикѣ, не можетъ считаться реципированнымъ. Практическое значеніе этого спора состоитъ въ томъ, что, если возникаетъ споръ, реципировано данное постановленіе или нѣтъ, то согласно первому мнѣнію положеніе in dubio считается реципированнымъ, а согласно второму фактъ рецепціи долженъ быть провѣренъ. Впрочемъ, такое сомнѣніе можетъ возникнуть только относительно рѣдко [1]).

II. Каноническое право.

1) Подъ каноническимъ правомъ въ данномъ случаѣ слѣдуетъ понимать законодательство католической церкви за средніе вѣка, вошедшее въ составъ т. н. *Corpus juris canonici clausum*. Corpus juris canonici clausum состоитъ изъ слѣдующихъ 4 частей: a) *Decretum Gratiani* Это частная работа монаха Граціана (XII в.), которая состоитъ изъ ряда положеній, взятыхъ изъ разныхъ церковныхъ источниковъ (canones), и изъ положеній самого Граціана (dicta Gratiani). Эти dicta имѣютъ цѣлью примирить противорѣчія, встрѣчающіяся между canones. Обязательную силу имѣютъ только каноны, а не разсужденія Граціана. Decretum дѣлится на три части (partes). b) *Decretales* Григорія IX. Это сборникъ папскихъ указовъ (decretales), составленный по приказанію папы Григорія IX въ 1234 г. Онъ дѣлится на 5-ть книгъ, съ подраздѣленіемъ на титулы. c) *Liber sextus decretalium*, дополнительный сборникъ папскихъ декреталіевъ, составленный при папѣ Бонифаціи VIII въ 1298 г. Онъ въ свою очередь дѣлится на 5-ть книгъ съ подраздѣленіемъ на ти-

---

[1]) Ср. Дернбургъ, Pandecten, т. 1, § 4.

[2]) Подр. см. Regelsberger, Pandekten, т. 1, § 4.

тулы. d) *Clementinae* (sc. constitutiones), собраніе декреталіевъ папы Климента V и утвержденныхъ имъ постановленій церковнаго собора въ Віеннѣ (Vienne). Этотъ сборникъ обнародованъ въ 1317 г. Остальныя части Corpus juris canonici, образующія собою corpus juris canonici non clausum (а именно extravagantes папы Іоанна XXII и extravagantes communes) не были реципированы.

2) Что касается *значенія каноническаго права* для пандектнаго права, то необходимо замѣтить, что оно внесло лишь второстепенныя измѣненія въ систему послѣдняго. Такъ, благодаря ему, расширена область bona fides, внесены измѣненія въ постановленія римскаго права о защитѣ владѣнія и т. д.

III. Германское законодательство и обычное право.

1) Законодательство прежней Германской имперіи внесло лишь весьма незначительныя измѣненія въ систему римскаго права. Больше всего значенія имѣетъ преобразованіе опекунской части на основаніи имперскаго полицейскаго устава (1530 г.) и дополнительныхъ къ нему постановленій.

2) Весьма важную роль играло зато обычное право, а также судебная практика. Цѣлый рядъ институтовъ частью преобразованъ такимъ путемъ, напр., ученіе о цессіи и представительствѣ, частью вновь созданъ, напр., постановленія о безвѣстно отсутствующихъ, о душеприказчикахъ, о наслѣдственныхъ договорахъ.

3) Что касается, наконецъ, законодательства *новой* Германской имперіи, до изданія новаго общегерманскаго гражданскаго уложенія, то и имъ внесенъ цѣлый рядъ важныхъ измѣненій, въ особенности въ области конкурснаго права. Мы, однако, не будемъ останавливаться на нихъ, такъ какъ подлежащія узаконенія являются не столько развитіемъ началъ римскаго права, сколько первыми этапами на пути къ полной замѣнѣ его, а вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣхъ мѣстныхъ правъ, мѣстныхъ кодексовъ, новымъ общимъ гражданскимъ уложеніемъ. Къ тому же, это новое „общее“ право, создаваемое имперскимъ законодательствомъ, уже не имѣло, подобно прежнему „общему“ праву, одно только субсидіарное значеніе по отношенію къ отдѣльнымъ мѣстнымъ правамъ, а,

напротивъ, имѣло абсолютное значеніе, исключало примѣненіе послѣднихъ.

§ 5.

Соотношеніе между источниками современнаго римскаго права [1]).

Основное правило толкованія, которое примѣняется въ случаѣ коллизіи между нѣсколькими постановленіями, трактующими объ одномъ и томъ же предметѣ, гласитъ: *lex posterior derogat legi priori*, позднѣйшій законъ отмѣняетъ болѣе ранній. 1). На этомъ основаніи предпочтительнымъ значеніемъ предъ остальными источниками пандектнаго права пользуется германское законодательство и обычное право, притомъ такъ, что современнымъ обычно правовымъ нормамъ отдается предпочтеніе предъ болѣе ранними обычаями и узаконеніями прежней Германской имперіи. 2). Далѣе слѣдуетъ каноническое право, постановленіямъ котораго, какъ болѣе позднимъ, въ общемъ отдается предпочтеніе предъ коллидирующими съ нимъ постановленіями римскаго права. Однако это правило примѣняется не безъ исключеній. Въ нѣкоторыхъ пунктахъ, какъ, напр., въ законодательствѣ о процентахъ, восторжествовало на практикѣ римское право. 3). Что касается, наконецъ, соотношенія между отдѣльными составными частями Юстиніановскаго законодательства, то Новеллы, какъ болѣе позднія узаконенія, пользуются предпочтеніемъ предъ Институціями, Дигестами и Кодексомъ. Зато три послѣднихъ сборника, по мысли Юстиніана, должны пользоваться одинаковой силой и значеніемъ. Никакихъ противорѣчій между ними при правильномъ толкованіи не существуетъ, говоритъ онъ въ l. 2 § 15 Cod. de vet. jure enucl. I, 17: Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet. На самомъ дѣлѣ это далеко не такъ. Противорѣчій встрѣчается немало. Доктрина и практика много поработали

[1]) Регельсбергеръ, Pandekten т. I, § 6.

надъ устраненіемъ ихъ, примѣняя то историческую, то систематическую точку зрѣнія. Дѣло въ томъ, что иногда противорѣчіе объясняется тѣмъ, что данныя постановленія относятся къ различнымъ періодамъ въ исторіи соотвѣтствующаго института; въ такомъ случаѣ принимается во вниманіе то постановленіе, которое соотвѣтствуетъ позднѣйшей стадіи развитія, а на остальныя смотрятъ, какъ на историческій матеріалъ Въ другихъ случаяхъ одно постановленіе выражаетъ общее правило, а другое представляетъ развитіе его или содержитъ исключеніе изъ него. Бываетъ и такъ, что какое-нибудь постановленіе, несогласное съ другими, отражаетъ субъективный взглядъ того или другого юриста, не встрѣтившій сочувствія у другихъ. Если противорѣчіе ничѣмъ не можетъ быть устранено, то противорѣчивыя постановленія оба игнорируются, и вопросъ рѣшается на основаніи общихъ правилъ о толкованіи по аналогіи.

§ 6.

Литература пандектнаго права [1]).

I Смѣна отдѣльныхъ теченій.

1) Первое серьезное начало систематической литературной разработки римскаго права на Западѣ было положено *глоссаторами*. Школа глоссаторовъ возникла въ Болоньѣ въ началѣ XII стол. и просуществовала до средины XIII в. Громкая извѣстность, которою въ скоромъ времени стала пользоваться эта школа, привлекла въ Болонскій университетъ массу слушателей со всѣхъ концовъ Западной Европы. Родоначальникомъ школы считается Irnerius. Послѣ него особымъ авторитетомъ пользовались quattuor doctores: Bulgarus, Jacobus, Martinus, Hugo, далѣе Azo, наконецъ, Accursius старшій. Работы глоссаторовъ легли въ основаніе всей цивилистической науки. Эти работы отличаются по преимуществу *экзегетическимъ* характеромъ: онѣ

[1]) Муромцевъ, рецепція, стр. 20. Brinz, Lehrbuch der Pandecten, 2 изд. т. I, стр. 30 Regelsberger Pandekten т. I, стр. 33 (тамъ же дальнѣйшія литературныя указанія).

состояли главнымъ образомъ въ толкованіи Corpus juris. Именно отдѣльныя мѣста источниковъ разбирались въ томъ порядкѣ, въ какомъ они слѣдуютъ другъ за другомъ въ сборникахъ, и снабжались краткими толкованіями, glossae. Далѣе, глоссаторы указывали и сопоставляли сводныя или *параллельныя мѣста*, отмѣчали противорѣчія, такъ назыв. *антиноміи*, встрѣчающіяся въ источникахъ, и стремились примирить ихъ между собою. Великія заслуги глоссаторовъ въ дѣлѣ разработки римскаго права ослабляются полными отсутствіемъ у нихъ историческихъ познаній: они совершенно не были знакомы съ исторіей римскаго права. Съ теченіемъ времени стали появляться сборники глоссъ. Самый обширный трудъ этого рода glossa ordinaria Аккурсія. Это сводная глосса на Юстиніановское законодательство, въ составъ которой вошли толкованія предшественниковъ Аккурсія, дополненныя его собственными толкованіями. Глосса Аккурсія вытѣснила изъ обращенія работы отдѣльныхъ глоссаторовъ, и стала первостепеннымъ источникомъ дальнѣйшей литературной разработки римскаго права.

2) Школу глоссаторовъ съ конца XIII в. смѣнила школа постглоссаторовъ или комментаторовъ. Непосредственное изученіе источниковъ было замѣнено изученіемъ глоссы. Чрезъ посредство ея только и знакомились съ самими источниками. Другими словами, комментаторы писали толкованія не на Юстиніановское законодательство, какъ таковое, а на глоссу, — glossa glossae. Въ противоположность глоссаторамъ, преслѣдовавшимъ на первомъ планѣ чисто научныя цѣли, комментаторы имѣли въ виду главнымъ образомъ цѣли практическія: они стремились привести римское право въ такой видъ, чтобы оно отвѣчало потребностямъ современной имъ жизни и оборота. Съ этой цѣлью они отчасти ненамѣренно, отчасти и намѣренно, извращали смыслъ римскихъ нормъ, гдѣ это казалось нужнымъ, желая сдѣлать ихъ вполнѣ пригодными для разрѣшенія споровъ новаго происхожденія. Работы комментаторовъ имѣли важное практическое значеніе. Но въ научномъ отношеніи они далеко уступаютъ работамъ ихъ предшественниковъ, отличаясь схоластическимъ характеромъ и излишней пространностью. Важнѣйшіе представители этой

школы: Durantis (к. XIII в. speculum juris), Bartolus de Sassoferato (половины XIV в.), Baldus de Ubaldis, Jason Mainus.

3) Подъ вліяніемъ началъ возрожденія и гуманизма во Франціи въ XVI в. сложилась французская историческая школа, которая вновь обратилась къ непосредственному изученію источниковъ. Новое направленіе не ограничивалось изученіемъ одного Юстиніановскаго законодательства, а стало обращать вниманіе и на остатки до-Юстиніановскаго права; на ряду съ догматическими вопросами стали разработываться и вопросы историческіе, чѣмъ былъ пролитъ совершенно новый свѣтъ на многіе вопросы римскаго права. Важнѣйшіе представители этой школы: Duarenus, Balduinus, Brissonius, Jacobus Cujacius (Jaques Cuîaz) (1522 — 1290) и Hugo Donellus (Hugon Doneau), далѣе Jacobus Gothofredus) († 1652) и Anton Faber † 1624. — Особенно выдвигаются Куяцій и Донеллъ. Куяцій былъ выдающійся филологъ, историкъ и экзегетикъ, — его observationes содержатъ массу важныхъ историческихъ замѣчаній и до нашего времени сохранили важное значеніе. Знаменитый современникъ его Donellus былъ по преимуществу систематикомъ; важнѣйшая работа его—commentarii juris civilis. Историческое направленіе просуществовало во Франціи до начала XVII вѣка. Впослѣдствіи преобладающее значеніе получила практическая юриспруденція.

4) Въ *Германіи* со времени рецепціи римскаго права до XVII вѣка преобладала школа юристовъ-практиковъ. Представителей историческаго направленія было очень немного. Важнѣйшіе изъ нихъ Haloander, Ulricus Zasius. Большинство же нѣмецкихъ юристовъ было всецѣло поглощено дѣломъ примиренія вновь реципированнаго римскаго права съ потребностями германской жизни. При этомъ они опирались на работы комментаторовъ. Особенно выдающуюся роль играли саксонскіе юристы. Саксонія съ начала XIII вѣка обладала сборникомъ національно-нѣмецкаго права—знаменитымъ Саксонскимъ Зерцаломъ—Sachsenspiegel. Со времени рецепціи римскаго права послѣднее стало лицомъ къ лицу съ саксонскимъ правомъ. Сочетаніе и примиреніе обоихъ выпало на долю саксонской юриспруденціи. Результатомъ этой ра-

боты явился usus modernus pandectarum, представляющій собою странную смѣсь римскихъ и германскихъ началъ. Важнѣйшіе представители этого направленія—Benedictus Carpzow, Heinrich Berger, Joh. Balthasar a Werner, Augustinus Leyser. По стопамъ саксонскихъ юристовъ пошли и другіе ученые юристы, какъ то Mevius, Lauterbach, Stryck.

5) Въ XVIII вѣкѣ преобладающую роль стала играть школа *естественнаго права*. Системы естественнаго права стали появляться еще въ XVI вѣкѣ, но первоначально онѣ затрогивали по преимуществу государственное и международное право. Но съ конца XVII вѣка эта школа стала оказывать вліяніе и на гражданское право. Главная заслуга этой школы состоитъ въ томъ, что она привела къ выработкѣ извѣстной суммы общихъ понятій и къ систематической группировкѣ правоваго матеріала. Главный представитель этого направленія—Thomasius.

6) Въ XIX столѣтіи вновь было отведено подобающее мѣсто *историческому* изученію права. Въ Германіи возникла новая *историческая* школа. Основаніе ея было положено Геттингенскимъ профессоромъ Gustav Hugo († 1844). Самый талантливый ея представитель и признанный глава—Friedrich Karl v. Savigny (1779—1861). Савиньи училъ, что право есть продуктъ исторіи, оно служитъ выраженіемъ народнаго духа. Для надлежащаго уразумѣнія его необходимо обратиться къ исторіи его. Начавшееся вслѣдъ за этимъ вновь историческое изученіе римскаго права привело къ весьма плодотворнымъ результатамъ, чему немало содѣйствовало также открытіе нѣкоторыхъ утраченныхъ было источниковъ римскаго права, въ особенности подлинныхъ Институцій Гая. Большое мѣсто было отведено *изученію чистаго римскаго права*, надъ нимъ работалъ цѣлый рядъ выдающихся умовъ, изъ которыхъ особенно выдвигается Георгъ Фридрихъ *Пухта*, († 1846). Такое изученіе чистаго римскаго права само по себѣ представляетъ, конечно, явленіе крайне желательное, но для практики того времени оно было сопряжено съ опасностями. За изученіемъ прошлаго многіе изслѣдователи забывали о положеніи дѣлъ въ настоящемъ. Тщательный историческій и *критическій* анализъ источниковъ нерѣдко при-

водилъ ихъ къ убѣжденію, что общепринятое толкованіе тѣхъ или другихъ положеній несогласно съ истиннымъ смысломъ ихъ. И вотъ, они стали заявлять и нерѣдко съ успѣхомъ претензію, чтобы практика отказалась отъ прежняго и приняла новое толкованіе. При этомъ упускалось изъ виду, что несогласное съ источниками, но освященное прежнею доктриною и долголѣтней практикою толкованіе того или другого мѣста Corpus juris нерѣдко представляло лишь внѣшнюю форму, въ которую вылились *новыя положенія*, вызванныя измѣнившимися соціальными и экономическими условіями. Впрочемъ, это антикварное направленіе, въ особенности за послѣднее время, встрѣтило серьезный отпоръ со стороны выдающихся романистовъ.

Историческая школа и въ наше время должна быть признана господствующей.

7) На ряду съ этимъ складывается рядъ новыхъ теченій. Съ одной стороны, при изученіи и формулировкѣ правовыхъ институтовъ начинаютъ обращать все большее вниманіе на тѣсную связь, существующую между правомъ и другими сторонами соціальной жизни, въ особенности экономіей (Іерингъ, гр. Пининскій). Съ другой стороны, изучаютъ связь права съ психологіей, точнѣе формулируютъ отношеніе между догмой и политикой права (Л. І. Петражицкій). Все это оказываетъ, конечно вліяніе и на чисто догматическія изслѣдованія, частью содѣйствуя болѣе точному установленію задачъ и границъ догматическаго изученія права, частью видоизмѣняя рядъ ходячихъ формулъ, опредѣленій отдѣльныхъ институтовъ, проливая новый свѣтъ на истинный смыслъ и значеніе этихъ институтовъ.

II. Системы изложенія. а) До XVII в. преобладалъ *экзегетическій методъ*, при которомъ отдѣльныя положенія комментировались въ томъ порядкѣ, въ которомъ они расположены въ источникахъ.

б) Его смѣнилъ такъ называемый *легальный порядокъ* изложенія, при которомъ сохранялось принятое Пандектами дѣленіе на титулы, и о каждомъ титулѣ говорилось особо: но въ предѣлахъ даннаго титула уже не ограничивались толкованіемъ отдѣльныхъ мѣстъ, содержащихся въ немъ, а пред-

лагали систематическое изложеніе всего ученія, о которомъ шла рѣчь въ титулѣ. Наиболѣе обширное изслѣдованіе, изложенное въ такомъ порядкѣ—Gluck, Ausführliche Erläuterung der Pandecten 1790 — 1830, 34 тома; послѣ смерти Глюка его трудъ былъ продолженъ другими юристами; съ тѣхъ поръ вышелъ еще цѣлый рядъ томовъ, но трудъ еще далеко не оконченъ.

в) Мало-по-малу стали появляться изслѣдованія, построенныя авторами *по самостоятельной системѣ*. Одной изъ наиболѣе раннихъ попытокъ этого рода является изслѣдованіе Донелла—Commentarii juris civilis libri XVIII. Система, принятая въ настоящее время, впервые встрѣчается у Гуго—Gustav Hugo—въ его институціяхъ современнаго римскаго права 1789 г.; его примѣру послѣдовалъ Гейзе (Heise), и съ тѣхъ поръ эта система пріобрѣла право гражданства въ наукѣ. Отъ римской или такъ назыв. институціонной системы изложенія эта система отличается кореннымъ образомъ. Римская система, какъ она вылилась въ институціяхъ Гая и Юстиніана, была построена на извѣстномъ положеніи: omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. И такъ personae, res, actiones—это тѣ три понятія, которыя легли въ основаніе римской системы. На языкѣ современной юриспруденціи этимъ терминамъ соотвѣтствуютъ понятія: права личнаго, права имущественнаго и процесса. Современная система изложенія прежде всего проводитъ рѣзкое различіе между матеріальнымъ правомъ и процессомъ. Послѣдній составляетъ предметъ самостоятельной науки гражданскаго процесса. Затѣмъ, въ составѣ матеріальнаго права различаютъ общую часть и особенную. *Въ общей части* излагается рядъ ученій, имѣющихъ болѣе или менѣе общее значеніе для всѣхъ или для большинства институтовъ гражданскаго права, подъ слѣдующими установившимися рубриками: a) ученіе о субъектахъ правъ, b) ученіе объ объектахъ правъ, c) ученіе объ общихъ условіяхъ возникновенія, измѣненія, перехода и прекращенія правъ и d) ученіе о защитѣ правъ. Иногда этому предпосылается еще общее ученіе о правѣ въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ. *Въ особенной части* разсматриваются отдѣльные институты частнаго права подъ

слѣдующими общими рубриками: а) право вещное, б) право обязательственное, в) право семейственное и г) право наслѣдственное.

III. Важнѣйшія пособія. Arndts, Lehrbuch der Pandecten, 13 изд. 1886 г. Точное, сжатое изложеніе, но очень сухо. Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts 3 т., 7 изд. 1891 г., 8-е, посмертное изд. Киппа — 1898 г. Подробное изложеніе, богатыя литературныя указанія. Dernburg, Pandecten 3 т., 7 изд. 1903 г. Живое, увлекательное изложеніе. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten 3 т., 7 изд. 1863 г. Не учебникъ, а пособіе къ лекціямъ въ видѣ пространной программы курса съ обширными примѣчаніями, посвященными разбору важнѣйшихъ контроверзъ. Baron, Pandecten, 8 изд. 1893 г. Ясное, точное изложеніе взглядовъ автора, но почти полное отсутствіе указаній на чужія мнѣнія. Переведено на русскій языкъ Л. І. Петражицкимъ. Accarias, Précis de droit Romain. Demangeat, précis de droit Romain. На русскомъ языкѣ имѣются курсы Митюкова, Азаревича (2 т. въ 3 частяхъ), Загурскаго (неоконченный), Дорна, Ефимова.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

ОТДѢЛЪ I.

Основныя правовыя понятія.

ГЛАВА I.

Право въ объективномъ смыслѣ.

(Ученіе о юридическихъ нормахъ).

Подраздѣленіе I. Понятіе права въ объективномъ смыслѣ.

§ 7.

Отправная точка [1]).

Отправной точкой какъ для соціальныхъ наукъ вообще, такъ и для юридическихъ наукъ въ особенности является понятіе конкретнаго жизненнаго отношенія.

Всякое конкретное жизненное отношеніе можетъ быть ближе характеризовано какъ извѣстное *специфическое отношеніе сосуществованія*, возникающее между данными субъектами и данными объектами, и проявляющееся во внѣ въ извѣстномъ специфическомъ поведеніи заинтересованныхъ

[1]) Литература по вопросамъ общей теоріи права весьма богата. Отмѣтимъ лишь нѣсколько важнѣйшихъ пособій: „Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Bierling, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe и juristische Principienlehre. Ihering, der Zweck im Recht. Merkel, juristische Encyclopädie. Regelsberger, Pandekten, т. I § 9 и сл. Gierke, deutsches Privatrecht, т. I § 9 и сл. Hold von Ferneck, die Rechtswidrigkeit, Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права. Петражицкій, Очерки философіи права.

лицъ, преслѣдующемъ тѣ или иныя цѣли, тотъ или иной (реальный или психическій) эффектъ.

Какъ мы уже замѣтили, большинство этихъ отношеній отличается массовымъ характеромъ и имѣетъ тенденцію періодически повторяться.

Опытъ показываетъ, во-1-хъ, что это происходитъ отъ того, что заинтересованныя лица въ однородныхъ случаяхъ имѣютъ тенденцію придерживаться однородныхъ пріемовъ, однородныхъ началъ или правилъ, вслѣдствіе чего и достигается единообразіе въ поведеніи ихъ, во-2-хъ, что соблюденіе подлежащихъ правилъ имѣетъ мѣсто либо невольно, въ силу привычки, либо сознательно, въ силу признанія, подъ давленіемъ внутренняго или внѣшняго авторитета, цѣлесообразности или обязательности ихъ, и въ-3-хъ, что измѣненіе въ подлежащихъ правилахъ, вліяя на поведеніе заинтересованныхъ лицъ, способно въ извѣстныхъ предѣлахъ измѣнить и характеръ отношеній, въ которыя они вступаютъ.

Отсюда, въ зависимости отъ точки зрѣнія даннаго человѣческаго союза на совершающіяся въ немъ отношенія, можетъ явиться стремленіе урегулировать эти отношенія путемъ фиксаціи соотвѣтствующихъ правилъ и установленія такимъ путемъ извѣстныхъ *абстрактныхъ типовъ отношеній* въ смыслѣ извѣстныхъ типичныхъ комбинацій общественныхъ элементовъ.

Правила, которыя такимъ образомъ формулируются и которымъ придается обязательное значеніе, могутъ быть либо простымъ воспроизведеніемъ и признаніемъ тѣхъ правилъ, которыя на практикѣ уже сложились, — въ такомъ случаѣ подлежащія конкретныя отношенія являются не только поводомъ къ формулировкѣ этихъ правилъ и соотвѣтствующихъ абстрактныхъ типовъ, но непосредственно опредѣляютъ и содержаніе ихъ,—либо они могутъ представлять собою нѣчто новое, привести къ установленію нѣкотораго новаго типа, нѣкоторой новой комбинаціи общественныхъ элементовъ, на практикѣ еще не встрѣчавшейся, имѣющей своимъ назначеніемъ не просто сохранить на будущее время, а видоизмѣнить данныя конкретныя отношенія или даже сдѣлать повтореніе ихъ невозможнымъ, (каковой результатъ можетъ быть

или не быть достигнутъ); въ такомъ случаѣ подлежащія конкретныя отношенія являются лишь поводомъ къ установленію даннаго абстрактнаго типа, но непосредственно не опредѣляютъ, (или лишь отчасти опредѣляютъ), содержаніе его.

И такъ, соотношеніе между конкретными массовыми отношеніями и абстрактными типами отношеній можетъ быть двоякое: либо первыя являются поводомъ къ установленію послѣднихъ, либо они вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣляютъ и содержаніе ихъ.

Точка зрѣнія, съ которой мы подходимъ къ данной группѣ отношеній, сама по себѣ можетъ быть весьма различная: юридическая, нравственная, религіозная или церковная, техническая (научная или практическая) и т. д. Въ данномъ случаѣ насъ интересуетъ юридическая точка зрѣнія; съ этой точки зрѣнія мы должны прежде всего различать отношенія юридически существенныя и юридически безразличныя. Первыя въ свою очередь могутъ быть общественно цѣлесообразныя или общественно вредныя. Нормы, ихъ регулирующія, мы называемъ юридическими нормами, а получаемыя путемъ сопоставленія ихъ абстрактные типы —юридическими институтами.

Изъ сказаннаго явствуетъ, 1) что юридически существенныя или юридическія отношенія составляютъ лишь часть вѣчно смѣняющихся конкретныхъ жизненныхъ отношеній, въ которыя люди вступаютъ другъ съ другомъ и съ окружающими ихъ предметами; 2) что юридически существенныя или юридическія нормы составляютъ лишь часть всѣхъ тѣхъ нормъ или правилъ, которыми руководствуются люди въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ; и 3) что юридически существенные или юридическіе институты составляютъ лишь часть тѣхъ абстрактныхъ типовъ, которые могутъ быть выведены изъ сопоставленія подлежащихъ правилъ.

Отсюда же дальше явствуетъ, что анализъ основныхъ правовыхъ понятій конкретнаго юридическаго отношенія, юридической нормы, юридическаго института немыслимо произвести безъ предварительнаго анализа болѣе общихъ понятій конкретнаго жизненнаго отношенія, нормы, абстрактнаго типа отношеній вообще. Необходимо сначала рѣшить вопросъ, что

такое конкретное жизненное отношеніе,—что такое норма,—что такое абстрактный типъ отношеній, и только послѣ этого можно перейти къ вопросу о томъ, что такое юридическое отношеніе,—что такое юридическая норма,—что такое юридическій институтъ. Наконецъ, изъ сказаннаго явствуетъ основное заблужденіе новѣйшихъ попытокъ построить все ученіе объ основныхъ понятіяхъ права на чисто психологическихъ данныхъ [1]). Всѣ эти психологическія данныя,—какъ то наши субъективныя представленія о нормахъ, регулирующихъ нашу дѣятельность, наше убѣжденіе или чувство обязательности подчиняться этимъ нормамъ, наше субъективное сознаніе собственныхъ обязанностей и признаніе соотвѣтствующихъ правъ за другими,—безспорно имѣютъ важное значеніе, но все же это не первоначальные, а лишь *производные* моменты. Всѣ они—порожденіе тѣхъ конкретныхъ жизненныхъ отношеній, о которыхъ мы говорили выше. А эти жизненныя отношенія сами несомнѣнно не суть психическія, чисто внутреннія, а именно соціальныя, обнаруживающіяся во внѣ въ соотвѣтственномъ поведеніи заинтересованныхъ лицъ, явленія. Потому и право какъ продуктъ этихъ жизненныхъ отношеній есть не психическое, а соціальное явленіе.

Установивъ эти основныя положенія, мы перейдемъ теперь къ анализу сначала юридическихъ нормъ, а засимъ — юридическихъ отношеній и юридическихъ институтовъ.

§ 8.

Общее опредѣленіе юридическихъ нормъ [2]).

Приступая къ анализу юридическихъ нормъ, мы должны прежде всего установить, *что такое норма вообще*, и засимъ уже перейти къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, *что такое юридическая норма*.

I. Останавливаясь на первомъ вопросѣ, мы должны начать съ сопоставленія разнаго рода нормъ, какъ то: юриди-

[1]) См. въ особенности Петражицкій, очерки, passim.

[2]) См. литературу приведенную въ § 7, стр. 31.

ческихъ, религіозныхъ, нравственныхъ, техническихъ и т. д. Легко видѣть, что всѣ онѣ представляютъ собою *правила должнаго*, предписываютъ или запрещаютъ при наличности тѣхъ или иныхъ условій (или эвентуально при всякихъ условіяхъ) либо извѣстное, специфическое внѣшнее поведеніе, либо извѣстный внутренній образъ мыслей, извѣстныя чувства, желанія: не убивай, не кради, плати долги, помогай ближнимъ, люби ближнихъ, имѣй состраданіе къ чужому горю, и т. д. и т. д. Короче, всякая норма есть *велѣніе или императивъ*.

Противоположность велѣніямъ составляютъ *сужденія* [1]). Различіе между ними сводится къ слѣдующимъ главнымъ пунктамъ: велѣніе требуетъ наступленія или не-наступленія чего-либо, сужденіе утверждаетъ или отрицаетъ связь чего-либо съ чѣмъ либо другимъ. Велѣніе допускаетъ возможность того, что желательный результатъ не будетъ достигнутъ, сужденіе можетъ вызвать только сомнѣніе въ его правильности. Отсюда дальше: велѣніе можетъ быть исполнимымъ или неисполнимымъ, но оно не можетъ быть истиннымъ или ложнымъ; наоборотъ сужденіе можетъ быть истиннымъ или ложнымъ, но его нельзя назвать исполнимымъ или неисполнимымъ. Короче: велѣніе постулируетъ желательную связь, сужденіе констатируетъ существующую связь.

Такимъ образомъ, мы постарались установить общій характеръ всякой нормы, безотносительно къ тому, является ли она юридической, нравственной, технической и т. д. Дѣйствительно, всякая норма есть велѣніе, ибо всякая норма можетъ быть нарушена, всякая норма постулируетъ лишь желательную связь, но не устанавливаетъ необходимой, неизбѣжной связи [2]). Къ этому остается прибавить еще одно: всякая

[1]) См. о нихъ Милль, дедуктивная и индуктивная логика, т. I, кн. I, гл. V.

[2]) Иного мнѣнія: Цительманъ, Irrthum und Rechtsgeschäft стр. 222 и сл., который считаетъ юридическія нормы *сужденіями*. Основаніе то, что онѣ претендуютъ на всеобщее значеніе. Но претендовать на всеобщее значеніе еще не значитъ имѣть его въ дѣйствительности. Петражицкій, Очерки, стр. 12, характеризуетъ нормы какъ „*убѣжденія*, которыя порождаютъ извѣстныя обязанности, т. е. которыя авторитетно регулируютъ наше поведеніе“. Въ основанія этого взгляда лежитъ смѣшеніе нормы въ смыслѣ правила должнаго съ *сопровождающимъ* при нормальныхъ условіяхъ пред-

норма есть велѣніе, но не всякое велѣніе есть норма. „Приходи сюда“ есть велѣніе, но не есть норма. Нормами мы называемъ лишь такія велѣнія, которыя *общимъ образомъ* регулируютъ нашу внѣшнюю или внутреннюю дѣятельность, иначе говоря—нормы суть не индивидуальныя а общія и въ этомъ смыслѣ абстрактныя велѣнія, обращенныя ко всѣмъ, кто можетъ очутиться въ такихъ-то и такихъ-то условіяхъ.

II. Въ чемъ же заключаются отличительныя особенности юридическихъ нормъ въ противоположность нормамъ иного порядка, какъ то: религіознымъ, нравственнымъ и т. д.? Пока мы знаемъ только, что онѣ составляютъ лишь часть всѣхъ тѣхъ велѣній или правилъ поведенія, которыя регулируютъ отношенія человѣческаго общежитія. Въ чемъ же differentia specifica юридическихъ нормъ?

Вопросъ этотъ породилъ обширную литературу, въ составѣ которой можно различать самыя различныя направленія [1]).

Такъ, одни усматриваютъ сущность т. н. права въ объективномъ смыслѣ въ особомъ источникѣ происхожденія его, опредѣляя право какъ общую волю, какъ продуктъ народнаго духа и т. п.

Другіе характеризуютъ его по содержанію или по цѣлямъ, которыя оно преслѣдуетъ, опредѣляя его какъ совокупность нормъ, обезпечивающихъ условія существованія общества, или какъ совокупность нормъ, обезпечивающихъ условія гармоническаго развитія личности, или какъ совокупность нормъ разграниченія человѣческихъ интересовъ (въ противоположность нормамъ оцѣнки этихъ интересовъ), или какъ совокупность нормъ, преслѣдующихъ примиреніе порядка и свободы, и т. д.

Третьи усматриваютъ отличительную особенность юридическихъ нормъ въ свойственномъ имъ моментѣ принужденія, характеризуя ихъ какъ нормы, допускающія на случай нарушенія ихъ принужденіе или короче, какъ нормы принудительныя.

Четвертые придаютъ рѣшающее значеніе моменту при-

ставленіе о ней убѣжденіемъ въ необходимости подчиняться ей, соблюдать ее.

[1]) Ср. Коркуновъ, лекціи, стр. 57 и сл. Петражицкій, очерки, стр. 56 и сл.

знанія, требуя то признаніе данныхъ нормъ въ качествѣ правилъ совмѣстной жизни со стороны всѣхъ членовъ даннаго общежитія, то—признаніе со стороны государства. Пятые различнымъ образомъ комбинируютъ то тѣ, то иные изъ указанныхъ признаковъ между собою.

Приступая съ своей стороны къ рѣшенію настоящей задачи, мы должны начать съ констатированія двухъ весьма важныхъ фактовъ, о которыхъ свидѣтельствуетъ исторія права. Прежде всего, самыя разнородныя нормы, независимо отъ источника происхожденія, объекта и содержанія ихъ, а также отъ цѣлей, преслѣдуемыхъ ими, въ разное время то причислялись къ нормамъ юридическимъ, то противополагались имъ въ качествѣ чисто религіозныхъ или нравственныхъ велѣній, простыхъ техническихъ правилъ, правилъ приличія или моды и т. д.,—въ зависимости отъ отношенія къ этимъ нормамъ органовъ государственной власти. Такъ, напр., правила, предписывающія или возбраняющія извѣстныя вѣрованія, предписывающія любить ближнихъ, почитать старшихъ, и т. п., вообще правила, касающіяся не только внѣшняго поведенія, но внутренней жизни людей, въ однихъ случаяхъ, поскольку соблюденіе ихъ съ точки зрѣнія органовъ государственной власти предоставляется свободному усмотрѣнію, разсматриваются какъ имѣющія чисто религіозное, вѣроисповѣдное или нравственное значеніе, а въ другихъ случаяхъ, поскольку соблюденіе ихъ признается обязательнымъ не только съ точки зрѣнія религіозныхъ авторитетовъ или авторитета совѣсти, но и со стороны государственныхъ авторитетовъ, считаются (вмѣстѣ съ тѣмъ) юридическими нормами. То же самое, напр., слѣдуетъ сказать mutatis mutandis относительно правилъ, предписывающихъ извѣстное обращеніе съ другими лицами (напр., особыя формы привѣтствій и т. п.), ношеніе одежды извѣстнаго покроя и т. д.: достаточно вспомнить хотя бы объ особомъ положеніи, которое занимаютъ въ этомъ отношеніи лица военнаго званія.

Въ связи съ сказаннымъ находится тотъ фактъ, что зачастую однѣ и тѣ же нормы считаются одновременно юридическими и религіозными, или юридическими и нравственными, или юридическими и техническими и т. д. Такъ напр.,

норма: не убивай, одновременно является и юридической, и религіозной, и нравственной. Такъ, въ государствахъ, гдѣ нѣтъ гражданскаго, а признается только церковный бракъ, нормы, регулирующія обрядъ вѣнчанія, одновременно имѣютъ характеръ и юридическихъ и церковныхъ нормъ. Такъ, значительная часть правилъ, содержащихся въ строительныхъ уставахъ, урочныхъ положеніяхъ, и т. д. имѣютъ одновременно характеръ и юридическихъ и техническихъ нормъ.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что невозможно построить различіе между юридическими нормами, съ одной стороны, и нормами иного порядка, съ другой, ни на различіи по содержанію или объектамъ нормъ, ни на различіи по источникамъ происхожденія ихъ, ни на различіи цѣлей, преслѣдуемыхъ ими: *всякая норма, въ зависимости отъ отношенія къ ней подлежащихъ органовъ государственной власти, можетъ пріобрѣсти характеръ юридической нормы*; пріобрѣтаетъ ли она его на самомъ дѣлѣ или нѣтъ, это вопросъ цѣлесообразности, но не логической возможности или невозможности. Такъ, можно по разнымъ причинамъ считать нецѣлесообразнымъ сообщеніе характера юридическихъ нормъ такимъ правиламъ, которыя регулируютъ чисто внутреннюю жизнь людей, обязывая ихъ имѣть извѣстныя чувства, мысли, стремленія. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы такія нормы никоимъ образомъ не могли быть признаны юридическими: исторія права доказываетъ, что это и логически возможно и на практикѣ встрѣчается.

Къ сказанному остается прибавить, что *то же самое mutatis mutandis относится и ко всѣмъ остальнымъ нормамъ*. Такъ, всякая норма можетъ пріобрѣсти характеръ религіозной или по крайней мѣрѣ церковно обрядовой нормы въ зависимости отъ отношенія къ ней подлежащихъ церковныхъ авторитетовъ; вспомнимъ хотя бы правила о церковномъ облаченіи, правила, регулирующія различныя формы жертвоприношеній (напр. порядокъ нанесенія удара ножомъ объекту жертвы и т. п.), и т. д. Равнымъ образомъ, всякая норма можетъ пріобрѣсти характеръ бытовой нормы, „нрава“, въ зависимости отъ отношенія къ ней неорганизованнаго, но могучаго авторитета общественнаго мнѣнія. Даже техническія

нормы не составляютъ въ этомъ отношеніи исключенія: достаточно вспомнить о разныхъ суевѣрныхъ пріемахъ заклинанія и т. д., соблюденіе которыхъ съ точки зрѣнія подлежащаго научнаго или практическаго авторитета можетъ быть объявлено необходимымъ.

На основаніи всего вышеизложеннаго нетрудно установить отличительный критерій различія между юридическими нормами и нормами иного порядка. *Все сводится къ вопросу о томъ, въ силу какого авторитета за данными нормами признается обязательное значеніе.*

По отношенію къ юридическимъ нормамъ такимъ авторитетомъ являются подлежащіе органы государственной власти,— по отношенію къ религіознымъ или церковнымъ нормамъ— подлежащіе церковные авторитеты, по отношенію къ бытовымъ нормамъ или нравамъ—авторитетъ общественнаго мнѣнія, по отношенію къ нормамъ нравственности — авторитетъ личной совѣсти, по отношенію къ техническимъ нормамъ— авторитетъ науки или эмпирической практики.

Такимъ образомъ, мы пришли къ выводу, что *юридическими нормами являются нормы, признанныя обязательными со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти.* Къ этому надо прибавить, что для такого признанія создаются опредѣленныя формы.

Поэтому мы можемъ опредѣлить юридическія нормы ближе какъ нормы, признанныя обязательными въ подлежащей формѣ со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти.

Намъ предстоитъ теперь развить и провѣрить это общее положеніе.

§ 9.

Разборъ важнѣйшихъ возраженій противъ даннаго опредѣленія [1]).

Предшествующее разсужденіе привело насъ къ выводу, что право въ объективномъ смыслѣ (или короче объективное право) есть совокупность нормъ, признанныхъ обязательными

[1]) Ср. въ особенности Петражицкій, очерки, стр. 58 и слѣд.

со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти въ подлежащей формѣ.

1) Здѣсь прежде всего возникаетъ вопросъ: какъ мирится это опредѣленіе съ фактомъ существованія извѣстной, хотя бы и слабой, общественной организаціи, извѣстныхъ правилъ или нормъ у первобытныхъ общественныхъ группъ, у разныхъ кочевыхъ племенъ и ордъ?—Не доказываетъ ли этотъ фактъ, что образованіе правовыхъ нормъ предшествуетъ образованію государства, и что, слѣдовательно, моментъ признанія со стороны органовъ государственной власти не можетъ имѣть рѣшающаго значенія въ вопросѣ о квалификаціи данныхъ нормъ какъ юридическихъ.

Это возраженіе исходитъ изъ современнаго понятія государства и игнорируетъ тотъ фактъ, что съ динамической точки зрѣнія государствомъ является всякій союзъ, который имѣетъ *организованную власть* надъ своими членами, самъ не признаетъ власти другого какого-либо союза надъ собою и относительно котораго подобной власти не признаетъ также за собою никакой другой союзъ [1]).

Съ приведенной динамической точки зрѣнія на государство, возможно говорить о правѣ и о юридическихъ нормахъ и въ примѣненіи къ кочевымъ племенамъ и первобытнымъ ордамъ, не впадая въ противорѣчіе съ предложенной выше формулой [2]).

Лишь тамъ, гдѣ вовсе нѣтъ никакой организованной власти, съ нашей точки зрѣнія не можетъ быть рѣчи о правѣ. Это не значитъ, конечно, что такая среда не руководствуется никакими нормами, никакими правилами. Разъ слагаются извѣстныя повторныя, типическія отношенія, то въ примѣненіи къ нимъ непремѣнно вырабатывается извѣстный modus

---

[1]) Другіе моменты, и въ частности моментъ территоріальный и моментъ признанія даннаго союза государствомъ со стороны другихъ однородныхъ союзовъ, появляются лишь позднѣе.

[2]) Вѣдь говорятъ же о государствѣ—городѣ, въ частности о греческой политіи, какъ особомъ историческомъ типѣ государствъ. Почему же нельзя говорить также о государствѣ—ордѣ, о государствѣ—племени? См. по вопросу о динамическомъ характерѣ государства и о разныхъ типахъ государствъ Iellinek, das Recht des modernen Staales т. I стр. 35, стр. 259 и сл.

vivendi, устанавливаются и примѣняются извѣстныя правила, хотя, быть можетъ, и не сознаваемыя въ качествѣ таковыхъ. Но изъ признанія этого факта не слѣдуетъ, чтобы подлежащія правила непремѣнно должны были считаться юридическими нормами. Этотъ выводъ былъ бы неизбѣженъ лишь въ томъ случаѣ, если бы внѣ юридическихъ нормъ не существовали никакія другія нормы. Между тѣмъ, мы видѣли, что нормы, именуемыя нами юридическими, составляютъ лишь часть правилъ, регулирующихъ жизненныя отношенія, — на ряду съ ними существуютъ нормы техническія, религіозныя, нравственныя, въ особенности же нормы бытовыя, покоющіяся на самостоятельномъ авторитетѣ общественнаго мнѣнія (обычаи); значеніе послѣднихъ тѣмъ сильнѣе, чѣмъ болѣе примитивна данная среда.

Въ связи съ сказаннымъ стоитъ другое возраженіе [1]). Оно сводится къ тому, что государство само есть *правовой союзъ*; отсюда логически вытекаетъ, что появленіе права должно предшествовать появленію государства.—Это возраженіе основано на *смѣшеніи государства въ смыслѣ реальнаго союза*, совокупности своеобразныхъ реальныхъ жизненныхъ отношеній, *съ государствомъ въ смыслѣ абстрактнаго типа или юридическаго института*. Государство въ смыслѣ абстрактнаго типа или юридическаго института, разумѣется, предполагаетъ существованіе юридическихъ нормъ, такъ какъ оно изъ нихъ только и слагается, представляя собою не реальную величину, а лишь извѣстную признанную желательною комбинацію общественныхъ элементовъ.

Государство же въ смыслѣ реальнаго союза само по себѣ отнюдь не есть правовой союзъ въ смыслѣ союза, всѣ жизненныя проявленія котораго совершаются въ строгомъ соотвѣтствіи съ заранѣе намѣченными правилами, а только *должно* быть такимъ союзомъ. А это не одно и то же.

Съ другой стороны, если подъ правовымъ союзомъ понимать вообще союзъ, регулированный извѣстными нормами, (независимо отъ того, насколько эти нормы на практикѣ соблюдаются), то подъ это опредѣленіе подойдетъ не только

---

[1]) См. Петражицкій, очерки, стр. 59.

государство, но всякій союзъ, не исключая и разбойничьихъ шаекъ. Ибо нѣтъ такого союза, въ которомъ не встрѣчаются извѣстныя нормы, извѣстныя правила, регулирующія отношенія членовъ союза другъ къ другу и къ третьимъ лицамъ. Въ такомъ случаѣ съ одинаковымъ правомъ, какъ относительно государства, можно было бы утверждать относительно всякаго союза, что онъ уже предполагаетъ существованіе извѣстныхъ нормъ. А это равносильно абсурдному выводу, что образованіе правилъ, нормъ, регулирующихъ жизнь человѣческихъ союзовъ, предшествуетъ *вообще* образованію самихъ этихъ союзовъ, т.-е. установленію болѣе или менѣе постоянныхъ жизненныхъ отношеній между людьми!

2) Итакъ, характеризуя юридическія нормы какъ нормы, признанныя обязательными со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти, мы отнюдь не создаемъ заколдованнаго круга, отнюдь не впадаемъ въ непримиримое противорѣчіе съ понятіями права и государства. Но этого, конечно, мало. Мало доказать, что наше опредѣленіе не содержитъ въ себѣ логической погрѣшности, что оно логически возможно. Необходимо еще провѣрить его фактическую правильность.

Въ этомъ отношеніи необходимо остановиться на двухъ возраженіяхъ, которыя обыкновенно приводятся противъ ограниченія круга юридическихъ нормъ—нормами, признанными обязательными со стороны государства (какъ обыкновенно, хотя и неточно, выражаются). Мы говоримъ о международномъ и обычномъ правѣ.

а) Что касается, прежде всего, международнаго права, то нетрудно убѣдиться, что нормы его вполнѣ подходятъ подъ данное нами опредѣленіе. Ибо обязательное значеніе эти нормы имѣютъ для каждаго государства лишь постольку, поскольку оно признало за ними таковое, вступивъ, напр., въ соотвѣтствующій международный договоръ съ другими государствами, или присоединившись къ ранѣе заключенному между другими государствами трактату, устанавливающему какія-либо общія нормы, и т. д.

Отсюда неизбѣжно слѣдуетъ, что пока данныя правила, хотя бы они сами по себѣ способны были регулировать

взаимныя отношенія между государствами, ни однимъ государствомъ не приняты, не признаны обязательными, ихъ вообще нельзя считать юридическими нормами, нормами международнаго права, а въ лучшемъ случаѣ лишь *проектами* таковыхъ. Такимъ образомъ, и здѣсь требуется моментъ признанія обязательнаго значенія со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти.

b) Нѣсколько больше затрудненій представляетъ на первый взглядъ т. н. обычное право. Несомнѣнно, обычаи предшествуютъ не только законамъ, но встрѣчаются и до появленія тѣхъ союзовъ, которые мы характеризуемъ какъ государства въ современномъ смыслѣ И первобытная орда и кочевое племя имѣютъ свои обычаи. Съ другой стороны, и послѣ появленія государствъ въ современномъ смыслѣ обычаи частью сохраняются, частью возникаютъ вновь помимо всякаго участія органовъ государственной власти, нерѣдко даже вопреки прямому запрету подлежащихъ органовъ власти [1]).

Но что же отсюда слѣдуетъ? Слѣдуетъ лишь то, что въ общественной жизни встрѣчаются нормы, которыя признаются обязательными, которымъ подчиняются, несмотря на безразличное, а иногда даже прямо отрицательное къ нимъ отношеніе органовъ государственной власти. Но этотъ фактъ самъ по себѣ только показываетъ, что государственный авторитетъ не единственный, въ силу котораго признается обязательное значеніе за тѣми или другими нормами, что на ряду съ нимъ существуютъ и другіе авторитеты, какъ то: авторитетъ церковный, авторитетъ общественнаго мнѣнія и т. д., — и что въ случаяхъ коллизіи между авторитетомъ государственной власти и иными авторитетами не всегда первый одерживаетъ побѣду.

Но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, чтобы норма въ силу одного факта признанія обязательности ея и соблюденія ея на практикѣ могла считаться юридической нормой. Для того, чтобы пріобрѣсти характеръ юридической нормы, необходимо, чтобы данная норма, независимо отъ признанія ея

[1]) Достаточно вспомнить хотя бы о такихъ характерныхъ явленіяхъ, какъ судъ Линча, какъ кровная месть, дуэли и т. п., съ которыми государственной власти нерѣдко приходится бороться въ теченіе столѣтій.

обязательнаго значенія со стороны другихъ авторитетовъ, была признана обязательной и со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти.

Что касается въ частности обычаевъ, то таковые несомнѣнно сами по себѣ покоются лишь на авторитетѣ общественнаго мнѣнія данной соціальной группы, даннаго кружка. Вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ опытъ показываетъ, они въ извѣстныхъ, болѣе или менѣе обширныхъ предѣлахъ, могутъ быть признаны обязательными и со стороны государственныхъ авторитетовъ [1]). Только эти послѣдніе обычаи и соотвѣтствующія нормы могутъ считаться юридическими обычаями и юридическими нормами. Остальные обычаи и соотвѣтствующія бытовыя нормы, покоясь исключительно на авторитетѣ общественнаго мнѣнія, составляютъ (также, какъ и нормы религіозныя, нравственныя и т. д.) соціальное явленіе sui generis, къ которому право можетъ относиться либо безразлично, либо даже съ осужденіемъ: вспомнимъ хотя бы о кровной мести, о судѣ Линча, о дуэляхъ.

Такимъ образомъ и это возраженіе противъ даннаго нами опредѣленія юридическихъ нормъ отпадаетъ

Намъ предстоитъ теперь нѣсколько подробнѣе развить это опредѣленіе.

§ 10.

Ближайшее развитіе даннаго опредѣленія.

Если юридическія нормы характеризуются какъ нормы, признанныя обязательными въ *подлежащей* формѣ со стороны *подлежащихъ* органовъ государственной власти, то естественно возникаетъ вопросъ: что слѣдуетъ понимать подъ подлежащими органами? что значитъ подлежащая форма признанія?

---

[1]) Въ частности, на зарѣ образованія самостоятельныхъ государственныхъ авторитетовъ эти авторитеты начинаютъ съ признанія en bloc всей совокупности сложившихся въ данной средѣ обычаевъ, и лишь постепенно, по мѣрѣ роста государственной власти, она начинаетъ относиться къ нимъ критически, признавать обязательными не всѣ изъ нихъ. Ср. ниже § 12, II.

Чтобы отвѣтить на эти вопросы, мы начнемъ съ попытки исчерпывающей классификаціи *возможныхъ* видовъ юридическихъ нормъ. Основнымъ дѣленіемъ съ интересующей насъ точки зрѣнія, очевидно, должно явиться дѣленіе нормъ на нормы, выработанныя самими подлежащими органами государственной власти и нормы, возникшія помимо участія ихъ.

Первыя въ свою очередь a priori могутъ быть раздѣлены на: 1) нормы, установленныя органами *законодательной* власти даннаго государства, притомъ либо на основаніи односторонняго акта (законы), либо на основаніи соглашенія съ такими же органами другихъ государствъ (международные договоры); 2) нормы, установленныя органами *административной* власти (или указы, по терминологіи проф. Коркунова), и 3) нормы, установленныя органами *судебной* власти.

Вторую группу составляютъ нормы, возникшія помимо непосредственнаго участія органовъ государственной власти. Сюда относятся: 1) нормы, покоющіяся на неорганизованномъ авторитетѣ общественнаго мнѣнія (обычаи въ тѣсномъ смыслѣ), 2) нормы, покоющіяся на организованномъ авторитетѣ лицъ или учрежденій, стоящихъ во главѣ общественныхъ союзовъ: a) не подчиненныхъ данному государству и b) подчиненныхъ ему (нормы статутарныя), и 3) нормы, покоющіяся на личномъ авторитетѣ отдѣльныхъ лицъ, въ частности, нормы, формулированныя представителями науки права (т. н. право юристовъ, Juristenrecht).

1) По отношенію къ первой категоріи нормъ вопросъ о наличности признанія обязательнаго значенія этихъ нормъ со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти очевидно рѣшается самъ собою въ утвердительномъ смыслѣ, ибо разъ законодатель или администрація или судъ устанавливаютъ, формулируютъ какую-нибудь норму, то это дѣлается очевидно потому, что они признаютъ установленіе этой нормы необходимымъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самую норму обязательной. Въ примѣненіи къ случаямъ этой категоріи только и можетъ возникнуть вопросъ о томъ, какіе именно органы государственной власти участвуютъ въ выработкѣ юридическихъ нормъ, при какихъ условіяхъ и въ какомъ объемѣ.

На этотъ счетъ вырабатываются также извѣстныя пра-

вила, извѣстныя нормы, которыя въ свою очередь пріобрѣтаютъ характеръ юридическихъ нормъ. На первый взглядъ это можетъ показаться страннымъ: оказывается, что критеріями для сужденія о томъ, что̀ считать юридическими нормами, въ свою очередь тоже являются юридическія нормы. Получается какъ-будто логическая несообразность [1]). Однако, если ближе присмотрѣться къ дѣлу, то эта кажущаяся несообразность исчезаетъ. Въ самомъ дѣлѣ, нельзя же отрицать того факта, что въ каждомъ государствѣ на извѣстной ступени развитія существуютъ извѣстныя лица и учрежденія, дѣятельность которыхъ обнимаетъ между прочимъ изданіе, формулировку извѣстныхъ нормъ, признаваемыхъ ими обязательными Не подлежитъ также сомнѣнію, что эта дѣятельность носитъ повторный, типичный характеръ. Отсюда весьма понятно, что и въ этой области въ примѣненіи къ однороднымъ случаямъ складывается извѣстная однородная практика, которая можетъ быть сведена къ извѣстнымъ, руководящимъ правиламъ. Съ другой стороны, весьма понятно, что этимъ правиламъ со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти придается не менѣе важное значеніе, чѣмъ нормамъ, которыя изданы съ соблюденіемъ этихъ правилъ, что онѣ въ равной мѣрѣ признаются обязательными.

А это все, что требуется для сообщенія данной нормѣ характера юридической нормы.

Правда, исторія права показываетъ, что спеціальныя нормы, указывающія, какіе органы государственной власти участвуютъ въ выработкѣ юридическихъ нормъ, и регулирующія условія, порядокъ изданія и взаимное соотношеніе отдѣльныхъ нормъ, сами зачастую въ теченіе весьма долгаго времени открыто не формулируются и могутъ быть выведены лишь изъ обозрѣнія „установившейся практики“ соотвѣтствующихъ учрежденій.

Но изъ этого только слѣдуетъ, что формы признанія могутъ быть различныя, что на ряду съ формальнымъ, открытымъ признаніемъ существуетъ и фактическое, косвенное признаніе, покоющееся на силѣ прецедента и проявляющееся

---

[1]) Такъ именно смотритъ на дѣло Петражицкій, очерки, стр 59.

въ однородномъ образѣ дѣйствій подлежащихъ органовъ государственной власти. — Къ тому же, съ другой стороны, упомянутыя нормы или по крайней мѣрѣ значительная часть ихъ, разъ онѣ открыто формулируются, нерѣдко облекаются въ форму особыхъ „основныхъ“ законовъ.

Итакъ, вопросъ о томъ, какіе органы государственной власти участвуютъ въ выработкѣ юридическихъ нормъ, при какихъ условіяхъ и въ какомъ объемѣ, рѣшается для каждой правовой системы особо, на основаніи сложившихся въ данномъ государствѣ на этотъ счетъ правилъ или нормъ. Въ частности, эти нормы указываютъ, какіе органы считаются органами законодательной власти и въ какой формѣ, съ соблюденіемъ какихъ условій издаются законы. Равнымъ образомъ, эти же нормы указываютъ, въ какихъ предѣлахъ допускается установленіе юридическихъ нормъ со стороны органовъ административной власти и какъ разрѣшаются случаи коллизіи между указами и законами. Наконецъ, на основаніи этихъ же нормъ рѣшается вопросъ о томъ, участвуютъ ли и органы судебной власти въ установленіи юридическихъ нормъ. Современная доктрина склонна рѣшать послѣдній вопросъ общимъ образомъ въ отрицательномъ смыслѣ. Это невѣрно. Отношеніе различныхъ правовыхъ системъ къ этому вопросу различное, и въ частности римское право формально признавало творческое значеніе судебной практики въ дѣлѣ выработки юридическихъ нормъ.

Таковы общія положенія. На нѣкоторыхъ подробностяхъ мы остановимся ниже, при разсмотрѣніи соотвѣтствующихъ постановленій римскаго права.

2) Что касается засимъ нормъ, возникающихъ помимо непосредственнаго участія органовъ государственной власти, то въ примѣненіи къ нимъ возникаетъ прежде всего преюдиціальный вопросъ, дѣйствительно ли всѣ онѣ, для пріобрѣтенія характера юридическихъ нормъ, нуждаются въ признаніи со стороны органовъ государственной власти.

Намъ уже пришлось коснуться этого вопроса въ примѣненіи къ т. н. обычному праву. Мы видѣли, что объ обычномъ „*правѣ*“ и о *юридическихъ* обычаяхъ можно говорить лишь постольку, поскольку данные обычаи и соотвѣтствующія

нормы признаны обязательными со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти. То же же самое mutatis mutandis относится и ко всѣмъ остальнымъ, входящимъ въ эту категорію нормамъ

И на этотъ счетъ складываются извѣстныя правила, которыя разумѣются и сами имѣютъ характеръ юридическихъ нормъ. Въ частности можно различать правила, опредѣляющія, въ какихъ случаяхъ и при наличности какихъ условій признается обязательное значеніе за обычаями,—за иноземными (уголовными, гражданскими и т. д.) нормами,—за статутарными нормами,—наконецъ, за нормами, формулированными представителями науки права.

Относительно послѣдняго пункта въ современной доктринѣ, какъ извѣстно, существуетъ споръ, можно ли вообще положенія, формулированныя отдѣльными представителями науки, какъ бы ни были они авторитетны, причислять къ юридическимъ нормамъ. Вопросъ въ такой формѣ очевидно неправильно поставленъ, ибо дѣло вовсе не въ авторитетности подлежащихъ представителей науки. Все зависитъ отъ того, признаютъ ли органы государственной власти возможнымъ придавать обязательное значеніе такимъ положеніямъ, или нѣтъ. Исторія права указываетъ намъ, что нѣкоторыя правовыя системы и въ частности римское право признали возможнымъ придавать въ извѣстныхъ предѣлахъ обязательное значеніе взглядамъ отдѣльныхъ юристовъ, (вспомнимъ jus respondendi), тогда какъ современныя правовыя системы рѣшаютъ этотъ вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ.

Что касается засимъ органовъ, которымъ предоставляется рѣшать вопросъ о томъ, удовлетворяютъ ли данныя обычныя, статутарныя и т. п. нормы установленнымъ условіямъ для признанія за ними обязательнаго значенія, то и въ этомъ отношеніи различныя правовыя системы придерживаются различныхъ принциповъ, каковые опять-таки фиксируются въ соотвѣтствующихъ правилахъ или нормахъ. Въ видѣ общаго правила можно лишь констатировать, что окончательное рѣшеніе подлежащихъ вопросовъ (по крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія современныхъ правовыхъ системъ) предоставляется обыкновенно органамъ судебной власти.

Къ сказанному слѣдуетъ прибавить, что всѣ эти правила, о которыхъ мы сейчасъ говорили (какъ правила, опредѣляющія условія признанія обязательнаго значенія за отдѣльными нормами, возникшими помимо участія органовъ государственной власти, такъ и правила, указывающія тѣ органы государственной власти, которымъ предоставлено рѣшеніе вопроса о томъ, удовлетворяютъ ли тѣ или иныя нормы изъ числа указанныхъ установленнымъ условіямъ), подобно правиламъ, опредѣляющимъ, какіе органы государственной власти участвуютъ въ выработкѣ юридическихъ нормъ и въ какомъ объемѣ,—либо открыто формулируются, либо вытекаютъ изъ установившейся практики подлежащихъ государственныхъ учрежденій.

3) Предшествующее изложеніе указало намъ руководящія начала, на основаніи которыхъ рѣшается вопросъ о томъ, отъ какихъ органовъ государственной власти зависитъ признаніе обязательнаго значенія за тѣми или иными нормами. Теперь намъ необходимо сказать еще нѣсколько словъ о формахъ и видахъ признанія юридическихъ нормъ.

Что касается, прежде всего, формъ признанія, то мы уже имѣли случай замѣтить, что оно можетъ быть или открытое, формальное, или же молчаливое, косвенное.

Первое выражается въ извѣстномъ болѣе или менѣе торжественномъ, оффиціальномъ *заявленіи*, которое исходитъ отъ подлежащихъ органовъ государственной власти и которое въ свою очередь совершается съ соблюденіемъ извѣстныхъ правилъ. Въ видѣ примѣра можно указать на публикаціи законовъ, общихъ административныхъ распоряженій (указовъ), оффиціальные сборники признанныхъ обычаевъ, и т. д.

Второе, молчаливое или косвенное признаніе выражается отчасти, (поскольку данная норма регулируетъ собственную дѣятельность подлежащихъ органовъ государственной власти), въ „установившейся практикѣ“, въ постоянномъ единообразномъ образѣ дѣйствія подлежащихъ органовъ при наличности однородныхъ условій, иначе говоря, въ самомъ фактѣ непосредственнаго соблюденія на практикѣ данной нормы со стороны подлежащихъ органовъ. Отчасти же такое признаніе явствуетъ изъ того отрицательнаго отношенія, которое со

стороны подлежащихъ органовъ встрѣчаютъ попытки несоблюденія данной, открыто не формулированной нормы, исходящія отъ другихъ (въ особенности низшихъ) органовъ и частныхъ лицъ; отношеніе это въ свою очередь выливается въ извѣстныхъ дополнительныхъ, санкціонирующихъ нормахъ.

Исторически косвенное признаніе предшествуетъ открытому. Постепенно, въ виду явныхъ неудобствъ, связанныхъ съ нимъ, оно начинаетъ уступать мѣсто открытому, формальному признанію

Къ сказанному надо прибавить, что независимо отъ формы, въ которую оно облекается, признаніе можетъ быть *безусловное* или *условное*. Такъ, условнымъ, по крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія современныхъ правовыхъ системъ, является, напр., признаніе обязательнаго значенія административныхъ указовъ или статутарныхъ нормъ: онѣ дѣйствительны лишь постольку, поскольку онѣ не противорѣчатъ законамъ.—Съ другой стороны, признаніе можетъ быть *добровольное* или *вынужденное*. Такъ, напр., признаніе со стороны Іоанна Безземельнаго постановленій Magna Charta было вынужденное.

Этимъ мы закончимъ разсмотрѣніе вопроса объ отличительныхъ критеріяхъ права въ объективномъ смыслѣ. Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что эти критеріи отличаются чисто формальнымъ характеромъ. На основаніи ихъ однихъ нельзя вывести никакого заключенія ни о конкретномъ содержаніи юридическихъ нормъ, ни о внѣшнихъ и внутреннихъ основаніяхъ подчиненія имъ со стороны членовъ данной соціальной среды. Это два совершенно самостоятельныхъ вопроса, на которыхъ мы, однако, въ настоящее время останавливаться не будемъ.

Подраздѣленіе II. Обзоръ юридическихъ нормъ въ римскомъ правѣ [1]).

§ 11.

Нормы, непосредственно установленныя органами государственной власти.

Мы встрѣчаемъ въ римскомъ правѣ три вида нормъ, непосредственно установленныхъ органами государственной власти, а именно: нормы, установленныя органами законодательной власти, нормы установленныя органами административной власти и нормы, установленныя органами судебной власти. Поскольку эти нормы не покоются на одной лишь установившейся практикѣ подлежащихъ учрежденій, а получаютъ оффиціальную формулировку, онѣ носятъ опредѣленныя техническія названія (leges, senatusconsulta, edicta magistratuum, constitutiones principum и т. д.). Значеніе этихъ нормъ и взаимное ихъ соотношеніе въ разное время было различное. Въ частности, органы судебной власти въ позднѣйшемъ императорскомъ правѣ утратили былое свое значеніе непосредственныхъ творцовъ права. Разсмотримъ вкратцѣ важнѣйшія формы развитія этихъ трехъ видовъ нормъ.

I. Нормы, установленныя органами законодательной власти и въ частности законы.

1) Сколько нибудь достовѣрныя историческія свѣдѣнія имѣются, какъ извѣстно, лишь начиная со второго, республиканскаго періода исторіи Рима. Все, что касается перваго, т. н. царскаго періода, представляется весьма гадательнымъ. Остается лишь констатировать, что принципіально уже въ этомъ древнѣйшемъ періодѣ законодательная власть принадлежитъ народному собранію (comitia curiata), оно вотируетъ законы, не иначе однако, какъ на основаніи предложеній,

[1]) Kruger, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte т. I. Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 2 Aufl, 1903.

исходящихъ отъ царя, которому такимъ образомъ присваивается исключительное право законодательной инициативы [1]). Техническое названіе такихъ законовъ—lex.

Практическое значеніе законовъ въ этомъ періодѣ во всякомъ случаѣ не могло быть велико. Общественная жизнь преимущественно регулировалась обычаями, en bloc признаваемыми зарождающейся государственной властью.

2) Въ республиканскомъ періодѣ нормальными органами законодательной власти безспорно признаются только одни народныя собранія [2]). Различались патриціанско-плебейскія собранія или собранія всего народа (populus), притомъ двухъ видовъ comitia centuriata, собирающіяся по центуріямъ, и comitia tributa, собирающіяся по (мѣстнымъ) трибамъ [3]), и чисто плебейскія собранія, concilia plebis, собиравшіяся также по трибамъ. Постановленія патриціанско-плебейскихъ собраній и въ особенности постановленія comitia centuriata носили названіе leges, постановленія плебейскихъ собраній назывались plebiscita.

Порядокъ изданія законовъ былъ подробно регламентированъ [4]). Право законодательной инициативы принадлежало исключительно магистратамъ. Каждый новый законопроектъ долженъ былъ быть обнародованъ особымъ эдиктомъ и публично выставленъ. Со времени такой promulgatio не допускались болѣе никакія поправки его: можно было только взять его назадъ и внести (формально) новое предложеніе. Со времени промульгаціи новаго законопроекта и до созыва народнаго собранія, долженствовавшаго рѣшить судьбу его, должны были пройти не менѣе трехъ недѣль. Въ теченіе этого срока народъ могъ быть созванъ въ такъ называемые contiones, неформальные митинги, на которыхъ законопроектъ подвергался обсужденію и на которыхъ могли выступать ораторы за и противъ него. Засимъ, въ назначенный день собиралось

---

[1]) Krüger, ук. соч. стр. 3.

[2]) Krüger, ук. соч. стр. 8 и сл.

[3]) Древнѣйшій видъ народныхъ собраній, comitia curiata, собирающихся по куріямъ, вскорѣ утратилъ всякое практическое значеніе.

[4]) Krüger ук. соч. стр. 16. Дальнѣйшія подробности см. Mommsen Röm. Staatsrecht, III, 1, стр. 369 и сл.

формальное народное собраніе; предложеніе магистрата (rogatio) еще разъ прочитывалось и засимъ предсѣдательствующій предлагалъ собранію вопросъ, желаетъ ли оно принять это предложеніе, послѣ чего начиналось голосованіе. Голосованію подвергался весь законопроектъ въ цѣломъ: можно было только высказаться за принятіе или отклоненіе его въ цѣломъ, частичное принятіе и частичныя поправки (amendements) не допускались. Выраженіемъ принятія служили слова uti rogas (т. е. какъ предлагаешь), выраженіемъ отклоненія — antiquo (т. е. по старому). Голосованіе до 131 г. а. С. п. было словесное и открытое, а съ этого времени (на основаніи lex Papiria 131 г.) письменное и тайное.

Особую разновидность законовъ составляли т. н. *leges datae* [1]). Такъ назывались постановленія, пользующіяся силой закона, хотя и не прошедшія черезъ народное собраніе, а изданныя, съ особаго полномочія народа, сенатомъ или однимъ изъ высшихъ магистратовъ; такимъ порядкомъ регламентировалось напр. положеніе подвластныхъ Риму городскихъ общинъ и провинцій.—Въ періодъ внутреннихъ смутъ, предшествующій паденію республики, такое право изданія законовъ помимо народнаго собранія неоднократно и притомъ въ самыхъ широкихъ предѣлахъ было предоставлено Суллѣ, Цезарю и вторымъ тріумвирамъ.

3) Въ періодъ принципата законодательная власть народныхъ собраній постепенно исчезаетъ: не подвергаясь формальному упраздненію, народныя собранія вскорѣ фактически перестали созываться. Въ первое время, впрочемъ, встрѣчаются еще какъ настоящіе народные законы, такъ и leges datae, т. е. законы, изданные императорами въ силу особаго полномочія со стороны народа [2]).

Новыми органами законодательной власти являются въ этомъ періодѣ сенатъ [3]) и императоры [4]). Постановленія се-

---

[1]) О нихъ см. Mommsen, Stadtrechte der Gemeinden Salpensa u. Malaca стр. 392 и сл. Его же, Rom Staatsrecht т. III, 1, стр. 310 сл. Krüger, ук. соч. стр. 15. Кірр, ук. соч. стр. 40.

[2]) Kruger, ук. соч., стр. 81

[3]) Kruger, тамъ же, стр. 82.

[4]) Kruger, тамъ же, стр. 92 и сл

ната назывались senatusconsulta, постановленія императоровъ носили общее названіе constitutiones. Любопытно, что обѣ категоріи постановленій пріобрѣли силу закона не сразу, а постепенно, и притомъ въ силу простого *фактическаго* признанія за ними подобной силы, помимо спеціальнаго, формальнаго на этотъ счетъ постановленія. Переходную форму составляли т.-н. orationes principis in senatu habitae [1]); формально это были простыя предложенія, съ которыми императоръ или представитель его входили въ сенатъ и которыя нуждались въ принятіи ихъ сенатомъ; фактически сенатъ всегда соглашался на эти предложенія, вслѣдствіе чего въ скоромъ времени стали смотрѣть на oratio, какъ на главное, а на соотвѣтствующее постановленіе сената, какъ на чисто формальный придатокъ. Отсюда вошло въ привычку цитировать orationes principum, какъ самостоятельную форму юридическихъ нормъ (oratio divi Hadriani, oratio divi Severi и т. д.).

Что касается единоличныхъ постановленій императоровъ, то они выросли изъ jus edicendi, изъ права изданія эдиктовъ, принадлежащаго императору въ качествѣ магистрата римскаго народа. Съ самаго начала, однако, эти эдикты отличались отъ эдиктовъ другихъ магистратовъ тѣмъ, что они имѣли руководящее значеніе не столько для самихъ императоровъ, сколько для остальныхъ магистратовъ, которымъ предлагалось примѣнять въ подлежащихъ случаяхъ новыя нормы. Первоначально эти императорскія распоряженія, какъ мы уже замѣтили, не имѣли силы закона [2]), и сами императоры не предъявляли подобной претензіи. Со временемъ, однако, они все болѣе стали сливаться съ leges datae, было признано, что они имѣютъ legis vicem, и юристы со временъ Гадріана прямо приписываютъ императору законодательную власть.

Предварительное обсужденіе императорскихъ конституцій происходило въ особомъ совѣтѣ, consilium, который со временъ Гадріана получилъ характеръ постояннаго учрежденія

---

[1]) Kruger, тамъ же, стр. 83.

[2]) Доказательствомъ этого служитъ, между прочимъ, тотъ фактъ, что рядъ эдиктовъ, изданныхъ первыми императорами, былъ засимъ облеченъ въ форму сенатусконсультовъ. Такого происхожденія, между прочимъ, Sc. Vellejanum, Sc. Tertullianum и др. Contra Kruger, l. c., стр. 104.

и въ составъ котораго съ этихъ поръ на ряду съ приближенными лицами привлекались также извѣстные юристы.

4) Что касается, наконецъ, періода абсолютной монархіи, то единственнымъ органомъ законодательной власти является императоръ [1]). Конституціи императоровъ получаютъ названіе leges; имъ противополагается прежнее право, разработанное въ сочиненіяхъ юристовъ, въ качествѣ jus или jus vetus. Обсужденіе новыхъ законопроектовъ, согласно постановленію Ѳеодосія II отъ 446 г. [2]), должно было производиться сначала въ совѣтѣ императора, sacrum consistorium, а засимъ въ сенатѣ. Рѣшающее значеніе имѣла, однако, только воля императора [3])

II. Нормы, установленныя органами административной власти [4]).

1) Въ республиканскомъ Римѣ (о царскомъ періодѣ, за неимѣніемъ данныхъ, не приходится говорить), органы административной власти, на ряду съ чисто исполнительными функціями, пользовались также въ широкихъ предѣлахъ правомъ установленія обязательныхъ нормъ, особенно въ области провинціальнаго и внѣшняго управленія.

Высшій надзоръ и главное руководительство въ этомъ отношеніи перешли къ сенату [5]). Не обладая непосредственно законодательной властью [6]), онъ пріобрѣлъ право давать руководящія указанія магистратамъ, устанавливать общія нормы провинціальнаго управленія, регулировать порядокъ внѣшнихъ отношеній и т. д. На этой почвѣ уже въ силу традиціи должна была сложиться постоянная практика и соотвѣтствую-

---

[1]) Kruger, ук. соч., стр. 259, 264 и сл.

[2]) L. 8 Cod. de leg. 1, 14.

[3]) См. l 12 § 5 Cod. de leg. 1, 14: tam conditor quam interpres legum solus imperator juste existimabitur.

[4]) Вопросъ о юридическомъ значеніи административныхъ распоряженій и о соотношеніи между ними и законами принадлежитъ къ числу модныхъ вопросовъ. Ср. Коркуновъ, указъ и законъ. Тамъ же дальнѣйшія литературныя указанія.

[5]) Kruger, ук. соч., стр. 22 и сл., Karlowa, ук. соч, стр. 373 и сл Кірр., ук. соч, стр. 52 и сл.

[6]) О patrum auctoritas и о позднѣйшихъ кассаціонныхъ и диспенсаціонныхъ функціяхъ сената, см. Кірр, ук. соч, стр. 52, 53.

щая сумма нормъ, регулирующихъ разныя стороны внутренняго управленія, отношенія къ другимъ государствамъ и т. д. Эти нормы частью отражались въ сенатусконсультахъ и чрезъ посредство нихъ проникали въ эдикты магистратовъ и въ особенности провинціальныхъ начальниковъ [1]), частью входили въ договоры, заключенные съ различными суверенными и полусуверенными городами, въ инструкціи, даваемыя отдѣльнымъ магистратамъ, и т. д.

Непосредственное управленіе было сосредоточено въ рукахъ отдѣльныхъ магистратовъ, изъ которыхъ высшіе магистраты, какъ-то: консулы, преторы, цензоры, далѣе эдилы, а также провинціальные начальники пользовались jus edicendi, правомъ изданія обязательныхъ распоряженій, edicta. Особенно важное значеніе пріобрѣли эдикты, въ которыхъ магистраты при самомъ вступленіи своемъ въ должность указывали, какихъ они будутъ держаться руководящихъ началъ во время отправленія ими должности. Такіе эдикты въ Римѣ издавались преторами, курульскими эдилами и цензорами [2]). Эдикты формально имѣли обязательную силу лишь въ теченіе срока службы издавшаго ихъ магистрата. Содержаніе ихъ, поскольку они касались вопросовъ управленія [3]), было, конечно, весьма разнообразное [4]). Между прочимъ, они могли носить и нормативный характеръ.

2) Въ періодѣ принципата, а тѣмъ болѣе въ періодѣ абсолютной монархіи общій надзоръ и руководительство въ дѣлахъ внутренняго и внѣшняго управленія натурально перешли къ императорамъ.

Императоры осуществляли эти функціи путемъ изданія эдиктовъ и мандатовъ [5]); послѣдніе (mandata principum) замѣнили собою прежнія инструкціи сената [6]). — Эти импера-

[1]) Напр., Sc. de bacchanalibus, Karlowa, Rom Rechtsgeschichte, т. I, стр. 445 Тамъ же примѣры другихъ нормативныхъ сенатусконсультовъ. Ср также Кірр, ук соч., стр. 53 и сл

[2]) См. Karlowa, ук. соч. т. I, стр. 460

[3]) О судебныхъ эдиктахъ см. ниже стр. 60.

[4]) Ср Mommsen, Rom. Staatsrecht, т I^3, стр. 207, который отказывается дать исчерпывающую классификацію возможнаго содержанія эдиктовъ.

[5]) Отчасти для этой цѣли служили и рескрипты, см. Кірр. l. c. стр. 64.

[6]) ср Kruger, l c. стр. 99. Кірр l. c стр 59 и сл.

торскія постановленія первое время, какъ мы уже замѣтили, имѣли лишь характеръ административныхъ распоряженій, уступающихъ по силѣ закону [1]).—Въ позднѣйшее время такой характеръ сохранили въ извѣстномъ смыслѣ т. н. leges (или sanctiones) pragmaticae или pragmatica; это были, такъ сказать, императорскія постановленія, издаваемыя въ порядкѣ управленія: относительно нихъ въ источникахъ встрѣчается указаніе, что pragmatica, противорѣчащія leges generales, не имѣютъ силы [2]).

Что касается нормативной дѣятельности органовъ подчиненнаго управленія, то по крайней мѣрѣ высшіе чины администраціи сохранили право изданія обязательныхъ распоряженій, какъ въ періодѣ принципата, такъ и въ періодѣ абсолютной монархіи [3]).—Такимъ правомъ пользовались прежде всего praefecti praetorio, постановленія которыхъ имѣли обязательную силу подъ условіемъ отсутствія противорѣчія ихъ съ законами, что прямо было подтверждено императоромъ Александромъ Северомъ въ 230 г.: formam a praefecto praetorio datam, si generalis sit, minime legibus vel constitutionibus contrariam, si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est, servari aequum est, (l. 2 Cod. de offic. praef. Or. I, 26). Техническое названіе такихъ указовъ praefecti praetorio — generales formae или edicta (τυποι, ἐπάρχικα). Любопытно, что нѣсколько такихъ распоряженій вошло между прочимъ въ наиболѣе полное дошедшее до насъ собраніе новеллъ Юстиніана [4]).

Такое же право изданія обязательныхъ распоряженій было присвоено praefectus urbi, равно начальникамъ провинцій [5]).

На ряду съ этимъ и *нормы, сложившіяся въ практикѣ* различныхъ учрежденій, получаютъ оффиціальное признаніе, какъ это явствуетъ изъ конституціи императоровъ Льва и Анѳимія отъ 469 г.: quod officiis curiis civitatibus principiis

---

[1]) см объ этомъ Kipp., l c стр. 59.

[2]) l. 6 Cod. 1.22. Nov. 113 c 1 pr. Ср. Kruger, l. c. стр. 271.

[3]) Karlowa, ук. соч. I, 549. 853; Kipp., ук. соч. стр. 86—87.

[4]) Nov. 165, 166, 167, 168. Относительно характера Nov. 165 существуетъ споръ, Kruger, l c. стр. 357.

[5]) Kipp, ук соч стр. 87, Karlowa, ук. соч. I, стр. 657, 865.

vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus (l. 3 Cod. quae sit l. cons. 8,52).

III. Нормы, установленныя органами судебной власти.

1) Съ точки зрѣнія господствующаго въ современной доктринѣ взгляда самая возможность существованія особой категоріи нормъ, устанавливаемыхъ органами судебной власти, подвергается сомнѣнію. Въ основаніи этого взгляда лежитъ положеніе, что задача суда состоитъ (или точнѣе—*должна* состоять) не въ установленіи новыхъ нормъ, а исключительно въ *примѣненіи* установленныхъ помимо него подлежащими факторами нормъ, въ подведеніи подъ эти нормы путемъ надлежащаго толкованія ихъ и разрѣшеніи согласно этому восходящихъ на его разсмотрѣніе отдѣльныхъ конкретныхъ дѣлъ.— Мы не будемъ здѣсь касаться вопроса о томъ, насколько это положеніе выдерживаетъ критику даже съ точки зрѣнія современнаго права [1]). Съ точки зрѣнія исторіи права оно во всякомъ случаѣ не можетъ претендовать на абсолютное значеніе. Лучшимъ доказательствомъ этого служитъ роль, которую сыграла въ Римѣ судебная практика въ лицѣ претуры въ дѣлѣ развитія римскаго гражданскаго права.

Для уясненія этой роли необходимо сказать два слова объ организаціи римскаго гражданскаго процесса.

Уже древнѣйшая форма процесса, т. н. легисакціонный процессъ, покоилась на разграниченіи двухъ стадій производства in jure и in judicio [2]). Первая стадія—производство

[1]) На самомъ дѣлѣ и теперь покоющаяся на судебныхъ прецедентахъ и на авторитетѣ рѣшеній верховныхъ судовъ судебная практика и вытекающая отсюда система нормъ играетъ весьма важную роль, тѣмъ болѣе важную, чѣмъ большими недостатками обладаетъ подлежащее законодательство. Если это не всѣмъ ясно, то лишь благодаря тому, что соотвѣтствующая творческая дѣятельность суда подводится (и доктриной, и закономъ) подъ неясно формулированное понятіе „толкованія“ права, которое обнимаетъ наряду съ дѣйствительнымъ толкованіемъ и дальнѣйшее развитіе судомъ основныхъ началъ данной правовой системы, заложенныхъ въ законодательствѣ ея.

[2]) О происхожденіи этой дихотоміи производства см. Покровскій, Право и фактъ въ римскомъ правѣ, т. II. Гипотеза Покровскаго стоитъ въ связи съ общимъ взглядомъ его на генезисъ преторскаго права. По его мнѣнію, преторское право составляетъ продуктъ не судебныхъ, а административныхъ полномочій претора.

in jure—происходило передъ магистратомъ (сначала консуломъ, потомъ преторомъ); цѣль этой стадіи состояла въ выясненіи юридической стороны спора и въ окончательной формулировкѣ его; вторая стадія производства—in judicio—происходила передъ однимъ или нѣсколькими, ad hoc назначенными присяжными судьями или постоянной судебной коллегіей (децемвировъ или центумвировъ), и обнимала разборъ дѣла по существу (выслушаніе объясненій сторонъ, свидѣтельскихъ показаній и т. д.) и постановленіе судебнаго рѣшенія.—Роль магистрата и въ частности городского претора въ этомъ періодѣ была довольно скромная. Въ частности, число исковыхъ формулъ, legis actiones, было ограниченное: каждая legis actio покоилась на какомъ-нибудь законѣ или на древнемъ обычаѣ, для каждаго иска понтифами была составлена, въ строгомъ соотвѣтствіи съ текстомъ подлежащаго закона, опредѣленная неизмѣнная формула. Если требованіе истца не было предусмотрѣно одною изъ этихъ исковыхъ формулъ, не поддавалось подведенію подъ нее, то преторъ уже не могъ давать дѣлу дальнѣйшій ходъ, и въ частности не могъ создавать новой исковой формулы или видоизмѣнить старую.

Все это измѣнилось со времени введенія формулярнаго процесса, связаннаго съ изданіемъ lex Aebutia (ок. 150 г. до Р. Хр.) [1]) и двухъ leges juliae. Сущность нововведенія заключалась въ томъ, что преторъ, выслушавъ заявленія сторонъ in jure, самъ редактировалъ исковую формулу, притомъ обязательно на письмѣ; въ ней, назначая присяжнаго судью для разбора дѣла по существу, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ отмѣчалъ тѣ юридическія или фактическія обстоятельства, которыя подлежало провѣрить и установить, и приказывалъ судьѣ соотвѣтственно съ этимъ постановить то или иное рѣшеніе. Для присяжнаго судьи эта формула, предложенная преторомъ, имѣла безусловно обязательное значеніе, преторъ уже съ этихъ поръ не былъ болѣе связанъ постановленіями цивильнаго права и прежними исковыми формулами, которыя онъ могъ видоизмѣнять, замѣнять новыми и т. д

[1]) Объ этомъ законѣ и о предшествовавшей, подготовившей его практикѣ ср. Jors Romische Rechtswissenschaft zur zeit der Republik, стр. 174 и сл Wlassak, Romische Processgesetze, т. I, стр. 58 и сл.

На этой почвѣ сложилось новое гражданское право, jus honorarium или praetorium, покоющееся исключительно на авторитетѣ претора въ качествѣ руководящаго органа гражданскаго суда. Внѣшнимъ источникомъ этого преторскаго права является преторскій эдиктъ [1]).

Общіе эдикты издавались преторами при самомъ ихъ вступленіи въ должность. Эти эдикты, въ отличіе отъ случайныхъ эдиктовъ, издаваемыхъ въ теченіе служебнаго года, получили названіе edicta perpetua. Какъ всѣ эдикты, они имѣли формально силу только въ теченіе того года, на который былъ избранъ преторъ. Понятно однако, что не каждый новый преторъ издавалъ совершенно новый эдиктъ. Силою вещей постановленія прежнихъ эдиктовъ, оказавшіяся пригодными на практикѣ, включались и въ новые эдикты. Эта традиціонно переходящая изъ одного эдикта въ другой часть постановленій получила названіе edictum vetus или tralaticium.—Сами преторы могли первоначально въ теченіе года отступать отъ своихъ эдиктовъ; такъ какъ это однако было связано съ серьезными неудобствами для заинтересованныхъ частныхъ лицъ, то въ 67 г. до Р. Хр. lex Cornelia запретила это, предписавъ, ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent.—Съ юридической точки зрѣнія особенно любопытенъ тотъ фактъ, что эдиктальное преторское право, какъ извѣстно, не только восполняло пробѣлы древняго цивильнаго права, но что этимъ путемъ былъ созданъ цѣлый рядъ институтовъ corrigendi juris civilis gratia (особенно въ области наслѣдственнаго права).—Въ противоположность законамъ, эдикты публиковались не на мѣдныхъ, а на деревянныхъ, выбѣленныхъ, покрытыхъ чернымъ письмомъ доскахъ.

Такъ какъ въ Римѣ были два претора, завѣдывавшіе судебно-гражданской частью, а именно городской преторъ, praetor urbanus, для споровъ, возникающихъ между римскими гражданами, и преторъ перегриновъ, praetor peregrinus, для споровъ, въ которыхъ одна или обѣ стороны были перегринами, то издавались ежегодно два преторскихъ эдикта. Кромѣ того, встрѣчаются еще особые эдикты курульскихъ эдиловъ,

---

[1]) Kruger, ук. соч., стр 30 и сл., Кірр. ук соч. стр. 44 и сл.

на которыхъ, между прочимъ, былъ возложенъ надзоръ за рыночной торговлей; эти эдикты, кромѣ частноправныхъ постановленій, содержали еще рядъ чисто полицейскихъ предписаній.—Въ провинціяхъ функціи, аналогичныя съ функціями преторовъ по завѣдыванію гражданскими спорами, были возложены на провинціальныхъ начальниковъ. Соотвѣтствующія постановленія ихъ входили въ составъ издаваемыхъ ежегодно для каждой провинціи подлежащимъ преторомъ или пропреторомъ edicta provincialia [1]).

2) Итакъ, *въ республиканскомъ періодѣ за органами судебной власти* въ лицѣ преторовъ и провинціальныхъ начальниковъ *было признано формальное право установленія юридическихъ нормъ*, притомъ не только въ дополненіе, но даже въ измѣненіе соотвѣтствующихъ, основанныхъ на законѣ и признанныхъ древнихъ обычаяхъ, частноправныхъ нормъ [2]).

Эти широкія полномочія были сохранены за указанными органами и въ началѣ имперіи.

Первое ограниченіе слѣдуетъ, быть можетъ, усмотрѣть въ появленіи ряда императорскихъ эдиктовъ и сенатусконсультовъ, въ которыхъ соотвѣтствующимъ магистратамъ для извѣстныхъ случаевъ прямо предписывается dare или, наоборотъ, denegare actionem [3]). Во всякомъ случаѣ это свидѣтельствуетъ объ упадкѣ самостоятельности и иниціативы ихъ.—Коренной переворотъ произошелъ съ изданіемъ при Гадріанѣ т. н. edictum perpetuum [4]).

По порученію названнаго императора юристъ Юліанъ кодифицировалъ постановленія прежнихъ эдиктовъ; этотъ новый сводный эдиктъ засимъ при oratio императора былъ препровожденъ въ сенатъ, который особымъ сенатусконсультомъ утвердилъ его редакцію. Вмѣстѣ съ тѣмъ было оговорено, что всякія нововведенія въ будущемъ нуждаются въ санкціи

---

[1]) См объ этомъ Kruger, l. c стр 38.

[2]) О соотношеніи между jus civile и jus praetorium см. ниже § 14 II.

[3]) Сюда относятся эдикты, предшествовавшіе Sc. Macedonianum, Vellejanum, Trebellianum и др., а также названные сенатусконсульты. Ср. Krüger, l. c. стр. 82, 85.

[4]) Kruger, ук. соч. стр. 85, Kipp, ук. соч. стр. 50.

императора: ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur (c. Tanta § 18).

Такимъ образомъ была уничтожена самостоятельность прежнихъ руководящихъ органовъ суда. На ихъ мѣсто становятся императоры, которые еще раньше успѣли сосредоточить въ своихъ рукахъ, на ряду съ другими, и судебныя функціи.—Дѣятельность ихъ въ качествѣ органовъ судебной власти проявлялась въ двухъ главныхъ направленіяхъ. — Съ одной стороны, императоръ непосредственно участвуетъ въ рѣшеніи дѣлъ въ качествѣ высшей судебной инстанціи. Рѣшенія, постановляемыя имъ въ этомъ качествѣ, назывались *decreta*. Съ другой стороны, къ нему (и именно, особенно часто со временъ Гадріана) начинаютъ обращаться, до рѣшенія дѣла подлежащей низшей инстанціей, въ случаѣ какихъ-либо сомнѣній, какъ заинтересованныя частныя лица, такъ и магистраты съ просьбой разъяснить данный спорный вопросъ права. Отвѣты на такіе запросы назывались *rescripta*.— Въ обоихъ случаяхъ императоръ могъ ограничиться въ своихъ рѣшеніяхъ и разъясненіяхъ примѣненіемъ дѣйствующаго права, но могъ также, если онъ это признавалъ нужнымъ, выставить новую норму. Въ этомъ смыслѣ руководящій органъ суда, какимъ теперь является императоръ, сохранилъ самостоятельное творческое значеніе [1]).

Къ этому слѣдуетъ прибавить, что сверхъ того была признана *полная юридическая сила и за установившейся судебной практикой;* ср. l. 38 D. de leg I, 3. nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut *rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.* Ограниченіе въ этомъ отношеніи введено лишь Юстиніаномъ въ l. 13 c. de sent. 7, 45.

---

[1]) Ср Kruger, l. c. стр. 94 и сл. О нѣкоторыхъ попыткахъ ограниченія значенія рескриптовъ въ случаѣ коллизіи ихъ съ общимъ закономъ ср. тамъ же, стр 267.

§ 12.

Нормы, возникшія помимо участія органовъ государственной власти.

Мы разсмотримъ отдѣльно т. н обычное право, статутарныя нормы и т. н. право юристовъ.

I. Нормы, покоющіяся на неорганизованномъ общественномъ авторитетѣ (обычаи) [1]).

1) Мы отправляемся отъ того неоспоримаго факта, что въ общественной жизни на ряду съ другими авторитетами весьма важную роль играетъ и авторитетъ общественнаго мнѣнія.—Въ отличіе отъ другихъ соціальныхъ авторитетовъ общественное мнѣніе представляетъ собою *неорганизованный* соціальный авторитетъ, т.-е. такой соціальный авторитетъ, который не имѣетъ спеціальныхъ, заранѣе опредѣленныхъ. фиксированныхъ органовъ, чрезъ посредство которыхъ онъ проявляется.—Нормы, непосредственно покоющіяся на этомъ авторитетѣ, признанныя имъ, мы называемъ обычными или бытовыми, а соотвѣтствующія типичныя формы поведенія—обычаями или нравами.

У каждой общественной группы, у каждаго территоріальнаго или профессіональнаго союза, у каждаго кружка, достаточно сплоченнаго, достаточно связаннаго объективнымъ фактомъ общности условій жизни и субъективнымъ фактомъ сознанія вытекающей отсюда общности интересовъ, непремѣнно складывается свое специфическое общественное мнѣніе. Отсюда—крайнее разнообразіе обычаевъ и нравовъ, съ одной стороны, большее или меньшее (въ зависимости отъ роли и значенія данной группы) распространеніе и соціальное значеніе ихъ, съ другой стороны.

[1]) Ученіе о такъ наз. обычномъ правѣ или точнѣе — объ обычаяхъ и регулирующихъ ихъ бытовыхъ нормахъ поставлено весьма неудовлетворительно въ современной доктринѣ. Мы, разумѣется, въ данномъ мѣстѣ не имѣемъ возможности подробнѣе остановиться на немъ, и намѣтимъ лишь общія основы нашего взгляда. См. Регельсбергеръ, ук. соч. § 19 и сл. Brie, die Lehre vom Gewohnheitsrecht, т. I, 1899.

Большей частью эти нормы не формулируются открыто, а существованіе, дѣйствіе и признаніе ихъ явствуетъ частью непосредственно изъ однообразнаго типичнаго поведенія членовъ данной соціальной группы, частью изъ того отношенія, которое со стороны общественнаго мнѣнія данной группы вызываютъ попытки несоблюденія той или иной сложившейся бытовой нормы, и которое въ свою очередь выражается въ созданіи и примѣненіи дополнительныхъ, санкціонирующихъ нормъ.—Однако на ряду съ этимъ встрѣчается и открытое формулированіе бытовыхъ нормъ, въ видѣ, напр. т. н. юридическихъ пословицъ, частныхъ сборниковъ обычаевъ, а подчасъ даже оффиціальныхъ сборниковъ таковыхъ [1]).

Такимъ образомъ, и въ примѣненіи къ нормамъ, основаннымъ на авторитетѣ общественнаго мнѣнія, надо различать двѣ формы обнаруженія и признанія ихъ, прямое и косвенное.

Отъ *обычаевъ* и нормъ, вытекающихъ изъ обычаевъ, надо строго отличать тѣ случаи, въ которыхъ мы имѣемъ дѣло съ установившейся *практикой* организованныхъ учрежденій, будь это органы государственной власти или органы иныхъ, въ частности подчиненныхъ государству союзовъ, и съ соотвѣтствующими, вытекающими изъ этой практики, нормами.

Обыкновенно и въ послѣднихъ двухъ случаяхъ говорятъ объ обычаяхъ и соотвѣтствующія нормы причисляютъ къ нормамъ обычнаго „права“. На самомъ дѣлѣ, здѣсь имѣется лишь чисто внѣшнее сходство въ томъ смыслѣ, что во всѣхъ указанныхъ случаяхъ данное поведеніе и регулирующія его нормы съ точки зрѣнія упомянутыхъ авторитетовъ не сразу пріобрѣтаютъ обязательное значеніе, что соотвѣтствующій рядъ однородныхъ дѣйствій носитъ сначала факультативный характеръ, что дѣйствія эти совершаются частью по соображеніямъ цѣлесообразности, приспособленности, приноровленности ихъ къ достиженію того или иного результата, частью въ силу простой подражательности и привычки,—и лишь со временемъ соблюденіе подлежащихъ нормъ начинаетъ стано-

---

[1]) Достаточно вспомнить о сборникахъ французскихъ кутюмовъ. Ср. объ этомъ и о любопытной организаціи этого дѣла Esmein Cours élementaire d'histoire du droit français стр. 705 и сл

виться обязательнымъ въ глазахъ подлежащихъ авторитетовъ.— Этимъ, однако, не уничтожается коренное различіе между тремя названными категоріями нормъ, вытекающее изъ различія въ авторитетахъ, на которыхъ покоится ихъ обязательное значеніе: однѣ покоются на авторитетѣ общественнаго мнѣнія, другія представляютъ разновидность нормъ, установленныхъ органами государственной власти, третьи составляютъ разновидность статутарныхъ нормъ.

Различіе это имѣетъ не одно только теоретическое, но и весьма важное практическое значеніе, которое сказывается въ томъ случаѣ, когда возникаетъ вопросъ о дѣйствительности, о юридической силѣ тѣхъ или иныхъ нормъ съ точки зрѣнія данной правовой системы. Мы уже знаемъ, что этотъ вопросъ въ свою очередь рѣшается на основаніи особыхъ выработанныхъ на сей предметъ нормъ [1]) Въ частности, для рѣшенія вопроса о дѣйствительности обычая приходится считаться съ спеціальными нормами, которыя опредѣляютъ условія и предѣлы признанія обычаевъ, для рѣшенія вопроса о дѣйствительности нормы, покоющейся на установившейся практикѣ того или иного изъ органовъ государственной власти, — съ спеціальными нормами, опредѣляющими, какіе органы государственной власти и въ какихъ предѣлахъ участвуютъ въ выработкѣ юридическихъ нормъ, наконецъ, для рѣшенія вопроса о дѣйствительности нормы, покоющейся на установившейся практикѣ органовъ того или иного подчиненнаго государству союза,—съ спеціальными нормами, опредѣляющими условія и предѣлы признанія статутарныхъ нормъ. А это все нормы различныя.

2) Отношеніе государственной власти къ сложившимся въ данной средѣ обычаямъ и соотвѣтствующимъ нормамъ само по себѣ можетъ быть троякое: она либо признаетъ эти обычаи и нормы обязательными, юридическими, либо признаетъ ихъ юридически безразличными, либо, наконецъ, вредными, подлежащими искорененію.

Исторія права показываетъ, что на первыхъ порахъ, въ періодъ зарожденія, формированія государственной власти

[1]) Ср выше § 10.

всюду преобладаетъ первая точка зрѣнія. Оно и понятно: зарождающаяся, еще не окрѣпшая государственная власть слишкомъ слаба, слишкомъ неопытна, сама еще слишкомъ находится подъ давленіемъ авторитета общественнаго мнѣнія, чтобы сразу занять самостоятельную позицію по отношенію къ сложившимся въ районѣ дѣйствія ея обычаямъ. *Она поэтому начинаетъ съ огульнаго признанія ихъ* [1]). Лишь постепенно начинаетъ устанавливаться болѣе критическое отношеніе къ обычаямъ и различеніе въ составѣ ихъ вышеуказанныхъ трехъ группъ.

Римское право не представляетъ въ этомъ отношеніи исключенія изъ общаго правила

На первыхъ порахъ вся жизнь Рима покоится на обычаѣ. Насколько силенъ обычай еще въ V в. до Р. Х., показываетъ вся исторія и содержаніе законодательства XII таблицъ, которое если не по формѣ, то по существу представляетъ собою кодификацію дѣйствовавшихъ до тѣхъ поръ, но открыто не формулированныхъ народныхъ обычаевъ.—Какъ извѣстно, и послѣ изданія XII таблицъ обычай сохранилъ весьма важное значеніе въ особенности въ сферѣ частноправныхъ отношеній.—Немаловажную роль сохранилъ обычай и въ императорскомъ періодѣ, особенно въ видѣ мѣстнаго обычая [2]).

Со временемъ, конечно, долженъ былъ возникнуть и получить болѣе или менѣе опредѣленную формулировку вопросъ объ условіяхъ и предѣлахъ признанія юридической силы за обычаями. Объ этихъ вопросахъ трактуютъ какъ римскіе юристы, такъ и императорское законодательство [3]).

Въ первомъ отношеніи требуется продолжительное единообразное соблюденіе даннаго обычая: usus longaevus (l. 2 Cod. quae sit longa consuetudo 8,52), inveterata consuetudo (l. 32

[1]) Въ этомъ фактѣ кроется, между прочимъ, причина ходячаго отождествленія обычаевъ вообще съ юридическими обычаями, сказывающагося особенно рельефно въ терминѣ „обычное *право*“, который обнимаетъ всю совокупность признанныхъ и не признанныхъ со стороны государственной власти обычаевъ.

[2]) Ср общее признаніе мѣстныхъ провинціальныхъ обычаевъ въ l. 1 Cod. quae sit longa consuetudo 8,52. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, стр. 161 и сл

[3]) Regelsberger, l c § 20, § 23.

§ 1 D. de leg. 1,3).—Во второмъ отношеніи не только классическая римская юриспруденція, но даже юстиніановское законодательство на первый взглядъ формально признаютъ совершенно одинаковую силу за обычаемъ и закономъ, такъ что позднѣйшій обычай отмѣняетъ предшествующій законъ. Такъ, юристъ Юліанъ въ l. 32 § 1 D. de leg. 3,1 говоритъ: inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut *leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*. Въ соотвѣтствіи съ этимъ Юстиніанъ въ институціяхъ, характеризуя положительное право въ противоположность естественному, замѣчаетъ въ § 11 J. de jure natur. 1,2: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, *saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata*.—Иначе формулируетъ, однако, отношеніе между закономъ и обычаемъ l. 2 Cod. quae sit l. c. 8,52. Въ этой конституціи, изданной Константиномъ Великимъ въ 319 г., говорится: consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum *non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem*.—Въ доктринѣ римскаго права существуетъ цѣлый рядъ попытокъ устранить противорѣчіе между этимъ постановленіемъ и остальными [1]). По господствующему въ настоящее время взгляду смыслъ конституціи сводится къ тому, что общій законъ не можетъ быть отмѣненъ (для данной мѣстности) мѣстнымъ обычаемъ.

На нашъ взглядъ противорѣчіе устраняется тѣмъ, что какъ римскіе юристы, такъ въ особенности императорское законодательство, говоря о дерогирующей силѣ обычая, имѣли въ виду лишь древніе народные законы, по отношенію къ которымъ признаніе дерогирующей силы позднѣйшихъ обы-

[1]) Ср обзоръ прежней литературы у Vangerow, т. I § 16. Regelsberger, l. c. § 23. Попытка историческаго объясненія Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, стр. 163 пр. 2.

чаевъ въ сущности сводилось къ простому констатированію историческаго факта. Что же касается новаго императорскаго законодательства, то оно исходило изъ положенія, которое еще Ульпіанъ въ l. 3 § 5 D. de sepulc. viol. 47, 12 формулируетъ слѣдующимъ образомъ: *et oportet imperialia statuta suam vim obtinere et in omni loco valere.* Конституція императора Константина лишь подтверждаетъ и разъясняетъ это положеніе. Вдобавокъ, можно еще сослаться на слѣдующее изреченіе Юстиніана въ l. 12 Cod. de leg. 1, 14: quid enim majus, quid sanctius imperiali est majestate? vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat? § 5 eod.. tam conditor quam interpres legum solus imperator juste existimabitur. Приведенныя слова убѣдительно доказываютъ, что авторъ ихъ, который желалъ монополизировать въ пользу императора даже право *толкованія* законовъ, не могъ допустить и мысли о дерогирующей силѣ обычаевъ по отношенію къ продуктамъ императорской нормативной дѣятельности [1]).

И такъ, съ точки зрѣнія позднѣйшаго императорскаго права не можетъ быть рѣчи о формальномъ признаніи дерогирующей силы обычаевъ по отношенію къ законамъ. Другой, конечно, вопросъ, насколько велико практическое значеніе нормъ, ограничивающихъ или запрещающихъ отмѣну законовъ позднѣйшими обычаями. Несомнѣнно, онѣ не имѣютъ безусловнаго значенія, раздѣляя въ этомъ отношеніи участь всѣхъ вообще нормъ.

Всякая норма можетъ быть нарушена, всякая норма можетъ перестать примѣняться, и чѣмъ менѣе норма отвѣчаетъ потребностямъ жизни, чѣмъ болѣе она представляетъ собою переживаніе старины безъ самостоятельной raison d'être, тѣмъ больше для нея эта опасность.

Но это уже вопросъ не юридическій, а *историческій*.

II. Нормы, покоющіяся на организованномъ общественномъ авторитетѣ [2]).

[1]) Ср. также Kipp, ук. соч., стр. 21.

[2]) Богатый матеріалъ по этому вопросу можно найти въ книгѣ Mitteis'a. Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, passim. Voigt, Röm. Rechtsgeschichte, т. II, § 80, стр. 123, и сл.

Онѣ распадаются на нормы, признанныя обязательными со стороны подлежащихъ органовъ неподчиненныхъ данному государству союзовъ съ одной стороны и подчиненныхъ ему союзовъ съ другой стороны.

1) Что касается первыхъ, то остается лишь замѣтить, что отношенія Рима къ самостоятельнымъ чужимъ государствамъ даже въ императорскомъ періодѣ принципіально были построены на началѣ полной національной исключительности, вылившемся въ принципѣ *взаимнаго* безправія чужестранцевъ въ Римѣ и римлянъ за границей [1]). Смягченіе этого принципа допускалось лишь въ случаѣ установленія положительныхъ дружественныхъ отношеній съ другимъ государствомъ въ формѣ amicitia, hospitium или foedus. Однако это само по себѣ предполагало только признаніе извѣстной правоспособности за чужестранцами и допущеніе ихъ въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ къ участію въ римскомъ оборотѣ, но не предрѣшало вопроса о томъ, насколько эти чужестранцы могли ссылаться въ предѣлахъ римской территоріи и передъ римскими судами на законы и обычаи собственнаго государства. Къ тому же, вопросъ этотъ затемнялся еще своеобразной теоріей римскихъ юристовъ о jus gentium какъ *общенародномъ* правѣ [2]).

На самомъ дѣлѣ, jus gentium [3]) было правомъ римскаго государства въ такой же мѣрѣ, какъ jus civile, отличаясь отъ послѣдняго съ формальной стороны лишь своей сферой дѣйствія: оно распространялось не только на отношенія, возникающія между римскими гражданами, но и на отношенія, въ которыхъ участниками выступали и перегрины. Отсюда ясно, что подчиненіе чужестранцевъ jus gentium въ сущности было равносильно отрицанію юридическаго значенія за нормами ихъ отечественныхъ правъ, такъ какъ этимъ исключалась возможность ссылокъ на такія нормы.

[1]) Ср. Mommsen, Rom. Staatsrecht, т. III, I, стр 590 и сл. Упомянутый принципъ рѣзко формулированъ юристомъ Помпоніемъ въ l 5 § 2 D. de cap. 49, 15.

[2]) См. объ этомъ ниже § 14, I Мы въ дальнѣйшемъ имѣемъ въ виду jus gentium въ тѣсномъ смыслѣ.

[3]) По крайней мѣрѣ, поскольку оно было системой нормъ, а не только совокупностью юридическихъ принциповъ

Однако, jus gentium (въ тѣсномъ смыслѣ), будучи преимущественно правомъ оборота (Verkehrsrecht), не затрогивало цѣлаго ряда отношеній, въ особенности изъ области семейственнаго и наслѣдственнаго права. Въ этихъ предѣлахъ все же долженъ былъ открыто возникнуть вопросъ о признаніи или непризнаніи юридической силы чужестранныхъ нормъ на римской территоріи. Былъ ли этотъ вопросъ когда-либо практически разрѣшенъ въ примѣненіи къ какому-либо дѣйствительно *самостоятельному* чужому государству, мы не знаемъ, такъ какъ источники въ этомъ отношеніи хранятъ полное молчаніе.

Данныя, которыя содержатся въ источникахъ по интересующему насъ вопросу, отчасти имѣютъ въ виду отношенія Рима къ вошедшимъ фактически въ составъ римскаго государства, хотя формально независимымъ или полунезависимымъ городамъ, княжествамъ и королевствамъ, отчасти же касаются отношеній Рима къ провинціямъ и подвластнымъ городамъ, самобытныя условія жизни которыхъ не могли, конечно, сразу исчезнуть въ силу простого факта утраты ими былой самостоятельности. Къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, въ какихъ предѣлахъ признавалось юридическое значеніе за нормами этихъ подчиненныхъ Риму союзовъ, мы и обратимся теперь.

2) Необходимо въ этомъ отношеніи различать періодъ времени до и послѣ изданія знаменитой constitutio Antonina отъ 212 г., изданной при Каракаллѣ и даровавшей право римскаго гражданства огромному большинству наличныхъ жителей имперіи.

Въ первомъ періодѣ, не говоря уже о формально независимыхъ и полунезависимыхъ городахъ и мѣстностяхъ, пользовавшихся весьма широкой внутренней автономіей [1]), принципъ аврономіи примѣняется въ довольно широкихъ предѣлахъ и въ сферѣ провинціальнаго управленія, и въ частности, при рѣшеніи споровъ между жителями данной мѣстности передъ мѣстными трибуналами.

---

[1]) См. объ этомъ Mitteis, ук соч стр. 86 и 87. О постепенномъ ограниченіи этой автономіи, особенно въ сферѣ уголовнаго, а засимъ и гражданскаго суда, тамъ же, стр 87 пр. 3.

Такъ, по свидѣтельству Цицерона [1]), дѣло обстояло въ Сициліи, и аналогичныя правила дѣйствовали и въ другихъ провинціяхъ. Мало того, при извѣстныхъ условіяхъ эти мѣстныя нормы стали пользоваться признаніемъ даже передъ римскими трибуналами, притомъ какъ въ предѣлахъ, такъ и за предѣлами подлежащей территоріи. Правда, по общему правилу, преторъ или провинціальный начальникъ примѣняетъ въ восходящихъ на его разсмотрѣніе спорахъ начала juris gentium, формулированныя въ подлежащихъ эдиктахъ. Но jus gentium въ техническомъ смыслѣ, какъ мы уже замѣтили, не касается цѣлаго ряда отношеній, какъ то: вопросовъ свободы (quaestio libertatis), ряда вопросовъ брачнаго права, отцовской власти, опеки, вопросовъ наслѣдственнаго права [2]). Въ этихъ случаяхъ и римскій судъ долженъ былъ считаться съ мѣстнымъ правомъ тѣхъ общинъ, къ которымъ принадлежали заинтересованныя лица, какъ таковымъ, т. е. какъ оффиціально признаннымъ, чуждымъ правомъ.

Такимъ образомъ, сложилась цѣлая область отношеній, въ которыхъ признавалось обязательное значеніе за нормами не римскаго происхожденія. Постепенно, однако, римское право начинаетъ проникать и въ эту область отношеній, притомъ въ двоякомъ направленіи. Съ одной стороны, императорское законодательство, частью путемъ распространенія на провинціи прежнихъ римскихъ законовъ, касавшихся только римскихъ гражданъ, частью путемъ изданія новыхъ законовъ, начинаетъ затрогивать и отношенія, регулированныя мѣстнымъ автономнымъ правомъ, отмѣняя это право въ соотвѣтствующихъ предѣлахъ [3]). Съ другой стороны, римское право пріобрѣтаетъ характеръ общаго субсидіарнаго права на случай молчанія мѣстнаго права [4]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ подготовляется весьма важная перемѣна во взглядѣ на самый характеръ мѣстнаго права: оно начи-

---

[1]) Cic. Verr. II, 13, 32. Sicuh hoc jure sunt, ut quod civis cum cive agat, *dom certet suis legibus*. Ср. Mitteis, ук. соч., стр. 125.

[2]) Ср обзоръ этого у Mitteis, ук. соч стр. 102—109

[3]) Ср. l. 3 § 5 D. de sepulcro viol. 47, 12 (Ulpianus). Mitteis, ук. соч., стр 111 и сл.

[4]) Ср. l 32 pr. D. de leg. 1,3 (Julianus).

наетъ утрачивать съ формальной точки зрѣнія характеръ чуждаго права и становится само составною частью римскаго права, подъ видомъ мѣстныхъ обычаевъ и статутовъ. Окончательно прежняя точка зрѣнія на мѣстное право отдѣльныхъ городовъ и провинцій какъ на чуждое Риму право замѣняется новою послѣ изданія конституціи Каракаллы. Формально съ этихъ поръ на бывшихъ перегриновъ, ставшихъ римскими гражданами, должно было распространиться римское право въ полномъ объемѣ, а прежнія мѣстныя права въ качествѣ таковыхъ должны были утратить всякое значеніе. До этого дѣло на практикѣ не дошло. Мѣстное право въ значительной мѣрѣ сохранилось, но не въ видѣ самостоятельной, чуждой римскому праву, системы нормъ, а въ видѣ простого мѣстнаго статута или обычая [1]). О послѣднемъ краснорѣчиво свидѣтельствуетъ слѣдующій рескриптъ Александра Севера отъ 224 г.: l. 1 Cod. quae sit longa consuetudo 8, 52: praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. Nam et consuetudo praecedens, et ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae.

На ряду съ этимъ упоминается и о мѣстныхъ статутахъ, lex loci, lex. civitatis, lex municipalis. [2])

Что касается юридическаго значенія этихъ мѣстныхъ статутовъ и обычаевъ, то они формально безсильны противъ общаго закона и допускаются только въ качествѣ субсидіарныхъ нормъ. Это совершенно опредѣленно формулировано еще Ульпіаномъ въ l. 3 § 5 D. de sep. viol. 47, 12. Divus Hadrianus rescripto poenam statuit XL aureorum in eos, qui in civitate sepeliunt .. Quid tamen, si lex municipalis permittat in civitate sepeliri? post rescripta principalia an ab hoc discessum sit? Videbimus quia generalia sunt rescripta. Et

---

[1]) Mitteis, ук соч стр. 162

[2]) Ср. l. 3 § 4 D, quod vi aut clam 43, 24; l. 3 § 5 D. de sep. viol 47, 12; l 11 § 1 D. de mun et hon. 50, 4 l. 9 Cod de jure fisci 10,1 l. 4 Cod. de jure reipubl 11, 30. l 6 Cod. quemadmod. aper. testam. 6, 32.

oportet imperialia statuta suam vim obtinere et in omni loco valere.

III. Нормы, покоющіяся на индивидуальномъ авторитетѣ отдѣльныхъ лицъ, или нормы установленныя наукою права [1]).

Какъ извѣстно, вопросъ о томъ, можно ли говорить объ особомъ правѣ юристовъ, составляетъ предметъ спора.

Разрѣшеніе его въ томъ или иномъ смыслѣ зависитъ отъ того, признаютъ ли подлежащіе органы государственной власти формально обязательное значеніе за нормами, формулированными юристами. Это вопросъ цѣлесообразности. Римское право временъ имперіи сочло возможнымъ разрѣшить его въ утвердительномъ смыслѣ, а современныя правовыя системы придерживаются противоположной точки зрѣнія.—Затрудненіе для признанія формально обязательнаго значенія за нормами установленными отдѣльными представителями науки права, вытекаетъ изъ *неизбѣжности контроверзъ* между авторами такихъ нормъ: отсюда необходимость на этотъ случай либо не придавать обязательнаго значенія нормамъ, вызвавшимъ споръ, либо выработать особые *формальные* же критеріи для разрѣшенія этихъ контроверзъ.

Первое подрываетъ практическое значеніе всего принципа, второе противорѣчитъ существу ученаго спора. Вотъ почему современныя правовыя системы и рѣшаютъ весь вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ.

Что касается въ частности римскаго права, то оно не избѣгло вышеуказанныхъ неудобствъ, связанныхъ съ признаніемъ обязательнаго значенія за нормами, формулированными отдѣльными, хотя бы и весьма видными юристами. Первымъ шагомъ на пути къ такому признанію послужило пожалованіе со стороны Августа отдѣльнымъ выдающимся юристамъ такъ назыв. jus respondendi ex auctoritate principis [2]). Это было право давать,—на запросы, предложенные со стороны заинте-

---

[1]) Krüger. ук. соч., стр. 109 и сл. Karlowa, ук. соч., т. I, стр. 659 и сл., Kipp, ук. соч., стр. 88 и сл.

[2]) Pomponius l. 2 § 49 D. de orig. jur. 1, 2: primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, *ut ex auctoritate ejus responderent* et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit.

ресованныхъ въ данномъ спорѣ лицъ, — отвѣты (responsa), *обязательные* для судьи.

Первоначально эти responsa, которыя давались въ письменной формѣ [1]), имѣли обязательное значеніе лишь при рѣшеніи того дѣла, по поводу котораго они состоялись. Со временемъ, однако, на нихъ стали ссылаться и въ другихъ, однородныхъ дѣлахъ. Въ связи съ этимъ стали появляться цѣлые сборники отвѣтовъ, данныхъ извѣстными юристами, libri responsorum. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, долженъ былъ возникнуть и вопросъ, какъ быть, разъ юристы по данному пункту расходятся во взглядахъ. Онъ былъ разрѣшенъ Гадріаномъ, по свидѣтельству Гая, въ томъ смыслѣ, что для признанія обязательнаго значенія за responsa требуется, чтобы юристы сходились во взглядахъ по данному вопросу; въ противномъ случаѣ судьѣ предоставляется на выборъ, къ кому изъ нихъ онъ желаетъ присоединиться [2]). Дальнѣйшее развитіе привело къ тому, что не только одни responsa и сборники ихъ, но и сочиненія римскихъ классическихъ юристовъ вообще пріобрѣли формально обязательное значеніе: начиная съ III в., мы встрѣчаемъ полное признаніе и постоянныя ссылки на нихъ въ императорскихъ конституціяхъ [3]).

Возрастанію авторитета ихъ не помѣшалъ и упадокъ юриспруденціи, наступившій со 2-ой половины III вѣка [4])

---

[1]) Мотивировки не требовалось, ср. Seneca, epist 94: juris consultorum valent responsa, etiamsi ratio non redditur

[2]) Gaj Inst I, 7: responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere, quarum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem optinet, si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur. Впрочемъ, относительно истиннаго смысла этого рескрипта въ доктринѣ существуетъ споръ, см. Kruger, ук. соч, стр. 112—113

[3]) См., напр, l 12 Cod. de leg 6,37 l. 14 Cod de praediis 5,71, l 6 Cod de nupt. 5,4, l. 11 Cod de quaest. 9,41. Kruger, ук соч, стр. 114.

[4]) Ср по поводу этого недоумѣвающія слова Ѳеодосія II въ c. de Theod. Cod. auct. saepe nostra clementia dubitavit, quae causa faceret, ut tantis propositis praemiis, quibus artes et studia nutriuntur, tam pauci rarique extiterint qui plena juris civilis scientia ditarentur, et in tanto lucubrationem tristi pallore vix unus aut alter receperit soliditatem perfectae doctrinae

и выразившійся, между прочимъ, въ утратѣ юриспруденціей jus respondendi. Напротивъ, авторитетъ сочиненій классическихъ юристовъ возросъ до того, что они фактически замѣнили собою прежніе источники права, подвергшіеся обработкѣ въ нихъ. „Номинально старыя leges, senatusconsulta и edicta продолжали дѣйствовать вплоть до Юстиніана, но непосредственное пользованіе ими совершенно прекратилось: сочиненія юристовъ содержали переработку, расширенія и ограниченія, которымъ старые и новые законы, jus civile и jus gentium, подверглись съ теченіемъ времени; они касались и той области права императорскаго времени, которая охватывалась наименованіемъ jus extraordinarium, и давали такимъ образомъ практикѣ сводку всего правоваго матеріала“ [1]). — Особымъ вниманіемъ пользовались со стороны практики пространные комментаріи и другія сочиненія Ульпіана и Павла. На ряду съ ними высоко возсіялъ авторитетъ Папиніана; изъ позднѣйшихъ юристовъ наибольшее значеніе для практики пріобрѣлъ Модестинъ.

Благодаря такому ходу развитія вопросъ объ отношеніи практики къ контроверзамъ юристовъ значительно обострился. Позднѣйшее законодательство признало необходимымъ отступить отъ начала свободнаго усмотрѣнія, провозглашеннаго на этотъ случай Гадріаномъ, и преподать рядъ формальныхъ указаній, которыми должны были руководствоваться суды. Особенно подробно этотъ вопросъ разработанъ въ т. н. lex Valentiniania allegatoria, законѣ, изданномъ Валентиніаномъ III въ 426 г. [2]). Названная конституція подтверждаетъ обязательное значеніе сочиненій Папиніана, Павла, Ульпіана и Модестина, съ присоединеніемъ къ нимъ и Гая. Сверхъ того разрѣшается при извѣстныхъ условіяхъ ссылаться и на сочиненія другихъ юристовъ, которые цитируются въ работахъ вышеназванныхъ кориѳеевъ. Въ случаѣ разногласія во взглядахъ между юристами судамъ предписывается принять взглядъ

---

[1]) Krüger, ук соч стр. 261

[2]) О болѣе раннихъ постановленіяхъ Константина Великаго см. Krüger, ук. соч., стр. 262.

большинства; на случай равенства голосовъ предпочтеніе должно быть отдано Папиніану. [1])

Въ такомъ видѣ признаніе обязательнаго значенія за сочиненіями юристовъ сохранилось вплоть до юстиніановской кодификаціи.

Подраздѣленіе III. Главныя подраздѣленія юридическихъ нормъ въ римскомъ правѣ.

§ 13.

Jus publicum и jus privatum [2]).

1) Юристъ Ульпіанъ въ l. 1 § 2 D. de justitia et jure I, 1 такъ опредѣляетъ это различіе: Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. *Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum jus tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

И такъ, съ точки зрѣнія Ульпіана публичное право обнимаетъ нормы, которыя регулируютъ положеніе государства и его органовъ, со включеніемъ и тѣхъ нормъ, которыя опредѣляютъ *имущественное* положеніе государства. Частное же право обнимаетъ тѣ нормы, которыя регулируютъ взаимныя отношенія, возникающія между частными лицами. Другими словами, различіе между публичнымъ и частнымъ правомъ сводится прежде всего къ различію въ *субъектахъ* тѣхъ отношеній, которыя регулируются данными нормами: именно, къ нормамъ публичнаго права причисляются нормы, регулирующія отношенія, въ которыхъ однимъ изъ субъектовъ выступаетъ государство въ лицѣ тѣхъ или другихъ его предста-

---

[1]) l. 3 Cod. Th de respons. prud 1,4 Kruger, ук. соч., стр. 263, Karlowa, ук. соч. т. I, стр. 933.

[2]) Regelsberger, Pandekten, т. I § 28. Gierke, Deutsches Privatrecht, т. I § 4. Тамъ же дальнѣйшія литературныя указанія.

вителей, а къ нормамъ частнаго права—нормы, регулирующія отношенія, въ которыхъ субъектами выступаютъ одни частныя лица.—Съ этимъ первымъ критеріемъ комбинируется второй, основанный на различіи въ *характерѣ* тѣхъ отношеній, которыя регулируются данными нормами: съ этой точки зрѣнія публичное право есть право, регулирующее такія отношенія, которыя имѣютъ общеполезный характеръ, отвѣчаютъ интересамъ всего общежитія, а частное право есть право, регулирующее такія отношенія, которыя имѣютъ индивидуалистическій характеръ, отвѣчаютъ лишь индивидуальнымъ, личнымъ интересамъ.

Изъ этихъ двухъ критеріевъ первый несомнѣнно отличается полной опредѣленностью. Вмѣстѣ съ тѣмъ, Ульпіанъ съ своей точки зрѣнія былъ вполнѣ правъ, придавая вопросу о томъ, являются ли субъектомъ даннаго отношенія государство или частныя лица, основное значеніе въ дѣлѣ классификаціи соотвѣтствующихъ нормъ, такъ какъ для него не существовало того камня преткновенія, который представляетъ для современнаго изслѣдователя имущественноправное положеніе государства. Въ самомъ дѣлѣ, государство въ Римѣ въ сферѣ имущественныхъ отношеній стояло совершенно особнякомъ: соотвѣтствующія отношенія принципіально регулировались особыми нормами, отличными отъ тѣхъ, которыя регулировали имущественныя отношенія, возникающія между частными лицами; вмѣстѣ съ тѣмъ и для охраны этихъ отношеній существовалъ особый, административно-судебный порядокъ, отличный отъ судебно-гражданскаго порядка охраны имущественныхъ отношеній частныхъ лицъ [1]).—Все это теперь измѣнилось. Теперь государство въ области имущественныхъ отношеній принципіально подчинено дѣйствію тѣхъ же нормъ, которыя регулируютъ и имущественныя отношенія частныхъ лицъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ установился и общій судебно—гражданскій порядокъ охраны соотвѣтствующихъ отношеній.—Отсюда слѣдуетъ, что различіе по субъектамъ въ установленномъ Ульпіаномъ смыслѣ съ точки зрѣнія современнаго права и въ частности съ точки зрѣнія современнаго *римскаго* права

[1]) Ср. Regelsberger, т. I § 28. Mommsen, Rom. Staatsrecht т. I изд. 3 стр. 169 сл., 236 сл.

утратило свое значеніе и не можетъ болѣе служить критеріемъ для разграниченія правовыхъ нормъ.

Что касается засимъ второго критерія, то онъ не имѣетъ никакой цѣны. Не говоря уже о крайней неопредѣленности его, онъ построенъ на совершенно ложномъ базисѣ. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно вспомнить, какіе институты самъ Ульпіанъ (какъ это явствуетъ изъ словъ его privatum jus... collectum ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus) относилъ къ области частнаго права: это, съ одной стороны, институты личнаго и семейственнаго права, въ томъ числѣ институтъ брака, отцовской власти, опеки и попечительства, съ другой стороны, институты вещнаго, обязательственнаго и наслѣдственнаго права, какъ то: институтъ собственности, сервитутовъ, залога, институты купли-продажи, мѣны, найма и другіе, регулирующіе договорныя и внѣдоговорныя отношенія институты, наконецъ, институты наслѣдованія по завѣщанію и по закону съ соприкасающимися съ ними институтами. Все это институты, представляющіе огромнѣйшій общественный интересъ. Можно, конечно, спорить противъ того, насколько правильно регламентированы подлежащія отношенія въ данной системѣ права [1]). Но никоимъ образомъ нельзя утверждать, какъ это дѣлаетъ Ульпіанъ, что эти отношенія сами по себѣ представляютъ интересъ только съ точки зрѣнія отдѣльныхъ индивидовъ, отдѣльныхъ „заинтересованныхъ“ лицъ, что они суть только privatim, non publice utilia.

Такимъ образомъ, и этотъ второй критерій оказывается совершенно непримѣнимымъ.

2) Между тѣмъ, различіе между публичнымъ и частнымъ правомъ до сихъ поръ сохранило свое значеніе и въ законодательствѣ, и въ доктринѣ. Въ связи съ этимъ и вопросъ о критеріяхъ разграниченія публичноправныхъ и частноправныхъ нормъ все еще продолжаетъ обсуждаться съ самыхъ различныхъ точекъ зрѣнія.

---

[1]) Это вопросъ, котораго Ульпіанъ вовсе не касается. Онъ, конечно, одинаково можетъ быть поставленъ и въ примѣненіи къ институтамъ публичнаго права.

Можно разбить относящіяся сюда теоріи на три главныя группы. Одни пытаются найти матеріальный принципъ, на основаніи котораго можно было бы разграничить публичное и частное право; таковой усматривается либо по примѣру Ульпіана въ различномъ *характерѣ* отношеній, регулируемыхъ подлежащими нормами, либо въ различномъ *положеніи*, которое занимаетъ индивидъ и „цѣлое“ въ подлежащихъ отношеніяхъ, (въ публичноправныхъ отношеніяхъ цѣлое является цѣлью, индивидъ—лишь средствомъ, въ частноправныхъ отношеніяхъ—наоборотъ), либо въ различіи *цѣлей*, достигаемыхъ при помощи вступленія въ подлежащія отношенія (публично правныя отношенія и подлежащія нормы обезпечиваютъ достиженіе общихъ цѣлей, преслѣдуемыхъ даннымъ общественнымъ союзомъ и въ частности государствомъ, частноправныя отношеніи и подлежащія нормы обезпечиваютъ достиженіе спеціальныхъ цѣлей отдѣльныхъ индивидовъ и общественныхъ союзовъ съ государствомъ включительно), либо въ наличности или отсутствіи *имущественнаго* элемента въ подлежащихъ отношеніяхъ (частное право есть право имущественныхъ отношеній), либо въ различіи *организаціоннаго принципа* (координаціи или субординаціи), опредѣляющаго структуру подлежащихъ отношеній (частное право регулируетъ отношенія, построенныя на началѣ координаціи различныхъ субъектовъ, а публичное право—отношенія, построенныя на началѣ субординаціи, подчиненія однихъ субъектовъ другимъ).

Другіе утверждаютъ, что различіе между публичнымъ и частнымъ правомъ покоится на чисто *формальномъ* принципѣ, а именно на различіи въ порядкѣ *охраны* подлежащихъ отношеній: съ этой точки зрѣнія частноправными нормами являются нормы, регулирующія отношенія, которыя охраняются въ порядкѣ гражданскаго суда; въ противоположность имъ всѣ остальныя нормы должны быть отнесены къ публичноправнымъ.

Наконецъ, третья группа ученыхъ пытается комбинировать тотъ или иной матеріальный съ указаннымъ формальнымъ принципомъ. Не признавая рѣшающаго значенія за послѣднимъ, они находятъ, что онъ все же является практически удобнымъ критеріемъ для разграниченія нормъ частнаго и публичнаго

права, такъ какъ отношенія частноправныя, по крайней мѣрѣ, въ видѣ общаго правила охраняются именно въ порядкѣ гражданскаго суда.

На ряду съ этимъ встрѣчаются въ литературѣ и голоса, констатирующіе невозможность вполнѣ удовлетворительнаго разграниченія сферъ частнаго и публичнаго права. Такъ, напр., Гирке, весьма внимательно изслѣдовавшій этотъ вопросъ, замѣчаетъ слѣдующее: „грань между обѣими соприкасающимися въ жизни областями покоится въ деталяхъ на чисто позитивныхъ постановленіяхъ. Эти постановленія не только далеко неодинаковы въ разныхъ странахъ, но сверхъ того во многихъ отношеніяхъ страдаютъ неполнотою и неясностью“ [1]).

3) Приступая съ своей стороны къ разрѣшенію этого вопроса, мы должны начать съ констатированія того факта, что исторически сложившееся дѣленіе права на публичное и частное — чисто *практическаго* происхожденія. Не теоретическіе, а практическіе мотивы побудили римскихъ юристовъ къ установленію этого различія. Имъ надо было просто отмѣтить тотъ фактъ, что дѣятельность государства и его органовъ регулируется иными нормами, чѣмъ дѣятельность частныхъ лицъ.

Естественно, что какъ только измѣнилось предположеніе, на которомъ было построено это дѣленіе права, другими словами, какъ только государство въ области договорно имущественныхъ и примыкающихъ къ нимъ отношеній было подчинено тѣмъ же нормамъ, какія примѣняются и въ отношеніяхъ между частными лицами, указанное дѣленіе должно было утратить свой первоначальный смыслъ.

Однако, съ нимъ свыклись. Въ частности, привыкли противополагать институты семейнаго и имущественнаго права въ томъ видѣ, какъ они сложились въ римскомъ правѣ, въ качествѣ институтовъ частнаго права всѣмъ остальнымъ институтамъ. Установившееся названіе это безъ дальнѣйшей критической провѣрки было сохранено за ними какъ въ доктринѣ, такъ и въ новыхъ законодательствахъ, чему не-

---

[1]) Gierke, deutsches Privatrecht, т. I стр 31.

мало способствовало, конечно, и то обстоятельство, что соотвѣтствующія отношенія еще у римлянъ объединялись общимъ порядкомъ судебной охраны ихъ, — въ смыслѣ подвѣдомственности ихъ гражданскому суду.

Со временемъ, къ нимъ прибавился рядъ новыхъ отношеній, неизвѣстныхъ чистому римскому праву, но съ той или иной точки зрѣнія родственныхъ съ ними: достаточно указать на отношенія, вытекающія изъ авторскаго права, изъ права изобрѣтеній, изъ различныхъ новыхъ формъ ассоціацій, основанныхъ на началѣ добровольнаго соединенія заинтересованныхъ лицъ, далѣе на отношенія, вытекающія изъ новыхъ формъ кредитныхъ сдѣлокъ (вексель, бумаги на предъявителя и т. д.), изъ отношеній по страхованію и т. д., и т. д. Эти отношенія и регулирующія ихъ нормы также принято причислять къ отношеніямъ и нормамъ частнаго права какъ въ доктринѣ, такъ и въ законодательствахъ. Рѣшающее значеніе и здѣсь сыгралъ тотъ фактъ, что эти новыя отношенія, по крайней мѣрѣ по общему правилу, частью въ силу практики, частью въ силу спеціальнаго постановленія закона, тоже стали охраняться въ порядкѣ гражданскаго суда.

При этомъ, однако, въ деталяхъ не обошлось безъ колебаній. Въ частности, бывали и продолжаютъ встрѣчаться случаи, когда не только въ различныхъ правовыхъ системахъ, но даже въ предѣлахъ одной и той же правовой системы совершенно однородныя отношенія то защищаются въ порядкѣ гражданскаго суда, то какимъ-либо инымъ порядкомъ [1]). Оно и понятно: вопросъ о томъ или иномъ порядкѣ защиты отношеній есть вопросъ простой цѣлесообразности.

Изъ сказаннаго явствуетъ, насколько безнадежной является всякая попытка *теоретическаго* обоснованія дѣленія права на публичное и частное. Мы въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло съ *исторически сложившейся, удовлетворяющей чисто практическимъ цѣлямъ группировкой правовыхъ институтовъ*, которая съ научной точки зрѣнія не имѣетъ самостоятельной

---

[1]) Любопытный примѣръ этого представляетъ, напр., современное германское законодательство въ области государственнаго страхованія рабочихъ. Ср. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, т. I, стр. 618 и сл.

цѣнности и представляется *ирраціональной*, объединяющей разнородныя и разъединяющей однородныя явленія.

Разъ это такъ, то задача изслѣдователя и въ частности догматика, призваннаго излагать данную положительную систему *частнаго* права, сводится къ тому, чтобы, во-1-хъ, перечислить тѣ институты, которые на основаніи установившейся практики причисляются къ частноправнымъ, и, во-2-хъ, указать то практическое значеніе, которое связано съ подведеніемъ подлежащихъ институтовъ подъ эту рубрику

а) Въ первомъ отношеніи мы съ точки зрѣнія современнаго римскаго права можемъ разбить подлежащіе институты на двѣ главныя категоріи: къ первой относятся институты, регулирующіе чисто *личныя отношенія* субъектовъ правъ какъ таковыхъ, какъ членовъ „частныхъ“ (т.-е. основанныхъ на началѣ добровольнаго соединенія), ассоціацій, наконецъ, какъ членовъ тѣхъ или иныхъ семейственныхъ союзовъ; ко второй относятся институты, регулирующіе *имущественныя* отношенія, а именно: право вещное, обязательственное, семейно-имущественное и наслѣдственное; подлежащія нормы распространяются и на государство въ смыслѣ фиска, общины и другія „публичноправныя“ корпораціи.

Остальныя личныя и имущественныя отношенія (какъ, напр., отношенія къ органамъ власти какъ таковымъ, отношенія податного права и т. п.), регулируются нормами публичнаго права

b) Обращаясь засимъ къ оцѣнкѣ *практическаго* значенія, которое имѣетъ подведеніе названныхъ институтовъ подъ категорію частноправныхъ, мы должны замѣтить, что оно двоякое.

Во-1-хъ, для этихъ институтовъ, независимо отъ нормъ, регулирующихъ каждый изъ нихъ въ отдѣльности, сложился рядъ нормъ болѣе общаго характера, охватывающій ихъ всѣ, поскольку, конечно, не установлены въ этомъ отношеніи какія-либо спеціальныя изъятія для того или другого института.

Во-2-хъ, для институтовъ частнаго права установленъ, опять-таки въ видѣ общаго правила, общій порядокъ судебной защиты,—чрезъ посредство обращенія въ гражданскій судъ.

Отсюда могутъ быть выведены извѣстныя *презумпціи* для классификаціи сомнительныхъ случаевъ.

Во-1-хъ, разъ данный институтъ съ точки зрѣнія даннаго законодательства отнесенъ къ категоріи частноправныхъ, (напр., путемъ включенія его въ соотвѣтствующее „гражданское“ уложеніе), то слѣдуетъ признать, что *in dubio*, поскольку нѣтъ спеціальныхъ изъятій, подлежащія отношенія охраняются въ порядкѣ гражданскаго суда.

Во-2-хъ, разъ вопросъ о легальной классификаціи даннаго института остается открытымъ, (напр. институтъ регламентированъ спеціальнымъ законоположеніемъ безъ указаній на порядокъ защиты соотвѣтствующихъ отношеній), то слѣдуетъ рѣшить вопросъ о принадлежности его къ институтамъ частнаго или публичнаго права, руководствуясь общими правилами о толкованіи по аналогіи закона и права; иными словами, слѣдуетъ отнести данный институтъ къ той или иной категоріи въ зависимости отъ того, стоитъ ли онъ ближе по своей структурѣ, по характернымъ своимъ чертамъ къ тому или иному изъ институтовъ, безспорно принадлежащихъ съ точки зрѣнія данной системы къ частноправнымъ, или, наоборотъ, къ тому или иному изъ иституговъ, безспорно принадлежащихъ къ числу публичноправныхъ. Въ зависимости отъ того или иного рѣшенія этого вопроса стоитъ въ такомъ случаѣ и рѣшеніе вопроса о порядкѣ защиты подлежащихъ отношеній.

Сказаннымъ исчерпывается современное значеніе дѣленія права на публичное и частное.

§ 14.

Исторически важныя подраздѣленія частнаго права въ римскомъ правѣ.

I. Jus civile, jus gentium, jus naturale [1]).

1) Гай въ своихъ институціяхъ слѣдующимъ образомъ формулируетъ различіе между jus civile и jus gentium [2]): Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, par-

[1]) Kruger, ук соч., стр. 119 и сл.

[2]) Gaj. Jnst. I. 1 = l. 9 D. de just. et jur. 1, 1 = § 1, J. de just. et jure 1, 2.

tim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Къ этому онъ прибавляетъ: populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur.

Такимъ образомъ, цивильное право есть національное право даннаго государства, оно составляетъ продуктъ дѣятельности даннаго народа. Напротивъ, jus gentium есть общенародное право, оно покоится на естественномъ разумѣ и одинаково у всѣхъ народовъ. О jus naturale Гай не упоминаетъ: повидимому, онъ его отождествлялъ съ jus gentium.

Разграниченіе всѣхъ трехъ понятій мы встрѣчаемъ у Ульпіана. Установивъ различіе между jus publicum и jus privatum, и замѣтивъ, что privatum jus tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus, Ульпіанъ продолжаетъ:

l. 1, § 3. D. de just. et jur. 1, 1: *jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit*; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censeri.

§ 4 eod. *Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur.* Quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.

l. 6 pr. eod. *Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit:* itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile efficimus.

Такимъ образомъ, jus naturale является прежде всего элементомъ положительнаго права, jus privatum, на ряду съ jus gentium и jus civile. Отъ jus gentium оно отличается тѣмъ, что оно есть право общее не только всѣмъ народамъ,

но даже всѣмъ живымъ существамъ, обнимая отношенія, встрѣчающіяся не только у людей, но и у животныхъ. Есть впрочемъ, и другія черты отличія. Такъ, институтъ рабства и связанный съ нимъ институтъ отпущенія на волю рабовъ, будучи чуждъ естественному праву, покоится на jus gentium; Ульпіанъ по этому поводу замѣчаетъ (въ l. 4 eod.): manumissiones quoque juris gentium sunt... quae res a jure gentium originem sumpsit, utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed *posteaquam* jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Изъ приведенныхъ словъ явствуетъ, что съ точки зрѣнія Ульпіана между институтами естественнаго права и jus gentium, а тѣмъ болѣе, конечно, jus civile возможны коллизіи. Изъ нихъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, явствуетъ, что естественное право мыслится имъ какъ prius, если не въ историческомъ, то, во всякомъ случаѣ, въ логическомъ смыслѣ (posteaquam). Возможность коллизій при одновременномъ взглядѣ на естественное право, какъ на элементъ положительнаго права, съ точки зрѣнія Ульпіана объясняется, очевидно, тѣмъ, что естественное право не цѣликомъ, а лишь отчасти проникло въ положительное право, дѣйствуя въ качествѣ логическаго prius in subsidium, поскольку оно не модифицировано постановленіями jus gentium и jus civile.

2) Обращаясь къ критической оцѣнкѣ этихъ построеній, сложившихся подъ весьма сильнымъ воздѣйствіемъ греческой философской мысли, слѣдуетъ замѣтить, что они покоются на явно несостоятельныхъ предположеніяхъ.

Прежде всего, нельзя, конечно, серьезно говорить о правѣ, распространяющемъ свое дѣйствіе одинаково на людей и на животныхъ, если только мы желаемъ придавать термину „право“ сколько-нибудь опредѣленное значеніе Этимъ само собою отпадаетъ понятіе естественнаго права, какъ его формулируетъ Ульпіанъ и, съ его словъ, Юстиніанъ (въ pr. J. de just. et jur. 1, 2).

Но и jus gentium въ смыслѣ общенароднаго права есть чистѣйшая фикція.

Такого права ни тогда, ни ранѣе, ни позднѣе не существовало. На самомъ дѣлѣ, *jus gentium*, поскольку этотъ тер-

минъ вообще имѣетъ опредѣленное практическое значеніе, *есть въ такой же мѣрѣ римское право, какъ и jus civile. Разница лишь въ сферѣ дѣйствія того и другого.* Тогда какъ цивильное право регулируетъ только отношенія между римскими гражданами, jus gentium, по крайней мѣрѣ, jus gentium въ тѣсномъ смыслѣ распространяется и на перегриновъ.

Что вызвало неправильное представленіе о существованіи общенароднаго права? Нетрудно дать отвѣтъ на это.

Уже самое поверхностное наблюденіе должно было убѣдить римскихъ юристовъ въ существованіи двухъ категорій институтовъ—однихъ, доступныхъ только римскимъ гражданамъ, другихъ, распространяющихъ свое дѣйствіе и на перегриновъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, они видѣли и знали, что институты второго типа, возникшіе на почвѣ общенія съ перегринами, на почвѣ завязавшихся между ними и римскими гражданами отношеній оборота, по крайней мѣрѣ отчасти покоились на рецепціи иноземныхъ правовыхъ началъ, что, конечно должно было отразиться на общей структурѣ соотвѣтствующихъ институтовъ, въ смыслѣ сохраненія извѣстнаго общаго сходства между этими римскими институтами и ихъ иноземными прототипами. Съ другой стороны, и внѣ сферы отношеній оборота наблюдалось вызванное, конечно, болѣе или менѣе однородными условіями жизни и культуры сходство въ правовомъ строѣ Рима и другихъ народовъ,—напр. въ одновременномъ существованіи у разныхъ народовъ институтовъ семьи, собственности, рабства и т д.

Въ результатѣ и явилась мысль о существованіи общенароднаго права. *Изъ общаго матеріальнаго сходства вывели заключеніе о полномъ формальномъ тождествѣ соотвѣтствующихъ институтовъ.* Между тѣмъ, рѣшающее значеніе имѣетъ не это общее сходство, а тѣ детальныя, конкретныя правила, которыя регулируютъ возникновеніе, прекращеніе, защиту и т. д. отдѣльныхъ институтовъ. Эти детальныя правила (напр., правила о порядкѣ вступленія въ бракъ, объ объемѣ отцовской власти, о формахъ отпущенія на волю, о способахъ пріобрѣтенія собственности и т. д. и т. д.) въ различныхъ правовыхъ системахъ обыкновенно далеко не совпадаютъ между собою: это возможно лишь въ случаѣ полной, безъ

всякихъ измѣненій, рецепціи даннаго института изъ чужого права, что̀ само по себѣ встрѣчается очень рѣдко. Но и въ такомъ случаѣ соотвѣтствующія правила будутъ обязательны съ точки зрѣнія данной правовой системы лишь потому и постольку, поскольку онѣ признаны таковыми со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти даннаго государства.

Въ частности, можно различать двоякое употребленіе термина jus gentium, въ болѣе тѣсномъ и болѣе широкомъ смыслѣ [1]).

Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ jus gentium обнимаетъ рядъ институтовъ обязательственнаго и въ особенности договорно-обязательственнаго права, которые одинаково были распространены на римскихъ гражданъ и перегриновъ. Сюда относится напр. рядъ такъ назыв. negotia bonae fidei, далѣе стипуляція (кромѣ формы spondesne-spondeo), акцептиляція, обязательства изъ неправомѣрнаго обогащенія и нѣкоторыя другія. Къ нимъ примыкаетъ рядъ институтовъ вещнаго права, какъ-то: traditio, occupatio и другія. Соотвѣтствующія нормы покоются частью на преторскихъ эдиктахъ, частью на обычаѣ и интерпретаціонной дѣятельности юриспруденціи.

Къ jus gentium въ болѣе широкомъ смыслѣ причислялся еще рядъ другихъ институтовъ, исключительно въ силу того, что однородные институты встрѣчаются и въ другихъ правовыхъ системахъ: въ этомъ смыслѣ говорили напр о matrimonium juris gentium, manumissio juris gentium и т. д. [2]).

Практическое значеніе имѣетъ только jus gentium въ первомъ, болѣе тѣсномъ смыслѣ. Оно можетъ быть охарактеризовано въ двухъ словахъ какъ римское общеимперское право оборота.

II. Jus civile u jus honorarium.

Юристъ Папиніанъ слѣдующимъ образомъ характеризуетъ различіе между jus civile и jus honorarium (которое онъ отождествляетъ съ jus praetorium):

---

[1]) Ср. объ этомъ Krüger, ук. соч, стр 42—45. Болѣе тѣсное словоупотребленіе вмѣстѣ съ тѣмъ, повидимому, и болѣе раннее: оно встрѣчается уже у Цицерона, см. тамъ же стр 40, Karl wa, ук. соч, т. I стр. 452.

[2]) Ср. § 2, J. de just. et. j. 1, 2, l 5. D de just et. j. I, 1, и др.

l. 7 D. de just. et. j. I, 1. Jus autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. § 1. *Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam.* Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.

Такимъ образомъ, онъ сводитъ это различіе къ различію въ органахъ, установившихъ тѣ и другія нормы. Въ частности, преторское право есть право, установленное преторами. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ указываетъ и на назначеніе преторскаго права: оно имѣетъ цѣлью частью облегчить пользованіе тѣми или иными институтами цивильнаго права, частью восполнить пробѣлы его созданіемъ новыхъ институтовъ, частью исправить недостатки его путемъ соотвѣтствующей модификаціи или даже полной замѣны отжившихъ цивильныхъ институтовъ новыми, преторскими.

Въ приведенной характеристикѣ Папиніанъ на протяженіи нѣсколькихъ строчекъ употребляетъ *терминъ jus civile въ двоякомъ смыслѣ, сначала въ догматическомъ, а потомъ— въ историческомъ* Въ результатѣ получается смѣшеніе обѣихъ точекъ зрѣнія: *различіе между цивильнымъ и преторскимъ правомъ формулируется догматически, а соотношеніе между ними—исторически.*

Дѣйствительно, противополагая преторскому праву какъ праву, покоющемуся на постановленіяхъ преторовъ (ближе— на преторскихъ эдиктахъ), цивильное право, Папиніанъ характеризуетъ послѣднее какъ право, основанное не только на законахъ и плебисцитахъ, но и на сенатусконкультахъ, императорскихъ постановленіяхъ и респондирующей дѣятельности юристовъ, словомъ, онъ имѣетъ въ виду цивильное право своего собственнаго времени. Въ дальнѣйшемъ, однако, его точка зрѣнія мѣняется: говоря о цивильномъ правѣ какъ объ объектѣ реформирующей дѣятельности преторовъ, онъ имѣетъ въ виду не современное ему, а древнее *народное* право, основанное на народныхъ законахъ и обычаяхъ и на интерпретаціонной дѣятельности древней, преимущественно понтификальной юриспруденціи.

Это необходимо имѣть въ виду для установленія пра-

вильной точки зрѣнія на сущность противоположенія между цивильнымъ и преторскимъ правомъ. Въ частности, необходимо постоянно помнить, что ни о какой реформирующей дѣятельности преторовъ по отношенію къ цивильному праву новой формаціи, такъ назыв. jus novum или extraordinarium, формулированному Сенатомъ и императорами, не могло быть рѣчи; мало того, эти новые факторы законодательства, какъ мы выше замѣтили, сами давали преторамъ указанія и инструкціи, предлагая имъ, напр., вводить новые иски или возраженія примѣнительно къ формулированнымъ въ соотвѣтствующихъ императорскихъ эдиктахъ и сенатусконсультахъ новымъ началамъ [1]). Къ тому же, со времени изданія edictum perpetuum при Гадріанѣ эдиктальная дѣятельность преторовъ и вмѣстѣ съ тѣмъ дальнѣйшая разработка специфически преторскаго права вообще прекратилась.

Если, тѣмъ не менѣе, самое противоположеніе между цивильнымъ и преторскимъ правомъ не утратило извѣстнаго практическаго значенія не только ко времени Панініана, (жившемъ при императорѣ Септиміи Северѣ), но даже во времена Юстиніана, то это объясняется своеобразнымъ характеромъ реформирующей и въ частности корректорной дѣятельности преторовъ, проявленной имъ въ отношеніи древняго цивильнаго права.

Дѣло въ томъ, что преторъ своими эдиктами не могъ формально отмѣнять древнихъ народныхъ законовъ и обычаевъ, онъ могъ только временно, на срокъ своей служебной дѣятельности, не примѣнять подлежащихъ нормъ, въ случаѣ коллизіи ихъ съ его собственными эдиктальными нормами.

Такимъ образомъ, формально нормы цивильнаго права и соотвѣтствующіе институты сохраняли полную силу. Эдиктальная дѣятельность преторовъ приводила лишь къ тому, что на ряду съ ними складывалась вторая, дополняющая ихъ и конкуррирующая съ ними система нормъ и институтовъ преторскаго права. Мало того, формально это преторское право не считалось даже правомъ stricto sensu; его институты противополагались институтамъ цивильнаго права какъ

---

[1]) Ср. выше § 11, III. Karlowa, ук. соч. стр 628

институты, которые имѣютъ силу, valent per praetoris tuitionem, non ipso jure [1]). Въ этомъ отношеніи даже кодификація преторскаго права при Гадріанѣ ничего не измѣнила. Такъ, еще Юстиніанъ въ своихъ институціяхъ по поводу преторскаго наслѣдованія говоритъ: § 2 J. de bon. poss. 3, 9: *Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt* (*nam praetor heredes facere non potest*: per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales): sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, *loco heredum constituuntur* et vocantur bonorum possessores.

Практически это сосуществованіе двухъ правовыхъ системъ съ рядомъ параллельныхъ институтовъ давало заинтересованнымъ лицамъ въ цѣломъ рядѣ случаевъ *возможность выбора* между институтами цивильнаго и преторскаго права: такъ, римскій гражданинъ могъ пріобрѣсти на res mancipi или цивильное право собственности per mancipationem, или преторское in bonis esse, per traditionem; такъ тотъ, въ лицѣ котораго совпадали предположенія цивильнаго и преторскаго наслѣдника, могъ пріобрѣсти цивильную hereditas на основаніи частнаго волеизъявленія, или испросить у претора bonorum possessionem, и т. д.

Въ случаѣ коллизіи преторское право на практикѣ всегда брало верхъ надъ цивильнымъ правомъ (прежней формаціи), если только преторъ самъ не установилъ на этотъ счетъ ограничительныхъ оговорокъ въ эдиктѣ (какъ это имѣло мѣсто, напр., въ случаяхъ такъ наз bonorum possessio sine re).

Таково практическое соотношеніе между цивильнымъ и преторскимъ правомъ еще въ Юстиніановскомъ правѣ [2]).

Въ заключеніе остается замѣтить, что противоположеніе

---

[1]) Ср., напр, l 1 § 5 D. quod falso tutore 27, 6

[2]) Въ частности, еще при Юстиніанѣ сохранился параллелизмъ цивильныхъ и преторскихъ институтовъ въ сферѣ наслѣдственнаго права. Въ другихъ областяхъ частнаго права Юстиніанъ весьма посодѣйствовалъ упраздненію этого параллелизма: достаточно вспомнить упраздненіе особой квиритской собственности, сліяніе квиритскаго и преторскаго давностнаго пріобрѣтенія, уничтоженіе особыхъ цивильныхъ формъ пріобрѣтенія сервитутовъ въ результатѣ упраздненія mancipatio и in jure cessio, и т д.

между цивильнымъ и преторскимъ правомъ не совпадаетъ съ противоположеніемъ между jus civile и jus gentium (въ техническомъ смыслѣ).

a) Съ одной стороны, преторское право на ряду съ институтами, распространяющимися одинаково на римскихъ гражданъ и на перегриновъ, создало и рядъ институтовъ, имѣвшихъ отношеніе только къ cives.

Сюда относится прежде всего и главнымъ образомъ преторское право наслѣдованія [2]). Въ этихъ предѣлахъ преторское право, очевидно, не совпадаетъ съ jus gentium.

b) Съ другой стороны, нѣкоторые институты juris gentium возникли на почвѣ обычая и интерпретаціонной дѣятельности юриспруденціи, т.-е. въ выработкѣ ихъ приняли участіе цивильноправовые факторы. Сюда относятся, напр., иски изъ незаконнаго обогащенія, распространеніе стипуляціи и займа въ формѣ mutuum на отношенія между перегринами, и т. д. [3]).

Эти институты въ противоположность институтамъ преторскаго права также причислялись къ институтамъ juris civilis. На первый взглядъ получается какъ будто несообразность: одни и тѣ же институты одновременно (въ качествѣ институтовъ juris gentium) противополагаются институтамъ цивильнаго права, и вмѣстѣ съ тѣмъ (въ качествѣ институтовъ, покоющихся не на постановленіяхъ претора, а на обычаѣ и интерпретаціи юристовъ) причисляются къ институтамъ цивильнаго права. Объясняется это, конечно, опять-таки различнымъ словоупотребленіемъ римскихъ юристовъ; jus civile въ противоположность jus honorarium есть понятіе болѣе широкое, такъ какъ оно обнимаетъ съ точки зрѣнія римскихъ юристовъ нормы, возникшія помимо претора *безотносительно къ сферѣ дѣйствія ихъ*, тогда какъ jus civile въ противоположность jus gentium обнимаетъ только тѣ нормы, возникшія помимо участія претора, которыя касаются однихъ только римскихъ гражданъ.

---

[2]) Относительно другихъ институтовъ см. Karlowa, ук. соч., т. I, стр 469.
[3]) Ср Krüger, ук соч., стр. 44.

ГЛАВА II.

Право въ субъективномъ смыслѣ.

(Ученіе о юридическихъ отношеніяхъ и юридическихъ институтахъ).

Подраздѣленіе I. Жизненныя отношенія.

§ 15.

Общій анализъ жизненныхъ отношеній [1]).

Все современное ученіе о юридическихъ отношеніяхъ и субъективныхъ правахъ насквозь проникнуто смѣшеніемъ конкретныхъ отношеній и правъ съ соотвѣтствующими абстрактными типами. Это объясняется, (такъ же какъ и неудовлетворительная постановка ученія о юридическихъ нормахъ), полнымъ игнорированіемъ исходнаго, основного понятія жизненнаго отношенія. На немъ мы теперь и остановимся.

Мы уже замѣтили, что соціальная жизнь непосредственно проявляется въ безконечномъ рядѣ вѣчно смѣняющихся конкретныхъ отношеній, въ которыя люди вступаютъ другъ съ другомъ и съ окружающими ихъ предметами внѣшняго міра.

1) Каждое такое жизненное отношеніе, въ отдѣльности взятое, можетъ быть охарактеризовано, прежде всего, какъ

---

[1]) См. *мои* основы ученія о юридической сдѣлкѣ, т. I, стр. 40 и сл.— Остальная литература этого вопроса совершенно не касается. Въ цитированной книгѣ содержаніе жизненныхъ отношеній формулировано слишкомъ односторонне, такъ какъ приняты во вниманіе только отношенія, выражающіяся въ дѣятельности, направленной на тотъ или иной реальный, *физическій* эффектъ, тогда какъ это только одна изъ возможныхъ комбинацій. Настоящее изложеніе въ этомъ отношеніи пытается внести необходимыя поправки и дополненія.

извѣстное, специфическое *отношеніе сосуществованія* между даннымъ субъектомъ (или данными субъектами) и даннымъ объектомъ (или данными объектами). Это несомнѣнно первый признакъ, который долженъ быть налицо, для того, чтобы можно было говорить о *реальномъ* отношеніи. Дѣйствительно, съ тѣмъ, что было, но чего уже нѣтъ, какъ и съ тѣмъ, что будетъ, но чего еще нѣтъ, мы можемъ вступить въ отношенія лишь мысленно, въ нашемъ представленіи, но никакъ не реально, въ дѣйствительности [1]).

Элементами каждаго конкретнаго жизненнаго отношенія являются: данный субъектъ (или данные субъекты), данный объектъ (или данные объекты) и извѣстное пространственное соотношеніе между ними. Субъектами могутъ быть отдѣльныя лица или группы лицъ, объектами—какъ лица, такъ и другіе предметы внѣшняго міра; въ частности, объектомъ по отношенію къ данному лицу какъ сложному психофизическому единству можетъ явиться его собственная личность [2]).

Отношенія могутъ быть или *преходящія* (случайная встрѣча на улицѣ, кратковременное посѣщеніе даннаго мѣста и т. п.) или *длительныя* (продолжительное пребываніе въ одномъ и томъ же мѣстѣ, продолжительное общеніе съ одними и тѣми же лицами и т. д.). Длительныя отношенія мы иначе называемъ состояніями.

Важно также имѣть въ виду, что отношенія могутъ возникнуть либо по волѣ заинтересованныхъ лицъ (соединеніе нѣсколькихъ лицъ для достиженія какой-нибудь цѣли, присвоеніе какой-нибудь вещи и т. п.), либо помимо участія

---

[1]) Этому не противорѣчитъ тотъ фактъ, что мы своей дѣятельностью можемъ подготовить почву для будущаго,—ибо достигается это все же воздѣйствіемъ на настоящее, на *наличные* объекты, на то, что *сосуществуетъ* съ даннымъ субъектомъ въ данное время. Не противорѣчитъ сказанному и тотъ фактъ, что то, что имѣло мѣсто въ прошедшемъ, можетъ оказать вліяніе на настоящее и будущее, ибо это возможно лишь постольку, поскольку (не самыя отношенія, имѣвшія мѣсто въ прошедшемъ и безвозвратно исчезнувшія, а) результаты, оставшіеся отъ прошедшаго, продолжаютъ быть налицо, т.-е. имѣютъ характеръ элементовъ настоящаго и эвентуально будущаго.

[2]) См. ниже, § 16.

вои ихъ (въ силу факта рожденія, доставленія какой-нибудь вещи во время отсутствія лица, и т. д., и т. д.).

2) Отдѣльныя отношенія къ даннымъ объектамъ непосредственно выражаются вовнѣ въ извѣстномъ, специфическомъ *поведеніи* заинтересованныхъ лицъ: поведеніе лицъ опредѣляетъ *содержаніе* отношенія къ объекту и служитъ вмѣстѣ съ тѣмъ моментомъ, *индивидуализирующимъ* данное отношеніе, придающимъ ему специфическій характеръ.

Поведеніе заинтересованныхъ лицъ по отношенію къ данному объекту, или иначе говоря, содержаніе конкретныхъ отношеній обусловливается частью объективными, частью субъективными моментами. Къ числу объективныхъ моментовъ относится то или иное пространственное соотношеніе между данными субъектами и объектами, отсутствіе противодѣйствія со стороны третьихъ лицъ, тѣ или иныя конкретныя особенности самыхъ объектовъ.

Такъ, извѣстныя дѣйствія (напр., словесное сообщеніе чего-либо кому-либо, прикосновеніе къ данной вещи и т. п.), предполагаютъ совершенно опредѣленное отношеніе пространственной близости между данными субъектами и объектами; другія (напр., поднятіе тяжелой вещи) требуютъ участія цѣлаго ряда лицъ; совершеніе извѣстныхъ дѣйствій возможно только по отношенію къ опредѣленнымъ объектамъ (напр., пользованіе вещью въ качествѣ пищи), и т. д., и т. д. Субъективнымъ моментомъ служитъ характеръ и степень интереса, который возбуждаютъ данные объекты у данныхъ лицъ.

Въ частности, поведеніе данныхъ субъектовъ по отношенію къ даннымъ объектамъ можетъ быть либо чисто *пассивное*, либо *активное*. Пассивное поведеніе выражается въ отсутствіи опредѣленной дѣятельности по отношенію къ данному объекту, въ полной индифферентности, безучастности къ нему (напр., люди молча сидятъ въ вагонѣ, въ пріемной комнатѣ у врача и т. п., совершенно игнорируя другъ друга; человѣкъ проходитъ мимо данной вещи или стоитъ рядомъ съ ней, не обращая на нее никакого вниманія, и т. д., и т. д.).

Такое индифферентное отношеніе можетъ быть вызвано либо тѣмъ, что отношеніе къ данному объекту вовсе не со-

знается, онъ не замѣчается, либо тѣмъ, что данный объектъ не представляетъ для субъекта никакого интереса, либо тѣмъ, что, несмотря на наличность того или иного интереса, субъектъ почему-либо считаетъ невозможнымъ или неудобнымъ оказывать какое-либо воздѣйствіе на объектъ

Активное поведеніе проявляется въ той или иной *дѣятельности* данныхъ лицъ по отношенію къ даннымъ объектамъ. Всякая дѣятельность характеризуется *результатомъ*, на который она направляется [1]). Въ частности, дѣятельность можетъ быть направлена либо на достиженіе извѣстнаго *психическаго* эффекта (напр., я созерцаю картину или красивый видъ, слушаю оперу или концертъ, разговариваю съ кѣмъ-либо, или воспитываю кого-либо — укрѣпленіемъ въ немъ извѣстныхъ чувствъ, мыслей, желаній, и т. д., и т д.), либо на достиженіе *физическаго* эффекта, (напр., я ношу тяжесть, передаю вещь, катаюсь верхомъ, ѣмъ какую-нибудь пищу, топлю печь и т. д., и т. д).

Соотвѣтствующія дѣйствія могутъ представлять въ своей совокупности либо *единый рядъ* координированныхъ между собою дѣйствій, объединенныхъ общностью эффекта, на который они всѣ вмѣстѣ направлены (напр., поѣздка въ театръ, покупка книги, отправленіе телеграммы и т. д), либо слагаются *изъ нѣсколькихъ, періодически повторяющихся рядовъ* координированныхъ между собою дѣйствій (напр., чтеніе курса лекцій, повторное представленіе какой-нибудь пьесы, всякая вообще профессіональная дѣятельность).

Возможно и *попеременное сочетаніе* физическихъ и психическихъ эффектовъ, или различныхъ физическихъ, или различныхъ психическихъ эффектовъ, или даже активнаго и пассивнаго поведенія по отношенію къ данному объекту, что предполагаетъ, конечно, (такъ же какъ и періодическое повтореніе однородныхъ дѣйствій), длительный характеръ отношенія, или, иначе говоря, сохраненіе даннаго объективнаго сочетанія подлежащихъ элементовъ въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени. Такъ, напр., мое отношеніе къ данной книгѣ выражается попеременно въ томъ, что

[1]) См. *мои* Основы ученія о юридической сдѣлкѣ, I, стр. 209—210, 214.

я ее читаю и пользуюсь ею въ качествѣ прессъ-папье (сочетаніе психическаго и физическаго эффекта); мое отношеніе къ данной лошади выражается попеременно въ томъ, что я разъѣзжаю на ней верхомъ и вожу на ней дрова (сочетаніе различныхъ физическихъ эффектовъ); мое отношеніе къ данному человѣку выражается попеременно въ томъ, что я съ нимъ разговариваю и читаю ему вслухъ (сочетаніе различныхъ психическихъ эффектовъ); мое отношеніе къ данному камешку выражается попеременно въ томъ, что я его подбираю и опять бросаю (сочетаніе активнаго и пассивнаго поведенія).

3) Въ зависимости отъ числа участвующихъ лицъ и характера ихъ дѣятельности отношенія могутъ быть *простыя*, проявляющіяся въ дѣятельности одного лица по отношенію къ данному объекту (я пашу землю, читаю книгу, и т. д.), и *сложныя*, складывающіяся изъ ряда встрѣчныхъ отношеній, проявляющихся въ одновременной или попеременной дѣятельности нѣсколькихъ лицъ относительно данныхъ объектовъ.

Въ частности, встрѣчная дѣятельность этихъ нѣсколькихъ лицъ можетъ быть или *комбинированной*, согласованной между собою, направленной на достиженіе какого-нибудь *общаго* результата (напр., на поддержаніе разговора, на танцы, на воспитаніе, на сооруженіе или доставленіе чего-либо и т. д., и т д), или *самостоятельной*, независимой другъ отъ друга (напр., два лица одновременно слушаютъ музыку, разсматриваютъ или копируютъ картину, ѣдутъ въ одномъ вагонѣ и т. д.; два лица попеременно обрабатываютъ независимо другъ отъ друга данный участокъ земли, попеременно читаютъ книгу, и т. д.). Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ *единымъ* сложнымъ отношеніемъ, слагающимся изъ ряда связанныхъ между собою, обусловливающихъ другъ друга встрѣчныхъ отношеній отдѣльныхъ участниковъ къ даннымъ объектамъ, которыя являются элементами сложнаго отношенія; во второмъ случаѣ мы имѣемъ *составное* отношеніе, слагающееся изъ ряда самостоятельныхъ, независимыхъ другъ отъ друга встрѣчныхъ отношеній отдѣльныхъ участниковъ.

Въ случаяхъ комбинированной дѣятельности дѣятельность отдѣльныхъ участниковъ можетъ быть либо *однородной* (два

лица вмѣстѣ тащутъ бревно, вмѣстѣ разговариваютъ и т. д.), либо *разнородной* (одинъ направляетъ, другой исполняетъ, одинъ обучаетъ—другой учится).

При этомъ какъ общій эффектъ, на который направлена совмѣстная дѣятельность всѣхъ участниковъ, такъ и спеціальные эффекты, на которые направлены отдѣльныя дѣйствія, могутъ быть или физическіе, или психическіе, или попеременно тѣ и другіе. Такъ, напр., одни и тѣ же лица участвуютъ въ данное время — въ постройкѣ дома, въ другое — въ постройкѣ церкви (различные попеременно конечные эффекты); такъ, участвуя совмѣстно въ постройкѣ дома, одни (строители, инженеры) составляютъ планы, руководятъ другими, даютъ имъ объясненія и указанія; другіе (каменщики, плотники и т. д.), слѣдуя ихъ указаніямъ, кладутъ фундаментъ, выводятъ стѣны, и т. д., и. т. д. (различные спеціальные эффекты).

Что касается самостоятельной дѣятельности нѣсколькихъ лицъ въ отношеніи однихъ и тѣхъ же объектовъ, то она можетъ быть *совмѣстимой* или *несовмѣстимой*. Совмѣстимая дѣятельность можетъ быть или *параллельная*, направленная на одновременно достижимые результаты (напр., нѣсколько лицъ вмѣстѣ слушаютъ музыку, разсматриваютъ картину, ѣдутъ въ вагонѣ; или одинъ поетъ, другой слушаетъ его, и т. д.), или *попеременная*, направленная на результаты, достижимые лишь разновременно (напр., два лица попеременно читаютъ книгу, или попеременно пользуются верховою лошадью, и т. д.). Несовмѣстимая дѣятельность выражается въ одновременномъ преслѣдованіи результатовъ, одновременно недостижимыхъ (два лица одновременно хотятъ сѣсть на одно и то же мѣсто, одновременно обрабатывать данный участокъ земли и т. д. и т. д.). Соотвѣтственно съ этимъ мы различаемъ совмѣстимыя и несовмѣстимыя встрѣчныя отношенія.

Подводя итоги сказанному, мы можемъ констатировать, что степень большей или меньшей сложности конкретныхъ жизненныхъ отношеній зависитъ отъ большаго или меньшаго числа субъектовъ и объектовъ, съ одной стороны, и отъ характера и объема дѣятельности первыхъ по отношенію ко вторымъ, съ другой стороны. Въ зависимости отъ этого мы

различаемъ отношенія простыя и сложныя, складывающіяся изъ ряда встрѣчныхъ отношеній, съ подраздѣленіемъ вторыхъ на отношенія комбинированныя и самостоятельныя; послѣднія могутъ быть совмѣстимы или несовмѣстимы.

Очевидно, чѣмъ сложнѣе данныя отношенія, чѣмъ больше въ частности число участниковъ въ нихъ, тѣмъ труднѣе, съ одной стороны, установить ихъ, добиться надлежащаго соотношенія между всѣми элементами будущаго отношенія; для этого можетъ потребоваться цѣлый рядъ подготительныхъ мѣръ и сношеній, которыя въ свою очередь выливаются въ опредѣленныя отношенія; напр., чтобы получить возможность пользоваться вещью, находящеюся въ рукахъ у другого, надо предварительно отправиться къ будущему контрагенту или вызвать его къ себѣ, переговорить съ нимъ, придти къ соглашенію съ нимъ относительно покупки или найма вещи, и т. д.; чтобы получить какое-нибудь мѣсто, тоже требуется цѣлый рядъ хлопотъ; чтобы заручиться помощью кого-либо, нужно добиться отъ него соотвѣтствующаго обѣщанія, и т. д. На этомъ построено различіе между *подготовительными* или установительными отношеніями и *окончательными* отношеніями.

Съ другой стороны, чѣмъ сложнѣе данныя отношенія, чѣмъ большій кругъ лицъ они затрогиваютъ, тѣмъ скорѣе возможны конфликты съ другими лицами. Въ связи съ этимъ на ряду съ первоначальными или *коренными* отношеніями къ объектамъ пользованія возникаютъ особыя добавочныя или *вспомогательныя* отношенія между заинтересованными лицами. На нихъ намъ нужно остановиться ближе.

§ 16.

Коренныя и вспомогательныя отношенія [1]).

1) Простѣйшее по числу составныхъ элементовъ жизненное отношеніе есть отношеніе даннаго лица въ качествѣ субъекта къ собственной личности въ качествѣ объекта. Оно вы-

[1]) См. *мои* основы, I, стр. 43 и сл., и *мою* статью: юридическое отношеніе и субъективное право въ Ж М. Ю., 1897 г. кн. IV

ражается въ пользованіи собственнымъ организмомъ и отдѣльными частями его для достиженія тѣхъ или иныхъ результатовъ; напр., я въ качествѣ субъекта ставлю себѣ цѣлью перейти изъ одного мѣста въ другое, — я пользуюсь своимъ организмомъ, въ частности своими ногами, какъ средствомъ для достиженія этой цѣли; я въ качествѣ субъекта ставлю себѣ цѣлью изучить какое-нибудь явленіе,—я пользуюсь опять-таки собою, въ частности своими органами чувствъ, какъ средствами для достиженія этой цѣли, и т. д. [1]). Это отношеніе, само по себѣ взятое, есть чисто *одностороннее* въ томъ смыслѣ, что объемъ воздѣйствія на объектъ всецѣло зависитъ отъ субъекта.

Такой же односторонній характеръ носитъ отношеніе даннаго субъекта къ тѣмъ или инымъ предметамъ внѣшняго міра, на которые нѣтъ другихъ претендентовъ. И здѣсь объемъ воздѣйствія зависитъ всецѣло отъ субъекта: онъ можетъ ограничиться чисто пассивнымъ поведеніемъ по отношенію къ объекту, онъ можетъ также проявить любое активное воздѣйствіе въ отношеніи него, — это зависитъ отъ его усмотрѣнія.

2) Съ появленіемъ новыхъ субъектовъ, поскольку они не ограничиваются чисто пассивнымъ поведеніемъ по отношенію къ данному объекту, простое отношеніе переходитъ въ сложное, складывающееся изъ ряда встрѣчныхъ отношеній. Эти отношенія сами по себѣ могутъ быть совмѣстимы другъ съ другомъ, напр., одинъ пашетъ землю, другой смотритъ на эту картину; или оба вмѣстѣ поднимаютъ тяжесть. Но возможны и коллизіи, выражающіяся въ установленіи встрѣч-

---

[1]) Допущеніе особаго отношенія къ самому себѣ или, иначе выражаясь, признаніе, что по отношенію къ самому себѣ каждый является одновременно субъектомъ и объектомъ, на первый взглядъ звучитъ парадоксально и искусственно. Тѣмъ не менѣе это такъ, какъ это явствуетъ изъ вышеприведенныхъ примѣровъ. Тутъ же мы можемъ прибавить, что это отношеніе человѣка какъ субъекта, къ самому себѣ, какъ объекту, также регулируется извѣстными правилами, какъ и всякое другое типическое отношеніе: достаточно вспомнить о правилахъ гигіены, ухода за собственнымъ организмомъ, о правилахъ моды въ примѣненіи къ ношенію волосъ, бороды, подрѣзанію ногтей, татуировкѣ, о правилахъ аскезы, и т. д., и т. д.

ныхъ отношеній къ даннымъ объектамъ, несовмѣстимыхъ съ первоначальными отношеніями, напр., два лица одновременно и независимо другъ отъ друга начинаютъ пахать одинъ и тотъ же участокъ земли, или одинъ пашетъ, а другой одновременно начинаетъ охотиться на этой землѣ, причемъ ни тотъ, ни другой не желаютъ уступить другъ другу, или изъ двухъ участниковъ въ общемъ дѣлѣ одинъ отказываетъ другому въ дальнѣйшихъ своихъ услугахъ, бросаетъ, напр., данную тяжесть, и т. д., и т. д.

Въ связи съ этимъ возникаютъ, на ряду съ встрѣчными отношеніями къ данному объекту пользованія, новыя встрѣчныя отношенія между заинтересованными лицами, различныя, въ зависимости отъ того, имѣемъ ли мы дѣло съ самостоятельными, независимыми другъ отъ друга, или съ комбинированными встрѣчными отношеніями.

Разсмотримъ сначала сравнительно простой случай самостоятельныхъ встрѣчныхъ отношеній двухъ лицъ къ одному и тому же объекту, причемъ мы допустимъ, что этимъ объектомъ является какой-нибудь предметъ внѣшней природы, напр., участокъ земли, которымъ оба желаютъ пользоваться независимо другъ отъ друга.

Въ такомъ случаѣ въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ каждый изъ нихъ желаетъ воспользоваться даннымъ объектомъ въ качествѣ средства для достиженія тѣхъ или иныхъ цѣлей, того или иного результата, они предъявляютъ другъ къ другу *требованія* на предоставленіе безпрепятственной возможности совершенія тѣхъ или иныхъ дѣйствій по отношенію къ данному объекту; такъ, встрѣчая противодѣйствіе, а иногда даже просто опасаясь таковаго, каждый требуетъ отъ другого, чтобы онъ не мѣшалъ ему пахать землю, или первый требуетъ отъ второго, чтобы онъ ему не мѣшалъ пахать землю, а второй отъ перваго, чтобы онъ ему не мѣшалъ охотиться на ней, или не мѣшалъ ему снять данный видъ, или любоваться имъ, и т. д., и т. д.

Въ результатѣ мы получаемъ (при наличности двухъ конкуррирующихъ субъектовъ относительно одного и того же объекта), двѣ группы встрѣчныхъ отношеній, а всего четыре встрѣчныя отношенія. А именно: во-1-хъ, два встрѣчныхъ

отношенія къ самому объекту пользованія, и во-2-хъ, два встрѣчныхъ отношенія между заинтересованными субъектами по поводу объекта. Отношенія перваго рода мы назовемъ *коренными*: они выражаются въ извѣстномъ поведеніи по отношенію къ общему объекту, въ пользованіи имъ въ качествѣ средства для достиженія тѣхъ или иныхъ цѣлей. Отношенія второго рода мы назовемъ *вспомогательными*: они выражаются въ извѣстныхъ взаимныхъ требованіяхъ, обусловленныхъ наличностью (или опасностью, возможностью) противодѣйствія данной формѣ пользованія объектомъ и направленныхъ на предоставленіе спокойной возможности соотвѣтствующаго пользованія (и эвентуально, на возстановленіе прежняго положенія вещей, устраненіе препятствій спокойнаго пользованія и т. п.).

Такая характеристика подлежащихъ отношеній и въ частности противоположеніе отношеній перваго рода въ качествѣ коренныхъ отношеніямъ второго рода въ качествѣ вспомогательныхъ оправдывается тѣмъ, что содержаніе требованій, предъявляемыхъ въ данномъ случаѣ однимъ изъ субъектовъ къ другому, обусловливается содержаніемъ коренного отношенія каждаго изъ субъектовъ къ объекту: предѣлами, въ которыхъ данное лицо желаетъ пользоваться даннымъ объектомъ въ качествѣ средства для тѣхъ или иныхъ цѣлей, опредѣляется и возможный объемъ его требованій къ конкурренту: если я желаю только смотрѣть на данный видъ, я и буду ограничиваться требованіемъ не мѣшать стоять мнѣ на данномъ мѣстѣ; если я желаю пройтись по данному мѣсту, я потребую только, чтобы мнѣ дали сдѣлать это, но ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ я не потребую, чтобы мнѣ заплатили за это деньги, или благодарили меня, или дали мнѣ распоряжаться даннымъ участкомъ, и т. д.

Сказанное едва ли нуждается въ дальнѣйшихъ поясненіяхъ, поскольку мы имѣемъ дѣло съ самостоятельными отношеніями и поскольку объектомъ пользованія является обособленный отъ личности, какъ таковой, предметъ, тѣмъ болѣе, что въ такихъ случаяхъ коренныя отношенія уже съ внѣшней стороны отличимы отъ вспомогательныхъ. Возьмемъ, напр., отношеніе двухъ совладѣльцевъ А и В къ общей

вещи. Здѣсь мы уже съ чисто внѣшней стороны отличаемъ: во-1-хъ, коренное отношеніе А къ вещи; во-2-хъ, встрѣчное коренное отношеніе В къ ней; въ-3-хъ, вспомогательное отношеніе А къ В (не мѣшай мнѣ пользоваться и т. д. вещью въ предѣлахъ, указанныхъ закономъ, взаимнымъ соглашеніемъ или одностороннимъ произволеніемъ); въ-4-хъ, встрѣчное вспомогательное отношеніе В къ А (аналогичнаго содержанія).

3) Но зато на первый взглядъ могутъ вызвать сомнѣніе тѣ случаи, въ которыхъ объектомъ пользованія исключительно или на ряду съ другими объектами является чужая личность. Сюда относятся всѣ комбинированныя отношенія, а также тѣ самостоятельныя отношенія, гдѣ объектомъ самостоятельнаго воздѣйствія является чужая личность (какъ это имѣетъ мѣсто, напр., при нападеніи на какое-нибудь лицо, нанесеніи побоевъ или тѣлеснаго наказанія, и т. д.). Дѣло въ томъ, что въ такихъ случаяхъ объектъ коренного и вспомогательнаго отношенія одинъ и тотъ же (т.-е. лицо).

Возьмемъ, напр., отношеніе двухъ собесѣдниковъ, или танцующую пару, или чисто личную сторону отношеній двухъ супруговъ, или учителя и ученика, или давшаго и принявшаго порученіе, и т. д., и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ каждая сторона въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ оказываетъ воздѣйствіе на другую сторону, въ частности пользуется ею въ томъ или иномъ направленіи въ качествѣ средства для достиженія тѣхъ или иныхъ цѣлей, того или иного результата — физическаго, физіологическаго, психическаго. При этомъ, однако, необходимо имѣть въ виду, что *каждая сторона, становясь объектомъ для другой*, поскольку она съ точки зрѣнія послѣдней служитъ средствомъ для достиженія того или иного результата, *вмѣстѣ съ тѣмъ*, поскольку она проявляетъ ту или иную дѣятельность, то или иное поведеніе, *является субъектомъ встрѣчнаго отношенія.*

Отсюда явствуетъ, что необходимо различать два встрѣчныхъ коренныхъ отношенія: во-1-хъ, коренное отношеніе А къ В (напр., перваго собесѣдника, танцора, супруга и т. д. ко второму) и во-2-хъ, коренное отношеніе В къ А (второго собесѣдника, танцора, супруга и т. д. къ первому). Эти встрѣчныя отношенія могутъ, конечно, въ данномъ част-

номъ случаѣ уживаться другъ съ другомъ, (напр., В слушаетъ разговоръ А съ нимъ или и самъ поддерживаетъ его, танцуетъ съ А и т. д., т.-е., другими словами, оказываетъ необходимое активное содѣйствіе), но возможны и конфликты (напр., В не отвѣчаетъ на вопросы А, не слушаетъ или перебиваетъ его или отходитъ отъ него, — В не танцуетъ съ А или нарочно танцуетъ не по правиламъ, сбивается съ такта и т. д.,—В не желаетъ жить съ супругомъ, не желаетъ исполнять своихъ супружескихъ обязанностей и т. д.). Въ случаяхъ послѣдняго рода конфликтъ выражается, смотря по характеру отношенія, либо въ отказѣ въ необходимомъ активномъ содѣйствіи, либо въ прямомъ сопротивленіи достиженію преслѣдуемаго противной стороной результата. Въ связи съ этимъ возникаютъ встрѣчныя вспомогательныя отношенія, выражающіяся въ взаимныхъ требованіяхъ—одной стороны, не оказывать ей сопротивленія или оказать ей содѣйствіе въ достиженіи даннаго результата, а другой—оставить ее въ покоѣ, не мѣшать ей проявлять свои силы и способности въ собственномъ интересѣ, для достиженія собственныхъ, а не чужихъ цѣлей.

Такимъ образомъ, мы и здѣсь, несмотря на тождество объекта, должны различать коренныя и вспомогательныя отношенія.

Правда, на первый взглядъ остается еще одно затрудненіе, а именно: самое пользованіе услугами чужой личности, независимо и до всякаго конфликта, какъ-будто ограничивается предъявленіемъ къ ней извѣстныхъ требованій: господинъ, желая воспользоваться услугами своего раба, начальникъ, желая воспользоваться услугами подчиненнаго, отецъ, желая чего-либо отъ сына, предприниматель — отъ рабочаго, кредиторъ—отъ должника, истецъ—отъ суда, собесѣдникъ—отъ собесѣдника, и т. д., и т. д., предъявляетъ къ нему соотвѣтствующія требованія, ожидая отъ противной стороны исполненія ихъ. То же, въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ, возможно и со стороны противника: рабъ, желая чего-либо отъ господина, напр., нуждаясь въ какихъ-либо указаніяхъ, подчиненный отъ начальника и т. д., въ свою очередь обращается къ нимъ съ соотвѣтствующими требованіями. Раз-

ница будетъ лишь въ формѣ—въ однихъ случаяхъ повелительная, въ другихъ—просительная [1]), что̀, конечно, не мѣняетъ существа дѣла.

Требованія указаннаго типа вовсе не предполагаютъ конфликта, нежеланія противной стороны исполнить требуемое. Конфликтъ и связанныя съ нимъ требованія возникаютъ лишь въ случаѣ неисполненія первоначальнаго требованія. За всѣмъ тѣмъ, и до конфликта, и послѣ конфликта все отношеніе какъ-будто исчерпывается одними требованіями.

Но если это такъ, то чѣмъ же коренныя отношенія между заинтересованными лицами по существу отличаются отъ вспомогательныхъ, и есть ли вообще при такихъ условіяхъ основаніе и возможность установленія въ примѣненіи къ такимъ случаямъ самаго различія между коренными и вспомогательными отношеніями, не сводится ли все къ схематической конструкціи безъ реальной жизненной подкладки?

Чтобы разобраться въ этомъ вопросѣ, необходимо выяснить природу требованія. Всякое требованіе (или точнѣе предъявленіе требованія), безотносительно взятое, само есть уже проявленіе извѣстнаго специфическаго отношенія, представляя собою извѣстный актъ воздѣйствія на чужую личность, актъ, направленный на то, чтобы вызвать въ ней извѣстныя представленія, чувства, желанія,—и въ дальнѣйшемъ, соотвѣтствующее поведеніе.

Связь этого отношенія, выражающагося со стороны даннаго лица въ предъявленіи извѣстнаго требованія къ другому лицу или другимъ лицамъ, съ другими отношеніями можетъ быть весьма различная.

Во-1-хъ, названное отношеніе можетъ имѣть *подготовительный* характеръ: я хочу установить извѣстное отношеніе въ будущемъ между мною и даннымъ лицомъ (напр., желаю

---

[1]) На этотъ счетъ тоже складываются извѣстныя правила, обыкновенно свято соблюдаемыя. При этомъ форма, какъ извѣстно, не всегда соотвѣтствуетъ сущности подлежащихъ отношеній На ряду съ повелительной (приказаніе, требованіе) и просительной встрѣчается еще третья, нейтральная форма (предложеніе—„не угодно ли будетъ“).

нанять его въ услуженіе, или купить у него вещь и т. п.), или между нимъ и третьимъ лицомъ (я хочу, чтобы онъ сходилъ къ третьему лицу, или наказалъ его и т. д.), и вотъ я предъявляю къ нему соотвѣтствующее требованіе, (или прошу его объ этомъ, или предлагаю ему это). Такія требованія можно назвать *прелиминарными*.

Во-2-хъ, отношеніе, выражающееся въ предъявленіи извѣстнаго требованія, предполагаетъ всегда встрѣчное отношеніе, съ которымъ оно входитъ въ составъ болѣе сложнаго отношенія. Въ частности это имѣетъ мѣсто во всѣхъ случаяхъ комбинированной дѣятельности, поскольку эта дѣятельность со стороны даннаго лица имѣетъ характеръ руководящій, направляющій, инструкціонный, со стороны другихъ участниковъ—исполнительный. Я требую, напр., отъ слуги подачи моей вещи, отъ ученика—приготовленія урока, отъ рабочаго—исполненія заказа и т. д., и т. д. Требованіе въ этомъ смыслѣ, входя въ составъ соотвѣтственнаго кореннаго отношенія, есть съ точки зрѣнія даннаго субъекта *условіе* дальнѣйшаго воздѣйствія на чужую личность, условіе достиженія общаго результата, цѣль его—объяснить другому лицу, въ чемъ должно выразиться его встрѣчное отношеніе, необходимое для достиженія даннаго результата, въ какомъ отношеніи желаютъ его содѣйствія, что отъ него ожидаютъ. Но требованіе не совпадаетъ съ самымъ пользованіемъ чужою личностью въ качествѣ средства. Это пользованіе выражается въ соотвѣтствующемъ поведеніи противной стороны, вызванномъ даннымъ требованіемъ, напр., въ доставленіи данной вещи, въ исполненіи тѣхъ или иныхъ услугъ (напр., подай вещь—я подаю, разскажи, что видѣлъ—я разсказываю, и т. д.)

Такія требованія можно назвать *конститутивными*, такъ какъ они, въ качествѣ составныхъ элементовъ, входятъ въ составъ сложныхъ комбинированныхъ отношеній, складывающихся изъ встрѣчныхъ отношеній подлежащихъ заинтересованныхъ лицъ: для достиженія даннаго результата при данныхъ условіяхъ они столь же необходимы, какъ и соотвѣтствующіе реальные акты: ибо не будь заявлено соотвѣтствующее требованіе, и соотвѣтствующій реальный актъ не имѣлъ бы мѣста, по крайней мѣрѣ въ данное время, а вмѣстѣ

съ тѣмъ не былъ бы достигнутъ и соотвѣтствующій результатъ [1]).

Наконецъ, въ 3-хъ, отношеніе, выражающееся въ предъявленіи извѣстныхъ требованій, можетъ *привходить* къ другому отношенію, являющемуся по отношенію къ нему кореннымъ,—въ качествѣ особаго вспомогательнаго отношенія. Это предполагаетъ возможность или наличность конфликта, основаніемъ для чего можетъ служить между прочимъ и невыполненіе того или иного конститутивнаго требованія, напр., я требую доставленія мнѣ чего-либо, а противная сторона этого не исполняетъ: неисполненіе этого первоначальнаго, конститутивнаго требованія, вызываетъ вторичное, *вспомогательное* требованіе, направленное на устраненіе соотвѣтствующихъ препятствій, къ числу каковыхъ можетъ принадлежать чисто пассивное поведеніе лица тамъ, гдѣ требуется автивное содѣйствіе съ его стороны: ему корреспондируетъ съ точки зрѣнія противной стороны, поскольку она упорствуетъ, требованіе оставленія ея въ покоѣ.

Къ сказанному остается прибавить, что данное требованіе, являясь конститутивнымъ съ точки зрѣнія одного отношенія, вмѣстѣ съ тѣмъ можетъ явиться прелиминарнымъ или вспомогательнымъ съ точки зрѣнія другихъ отношеній.

Такимъ образомъ, установленное нами разграниченіе коренныхъ и вспомогательныхъ отношеній всецѣло примѣнимо и къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ объектомъ отношенія (исключительно или на ряду съ другими предметами) являются и чужія лица. Противоположный взглядъ, сводящій въ подобнаго рода случаяхъ всю совокупность взаимныхъ отношеній къ однимъ требованіямъ, покоится на смѣшеніи различныхъ функцій требованій (и въ частности на смѣшеніи конститутивной и вспомогательной функціи ихъ) съ одной стороны, и на неправильномъ отождествленіи конститутивныхъ

---

[1]) Съ сказаннымъ гармонируетъ тотъ фактъ, что конститутивныя требованія отсутствуютъ тамъ, гдѣ не имѣется въ виду комбинированная дѣятельность нѣсколькихъ лицъ, предполагающая активное содѣйствіе, а гдѣ устанавливается *самостоятельное* отношеніе къ другому лицу, какъ, напр., при нападеніи, при нанесеніи ранъ или увѣчій лицу и т. д. Въ такихъ случаяхъ встрѣчаются только вспомогательныя требованія.

требованій, представляющихъ собою лишь условія пользованія чужою личностью въ качествѣ средства для достиженія какого-нибудь результата, съ самымъ пользованіемъ.

4) Въ заключеніе остается еще замѣтить, что по мѣрѣ того, какъ увеличивается число субъектовъ и объектовъ, получаются все болѣе и болѣе сложныя формы жизненныхъ отношеній, слагающихся изъ разнообразныхъ сочетаній прогрессивно возрастающаго числа встрѣчныхъ коренныхъ и вспомогательныхъ отношеній.

Съ этой точки зрѣнія всякое типичное жизненное отношеніе представляетъ собою либо простое коренное отношеніе субъекта къ объекту, либо извѣстное сочетаніе большаго или меньшаго числа встрѣчныхъ коренныхъ отношеній (самостоятельныхъ или комбинированныхъ) съ паралельнымъ числомъ возможныхъ [1]) вспомогательныхъ отношеній.

Къ сказанному надо прибавить, что разобранное нами соотношеніе между коренными и вспомогательными отношеніями не слѣдуетъ смѣшивать съ соотношеніемъ, существующимъ между защищаемыми и защищающими отношеніями. Защищающія отношенія (будь это отношенія самозащиты, или отношенія къ суду или другимъ органамъ), такъ же, какъ и отношенія защищаемыя, складываются изъ коренныхъ и вспомогательныхъ отношеній.

Подраздѣленіе II. Юридическія отношенія и субъективныя права.

§ 17.

Постановка вопроса въ литературѣ.

1) Литературная разработка ученія о юридическомъ отношеніи крайне неудовлетворительна. Это объясняется прежде всего постояннымъ смѣшеніемъ конкретныхъ юридическихъ отношеній и абстрактныхъ типовъ отношеній. Правда, принципіально оба понятія обыкновенно разграничиваются. Такъ.

[1]) Мы говоримъ возможныхъ—такъ какъ конфликты необязательны.

напр., Регельсбергеръ замѣчаетъ, что терминъ юридическое отношеніе употребляется въ двоякомъ смыслѣ—для обозначенія конкретнаго и „типичнаго, абстрактнаго“ юридическаго отношенія [1]). Однако, въ дальнѣйшемъ забываютъ объ этомъ различіи.

Въ частности, смѣшеніе обоихъ понятій сказывается уже въ ближайшей характеристикѣ юридическихъ отношеній, которыя обыкновенно опредѣляются какъ признанныя объективнымъ правомъ жизненныя отношенія; иногда къ этому прибавляютъ еще, что юридическія отношенія суть отношенія сосуществованія [2]). Эта характеристика подходитъ къ конкретнымъ отношеніямъ, но не подходитъ къ абстрактнымъ типамъ, такъ какъ послѣдніе сами вовсе не суть жизненныя отношенія, а представляютъ собою лишь идеальныя, воображаемыя комбинаціи общественныхъ элементовъ, которыя оказываютъ то или иное вліяніе на соотвѣтствующія жизненныя отношенія, воздѣйствуя на поведеніе заинтересованныхъ лицъ.

Плодомъ того же смѣшенія конкретныхъ отношеній и абстрактныхъ типовъ является знаменитый споръ о томъ, составляютъ ли юридическія отношенія продуктъ объективнаго права или же юридическія отношенія и въ частности субъективныя права предшествуютъ объективному праву [3]). Не говоря уже о неподобающей роли, которая въ данномъ случаѣ приписывается объективному праву (точно это самостоятельная сила, которая способна „творить“ что-либо), мы ограничимся лишь указаніемъ на то, что защитники пріоритета объективнаго права очевидно имѣютъ въ виду абстрактные типы отношеній, а защитники второй альтернативы отправляются отъ конкретныхъ юридическихъ отношеній, отождествляемыхъ съ субъективными правами.

На почвѣ того же смѣшенія возникъ, кстати сказать, и споръ о самыхъ задачахъ догмы частнаго права: должна ли она быть системой частноправныхъ отношеній или системой

---

[1]) Regelsberger, Pandekten, т. I, § 13, стр. 73. Дальнѣйшія литературныя указанія въ моихъ „Основахъ ученія о юридической сдѣлкѣ“, стр. 60.

[2]) Regelsberger, тамъ же, стр. 71, 72.

[3]) Ср., напр., Dernburg, Pandekten, т I, § 39.

частныхъ правъ [1]). На самомъ дѣлѣ, она не является ни тѣмъ, ни другимъ, а системой частноправныхъ институтовъ [2]).

Вторымъ факторомъ, неблагопріятно отразившимся на ученіи о юридическихъ отношеніяхъ (а еще больше на ученіи о субъективныхъ правахъ), является отсутствіе самостоятельнаго анализа жизненныхъ отношеній, вслѣдствіе чего истинное соотношеніе между ними и конкретными юридическими отношеніями осталось невыясненнымъ. Это сказалось между прочимъ въ вопросѣ о томъ, возможны ли юридическія отношенія (или, какъ вмѣсто этого иногда говорятъ, субъективныя права) только между лицами, или также между лицами и вещами.

Многіе изслѣдователи высказываются въ пользу первой альтернативы, утверждая, что и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ повидимому объектомъ отношенія является вещь, мы въ дѣйствительности имѣемъ дѣло съ отношеніями между лицами; особенность лишь въ томъ, что эти отношенія устанавливаются *по поводу* тѣхъ или другихъ вещей [3]). При этомъ исходятъ изъ того предположенія, что юридическія отношенія складываются изъ правъ и обязанностей, говорить объ обязанностяхъ можно только въ примѣненіи къ лицамъ, а слѣдовательно, юридическія отношенія возможны только между лицами. Это разсужденіе чисто апріорное.

Вѣрно конечно то, что юридическія нормы обращаются исключительно къ лицамъ, регулируютъ поведеніе ихъ. Но отсюда не слѣдуетъ, чтобы регулировалось только поведеніе лицъ по отношенію другъ къ другу, а не по отношенію къ предметамъ внѣшняго міра. Анализъ жизненныхъ отношеній показалъ намъ, что объектомъ жизненныхъ отношеній могутъ быть какъ лица, такъ и предметы внѣшняго міра, и что на ряду съ коренными отношеніями къ подлежащимъ объектамъ пользованія необходимо различать вспомогательныя отношенія между заинтересованными лицами по поводу этихъ объектовъ. Нельзя, слѣдовательно, отрицать, что на ряду съ отношеніями

---

[1]) Ср. Windscheid, Lehrbuch, т. 1, § 13 пр. 2.

[2]) См. выше § 1.

[3]) Ср., съ одной стороны, Виндшейдъ, ук. соч., т. I, § 38, пр. 3, съ другой стороны—Регельсбергеръ, ук. соч., т. I, стр. 72.

между лицами встрѣчаются и отношенія лицъ къ предметамъ внѣшняго міра: вопросъ можетъ заключаться лишь въ томъ, лишены ли эти (коренныя) отношенія лицъ къ предметамъ внѣшняго міра всякаго юридическаго значенія, являются ли они безусловно юридически безразличными. Вопросъ этотъ сводится къ тому, должны ли въ такихъ случаяхъ считаться юридически существенными или юридическими только одни вспомогательныя отношенія между данными лицами „по поводу“ данныхъ объектовъ. Достаточно поставить вопросъ въ такой формѣ, чтобы найти на него отвѣтъ. Требованія, возникающія между заинтересованными лицами по повому даннаго объекта, не только предполагаютъ уже отношеніе подлежащихъ лицъ къ самому объекту, но вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ мы видѣли, съ точки зрѣнія содержанія своего всецѣло зависятъ отъ объема соотвѣтствующаго коренного отношенія. Разъ это такъ, то очевидно невозможно регулировать соотвѣтствующія вспомогательныя отношенія, не затрогивая вмѣстѣ съ тѣмъ и коренныхъ отношеній къ объектамъ пользованія Слѣдовательно, юридическія отношенія возможны не только между лицами, но также между лицами и предметами внѣшняго міра; ближе, юридически существенными могутъ быть признаны не только отношенія перваго, но и второго рода.

Въ заключеніе, мы должны остановиться еще на весьма своеобразной теоріи проф. Петражицкаго. Онъ исходитъ тоже изъ того положенія, что правоотношеніе есть связь между лицами, ближе это есть связь между двумя лицами, состоящая въ томъ, что обязанность одного лица закрѣплена съ своей положительной стороны за другимъ лицомъ [1]). „Изъ установленнаго понятія правоотношенія слѣдуетъ, что оно немыслимо безъ *представленія* о двухъ лицахъ, во-1-хъ, о томъ, къ которому обращена императивная функція правоотношенія (обязаннаго), во-2-хъ, о томъ, къ которому обращена аттрибутивная функція правоотношенія (уполномоченнаго)“ [2]).

---

[1]) Очерки философіи права, вып. I, стр. 18.

[2]) Тамъ же, стр 19.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, правоотношеніе остается чисто психическимъ явленіемъ, для наличности котораго не требуется вовсе существованія въ смыслѣ внѣшней реальности, реальности внѣшняго міра, какого-либо существа, кромѣ того, кто *переживаетъ* норму или правоотношеніе. „Если, напр., суевѣрный или умалишенный человѣкъ заключаетъ договоръ съ дьяволомъ,... напр., договоръ продажи души,... то здѣсь... существуетъ правоотношеніе, права и обязанности, объекты правъ и обязанностей, два субъекта и т. д., хотя дьяволъ, которому суевѣрный субъектъ въ нашемъ примѣрѣ приписываетъ права и обязанности, не существуетъ, какъ внѣшняя реальность“ [1]).

Нетрудно опровергнуть это разсужденіе. Оно всецѣло покоится на *смѣшеніи юридическаго отношенія съ субъективнымъ чувствомъ связанности*, которое, отрѣшившись отъ той соціальной почвы, на которой оно возникло, ставъ самостоятельнымъ психическимъ факторомъ, въ качествѣ такового можетъ, конечно, ассоціироваться и съ представленіями о такихъ объектахъ, которыхъ мы въ дѣйствительности во внѣшнемъ опытѣ не встрѣчаемъ. Дѣйствительно, какъ психологическіе факты явленія въ родѣ тѣхъ, которыя описываетъ проф. Петражицкій, вполнѣ возможны и несомнѣнно встрѣчаются. Но это не даетъ намъ права объединять подобные субъективные процессы, подобныя субъективныя ассоціаціи чувствъ и представленій, съ тѣми реальными жизненными отношеніями, одинъ изъ продуктовъ которыхъ они составляютъ, подъ общимъ терминомъ юридическихъ отношеній. Это разнородныя величины, искусственное сближеніе которыхъ ничему кромѣ смѣшенія понятій не содѣйствуетъ.

2) Что касается ученія о субъективномъ правѣ, или точнѣе, о субъективныхъ правахъ и обязанностяхъ, то оно поставлено не болѣе удовлетворительно, чѣмъ ученіе о юридическихъ отношеніяхъ.

Сбивчивость терминологіи и связанная съ этимъ путаница понятій въ этой области даже еще большая. Достаточно сказать, что *термины „право“ и „обязанность“ употребляются*

---

[1]) Тамъ же, стр. 22.

безразлично какъ въ примѣненіи къ конкретнымъ отношеніямъ, такъ и въ примѣненіи къ абстрактнымъ типамъ, притомъ, по крайней мѣрѣ терминъ право, въ обоихъ случаяхъ въ двоякомъ смыслѣ. Такъ говорятъ напр., о „правѣ“ собственности или залога, равно о „правѣ“ требованія по займу или куплѣ-продажѣ и т. д. in abstracto, причемъ каждое такое право слагается изъ такихъ-то отдѣльныхъ „правъ“ пользованія или распоряженія, изъ такихъ-то „правъ“ требованій: въ первомъ случаѣ „право“ обозначаетъ цѣлый институтъ, цѣлый абстрактный типъ. во второмъ случаѣ — отдѣльныя абстрактныя полномочія, изъ которыхъ слагается „право“ въ первомъ смыслѣ. На ряду съ этимъ говорятъ въ примѣненіи къ отдѣльному конкретному лицу, состоящему въ данномъ конкретномъ отношеніи съ данными субъектами и объектами, что оно имѣетъ „право“ собственности или залога или „право“ требованія примѣнительно къ данному объекту или данному лицу, а также, что данный правообладатель, данное я имѣетъ „право“ пользоваться данной вещью, „право“ требовать чего-либо отъ того или другого конкретнаго лица: здѣсь терминъ право означаетъ съ одной стороны данное конкретное отношеніе въ цѣломъ, съ другой стороны—конкретные акты воздѣйствія и параллельно идущія требованія, которыя факультативно можетъ совершать или не совершать, предъявлять или не предъявлять данное лицо.

Столь же сбивчиво употребленіе термина „обязанность“. Такъ, говорятъ объ „обязанностяхъ“ узуфруктуара, покупщика, продавца, и т. д. in abstracto, и объ „обязанностяхъ“ даннаго конкретнаго узуфруктуара, покупщика и т. д. по отношенію къ конкретному собственнику, продавцу и т. д.: въ первомъ случаѣ подъ обязанностями понимаютъ абстрактныя предписанія (или запреты), входящія въ составъ даннаго абстрактнаго типа, во второмъ случаѣ—конкретныя дѣйствія. которыя должно совершить или не совершить данное лицо, состоящее въ данномъ конкретномъ отношеніи.

На ряду съ этимъ терминъ „обязанность“ служитъ также для обозначенія соотвѣтствующаго абстрактнаго типа или конкретнаго отношенія долженствованія въ цѣломъ; впрочемъ, иногда вмѣсто этого говорятъ о „пассивной сторонѣ“

правоотношенія, иногда также (въ сферѣ имущественныхъ отношеній), объ „обязательствахъ", употребляя эти термины опять-таки то въ абстрактномъ, то въ конкретномъ смыслѣ.

Результатомъ такой сбивчивой и неустойчивой терминологіи явилось прежде всего неправильное представленіе объ истинномъ соотношеніи правъ и обязанностей въ смыслѣ особо квалифицированныхъ конкретныхъ отношеній.

Далѣе доктрина либо совершенно игнорируетъ, либо неправильно формулируетъ весьма важное для уразумѣнія сущности субъективныхъ правъ различіе между правомочіями и притязаніями, соотвѣтствующее различію между коренными и вспомогательными отношеніями. Въ связи съ этимъ стоитъ въ свою очередь неясная или неправильная формулировка соотношенія между матеріальнымъ правомъ и правомъ иска, корреспондирующее различію между защищаемыми и защищающими отношеніями [1]).

Въ частности, можно различать три главныя группы теорій о субъективномъ правѣ [2]): одни характеризуютъ субъективное право какъ признанное объективнымъ правомъ за даннымъ лицомъ конкретное господство воли или признанную сферу свободы лица, другіе съ легкой руки Іеринга какъ юридически защищенный интересъ, третьи по примѣру Тона и Бирлинга отождествляютъ субъективное право съ притязаніемъ, усматривая сущность его въ предоставленіи заинтересованному лицу извѣстныхъ требованій противъ третьихъ лицъ, нарушающихъ спокойную возможность пользованія тѣми или иными благами.

а) Первыя два опредѣленія страдаютъ крайней неопредѣленностью и расплывчатостью выдвигаемыхъ ими критеріевъ. Вдобавокъ, первое изъ нихъ явнымъ образомъ *смѣшиваетъ субъективное право съ тѣми чувствами* (господства, свободы), *которыя* въ развитомъ правовомъ быту, благодаря увѣренности въ существованіи организованной, полной и нелицепріятной защиты права, *ассоціируются съ представленіемъ о*

[1]) Ср. объ этомъ мои Основы ученія о юридической сдѣлкѣ, стр. 71, пр. 1.

[2]) См. *мою* статью: Юридическое отношеніе и субъективное право въ Ж. М. Ю. за 1897 г., кн. V.

правѣ въ смыслѣ отношенія, дающаго возможность безпрепятственнаго пользованія даннымъ объектомъ въ качествѣ средства для удовлетворенія той или иной цѣли: я сознаю напр., что я могу спокойно пользоваться данной вещью, и это сознаніе, эта увѣренность въ томъ, что никто не можетъ мнѣ помѣшать пользоваться ею, разъ я не выйду изъ законныхъ предѣловъ, порождаетъ своеобразное чувство господства, чувство власти, чувство свободы; очевидно, однако, что это чувство лишь *сопровождаетъ* представленіе о правѣ но не тождественно съ нимъ: это явствуетъ, между прочимъ, изъ того, что это чувство отсутствуетъ тамъ, гдѣ нѣтъ увѣренности въ своемъ правѣ.

b) Столь же неудовлетворительно и второе опредѣленіе: понятіе интереса лишено всякаго опредѣленнаго содержанія. При такихъ условіяхъ не можетъ быть и рѣчи объ установленіи правильнаго соотношенія между элементами субъективнаго права, именуемыми правомочіями и притязаніями.

c) Что касается третьяго опредѣленія, то оно покоится на рѣшительномъ исключеніи правомочія (въ смыслѣ извѣстнаго отношенія къ объекту пользованія) изъ понятія субъективнаго права. Вытекаетъ это изъ предположенія, что моментъ пользованія составляетъ лишь цѣль субъективнаго права [1]), а такъ какъ право, какъ всякое явленіе, слѣдуетъ опредѣлять не по цѣли, а по содержанію, то отсюда выводъ, что упомянутый моментъ долженъ быть устраненъ изъ понятія права. Въ результатѣ получается извѣстная формулировка Тона, что охраняемая соотвѣтствующими нормами возможность пользованія не составляетъ субъективнаго права лица: субъективное право возникаетъ лишь въ силу предоставленія лицу извѣстныхъ притязаній противъ другихъ лицъ и заключается въ обезпеченности таковыхъ [2]). Дальнѣйшимъ логическимъ выводомъ отсюда является положеніе, что и моментъ распоряженія долженъ быть исключенъ изъ понятія субъективнаго права: это самостоятельная власть или мощь, предоставленная лицу [3]).

---

[1]) Эта мысль была высказана еще Іерингомъ, Geist des römischen Rechts, т. III[1], стр. 327.

[2]) Thon. Rechsnorm und subjectives Recht, стр. 175 и сл., 178 и сл., 218.

[3]) Тамъ же, стр. 325 и сл.

Такимъ образомъ, теоріи этого типа различаютъ: 1) охраняемое нормами пользованіе; 2) власть или мощь лица распоряжаться даннымъ объектомъ, и 3) субъективное право въ смыслѣ охраняющаго спокойное пользованіе притязанія. Въ результатѣ, уничтожается естественная связь, которая существуетъ въ жизни между моментами пользованія и распоряженія, и вмѣстѣ съ тѣмъ связь между правомочіемъ (въ составъ котораго входитъ возможность пользоваться даннымъ объектомъ въ томъ или иномъ объемѣ въ качествѣ средства для достиженія того или иного результата, и возможность распоряжаться имъ) и притязаніемъ: выходитъ, какъ будто притязаніе имѣетъ самостоятельное значеніе, тогда какъ оно на самомъ дѣлѣ, по крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія современнаго права, играетъ чисто служебную роль по отношенію къ правомочію: дѣйствительно, объемомъ послѣднихъ всецѣло опредѣляется возможное содержаніе притязаній.

Къ этому надо прибавить, что вся эта искусственная конструкція покоится вдобавокъ на совершенно ложномъ основаніи: пользованіе или точнѣе, возможность пользованія даннымъ объектомъ въ качествѣ средства для достиженія того или иного результата составляетъ не цѣль, а именно одинъ изъ элементовъ содержанія субъективнаго права Потому-то и стремятся къ установленію такихъ отношеній, которыя мы называемъ субъективными правами, что они даютъ между прочимъ въ большихъ или меньшихъ предѣлахъ возможность пользоваться тѣмъ или инымъ объектомъ.

Противоположный взглядъ покоится на *смѣшеніи цѣли* (субъективнаго) *права* (каковое выраженіе можно употреблять очевидно только въ метафорическомъ смыслѣ, такъ какъ отношеніе не можетъ преслѣдовать никакихъ цѣлей), *съ цѣлью пріобрѣтенія права*, каковою съ точки зрѣнія пріобрѣтателя можетъ явиться между прочимъ желаніе его получить возможность пользоваться объектомъ права: я пріобрѣтаю данное право на данный объектъ, т.-е. устанавливаю соотвѣтствующее отношеніе къ нему, дабы этимъ путемъ получить безпрепятственную возможность пользоваться имъ: отсюда ясно, что получить возможность пользоваться объектомъ со-

ставляетъ именно (для даннаго лица) цѣль установленія, цѣль пріобрѣтенія права, а не цѣль самого права.

3) Что касается, наконецъ, постановки ученія объ обязанностяхъ, то остается только констатировать, что это ученіе до сихъ поръ, строго говоря, совершенно отсутствуетъ. Кромѣ нѣкоторыхъ общихъ фразъ на тему о томъ, что обязанность есть пассивная сторона правоотношенія, и связанныхъ съ этимъ споровъ, что чему предшествуетъ—право ли обязанности или наоборотъ, и возможно ли существованіе обязанностей безъ корреспондирующихъ имъ правъ, литература ничего не даетъ [1]).

О самостоятельномъ анализѣ понятія обязанности и о выясненіи истиннаго соотношенія между этимъ понятіемъ и понятіемъ субъективнаго права нѣтъ и помину.

Чаще всего *обязанность отождествляютъ съ субъективнымъ чувствомъ связанности*, которое въ сознаніи человѣка и въ особенности культурнаго человѣка ассоціируется съ представленіемъ о данномъ типичномъ отношеніи долженствованія. Эта концепція лежитъ между прочимъ и въ основѣ теоріи Петражицкаго [2]).

Между тѣмъ, она столь же ошибочна, какъ и отождествленіе субъективнаго права съ сопровождающими его чувствами свободы или господства. На самомъ дѣлѣ мы и тутъ и тамъ, какъ ниже будетъ показано, имѣемъ дѣло съ своеобразными жизненными отношеніями, которыя въ однихъ случаяхъ характеризуются нами какъ отношенія управомоченности или субъективныя права, а въ другихъ случаяхъ какъ отношенія долженствованія или обязанности. Сопровождающія ихъ чувства, важное соціальное значеніе которыхъ разумѣется никоимъ образомъ нельзя отрицать, составляютъ лишь производное („Begleiterscheinung“) этихъ жизненныхъ отношеній и никоимъ образомъ не должны быть смѣшиваемы съ ними.

---

[1]) Ср. обзоръ литературы у Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit, т. I, стр. 132 и сл

[2]) Очерки философіи права, вып I, passim. Ср. также Hold v. Ferneck, ук соч., стр 73 и сл.

§ 18.

Общее понятіе юридическаго отношенія.

Мы сказали, что большинство жизненныхъ отношеній, періодически повторяясь, пріобрѣтаетъ со временемъ массовый типичный характеръ. Другими словами, несмотря на непрерывную смѣну однихъ отношеній другими, все же среди нихъ наблюдаются извѣстныя типичныя комбинаціи, извѣстныя типичныя отношенія сосуществованія, характеризующіяся извѣстнымъ типичнымъ поведеніемъ заинтересованныхъ лицъ, которое проявляется въ сознательномъ или невольномъ соблюденіи извѣстныхъ однородныхъ правилъ и можетъ быть или безучастное по отношенію къ даннымъ объектамъ или третьимъ лицамъ, или направлено на достиженіе извѣстнаго, опять-таки типичнаго результата. Такъ, люди постоянно вступаютъ въ браки, организуются въ кружки и общества, заключаютъ имущественныя сдѣлки разнаго рода, учатъ и учатся, служатъ, танцуютъ и играютъ въ карты, совершаютъ убійства и кражи, и т. д., и т. д.

При этомъ отдѣльныя отношенія сосуществующія и слѣдующія другъ за другомъ, могутъ находиться въ весьма различныхъ взаимныхъ соотношеніяхъ. Прежде всего, данныя отношенія могутъ протекать совершенно самостоятельно и независимо, не затрогивая вовсе другъ друга: напр., одни люди вступаютъ въ бракъ; другіе одновременно судятся, третьи танцуютъ, и т. д., и т. д. Возможно, однако, и существованіе извѣстной связи, извѣстной взаимной зависимости однихъ отношеній отъ другихъ.

Въ частности, можно различать три группы случаевъ.

Во-1-хъ, одни отношенія могутъ *предшествовать* другимъ въ качествѣ отношеній *подготовительныхъ*, какъ, напр., переговоры о цѣнѣ предшествуютъ куплѣ, купля предшествуетъ передачѣ вещи, обрученіе предшествуетъ вступленію въ бракъ, предложеніе сыграть въ карты — самой игрѣ, пріобрѣтеніе яда или ножа—убійству, и т. д., и т. д. Во-2-хъ, одни отно-

шенія могутъ *сопровождать* другія, частью въ качествѣ *встрѣчныхъ коренныхъ*, частью въ качествѣ *встрѣчныхъ вспомогательныхъ* отношеній, о чемъ была рѣчь выше. Наконецъ, одни отношенія могутъ *слѣдовать* за другими, частью въ качествѣ отношеній *защищающихъ*, какъ-то: отношенія самозащиты, самоуправства различныя формы судебной и административной защиты, частью въ качествѣ отношеній *противодѣйствующихъ*, какъ-то: отношенія кровной мести, суда Линча и т. д на ряду опять таки съ различными формами государственнаго уголовнаго суда.

Оцѣнка имѣющихся налицо въ данное время типичныхъ жизненныхъ отношеній съ различныхъ точекъ зрѣнія (религіозныхъ, нравственныхъ, бытовыхъ, государственныхъ авторитетовъ) можетъ быть, конечно, весьма различная. Въ частности, отдѣльныя типичныя отношенія съ каждой изъ этихъ точекъ зрѣнія могутъ быть признаны либо *нормальными*, либо *ненормальными*, либо *безразличными* (ἀδιάφορον), въ зависимости частью отъ конечнаго результата, на который они направлены, частью отъ средствъ, къ которымъ для достиженія этого результата прибѣгаютъ, частью отъ того, кто является субъектомъ или объектомъ данныхъ отношеній. При этомъ оцѣнка различныхъ авторитетовъ можетъ либо совпадать, либо расходиться.

Насъ въ данномъ случаѣ интересуетъ оцѣнка юридическая, оцѣнка, производимая органами государственной власти. Съ этой точки зрѣнія всѣ конкретныя жизненныя отношенія могутъ быть разбиты на отношенія, признаваемыя *юридически существенными*, и отношенія, признаваемыя *юридически безразличными*, съ подраздѣленіемъ первыхъ на отношенія, признаваемыя нормальными, общественно-цѣлесообразными, и отношенія, признаваемыя ненормальными, общественно-вредными

Въ частности, отношенія могутъ быть причислены къ категоріи отношеній нормальныхъ или ненормальныхъ прежде всего въ зависимости отъ конечнаго результата, на который они направлены (напр., такимъ результатомъ является покупка лошади, или убійство человѣка); далѣе, при одинаковости конечнаго результата, можетъ имѣть значеніе различіе

въ средствахъ, которыя избираютъ для достиженія его, (напр., вещь можетъ перейти отъ одного лица къ другому на основаніи взаимнаго соглашенія и добровольной передачи, или на основаніи тайнаго или насильственнаго захвата); наконецъ, при одинаковости конечнаго результата и средствъ достиженія его, можетъ быть различіе въ оцѣнкѣ въ зависимости отъ различія въ субъектахъ и объектахъ отношеній, (напр., браки между взрослыми и дѣтьми, сдѣлки съ здоровыми и умалишенными).

Все это выражается въ признаніи сложившихся уже въ общежитіи на этотъ счетъ нормъ или въ установленіи новыхъ нормъ, съ которыми должно согласоваться поведеніе заинтересованныхъ лицъ въ подлежащихъ случаяхъ. При этомъ можно опять различать нѣсколько комбинацій.

1) Данныя типичныя по хозяйственному или иному назначенію своему отношенія признаются (вообще, или въ отношеніи такихъ-то субъектовъ, по отношенію къ такимъ-то объектамъ и т. п.) ненормальными, нежелательными; въ такомъ случаѣ соотвѣтствующая дѣятельность объявляется запрещенной, и на соотвѣтствующихъ субъектовъ возлагается (или по отношенію къ нимъ подтверждается ранѣе сложившаяся) обязанность не совершать соотвѣтствующихъ дѣйствій, напр., запрещается красть, убивать, запрещаются браки съ малолѣтними, запрещаются тайныя сходбища, и т. д., и т. д.

2) Данныя типичныя отношенія признаются нормальными, общественно-цѣлесообразными. Тутъ возможны опять двѣ комбинаціи.

a) Нормируются лишь предѣлы допустимаго воздѣйствія данныхъ субъектовъ на данные объекты и возбраняется чужое вмѣшательство, но въ этихъ предѣлахъ совершеніе или несовершеніе соотвѣтствующихъ дѣйствій предоставляется усмотрѣнію заинтересованныхъ лицъ. они въ этихъ предѣлахъ уполномочиваются, но не обязываются совершать эти дѣйствія; напр., собственнику, кредитору по залогу и т. д., и т. д., предоставляется воздѣйствовать на соотвѣтствующій объектъ въ такихъ-то предѣлахъ, въ такомъ то объемѣ.

b) Не только нормируются предѣлы возможнаго воздѣйствія,

но извѣстное поведеніе, извѣстная дѣятельность предписывается, объявляется обязательной, совершеніе соотвѣтствующихъ дѣйствій вмѣняется въ обязанность (или сложившаяся уже обязанность такого рода подтверждается, санкціонируется); напр. нанявшійся въ услуженіе по требованію противной стороны обязанъ дѣлать то-то и то-то, подчиненный по требованію начальства обязанъ исполнить то-то и то-то, и т. д., и т. д. Короче, юридическія нормы въ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ, къ отдѣльнымъ комбинаціямъ общественныхъ элементовъ, отличающихся тѣми или иными характерными признаками, или запрещаютъ, или разрѣшаютъ, или предписываютъ извѣстную дѣятельность [1].

Сопоставляя эти нормы, мы получаемъ соотвѣтствующіе абстрактные типы отношеній, которые при наличности такихъ-то признаковъ запрещаютъ, или разрѣшаютъ или предписываютъ извѣстную дѣятельность, и соединеніе которыхъ, соотвѣтствующее эмпирически сложившимся комбинаціямъ болѣе простыхъ отношеній въ сложныя единства, даетъ юридическіе институты.

Практическое значеніе признанія того или иного характера за подлежащими конкретными отношеніями и выработка соотвѣтствующихъ абстрактныхъ типовъ бываетъ различное въ зависимости во-1-хъ отъ того, насколько соотвѣтствующія предписанія дѣйствительно отвѣчаютъ потребностямъ даннаго

---

[1]) Въ связи съ этимъ возникаетъ вопросъ, не противорѣчитъ ли допущеніе особой категоріи нормъ, *разрѣшающихъ* извѣстную дѣятельность, общей характеристикѣ нормъ какъ императивовъ, велѣній? На это слѣдуетъ отвѣтить, что никакого противорѣчія здѣсь нѣтъ: легко убѣдиться, что нормы, разрѣшающія, но не вмѣняющія въ обязанность извѣстную дѣятельность, также подходятъ подъ понятіе велѣній. И вотъ почему: такія нормы, опредѣляя предѣлы допустимаго факультативнаго воздѣйствія данныхъ субъектовъ на данные объекты, тѣмъ самымъ устанавливаютъ границы, за которыя это воздѣйствіе не *должно* выходить; вмѣстѣ съ тѣмъ ими же *возбраняется* вмѣшательство третьихъ лицъ въ соотвѣтствующія отношенія. Наконецъ, эти нормы наравнѣ съ другими подлежатъ *обязательному* примѣненію со стороны тѣхъ органовъ, которымъ ввѣрено разсмотрѣніе споровъ, возникающихъ на почвѣ подлежащихъ отношеній.—Такимъ образомъ, различіе между этими нормами и нормами, предписывающими или возбраняющими извѣстную дѣятельность, лишь количественное, но не качественное.

общества и насколько они встрѣчаютъ сочувствіе со стороны заинтересованныхъ классовъ населенія, и во-2-хъ, отъ того, предусмотрѣны ли вообще, и если да, то какія именно предусмотрѣны дополнительныя отношенія, направленныя на охрану отношеній, признаваемыхъ нормальными, общественно-цѣлесообразными, и на противодѣйствіе отношеніямъ, признаваемымъ ненормальными, общественно вредными, и въ чемъ выражается охрана въ первомъ случаѣ и противодѣйствіе во второмъ.

Итакъ, *юридическими отношеніями называются тѣ типичныя жизненныя отношенія, которыя по конечному результату, на который они направлены, и по внѣшнимъ признакамъ, характеризующимъ подлежащіе субъекты и объекты и ихъ взаимное сочетаніе* [1]), *подходятъ подъ тотъ или иной абстрактный типъ отношеній, установленный или санкціонированный со стороны подлежащихъ органовъ государственной власти.* Въ зависимости отъ характера даннаго типа, отъ признанія его нормальнымъ или ненормальнымъ, (въ видѣ общаго правила или въ примѣненіи къ тѣмъ или инымъ особо квалифицированнымъ категоріямъ случаевъ), и подлежащія конкретныя отношенія (напр., данный бракъ, данная имущественная сдѣлка) признаются нормальными, общественно цѣлесообразными, и въ частности (подъ условіемъ соотвѣтствія поведенія заинтересованныхъ лицъ съ поведеніемъ, предписаннымъ или санкціонированнымъ даннымъ типомъ) подлежащими охранѣ въ установленномъ для сего порядкѣ, или напротивъ, ненормальными, общественно вредными, и въ частности требующими противодѣйствія опять-таки въ установленномъ для сего порядкѣ.

Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ подъ юридическими отношеніями понимаютъ только жизненныя отношенія, подходящія подъ одинъ изъ тѣхъ абстрактныхъ типовъ, которые признаются нормальными, общественно цѣлесообразными.

Это ограничительное словоупотребленіе объясняется тѣмъ, что отношенія, признаваемыя ненормальными, съ точки зрѣ-

---

[1]) Къ числу этихъ признаковъ можетъ принадлежать и предшествующее поведеніе заинтересованныхъ лицъ и результаты, достигнутые имъ.

нія юридической техники по общему правилу принимаются во вниманіе лишь постольку, поскольку они привели къ тому или иному результату (убійству, кражѣ, покушенію на то или другое и т. д.), служащему моментомъ, съ которымъ связано возникновеніе того или иного дополнительнаго отношенія, направленнаго на борьбу съ соотвѣтствующимъ первоначальнымъ отношеніемъ.

Въ заключеніе остается замѣтить, что юридическія отношенія, представляя собою извѣстныя исторически сложившіяся типичныя комбинаціи общественныхъ элементовъ, могутъ быть болѣе или менѣе сложныя; въ частности, юридическія отношенія въ тѣсномъ смыслѣ могутъ состоять изъ большаго или меньшаго числа встрѣчныхъ коренныхъ и соотвѣтствующихъ вспомогательныхъ отношеній, причемъ коренныя отношенія въ свою очередь могутъ быть или комбинированныя или самостоятельныя. Соотвѣтственно этому и подлежащіе абстрактные типы отношеній отличаются большей или меньшей сложностью, обнимаютъ большее или меньшее число составныхъ элементовъ.

Въ дальнѣйшемъ, говоря о юридическихъ отношеніяхъ, мы будемъ имѣть въ виду юридическія отношенія въ тѣсномъ смыслѣ.

§ 19.

Права и обязанности.

Всякое жизненное отношеніе выражается, какъ мы знаемъ, въ извѣстномъ поведеніи заинтересованныхъ лицъ по отношенію къ подлежащимъ объектамъ, и, поскольку оно имѣетъ сложный характеръ, по отношенію другъ къ другу. Отсюда, благодаря типичному характеру, пріобрѣтаемому большинствомъ отношеній, съ представленіемъ о данномъ типичномъ отношеніи, о данной комбинаціи общественныхъ элементовъ, отличающейся извѣстными характерными признаками, соединяется представленіе объ извѣстныхъ дѣйствіяхъ, которыхъ при данныхъ условіяхъ обычно можно ожидать. Въ частности,

поскольку данное конкретное отношеніе подходитъ подъ тотъ или иной опредѣленный абстрактный типъ, соотвѣтствующая дѣятельность либо разрѣшается, либо предписывается, либо возбраняется. Въ первомъ случаѣ говорятъ о *правахъ*, во второмъ и третьемъ—объ *обязанностяхъ*.

Термины „право“ и „обязанность“, какъ мы уже имѣли случай замѣтить, употребляются не всегда въ одинаковомъ смыслѣ. Не говоря уже о томъ, что они служатъ для обозначенія абстрактныхъ типовъ (притомъ какъ въ цѣломъ, такъ и въ примѣненіи къ составнымъ элементамъ ихъ, абстрактнымъ полномочіямъ и предписаніямъ), — эти термины и въ примѣненіи къ конкретнымъ отношеніямъ обозначаютъ то конкретное отношеніе управомоченности или долженствованія въ цѣломъ, то отдѣльные акты, изъ которыхъ эти отношенія складываются.

1) Остановимся сначала на первомъ словоупотребленіи: конкретныя жизненныя отношенія, поскольку они подходятъ подъ абстрактный типъ, разрѣшающій извѣстнаго рода дѣятельность, именуются *субъективными правами*; тѣ же конкретныя отношенія, поскольку они подходятъ подъ абстрактный типъ, предписывающій или возбраняющій извѣстнаго рода дѣятельность, именуются *обязанностями*.

Это опредѣленіе въ первой его части, поскольку оно говоритъ о правахъ, не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній: никто не станетъ отрицать, что мы употребляемъ терминъ „право“ между прочимъ для обозначенія конкретныхъ отношеній управомоченности въ цѣломъ: въ этомъ смыслѣ мы постоянно говоримъ о (конкретномъ) правѣ собственности, залога, наслѣдованія, и т. д., и т. д. данныхъ лицъ по отношенію къ даннымъ объектамъ.

Но зато на первый взглядъ можетъ показаться страннымъ и несоотвѣтствующимъ ни существу дѣла, ни обычному словоупотребленію говорить вообще о конкретныхъ *отношеніяхъ* долженствованія, какъ о самостоятельной разновидности конкретныхъ жизненныхъ отношеній, идущихъ въ параллель съ конкретными отношеніями управомоченности или субъективными правами, и пользоваться для обозначенія этого терминомъ „обязанность“.

Дѣйствительно, мы привыкли смотрѣть на обязанности какъ на нѣчто производное субъективныхъ правъ; даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ обязанность признается, хотя бы временно, при отсутствіи права, мы, съ легкой руки Іеринга, говоримъ о „пассивномъ дѣйствіи правъ“, объ „объективной связанности объекта правъ“ и т. п. Не менѣе сбивчива характеристика обязанности какъ „пассивной“ стороны правоотношенія: жизненное отношеніе выражается въ извѣстной дѣятельности, а „пассивность“ какъ бы исключаетъ всякую самостоятельную дѣятельность и тѣмъ самымъ какъ бы устраняетъ возможность говорить въ такихъ случаяхъ о наличности самостоятельнаго жизненнаго отношенія.

А между тѣмъ, если отрѣшиться отъ привычныхъ ассоціацій идей, вызванныхъ неясностью и недоговоренностью ходячей терминологіи, то легко убѣдиться въ томъ, что отношенія долженствованія въ такой же мѣрѣ подходятъ подъ понятіе самостоятельныхъ жизненныхъ отношеній, какъ и отношенія управомоченности. Въ самомъ дѣлѣ, всякое жизненное отношеніе выражается въ извѣстномъ активномъ или пассивномъ поведеніи заинтересованныхъ лицъ въ примѣненіи къ подлежащимъ объектамъ. *Разница лишь въ юридической квалификаціи подлежащаго поведенія и вмѣстѣ съ тѣмъ соотвѣтствующихъ отношеній.*

Юридическая же квалификація сводится къ признанію данныхъ дѣйствій дозволенными или недозволенными, разрѣшенными, предписываемыми или возбраняемыми. Эта различная *оцѣнка* очевидно не можетъ измѣнить *природы* жизненныхъ отношеній какъ таковыхъ Будемъ ли мы называть ихъ правами или обязанностями, они остаются и въ томъ и въ другомъ случаѣ тѣмъ, чѣмъ были,—конкретными жизненными отношеніями: и тутъ и тамъ мы имѣемъ дѣло съ извѣстными конкретными субъектами, конкретными объектами, конкретнымъ поведеніемъ первыхъ по отношенію ко вторымъ: жизненное отношеніе одинаково налицо какъ въ томъ случаѣ, когда собственникъ пользуется своей вещью, такъ и въ томъ случаѣ, когда рабочій (или рабъ) исполняетъ свой урокъ; разница, повторяемъ, лишь въ различной характеристикѣ, въ квалификаціи подлежащихъ отношеній какъ отношеній управо-

моченности, субъективныхъ правъ, съ одной стороны, и отношеній долженствованія, обязанностей, съ другой.

Въ жизни отношенія долженствованія въ лицѣ однихъ комбинируются обыкновенно съ встрѣчными отношеніями управомоченности въ лицѣ другихъ, образуя собою болѣе или менѣе сложныя „правоотношенія", объединяемыя подъ именемъ отношеній подвластности, договорныхъ и иныхъ обязательственныхъ отношеній... Такъ, у раба есть господинъ, у рабочаго хозяинъ, у мандатарія мандантъ, у negotiorum gestor—dominus negotii, и т. д., и т. д. Это обстоятельство, въ связи съ ходячимъ представленіемъ о томъ, что управомоченная сторона составляетъ активный, а обязанная—лишь пассивный элементъ правоотношенія, что первая дѣйствуетъ, а вторая составляетъ только объектъ воздѣйствія,—и заставляетъ забывать о томъ, что мы въ такихъ случаяхъ имѣемъ дѣло не съ простыми отношеніями (хозяина къ рабочему, господина къ рабу, манданта къ мандатарію и т. д.), а съ отношеніями *сложными*, слагающимися изъ ряда самостоятельныхъ *встрѣчныхъ* отношеній (хозяинъ — рабочій съ одной стороны, рабочій—хозяинъ съ другой, господинъ — рабъ съ одной стороны, рабъ—господинъ съ другой, и д. д., и т. д.); каждое изъ этихъ встрѣчныхъ отношеній выражается въ извѣстной дѣятельности заинтересованнаго лица; *поскольку лицо дѣйствуетъ, оно — субъектъ отношенія*, безотносительно къ тому, квалифицируется ли подлежащее отношеніе какъ право или какъ обязанность: въ первомъ случаѣ мы говоримъ о *субъектѣ права*, во второмъ — о *субъектѣ обязанности*. И наоборотъ: *поскольку на лицо оказывается воздѣйствіе, оно — объектъ отношенія*, опять-таки безотносительно къ тому, квалифицируется ли подлежащее отношеніе какъ право или какъ обязанность: въ первомъ случаѣ передъ нами будетъ *объектъ права*, во второмъ—*объектъ обязанности*. Правда, на первый взглядъ можетъ показаться парадоксальнымъ, что субъектъ права можетъ быть одновременно объектомъ обязанности. Между тѣмъ, это постоянно бываетъ. Такъ, напр., когда камеристка причесываетъ свою барыню, лакей одѣваетъ своего господина, и т. д., и т. д., первые (камеристка, лакей) исполняютъ свою обязанность, а вторые (барыня, господинъ)

являются объектами соотвѣтствующаго отношенія долженствованія, состоя вмѣстѣ съ тѣмъ субъектами встрѣчнаго отношенія управомоченности.

Въ связи съ сказаннымъ возникаетъ вопросъ: возможны ли чистыя отношенія управомоченности безъ встрѣчныхъ отношеній долженствованія и наоборотъ? Отвѣтъ долженъ быть таковъ: подобныя комбинаціи логически не невозможны и практически встрѣчаются; но онѣ представляютъ столько неудобствъ, что допускаются только въ видѣ исключенія. Такъ, мы имѣемъ дѣло съ чистыми отношеніями управомоченности тамъ и постольку, гдѣ и поскольку достиженіе даннаго результата зависитъ отъ согласія всѣхъ участниковъ (напр., отчужденіе общей вещи при существованіи отношенія сособственности), равнымъ образомъ въ тѣхъ случаяхъ коллизіи правъ, гдѣ примѣняется принципъ melior est conditio occupantis. Съ другой стороны, мы имѣемъ дѣло съ чистымъ отношеніемъ долженствованія, поскольку данная обязанность покоится на какомъ-нибудь общемъ предписаніи или запретѣ безъ какой-либо санкціи, напр., всѣмъ и каждому запрещается пьянство, или всѣмъ и каждому предписывается ходить въ баню, и т. д., и т. д.

Все же это исключенія. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ отношенія управомоченности и долженствованія комбинируются въ качествѣ встрѣчныхъ отношеній, такъ что праву одного участника соотвѣтствуетъ встрѣчная обязанность другого и наоборотъ. Болѣе сложныя отношенія сверхъ того слагаются въ лицѣ каждаго изъ участниковъ одновременно изъ ряда отношеній управомоченности и долженствованія, или иными словами изъ правъ и обязанностей по отношенію къ другому участнику (или другимъ участникамъ), причемъ каждому изъ этихъ отношеній соотвѣтствуютъ встрѣчныя отношенія управомоченности и долженствованія, или встрѣчныя права и обязанности: достаточно вспомнить хотя бы про отношенія, вытекающія изъ купли-продажи и другихъ двусторонних договоровъ.

2. Мы разсмотрѣли конкретныя отношенія управомоченности и долженствованія въ цѣломъ. Обращаясь къ анализу составныхъ элементовъ этихъ отношеній въ отдѣльности, мы

должны напомнить объ установленномъ нами выше, при изученіи жизненныхъ отношеній вообще, различіи между коренными и вспомогательными отношеніями.

Первыя выражаются въ такихъ дѣйствіяхъ, совершеніе или несовершеніе которыхъ при нормальныхъ условіяхъ, *независимо отъ возможнаго противодѣйствія со стороны тѣхъ или другихъ лицъ*, необходимо или по крайней мѣрѣ считается необходимымъ для достиженія типичныхъ для данной категоріи отношеній результатовъ; къ числу ихъ могутъ принадлежать не только прямые акты пользованія или распоряженія подлежащихъ субъектовъ надъ подлежащими объектами, но и всякое иное воздѣйствіе первыхъ на вторые, въ томъ числѣ— въ случаяхъ комбинированной дѣятельности, — и предъявленіе другъ къ другу *конститутивныхъ* требованій, направленныхъ на то, чтобы вызвать извѣстную встрѣчную дѣятельность, поскольку тѣ или иныя встрѣчныя дѣйствія (вообще или для совершенія ихъ въ данное время) предполагаютъ извѣстное напоминаніе, тѣ или иныя указанія, разъясненія, инструкціи и т. п.

Вторыя, привходящія при наличности извѣстныхъ условій къ первымъ въ случаѣ опасности или наличности конфликта (нежелательнаго вмѣшательства или отказа въ необходимомъ содѣйствіи), выражаются въ извѣстныхъ *вспомогательныхъ* требованіяхъ, направленныхъ на предупрежденіе или устраненіе въ томъ или иномъ смыслѣ послѣдствій соотвѣтствующаго конфликта [1]).

а) Въ примѣненіи къ отношеніямъ управомоченности (т.-е. къ тѣмъ жизненнымъ отношеніямъ, которыя подходятъ подъ абстрактный типъ, разрѣшающій извѣстнаго рода дѣятельность), соотвѣтствующіе акты воздѣйствія и связанныя съ ними вспомогательныя требованія обыкновенно тоже именуются правами. Такъ, говорятъ о „правѣ“ даннаго „субъекта „пользоваться“ или „распоряжаться“ данной вещью, „о правѣ“ такихъ лицъ „требовать возврата отнятой вещи“, и т. д. На ряду съ этимъ встрѣчается и другая терминологія. Говорятъ, что *субъективное право* въ смыслѣ конкрет-

[1]) См. объ этомъ выше, § 16.

наго отношенія управомоченности *слагается изъ ряда правомочій* и связанныхъ съ ними *притязаній*, причемъ, однако эти термины и въ особенности терминъ „притязаніе“ далеко не всѣми употребляется въ одинаковомъ смыслѣ [1]).

Въ виду этого необходимо сразу условиться, въ какомъ смыслѣ мы сами въ дальнѣйшемъ будемъ употреблять эти термины.

Въ этомъ отношеніи надо замѣтить слѣдующее: говоря, что субъективное право въ смыслѣ конкретнаго отношенія управомоченности слагается изъ ряда правомочій и связанныхъ съ ними притязаній, мы подъ первыми понимаемъ конкретные акты пользованія, распоряженія и вообще всякіе акты воздѣйствія на подлежащіе объекты со включеніемъ конститутивныхъ требованій, а подъ вторыми — возникающія въ связи съ этимъ вспомогательныя требованія заинтересованныхъ лицъ къ другимъ лицамъ, санкціонированныя соотвѣтствующимъ абстрактнымъ типомъ, подъ который подходитъ данное отношеніе.

Объемъ правомочій и притязаній можетъ быть, конечно различный,—руководящимъ критеріемъ и въ этомъ отношеніи служитъ, конечно, соотвѣтствующій абстрактный типъ: такъ, напр., объемъ правомочій собственника шире объема правомочій узуфруктуара или арендатора, объемъ правомочій министра шире объема правомочій губернатора, и т. д. и т. д. При этомъ необходимо еще имѣть въ виду, что на практикѣ, въ данномъ конкретномъ случаѣ, не всегда возможно совершеніе всѣхъ тѣхъ актовъ, изъ которыхъ слагается содержаніе соотвѣтствующаго абстрактнаго типа; такъ, напр, я во время путешествія лишенъ фактически возможности пользоваться моими вещами, оставшимися у меня на квартирѣ, хотя я какъ собственникъ и обладаю in abstracto соотвѣтствующимъ правомочіемъ. Съ другой стороны, данное конкретное отношеніе, разумѣется, нерѣдко даетъ возможность совершенія и такихъ актовъ, на которые лицо съ точки зрѣнія соотвѣтствующаго абстрактнаго типа не уполномочено, не имѣетъ „права“.

---

[1]) См. объ этомъ ниже, § 24.

Акты, изъ которыхъ складывается данное отношеніе управомоченности, данное право лица, составляютъ *содержаніе* этого права. Совершеніе этихъ актовъ именуется *осуществленіемъ* права.

b) Что касается отношеній долженствованія, то и въ составѣ ихъ необходимо различать коренныя и вспомогательныя отношенія [1]). Это примѣнимо какъ къ положительнымъ, такъ и къ отрицательнымъ отношеніямъ долженствованія. Разница между ними лишь въ томъ, что въ первомъ случаѣ соотвѣтствующее коренное отношеніе выражается въ *совершеніи* извѣстныхъ актовъ воздѣйствія субъекта обязанности надъ подлежащимъ объектомъ, а во второмъ въ *несовершеніи* соотвѣтствующихъ актовъ. Въ связи съ этимъ въ обоихъ случаяхъ возникаютъ извѣстныя вспомогательныя требованія заинтересованныхъ лицъ противъ тѣхъ, кто мѣшаетъ имъ исполнить возложенную на нихъ положительную обязанность или заставляетъ ихъ нарушить отрицательную обязанность. Въ самомъ дѣлѣ, съ одной стороны, человѣкъ, чтобы исполнить возложенную на него положительную обязанность, напр. подать вещь, помочь встать кому, вспахать поле, выбрить или причесать кліента и т. д., долженъ совершить подлежащіе акты по отношенію къ подлежащему объекту; съ другой стороны, онъ, встрѣчая помѣху со стороны ли третьихъ лицъ, со стороны ли непосредственнаго контрагента, предъявляетъ къ нимъ соотвѣтствующія требованія. То же mutatis mutandis относится очевидно и къ отрицательнымъ отношеніямъ долженствованія.

Для обозначенія входящихъ въ составъ отношеній долженствованія актовъ воздѣйствія, которые съ точки зрѣнія соотвѣтствующаго абстрактнаго типа предписывается или наоборотъ возбраняется совершать, мы не располагаемъ другимъ терминомъ, кромѣ того же термина „*обязанность*“, который, какъ мы видѣли, обозначаетъ и все отношеніе долженствованія въ цѣломъ. Для обозначенія связанныхъ съ

---

[1]) На это до сихъ поръ никто не обратилъ вниманія, что́ объясняется неясными представленіями касательно истинной природы того, что принято называть „пассивной стороной правоотношеній“.

„обязанностями“ въ указанномъ смыслѣ вспомогательныхъ требованій вообще не существуетъ установившагося термина: иногда, не отдавая себѣ отчета въ этомъ, и въ такихъ случаяхъ говорятъ о „правѣ“ „требовать, чтобы не мѣшали исполненію обязанности“; правильнѣе и въ данномъ случаѣ, за неимѣніемъ другого термина, называть эти требованія *притязаніями*; для этого имѣется тѣмъ болѣе основаній, что функціи означенныхъ требованій однородны съ тѣми, которыя исполняютъ притязанія при отношеніяхъ управомоченности.

Къ сказанному остается прибавить, что объемъ обязанностей и соотвѣтствующихъ имъ притязаній можетъ быть столь же различный, какъ и объемъ правомочій и связанныхъ съ послѣдними притязаній; и здѣсь критеріемъ служитъ соотвѣтственный абстрактный типъ. И здѣсь наконецъ, такъ же какъ и въ примѣненіи къ отношеніямъ управомоченности, въ данномъ конкретномъ случаѣ не всегда объективно возможно совершеніе того, что̀ отъ обязаннаго лица требуется; такъ, лицо фактически можетъ не быть въ состояніи доставить требуемую вещь, уплатить положенную сумму денегъ и т. д. Это послѣднее обстоятельство можетъ имѣть различное юридическое значеніе: лицо либо освобождается отъ совершенія даннаго дѣйствія, либо на этотъ случай устанавливается какая-нибудь новая обязанность.

§ 20.

Возникновеніе, измѣненіе, переходъ и прекращеніе правъ и обязанностей.

Предшествующія разсужденія показали, что объективное и субъективное право не суть реальныя силы, изъ которыхъ первая творитъ вторую, а вторая зарождается, измѣняется и увядаетъ подобно объектамъ органической природы. Объективное право есть только совокупность особо квалифицированныхъ, такъ назыв. юридическихъ нормъ, сопоставленіе которыхъ даетъ тѣ абстрактные типы или юридическіе институты, подъ которые подводятся конкретныя жизненныя

отношенія и на основаніи которыхъ оцѣнивается въ подлежащихъ конкретныхъ случаяхъ поведеніе заинтересованныхъ лицъ. Субъективныя права (и обязанности) суть лишь особо квалифицированныя разновидности конкретныхъ жизненныхъ отношеній: данное конкретное жизненное отношеніе признается субъективнымъ правомъ, поскольку оно подходитъ подъ абстрактный типъ, разрѣшающій извѣстнаго рода дѣятельность; оно признается обязанностью, поскольку оно подходитъ подъ абстрактный типъ, предписывающій или запрещающій извѣстнаго рода дѣятельность.

Однако, мы говоримъ въ примѣненіи къ юридическимъ отношеніямъ въ тѣсномъ смыслѣ, къ правамъ и обязанностямъ объ установленіи или возникновеніи, измѣненіи, прекращеніи и переходѣ ихъ. Что же это означаетъ?

Не трудно убѣдиться, что эти термины имѣютъ совсѣмъ не тотъ смыслъ, какой имъ обыкновенно присвоивается: мы ими оттѣняемъ лишь *различныя формы смѣны однихъ жизненныхъ отношеній другими.*

Дѣло въ томъ, что въ жизни одни конкретныя отношенія постоянно смѣняются другими: юридически существенныя отношенія замѣняются юридически безразличными и наоборотъ, равно юридически существенныя отношенія одного типа—юридически существенными отношеніями другого типа. Такъ, подходя къ окну магазина и разсматривая выставленныя въ немъ вещи, субъектъ становится въ извѣстное, юридически безразличное отношеніе къ этимъ вещамъ, входя въ магазинъ и покупая приглянувшуюся ему вещь, онъ пріобрѣтаетъ на нее право, другими словами, его первоначальное юридически безразличное отношеніе къ вещи смѣняется юридически существеннымъ. Въ случаѣ отчужденія вещи имѣетъ мѣсто обратное.

Въ частности, мы говоримъ объ *установленіи и прекращеніи* правъ и обязанностей, поскольку мы смотримъ на совершившуюся смѣну отношеній только съ точки зрѣнія одного и того же заинтересованнаго лица. При этомъ предполагается, что прежнее и новое отношеніе даннаго субъекта къ данному объекту *разнородны* по содержанію, и что въ первомъ случаѣ *новое*, а во второмъ случаѣ *прежнее* отно-

шеніе квалифицируется какъ право или какъ обязанность; зато въ первомъ случаѣ не имѣетъ значенія юридическая квалификація прежняго, во второмъ—новаго отношенія, т.-е. безразлично, представляются ли соотвѣтствующія отношенія сами по себѣ юридически безразличными или юридически существенными. Такъ, мы говоримъ объ установленіи или возникновеніи права собственности какъ въ случаѣ завладѣнія никому не принадлежащей вещи (здѣсь прежнее отношеніе къ вещи, выражавшееся въ чисто пассивномъ по отношенію къ ней поведеніи или въ простомъ разглядываніи ея, юридически безразличное), такъ и въ томъ случаѣ, когда напр. лицо, жившее по найму въ домѣ, купило его у прежняго собственника (здѣсь и прежнее отношеніе юридически существенное, но разнородное съ новымъ). Такъ, съ другой стороны, мы говоримъ о прекращеніи права собственности одинаково, какъ въ случаѣ дереликціи вещи (здѣсь новое отношеніе юридически безразличное), такъ и въ томъ случаѣ, когда, напр., прежній собственникъ дома, продавъ его другому лицу, остается жить въ немъ въ качествѣ квартиранта (здѣсь и новое отношеніе юридически существенное, но разнородное съ прежнимъ).

Мы говоримъ объ *измѣненіи и переходѣ* правъ и обязанностей, поскольку мы смотримъ на совершившуюся смѣну отношеній съ точки зрѣнія двухъ заинтересованныхъ лицъ (субъектовъ встрѣчныхъ отношеній, смѣняемыхъ новыми встрѣчными отношеніями). При этомъ предполагается, что въ первомъ случаѣ прежнее и новое отношеніе перваго субъекта, а во второмъ случаѣ прежнее отношеніе перваго и новое отношеніе второго *однородны* по содержанію, т.-е. подходятъ подъ одинъ и тотъ же абстрактный типъ. Съ другой стороны, предполагается, что въ первомъ случаѣ прежнее и новое встрѣчное отношеніе второго субъекта *разнородны* съ соотвѣтствующими отношеніями перваго субъекта и по сравненіи другъ съ другомъ, а во второмъ прежнее и новое отношеніе каждаго изъ нихъ, порознь взятыя, *разнородны* по сравненію другъ съ другомъ.

Для поясненія сказаннаго возьмемъ два простыхъ примѣра. Допустимъ, что А имѣетъ право собственности на дан-

ную вещь; на ряду съ этимъ существуетъ юридически безразличное отношеніе къ ней лица В. Допустимъ далѣе, что А устанавливаетъ въ пользу В сервитутное право на свою вещь. Въ такомъ случаѣ мы говоримъ объ *измѣненіи* права собственности А. Легко видѣть, что прежнее и новое отношеніе А къ вещи однородны по содержанію, т.-е. то и другое отношеніе подходитъ подъ понятіе права собственности, а прежнее и новое отношеніе В къ ней разнородны съ соотвѣтствующими отношеніями А къ ней, (сначала юридически безразличное отношеніе къ вещи лица В при правѣ собственности на нее А, а засимъ сервитутное право В при сохраняющемся правѣ собственности А), и разнородны по сравненію другъ съ другомъ (сначала юридически безразличное отношеніе В къ вещи, а засимъ въ его же лицѣ юридически существенное, подходящее подъ понятіе сервитутнаго права). Допустимъ теперь, что А продаетъ и передаетъ свою вещь В. Въ такомъ случаѣ мы говоримъ о *переходѣ* права собственности отъ А къ В. Нетрудно убѣдиться, что прежнее отношеніе къ вещи А и новое отношеніе къ ней В въ этомъ случаѣ однородны по содержанію, а прежнее и новое отношеніе каждаго изъ нихъ въ отдѣльности разнородны: прежнее юридически существенное отношеніе къ вещи лица А замѣнилось новымъ, юридически безразличнымъ, и наоборотъ: прежнее юридически безразличное отношеніе къ ней В замѣнилось новымъ, юридически существеннымъ [1]).

Въ результатѣ оказывается, что мы во всѣхъ перечисленныхъ нами случаяхъ дѣйствительно имѣемъ дѣло не съ чѣмъ

---

[1]) Затрудненіе возникаетъ на первый взглядъ въ тѣхъ случаяхъ, когда предшественникъ не имѣлъ полнаго права на переданный объектъ. Затрудненіе это, однако, только кажущееся. Здѣсь возможны двѣ комбинаціи: либо къ пріобрѣтателю примѣняется правило: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet, и въ такомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ описаннымъ выше переходомъ права; либо новый пріобрѣтатель пріобрѣтаетъ полное право на объектъ, несмотря на отсутствіе таковаго въ лицѣ предшественника его (какъ это имѣетъ мѣсто, напр, въ случаяхъ отчужденій со стороны фиска по римскому праву, или въ случаяхъ, подходящихъ подъ принципъ Hand wahre Hand въ германскомъ правѣ): здѣсь права прежняго и новаго субъекта разнородны. Но зато нельзя и говорить о переходѣ правъ.

инымъ, какъ со смѣной жизненныхъ отношеній. Это не безполезно подчеркнуть, въ виду того, что термины „возникновеніе, прекращеніе и т. д. правъ“ сами по себѣ невольно вызываютъ представленіе о какомъ-то непрерывномъ самопроизвольномъ самозарожденіи, самоуничтоженіи и самопревращеніи субъективныхъ правъ, подкрѣпляя этимъ наивный, но тѣмъ не менѣе весьма распространенный взглядъ, склонный къ овеществленію тѣхъ отношеній, которыя мы характеризуемъ какъ субъективныя права: забывая, что это отношенія, ихъ мыслятъ какъ самостоятельныя субстанціи, какъ самостоятельныя реальности, имѣющія свое бытіе независимо отъ подлежащихъ субъектовъ и объектовъ.

Остается еще вопросъ о томъ, какимъ образомъ констатируется въ отдѣльномъ конкретномъ случаѣ та или иная форма смѣны одного отношенія другимъ, какія для этого имѣются данныя въ нашемъ распоряженіи? Это приводитъ насъ къ ученію о юридическихъ институтахъ и юридическихъ фактахъ, къ которому мы теперь и переходимъ.

Подраздѣленіе III. Юридическіе институты.

§ 21.

Понятіе юридическаго института.

1) Конкретныя жизненныя отношенія, въ которыя мы вступаемъ другъ съ другомъ и съ окружающими насъ предметами внѣшней природы, выражаются въ извѣстномъ специфическомъ *поведеніи* заинтересованныхъ лицъ по отношенію къ подлежащимъ объектамъ и другъ къ другу.

Поведеніе заинтересованныхъ лицъ обусловливается тѣмъ *результатомъ*, на который направлена дѣятельность этихъ лицъ въ данное время, тѣми цѣлями, которыя ими преслѣдуются. Преслѣдованіе того или иного результата, той или иной цѣли въ свою очередь предполагаетъ наличность извѣстныхъ *объективныхъ* и *субъективныхъ* моментовъ,—извѣстное количество и качество подлежащихъ субъектовъ и объектовъ, извѣст-

ное объективное пространственное соотношеніе между ними, извѣстныя субъективныя намѣренія и стремленія заинтересованныхъ лицъ. Такъ, напр., чтобы пообѣдать, нужно, чтобы было что ѣсть, чтобы это нѣчто было съѣдобно, чтобы было желаніе ѣсть, аппетитъ у даннаго лица; чтобы сыграть въ карты, нужно, чтобы было достаточное число партнеровъ, умѣющихъ играть, карты, столъ и т. д., и вмѣстѣ съ тѣмъ, чтобы было желаніе играть; то же mutatis mutandis во всѣхъ вообще случаяхъ.

Опытъ дальше показываетъ, что большинство жизненныхъ отношеній, несмотря на различіе и смѣну конкретныхъ субъектовъ и объектовъ, носитъ или пріобрѣтаетъ со временемъ повторный, массовый характеръ: наблюдаются одинаковыя положенія, одинаковыя стремленія и желанія различныхъ заинтересованныхъ лицъ, и въ связи съ этимъ одинаковые результаты, одинаковыя цѣли, къ которымъ они стремятся, и одинаковое, однообразное поведеніе, которое выражается въ сознательномъ или невольномъ (въ силу прецедента и привычки) соблюденіи извѣстныхъ общихъ началъ или правилъ со стороны этихъ лицъ.

Сопоставляя соотвѣтствующіе объективные и субъективные признаки, которыми характеризуются подобныя типичныя по своему хозяйственному или иному соціальному назначенію сочетанія общественныхъ элементовъ, и формулируя соблюдаемыя при этомъ правила поведенія, мы въ результатѣ получаемъ извѣстные *абстрактные типы отношеній*.

Абстрактные типы въ этомъ смыслѣ являются прямымъ отраженіемъ подлежащихъ массовыхъ конкретныхъ отношеній, безотносительно къ тому, считаются ли они юридически существенными или юридически безразличными, и представляются ли они въ первомъ случаѣ дозволенными или недозволенными. Такъ, мы можемъ одинаково построить абстрактный типъ какой-нибудь карточной игры или танца, какъ и абстрактный типъ купли-продажи или кражи. Правда на первый взглядъ можетъ показаться, что тутъ есть все-таки различіе: конечно, игры и танцы также регулируются извѣстными правилами, какъ и разные договоры, формы пользованія благъ, и т. д. Но о какихъ правилахъ можетъ быть рѣчь въ при-

мѣненіи къ кражамъ и грабежамъ, къ какимъ-нибудь тайнымъ, запрещеннымъ сообществамъ и т. п.? Ближайшій анализъ показываетъ, однако, что въ примѣненіи и къ такого рода отношеніямъ складываются извѣстныя правила (правила совершенія кражъ, правила касательно раздѣла добычи, правила организаціи тайныхъ ассоціацій, и т. д., и т. д.), которыя не только соблюдаются заинтересованными лицами, но которымъ иногда даже спеціально обучаютъ неофитовъ... Разница случаевъ такого рода съ упомянутыми выше на первомъ мѣстѣ состоитъ не въ томъ, что въ однихъ случаяхъ есть правила, регулирующія соотвѣтственныя типичныя отношенія, а въ другихъ ихъ нѣтъ, — *разница въ оцѣнкѣ, въ квалификаціи, въ значеніи, которое придается соотвѣтственнымъ правиламъ*: понятно, разъ даннаго рода отношенія признаются вообще общественно вредными, нежелательными, то не можетъ быть рѣчи о признаніи въ какомъ бы то ни было смыслѣ силы за правилами, регулирующими эти отношенія, опредѣляющими поведеніе заинтересованныхъ лицъ, участвующихъ въ такихъ отношеніяхъ. А отсюда до полнаго игнорированія самаго факта существованія подобныхъ правилъ уже недалеко

2) Обращаясь отъ этихъ общихъ разсужденій къ анализу *юридическихъ институтовъ* въ частности, мы должны прежде всего констатировать, что юридическіе институты представляютъ собою разновидность только что охарактеризованныхъ нами абстрактныхъ типовъ отношеній. Ближе, это абстрактные типы, регулирующіе юридически существенныя конкретныя отношенія.

Соотношеніе между ними и подлежащими конкретными отношеніями бываетъ различное, въ зависимости отъ того, имѣемъ ли мы дѣло съ отношеніями, сложившимися уже, или съ отношеніями, которыя желательно призвать къ жизни, и дальше, въ зависимости отъ оцѣнки, которыя встрѣчаютъ первыя.

Оцѣнка эта въ свою очередь обусловливается характеромъ результатовъ, на которые направлены данныя отношенія, образомъ дѣйствій заинтересованныхъ лицъ, наконецъ, тѣми или иными особенностями, характеризующими подлежащіе субъекты и объекты.

Поскольку данная группа конкретныхъ отношеній признается общественно цѣлесообразной, нормальной со всѣхъ только что указанныхъ точекъ зрѣнія, юридическій институтъ является простымъ воспроизведеніемъ типичныхъ чертъ, характеризующихъ соотвѣтствующее сочетаніе общественныхъ элементовъ, и сложившихся въ примѣненіи къ нимъ правилъ, опредѣляющихъ поведеніе заинтересованныхъ лицъ, предѣлы воздѣйствія ихъ на соотвѣтствующіе объекты и предѣлы взаимныхъ ихъ другъ противъ друга требованій.

Въ подобнаго рода случаяхъ подлежащія конкретныя отношенія являются не только поводомъ къ формулировкѣ, къ установленію соотвѣтствующихъ абстрактныхъ типовъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ непосредственно опредѣляютъ и содержаніе ихъ; назначеніе юридическаго института въ такихъ случаяхъ сводится къ сохраненію на будущее время возможности повторенія данныхъ конкретныхъ отношеній.

Иное соотношеніе получается, поскольку данная категорія отношеній признается желательной, допустимой, нормальной лишь съ тѣми или иными оговорками, съ тѣми или иными ограниченіями; эти оговорки и ограниченія могутъ касаться субъектовъ или объектовъ, напр., извѣстнымъ категоріямъ лицъ запрещается вступать въ бракъ или обязываться векселями, извѣстныя категоріи объектовъ возбраняется отчуждать или закладывать и т. п.; оговорки и ограниченія могутъ касаться также и предѣловъ допустимаго или желательнаго воздѣйствія заинтересованныхъ лицъ на подлежащіе объекты, напр., собственнику запрещается пользоваться своими вещами исключительно во вредъ другимъ, узуфруктуару возбраняется измѣнять хозяйственное назначеніе объекта узуфрукта, и т. д. Въ этихъ предѣлахъ юридическій институтъ уже не является простымъ воспроизведеніемъ сложившейся въ жизни комбинаціи а, напротивъ, представляетъ собою нѣкоторую новую комбинацію общественныхъ элементовъ, на практикѣ еще не встрѣчавшуюся, имѣющую своимъ назначеніемъ не просто сохранить на будущее время, но видоизмѣнить данныя конкретныя отношенія, ограничить ихъ качественно или количественно.

Далѣе, возможно, что данныя отношенія, выражающіяся,

напр., въ совершеніи кражъ или въ причиненіи убійствъ или истязаній, и т. д., признаются общественно вредными, ненормальными.

Задача въ такомъ случаѣ состоитъ уже не въ томъ, чтобы упорядочить эти отношенія, а въ томъ, чтобы по возможности затруднить, сдѣлать невозможнымъ на будущее время появленіе ихъ. Въ этихъ видахъ необходимо, съ одной стороны, описать ихъ, установить характерные признаки ихъ (кражи, убійства и т. д.), съ другой стороны, объявить вступленіе въ такого рода отношенія и преслѣдованіе результатовъ, на которые они направлены, недозволеннымъ. Обыкновенно, впрочемъ, дѣло этимъ не ограничивается, а въ связи съ признаніемъ недозволеннаго характера за данными отношеніями стремятся создать особыя дополнительныя отношенія, имѣющія своимъ назначеніемъ противодѣйствовать появленію данныхъ отношеній, путемъ установленія соотвѣтствующихъ абстрактныхъ типовъ, соотвѣтствующихъ юридическихъ институтовъ, санкціонирующихъ тѣ или иныя формы воздѣйствія на заинтересованныхъ лицъ со стороны тѣхъ или иныхъ учрежденій (судебныхъ или административныхъ).

Это приводитъ насъ къ послѣдней комбинаціи. Именно возможно, что представляется желательнымъ вызвать на будущее время появленіе тѣхъ или иныхъ конкретныхъ отношеній, въ данное время еще не встрѣчающихся, въ видахъ чего устанавливаются, напр., новые типы сдѣлокъ, или новые типы союзовъ, или же новые типы административныхъ или судебныхъ или законодательныхъ учрежденій, на ряду или взамѣнъ прежнихъ типовъ этого рода.

Существующія въ данное время конкретныя отношенія (выражающіяся, напр., въ тѣхъ или иныхъ злоупотребленіяхъ въ данной сферѣ жизни) въ такихъ случаяхъ служатъ лишь *поводомъ* къ установленію новыхъ абстрактныхъ типовъ, новыхъ юридическихъ институтовъ, но уже не опредѣляютъ содержанія ихъ.

И такъ, *конкретныя жизненныя отношенія либо служатъ поводомъ къ выработкѣ тѣхъ или иныхъ юридическихъ институтовъ, либо сверхъ того въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ опредѣляютъ содержаніе ихъ.*

Таково *теоретическое* соотношеніе между тѣми и другими. *Практическое* же соотношеніе выражается въ томъ, что мы обсуждаемъ и оцѣниваемъ характеръ и значеніе конкретныхъ отношеній и въ частности поведеніе участвующихъ въ нихъ лицъ въ зависимости отъ степени соотвѣтствія ихъ съ подлежащими абстрактными типами.

3) Изъ сказаннаго явствуетъ, что понятіе юридическаго института само по себѣ обнимаетъ какъ абстрактные типы отношеній, признаваемыхъ общественно цѣлесообразными, такъ и абстрактные типы отношеній, признаваемыхъ общественно вредными: мы можемъ одинаково говорить и о юридическомъ институтѣ купли-продажи, и о юридическомъ институтѣ кражи. Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, однако, подъ юридическими институтами понимаютъ только абстрактные типы отношеній перваго рода. Это слово употребленіе соотвѣтствуетъ такому же словоупотребленію въ примѣненіи къ понятію „юридическаго отношенія“, которое также употребляется въ болѣе широкомъ и болѣе тѣсномъ смыслѣ.

Такъ какъ юридическіе институты не представляютъ собою реальныхъ величинъ, реальныхъ комбинацій общественныхъ элементовъ, а именно только абстракцію, то они могутъ обладать болѣе или менѣе *общимъ* характеромъ: такъ, мы говоримъ, напр., о юридическомъ институтѣ сдѣлки-договора—консенсуальнаго договора—договора купли-продажи.

Съ другой стороны, юридическіе институты, отражая въ себѣ типичныя черты извѣстныхъ реальныхъ жизненныхъ комбинацій, могутъ обладать большей или меньшей *сложностью*.

Это обусловливается частью степенью сложности тѣхъ конкретныхъ жизненныхъ отношеній, которыя они призваны регулировать, частью степенью сложности результатовъ, которые имѣется въ виду достигнуть на практикѣ путемъ созданія тѣхъ или иныхъ новыхъ абстрактныхъ типовъ. Чѣмъ сложнѣе конкретныя жизненныя отношенія, регулируемыя даннымъ типомъ, чѣмъ больше число коренныхъ и вспомогательныхъ отношеній, изъ которыхъ они складываются, тѣмъ сложнѣе разумѣется и соотвѣтствующій юридическій институтъ, тѣмъ большее число элементовъ онъ включаетъ въ

себѣ. Достаточно сопоставить въ этомъ отношеніи хотя бы институтъ займа и институтъ акціонерныхъ компаній. Равнымъ образомъ, чѣмъ сложнѣе результаты, которые имѣется въ виду достигнуть путемъ установленія новыхъ абстрактныхъ типовъ, тѣмъ опять-таки сложнѣе самые юридическіе институты, имѣющіе цѣлью создать почву для соотвѣтствующихъ, долженствующихъ быть призванными къ жизни, сложныхъ конкретныхъ отношеній: вспомнимъ хотя бы организацію какихъ-нибудь новыхъ правительственныхъ или общественныхъ учрежденій, напр., фабричной инспекціи, или винной монополіи, и т. д., и т. д.

4) Составными элементами юридическихъ институтовъ являются юридическія нормы. Сопоставленіе ихъ показываетъ намъ, какіе моменты, какіе признаки характеризуютъ данную типичную по своему хозяйственному или иному назначенію комбинацію общественныхъ элементовъ, носящую данное наименованіе („право собственности“, „договоръ купли-продажи“, „институтъ присяжныхъ засѣдателей“, „убійство“). Къ такимъ моментамъ могутъ относиться: во-1-хъ, тѣ или иные признаки, характеризующіе подлежащіе субъекты и объекты, какъ-то: полъ, возрастъ, та или иная степень родства, тѣ или иныя свойства вещей (дѣлимость, потребляемость и т. п.); во-вторыхъ, тѣ или иныя независящія отъ воли заинтересованныхъ лицъ внѣшнія событія, какъ-то: рожденіе, смерть, истеченіе времени; наконецъ, въ-3-хъ, тѣ или иные факты, являющіеся результатомъ дѣятельности заинтересованныхъ лицъ, напр., тѣ или иныя заявленія, захватъ какой-нибудь вещи, причиненіе поврежденій или увѣчій, и т. д., и т. д.

Въ частности, въ примѣненіи къ юридическимъ институтамъ въ тѣсномъ смыслѣ, регулирующимъ отношенія, признаваемыя общественно цѣлесообразными, нормальными, подлежащія нормы указываютъ, при какихъ условіяхъ, при наличности какихъ признаковъ можно говорить о возникновеніи, измѣненіи, прекращеніи даннаго института, и чѣмъ опредѣляется содержаніе его, какія абстрактныя полномочія и обязанности устанавливаются имъ.

И такъ, нормы, изъ сопоставленія которыхъ слагаются юридическіе институты, воспроизводятъ признаки, характери-

зующіе соотвѣтствующія типичныя комбинаціи общественныхъ элементовъ съ разныхъ сторонъ. Эти признаки носятъ техническое названіе *юридическихъ фактовъ*. О значеніи ихъ намъ предстоитъ теперь сказать нѣсколько словъ.

§ 22.

Юридическіе факты.

1) Съ точки зрѣнія господствующаго взгляда юридическими фактами называютъ факты, влекущіе за собою возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній или субъективныхъ правъ. Такъ, напр., говорятъ, что традиція (при такихъ-то и такихъ-то условіяхъ) или occupatio rei nullius *порождаютъ* право собственности, дереликція *прекращаетъ* право собственности, и т. д., и т. д.

Въ основѣ этого взгляда лежитъ *представленіе о существованіи причинной связи между юридическими фактами и юридическими отношеніями*: первые мыслятся какъ *причины*, вторыя, порождаемыя, видоизмѣняемыя и уничтожаемыя первыми,—какъ ихъ *послѣдствія*. Иногда къ этому прибавляютъ еще, что подобную силу и значеніе юридическіе факты пріобрѣтаютъ лишь въ силу велѣнія правопорядка, велѣнія объективнаго права и т. п. [1]).

Изложенный взглядъ совершенно извращаетъ истинное соотношеніе, существующее между юридическими фактами и юридическими отношеніями. Ни о какой причинной связи въ этой области не можетъ быть рѣчи.

Юридическіе факты суть не что иное, какъ юридически существенные признаки, которые въ томъ или иномъ сочетаніи характеризуютъ тѣ или иныя типичныя по своему хозяйственному или иному назначенію комбинаціи общественныхъ элементовъ.

Ближе, функція юридическихъ фактовъ двоякая: во-1-хъ,

---

[1]) Ср. обзоръ литературы вопроса въ *моихъ* Основахъ ученія о юридической сдѣлкѣ, стр. 12 и сл.

они доставляютъ *матеріалъ для формулировки подлежащихъ юридическихъ институтовъ*, входя въ содержаніе нормъ, изъ сопоставленія которыхъ слагаются юридическіе институты. Дѣйствительно, юридическія нормы указываютъ, какіе факты, какіе признаки должны быть налицо, чтобы можно было говорить, напр., о возникновеніи права собственности, или объ установленіи обязательственнаго отношенія того или иного типа; какіе признаки опредѣляютъ содержаніе соотвѣтствующихъ отношеній, т.-е. какіе акты, какія дѣйствія могутъ или должны быть совершаемы заинтересованными лицами и т. д. При этомъ обыкновенно прибѣгаютъ къ *сокращенному, обобщенному способу обозначенія* соотвѣтствующихъ признаковъ. Такъ, напр., нормы римскаго права указываютъ, что право собственности можетъ, между прочимъ, возникнуть на основаніи традиціи; для этого требуется, прежде всего, наличность извѣстныхъ общихъ признаковъ, которымъ должны удовлетворять пріобрѣтатель и отчуждатель, и которые сокращенно обозначаются абстрактнымъ терминомъ „правоспособность“. Далѣе требуется, чтобы традентъ (по крайней мѣрѣ по общему правилу) былъ собственникомъ; это въ свою очередь сокращенный обобщенный способъ обозначенія извѣстной совокупности конкретныхъ признаковъ. Засимъ, чтобы у традента былъ animus transferendi, а у пріобрѣтателя animus acquirendi dominii; опять мы имѣемъ дѣло съ извѣстной условной формулой, за которой скрываются извѣстные конкретные признаки. Потомъ, чтобы пріобрѣтатель получилъ подлежащій объектъ во владѣніе; опять то же самое, и т. д., и т. д.

Во-2-хъ, юридическіе факты, входя въ составъ данныхъ конкретныхъ отношеній, служатъ *основаніемъ для юридической квалификаціи этихъ отношеній*, для подведенія ихъ подъ тотъ или иной абстрактный типъ и дальше для оцѣнки дѣятельности заинтересованныхъ лицъ, участвующихъ въ данномъ отношеніи. Такъ, констатируя, напр., въ данномъ конкретномъ случаѣ, что имѣются налицо такія-то право—и дѣеспособныя лица, изъ которыхъ одинъ желаетъ за извѣстную цѣну пріобрѣсти данную вещь, а другой готовъ ее уступить, и что состоялось соглашеніе относительно товара и цѣны, мы квалифицируемъ соотвѣтствующее отношеніе какъ отношеніе

изъ договора купли-продажи; обсуждая дальше отдѣльные акты, совершаемые этими лицами, мы устанавливаемъ, что такіе-то акты подходятъ подъ соотвѣтствующія абстрактныя полномочія или абстрактныя обязанности, а такія-то не оправдываются ими, представляютъ собою превышеніе правъ или нарушеніе обязанностей, и т. д., и т. д.

И такъ, юридическіе факты одновременно доставляютъ матеріалъ для построенія юридическихъ институтовъ и средства для классификаціи конкретныхъ отношеній. Въ этомъ смыслѣ они съ полнымъ правомъ могутъ быть разсматриваемы какъ соединительныя звенья между идеальнымъ міромъ абстракцій, именуемыхъ юридическими институтами, и реальнымъ міромъ конкретныхъ жизненныхъ отношеній, именуемыхъ юридическими отношеніями.

2) Но отсюда очень далеко до признанія причинной связи между юридическими фактами и юридическими отношеніями.

Это само собою ясно, поскольку подъ юридическими отношеніями понимаютъ не конкретныя отношенія, а абстрактные типы, юридическіе институты. Дѣйствительно, юридическіе институты, складываясь изъ воображаемыхъ элементовъ, изъ воображаемыхъ субъектовъ и объектовъ, не суть нѣчто реальное, а служатъ только выраженіемъ извѣстныхъ желательныхъ, признаваемыхъ общественно цѣлесообразными, или нежелательныхъ, признаваемыхъ общественно вредными, комбинацій общественныхъ элементовъ. Если это такъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ отпадаетъ конечно и всякая возможность говорить о какой-либо реальной причинной связи, существующей между этими абстрактными типами и соотвѣтствующими юридическими фактами.

Что касается засимъ юридическихъ отношеній въ смыслѣ конкретныхъ жизненныхъ отношеній, удовлетворяющихъ извѣстнымъ, фиксированнымъ юридическими нормами, признакамъ, подходящихъ въ силу этого подъ извѣстный абстрактный типъ, то такія отношенія, входя въ составъ непрерывно смѣняющагося ряда отдѣльныхъ отношеній сосуществованія между реальными субъектами и объектами, естественно составляютъ продуктъ реальныхъ условій, реальныхъ факторовъ, которые опредѣляютъ какъ смѣну, такъ и содержаніе отдѣльныхъ от-

ношеній, а также сосуществованіе однихъ изъ нихъ съ другими.

Но, конечно, такими факторами не могутъ быть признаны такъ наз. юридическіе факты, ибо по нимъ, по этимъ объективнымъ и субъективнымъ признакамъ мы судимъ лишь о томъ, съ какимъ отношеніемъ мы въ данномъ конкретномъ случаѣ имѣемъ дѣло. Но юридическіе факты ничего не говорятъ намъ о томъ, почему возникло именно данное отношеніе (напр., право собственности, или требованіе по займу), а не иное; изъ нихъ мы не можемъ вывести, проявится ли это отношеніе именно въ тѣхъ актахъ, которые при наличности данной комбинаціи юридическихъ фактовъ признаются нормальными, законными (будетъ ли, напр., собственникъ пользоваться своей вещью, потребуетъ ли заимодавецъ возврата валюты). Они, наконецъ, не могутъ гарантировать намъ, что въ дальнѣйшемъ наступятъ именно тѣ отношенія, наступленіе которыхъ представляется желательнымъ, цѣлесообразнымъ.

Словомъ, факторами, продуктъ которыхъ составляютъ реальныя отношенія, являются отнюдь не юридическіе факты, а нѣчто совсѣмъ другое. Но что именно? Что опредѣляетъ смѣну и содержаніе отдѣльныхъ жизненныхъ отношеній? Нетрудно видѣть, что опредѣляющими моментами въ данномъ случаѣ являются: во-1-хъ число наличныхъ въ данное время въ данной общественной средѣ субъектовъ и объектовъ, во-2-хъ, пространственное соотношеніе между ними и, въ 3-хъ, конкретныя особенности, конкретныя отличительныя свойства отдѣльныхъ субъектовъ и объектовъ. Каждый изъ этихъ моментовъ опять-таки составляетъ продуктъ извѣстныхъ предшествующихъ ему данныхъ и, въ свою очередь, подвергается тѣмъ или инымъ измѣненіямъ. Отсюда и сочетанія этихъ моментовъ постоянно мѣняются, одни изъ нихъ смѣняются другими, чѣмъ и объясняется непрерывная смѣна однихъ жизненныхъ отношеній другими, переходъ юридически существенныхъ отношеній въ юридически безразличныя и наоборотъ.

Дѣйствительно, и безъ особыхъ разъясненій ясно, что чѣмъ больше число наличныхъ субъектовъ и объектовъ, тѣмъ больше и число возникающихъ между ними юридически су-

щественныхъ и юридически безразличныхъ отношеній. Съ другой стороны, не менѣе очевидно и то важное значеніе, которое имѣетъ пространственное соотношеніе, существующее между данными субъектами и объектами: имъ опредѣляется кругъ объективно возможныхъ (при прочихъ равныхъ условіяхъ) актовъ воздѣйствія субъектовъ относительно объектовъ.

Что касается, наконецъ, конкретныхъ особенностей, конкретныхъ отличительныхъ свойствъ отдѣльныхъ субъектовъ и объектовъ, то для надлежащей оцѣнки ихъ значенія мы должны разграничить объективные и субъективные моменты. Первые (полъ, возрастъ, состояніе здоровья, хозяйственное назначеніе объектовъ, и т. д.) въ соединеніи съ числомъ наличныхъ субъектовъ и объектовъ и пространственнымъ соотношеніемъ между ними опредѣляютъ предѣлы объективно возможнаго воздѣйствія данныхъ субъектовъ на данные объекты. Отъ вторыхъ, субъективныхъ моментовъ (т. е. отъ представленій, чувствъ и стремленій заинтересованныхъ лицъ, выражающихся въ томъ или иномъ поведеніи ихъ), зависитъ, будутъ ли вообще совершены тѣ или иные изъ числа объективно возможныхъ при данныхъ условіяхъ акты воздѣйствія, будутъ ли заявлены въ связи съ этимъ тѣ или иныя требованія,—и если да, то какія именно.

Все это такъ просто, что едва ли можетъ вызвать какія бы то ни было недоразумѣнія. Остается только объяснить, какъ могло произойти смѣшеніе этихъ моментовъ, составляющихъ дѣйствительные, реальные факторы жизненныхъ, а въ томъ числѣ и конкретныхъ юридическихъ отношеній, съ юридическими фактами или внѣшними признаками, характеризующими отдѣльныя юридически существенныя отношенія.

Такое смѣшеніе объясняется тремя главными причинами: во-1-хъ, весьма распространенной и въ наукѣ, и въ практикѣ тенденціей къ *овеществленію* юридическихъ отношеній, особенно тѣхъ, которыя характеризуются какъ субъективныя права: забывая, что это именно только отношенія, что непосредственно въ каждомъ данномъ случаѣ намъ даны только извѣстные субъекты и объекты и извѣстное, болѣе или менѣе измѣнчивое пространственное соотношеніе между ними, — ихъ мыслятъ какъ самостоятельныя *субстанціи*, имѣющія бы-

тіе независимо отъ подлежащихъ субъектовъ и объектовъ. Отсюда понятно стремленіе раскрыть специфическія причины этихъ самостоятельныхъ субстанцій.

Вторымъ моментомъ, содѣйствующимъ указанному смѣшенію, является то, что совершенно игнорируютъ юридически безразличныя отношенія: это доходитъ до того, что забываютъ о самомъ существованіи ихъ. Вслѣдствіе этого получается такое представленіе, какъ-будто юридическія отношенія, которыя къ тому же обыкновенно отождествляются съ отношеніями, признаваемыми общественно цѣлесообразными, возникаютъ, измѣняются и прекращаются совершенно самопроизвольно. Но такъ какъ такое самопроизвольное зарожденіе и прекращеніе слишкомъ противорѣчитъ всему, чему насъ учитъ опытъ, то поневолѣ приходится отыскивать какія-нибудь причины этихъ явленій,—и вотъ, останавливаются на юридическихъ фактахъ какъ единственно осязательныхъ моментахъ, и возводятъ ихъ въ причины возникновенія, прекращенія и т. д. юридическихъ отношеній.

Наконецъ, указанному смѣшенію содѣйствуетъ еще и тотъ фактъ, что въ организованномъ государственномъ быту признаваемый желательнымъ порядокъ смѣны однихъ юридическихъ отношеній другими на практикѣ *въ общемъ* совпадаетъ съ дѣйствительнымъ порядкомъ смѣны ихъ, какъ равно и дѣйствительное содержаніе конкретныхъ жизненныхъ отношеній, признаваемыхъ общественно цѣлесообразными, *въ общемъ* соотвѣтствуетъ тому, что установлено подлежащими абстрактными типами. Дѣйствительно, при нормальныхъ условіяхъ собственники и другіе правообладатели, совершая тѣ или иные акты пользованія или распоряженія, стараются не выходить изъ законныхъ предѣловъ. Съ другой стороны, совершеніе кражи или другого какого-нибудь незаконнаго дѣйствія обыкновенно сопровождается заранѣе намѣреннымъ вмѣшательствомъ подлежащихъ административныхъ и судебныхъ властей съ соблюденіемъ установленнаго для сего порядка. Отсюда въ результатѣ смѣшеніе постулированной связи между абстрактными типами юридическихъ отношеній съ дѣйствительной связью между конкретными, реальными отношеніями, и далѣе представленіе, будто эта смѣна однихъ конкретныхъ

отношеній другими является результатомъ перемѣнъ, происшедшихъ въ комбинаціи соотвѣтствующихъ юридическихъ фактовъ.—На самомъ же дѣлѣ это проявляющееся при нормальныхъ условіяхъ соотвѣтствіе между желательнымъ и дѣйствительнымъ порядкомъ смѣны юридическихъ отношеній объясняется, конечно, тѣмъ, что громадное большинство людей въ своемъ поведеніи руководствуется предписаніями юридическихъ нормъ, т.-е. дѣлаетъ на самомъ дѣлѣ то, чего, какъ должнаго, требуютъ отъ него юридическія нормы, что, въ свою очередь, объясняется главнымъ образомъ вліяніемъ унаслѣдованныхъ привычекъ и въ частности инстинктивной покорностью, инстинктивнымъ чувствомъ обязательности подчиненія существующему правопорядку.

Подраздѣленіе IV.—Юридическіе институты и субъективныя права въ системѣ римскаго частнаго права.

§ 23.

Юридическіе институты въ системѣ римскаго права.

1) Система частнаго права слагается изъ институтовъ личнаго и имущественнаго права.

Каждый такой институтъ самъ по себѣ служитъ отраженіемъ извѣстныхъ болѣе или менѣе сложныхъ конкретныхъ юридическихъ отношеній, среди которыхъ мы различаемъ отношенія управомоченности (субъективныя права) и отношенія долженствованія (обязанности). Въ составѣ тѣхъ и другихъ мы различаемъ коренныя и вспомогательныя отношенія; первыя выражаются въ извѣстныхъ актахъ воздѣйствія, совершенныхъ подлежащими субъектами надъ подлежащими объектами, ради достиженія тѣхъ или иныхъ, характерныхъ для данной категоріи отношеній результатовъ, вторыя—въ извѣстныхъ вспомогательныхъ требованіяхъ, предъявляемыхъ субъектами встрѣчныхъ отношеній по поводу возникшихъ или ожидаемыхъ конфликтовъ другъ къ другу.

Въ примѣненіи къ субъективнымъ правамъ мы коренныя

отношенія именуемъ правомочіями, а вспомогательныя — притязаніями. Въ примѣненіи къ отношеніямъ долженствованія намъ недостаетъ специфической терминологіи: приходится характеризовать соотвѣтствующія коренныя отношенія тоже какъ обязанности, а вспомогательныя отношенія — какъ притязанія.

Объемъ и соотношеніе отдѣльныхъ отношеній управомоченности и долженствованія, отдѣльныхъ правъ и обязанностей въ цѣломъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ объемъ и соотношеніе соотвѣтствующихъ коренныхъ и вспомогательныхъ отношеній, отдѣльныхъ правомочій и обязанностей (въ этомъ болѣе тѣсномъ смыслѣ) и корреспондирующихъ имъ притязаній зависитъ отъ того, въ какихъ предѣлахъ соотвѣтствующіе акты воздѣйствія, съ одной стороны, и паралельно идущія вспомогательныя требованія, съ другой стороны, признаны, санкціонированы юридическими нормами, изъ которыхъ складываются подлежащіе абстрактные типы или юридическіе институты.

При этомъ необходимо имѣть въ виду, что *при нормальныхъ условіяхъ* между названными отношеніями существуетъ извѣстная естественная связь, которая выражается въ томъ, что отдѣльнымъ отношеніямъ управомоченности корреспондируютъ опредѣленныя *встрѣчныя* отношенія долженствованія другихъ лицъ, отдѣльнымъ правомочіямъ корреспондируютъ опредѣленныя *встрѣчныя* (положительныя или отрицательныя) обязанности,—и наоборотъ.

Съ другой стороны, связь существуетъ также между правомочіями и притязаніями: въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ признаются тѣ или иныя правомочія, они сопровождаются на случай нарушенія или опасности нарушенія соотвѣтствующихъ обязанностей, тѣми или иными притязаніями,— и наоборотъ.

Содержаніе послѣднихъ, т.-е. притязаній, можетъ быть различное, въ зависимости отъ характера соотвѣтствующаго правомочія, съ одной стороны, отъ характера возникшаго конфликта, наличности тѣхъ или иныхъ субъективныхъ моментовъ и результата, къ которому онъ привелъ, съ другой стороны.

Въ частности, правомочіе, которое нарушено или кото-

рому грозитъ опасность быть нарушеннымъ, можетъ состоять въ какомъ-нибудь конститутивномъ требованіи, или въ тѣхъ или иныхъ актахъ пользованія или распоряженія, и т. д.

Конфликтъ можетъ выражаться въ совершеніи или несовершеніи тѣхъ или иныхъ дѣйствій, совершеніе или несовершеніе которыхъ требуется по характеру даннаго коренного отношенія, или въ опасности того или другого, и можетъ привести къ послѣдствіямъ устранимымъ или неустранимымъ: первое, поскольку достиженіе имѣвшагося въ виду или возстановленіе прежняго положенія вещей остается возможнымъ, второе—поскольку это оказывается невозможнымъ Въ зависимости отъ этого притязанія могутъ быть направлены или на простое признаніе какого-нибудь отношенія, или на достиженіе въ предѣлахъ возможнаго имѣвшагося въ виду результата или возстановленіе нарушеннаго status quo въ томъ или иномъ объемѣ, или, наконецъ, на доставленіе какого-нибудь эквивалента въ видахъ возмѣщенія воспослѣдовавшаго убытка; возможна также кумулятивная или альтернативная комбинація тѣхъ или иныхъ изъ указанныхъ моментовъ, напр., притязаніе можетъ быть направлено на исполненіе или возвратъ, на признаніе и возвратъ, на возвратъ и возмѣщеніе убытковъ, и т. д., и т д.

2) Изъ сказаннаго вытекаютъ два весьма важныхъ вывода.

Во-1-хъ, *можно при построеніи юридическихъ институтовъ исходить либо отъ отношеній управомоченности, либо отъ отношеній долженствованія, либо попеременно отъ тѣхъ или другихъ*: изъ объема, въ которомъ признаются отдѣльныя „права“, косвенно вытекаютъ корреспондирующія имъ встрѣчныя „обязанности“, и наоборотъ; такъ, напр., указывая, что право собственности слагается изъ такихъ-то отдѣльныхъ правомочій, право залога изъ такихъ-то и т. д., что покупщикъ или наниматель имѣетъ право предъявить такія-то (конститутивныя) требованія противъ продавца, отдающаго въ наемъ, и т. д., мы тѣмъ самымъ *косвенно* устанавливаемъ содержаніе соотвѣтствующихъ встрѣчныхъ отношеній долженствованія, соотвѣтствующихъ встрѣчныхъ обязанностей.

То же mutatis mutandis и наоборотъ.

Во-2-хъ, поскольку юридическіе институты формулируются въ качествѣ правъ (что на практикѣ составляетъ господствующій пріемъ), *можно либо перечислять* для каждаго института *какъ отдѣльныя (абстрактныя) правомочія*, изъ которыхъ складываются подлежащія коренныя отношенія, съ присоединеніемъ сюда и конститутивныхъ требованій, *такъ и отдѣльныя (абстрактныя) притязанія*, сопровождающія эти правомочія и составляющія связанныя съ ними вспомогательныя отношенія; либо *можно ограничиться перечисленіемъ отдѣльныхъ*, свойственныхъ данному институту, *правомочій*, выдѣливъ однородныя по содержанію притязанія, сопровождающія при наличности извѣстныхъ болѣе или менѣе общихъ условій, весьма разнородныя правомочія, въ самостоятельныя группы; либо *можно*, наконецъ, *ограничиться указаніемъ однихъ только притязаній*, характерныхъ для каждаго отдѣльнаго института, безъ перечисленія правомочій, входящихъ въ составъ его; въ послѣднемъ случаѣ содержаніе соотвѣтствующихъ коренныхъ отношеній, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самыхъ институтовъ въ цѣломъ, устанавливается лишь косвенно.

Въ первыхъ двухъ случаяхъ мы въ результатѣ непосредственно получаемъ *систему индивидуализированныхъ* (абстрактныхъ) *правъ*, состоящихъ изъ ряда правомочій и связанныхъ съ ними (тутъ же перечисляемыхъ или выдѣляемыхъ въ особыя группы) притязаній. Въ третьемъ случаѣ мы непосредственно получаемъ лишь *систему индивидуализированныхъ* (абстрактныхъ) *притязаній*, и лишь косвенно систему правъ.

Опытъ показываетъ, что та или иная постановка вопроса не составляетъ дѣла случая, а обусловливается степенью развитія юридической техники и въ частности преобладаніемъ систематическихъ или казуистическихъ пріемовъ разработки права.

а) Современныя системы частнаго права (со включеніемъ сюда и системы т.-н. современнаго римскаго права), представляютъ собою именно *системы* (абстрактныхъ) *правъ*, притомъ въ двоякомъ смыслѣ. Во-1-хъ, онѣ принципіально исходятъ отъ отношеній управомоченности: отдѣльные институты формулируются именно какъ „права“. Особенно рельефно

это сказывается въ отношеніи институтовъ вещнаго, семейственнаго и наслѣдственнаго права: мы говоримъ о „правѣ“ собственности, сервитутовъ, залога; о „правѣ“ отцовской власти, о „правѣ“ наслѣдованія и отказовъ. Менѣе послѣдовательно эта точка зрѣнія проводится въ примѣненіи къ институтамъ обязательственнаго права; здѣсь чаще примѣняется смѣшанная точка зрѣнія, говорятъ не только объ обязательственныхъ правахъ, но и объ обязательственныхъ отношеніяхъ, которыя формулируются въ видѣ ряда параллельныхъ и встрѣчныхъ правъ и обязанностей отдѣльныхъ участниковъ, напр., говорятъ, что покупщикъ имѣетъ такія-то права и несетъ такія-то обязанности, продавецъ—такія-то и т. д.; впрочемъ и тутъ „активный“ элементъ обязательственныхъ отношеній или „право требованія“ зачастую выдвигается на первый планъ.

Во-2-хъ, при формулировкѣ отдѣльныхъ институтовъ перечисляются на первомъ планѣ отдѣльныя *правомочія* (въ томъ числѣ и конститутивныя требованія), изъ которыхъ складывается содержаніе соотвѣтствующихъ коренныхъ отношеній Такъ, напр., указывается, что право собственности слагается изъ такихъ-то правомочій, право залога изъ такихъ-то, покупщикъ имѣетъ право требовать того-то, продавецъ того-то, и т. д., и т. д

Что касается связанныхъ съ кореннымп отношеніями (на случай нарушенія или опасности нарушенія соотвѣтствующихъ встрѣчныхъ обязанностей) *притязаній*, то и въ законодательной практикѣ, и въ доктринѣ придерживаются обыкновенно смѣшанной системы: важнѣйшія притязанія, характеризующія данный институтъ, указываются тутъ же въ связи съ перечисленіемъ соотвѣтствующихъ правомочій, въ особенности поскольку допускается альтернативная или кумулятивная комбинація притязаній, направленныхъ на достиженіе различныхъ эффектовъ (напр., владѣлецъ, у котораго насильственно отнята вещь, можетъ требовать возврата ея и возмѣщенія убытка), или поскольку данное притязаніе представляетъ какія либо специфическія особенности съ точки зрѣнія содержанія (напр., искъ собственника противъ владѣльца вещи о возвратѣ ему вещи, который не подходитъ ни подъ

искъ объ убыткахъ, ни подъ искъ о возвратѣ обогащенія, а представляетъ нѣчто среднее между тѣмъ и другимъ). Независимо отъ этого однородныя по содержанію притязанія, связанныя при наличности извѣстныхъ болѣе или менѣе общихъ условій съ самыми разнородными институтами, какъ, напр. притязанія, направляемыя на возвратъ обогащенія или на возмѣщеніе убытковъ или на предъявленіе спорнаго объекта, выдѣляются въ особыя группы, пріобрѣтая въ этомъ смыслѣ сами какъ бы характеръ самостоятельныхъ институтовъ.

Изъ сказаннаго явствуетъ, что индивидуализирующими юридическіе институты моментами являются не притязанія, при наличности извѣстныхъ общихъ условій болѣе или менѣе однородныя, а правомочія, которыя могутъ комбинироваться весьма различно, сообщая этимъ каждому институту специфическій оттѣнокъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, изъ признанія извѣстнаго правомочія вытекаетъ и признаніе, при наличности извѣстныхъ общихъ условій, и соотвѣтствующихъ притязаній.

b) Совсѣмъ инымъ представляется дѣло въ т. н. чистомъ римскомъ правѣ.

Правда, и римляне исходили отъ отношеній управомоченности, выдвигая на первый планъ права, а не обязанности. Но они не подвергали ихъ систематической разработкѣ съ точки зрѣнія содержанія, не занимались ex professo установленіемъ отдѣльныхъ правомочій, образующихъ въ совокупности составъ подлежащихъ коренныхъ отношеній, а выдвигали на первый планъ разработку абстрактныхъ типовъ *притязаній*, связанныхъ съ отдѣльными институтами, напр., съ правомъ собственности (vindicatio, a. negatoria, далѣе т. н. личныя притязанія собственника, какъ то interdictum quod vi aut clam, actio aquae pluviae arcendae, cautio damni infecti, operis novi nuntiatio), съ сервитутными правами (a. confessoria, рядъ владѣльческихъ исковъ, какъ то interdictum uti possidetis u unde vi utile, interdictum de aqua, de fonte, de itinere actuque privato и т. д.), съ правомъ залога (a. Serviana, a. quasi Serviana, interdictum Salvianum, a. pignoraticia directa u contraria), съ обязательственными требованіями (пестрый рядъ actiones ex contractu, ex delicto, ex lege), и т. д., и т. д.

Ближайшимъ поводомъ къ выработкѣ абстрактныхъ типовъ притязаній служили конкретные споры съ типичнымъ содержаніемъ, восходившіе на разсмотрѣніе судебныхъ органовъ. Въ примѣненіи къ однороднымъ спорамъ вырабатывались однородные бланкетные формуляры, actiones. сначала понтифами, а впослѣдствіи преторами,—формуляры, которые подверглись детальной разработкѣ со стороны позднѣйшей юриспруденціи [1]).

Въ результатѣ этого получилась своеобразная *система индивидуализированныхъ* (абстрактныхъ) *притязаній*, отличительными чертами которой являются: съ одной стороны, то, что каждое такое абстрактное притязаніе предусматриваетъ лишь *опредѣленные случаи нарушенія* того или иного „права“ въ смыслѣ абстрактнаго типа, напр., reivindicatio (если оставить въ сторонѣ нѣкоторые исключительные случаи, явившіеся позднѣе), предусматриваетъ только случаи, въ которыхъ собственникъ лишился владѣнія, actio negatoria—только случаи, въ которыхъ произошло одно частичное нарушеніе его владѣнія, interdictum uti possidetis предусматриваетъ только случаи нарушенія юридическаго владѣнія недвижимостями, а interdictum utrubi — только случаи нарушенія юридическаго владѣнія движимостями, и т. д., и т. д.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, съ другой стороны, для случаевъ нарушенія абстрактныхъ правъ, непредусмотрѣнныхъ прежними притязаніями, приходилось создавать *все новые и новые типы* индивидуализированныхъ притязаній; частью эти новыя притязанія формулировались настолько широко, что они поглощали собою

---

[1]) Терминъ actio имѣетъ у римлянъ не всегда одинаковое значеніе. Онъ служитъ не только для обозначенія матеріальноправнаго понятія притязанія, но также для обозначенія процессуальнаго понятія иска, т.-е. акта обращенія въ судъ, устанавливающаго дополнительное (по отношенію къ лежащему въ основаніи матеріальноправному) процессуальное отношеніе между сторонами и судомъ. Отношеніе между обоими понятіями можно формулировать такимъ образомъ: *actio въ матеріальномъ смыслѣ*, т.-е. въ смыслѣ притязанія противъ опредѣленнаго лица, *составляетъ содержаніе actio въ процессуальномъ смыслѣ*, т.-е. иска. У римлянъ эта мысль сказывается во встрѣчающемся у нихъ противоположеніи actio и id, quod in actionem venit. См. Bekker, die Actionen des römischen Privatrechts, т. II стр. 241 и слѣд.

рядъ прежнихъ, болѣе спеціальныхъ притязаній: такъ, напр., actio legis Aquiliae вытѣснила рядъ спеціальныхъ притязаній болѣе древняго времени, a. mandati сдѣлала излишней спеціальную a. depensi, и т. п.; частью они привходили къ нимъ, расширяя первоначальную сферу примѣненія прежнихъ притязаній: достаточно вспомнить о разныхъ видахъ actiones utiles, in factum, ad instar; частью новыя притязанія пріобрѣтали субсидіарный характеръ по отношенію къ прежнимъ притязаніямъ, примѣняясь въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ тѣ оказывались непримѣнимыми: такой характеръ пріобрѣли a. praescriptis verbis въ сферѣ договорныхъ отношеній, a. doli и condictio sine causa—въ сферѣ внѣдоговорныхъ отношеній.

Прямымъ послѣдствіемъ такой постановки вопроса, конечно, является то, что обьемъ правомочій, составляющихъ содержаніе даннаго института, можетъ быть выведенъ лишь *косвенно*, путемъ сопоставленія отдѣльныхъ притязаній, къ которымъ можетъ прибѣгнуть правообладатель. Иными словами, съ точки зрѣнія чистаго римскаго права мы заключаемъ не отъ правомочій къ притязаніямъ, а отъ притязаній къ правомочіямъ.

Въ заключеніе остается замѣтить, что все сказанное относится одинаково какъ къ институтамъ цивильнаго, такъ и преторскаго права. Правда, это противорѣчитъ на первый взглядъ весьма распространенному въ современной доктринѣ противоположенію цивильнаго и преторскаго права, изъ которыхъ первое разсматривается какъ система правъ, jura, и лишь второе—какъ система (исковыхъ) притязаній, actiones.

Нетрудно, однако, убѣдиться, что это противоположеніе вовсе не касается интересующаго насъ вопроса о пріемахъ построенія и разработки юридическихъ институтовъ, а имѣетъ въ виду нѣчто совсѣмъ другое. У нѣкоторыхъ оно сводится къ чисто терминологическому вопросу о томъ, можно ли отношенія, формально покоющіяся лишь на санкціи претора, на признаніи съ его стороны, именовать правами, jura, не слѣдуетъ ли сохранить это священное названіе за одними только отношеніями цивильнаго права. Другіе придаютъ этому противопоставленію такой смыслъ, что въ сферѣ отношеній цивильнаго права — субъективное право, jus, предшествуетъ

иску, actio, а въ сферѣ отношеній преторскаго права, наоборотъ, искъ, actio, предшествуетъ субъективному праву, jus, и какъ бы порождаетъ его [1]).

Въ основѣ этого взгляда лежитъ цѣлый рядъ недоразумѣній: мы встрѣчаемъ здѣсь и смѣшеніе конкретнаго права съ абстрактнымъ типомъ, и смѣшеніе права съ правомочіями, иска съ притязаніями, и субстанціонализацію простыхъ отношеній, и связанную съ этимъ мысль о существованіи между ними причинной связи.

Намъ нѣтъ, однако, необходимости подробно останавливаться на всемъ этомъ. Ибо для вопроса о томъ, какихъ началъ держались римляне при построеніи и разработкѣ своихъ институтовъ права, то или иное отношеніе къ указанному противоположенію не имѣетъ никакого значенія. Здѣсь важенъ лишь тотъ несомнѣнный фактъ, что римляне оставались вѣрны казуистическимъ пріемамъ разработки права безотносительно къ тому, имѣли ли они дѣло съ институтами цивильнаго или преторскаго права. Ни тутъ, ни тамъ нѣтъ рѣчи о самостоятельномъ анализѣ и самостоятельной систематической формулировкѣ институтовъ съ точки зрѣнія содержанія, ни тутъ, ни тамъ не отправляются отъ коренныхъ отношеній, правомочій, напротивъ, всюду отправной точкой являются вспомогательныя отношенія, притязанія.

§ 24.

Вещныя и обязательственныя права въ системѣ римскаго права.

1) Дѣленію объективнаго права на частное и публичное право соотвѣтствуетъ и дѣленіе субъективныхъ правъ на публичныя и частныя права.

Что касается значенія этого дѣленія, то выше [2]) нами уже было указано на то, что мы въ данномъ случаѣ имѣемъ

---

[1]) См. напр. Покровскій, право и фактъ, т. II, стр. 183 и слѣд.

[2]) см. § 13.

дѣло съ исторически сложившейся, удовлетворяющей чисто практическимъ цѣлямъ группировкой юридическихъ институтовъ, которая съ научной точки зрѣнія не имѣетъ самостоятельной цѣнности и представляется ирраціональной, объединяющей разнородныя и разъединяющей однородныя явленія.

Въ частности, мы различаемъ въ составѣ институтовъ частнаго права институты, регулирующіе личныя, и институты, регулирующіе имущественныя отношенія.

Практическое значеніе всего дѣленія сводится къ тому, что для частноправныхъ отношеній установленъ въ видѣ общаго правила особый порядокъ судебной защиты —чрезъ посредство гражданскаго суда.

Въ виду изложеннаго мы можемъ опредѣлить частныя субъективныя права какъ права, подходящія подъ абстрактный типъ, регулированный нормами частнаго права. Они охраняются по общему правилу въ порядкѣ гражданскаго суда. Практически это выражается въ томъ, что съ соотвѣтствующими матеріальноправными отношеніями между заинтересованными лицами при наличности извѣстныхъ условій комбинируются особыя дополнительныя процессуальныя отношенія заинтересованныхъ лицъ къ гражданскому суду, устанавливаемыя путемъ предъявленія иска.

Частныя права подраздѣляются на *личныя* и *имущественныя*. Въ составѣ послѣднихъ различаются *вещныя* и *обязательственныя* права.

2) Теоретическое обоснованіе различія между вещными и обязательственными правами составляетъ предметъ оживленнаго спора [1]).

Можно отмѣтить два главныя направленія. Одни выводятъ указанное различіе изъ различія объектовъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ: объектомъ первыхъ являются вещи, объектомъ вторыхъ—воля или дѣйствія обязаннаго лица, должника. Изъ этого различія вытекаетъ другое. Вещное право устанавливаетъ непосредственное господство, непосредственную власть лица надъ вещью; поэтому оно и охраняется, по крайней

---

[1]) См. обзоръ литературы у Hold v. Ferneck, die Rechtswidrigkeit, стр. 220 и сл. Ср. также Regelsberger, Pandekten. т I, стр. 199 и сл.

мѣрѣ по общему правилу, противъ всѣхъ и каждаго. Напротивъ, обязательственное право даетъ только право требовать отъ должника совершенія или несовершенія извѣстныхъ дѣйствій, оно поэтому существуетъ только по отношенію къ должнику и только имъ и можетъ быть нарушено.

Въ основѣ этого взгляда лежитъ предположеніе, что юридическія отношенія мыслимы не только между лицами, но также между лицами и предметами внѣшняго міра. Съ такимъ положеніемъ, однако, какъ мы уже имѣли случай отмѣтить, многіе не соглашаются, утверждая, что юридическія отношенія мыслимы только между лицами. Съ этой точки зрѣнія различіе между вещными и обязательственными правами приходится формулировать иначе. Такъ, напр., Виндшейдъ [1]) говоритъ, что было бы неправильно считать, будто при вещномъ правѣ устанавливается подчиненіе вещи. Нѣтъ, и здѣсь устанавливается господство воли надъ лицами, но только не надъ поведеніемъ того или другого опредѣленнаго лица, а надъ поведеніемъ всякаго лица по поводу данной вещи: всякое лицо въ своемъ поведеніи по отношенію къ вещи должно считаться съ волей правообладателя, опредѣляться ею. Содержаніе такого господства воли, образующаго вещное право, чисто отрицательное: противопоставляемыя правообладателю третьи лица должны воздерживаться отъ всякаго или отъ опредѣленнаго воздѣйствія на вещь и не должны своимъ поведеніемъ мѣшать воздѣйствію на вещь со стороны правообладателя. Наоборотъ, личныя права, разновидность которыхъ составляютъ права обязательственныя, характеризуются тѣмъ, что здѣсь воля управомоченнаго лица имѣетъ значеніе, опредѣляющее не поведеніе людей вообще по поводу данной вещи, а то или иное поведеніе отдѣльнаго лица (или совокупности отдѣльныхъ лицъ). Требуемое въ силу личнаго права поведеніе можетъ заключаться не только въ несовершеніи, но и въ совершеніи извѣстныхъ дѣйствій; даже больше, личныя права, направленныя на совершеніе чего-либо обязаннымъ лицомъ, во всѣхъ отношеніяхъ занимаютъ первое мѣсто.— Другіе ученые, исходя изъ той же основной предпосылки,

[1]) Lehrbuch, т. I, § 38.

приходятъ къ еще болѣе радикальнымъ выводамъ: такъ, Шлоссманъ [1]) отрицаетъ вообще всякое научное значеніе за понятіемъ вещнаго права; Тонъ [2]) находитъ, что до нарушенія „обезпеченнаго нормами пользованія“ нельзя вообще говорить о правѣ; Гольдъ [3]) утверждаетъ, что въ сущности всѣ права суть права обязательственныя; то, что мы называемъ вещнымъ правомъ, есть ничто иное, какъ извѣстный, мыслимый нами (въ качествѣ единства) комплексъ обязательственныхъ правъ

Вопросъ еще болѣе осложняется отъ того, что съ нимъ соединяется вопросъ о разграниченіи понятій права и притязанія.

Положеніе представителей первой теоріи въ этомъ случаѣ болѣе благопріятное, по крайней мѣрѣ, поскольку дѣло касается вещныхъ правъ. Исходя изъ того, что объектомъ вещнаго права является вещь, тогда какъ всякое притязаніе всегда направлено противъ того или иного лица, представители этого взгляда констатируютъ, что вещныя права и вещныя притязанія отличаются другъ отъ друга по содержанію своему. Въ этомъ смыслѣ высказывается, напр., Регельсбергеръ, одинъ изъ самыхъ тонкихъ и осторожныхъ цивилистовъ [4]): „въ одномъ случаѣ, говоритъ онъ, имѣется подчиненіе вещи въ видахъ полной экономической эксплоатаціи ея, въ другомъ—требованіе о выдачѣ. Первое (т.-е. вещное право) обращается противъ всѣхъ и каждаго, второе (вещное притязаніе) исключительно противъ владѣльца“. Труднѣе дается разграниченіе обязательственныхъ правъ и притязаній. Тотъ же Регельсбергеръ [5]) говоритъ: „не такъ рѣзко сказывается различіе между правомъ и притязаніемъ въ сферѣ относительныхъ частныхъ правъ. Здѣсь уже само право имѣетъ въ виду опредѣленнаго противника. Нерѣдко практическое значеніе права исчерпывается притязаніемъ. Отсюда стано-

---

[1]) Schlossmann, Vertrag, стр 257 и сл.

[2]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, стр 154 и сл

[3]) Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit, стр. 254.

[4]) Ук. соч., стр. 214.

[5]) Тамъ же, стр. 215.

вится понятнымъ, почему часто употребляютъ терминъ actio для обозначенія obligatio. За всѣмъ тѣмъ, разъ я кому-либо далъ деньги въ займы подъ условіемъ возврата ихъ черезъ три года, я сразу пріобрѣтаю требованіе и становлюсь кредиторомъ, но не имѣю пока притязанія, actio nondum nata est. Равнымъ образомъ отрицательное обязательство тотчасъ же порождаетъ требованіе, но до совершенія дѣйствія, отъ котораго отказались, оно столь же мало, какъ и вещное право, порождаетъ притязаніе. Тѣмъ болѣе слѣдуетъ отличать отъ обязательственнаго притязанія обязательственное отношеніе, отношеніе по порученію, по куплѣ-продажѣ, по найму, по товариществу, которое можетъ выдѣлить изъ себя цѣлый рядъ притязаній". Такимъ образомъ, Регельсбергеръ по вопросу о разграниченіи обязательственнаго права и притязанія не даетъ общей формулы, а ограничивается приведеніемъ ряда конкретныхъ примѣровъ, долженствующихъ пояснить упомянутое различіе.

Еще затруднительнѣе положеніе представителей второй теоріи Съ ихъ точки зрѣнія не только обязательственныя. но и вещныя права въ сущности исчерпываются притязаніями. Разница сводится лишь къ тому, что вещное право складывается изъ неограниченнаго множества притязаній (unbegrenzte Vielheit von Ansprüchen), тогда какъ личное (обязательственное) право содержитъ одно притязаніе противъ опредѣленнаго лица (или ряда опредѣленныхъ лицъ).

Такъ именно формулируетъ это различіе Виндшейдъ [1]). Другіе возстаютъ противъ этой формулировки и въ частности противъ допущенія „притязаній противъ всѣхъ и каждаго" [2]).

Въ виду такого неопредѣленнаго положенія вопроса неудивительно, что нѣкоторые ученые прямо выражаютъ сомнѣніе въ научной цѣнности понятія притязанія: въ такомъ смыслѣ высказываются напр., Дернбургъ [3]) и Гирке [4]).

3) Приступая къ критической оцѣнкѣ изложенныхъ теорій, слѣдуетъ замѣтить, что обѣ онѣ страдаютъ двумя основными

[1]) Ук. соч, т. I, § 43.

[2]) См. Thon, ук. соч., стр. 157 и сл.

[3]) Ук. соч., т. I § 39, прим. 6.

[4]) Gierke deutsches Privatrecht, т. I, § 37, стр. 326.

недостатками: во-1-хъ, представители обѣихъ теорій не отдаютъ себѣ отчета о сущности важнаго различія, существующаго между коренными и вспомогательными отношеніями; во-2-хъ, представители обѣихъ теорій не различаютъ конститутивныхъ требованій отъ вспомогательныхъ. Отсюда въ результатѣ получается совершенно неправильная формулировка сути вещныхъ и обязательственныхъ правъ, съ одной стороны, и далѣе взаимнаго соотношенія, существующаго между ними, а также между ними и притязаніями, съ другой стороны.

Дальше всего въ смѣшеніи понятій заходитъ вторая теорія, которая совершенно игнорируетъ самостоятельное значеніе коренныхъ отношеній и сводитъ суть всѣхъ правъ, не только обязательственныхъ, но и вещныхъ, къ требованіямъ, возникающимъ въ лицѣ правообладателя противъ третьихъ лицъ.

Но и представители первой теоріи не даютъ удовлетворительной формулировки. Въ частности, поскольку рѣчь идетъ о вещныхъ правахъ, они противополагаютъ понятіе права— понятію притязанія, т.-е. сливаютъ понятіе права съ понятіемъ правомочія, или иначе говоря, отождествляютъ право въ смыслѣ конкретнаго отношенія управомоченности съ однимъ изъ элементовъ его, именно съ кореннымъ отношеніемъ, и противополагаютъ его второму элементу, именно вспомогательному отношенію. Еще хуже дѣло обстоитъ съ обязательственными правами. Сущность ихъ съ точки зрѣнія обѣихъ теорій сводится къ тому, что они суть требованія.

Въ основѣ такой постановки вопроса лежитъ глубокая ошибка. Нетрудно убѣдиться, что, съ одной стороны, содержаніе обязательственныхъ правъ не исчерпывается требованіями, и что, съ другой стороны, требованія могутъ входить въ составъ коренныхъ отношеній не только обязательственныхъ, но и вещныхъ правъ.

Вѣрно лишь то, что обязательственныя права, предполагая наличность не менѣе двухъ субъектовъ (кредитора и должника), и являясь вслѣдствіе этого всегда сложными отношеніями, по общему правилу [1]), будучи направлены (съ точки

[1]) Исключеніе составляютъ обязательственныя отношенія съ отрицательнымъ содержаніемъ (обѣщаніемъ не дѣлать чего-либо, не мѣшать чему-либо и т. п.).

зрѣнія даннаго субъекта права) на достиженіе какого-нибудь результата при помощи, участіи, содѣйствіи другого субъекта или другихъ субъектовъ, содержатъ (по крайней мѣрѣ потенціально) въ числѣ составныхъ элементовъ, изъ которыхъ складываются не только вспомогательныя, но и коренныя ихъ отношенія,—элементъ требованія, тогда какъ вещныя права, поскольку объектомъ ихъ являются вещи, а не люди (что тоже возможно), не содержатъ этого элемента требованій въ составѣ подлежащихъ коренныхъ отношеній. Другими словами, элементъ требованія въ составѣ обязательственныхъ отношеній по общему правилу исполняетъ двоякую функцію: въ качествѣ *конститутивнаго* требованія онъ входитъ въ составъ подлежащихъ коренныхъ отношеній, опредѣляя, чего ожидаютъ отъ противной стороны, какого рода активное содѣйствіе съ ея стороны необходимо или желательно для достиженія даннаго конкретнаго результата, напр., для полученія вещи (подай вещь), для использованія лица въ качествѣ непосредственнаго объекта пользованія, (протяни руку, дай опереться на тебя и т. д.). Въ качествѣ *вспомогательнаго* требованія этотъ элементъ проявляется постольку, поскольку конститутивное требованіе не привело къ желательному результату, поскольку встрѣтилось препятствіе въ лицѣ противника, поскольку, словомъ, получился конфликтъ: по содержанію это вспомогательное требованіе можетъ совпадать съ конститутивнымъ (именно, поскольку оно направлено на достиженіе первоначально намѣченнаго результата, а не на возмѣщеніе убытка и т. п.), что не уничтожаетъ принципіальнаго различія между ними, вытекающаго изъ того, что конститутивное требованіе необходимо для достиженія результата, характеризующаго данный типъ отношеній, является нормальнымъ составнымъ элементомъ отношеній (надо объяснить, разъяснить противнику, что отъ него требуется, иначе онъ не въ состояніи—вообще или въ данное время—сдѣлать необходимое, именно потому, что онъ не знаетъ, чего отъ него ожидаютъ, что ему нужно дѣлать); наоборотъ, вспомогательное требованіе возникаетъ только въ случаѣ конфликта, отказа въ содѣйствіи и т. п., оно поэтому не является необходимымъ элементомъ отношенія.

Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы содержаніе обязательственныхъ правъ и въ частности содержаніе подлежащихъ коренныхъ отношеній исчерпывалось одними требованіями. Требованіе только опредѣляетъ, чего ожидаютъ отъ противной стороны.

Коренное же отношеніе въ цѣломъ съ точки зрѣнія субъекта права складывается изъ подлежащихъ конститутивныхъ требованій и изъ слѣдующихъ за ними, при наличности отвѣчающей этимъ требованіямъ встрѣчной дѣятельности противной стороны, дальнѣйшихъ актовъ непосредственнаго воздѣйствія на эту личность, пользованія ею (поскольку она непосредственно является объектомъ такого воздѣйствія или пользованія, какъ мы это наблюдаемъ, напр., при личномъ наймѣ, порученіи, товариществѣ и т. д.); къ этому могутъ сверхъ того присоединиться и дальнѣйшіе акты воздѣйствія на тѣ или иные предметы внѣшней природы, служащіе на ряду съ чужою личностью объектомъ пользованія, поскольку пользованіе ими или иное воздѣйствіе на нихъ стало возможнымъ благодаря встрѣчной дѣятельности противной стороны, напр., благодаря доставленію, передачи ею данной вещи, какъ это мы наблюдаемъ, напр., при наймѣ вещей, арендѣ, ссудѣ и т. д.

Съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что конститутивныя требованія встрѣчаются не только въ сферѣ обязательственныхъ, но и въ сферѣ вещныхъ правъ, поскольку объектомъ вещнаго права является человѣкъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ сферѣ отношеній подвластности и въ частности въ отношеніяхъ между господиномъ и рабомъ. Конститутивныя требованія здѣсь носятъ техническое названіе jussus или приказа. Въ самомъ дѣлѣ, безъ jussus (въ общей формѣ или ad hoc) и рабъ сплошъ да къ ряду не знаетъ, чего отъ него ожидаютъ, какой результатъ долженъ быть достигнутъ при посредствѣ его, къ чему приложить свои силы

Если на практикѣ конститутивныя требованія въ сферѣ вещныхъ правъ гораздо меньше обращаютъ на себя вниманіе и обыкновенно даже совершенно игнорируются, то это объясняется очень просто тѣмъ, что значеніе этихъ требованій въ указанной сферѣ отношеній гораздо меньшее, чѣмъ

въ сферѣ обязательственныхъ правъ. Это различное значеніе обусловливается различіемъ въ послѣдствіяхъ, которыя при нормальныхъ условіяхъ влечетъ за собою невыполненіе упомянутыхъ требованій. Въ сферѣ вещныхъ правъ, поскольку объектомъ ихъ является личность, невыполненіе подчиненной личностью обращеннаго къ ней требованія или приказа можетъ повлечь за собою цѣлый рядъ дисциплинарныхъ мѣръ, и въ частности тѣ или иные акты непосредственнаго физическаго воздѣйствія на нее, имѣющіе цѣлью побудить ее къ совершенію требуемыхъ отъ нея дѣйствій: передъ этими реальными средствами воздѣйствія на личность простое требованіе или приказъ естественно блѣднѣютъ, отодвигаются и въ сознаніи непосредственно заинтересованныхъ лицъ, и въ сознаніи третьихъ лицъ на задній планъ. А это въ свою очередь влечетъ за собою то дальнѣйшее послѣдствіе, что при формулировкѣ соотвѣтствующихъ абстрактныхъ типовъ отношеній подвластности обращается вниманіе почти исключительно на тѣ только правомочія, которыя выражаются въ возможности проявленія тѣхъ или иныхъ реальныхъ актовъ воздѣйствія на подчиненную, подвластную личность, и игнорируется та сторона соотвѣтствующихъ отношеній, которая выражается въ конститутивныхъ требованіяхъ и отвѣчающей имъ встрѣчной дѣятельности заинтересованныхъ лицъ.

Короче, подъ вліяніемъ указанныхъ моментовъ при формулировкѣ абстрактныхъ типовъ подвластности, дисциплинарная сторона этихъ отношеній выдвигается на первый планъ во вредъ продуктивной, созидательной сторонѣ ихъ.—Наоборотъ, въ сферѣ обязательственныхъ отношеній невыполненіе конститутивнаго требованія (выражающееся въ томъ, что отвѣчающая ему активная встрѣчная дѣятельность противной стороны, необходимая для достиженія даннаго результата, не имѣетъ мѣста), по общему правилу, не уполномочиваетъ заинтересованное лицо на принятіе тѣхъ или иныхъ непосредственныхъ репрессивныхъ мѣръ и въ частности мѣръ физическаго воздѣйствія по отношенію къ обязанному лицу, а вызываетъ лишь обращеніе съ подлежащимъ вспомогательнымъ требованіемъ или притязаніемъ, воспроизводимымъ въ исковомъ прошеніи, въ судъ: внѣсудебное же принудительное воз-

дѣйствіе на обязанное лицо не допускается. При такихъ условіяхъ моментъ требованія невольно выдвигается впередъ, въ немъ усматривается центръ обязательственнаго права: при этомъ забываютъ, что содержаніе соотвѣтствующаго отношенія слагается не только изъ одного требованія, но и изъ соотвѣтствующей дѣятельности противной стороны, которая въ соотвѣтствующихъ предѣлахъ является объектомъ пользованія въ такомъ же смыслѣ, какъ и предметы внѣшней природы. Указанная односторонность вліяетъ въ свою очередь на формулировку соотвѣтственныхъ абстрактныхъ типовъ: всюду на первомъ планѣ стоитъ моментъ требованія. А если къ этому прибавить, что на практикѣ конститутивныя и вспомогательныя требованія не разграничиваются, а сливаются воедино, чему, конечно, способствуетъ то обстоятельство, что они сплошь да къ ряду, именно поскольку рѣчь идетъ объ исполненіи, преслѣдуютъ одинъ и тотъ же результатъ,—то обычное смѣшеніе обязательственныхъ правъ съ требованіями, и связанная съ этимъ невозможность принципіальнаго разграниченія соотвѣтствующихъ правомочій и притязаній, представляется вполнѣ понятнымъ.

Резюмируя сказанное, мы приходимъ къ выводу, что всякая попытка свести различіе вещныхъ и обязательственныхъ правъ къ различію въ самой внутренней структурѣ этихъ правъ, вытекающему въ свою очередь изъ различія объектовъ тѣхъ и другихъ правъ, должна быть признана несостоятельной. Различіе объектовъ тутъ не при чемъ: однородныя по содержанію отношенія могутъ пріобрѣсти характеръ то вещныхъ, то обязательственныхъ правъ: достаточно вспомнить хотя бы о различной постановкѣ въ разныхъ правовыхъ системахъ отношеній по найму и арендѣ, которыя въ однихъ системахъ носятъ характеръ обязательственныхъ правъ, а въ другихъ—характеръ правъ вещныхъ. Да и въ предѣлахъ одной и той же правовой системы въ этомъ отношеніи возможны колебанія: такъ, напр., въ Римѣ арендныя отношенія по ager vectigalis до введенія преторомъ actio in rem vectigalis носили характеръ обязательственныхъ правъ, а съ этого времени стали вещными правами.

Но и это еще не все сообщеніе данному отношенію ха-

рактера вещнаго или обязательственнаго права во многихъ случаяхъ зависитъ всецѣло отъ факультативнаго усмотрѣнія сторонъ: такъ, напр , право пользованія дорогою, пересѣкающею имѣніе сосѣда, можетъ быть предоставлено лицу въ качествѣ сервитутнаго права, jus itineris, но можетъ также служить выраженіемъ простого обязательственнаго отношенія, покоющагося на принятой сосѣдомъ лично на себя отрицательной обязанности не мѣшать противной сторонѣ ходить по его участку. Съ другой стороны, мы видѣли, что объектами не только обязательственныхъ, но и вещныхъ правъ на ряду съ предметами внѣшняго міра могутъ служить также люди.

4) Въ чемъ же послѣ всего сказаннаго слѣдуетъ усмотрѣть истинное различіе между вещными и обязательственными правами?

Подходя къ разрѣшенію этого вопроса, мы прежде всего должны помнить, что всѣ обязательственныя отношенія суть отношенія сложныя, слагающіяся не менѣе чѣмъ изъ двухъ встрѣчныхъ отношеній, которыя въ свою очередь состоятъ изъ коренныхъ и вспомогательныхъ отношеній, изъ правомочій и притязаній. Разсмотримъ отдѣльно тѣ и другія.

а) Что касается прежде всего встрѣчныхъ *коренныхъ* отношеній, то они сами по себѣ могутъ быть построены по двоякому типу. Во-1-хъ, возможно, что каждое изъ встрѣчныхъ коренныхъ отношеній, слагаясь изъ извѣстныхъ актовъ воздѣйствія на подлежащій объектъ, въ соотвѣтственной степени ограничиваетъ право распоряженія противной стороны относительно этого объекта не только по отношенію къ данному лицу, но и по отношенію къ третьимъ лицамъ, какъ мы это наблюдаемъ напр. въ отношеніяхъ между собственникомъ и узуфруктуаромъ, между собственникомъ и кредиторомъ по залогу, и т. д., и т. д.: такъ, напр., собственникъ имѣнія, относительно котораго установлено право узуфрукта въ пользу другого лица, отчуждая это имѣніе, переноситъ на третьяго пріобрѣтателя право собственности со всѣми тѣми ограниченіями, вытекающими изъ встрѣчнаго права узуфрукта, которымъ онъ подчинялся самъ: другими словами, объемъ, содержаніе права узуфрукта отъ подобнаго отчужденія не терпитъ никакого умаленія. Въ такихъ случаяхъ мы говоримъ о

встрѣчныхъ *вещныхъ* правахъ. Во-2-хъ, возможно, что данное коренное отношеніе ограничиваетъ субъекта встрѣчнаго отношенія только inter partes, по отношенію другъ къ другу, но не по отношенію къ третьимъ лицамъ, какъ мы это наблюдаемъ, напр., въ Римѣ въ отношеніяхъ между собственникомъ и нанимателемъ или арендаторомъ, и т. д.: такъ, напр., собственникъ, сдавшій свое имѣніе въ арендное содержаніе, въ случаѣ отчужденія такого имѣнія въ третьи руки, переноситъ на новаго пріобрѣтателя право собственности на имѣніе безъ ограниченій, вытекающихъ изъ его отношенія къ арендатору, и послѣдній самъ по себѣ никакими правами по отношенію къ этому новому пріобрѣтателю не пользуется. Такого рода отношенія, не ограничивающія права распоряженія противной стороны (субъекта встрѣчнаго отношенія), мы называемъ *обязательственными* правами.

Итакъ, *обязательственныя права въ противоположность вещнымъ правамъ суть такія права, которыя формально не ограничиваютъ свободы распоряженія субъекта встрѣчнаго* (коренного) *отношенія по отношенію къ третьимъ лицамъ*, и которыя поэтому могутъ быть прекращены на основаніи односторонняго акта отчужденія, совершеннаго субъектомъ встрѣчнаго отношенія съ третьимъ лицомъ, съ сохраненіемъ для потерпѣвшаго лица лишь иска объ убыткахъ противъ непосредственнаго контрагента.

b) Обращаясь засимъ къ встрѣчнымъ *вспомогательнымъ* отношеніямъ, необходимо замѣтить, что они, какъ мы знаемъ, возникаютъ въ случаѣ нарушенія или опасности нарушенія соотвѣтственныхъ правомочій. При этомъ поводъ къ конфликтамъ могутъ подать или *сами стороны*, т.-е. субъекты признанныхъ встрѣчныхъ отношеній, встрѣчныхъ правъ на данный объектъ (напр собственникъ по отношенію къ узуфруктуару или арендатору, и наоборотъ), или *третьи лица*, послѣднія въ свою очередь либо *непосредственно* (какъ, напр., лицо, похитившее вещь у узуфруктуара или арендатора, или уничтожившее или повредившее ее, и т. д.), либо *косвенно*, (какъ, напр , лицо, получившее спорный объектъ отъ непосредственнаго похитителя, или обогатившееся чрезъ посредство третьяго лица за счетъ потерпѣвшаго).

Возникающія въ связи съ этимъ притязанія (объ исполненіи, о возвратѣ или возстановленіи прежняго положенія вещей, о возмѣщеніи убытковъ, объ уплатѣ штрафа), при нормальныхъ условіяхъ сопровождаются полномочіемъ обращенія въ судъ въ порядкѣ предъявленія гражданскаго иска, содержаніе котораго составляетъ воспроизведеніе соотвѣтствующаго притязанія. При этомъ возможны двѣ комбинаціи: во-1-хъ, возможно, что *данное коренное отношеніе принципіально* [1]) *охраняется противъ всѣхъ и каждаго, кто бы ни нарушилъ его, субъектъ ли вотрѣчнаго права или какое-нибудь третье лицо, и въ чемъ бы ни выразилось нарушеніе* (въ завладѣніи ли вещи, непосредственно или чрезъ посредство другихъ лицъ, въ поврежденіи ли или уничтоженіи данной вещи, въ возведеніи грозящихъ опасностью сооруженій, въ тайномъ возведеніи въ предѣлахъ чужого участка какой-нибудь постройки, и т. д., и т. д,), разъ только имѣются налицо общія условія возникновенія притязаній вообще и спеціальныя для возникновенія даннаго типа притязаній (напр., виндикаціи, actio legis Aquiliae, interdictum quod vi aut clam, cautio damni infecti, interdicta possessoria и т. д. и т. д). Соотвѣтствующія отношенія мы именуемъ вещными правами. Итакъ, вещныя права съ этой точки зрѣнія суть права, которыя пользуются самостоятельной судебной защитой въ самыхъ широкихъ предѣлахъ, вообще допускаемыхъ данной частноправной системой. Во-2-хъ, возможно, что *данное коренное отношеніе принципіально охраняется только противъ опредѣленныхъ категорій лицъ*, кругъ которыхъ можетъ быть болѣе или менѣе широкій [2]), *и только при наличности опредѣленныхъ типовъ нарушеній*; такъ, напр., съ точки зрѣнія римскаго права самостоятельной поссессорной защитой поль-

[1]) Т.-е. поскольку не установлены спеціальныя изъятія, какъ, напр, въ римскомъ правѣ въ отношеніи поссессорной защиты нѣкоторыхъ реальныхъ сервитутовъ, въ германскомъ правѣ—въ связи съ установленіемъ принципа Hand wahre Hand.

[2]) По общему правилу онъ ограничивается лицами, *непосредственно* нарушившими данное коренное отношеніе, и лишь въ видѣ исключенія (какъ, напр., actio Pauliana, actio quod metus causa, actiones noxales), притязаніе можетъ быть предъявлено и противъ опредѣленныхъ третьихъ лицъ, *косвенно* нарушившихъ это отношеніе.

зуются по общему правилу только (презумтивные) обладатели вещныхъ правъ; они одни могутъ предъявлять actio finium regundorum, actio aquae pluviae arcendae; даже actio legis Aquiliae принципіально не распространялась на лицъ, имѣющихъ лишь обязательственное право на поврежденную или уничтоженную вещь [1]). Въ такихъ случаяхъ мы говоримъ объ обязательственныхъ правахъ. Итакъ, обязательственныя права съ этой точки зрѣнія суть права, которыя пользуются самостоятельной судебной защитой лишь въ извѣстныхъ, ограниченныхъ предѣлахъ, и въ частности, лишь противъ опредѣленныхъ лицъ.

Короче, *съ указанной точки зрѣнія различіе между вещными и обязательственными правами сводится къ различію въ объемѣ самостоятельной судебной защиты* тѣхъ и другихъ.

Итакъ, мы пришли къ слѣдующему выводу. Различіе между вещными и обязательственными правами сводится къ двумъ пунктамъ: во-1-хъ, къ различію въ объемѣ права распоряженія даннымъ объектомъ со стороны субъекта встрѣчнаго (съ точки зрѣнія даннаго лица) коренного отношенія относительно третьихъ лицъ, и во-2-хъ, къ различію въ объемѣ самостоятельной судебной защиты субъектовъ подлежащихъ отношеній.

Оба эти момента имѣютъ сами по себѣ относительный характеръ. Отсюда вытекаетъ, что римское разграниченіе вещныхъ и обязательственныхъ правъ не является непреложнымъ. Напротивъ, современныя правовыя системы обнаруживаютъ тенденцію смягчить его. Эта тенденція сказывается уже въ современномъ римскомъ правѣ въ расширеніи владѣльческой защиты и въ расширеніи рамокъ т. н. obligationes ex delicto въ направленіи, которое Дернбургъ формулируетъ словами: „общимъ правиломъ для деликтныхъ исковъ является то, что всякій потерпѣвшій имѣетъ право иска“ [2]).

Еще рѣзче та же тенденція проявляется въ ограниченіяхъ, которымъ въ современныхъ правовыхъ системахъ подвергаются т. н. вещные иски. Ближайшій анализъ этихъ явленій выходитъ, однако, за предѣлы настоящей нашей задачи.

---

[1]) О возникшей въ связи съ этимъ ученой контроверзѣ см. Dernburg, Pandekten, т. II, § 131, пр. 15, Baron, Pandekten § 313, II, 4.

[2]) Dernburg, Pandekten, т. II, § 131, пр. 15.

БИБЛИОТЕКА Ленинградского отделения Коммунист. Академии им. Ин. СССР.

Библиотека ООН Академии Наук СССР

СОЧИНЕНІЯ ТОГО ЖЕ АВТОРА:

Очерки по ученію объ обогащеніи.
Вып. I и II. Дерптъ. 1891.
Вып. III. С.-Петербургъ. 1893.

Основы ученія о юридической сдѣлкѣ въ современной нѣмецкой доктринѣ пандектнаго права. Т. I. С.-Петербургъ 1900 г.

Цѣна 1 р. 25 к.

Изданіе помѣщается въ книжн. складѣ типогр. М. М. Стасюлевича.
С.-Петербургъ, Вас. Остр., 5 лин., 28.