

№ 3613. Ташев 82

34к
6-1480
К118

1936

34 № 11
8 82



Книга на дом не выдается

РУССКОЕ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

43723
21978

Д. ДОЦЕНТА ДЕМИДОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО
ЛИЦЕЯ

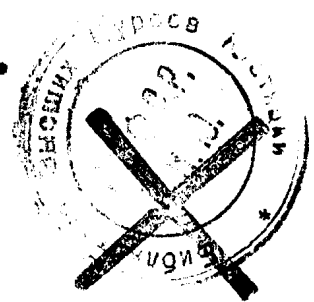
перечисл

А. БОРЗЕНКО.

Nos, qui sequimur pro babilia, nec ultra id,
quod verisimile occurrerit, progredi possumus,
et refellere sine pertinatia, et refelli sine
iracundia parati sumus.

Cic. Tusc. II, 2, 5.

ВВЕДЕНИЕ.



ЯРОСЛАВЛЬ.

Въ типографіи Губернскаго Правленія.

1875.

ЗМЗ/ИИ
Б-823

6Н2 839

тк

Печатано по определ. Совета Демидовскаго Юридическаго Лицея.

Директоръ М. Капустинъ.

342

Б-80



ПОСВЯЩАЕТСЯ

Михаилу Николаевичу Капустину

НА

ДВАДЦАТИПЯТИЛѢТІЕ УЧЕНОЙ ДѢЯТЕЛЬНОСТИ.

ВВЕДЕНІЕ.

1. Опредѣленіе понятія гражданского права.

Гражданскіе законы до 30-хъ годовъ XIX ст. принимались въ обширномъ смыслѣ *законовъ, дѣйствующихъ въ государствѣ*. Иногда называли преимущественно гражданскимъ правомъ часть законодательства, опредѣляющую и ограждающую права и обязанности частныхъ лицъ въ отношеніи другъ къ другу. Въ этомъ же значеніи употребляли выраженіе—*частное гражданское право*.

Терлаичъ—Краткое руководство къ систематическому познанію *гражданскаго частного права Россіи*. Спб., 1810 г.

Кукольникъ—Начальныя основанія русскаго частного гражданского права. Спб. 1813.—Русское частное гражданское право. Спб. 1815.

Вельяминовъ-Зерновъ—Опытъ начертанія русскаго частного гражданского права. Спб., 1814.

Лодій—Теорія общихъ правъ. Спб., 1828—различаетъ публичное и частное гражданское право по предмету его—публичныя или частныя дѣла, до блага государства или блага частного относящееся.

Делай—Пособія и правила изученія русскихъ законовъ. 1831. Москва. Гражданскіе законы имѣютъ двѣ отрасли—одни опредѣляютъ отношенія гражданъ между собою—частное гражданское право, другіе—отношенія гражданъ къ правительству—общее гражданское право.

Эти различія заимствованы названными писателями изъ ученія римскихъ юристовъ, различавшихъ *ius civile* и его отдѣлы *ius publicum et privatum*, (l. 7. D. de justitia et jure. 1, 1, и l. 1, § 2, ib.) и нѣмецкихъ

писателей XVI и XVII ст. *Гуго Гроція* (de jure belli ac pacis) и *Лудвигендорфа* (de jure naturae et gentium).

Болѣе тѣсное значеніе имѣютъ гражданскіе законы въ нашихъ законодательныхъ памятникахъ конца прошлаго и начала нынѣшняго столѣтій.

Наказъ Имп. Екатерины II генераль-прокурору и маршалу при комиссіи о составленіи проекта новаго уложенія, 1767 г. іюля 30 (12950), п. 10. «Разсужденіе о взаимности всѣхъ гражданъ между собою составляетъ право гражданское, которое сохраняетъ и въ безопасность приводитъ собственность всякаго гражданина». Гражданское право наз. *право особое* въ начертаніи о приведеніи къ окончанію комиссіи проекта новаго уложенія, 1768, апр. 30 (13095).

Выс. утв. докладъ М. Ю. 1804 г. о преобразованіи комиссіи составленія законовъ, въ приложеніи плана книги законовъ, принимаетъ гражданскіе законы—законы о правахъ частныхъ лицъ въ отношеніи другъ къ другу.

Значеніе тѣсное гражданскихъ законовъ, опредѣляющихъ отношенія гражданъ между собою въ качествѣ частныхъ лицъ было распространено въ XVIII ст. на З. Европы. Montesquieu. De l'esprit des lois, livre I, chap. III pag. 7. «des lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux: c'est le droit civil». Hellfeld, приводимый въ Pandektencommentar у Glück'a т. 1, (2 изд. 1797), стр. 87, называетъ гражданское право—совокупность законовъ, опредѣляющихъ взаимныя права и обязанности подданныхъ. Этому опредѣленію слѣдуетъ цѣлый рядъ нѣмецкихъ писателей, приводимыхъ у Unger въ System des österreichischen Privatrechts I, Einleitung 1, nr. 1, до конца 40-хъ годовъ XIX ст.

Его держатся въ Россіи гр. Сперанскій и Неволинъ.

Гр. Сперанскій ограничилъ гражданскіе законы только законами, которые опредѣляютъ и при помощи мѣръ гражданскаго порядка сохраняютъ права частныхъ лицъ въ союзѣ семейственномъ и по имуществу. Три вида гражданскихъ законовъ—общіе, особенные, мѣстные. Общіе—общія правила о правахъ и обязанностяхъ семействен-

ныхъ и правахъ по имуществу. За ними только удержалъ гр. Сперанскій значеніе и имя гражданскихъ законовъ—это das allgemeine Privatrecht нѣмецкихъ юристовъ. Особенности гражданскіе законы—опредѣленіе правъ по имуществу въ отношеніи его къ государству, кредиту, торговлѣ и называются законы государственнаго благоустройства и экономіи—это das specielle Privatrecht нѣмецкихъ юристовъ ¹⁾. Мѣстное гражданское право, ограниченное въ дѣйствии своемъ извѣстными областями государства,—это Particularrecht нѣмецкихъ юристовъ ²⁾.

Неволинъ—Исторія російскихъ гражданскихъ законовъ, ч. 1, § 1, изд. 1858 г.—имя гражданскихъ законовъ принято для означенія законовъ, которыми опредѣляются права и обязанности частныхъ лицъ въ отношеніи ихъ другъ къ другу.

Субъективное воззрѣніе на право, видящее въ немъ индивидуальныя права и обязанности, безсильное въ ихъ исчисленіи, слѣпое въ указаніи ихъ источника. Здѣсь источники всякаго права—усмотрѣніе законодателя. Гражданское, частное гражданское, особое право—совокупность правъ и обязанностей подданныхъ въ отношеніяхъ между собою.

Слишкомъ узкое воззрѣніе, ибо не обнимаетъ гражданскихъ отношеній самого государства и иностранцевъ,—слишкомъ широкое, ибо между частными лицами, между гражданами не одни только отношенія гражданскія, но и государственныя—отношеніе избирателей къ избранному, уголовныя отношенія изъ правонарушенія.

Противъ опредѣленія старой школы возсталъ *Мейеръ*—Русское гражданское право § 1. Изд. 5, 1873, Москва. «Обыкновенно опредѣляютъ гражданское право (jus civile) наукою о правахъ и обязанностяхъ, опредѣляю-

¹⁾ Обзорѣніе историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ, Спб. 1833, стр. 123—127.

²⁾ Ib. ст. 183—185.

щихъ отношенія гражданъ между собою въ качествѣ частныхъ лицъ, почему и гражданское право наз. частнымъ (*ius privatum*). Но такое опредѣленіе недостаточно и довольствоваться имъ значительно обольщать себя пониманіемъ науки, тогда какъ понятіе о ней окажется неполнымъ, даже ложнымъ.»

«Опредѣленіе науки гражданского права должно исходить изъ его содержанія. Содержаніе его съ одной стороны опредѣляется потребностями чловѣка и его стремленіями къ ихъ удовлетворенію съ другой—міромъ вещей, способныхъ удовлетворять потребностямъ чловѣка.»

«Отношеніе чловѣка къ міру вещей въ стремленіи употреблять ихъ на удовлетвореніе своихъ потребностей.»

«Содержаніе гражданского права составляютъ права, опредѣляющія отношенія лицъ къ имуществу. Наука гражданского права—наука о юридическихъ имущественныхъ отношеніяхъ лицъ. Юридическія отношенія разнообразны, одно и тоже право можно осуществить различнымъ образомъ, слѣдовательно право можетъ породить множество юридическихъ отношеній. Наука права не можетъ остановиться на юридическихъ отношеніяхъ, она должна свести ихъ къ правамъ, въ которыхъ разнообразныя отношенія получаютъ единство.—Понятіе о правѣ въ смыслѣ субъективномъ—далѣе котораго нейдетъ наука. Права на имущество—имущественныя права. Наука гражданского права—наука *объ имущественныхъ правахъ*».

Здѣсь гражданское право не законы для опредѣленія правъ и обязанностей частныхъ лицъ въ взаимныхъ ихъ отношеніяхъ, здѣсь—это система имущественныхъ правъ лица, правомъ признанное господство его на внѣшній міръ, различное по предметамъ этого господства. Последовательное развитіе различія правъ по предметамъ господства лица находится у *Пухты* (*Puchta - Coursus der Institutionen, 7 Aufl. 2 Bd. § 207*).

1) Право на собственное свое лицо (*das Recht an der eigenen Person*)—основаніе приобрѣтенія всѣхъ

дальнѣйшихъ правъ—правоспособность (*das Recht der Persönlichkeit*). Оно распадается: а) правоспособность и б) право владѣнія,—изъ правоспособности проявленное право своей личности,—составляетъ переходъ къ другимъ правамъ.

2) Право на вещь (*das Recht an einer Sache*)— а) полное господство на вещь—право собственности б) частичное—*jus in re aliena*.

3) Право на дѣйствіе другаго лица (*das Recht an einer Handlung eines Andern*)—обязательства.

4) Право на лицо, внѣ насъ стоящее (*das Recht an einer Person ausser uns*)—права семейственныя

5) Право на перешедшее въ насъ лицо (*das Recht an einer in uns übergegangenem Person*)—право наследственное, которое замыкаетъ кругъ правъ гражданскихъ.

«Признавая последовательность и несомнѣнную легкость овладѣнія отдѣльными ученіями въ системѣ Пухты,—я не могу раздѣлять его взглядовъ», говорить *Синтенисъ* въ известной статьѣ своей «*Bemerkungen über Rechtssysteme, besonders die in der neuesten Zeit einander entgegengestellten*» въ *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, томъ 19 (1844 г.)

Личность въ смыслѣ правоспособности—условіе и составная часть всѣхъ правъ, не противопоставляясь имъ, какъ особенное. Признавъ въ правѣ на свое собственное лицо такую волю, которая сама себя служитъ предметомъ, она встрѣтится во всѣхъ правахъ, а не только въ правѣ владѣнія, ибо осуществленіе каждаго права—выраженіе желанія осуществить волю въ соотвѣтствіи опредѣленія права. Правоспособность не право, но условіе и составная часть всѣхъ правъ.

Съ другой стороны *Шталъ* (*Stahl - Philosophie des Rechts 4 Aufl. 1870, т. II, стр. 293—299*) возражаетъ противъ системы правъ Пухты и за нимъ *Синтенисъ* ставитъ вопросъ—состоитъ ли право изъ правъ (Пухта) или изъ правоотношеній, содержаніе которыхъ составляютъ права?

Право употребляется въ двоякомъ значеніи: 1) для

означения воли общей, постановляющей правила деятельности. Право — предписание или их совокупность. Сочетание предписаний права по имъ определяемымъ отношениямъ — институты права. Право состоитъ изъ институтовъ, распадающихся на предписания. Какъ выражение воли общей предписания права не могутъ быть приняты въ значеніи права объективнаго. 2) Право служитъ для означенія воли отдѣльнаго лица, соответствующей волѣ общей, что принято неточно называть правомъ субъективнымъ. Это господство лица, распадающееся на составныя части (Befugniss), приходящее въ сочетаніе (Rechtsverhältniss), — теряется въ случайныхъ и непрерывныхъ измѣненіяхъ жизненнаго обращенія. Разсмотрѣніе правоотношеній манитъ, подобно обольщенію измѣнчиваго колебанія волнъ, вмѣсто суроваго исканія твердой почвы. Казалось бы построение системы права, вмѣсто жесткаго понятія правъ, на правоотношеніяхъ такъ соответствуетъ жизненной природѣ предмета. (Puchta. *Cursus der Institutionen* 7-te Aufl. Bd. I. § 6).

Не поддаваясь обольщенію, Пухта видимъ задачу юриста — раскрыть право въ его сложномъ проявленіи въ правоотношеніяхъ, различныхъ по различію положеній лицъ:

- 1) какъ отдѣльнаго существа,
- 2) какъ члена органическаго союза а) семьи, б) народа, в) церкви.

Правоотношенія различаются — имущественныя, семейственныя, государственныя и церковныя. Право же — гражданское (имущественное и семейственное) государственное и церковное (Puchta. *Cursus der Institutionen*. 7-te Aufl. Bd. I. § 21, 22).

Совершенно превратно принимать право, определяющимъ правоотношенія. Не правоотношенія различны по различію положенія лицъ, но положеніе лицъ различается по отношеніямъ, въ которыхъ они находятся. Правоотношенія — это не сочетаніе правъ, какъ говоритъ Пухта, ибо *правоотношенія in concreto основаніе возникновенія правъ субъективныхъ*. Правоотно-

шенія не только внѣшнее, обольстительное своей наглядностью, заманчивое своей измѣнчивостью основаніе положеній права, — общей воли, — это не только матеріаль подлежащій опредѣленію. *Правоотношенія сами производятъ ихъ опредѣляющія правила права*. Содержаніе правилъ права — предоставленіе лицамъ господства въ опредѣленныхъ предѣлахъ, предоставленіе правъ субъективныхъ, различныхъ по различію ихъ породившихъ правоотношеній *in concreto*.

Отношенія права — основаніе правъ субъективныхъ, въ себѣ заключаютъ опредѣляющее ихъ правило — право объективное.

Отношенія права — это *prius*, производящее (*das Bewirkende*), отдѣльныя права — это *posterius*, произведенное (*das Bewirkte*).

Раскрытіе правилъ права изъ правоотношеній, а не обратно распознаніе твердо установленныхъ правъ въ измѣнчивыхъ правоотношеніяхъ: — *non ex regula ius sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*. (I 1, D. De diversis regulis iuris antiqui 50, 17).

Противорѣчивыя воззрѣнія на право, затрудняя установленіе опредѣленія права гражданскаго, привели *Вехтера* (Wächter — *Handbuch des württembergischen Privatrecht* т. 1, § 1, 1839) къ отрицательному его опредѣленію, сомнѣваясь въ возможности положительнаго опредѣленія права гражданскаго: *das Privatrecht (auch bürgerliches, Civilrecht genannt) kann man wohl nur negativ definiren*. Оно обнимаетъ, продолжаетъ Вехтеръ, совокупность положеній права о тѣхъ отношеніяхъ лицъ, которыя не принадлежатъ къ отношеніямъ государственнымъ (*der Inbegriff der Rechtsgrundsätze über diejenigen Verhältnisse der Perstonen, welche nicht öffentliche oder staatsrechtliche sind*. ib.)

Отношенія дѣйствительной жизни людей складываются изъ потребностей и стремленій ихъ удовлетворенія. Наши потребности, неразрывныя съ бытіемъ людей, подчиняются законамъ естественной необходимости, — это притязанія, начертанныя на лбу каждаго человѣческаго существа (Ihering. *Geist des römischen*

Rechts. Bd. III, Abth. 1, стр. 322, 2-te Aufl—der Anspruch, den jedes menschliche Wesen auf seiner Stirn trägt).

Настоятельности человеческих потребностей недостаточно для их осуществления, онѣ должны быть сознаны и охранены. Признание, обеспечение и охранение человеческих потребностей—актъ общей воли, что называется правомъ. Всякое право направлено обратить и возвести дѣйствительныя жизненныя отношенія людей въ правоотношенія; удовлетворяя естественной необходимости ихъ породившей, оно служитъ охраной общества: haec societatis custodia fons est ejus juris (Hugo Grotius. De jure belli ac pacis, proleg. 8). Созданное необходимостью, право опредѣляется его образовавшими отношеніями. Должно избѣгать поэтому понятіе права объективнаго сводить на понятіе субъективныхъ правъ,—понятіе гражданскаго права на понятіе гражданскихъ правъ ¹⁾).

Въ основаніи отрасли права лежитъ особенность его создавшихъ правоотношеній. Правоотношенія—отношенія, допускающія опредѣленія права, допускающія внѣшнее принужденіе въ своемъ осуществленіи. Въ этомъ признакъ внѣшняго принудительнаго осуществленія лежитъ различіе правоотношеній отъ нравственныхъ отношеній, дотолѣ лишь нравственныхъ пока свободно установлены, отъ прикосновенія внѣшняго принужденія утрачивая свое нравственное значеніе. Въ этомъ признакъ внѣшняго принудительнаго осуществленія лежитъ различіе правоотношеній отъ физическихъ положеній, состоящихъ въ исключительной зависимости внѣшней необходимости, слишкомъ неуклонной для допущенія возможности сопротивленія и принужденія.

Особенности правоотношеній, а не различіе положеній лицъ, какъ у Пухты (Inst § 6), опредѣляютъ особенную отрасль права.

1) Какъ мы находимъ это у Мейера: «понятіе права въ смыслѣ субъективномъ, далѣ котораго нейдетъ наука» (Русское гражданское право стр. 4 in fine.)

Гражданскія отношенія людей—отношенія ихъ обособленнаго бытія и исключительныхъ состояній въ ихъ отдѣленности, гдѣ человекъ, какъ частное лицо, стоитъ для проявленія своей единичной жизни. Гражданскія отношенія людей поражаютъ ихъ опредѣляющее право. *Гражданское право—совокупность положеній права, опредѣляющихъ правоотношенія частныхъ лицъ т. е. опредѣляющихъ ихъ имущественныя и семейныя отношенія* ¹⁾. Короче, *гражданское право опредѣляетъ исключительныя отношенія частныхъ лицъ* ²⁾.

Jus privatum quod ad singulorum utilitatem spectat (L 1 D. De justitia et jure I. 1.)

„Человекъ, стремясь въ гражданскомъ быту, къ полному развитію своихъ силъ и способностей, ищетъ удовлетворенія органическимъ потребностямъ своей природы. Первая потребность его—привести въ сознаніе свою личность посреди внѣшняго міра и утвердить это сознаніе внѣ себя; другая—дополнить свое бытіе въ семействѣ; третья—подчиненіе внѣшней природы, приобрѣтеніе имущества».

„Отношенія человека по имуществу опредѣляются самой жизнью и ея экономическими условіями: право (законъ) стремится только сознать и обнять эти условія, обеспечить правиломъ свободное дѣйствіе здраваго экономического начала жизни, подобно тому какъ въ сферѣ семейственныхъ отношеній правило стремится обеспечить нравственное начало“ (Побѣдоносцевъ. Курсъ гражданскаго права ч. I. § 1. изд. 2-ое 1873).

Въ этомъ опредѣленія гражданскаго права, по его породившимъ правоотношеніямъ, отражается успѣхъ его пониманія въ послѣднее время.

1) Das Privatrecht ist die Gesamtheit der Rechtsätze, welche die Rechtsverhältnisse der Privatpersonen regeln, d. h. die Verhältnisse normiren, in welchen die Personen als Vermögenssubjecte und als Familienglieder stehen. Unger. System I. Einleitung стр. 4).

2) Le droit civil a pour objet de régler les relations privées des particuliers entre eux (Aubry et Rau. Cours de droit civil français I § 2).

Успѣхъ послѣдняго времени и вмѣстѣ съ тѣмъ возвращеніе къ предшествующему сознанию, въ началѣ нашего столѣтія выраженному въ распредѣленіи матеріала права въ системѣ *Гуго* (Hugo Gustav. Institutionen des heutigen röm. Rechts 1789. или Lehrbuch d. heut. röm. R. 1826) и *Гейзе*. (Heise Georg Arnold. Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts. Heidelberg 1807—1823). Это сознание встрѣтило опроверженіе противника такой силы, какъ Пухта, и очищенное, и дополненное перешло въ новѣйшее время. Возраженіе Пухты направлено противъ порядка распредѣленія содержанія права у Гуго и Гейзе. «Здѣсь все еще ощущается вліяніе порядка институцій. Въ изложеніи обязательствъ руководить основаніе ихъ возникновенія. Въ право семейственное вносится туда не принадлежащая опека. Общая часть—теоретическій недоносокъ (eine doctrinelle Misgeburt)»¹⁾.

Пухта даетъ вышеизложенную систему правъ, по предметамъ господства лица, въ пяти классахъ,—сочетаніе правъ—это правоотношенія, предписанія для дѣятельности лица—это право, сочетаніе предписаній—институты права.

Иначе представляется состояніе права у *Савиньи* (Savigny. System т. I § 4). Въ дѣйствительной жизни, окружающее насъ состояніе права представляется прежде всего господствомъ отдѣльныхъ лицъ,—область преобладанія воли отдѣльнаго лица съ всеобщаго признанія. Эта признанная власть лица называется право, нѣкоторыми—право субъективное. Отдѣльныя права—составныя части ихъ опредѣляющихъ правоотношеній, которыя имѣютъ органическую природу (а не безконечно измѣнчивую, у Пухты) въ взаимной связи частей, ихъ развитія и возникновенія. Отдѣльное право принадлежитъ отдѣльному положенію права. Опредѣленное правоотношеніемъ, входя въ его составъ, отдѣльное

*) Sintenis. «Bemerkungen über Rechtssysteme» въ Zeitschrift für Civilrecht und Process T. 19 (1844) стр. 42.

право получаетъ свое восполненіе въ возстановленіи своей связи съ отношеніемъ права. Также и отдѣльное положеніе права получаетъ восполненіе въ возстановленіи связи съ положеніями правъ, опредѣляющими правоотношенія, какъ ихъ первообразъ—съ институтами права (Savigny I. § 5.)

Здѣсь уже не субъективныя права, различныя по положенію лицъ, какъ отдѣльное существо или членъ органическаго союза а) семьи, б) народа, в) церкви, опредѣляютъ различіе правоотношеній. Субъективныя права сами опредѣляются правоотношеніями, въ органический составъ которыхъ входятъ. Не система правъ (Пухта), но система правоотношеній, которымъ соответствуютъ ими порожденныя и ихъ въ свою очередь подчиняющія положенія правъ, какъ ихъ первообразъ,—это институты права и ихъ система (Савиньи).

Правоотношенія конкретныя (Rechtsfall) порождаютъ субъективныя права: изъ договора возникаетъ то или другое право требованія должника; право собственности на данную вещь налагаетъ обязанность всѣмъ не нарушать его и т. под. Сначала правоотношенія представляются безконечнымъ разнообразіемъ самыхъ различныхъ отношеній между лицами. Вскорѣ между ними замѣчается общая связь, проявленіе одинаковыхъ признаковъ. Соответственно связи правоотношеній сочленяются и ими порожденныя положенія права, образуя противоположное связи правоотношеній соединеніе положеній права. Единство отношеній права и имъ соответствующихъ правилъ права—*институтъ права* (Unger. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I § 24. стр. 213). *Институтъ права—цѣлость правоотношеній и противоположеній*, а не только типъ, первообразъ правоотношеній (Савиньи), не одно единство положеній права (Пухта). Здѣсь правоотношеніе имѣетъ отвѣченное надъ частными осуществленіями права значенія,—это правоотношенія in abstracto, а не in concreto, Rechtsverhältniss, а не Rechtsfall, оно—prius, породившее правило право.

Особенность исключительныхъ (гражданскихъ) отно-

шеній частныхъ лицъ обособляетъ сюда относящіяся институты права. Ихъ связь—система институтовъ гражданского права; ихъ содержаніе—произведеніе источниковъ права; раскрытіе и изслѣдованіи ихъ—наука права гражданского, наука, какъ проявленіе истины, постигнутой извѣстнымъ путемъ (методъ),—въ формѣ, созданной человѣческимъ мышленіемъ, на основаніи изслѣдованной связи, системы институтовъ ¹⁾.

Отсюда дальнѣйшее изложеніе обнимаетъ *систему институтовъ* гражданского права, *источники* гражданского права, *методъ* изученія гражданского права.

II. Система институтовъ гражданского права.

Гражданское право—совокупность положеній права, опредѣляющихъ правоотношенія частныхъ лицъ въ ихъ обособленномъ бытіи, т. е. ихъ имущественныя и семейственныя отношенія. Совокупность положеній права возникаетъ изъ ихъ создавшихъ правоотношеній, имъ въ свою очередь подчиненныхъ, гдѣ связь и единство обонхъ образуетъ институты права гражданского. Институты права гражданского распадаются на двѣ группы. Частное лицо, въ исключительности своего положенія, можетъ находиться въ имущественныхъ и въ семейственныхъ отношеніяхъ,—гражданское право можетъ быть имущественное и семейственное (Vermögensrecht und Familienrecht у Unger's System I §24).

Человѣкъ, среди несвободной безличной природы, удовлетворяетъ своимъ потребностямъ, подчиняя своему господству ея отдѣльныя части, ограниченные предме-

*) E d. Böking. Pandecten des röm. Prrechts. Bd. I. § 1. b. Wissenschaft ist die durch das Denken vermittelte Form, in welcher dem Menschen die Wahrheit erscheint.

ты внѣшняго видимаго міра, называемыя вещи, безсильный познать и подчинить внѣшній міръ въ цѣломъ.

Господство на вещи въ удовлетвореніе настоятельнымъ требованіямъ отдѣленнаго, исключительнаго бытія человѣка, непосредственное обладаніе вещами становится правомъ лица въ отношеніяхъ его къ постороннимъ людямъ, по поводу его господства и обладанія. Постороннія лица признаютъ это господство, оно сознается и охраняется, какъ право.

Господство лица на вещи различается въ содержаніи своемъ по степени его полноты и исключительности. Соответственно различаются и отсюда порожденные положенія права.

Совокупность отсюда правоотношеній и правоположеній даетъ *право вещное* (das Sachenrecht) или право *вотчинное*, у Побѣдоносцева. Это совокупность *институтовъ права на вещи*: владѣніе, право собственности, право на чужую вещь, какъ а) право участія и б) право залога.

Вещей въ природѣ недостаточно для удовлетворенія возможныхъ потребностей человѣка. Силы человѣка слабы для удовлетворенія всѣмъ его нуждамъ. Необходимо подчиненіе силъ и дѣятельности другихъ людей для доставленія вещей нашимъ силамъ недоступныхъ, для оказанія услугъ, превышающихъ пользованіе и обладаніе вещами.

Отсюда возникаетъ оборотъ вещей и дѣйствій, предложеніе услугъ за вознагражденіе, оборотъ и обмѣнъ вещей, возникаетъ требованіе дѣятельности, распоряженіе дѣйствіями,—возникаемъ господство надъ дѣйствіями лицъ.

Порожаемое необходимою оно несетъ въ себѣ свое признаніе и опредѣленіе. Признанное и опредѣленное становится *правомъ требованій* (Forderungsrecht) для однихъ, *обязательствомъ* (Obligationenrecht) для другихъ.

Единство отношеній долговыхъ и ими порожденныхъ, ихъ же опредѣляющихъ положеній права даетъ *институты права требованій*.

Первоначальная область господства воли лица на вещи тѣлесныя (res), расширенная въ обладаніи надъ дѣйствіями другихъ лицъ, порождаетъ совокупность отношеній распространеннаго далеко могущества лица, называемаго *его имуществомъ* (Vermögen, les biens, bona, facultates). Признаніе этого господства и охраненіе его правомъ—*право имущественное* (Vermögensrecht), слагающееся изъ отношеній лицъ по имуществу, изъ ими опредѣленныхъ и ихъ подчиняющихъ положеній права, изъ *институтовъ права имущественнаго*. *Вещи + вещи*

Здѣсь человеческое существо находитъ полнѣйшее свое обособленіе, отдѣленность и сосредоточіе въ своихъ потребностяхъ и своемъ господствѣ надъ вещами и дѣланіями.

Но человекъ не живетъ въ отвлеченной замкнутой, — онъ членъ органическаго цѣлаго. Какъ бы ни было велико имущественное могущество отдѣльнаго лица, — безпредѣльно его господство на вещи и дѣланія, онъ, въ недостаточности и неполнотѣ своей природы, встрѣчаетъ преграды, стремится преодолѣть ихъ.

Въ области отношеній гражданскихъ, гдѣ человекъ стоитъ въ своей отдѣленности для проявленія обособленнаго бытія своего, недостаточность его физической природы проявляется двояко—въ различіи пола и ограниченности предѣловъ жизни.

Для восполненія недостаточности физической своей природы человекъ ищетъ установленія продолжительныхъ жизненныхъ отношеній съ другими людьми. Въ бракѣ восполняется недостаточность отъ различія пола, въ родившихся дѣтяхъ—дальнѣйшее продленіе краткаго бытія отдѣльнаго лица. Возникаетъ родство. Въ этихъ соединеніяхъ образуются отношенія отдѣльнаго лица, какъ лица частнаго, исключительнаго въ своихъ интересахъ, или какъ члена цѣлаго. Совокупность всѣхъ этихъ отношеній называется — *семейство* (Familie). Признанныя правомъ—это *семейственное право* (Familienrecht) и состоитъ изъ единства отношеній и ими порожденныхъ, и ихъ опредѣляющихъ правилъ, — изъ *институтовъ семейственнаго права*.

Отношенія семейственныя не исключительно правовыя, значительная ихъ часть нравственнаго характера. Право опредѣляетъ ихъ установленіе и прекращеніе, содержаніе самихъ отношеній принадлежатъ сферѣ природы и нравственности. Семейственныя отношенія вліяютъ на имущественныя отношенія членовъ семьи. Особенность отсюда имущественныхъ отношеній, ими установленныя правила права въ единствѣ въ свою очередь имъ подлежащими отношеніями—*совокупность имущественныхъ семейственныхъ институтовъ* (Familiengüterrecht у Unger I § 24 стр. 218, angewandtes Familienrecht ¹⁾ у Savigny I § 57 стр. 380).

Восполненіе недостаточности отдѣльнаго бытія человека, ограниченнаго предѣлами земной жизни—въ продленіи лица умершаго его наслѣдниками. По смерти лица остается совокупность его имущественныхъ отношеній, подлежащихъ опредѣленіямъ права. Совокупность имущественныхъ отношеній умершаго, ихъ единство съ ихъ опредѣляющими положеніями права—*институты наслѣдственнаго права*, слагаются въ *наслѣдственное право* (das Erbrecht). Наслѣдственное право—преемственность лицъ въ одномъ неизмѣнившемся имуществѣ. Наслѣдственное право—завершеніе органическаго права, продленнаго за предѣлы бытія обособленнаго, отдѣльнаго лица. (Savigny. System I § 58. стр. 385). Наслѣдственное право камень замкнутой системы права гражданского (Unger. System I § 24. стр. 218).

Въ такомъ видѣ разстилается предъ нами обширный міръ гражданскихъ правоотношеній и ихъ опредѣляющихъ правоположеній, единство которыхъ—институты права, разнообразіе—виды гражданского права,

9433 - 1-61

1) Названіе «прикладное семейственное право» (angewandtes Familienrecht) по приложенію положеній семейственнаго права къ положеніямъ права имущественнаго—превратное и ведетъ въ заблужденіе: Семейственное право—одно, такъ наз. прикладное семейственное право не особенное,—это имущественныя отношенія членовъ семьи. Böking Pandecten des römischen Privatrechts 2-te Aufl. I. § 29 note 7. стр. 133.



порядок—система его. Здѣсь мы далеки отъ приведенной системы правъ, по различію ихъ предмета въ пяти классахъ, у Пухты, нашедшаго послѣдователей—*Гербера* (*Gerber-System des deutschen Privatrechts*)¹⁾ въ Германіи, *Д. П. Мейера* въ Россіи.

Изложенная система права гражданскаго можетъ быть названа господствующей въ настоящее время, при незначительныхъ отступленіяхъ въ частяхъ отъ указанной послѣдовательности институтовъ въ правѣ гражданскомъ.

Эта система гражданскаго права—отраженіе органическаго его проявленія въ дѣйствительной жизни, а не разрывъ жизненныхъ отношеній по отвлеченнымъ категоріямъ права (Пухта). Она встрѣчается впервые у *Гуго* и *Гейзе*, (сочиненія которыхъ, сюда относящіяся, названы выше на стр. 12), полнѣе выражена у *Савиньи*,²⁾ принята у *Унгера*,³⁾ *Фёрстера*,⁴⁾ и возведена до понятія права естественнаго у французскихъ юристовъ *Обри* и *Ро*.⁵⁾ По опредѣленію послѣднихъ, право—это совокупность правъ дѣятельности, допускающей внѣшнюю принудительность относящихся къ ней предписаній. Общее сознаніе народа и нравственное его чувство даютъ мѣрило подлежащаго внѣшнему принужденію, измѣняющееся съ ихъ переменною,—даютъ совокупность изъ внѣ принудительныхъ правилъ, соотвѣтственно состоянію развитія общества,—его право естественное. Имъ въ противоположность *Зибенаръ* (*Dr. Eduard Siebenhaar—Lehrbuch des sächsischen Privatrechts § 1. 2*) видитъ въ правѣ правила для жизни и оборота, опредѣленіе пра-

1) Unger. System. I. § 24. nr. 2, in fine.

2) Savigny. System des heutigen römischen Rechts. I. стр. 331—410.

3) Unger. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I § 24.

4) Förster. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. 3-te Aufl. 873. I § 7.

5) Aubry et Rau. Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae. 4-me ed. Tome 1. § 2.

воотношеній и изъ нихъ слагаемыхъ институтовъ. Право неизмѣнно господствуетъ надъ измѣнчивымъ колебаніемъ правоотношеній, живой потокъ которыхъ не поддается овладѣнію изученіемъ ихъ въ состояніи покоя.

Всѣмъ прежнимъ ученіямъ противоположно возрѣніе *Данкварта* (*Dankwart. Nationalökonomische—civilistische Studien. 1862*) на преобладаніе въ правѣ хозяйственнаго значенія, его дѣйствительнаго основанія. При всемъ значеніи хозяйственной стороны въ правѣ для объясненія зарожденія института права въ исторіи и удовлетворенія въ немъ потребностей дѣйствительной жизни, она не вноситъ начала порядка («*diese Betrachtung giebt kein systematisches Element*»—*Förster. Theorie und Praxis. Bd I. стр. 23*), не указываетъ логическаго основанія для раскрытія внутренней связи институтовъ права. Это основаніе—бытіе чловѣка, отдѣльнаго правоспособнаго субъекта, или лицо въ его особенности (*die Grundlage bildet die Existenz des Menschen als einzelnen Rechtsfähigen Subjekts, oder Person für sich... Brunns. Das heutige römische Recht in Encyclopädie der Rechtswissenschaft von Fr. v Holtzendorff. 2-te Aufl. стр. 315*). Бытіе лица—это его господство надъ несвободнымъ міромъ и собственная свобода. Проявленіе этого бытія—органическое развитіе системы права гражданскаго. Назначеніе права—служить нравственной свободѣ чловѣка, а не раболѣпствовать предъ хозяйственной разчетливостью. Для него имѣетъ значеніе не только средній хозяйственный разчетъ (*ökonomische Durchschnittsinteresse*), но индивидуальная польза отдѣльнаго лица (*individuelle Interesse*). Оно не довольствуется обобщеніями науки народнаго хозяйства, этой философіи имущественныхъ благъ («*die Philosophie der materiellen Güter*» у *W. Eudemann Studien in der romanisch-kanonischen Wirthschafts-und Rechtslehre. 1874. стр. 1.*), но создаетъ тончайшія различія по слабымъ отмѣнкамъ въ отношеніяхъ. Здѣсь не просто распредѣленіе богатствъ науки народнаго хозяйства, но множество разнообразныхъ отличительныхъ отношеній мѣны, купли, найма, займа, ссуды и

т. п. Какъ правъ *Гольдшмитъ* (Goldschmidt), называя устраненіе различія отдѣльныхъ видовъ обязательствъ «общей хозяйственной размазней» (allgemeine ökonomische Werthbrei) ¹⁾

Я далека мысли заключить ученія права въ замкнутость ихъ систематическаго убѣжища (in schematischem Behagen), устраняя вліяніе возрѣній извѣстнаго времени на предметы и способы имущественнаго оборота. Заимствую примѣръ давленія на право идей ему чуждыхъ изъ названной выше книги В. Эндемана (W. Endemann. Studien in der Wirthschafts- und Rechtslehre. Стр. 1—5):—нравственное правило христіанства, возведенное католической церковью въ каноническій догматъ о бездоходности денегъ (die Unfruchtbarkeit des Geldes), проникаетъ въ средніе вѣка положенія права о ростѣ, лихвѣ, безпроцентности займа,—уступаетъ измѣнившемуся состоянію культуры современной, въ соотвѣтствіе которой большинство современныхъ законодательствъ отмѣнили въ правѣ лихвенные проценты ²⁾.

Этимъ оканчиваемъ мы изложеніе системы институтовъ права гражданскаго, приводи въ заключеніе руководившую нами здѣсь мысль, прекрасно выраженную французскимъ юристомъ въ слѣдующихъ словахъ:

Et si l'on croyait que cet essai donne trop à l'esprit du système, à une théorie abstraite ou métaphysique, nous observerions que selon nos maîtres, il n'existe pas de véritable science, qu'il n'y a que routine et préjugés tout au plus sens droit ou tact heureux dans la tête des hommes qui n'ont ni système, ni théorie.

Recueil general des lois et des arrêts par Sirey
Tom. IX. Part. II. p. 277.

1) Gerber. System des deutschen Privatrechts. Aufl. 10. § 6. пр. 2. стр. 12.

2) *Е. Бревсриъ*. О ростѣ и лихвѣ по иностраннымъ законодательствамъ. Спб. 1869. Тпч. II Отд. Е. И. В. Канцелярія.

III. Источники права.

Право—это правила, изъ отношеній между людьми возникшія: самимъ человекомъ созданныя;—для руководства дѣятельностью людей: по поводу человека созданныя;—дѣятельностью людей въ совмѣстной ихъ жизни: для опредѣленія совмѣстной жизни человека созданныя;—наконецъ подчиняющія человека, какъ предметъ подлежащій ихъ опредѣленію ¹⁾.

Право—это правила, созданныя человекомъ; выраженные ограниченными средствами проявленія его мысли—въ словѣ и дѣяніи. Выражающія созданныя человекомъ правила его дѣятельности, слова и дѣянія—начальное проявленіе созданнаго правила,—*источники права*. «Источники права»—это образное означеніе словъ и дѣяній, выражающихъ право, въ нихъ однихъ познаваемое ²⁾. Источники русскаго гражданскаго права въ словѣ—это *законъ, уставъ, учрежденіе*, исходящія отъ самодержавной власти (ст. 47 Осн. Законы т. I. ч. I.)—это *jus scriptum*. (§ 3. I. de iure naturali, gentium et civili I. 2. L. 6. D. de iustitia et iure. I. 1). Источники русскаго гражданскаго права въ дѣяніяхъ—*это обычное право*, закономъ признанное за источникъ права: ст. 116 т. XII ч. 2 Уст. о благоустройствѣ въ каз. сел., изданная въ 1846 году для надѣленія государственныхъ крестьянъ семейными участками;—Положеніе о крестьянахъ 19 февр. 1861:—ст. 21, 38, 107 Общаго положенія,—ст. 31 и 56 Полож. о губ. и уѣзд. по крест. дѣл. учр.,—ст. 166 Полож. о выкупѣ,—110 Мѣст. пол. для губ. велик., новор., и бѣлор.,—ст. 93. 94, 95

1) Brinz. Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. Lief. 1 § 18, Aufl. 2-te. Erlangen. 1873. Das Recht ist ein Gesetz, welches den Menschen zum Anlass, Gegenstand, Zweck und Urheber hat.

2) Brinz. ib. § 2 «Quelle» ist nur der bildliche Ausdruck für jene Worte und Werke, in welchen das Recht entsteht, und aus denen allein es denn auch zu schöpfen ist.

Мѣст. пол. для губ. малоросс., наконецъ въ ст. 130 Уст. Гр. Суд. 20 нояб. 1864 г. ¹⁾). Обычное право, вопреки закона дѣйствующее, — отрицательное, не примѣняя его постановленія, напр. ст. 923. Уст. Вр. «Тѣло самоубійцы надлежитъ палачу въ безчестное мѣсто оттащить и тамъ закопать;» — положительное, сохраняя въ народѣ за право признанное, закономъ не опредѣленное.

Источникъ гражданскаго права въ дѣяніи — это *право юристовъ*, не формально принудительное, но изъ содержанія заимствуя свое значеніе.

Обычное право — неписанное право, *ius non scriptum*, (§ 3, 9. I. de iure naturali, gentium et civili. I. 2. L. 6. D. de I. et. I. I. 1) хотя можетъ быть записано, ибо значеніе его не *ex scripto*, не въ установленномъ письменномъ словѣ, но изъ однообразія дѣяній его производящихъ.

Независимо отъ выраженныхъ въ словѣ и дѣяніи, созданныхъ человекомъ правилъ дѣятельности, въ жизни примѣняются не приведенныя въ сознаніе положенія — эти скрытыя наложенія (*Latente Bestandtheile des Rechts*) у Леринга ²⁾ въ противоположность изъявленнымъ, право объективное въ противоположность субъективно сознанному (*das objective Recht und die subjective Erkenntniss. ib.*).

Послѣ предварительныхъ этихъ замѣчаній, переходу къ ближайшему разсмотрѣнію каждаго изъ названныхъ источниковъ права, слѣдуя не порядку историческаго ихъ возникновенія и значенія, но практическому преобладанію во всѣхъ развившихся обществахъ источника права — *закона*.

А) Законъ.

Законъ — положеніе права, изшедшее отъ законодательной власти въ государствѣ. Въ Россіи «законы издаются въ видѣ уложеній, уставовъ, учреждений, гра-

1) Уст. Гр. Суд. ст. 130. разсужденіе въ ея основаніи. изд. государственной канцеляріи. 1867 года.

2) Ihering Geist des römischen Rechts. Th. I § 3. Aufl. 2.

моть, положеній, наказовъ (инструкцій), манифестовъ, указовъ, мнѣній государственнаго совѣта и докладовъ, удостоенныхъ Высочайшаго утвержденія» (ст. 53 Осн. Зак. т. I ч. 1). «Новый законъ постановляется не иначе, какъ за собственнымъ Высочайшимъ подписаніемъ» (ст. 54. *ib.*), «дополненія и изъясненія закона могутъ быть излагаемы по словеснымъ Высочайшимъ повелѣніямъ, чрезъ указы, объявляемые мѣстами и лицами къ этому уполномоченными» (ст. 55 и прим. *ib.*). Дѣйствіе указовъ объявляемыхъ ограниченнѣе законовъ за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ (ст. 66 *ib.*). «Никакое мѣсто или правительство въ государствѣ не можетъ само собою установить новаго закона, и никакой законъ не можетъ имѣть своего совершенія безъ утвержденія самодержавной Власти» (ст. 51. *ib.*).

Настоящее наше законодательство начинается уложеніемъ 1649. (Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ стр. 152). «Развитіе законовъ въ государствѣ русскомъ, лишенное пособія науки, не поддерживаемое правомъ римскимъ, было медленное, а иногда принимало направление неудовлетворительное и ошибочное» (Судебные уставы 20 ноября 1864 г., изданные государственною канцелярією, 2-ое изд. 1867 г. Уст. Гр. Суд. стр. 1 — «историческое обозрѣніе законодательства», изложенное гр. Блудовымъ въ 1857 г. при внесеніи проекта уст. гр. суд. въ государственный совѣтъ).

Медленность развитія законовъ подтверждена словами Манифеста 31 янв. 1833 г. при изданіи свода законовъ, видящаго въ немъ «исполненіе желаній, въ теченіе ста двадцати шести лѣтъ почти непрерывно продолжавшихся,» со времени указа 18 февр. 1700 г. — снести соборное уложеніе 1649 г. съ постановленіями послѣ него состоявшимися, т. е. съ новоуказанными статьями, именными указами, боярскими приговорами. Для этого снесенія уложенія съ изданными послѣ постановленіями назначена первая коммиссія 1700 для приведенія въ одинъ составъ дѣйствовавшія тогда узаконенія, — составила неоконченный сводъ трехъ главъ уло-

женія. Трудность составить сводъ дѣйствовавшихъ узаконеній при ихъ противорѣчии повела къ мѣрѣ противоположной—отрѣшить всѣ новоуказанныя статьи, несогласныя съ уложеніемъ. Учреждена вторая коммиссія 1714 г., она дала 10 главъ своднаго уложенія, оставшагося безъ разсмотрѣнія и послѣдствія съ прекращеніемъ коммиссіи въ 1718 году. Безсиліе составить сводъ дѣйствовавшихъ узаконеній и отрѣшить противорѣчащее уложенію 1649 обратили къ попыткѣ сочинить новое уложеніе чрезъ сводъ россійскаго уложенія съ шведскимъ и датскимъ. Порученіе возложено на третью коммиссію 1720 г., которая послѣ тщетныхъ начинаній пресѣклась, не оставивъ по себѣ никакихъ послѣдствій. Преслѣдуя цѣль приведенія въ извѣстность дѣйствующие законы, Верховная Власть призываетъ въ составъ четвертой коммиссіи въ 1728 г. по пяти депутатовъ изъ всѣхъ губерній по выбору отъ дворянства. Кончина Петра II-го прекратила коммиссію до приступа ея къ дѣлу. Дальнѣйшія усилія колеблются между сочиненіемъ новаго уложенія, порученнымъ въ 1730 г. пятой коммиссіи вначалѣ ея дѣятельности, обратившейся въ 1735 къ составленію своднаго уложенія, и своднымъ уложеніемъ, за которое сначала принялась шестая коммиссія въ 1754 г., перейдя затѣмъ къ сочиненію законовъ. Ихъ смѣнила седьмая коммиссія 1760, не оставая подобно имъ никакихъ слѣдовъ.

Въ 1767 году учреждена восьмая коммиссія, въ основаніе дѣятельности которой легъ Наказъ о сочиненіи уложенія Императрицы Екатерины II. Общее собраніе коммиссіи сочтяло изъ 565 депутатовъ, отдѣльныхъ коммиссій было 19, изъ нихъ 15 по 15 разрядамъ законовъ, за тѣмъ коммиссіи дирекціонная: для порядка, — экспедиціонная: для исправленія слога проектовъ, — наказовъ: для выписокъ изъ проектовъ, — сводовъ: для собранія прежнихъ законовъ. — Коммиссія сочиненія уложенія открыта въ Москвѣ 31 іюля 1767 г. Чрезъ пять мѣсяцевъ распущено общее собраніе, въ 1774 г. все многосложное учрежденіе, послѣ шестилѣтняго существованія упразднено, составивъ лишь такъ называемые

планы т. е. заглавія проектовъ и оставивъ нѣкоторыя, въ видѣ опыта, сочиненія по этимъ заглавіямъ, не разсмотрѣнныя и не утвержденныя. Неудача въ сочиненіи уложенія обратила девятую коммиссію 1797 года къ составленію своднаго уложенія, но ея работы остались безъ разсмотрѣнія. Въ 1804 г. учреждена десятая коммиссія, обращенная въ 1810 г., по образованіи государственнаго совѣта, въ учрежденіе при немъ, и преобразованная 31 янв. 1826 г. во II отдѣленіе собственной Его Величества канцеляріи ¹⁾).

Дѣятельность десятой коммиссіи достаточно извѣстна по запискѣ «о древней и новой Россіи въ ея политическомъ и гражданскомъ отношеніяхъ» Н. М. Карамзина, изданной редакціей Русскаго Архива. — «Медленность прежнихъ коммиссій повторяется здѣсь, становясь необходимой, ибо, говорятъ, Россія дотолѣ имѣла одни указы, а не законы. Не составленіе своднаго уложенія, не сочиненіе новаго уложенія, въ произведеніи которыхъ оказались безсильны всѣ предшествовавшія коммиссіи, но заимствованіе иностранныхъ законовъ становится предметомъ дѣятельности десятой коммиссіи. Вѣрно переводить кодексъ Фридриха Великаго, находимъ переводъ кодекса Наполеона.» — Уничтожающей критикѣ подвергаетъ Карамзинъ всю эту дѣятельность. «Успѣхъ вещи зависитъ, говоритъ онъ, отъ яснаго, истиннаго объ ней понятія. Какъ, восклицаетъ онъ далѣе, у насъ нѣтъ законовъ, а только указы? Для того ли существуетъ Россія, какъ сильное государство, около тысячи лѣтъ, для того ли около ста лѣтъ трудимся надъ сочиненіемъ своего полнаго уложенія, чтобы торжественно предъ лицомъ Европы признаться глупцами? Кстати ли, продолжаетъ Карамзинъ, начинать русское уложеніе главою о правахъ гражданскихъ, коихъ не бывало и нѣтъ въ Россіи? У насъ только политическія или особенныя права разныхъ государственныхъ состояній, общаго нѣтъ, кромѣ названія русскіихъ. Законы

1) Обзорѣніе историческихъ свѣдѣній о сводѣ стр. 1—69.

народа должны быть извлечены из его собственных понятий, правовъ, обыкновений, мѣстныхъ обстоятельствъ, а не переводъ подлинника законовъ иностранныхъ. Мы имѣли бы уже 9-ть уложений, еслибы надлежало только переводить. Въ дѣятельности комиссіи видно, что она шьетъ намъ кафтанъ по чужой мѣркѣ, все не русское, все не по русски, какъ вещи, такъ и предложенія. Переводчики могли бы не говорить объ Alluvion, отъ начала Россіи у насъ не бывало тяжбы о сихъ предметахъ. Выписки изъ церковныхъ уставовъ о позволенныхъ бракахъ и разводахъ сдѣланы на скоро ¹⁾».

Медленность дѣятельности всѣхъ доселѣ бывшихъ комиссій во многомъ зависѣла отъ отсутствія единства руководящей мысли, преобладающей воли, вѣрующей въ успѣхъ предпринятаго дѣла. Значеніе указываемой необходимости въ единствѣ руководящей мысли, въ объединяющемъ направленіи усилій многихъ лицъ подтверждается примѣрами законодательной дѣятельности въ другихъ государствахъ ²⁾. Въ Пруссіи, — преобладающее значеніе въ комиссіи изъ 7 членовъ, назначенной двумя кабинетными предписаніями (Cabinetsordres) 6 и 14 апр. 1780, получаетъ *Суаресъ* (Suarez), дѣятельности котораго, не смотря на преграды министра юстиціи гр. Данкельмана, обязана Пруссія изданнымъ 5 фев. 1794 г. Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, вступившимъ въ законную силу 1-го іюня 1794 г. Въ Австріи, — *Ценкеръ* (Zenker) составилъ въ 1766 году Codex Theresianus, пересмотрѣнный съ послѣдующими законами Іосифа II и вновь изданный въ 1794 до 1796 какъ Iosephinisches Gesetzbuch, введенный въ дѣйствіе въ Галиціи въ 1797. Для прочихъ частей Австріи изданный проектъ былъ подвергнутъ дальнѣйшему разсмотрѣнію, при чемъ *Цейлеръ* (Zeiller) — докладчикъ. Проектъ утвержденъ 7 іюля 1810 г., обнару-

1) *Карамзинъ*. О древней и новой Россіи въ ея политическомъ и гражданскомъ отношеніяхъ, стр. 2324—2328.

2) Behrend. Die neueren Privatrechts-Codificationen въ Encyclopädie von Holtzendorff. 2-te Aufl. стр. 289—306.

дованъ подъ названіемъ—*allgemeines burgerliches Gesetzbuch* для Австріи, кромѣ Венгріи, 1 іюня 1811 г. Во Франціи, — въ законѣ 9 Брюмера годъ VIII о учрежденіи консульства указано на составленіе гражданского кодекса. Первый кансуль имѣеть здѣсь преобладающее значеніе вмѣстѣ съ четырьмя имъ избранными лицами—*Тронше* (Tronchet), *Порталисъ* (Portalis), *Бюо де Преамено* (Bigot de Préameneu) и *Малевилль* (Maleville). Ихъ трудъ опубликованъ 30 Вентоза годъ XII (20 марта 1804) подъ названіемъ Code civil des Français.

Въ Россіи, — десятая комиссія преобразованна 31 янв. 1826 во II отдѣленіе собственной Е. И. В. канцеляріи. Дѣло составленія свода законовъ принято *гр. Сперанскимъ*, — окончено въ началѣ 1832, когда первая книга свода поступила къ тисненію. Совершеніе свода возвѣщено 31 янв. 1833 года Высочайшимъ Манифестомъ, воспринятіе имъ законной силы указано съ 1-го янв. 1835.

Исходя отъ мысли Бэкона: «когда законы, нарастая одинъ надъ другими, умножатся до такого количества, или придутъ въ такое смѣшеніе, что представится необходимымъ сдѣлать въ самомъ существѣ ихъ разборъ и устроить ихъ въ другой лучшей и удобнѣйшій составъ: то да будетъ сіе первымъ дѣломъ, важнѣйшимъ подвигомъ законодательства» (Bacon. De dignitate et augmentis scientiarum. Aphor. 59), гр. Сперанскій приступилъ къ 1) *собранію законовъ* и 2) *составленію свода*.

Мысль о собраніи законовъ возникла уже при Петрѣ Великомъ, повелѣвшимъ 29 апрѣля 1720 года сенату раздѣлить всѣ вновь выходящіе указы на временные и постоянные, записывая первые въ особую книгу—*указныя книги*, вторые разбирая по матеріямъ къ регламентамъ коллегій, уставамъ и артикуламъ. Изданы указы до 1730, возобновлено ихъ изданіе въ 1762 и продлено до 1770, снова начато десятой комиссіей составленія законовъ въ «журналѣ законодательства» продолжавшемся съ 1817 до 1820 года. Потребность указныхъ книгъ нашла отголосокъ въ частныхъ рабо-

тахъ: юридическій словарь 1788, перепечатанный въ 1791 году, словарь Чулкова и указатель законовъ Максимова.

Неполнота въ содержаніи, невѣрность въ текстѣ и показаніи времени составленія указовъ—главные недостатки названныхъ собраній.

Второе отдѣленіе собственной Е. И. В. канцеляріи приступило съ 1826 года къ составленію собранія законовъ, принявъ за начало дѣйствующаго права Уложение 1649 г., все до него состоявшееся полагая недѣйствительнымъ. Подлинникъ Уложения 1649 г. полученъ изъ оружейной палаты въ двухъ свиткахъ, съ которыхъ первоначально Уложение переписано въ книгу и напечатано въ трехъ изданіяхъ славянскими буквами. Эти три изданія Уложения, съ которыхъ составлены послѣдующія 13 изданій гражданской печати,—приняты основаніемъ для текста въ собраніи законовъ. Составители Уложения работали надъ нимъ отъ 16 іюля 1649 г. до 3-го окт. 1649 г. е. 2 мѣсяца 17 дней. Уложение содержитъ въ себѣ 25 главъ и 968 статей.

Дальнѣйшее собраніе послѣ Уложения состоявшихся законовъ, повѣрка ихъ текстовъ производилась: 1) сличеніемъ списковъ съ подлинными указами, 2) ревизіей особыхъ чиновниковъ и 3) окончательная ревизія при отправленіи въ типографію.

Главные хранилища законовъ, послѣ Уложения составившихся, съ 1711 года: с.-петербургскій архивъ правительствующаго сената, инспекторскій департаментъ, откуда получены указы книги Петра Великаго,—кабинетъ Е. И. В., государственный архивъ старыхъ дѣлъ, архивы св. синода и разныхъ министерствъ.

Собраніе законовъ отъ 29 января 1649 года до 12 дек. 1825, день перваго манифеста Императора Николая I,—обнимающъ 174 года 9 мѣсяцевъ, 30,920 отдѣльныхъ узаконеній, размѣщенныхъ въ 45 томахъ изъ 48 частей, и называется *первое собраніе*. По окончаніи перваго собранія законовъ начато *второе собраніе* отъ 12 дек. 1825 года, продолжаясь ежегоднымъ изданіемъ законовъ каждаго минувшаго года. Въ

настоящее время второе полное собраніе законовъ доходитъ до законовъ, въ теченіи 1867 года состоявшихся, включаетъ 45,355 отдѣльныхъ узаконеній, распределенныхъ въ 42 томахъ, послѣдній изданъ въ 1871 г.

Къ обоимъ собраніямъ приложены указатели хронологическіе и алфавитные.

Въ составъ собранія вошли законы отмѣненные и дѣйствующіе, судебныя рѣшенія общаго значенія, частныя распоряженія, исторически важныя.

При правительствующемъ сенатѣ издается *собраніе узаконеній и распоряженій правительства*. Здѣсь по силѣ прилож. къ 472 ст. I т. Учр. Прав. Сен. по прод. 1863 г. печатаются всѣ Манифесты, Высочайшія повелѣнія, указы Сената, трактаты и постановленія, имѣющіе силу закона и подлежащіе внесенію въ полное собраніе законовъ.

Независимо отъ *собранія узаконеній и распоряженій правительства*, издаваемого при правительствующемъ сенатѣ, на основаніи 57 ст. I т. Осн. Зак., законы общіе, содержащіе въ себѣ новое правило или поясненіе, либо отмѣну прежнихъ законовъ, обнародуются во всеобщее свѣдѣніе сенатомъ.

Въ этихъ собраніяхъ укладывается законодательная дѣятельность за два съ четвертью столѣтія,—законодательство, со времени Уложения 1649 года накопившееся. Связанное хронологически, оно «не устроено въ лучшій и удобнѣйшій составъ» (Васон. De dign. et auct. scient. Arhog. 59),—не замкнуто въ единомъ планѣ, но раскрыто постепеннымъ измѣненіямъ, потребностями усложнившагося быта вызванными,—нововведеніямъ, законодательствомъ пролагаемымъ, давая возникающимъ требованіямъ точное отраженіе и удостовереніе, по мѣрѣ ихъ появленія.

Такое неопредѣленное и стремительное (obscure and involved condition of the laws) состояніе законодательства, какъ бы ни привыкъ народъ къ постепенному созиданію законовъ и какъ бы слабо ни чувствовалъ неудобства отъ этого,—раскрываетъ широкій путь произволу, постоянно преграждаетъ преобразования. Беспорядоч-

ное нарастаніе съ теченіемъ времени законовъ, произведенныхъ отчасти чрезъ простое примѣненіе судами, отчасти непосредственнымъ и отрывочнымъ (spasmodic) вмѣшательствомъ законодательства, усиливаетъ эти опасенія. Законодательство, въ составленіи законовъ, судъ, въ толкованіи и примѣненіи ихъ, преслѣдуютъ каждый свой особенный путь, создавая исключительныя положенія, безъ всякаго отношенія къ цѣлой системѣ права, о органическомъ развитіи котораго не можетъ быть рѣчи.

Такое состояніе права не является особенностью одной какой-либо страны, оно общее слѣдствіе постепенности въ дѣйствіи цивилизаціи. Это не столь очевидно въ тѣхъ государствахъ, гдѣ непосредственное развитіе законовъ (spontaneous development of law) прервано дѣйствіемъ внутренняго переворота съ насильственнымъ преобразованиемъ правительственной власти, или дѣйствіемъ внѣшняго покоренія. Анархическое состояніе законовъ всего болѣе замѣтно въ странахъ, прошедшихъ продолжительный путь спокойнаго развитія, не прерываемаго ни внутренними переворотами, ни внѣшнимъ покореніемъ, преградившими непосредственное развитіе законовъ. Примѣрами такихъ странъ могутъ быть представлены Россія и Англія. Вѣроятно въ странахъ, гдѣ имѣли продолжительное вліяніе собственно право римское, *leges barbarorum* и каноническое право, во Франціи до революціи и въ Германіи, — иныя причины, какъ наприм. соединеніе въ одно многихъ областей съ ихъ особенными правами и обычаями ¹⁾, — повели къ иному роду, но равнаго по степени, хаотическому состоянію правъ.

Трудно удивляться, говоритъ извѣстный юристъ Англіи Эмосъ (Sheldon Amos. *The science of Law*, по-

1) Достаточно взглянуть на карту Германіи съ указаніемъ различныхъ въ ней дѣйствующихъ системъ правъ и ихъ взаимоотношеніемъ: *Rechtskarte von Deutschland*, въ *Iustus Pertes Mittheilungen*, т. 16, 1870, IV. Особенно интересна въ этомъ отношеніи образцовая страна партикулярнаго права—Баварія, гдѣ дѣйствуетъ 43 различныхъ системъ права. См. P. Roth, *Bayerisches Civilrecht*. Tübingen. 1871, т. § 4, стр. 7.

мѣщенная въ *The International Scientific Series*. vol X, chap. XIII, стр. 360), которому мы слѣдовали въ изложеніи только-что сказаннаго, — трудно удивляться наступленію въ жизни государства рано или поздно времени, когда раздается громкое требованіе упрощенія и новаго изданія законовъ (*simplification and republication of the law*).

Допустивъ наступленіе въ государствѣ сознанія несоотвѣтствія въ существѣ и формѣ дѣйствующихъ законовъ, становится необходимо изыскать средства для выхода изъ такого состоянія права. Свойство недостатковъ дѣйствующихъ законовъ указываетъ средство исправленія. Неизвѣстность законовъ ведетъ къ сомнѣнію въ точномъ ихъ содержаніи и къ противорѣчивому ихъ толкованію, — затрудняетъ раскрытіе смысла законовъ въ примѣненіи ихъ судомъ, — замѣдляетъ познаніе ихъ для частныхъ лицъ, — вводитъ самого законодателя недостаткомъ руководящихъ началъ въ замѣшательство. Трудности отъ неизвѣстности законовъ въ порядкѣ суда и управленія, въ усовершеніи законовъ, въ законодѣльнѣ—указаны гр. Сперанскимъ въ разъясненіяхъ «существа дѣла» составленія для Россіи свода законовъ: «Законы были бы тверже, приложение къ дѣламъ удобнѣе, выборъ исполнителей ихъ достовѣрнѣе, если бы дѣйствіе ихъ не было воспаляемо раздробительною ихъ многосложностью. Главнѣйшія здѣсь трудности: 1) трудности въ порядкѣ суда и управленія. У насъ сперва число законовъ недостаточно, судъ обращался къ законодательству, рѣшенія котораго извѣстны встарину, это дѣла вершенныя. Когда недостатокъ законовъ миновался, многосложность, раздробительность, неизвѣстность ихъ породили ябеду, неправые толки, пристрастныя рѣшенія. 2) Трудности въ усовершеніи законовъ законодательствомъ. 3) Трудности въ законодѣльнѣ». (Обоз. ист. свѣд. о сводѣ стр. 87—103). Мотивъ принятія въ Уст. Гр. Суд. порядка удостовѣренія въ безвѣстномъ отсутствіи достаточно подтверждаетъ справедливость сказаннаго относительно трудности усовершенія законовъ. Здѣсь указывается «спорный вопросъ: нужно ли вносить въ положитель-

ный законъ опредѣленія понятій, относимыя многими къ области науки» и рѣшается разсѣченіемъ трудности: «во всякомъ случаѣ это не можетъ имѣть мѣста въ правилахъ порядка удостовѣренія безвѣстнаго отсутствія»¹⁾.

Для устранения всѣхъ этихъ недостатковъ у всѣхъ на устахъ одно предложеніе: «кодификація». (Amos. The science of law, стр. 365).

Слово «кодификація», впервые употребленное І. Бентамомъ²⁾, принимается въ различномъ значеніи³⁾. Кодификація—обращеніе неписаннаго права въ письменную форму, дѣлая его доступнымъ всѣмъ и устраняя сохраненіе его въ тайнѣ среди нѣкоторыхъ. Гласность и ясность законовъ (publicity and explicitness) здѣсь важнѣе единства и послѣдовательности ихъ распредѣленія. Заслуга кодекса, согласно мнѣнію Бентама, остановить созданіе правъ судьями (judge-made law), устранить представленіе о таинственныхъ началахъ права, переходящихъ отъ одного поколѣнія судей къ другому, и недоступныхъ всѣмъ постороннимъ.

Принимающіе слово кодификація въ указанномъ значеніи распадаются на три группы. Одни видятъ въ кодексѣ (code) ни болѣе, ни менѣе *простаго воспроизведенія всей совокупности существующаго права*, въ писанныхъ и неписанныхъ его источникахъ, преслѣдуя оглашеніе и удостовѣреніе права (certainty and publicity).

Другіе, подобно первымъ преслѣдуя оглашеніе и удостовѣреніе права, стремятся очистить его отъ противорѣчій (antinomies) и неясностей, преграждающихъ его дальнѣйшее развитіе. Здѣсь сравниваютъ вліяющія условія на образованіе права, для опредѣленія ихъ значенія въ ряду съ другими;—здѣсь далѣе, раскрываютъ несогласимыя противорѣчія, для возбужденія законодательна-

1) Суд. Уст., изд. государственной канцеляріей. Изд. 2-е. Ст. 1451 и мотивъ Уст. Гр. Суд.

2) V e h r e n d—Die neueren Privatrechts—Codificationen, въ Holtzendorff'a Encycl. 2-е изд. 1873 г. стр. 289, пр. 1.

3) Amos The science of law, стр. 365.

го вмѣшательства; мало того,—указываютъ нѣкоторыя начала, въ дѣйствительности примѣняемыя, и рѣшенія, привимасмыя за руководящія, для внесенія ихъ въ составъ положеній права; наконецъ,—выражаютъ всѣ достигнутые выводы въ формѣ краткихъ и опредѣленныхъ положеній, по возможности менѣе однако разрушая старое пониманіе и языкъ права. Такая дѣятельность называется *дигестациа* (digesting) въ противоположность *кодификація* (codifying).

При всемъ значеніи дигестационной дѣятельности, нельзя не замѣтить, что такого точно усилія достаточно бы для достиженія болѣшихъ послѣдствій—для распредѣленія всего матеріала права въ порядкѣ болѣе соответствующемъ требованіямъ современнаго общества.

Третья группа, видящихъ въ кодификаціи оглашеніе и удостовѣреніе права,—*направленія практическаго*, преслѣдуетъ здѣсь достиженіе не совершеннаго, но возможнаго. Далекая томной нѣжности (lingering fondness) къ формамъ и языку прошедшаго, признавая лишь подчиненное значеніе полнаго логическаго единства права, въ преобразованіи всей системы права національнаго она поддается обольщенію имѣть менѣе совершенное, ибо оно достижимо скорѣе и съ меньшимъ сопротивленіемъ. Руководящее здѣсь правило—*le mieux est l'ennemi du bien!* Послѣдователи этого практическаго направленія законодательства любятъ говорить *о частной и о постепенной кодификаціи* (gradual or progressive), гдѣ очередь опредѣляетъ кажущаяся важность предмета или недостаточность положеній права, дѣлающія преобразование настоятельно.

Соответственно тремъ направленіямъ въ пониманіи значенія кодификаціи перваго о немъ представленія, какъ оглашеніе и удостовѣреніе права, могутъ быть распределены всѣ до сихъ поръ извѣстные кодексы.

1) Кодификація—*письменное выраженіе дѣйствующаго права*, до того доступнаго только господствующей кастѣ. Греція, малоазіатскія греческія колоніи, Римъ имѣютъ писанные сборники законовъ (Maine, Ancient Law. p. 14).

2) Кодификація въ смыслѣ *digestiōis*: сборникъ Юстиніана, извѣстный съ XVI ст. подъ именемъ *Corpus iuris civilis*, ¹⁾ по образцу его составленный «Сводъ Законовъ» въ Россіи ²⁾. Составители свода, по окончаніи собранія законовъ, разбирали ихъ по составленному плану безъ различія законовъ дѣйствующихъ отъ недѣйствующихъ, лишь бы они имѣли отношеніе къ данному предмету. Разобранныя по предметамъ узаконенія сравнивались по отмінѣ, поясненію и дополненію законовъ, — удерживались законы пояснительные и дополнительные, исключались отміненные. По мѣрѣ достиженія полноты и точности выписокъ узаконеній сохранившихся, изъ нихъ образовывался по каждому предмету законодательства рядъ *законныхъ правилъ*, приводимыхъ въ приглашеніе въ формѣ *статей свода*.

«Статьи свода излагались тѣми же словами, какъ стоятъ въ текстѣ узаконеній, откуда заимствованы. Статьи, составленные изъ многихъ указовъ, излагались или словами главнаго указа, съ нужнымъ изъ другихъ дополненіемъ, или другими словами, но въ полномъ, совокупномъ ихъ (т. е. указовъ) смыслѣ».

«Подъ каждую статью означены источники, изъ коихъ она почерпнута. Однѣ статьи переходныя поставлены безъ указаній, но онѣ содержатъ только необходимую связь статей между собой.» ³⁾

Тѣмъ образомъ составленный сводъ законовъ является новымъ строемъ старыхъ законовъ: *structura nova veterum legum* (Vaso, *Archor.* 62),

Это узаконенія различныхъ временъ и направлений, принятыя, безъ всякой критической переработки ихъ содержанія, въ основаніе, по нимъ составленныхъ,

1) Название «*Corpus iuris civilis*» впервые употреблено у *Діонисія Готифреда* (*Dionisius Gothofredus*) въ составленномъ имъ изданіи законодательства Юстиніана, напечатанномъ въ Женевѣ, у Стоера (*Stoer*), въ 1583 году, in 4-е (См. *Bocking-Pandekten der rom. Privatrechts*, т. I. *Anhang V*, стр. * 12).

2) Обзор. ист. свѣд. о сводѣ законовъ стр. 81, 104—113.

3) Обзор. ист. свѣд. о сводѣ законовъ стр. 158—165.

статей свода, не смотря на многочисленность которыхъ,—въ первомъ изданіи свода 1832 года число статей доходитъ до 42198, ¹⁾ впоследствии возрастаетъ до 80000 ²⁾,—далеко не удовлетворяющихъ требованію полноты опредѣленій, возбуждая жалобы на неточность ихъ терминологіи.

Первая книга свода поступила къ тисненію и печатанію окончено въ 1832 году. Совершеніе свода возвѣщено Высочайшимъ Манифестомъ 31-го янв. 1833, сила и дѣйствіе его указана съ 1 янв. 1835 года ³⁾. Сводъ законовъ вновь изданъ въ 1842 году. Теперь дѣйствуетъ сводъ изданія 1857 года съ продолженіями къ нему 1863, 1864, 1868, 1869, 1871 и 1872 годовъ. Въ 1860 году изданъ алфавитный указатель къ своду 1857 года.

3) Кодификація *частная и постепенная*, кажется, преобладала при составленіи *Code Napoléon*, съ успѣхомъ примѣнена въ кодексахъ для англійскихъ владѣній въ Ост-Индіи (*Amos. ib.* стр. 370). Сюда можетъ быть причислена законодательная дѣятельность въ Россіи за періодъ времени, извѣстный какъ «десять лѣтъ реформъ» настоящаго царствованія. Тоже направленіе господствуетъ въ новѣйшемъ законодательствѣ Германіи. Сюда могутъ быть отнесены: *allgemeine deutsche Wechselordnung* 1848 съ *Nürnberg. Novellen* 1858 г. ⁴⁾, *Handelsgesetz buch* 1859—61 годовъ ⁵⁾, *Concurs—Ordnung* 1855 года и *Subhastations—Ordnung* 1869 года, ⁶⁾ *Gewerbe—Ordnung* 1869 года ⁷⁾, *Grundbuch—Ordnung* 1872 года ⁸⁾,

1) Обзор. ист. свѣд. о сводѣ зак. стр. 168.

2) *Баронъ М. Корфъ*. Жизнь гр. Сперанскаго, стр. 322.

3) Обзор. ист. свѣд. о сводѣ зак. стр. 183—194.

4) *Endemann*. Das Handels, See—und Wechselrecht въ *Holtzendorff's Encyclopädie*. стр. 519.

5) *ib.* стр. 491.

6) *Lochow*. *Concurs—und Subhastations Ordnung*. Berlin 1871.

7) *Berger*. *Gewerbe—Ordnung*. Berlin. 1872.

8) *Fr. Förster*. *Preussisches Grundbuchsrecht*. Berlin. 1872.

Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschliessung 1874 года ¹⁾, Strandungsordnung 1874 года ²⁾. Равно проекты законов—das neue Expropriations-Gesetz (R. Höinghaus, Berlin, 1874), и das neue Fischerei Gesetz (R. Höinghaus, Berlin 1874).

Здѣсь выражается то цѣлесообразное частное законодательство, о которомъ говоритъ *Фиттингъ* (Fitting. Ueber die Mittel zur Erzielung der Einheit des Privatrechtes im deutschen Reiche, въ Archiv für die civilistische Praxis, т. 54. стр. 263—279.)—«zweck und planmässige Specialgesetzgebung», требуя ясно сознанаго намѣренія и не покидаемой изъ виду цѣли—единства гражданскаго права (Einheit des Privatrechtes, ib. стр. 272), отсутствие чего отзывается на неровностяхъ въ законодательствѣ отдѣльныхъ частей права.

Кромѣ указаннаго тройкаго значенія слова кодификація, оно принимается еще въ двоякомъ смыслѣ.

Слѣдующее за разсмотрѣнными тремя направленіями пониманіе кодификаціи, признавая всю важность удостовѣренія и оглашенія законовъ (certainty and publicity in the law),—придаетъ не менѣ значенія равномѣрности содержанія (simmetry), выразительности языка (consistency of language) и логической послѣдовательности въ распредѣленіи частей (logical distribution) законодательныхъ опредѣленій. Сокращеніе и упрощеніе трудностей въ примѣненіи законовъ, предупрежденіе разногласія въ ихъ пониманіи устраненіемъ поводовъ разнорѣчиваго толкованія выраженій и содержанія положеній закона—руководящая мысль въ разсматриваемомъ значеніи кодификаціи. Для ея осуществленія предпринимается изданіе вновь законовъ въ порядкѣ, удовлетворяющемъ требованіямъ самой точной логики, исключивъ многословіе, скрещивающіяся подраздѣленія,

1) Paul Hinschius, подъ названіемъ излагаемаго закона. Berlin. 1874.

2) Strandungsordnung 17 Mai 1874. Berlin. Verlag der Kön. Hofbuchdruckerei.

туманную классификацію законовъ, нашедшихъ мертвенный саванъ въ случайностяхъ прежнихъ временъ и разногласіяхъ судовъ. Въ этой дѣятельности чисто логической не преслѣдуется ни стремленіе къ новымъ выраженіямъ, ни преобразование установившихся понятій, прибѣгая къ переменамъ лишь на сколько это необходимо для преслѣдуемой цѣли сокращенія и упрощенія труда примѣненія законовъ и предупрежденія разнорѣчиваго ихъ пониманія.

Кодификація перестаетъ быть простымъ собираніемъ законовъ для ихъ удостовѣренія и оглашенія, хотя бы въ измѣненномъ видѣ, что не идетъ далѣ положенія Вѣкова—Structura nova veterum legum, за правило принятаго составителями свода законовъ въ Россіи,—положенія, отличающаго законодательную дѣятельность дигестаціи, разсмотрѣнную выше. *Здѣсь кодификація становится существенно дѣятельностью логической.* (Amos. ib. стр. 372).

Представленіе о такомъ прагматическомъ кодексѣ нашло краснорѣчивое выраженіе въ словахъ Н. М. Карамзина: «Требуемъ, согласно здравому смыслу, систематическаго предложенія нашихъ законовъ. Русская Правда и Судебникъ, отживъ вѣкъ свой, существуютъ единственно, какъ предметъ любопытства. Хотя Уложеніе царя Алексѣя Михайловича имѣетъ еще силу закона, но сколько въ немъ обветшалаго, для насъ безсмысленнаго, непригоднаго? Остаются указы и постановления, изданныя отъ временъ царя Алексѣя до нашихъ: вотъ содержаніе кодекса. Должно распорядить матеріалы, отнести уголовное къ уголовному, гражданское къ гражданскому и сіи двѣ главныя части раздѣлить на статьи. Когда же всякій указъ будетъ подведенъ подъ свою статью, тогда начнется второе дѣйствіе, соединеніе однородныхъ частей въ цѣлое, или соглашеніе указовъ, для коего востребуется иное объяснить, иное отмѣнить, или прибавить, буде опыты судилищъ доказываютъ или противорѣчіе, или недостатокъ въ существующихъ законахъ. Третье дѣйствіе есть общая критика законовъ: суть ли они

лучшіе для насъ по нынѣшнему гражданскому состоя-
нію Россіи.»

«Такимъ образомъ собранные, пригеденные въ по-
рядокъ, дополненные, исправленные законы предложе-
те въ формѣ книги, систематически, съ объясненіемъ
причинъ; не только описывайте случаи, но всѣ другіе
возможныя рѣшите *общими правилами*, безъ коихъ нѣтъ
полныхъ законовъ, и которыя даютъ имъ высочайшую
степень совершенства. Сихъ-то правилъ не достаесть
въ Уложеніи царя Алексѣя, и во многихъ указахъ го-
ворятъ: если будетъ такой случай, рѣшите такъ; а ес-
ли встрѣтится другой, не описанный законодателемъ,
надобно идти въ докладъ. Не умствуйте высокопарно,
но разсуждайте, чтобъ просвѣтить судью. Лучше, удоб-
нѣе впечатлѣть ему въ память простыя начала, нежели
многообразныя слѣдствія оныхъ. Русское право также
имѣетъ свои начала, какъ и римское, опредѣлите ихъ
и вы дадите намъ систему законовъ. Сіе послѣднее
дѣйствіе законодательства назову систематическимъ пред-
ложеніемъ».... Трудность выполненія систематически
составленнаго, прагматическаго кодекса обращаетъ Н.
М. Карамзина ограничить свои требованія, довольст-
вуясь простымъ собраніемъ и сводомъ (дигестаціей)
законовъ.— «Вмѣсто прагматическаго кодекса издайте
полную, сводную книгу російскихъ законовъ или ука-
зовъ по всѣмъ частямъ суднымъ, согласивъ противорѣ-
чія и замѣнивъ лишнее нужнымъ, чтобы судьи по од-
ному случаю не ссылались и на Уложеніе Алексѣя Ми-
хайловича, и на Морской Уставъ и на 20-ть указовъ,
изъ коихъ иные въ самомъ Сенатѣ не безъ труда оты-
скиваются ¹⁾».

Собраніе и сводъ (дигестъ) *законовъ*, далѣе, *прагматиче-
скій кодексъ*, какъ систематическое предложеніе законовъ по
общимъ правиламъ, по ихъ опредѣляющимъ началамъ,—
соотвѣтствуютъ у Н. М. Карамзина приведеннымъ на-

1) Н. М. Карамзинъ. О древней и новой Россіи, стр.
2328—2331.

ми различіямъ значенія слова кодификація, исключая го-
сподствующей въ настоящее время ея формы—*кодифи-
каціи частной и постепенной*.

Одушевленное требованіе историографа составленія ко-
декса прагматическаго, на общихъ началахъ права рус-
скаго основаннаго, находитъ живое подтвержденіе у нѣ-
мецкаго юриста Р. Иеринга (R. Ihering. Geist des röm.
Rechts. Bd. I § 3) въ указаніи развитія логическаго орга-
низма права (Logischer Organismus des Rechts), отъ от-
дѣльныхъ положеній права восходя къ институтамъ права,
до понятій права и ихъ логической послѣдовательности
въ системѣ права: возведеніе проложенія права къ ло-
гическому состоянію системы права (die Erhebung der
Rechtsätze zur logischen Momenten des Systems. Ihe-
ring, ib. стр. 40). Логическое или систематическое по-
строеніе началъ права и на каждый случай постав-
ленные положенія права, по живописному сравненію
Иеринга, напоминаютъ,—послѣднія, китайскую азбуку,
для каждаго слова съ особымъ знакомъ, первыя же—аз-
буку другихъ народовъ, немногими знаками изображаю-
щую безконечное разнообразіе словъ, гдѣ буквы соот-
вѣтствуютъ отдѣльнымъ понятіямъ въ правѣ, азбука—
ихъ логической послѣдовательности въ системѣ права.

Безсиліе изъ многочисленныхъ положеній права
вывести основныя ихъ начала—признакъ слабости умст-
венной выносливости (die Schwäche der intellectuellen
Verdauungskraft),—наоборотъ, энергія юридическаго мы-
шленія въ постоянномъ усвоеніи положеній права—ха-
рактеристическая особенность правовѣднія. Его неук-
лонная обязанность—выйти изъ многочисленности раз-
розненныхъ положеній, а не возлагать надежду на воз-
можно большее накопленіе ихъ, какъ это было въ Рос-
сіи при составленіи свода законовъ на основаніи пред-
варительнаго собранія законовъ, что заставило по это-
му поводу воскликнуть Иеринга—гораздо вѣрнѣе было
бы большую часть всего этого собранія сжечь (sicherer
wäre es gewesen das Meiste davon zu verbrennen.
Ihering. ib. пр. 14. а. Стр. 42).

Согласный съ указаніемъ Иеринга логическаго ор-

ганизма права въ постепенности его положеній, институтовъ и системы, я не могу съ нимъ вмѣстѣ ограничиться областью науки права, въ логической его формѣ видѣть отличіе отъ законодательства, все-де сдѣлавшаго изданіемъ закона съ исключительно практической цѣлью его примѣненія ¹⁾. Отъ законодательной дѣятельности какъ и отъ научной требуется точность выраженій и послѣдовательность изложенія, гдѣ неизбѣжны отличія «общаго» и «частнаго», основанія и ихъ проявленія. Это элементарныя условія всякой логической, слѣд. и законодательной дѣятельности. «Иногда полагаютъ, говорить Эмосъ (Amos. ib, стр. 377), что начала права принадлежность системы права неписаннаго. Созданіе кодекса сводитъ скорѣе всѣ начала права на подробныя и частныя правила, нежели устанавливаетъ общія положенія въ ихъ неопредѣленныхъ выраженіяхъ, что лишаетъ судью всякаго дальнѣйшаго указанія для ихъ примѣненія. Примѣромъ законодательства общихъ началъ могутъ служить французскіе кодексы, вызвавшіе беспорядочное накопленіе комментаріевъ (inordinate swarm of commentaries) ¹⁾. Не послужитъ ли опытъ

1) Ihering. Geist. des. R. I. стр. 39. Diese Präcipitirung der Rechtssätze zu Rechtsbegriffen scheidet die wissenschaftliche Auffassung und Behandlung eines Rechts von der Darstellung desselben in einem Gesetzbuch.

2) Опыты комментирования французскихъ кодексовъ безцеленны. Изъ нихъ замѣчательнѣйшій—Lois. Législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des cinq Codes français. 1826—31. 31 vol. in 8-vo. Комментаріи собственно гражданскаго кодекса слѣдуютъ въ преемственномъ порядкѣ ряда писателей, отъ Toullier—Droit civil français suivant l'ordre du Code. 1847—48. 7 tomes, en 14 vol in 8-0, и его продолжателей: Duvergier (I. B.)—Continuation du droit civil par Toullier, 6 vol. in 8-0 и болѣе извѣстнаго Troplong—Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code (ouvrage qui fait suite à Toullier) 27 vol 1845—62 in 8-0,—до новѣйшаго писателя, снова начавшаго трудъ комментарія,—Démolombe—Cours de code Napoléon, t. I—XXVII, сочиненіе не оконченное еще, доведенное до общей части ученія о обязательствахъ. Рядомъ съ обширными этими трудами должны быть

введенія объяснительныхъ положеній, равно умѣстное принятіе опредѣленій и толкованій, обыкновенныхъ въ дигестахъ и съ успѣхомъ примѣненныхъ въ кодексахъ англійскихъ остъ-индскихъ владѣній ¹⁾,—доказательствомъ, что для новыхъ кодексовъ въ этомъ отношеніи нечего опасаться.»

Кодексъ, прагматическій кодексъ достигаетъ возможной точности выраженій и совершенства расположенія законовъ для быстроты и удобства ссылокъ судьямъ и практикамъ,—для профессиональнаго и общедоступнаго изученія,—для указанія общаго порядка законовъ законодателю и иностранцу,—для облегченія познанія каждому до него относящихся законовъ безъ необходимости теряться въ путаницѣ всѣхъ законовъ (Amos. ib. 378)

Въ современныхъ законодательныхъ памятникахъ, если не полнаго кодекса, то въ опредѣленныхъ уставахъ, учрежденіяхъ, положеніяхъ и т. п. отдѣльныхъ предметовъ обнаруживается стремленіе возвыситься до полнѣйшаго овладѣнія матеріала, подлежащаго законодательному опредѣленію. Законодательная дѣятельность проходитъ рядъ законодательныхъ моментовъ до окон-

упомянуты болѣе элементарныя сочиненія: Aubry et Rau—Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 4-me édit, Marcadé et Paul Pont—Explication théorique et pratique du Code Napoléon. 12 vol., Mourlon—Répétitions écrites sur le Code Napoléon. 3 vol., Delsol—Explication élémentaire du Code Napoléon. 3 vol., Boileux—Commentaire sur le Code Napoléon. 7 vol, in 8-0, 6-e édition 1866 г.—Обширнѣйшія периодическія изданія: Recueil général des lois et arrêts, основанный въ 1791 году Сирэ (I. B. Sire), съ 1831 продолжаемый Девилленевъ (Devilleneuve), Кареттъ (Carette) и Жильбертъ (Gilbert), и не менѣе замѣчательная—Jurisprudence générale, издаваемая преемственно членами фамиліи Даллозъ (Dalloz),—включаютъ всѣ накопляющіеся комментаріи ученыхъ и практику судовъ по всѣмъ отраслямъ права.

1) T. L. Murray Browne. Notes on the codes of India. См. The Law Magazine and Law Review: or, quarterly journal of Jurisprudence, for August, 1870. No. LVIII.

чательнаго выраженія своихъ предписаній: раскрытіе общихъ началъ, напр., основныя положенія, Высочайше утвержденныя 29 сент. 1862, послужившія началомъ судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 г.,—опредѣленіе понятія, напр. понятія объ ипотекаѣ (въ общемъ журналѣ Высочайше утвержденной при министерствѣ юстиціи ипотечной комиссіи стр. 5),—установленіе терминологіи, напр. объясненіе названія «ипотечная система» (ib.),—избраніе системы изложенія, напр. проектъ положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имѣніе излагается въ трехъ раздѣлахъ: 1) о крѣпостныхъ установленіяхъ, 2) о крѣпостномъ дѣлопроизводствѣ и 3) о существѣ и послѣдствіяхъ укрѣпленія (ib. стр. 11). Логическое распредѣленіе, точное словоупотребленіе, мотивы положеній въ указанныхъ памятникахъ законодательной дѣятельности свидѣтельствуютъ о теоретической увѣренности въ успѣхѣ опредѣленій закона, удовлетворяющихъ логической и научной строгости.

Значеніе слова кодификація возвышается наконецъ до послѣдняго его пониманія—*полной переработки всего дѣйствующаго права въ государство*. Послѣ собранія и систематическаго распредѣленія законовъ начинается восполненіе ихъ для приведенія въ соотвѣтствіе съ состояніемъ измѣняющагося пониманія права въ извѣстное время въ обществѣ, если законодатель хочетъ быть постоянно выразителемъ законныхъ потребностей народа (the legal wants of the nation). Здѣсь—творчество законодателя, а не простое собраніе для удостовѣренія и оглашенія законовъ и не только логическое ихъ построеніе; здѣсь—восполненіе недостатковъ, разрѣшеніе сомнѣній, соглашеніе противорѣчій въ законахъ отъ чего жестоко удерживать бы на болѣе ограниченномъ пониманіи кодификацію (Amos. ib. стр. 379).

Послѣ разсмотрѣнія различныхъ значеній слова кодификація, возникаетъ вопросъ о своевременности для каждаго народа приступить къ кодификаціи своего права?

Въ первой четверти XIX ст. два писателя стали

въ прямую противоположность и раздѣлили сужденія по этому вопросу: *Тибо* (Thibaut. Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Heidelberg 1814 г.) горячо высказался въ пользу кодификаціи права Германіи, напротивъ въ то же время *Савиньи* (Savigny. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg 1814, 2-te Aufl. 1828) возсталъ противъ немедленной кодификаціи по недостаточности научнаго пониманія права и несовершенству языка для точныхъ положеній закона.

Каждый народъ долженъ самъ рѣшить о времени необходимости кодификаціи своего права. Въ основаніе рѣшенія полагаются разнообразныя и не всегда подлежащія точному опредѣленію соображенія. Здѣсь между прочимъ имѣютъ значеніе: неопредѣленность и недостаточность законовъ по значительному числу предметовъ; совмѣстное дѣйствіе нѣсколькихъ системъ права; трудность, по многочисленности законовъ, установить систему права, облегчающую ссылки на нихъ; вѣроятіе составленія удовлетворительнаго кодекса, по личному значенію принявшихъ за его составленіе; привычка къ соглашенію и единенію въ самомъ обществѣ, обеспечивающая соблюденіе предписаній кодекса. (Amos. ib. стр. 385).

Если справедливо, что каждый народъ состоитъ изъ опредѣленнаго числа его составляющихъ общественныхъ союзовъ, для преслѣдованія общихъ цѣлей и интересовъ обособленнаго бытія, и что назначеніе права съ одной стороны признать дѣйствительность установившихся общественныхъ соединеній съ другой—опредѣлить ихъ взаимное положеніе и отношеніе къ государству, какъ цѣлому, то, какъ только общественные союзы образуются, ихъ отдѣленность обезпечена и положеніе въ государствѣ опредѣлено,—высшая степень развитія права достигнута,—время для кодификаціи наступило (Amos. ib. стр. 394).

По чему можно судить о наступленіи времени для кодификаціи?

По степени развитія въ народѣ сознательнаго представленія о природѣ права.

По приведеніи въ извѣстность существенныхъ общественныхъ союзовъ, изъ которыхъ складывается жизнь народа.

По критической оцѣнкѣ права народа, опредѣляющаго составныя отношенія его жизни, въ свою очередь порождающей господствующее надъ ней право.

Тогда можно придти къ окончательному выводу: достигло ли право состоянія, оправдывающаго его кодификацію (Amos. ib. стр. 395).

Послѣ изложенныхъ замѣчаній о различныхъ видахъ кодификаціи,—перехожу къ подробнѣйшему разсмотрѣнію «свода» дѣйствующихъ въ Россіи законовъ.

Двойственность правоотношеній людей,—а) въ ихъ исключительномъ бытіи и обособленности—право гражданское и б) въ единствѣ совмѣстной жизни—право государственное ¹⁾,—дастъ два порядка законовъ: законы гражданскіе и законы государственные, соответственно которымъ распределено содержаніе «свода законовъ» ²⁾, раздѣленное на восемь главныхъ книгъ или разрядовъ ³⁾.

Книга первая: *законы основныя и учрежденія* объ Императорской Фамиліи,—государственныя, губерскія,

1) Stahl. Philosophie des Rechts. Bd. II, Bch 2, стр. 300—305, § 45—48. Die Rechtsverhältnisse sind nach der Doppelbeziehung des menschlichen Gemeinleben zweierlei Art. Die einen dienen dazu, den einzelnen Menschen zu befriedigen, sein Daseyn (natürlich nur so weit es Element des Gemeinzustandes ist) zu vollenden, die andern dazu, die Menschen gemeinsam zu beherrschen, sie zu Einem Gesamtdaseyn zu verbinden und dieses als solches zu vollenden. Iene bilden das Privatrecht, diese das öffentliche Recht. Отличіе гражданского и государственнаго права выражено въ римскомъ правѣ: ius publicum, quod ad statum rei publicae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem (L 1 § 2, D. de I. et I. I, 1).

2) Обзор. ист. свѣд. о сводѣ законовъ, стр. 119.

3) Обзор. ист. свѣд. о сводѣ законовъ, стр. 114.

городскія, уѣздныя, волостныя и о службѣ гражданской (т. I, II, ч. 1 и 2, т. III).

Книга вторая: *уставы о земской и воинской повинностяхъ* (т. IV).

Книга третія: *уставы казеннаго управленія*—о податяхъ, пошлинахъ, регаліяхъ (т. т. V, VI, VII, VIII).

Книга четвертая: *законы о состояніяхъ* дворянства, духовенства, городскихъ и сельскихъ обывателей, инородцевъ, иностранцевъ и акты состояній (т. т. IX, XI, ч. 1, Уставъ иностранныхъ исповѣданій).

Книга пятая: *законы гражданскіе и межевыя* (т. X, ч. 1, 2 и 3).

Книга шестая: *уставы государственнаго благоустройства и экономіи* (т. XI, ч. 2, Уставы—кредитный, торговый, ремесленный, фабричной промышленности; т. XII, ч. 1, Уставы—путей сообщенія, почтовый, о телеграфахъ, строительный; т. XII, ч. 2, Уставы—пожарный, о городскомъ и сельскомъ хозяйствѣ, о благоустройствѣ въ казенныхъ и казачьихъ селеніяхъ, о колоніяхъ иностранцевъ).

Книга седьмая: *уставы благочинія*—полиція хозяйственная и врачебная, предупреденіе и пресѣченіе преступленій (т. XIII, Уставы—о народномъ продовольствіи, общественномъ призрѣніи, врачебные; т. XIV, Уставы—о паспортахъ и бѣглыхъ, цензурный, о предупреденіи и пресѣченіи преступленій, о содержащихся подъ стражей, о ссыльныхъ).

Книга восьмая: *законы уголовныя* о преступленіяхъ и наказаніяхъ, уголовное судопроизводство (Уложеніе 1866 года и Уставъ 1864 года о наказаніяхъ вмѣсто XV т. 1 ч., Уставъ уголовного судопроизводства вмѣсто т. XV, ч. 2).

Не смотря на обширный объемъ «свода законовъ», изъ XV томовъ и болѣе 80,000 статей, въ него не вошли многіе отдѣльные своды для нѣкоторыхъ вѣдомствъ. Въ «сводѣ» нѣтъ и 5-й части всего нашего законодательства, нѣтъ до 30 уставовъ разныхъ учреж-

деній ¹⁾. «Положенія о Киргизахъ, Чукчахъ, Двоеданцахъ, объ Агаларяхъ, Меликахъ, Реубаряхъ, о Вавилоняхъ, о Рупташахъ, о Дождіяхъ, Брадахъ, Видмахъ, Алетахъ помѣщены въ сводѣ законовъ, а законовъ о церкви святой, о Высочайшемъ дворѣ, о Собственной Его Императорскаго Величества канцеляріи, о училищахъ, составляющихъ министерство просвѣщенія, о почтахъ въ губерніяхъ и уѣздахъ, о внутренней стражѣ, о жандармахъ и о многихъ предметахъ, ежечастно встрѣчающихся, дѣтъ законовъ въ общемъ сводѣ» ²⁾.

Недостаточность и неполнота послѣдовательнаго изложенія въ дѣйствующемъ сводѣ законовъ, при самомъ его составленіи, общей системы права гражданскаго и государственнаго еще болѣе проявилась въ послѣдующихъ отступленіяхъ отъ общихъ очертаній системы свода въ частныхъ законодательныхъ преобразованіяхъ позднѣйшаго времени, съ трудомъ подходящихъ къ одному изъ разрядовъ законовъ, по ихъ раздѣленію у гр. Сперанскаго, часто соотвѣтствуя нѣсколькимъ изъ нихъ въ приложеніи къ измѣненному состоянію отдѣльнаго, представляющаго нѣкоторую цѣлость предмета.

Утративъ единство и послѣдовательность въ цѣломъ системы законовъ, сводъ распался на разрозненные положенія, связанныя единствомъ опредѣляемаго предмета, гдѣ соотвѣтствіе положеній права указывается или несогласіе ихъ устраняется преобладаніемъ позже изданныхъ, хотя часто безъ формальной отмѣны прежде дѣйствовавшихъ положеній (*lex posterior derogat priori*).

Утративъ единство и послѣдовательность въ цѣломъ системы законовъ, сводъ сохранилъ ихъ въ изложеніи составляющихъ его содержаніе нѣкоторыхъ отдѣльныхъ разрядовъ законовъ, особенно же законовъ о

1) *Бабичевъ*. О редакціонномъ исправленіи свода законовъ, въ «Чтеніяхъ общества исторіи и древностей при московскомъ университетѣ», кн. 4-я, стр. 232—239.

2) *Бабичевъ*. *ib.* стр. 240.

правахъ гражданскихъ, матеріальное гражданское право, менѣе всѣхъ другихъ видовъ права подвергшееся измѣненіямъ.

Три вида гражданскихъ законовъ: ¹⁾

I. *Законы союзовъ семейственныхъ* (т. X, ч. 1, книга

1-я о правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ):
1) Порядокъ установленія и прекращенія видовъ этихъ союзовъ—союза брачнаго (*ib.* раздѣлъ 1-й о брачномъ союзѣ, главы 1, 2, 3),—союза родителей и дѣтей (*ib.* раздѣлъ 2-й, о союзѣ родителей и дѣтей и союзѣ родственномъ, глава 1-я),—союза родственнаго (*ib.* глава 3-я)—и опеки и попечительства въ порядкѣ семейственномъ (*ib.* раздѣлъ 3-й, глава 1-я, отдѣленіе 2-е и глава 2-я). 2) Имущественное семейственное право (*Familiengüterrecht* у *Ungern*, *angewandtes Familienrecht* у *Savigny*) по различію положенія лицъ въ названныхъ видахъ союзовъ семейственныхъ:—право имущественное супруговъ (ст. 109—118 т. X, ч. 1)—власть родителей по имуществу (180—195, *ib.*),—выдѣлъ (994—1000 *ib.*) и приданое (1001—1009 *ib.*),—управленіе имѣніемъ подъ опекой или попечительствомъ состоящаго (ст. 266—297, 365—382 *ib.*). 3) Наконецъ, личныя права, опредѣляемыя семейственнымъ положеніемъ въ союзѣ брачномъ (ст. 100—108 *ib.*),—въ союзѣ родителей и дѣтей (ст. 164—179 *ib.*),—въ попеченіи опекунами и попечителями объ особѣ малолѣтняго (ст. 263—265 *ib.*).

Семейное состояніе лица, ограниченная семейнымъ положеніемъ личность и самостоятельность, по переносному словоупотребленію гр. Сперанскаго:—ограниченная въ семействѣ *собственность лица* ²⁾, указываютъ на совокупность положеній права, опредѣляющихъ ограниченную семейнымъ положеніемъ лица его правоспособность (*status familiae*), а не «власть чело-вѣка надъ собственными силами душевными и тѣлес-

1) Обзор. ист. свѣд. о св. стр. 123, 124.

2) *Гр. Сперанскій*. Руководство къ познанію законовъ. Спб. 1845, стр. 27 и слѣд.

ными»¹⁾, не поражающую никакія личныя права на силы человѣческой природы, имѣющія значеніе необходимыхъ условій для достиженія всѣхъ правъ,— правоспособности, но не становясь сами предметомъ права²⁾. Личныя права союзовъ семейственныхъ— ограниченная семейнымъ положеніемъ правоспособность, т. е. ограниченная юридическая способность достиженія обладанія правъ. (Brinz. Lehrbuch der Pandekten. 1873. Bd. I § 52 правоспособность, caput,—rechtliche Fassungskraft).

Личныя права семейственныхъ союзовъ—ограниченная семейнымъ положеніемъ правоспособность лица и только правоспособность, а не правомъ определенное содержаніе отношеній семейственныхъ союзовъ, по своей физиологической и нравственной природѣ внѣ принудительности правилъ права, безсильныхъ къ приведенію въ исполненіе предписанія «мужу любить свою жену, какъ собственное свое тѣло, жить съ ней въ согласіи, уважать, защищать ее, извинять ея недостатки и облегчать ея немощи» (ст. 106, т. X, ч. 1) или «женѣ— пребывать въ любви, почтеніи, неограниченномъ послушаніи къ мужу, оказывая ему всякое угожденіе и привязанность» (ст. 107, ib.). Предписанія права въ отношеніяхъ семейственныхъ идутъ на определеніе порядка ихъ установленія и прекращенія, особенностей имущественныхъ семейственныхъ отношеній и личныхъ отсюда правъ, въ значеніи лишь ограниченной семейнымъ положеніемъ правоспособности лица.

II. *Общія законы объ имуществахъ*—второй видъ законовъ гражданскихъ³⁾ (т. X, ч. 1, книга 2-я—о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества

1) Гр. Сперанскій. Руководство къ познанію законовъ, ib.

2) Подробное изслѣдованіе ученія о Personenrechten, его видахъ absolute Personenrechte (права состоянія) и relative Personenrechte (семейственное право); равно ограниченіе ихъ въ значенія правоспособности, а не правъ на состояніе лица, какъ личное содержаніе и предмета,—см. Unger. System. I § 60.

3) Обзор. ист. свѣд. о сводѣ законовъ, стр. 124.

вообще, книга 3-я—о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности и книга 4-я—о обязательствахъ по договорамъ), распределенныхъ по различію порядка приобрѣтенія правъ имущественныхъ, въ субъективномъ ихъ пониманіи по принадлежности определеннымъ лицамъ. Субъективное пониманіе имущественныхъ правъ гражданскихъ, распределеніе ихъ по различію способовъ приобрѣтенія отдѣльнымъ лицомъ различныхъ правъ сказывается въ формѣ изложенія статей свода законовъ гражданскихъ¹⁾.

Субъективное пониманіе имущественныхъ отношеній, какъ имущественныхъ правъ лица, по различію предѣловъ его господства и предметовъ его обладанія: а) право собственности полное (ст. 420—431. т. X. ч. 1); б) право собственности неполное (ст. 432—542 ib.), в) право собственности общее (ст. 543—556 ib.), г) право земской давности (ст. 557—567 ib.), д) право по обязательствамъ (ст. 568—573 ib.), е) право вознагражденія за понесенные вредъ и убытки (ст. 574—689 ib.), ж) право судебной защиты (ст. 690—695 ib.).

Исчисленіе отдѣльныхъ видовъ правъ, въ субъективномъ ихъ пониманіи, какъ господство лица въ определенныхъ предѣлахъ на известный предметъ—вещи и дѣйствія,—разрываетъ ихъ связь съ институтами права т. е. съ единствомъ правоотношеній и ими созданныхъ, и ихъ определяющихъ положеній, гдѣ че-

1) Т. X, ч. 1, кн. 2-я, раздѣлъ 1-й «о разныхъ родахъ имущества», особенно глава 2-я «объ имуществахъ государственныхъ, удѣльныхъ, принадлежащихъ разнымъ установленіямъ, общественныхъ и частныхъ»—и глава 3-я «о имуществахъ наличныхъ и долговыхъ» напр. ст. 416—наличное имущество *владельца*.... Тоже въ слѣдующемъ раздѣлѣ 2-мъ—«о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества» по принадлежности ихъ определеннымъ лицамъ: ст. 420—начинается словами—«кто былъ первымъ приобрѣтателемъ имущества... или кому власть исключительно и независимо отъ лица посторонняго владѣть пользоваться и распоряжаться дошла отъ перваго приобрѣтателя непосредственно или чрезъ послѣдующія законныя передачи и укрѣпленія: тотъ имѣетъ на сіе имущество право собственности.

ловѣкъ, согласуя свою дѣятельность съ предписаніями послѣднихъ, утверждаетъ за собой права, опредѣленные въ своемъ содержаніи институтами правъ и являющіяся лишь средоточіемъ въ основѣ объективной связи институтовъ ¹⁾. Право вещное и требованій, право семейственное и наследственное опредѣляютъ содержаніе правъ лица въ обладаніи вещами, взысканіи дѣйствій, господствѣ въ отношеніяхъ семейственныхъ и преемствѣ наследства,—каждое субъективное право прикасается многихъ институтовъ права, напр. право требованія залогодержателя въ связи съ правомъ вещнымъ и требованій, перейдя по наследству, касается права наследственного, сохраняя среди ихъ положеніе средоточія (Centralpunkt у Шталя), содержаніе свое заимствуя отъ окружающихъ институтовъ права.

Никогда поэтому общій строй права не найдетъ въ субъективныхъ правахъ опредѣляющее начало и последовательность преемственной ихъ связи ²⁾.

Въ системѣ субъективныхъ правъ, владѣніе должно быть также принято за право, иначе, не имѣя здѣсь болѣе дѣйствительнаго своего значенія только правоотношенія, а не права, оно лишается отдѣльнаго своего опредѣленія и теряетъ мѣсто въ системѣ правъ, какъ это видно изъ перечня отдѣльныхъ видовъ ихъ въ сводѣ законовъ гражданскихъ ³⁾.

1) Stahl. Philosophie des Rechts. Bd. II. § 43. Das Recht im subjectiven Sinne ist ein Centralpunkt auf der Basis des objectiven Zusammenhanges der Rechtsinstitute.

2) Stahl. ib. Die Totalität der Rechtsordnung kann nimmermehr ihr oberstes Princip und ihren Zusammenhang in der subjectiven Berichtigung finden.

3) Сравни Unger. System I. § 24. стр. 220 и слѣд.—Хотя гр. Сперанскій различаетъ три вида владѣнія: 1) когда оно есть послѣдствіе права собственности и не имѣетъ независимаго значенія,—2) когда оно есть отдѣльное право, не предшествуемое первоначальнымъ укрѣпленіемъ, и можетъ быть завладѣніе насильственное, подложное, произвольное или владѣніе спокойное, безпорное,—3) когда оно отдѣляется по произволу или договору,—владѣніе нанимателя, арендатора. («Объяснительная записка со-

Въ системѣ субъективныхъ правъ—преобладаніе внѣшняго момента приобрѣтенія правъ исключаетъ наследство изъ числа правъ, относя его къ способамъ приобрѣтенія (т. X. ч. 1 кн. 3-я о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности. Раздѣлъ 2-ой о приобрѣтеніи имущества наследствомъ по закону),—а отсутствіе разграниченія права отъ порядка его приобрѣтенія включаетъ право земской давности (557—567, 694 т. X. ч. 1) въ разрядъ правъ, въ то время какъ право земской давности въ значеніи способа приобрѣтенія,—давность владѣнія (Ersitzung),—не ведетъ къ положительному укрѣпленію права, давал только возраженіе предъявленному иску, по истеченіи земской давности,—давность исковая (Verjährung) ¹⁾. Формально устрояется дѣйствіе земской давности въ «проектѣ положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имѣніе» ст. 130—«права, записанныя въ крѣпостную книгу, не подлежатъ дѣйствію земской давности».

Субъективное пониманіе правъ имущественныхъ восходитъ отъ различія существа правъ по пространству и предмету господства лица (т. X, ч. 1, кн. 2, разд. 2—о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества) къ установленію порядка приобрѣтенія и укрѣпленія ихъ за *имущественно правоспособными лицами* (ст. 696—698), закономъ опредѣленнымъ *способомъ* (titulus aquirendi, Rechtsgrund, ст. 699—706), и въ установленномъ порядкѣ *укрѣпленія* (Modus, Er-

держанія и расположенія свода законовъ гражданскихъ», въ Архивѣ истор. и практ. свѣдѣній, изд. Н. Калачова, кн. 2, стр. 22 и слѣд.), но узаконенія о владѣніи въ сводѣ не представляютъ законченности, цѣлости. «Постановленія эти, неполныя и отрывочныя сами по себѣ, нужно отыскивать не то.мо по разнымъ частямъ свода гражданского, но и въ другихъ отрасляхъ законодательства». (А. Поповъ. Владѣніе и его защита по русскому гражданскому праву, въ Журн. гражд. и угол. права 1874 г., кн. 4, стр. 56.)

1) Engelmann. Verjährung. 1867. Русскій переводъ въ «Ж. М. Ю.» 1868. Малышевъ. Курсъ гражданского судопроизводства 1874 г. Стр. 249—252.

werbsart, ст. 707—933), различая способы приобрѣтенія правъ на имущества: 1) *дарственные или безмездныя* (т. X, ч. I, книга 3-я о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности, раздѣлъ 1-й о дарственномъ или безмездномъ приобрѣтеніи правъ на имущества), 2) *наслѣдство* (ib. раздѣлъ 2-й о приобрѣтеніи имущества наслѣдствомъ по закону), 3) *порядокъ обоюднаго приобрѣтенія мною и куплей* (ib. раздѣлъ 3) и 4) *обязательства по договору* (т. X, ч. I, книга 4-я ст. 1528—2334).

Не проявленіе обособленнаго бытія человѣка въ его отношеніяхъ къ другимъ людямъ изъ-за подчиненія отдѣльныхъ предметовъ внѣшняго міра (вещей) и дѣйствій другихъ лицъ—право вещное (вотчинное) и право требованій,—не восполненіе далѣе недостаточности отдѣльнаго лица отъ различія пола—право семейственное,—не продленіе наконецъ ограниченности предѣловъ земнаго бытія человѣка—право наслѣдственное, но *указаніе внѣшняго акта укрѣпленія* правъ руководитъ законодателемъ при распредѣленіи послѣдовательности законовъ, въ отступленіи отъ системы науки подчиняясь, быть можетъ, необходимости облегчить примѣненіе законовъ, что вноситъ въ распредѣленіи матеріала права законодателемъ опредѣляющее начало, по которому распадается система закона, уклоняясь отъ системы науки:

Aliter leges, aliter philosophi tollunt astucias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia.

Cic. de off. III, 17.

Не связанное системой науки, законодательство должно бы держаться принятаго имъ порядка укрѣпленія правъ, которое по словамъ ст. 707, т. X, ч. I производится: 1) крѣпостными и явочными актами; 2) актами домашними; 3) передачею самаго имущества или вводомъ во владѣніе онымъ.

Но не ко всѣмъ правамъ примѣними всѣ три способа укрѣпленія. Вводъ во владѣніе примѣняется только къ переходу права собственности. Актами домашними не можетъ быть произведено укрѣпленіе права собственности и права залога (ст. 728). Укрѣпленіе перехода правъ по завѣщанію производится не домашнимъ и не крѣпостнымъ актомъ, но актомъ, засвидѣтельствованнымъ судебною властію (ст. 1060). Актами домашними и явленными у маклеровъ и нотариусовъ могутъ быть укрѣплены только право аренды и нѣкоторыя права участія частнаго.

Не всѣ способы укрѣпленія исчерпаны въ ст. 707. Обезпеченіе претензій казны и частныхъ лицъ на недвижимомъ имѣніи должника, право наемщика, вытекающее изъ платежа наемныхъ денегъ за срокъ свыше 12-ти мѣсяцевъ (ст. 1703),—укрѣпляются наложеніемъ на недвижимое имѣніе запрещенія, припечатаніемъ запретительной статьи въ «Сенатскихъ объявленіяхъ».

Права укрѣпляются, по статьѣ 707, совершеніемъ крѣпостныхъ, явочныхъ, домашнихъ актовъ и вводомъ во владѣніе. Но не разъяснено, когда укрѣпленіе права совершается—при подписи ли акта сторонами, при внесеніи акта въ книгу, при выдачѣ его контрагенту или при передачѣ акта лицомъ, отчуждающимъ или ограничивающимъ свое право, лицу, приобретающему это право. Обрядъ ввода во владѣніе, предоставленный, по своду законовъ изд. 1857 г., усмотрѣнію приобрѣтателя права собственности на недвижимое имѣніе, съ 1866 года (ст. 1432 Уст. Гр. Суд.) имѣетъ обязательное значеніе, опредѣляя укрѣпленіе права собственности на недвижимое имѣніе, которое остается неприуроченнымъ къ имени новаго приобрѣтателя до ввода во владѣніе, вмѣстѣ съ тѣмъ не можетъ числиться и за прежнимъ собственникомъ, ибо актъ о передачѣ прага собственности имъ совершенъ, занесенъ въ книги нотаріальнаго установленія и оглашенъ публикаціей о совершеніи акта.

Неудовлетворительность существующей системы укрѣпленія правъ на имущества побудила предпринять

измѣненія въ отношеніи укрѣпленія правъ на недвижимыя имѣнія и ввести ипотечную систему, разработка которой возложена на особую комиссію, состоящую съ 1867 г. при министерствѣ юстиціи. Комиссія составила «проектъ положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имѣніе» изъ 160 ст., «положеніе о первоначальной запискѣ имѣній въ крѣпостныя книги» изъ 61 ст. и «общій журналъ» въ разъясненіе «положенія».

Разсмотрѣнные два вида законовъ гражданскихъ— I, *законы союзовъ семейственныхъ* II, *общіе законы объ имуществахъ* означаются общимъ именемъ *законовъ гражданскихъ* ¹⁾ (*das allgemeine Privatrecht* ²⁾), они изложены въ т. X, ч. I, содержаніе котораго подвергнуто было внимательному изученію.

III. Третій видъ гражданскихъ законовъ: *особенныя законы объ имуществахъ* (*das besondere Privatrecht* ³⁾), законы государственнаго благоустройства и экономіи ⁴⁾, выходятъ за предѣлы науки общаго гражданского права, составляя предметъ особыхъ дисциплинъ—военное гражданское право (*das Militärprivatrecht*), торговое, вексельное и под. (*Unger. System. I стр. 5*).

Трудъ составителей свода законовъ, содержаніе котораго мы попытались набросить, подвергался разнообразнымъ сужденіямъ.

Рядомъ съ безусловнымъ удивленіемъ и восторгомъ ⁵⁾, трудъ составителей свода, со времени появленія его, возбуждаетъ рѣзкія возраженія, еще болѣе укрѣпившіяся сороколѣтнимъ опытомъ ⁶⁾. «Противо-

1) Обзор. ист. свѣд. о сводѣ законовъ, стр. 124.

2) Unger. System. I, стр. 5.

3) Unger. ib.

4) Обзор. ист. свѣд. о сводѣ законовъ, стр. 124.

5) М. Шимановскій. Первая часть десятаго тома съ ея историческими основаніями. Вып. 1, 1870. Казань. Отъ составителя стр. I—XXXIX.

6) Баронъ М. Корфъ. Жизнь гр. Сперанскаго. Спб. 1868, стр. 320.

рѣчія, несходства, несообразности, допущенныя въ сводѣ,—явные камни преткновенія, о которыхъ преткнутся и благонамѣренность администраціи, и святость юстиціи, и честность судей. Во всѣхъ томахъ свода очень много повтореній, ихъ замѣчено болѣе 15 тысячъ,—много статей, вовсе непонятныхъ, отдѣльно взятыхъ, ихъ замѣчено около 13 тысячъ, напр. «всѣ они считаются въ службѣ, по ихъ талантамъ, и занимаемымъ ими ампуа, и должностямъ, раздѣляются на три разряда (ст. 665, т. III)». Въ отчаяніи отъ этихъ недостатковъ свода, «чиновникъ, состоявшій болѣе 30 лѣтъ на службѣ, сужденіе котораго мы только что привели, готовъ представить доказательства, что, изъ числа 69,996 статей закона, можно уменьшить 25 тысячъ, и сдѣлать болѣе 2½ миллионъ помарокъ и законодательство не потеряетъ ни одной мысли, понятія, законоположенія, но сдѣлается короче, точнѣе, удобнѣе» ¹⁾.

На эти редакціонныя недостатки было уже обращено вниманіе современниковъ перваго изданія свода, указывавшихъ далѣе, «что въ «сводѣ» весьма чувствителенъ недостатокъ общихъ коренныхъ началъ, того, что слѣдовало бы выразить въ немногихъ, такъ сказать, заповѣдяхъ, и, напротивъ, онъ наполненъ множествомъ частныхъ, мелкихъ регламентацій и формъ, подверженныхъ ежедневной перемѣнѣ и нигдѣ, въ другихъ странахъ, не вводимыхъ въ составъ постановленій общихъ» ²⁾. Это замѣчаніе, ко всему своду относящееся, примѣнимо и къ гражданскому законодательству, которое хотя и представляетъ болѣе общихъ началъ, чѣмъ другія части свода,—по преимуществу «*законодательство частныхъ случаевъ*» ³⁾. Сравнивая сводъ

1) А. Бабичевъ. Совѣтникъ С.-Петербургскаго губернскаго правленія, умершій въ іюнѣ 1859 г. О редакціонномъ исправленіи свода законовъ, въ Чтеніяхъ Общ. Ист. и Древн. Россійскихъ, кн. IV, (1865 г.), стр. 222—241.

2) Баронъ М. Корфъ. Жизнь гр. Сперанскаго. Стр. 322.

3) Майеръ. Русское гражданское право, 73. Стр. 21.

законовъ гражданскихъ съ западно-европейскими гражданскими кодексами, въ отношеніи внѣшняго выраженія положеній права,—прусское земское уложеніе (Allgemeines Landrecht 1794 г.), составленное въ казуистическомъ видѣ, всего ближе нашему «законодательству частныхъ случаевъ», которому далеки, въ формѣ общихъ руководящихъ началъ составленные, французскій (code civil 1804 г.), австрійскій (bürgerliches Gesetzbuch 1811 г.), саксонскій (bürgerliches Gesetzbuch 1863 г.) кодексы ¹⁾.

Вводя въ составъ свода подробности самыя мелкія, распоряженія самыя малозначущія, изыскивая ихъ съ такимъ же тщаніемъ, какъ и законы первостепенные, первымъ правиломъ и цѣлью составителей свода было практическое ихъ употребленіе въ видѣ закона ²⁾. Рѣшительное осужденіе практическаго употребленія законодательства частныхъ случаевъ высказано прусскимъ министромъ юстиціи въ засѣданіи палаты депутатовъ (das Abgeordnetenhaus), 30 ноября 1868 г., по сходству казуистической формы положеній прусскаго земскаго уложенія и статей свода, примѣнимое и къ состоянію права въ Россіи. «Законодательство частныхъ случаевъ прямой врагъ всякой науки права, нося въ себѣ зародыши ея смерти. Оно, предусмотрѣніемъ всѣхъ частныхъ случаевъ въ самомъ законѣ, дѣлаетъ всякую попытку юридическаго построенія бесполезной, очень легко отучая отъ нихъ, столь же легко поэтому порождая правовѣденіе одной лишь буквы и формы закона» ³⁾.

1) Оршанскій. «Частный законъ и общее правило», въ Жур. Гр. и Уг. права, 73, кн. 2 и 3.

2) Гр. Сперанскій. «О силѣ и дѣйствіи свода», въ Архивѣ истор. и практ. свѣдѣній, изд. Н. Калачова, кн. 6-я.

3) Das System der kasuistik in der Gesetzgebung ist ohne Weiteres Feind jeder Wissenschaft, hält den Keim des Todes für diese in sich, entwöhnt nur zu leicht von jeder juristischen Konstruktion, weil diese nicht mehr erforderlich ist, und führt demgemäss ebenso leicht zu einer Jurisprudenz der Worte und der Formen. Förster. Preussisches Grundbuchrecht. 72, стр. 3.

Законодательство частныхъ случаевъ терлется въ подробностяхъ вмѣсто установленія понятій и началъ права, откуда научнымъ путемъ могли бы быть сдѣланы выводы въ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ: *iurisconsulti... quod positum in una cognitione est, id in infinita dispertuntur. Cic. de leg II, 1, 19.* Не исчерпывая безконечнаго разнообразія жизненныхъ отношеній, законодательство частныхъ случаевъ лишаетъ возможности среди многочисленности его положеній найти руководящее начало,—дойти до научнаго понимая права,—возвыситься надъ правовѣденіемъ буквы и формы (*Jurisprudenz der Worte und der Formen*). Преграждая установленіе общихъ началъ, не допуская новыхъ выводовъ, законодательство частныхъ случаевъ не ограждено отъ возведенія въ законъ своихъ ложныхъ выводовъ. Послѣднее предвидѣлъ самъ гр. Сперанскій. Въ одной изъ своихъ записокъ («Объяснительная записка содержанія и расположенія свода законовъ гражданскихъ» въ архивѣ ист. и практ. свѣдѣній, изд. Калачова, кн. 2, стр. 5, пр.) гр. Сперанскій говоритъ: «есть два рода противорѣчій: одни въ законѣ, а другія въ началахъ, на коихъ онъ основанъ. Такъ напр. много было противорѣчій въ законахъ о выкупѣ имѣній родовыхъ. Въ «сводѣ» всѣ они соглашены и подведены подъ одинъ послѣдній законъ единообразный; но въ основаніи сего закона есть противорѣчіе: дозволено выкупать проданное родовое имѣніе въ теченіи трехъ лѣтъ; между тѣмъ другимъ закономъ, каждому купившему имѣніе, хотя бы оно было и родовое, дозволено обращать его въ залогъ неограниченно; по сему закону купившій родовое имѣніе всегда можетъ заложить его втрое выше цѣны его и слѣдовательно выкупъ сдѣлать невозможнымъ. Такимъ образомъ между закономъ о дозволеніи выкупа и закономъ о дозволеніи залога есть очевидное противорѣчіе. Но противорѣчіе это никакимъ сводомъ исправить невозможно: тутъ самый законъ требуетъ исправленія» ¹⁾. Въ такое безвыходное положеніе узаконять

1) Баронъ М. Корфъ. Жизнь гр. Сперанскаго, стр. 321. пр.

сознаваемое противорѣчіе поставлено законодательство частныхъ случаевъ.

По формѣ статей «свода» — это сводъ законовъ т. е. положеній права, изшедшихъ отъ законодательной власти, въ содержаніи статей онѣ переходятъ въ предписанія распорядительныя, исходящія не отъ законодательной, но отъ исполнительной власти. Въ этомъ смыслѣ справедливо замѣчаніе проф. Н. Рененкампа ¹⁾ о смѣшеніи въ «сводѣ» — законовъ и распоряженій, и развитіи послѣднихъ, хотя по формѣ ихъ совершенія законодательной властью всѣ статьи свода — законы, а не распоряженія. Въ примѣрѣ статей съ содержаніемъ распорядительнымъ, а не опредѣляющимъ правила права приведу: «каждый изъ содержимыхъ въ заведеніи платитъ свое и обувь чиститъ самъ» (Уст. о содерж. подъ стражею ст. 228), «запрещаются содержимымъ въ заведеніи вообще рѣзвости» (ib. 227), «въ каютѣ огонь держать на плоскомъ шандаль, наливъ на дно для предосторожности воды» (Уст. пож. ст. 62) «хлѣбъ молотить въ хорошую погоду, ... въ огородахъ размножать всякаго рода овощи и произрастенія» (Уст. о гор. и сел. хоз. 122, 123). Въ «сводѣ» дается одно лишь внѣшнее, формальное разграниченіе власти законодательной и исполнительной, — первая, издающая общія нормы, т. е. законы, — вторая, примѣняющая ихъ къ отдѣльнымъ случаямъ ²⁾.

1) Н. Рененкампа. Очеркъ юридической энциклопедіи, 68. Кіевъ, стр. 142.

2) Осн. зак. ст. 47. Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ положительныхъ законовъ, учреждений и уставовъ, отъ Самодержавной Власти исходящихъ, ib. ст. 51. Никакое мѣсто или правительство въ государствѣ не можетъ само собою установить новаго закона, и никакой законъ не можетъ имѣть своего совершенія безъ утвержденія Самодержавной Власти. Примѣчаніе. Мѣры, приемлемыя къ исполненію закона или учрежденія существующаго, и не отмѣняющія никакихъ законовъ предыдущихъ, но служащія къ единому разрѣшенію недоумѣній или затрудненій въ образѣ исполненія, также общія подтвержденія существующихъ постановленій, не составляютъ сами по себѣ новаго закона.

Въ этомъ «сводѣ» сходится съ ученіемъ публицистовъ школы Локка и Монтескье, исходившихъ отъ воззрѣнія, что задача исполнительной власти исчерпывается исполненіемъ, примѣненіемъ законовъ, указавшихъ ей извѣстныя обязанности. «Это различіе основано какъ бы на нѣкоторомъ словотолкованіи» говоритъ А. Д. Градовскій въ своемъ изслѣдованіи: «Законъ и административное распоряженіе» ¹⁾. «Названіе исполнительной власти наводило на ту мысль, что ея задача — исполненіе законовъ». Послѣдствіе такого начала, ограничивающаго администрацію однимъ исполненіемъ законовъ — стремленіе точнаго опредѣленія каждаго ея шага. «Отсюда — появленіе въ нашемъ сводѣ постановленій, носящихъ имя законовъ, но не должствующихъ быть предметомъ законодательства. Отсюда — смѣшеніе законодательнаго матеріала, гдѣ къ небольшому числу законовъ, въ дѣйствительномъ смыслѣ, примѣшана масса правилъ характера административнаго» ²⁾. Не довольствуясь формальнымъ различіемъ закона и административнаго распоряженія, А. Д. Градовскій останавливается на ихъ внутренней природѣ, цѣли и содержаніи ³⁾.

«Жизнь и дѣятельность государства, въ цѣломъ ея объемѣ, направлена къ осуществленію двухъ различныхъ задачъ. Во-первыхъ, государство должно дать прочное юридическое опредѣленіе всѣмъ правоотношеніямъ, возникающимъ какъ въ области частнаго, такъ и въ области публичнаго права. Въ виду возможности *существованія* всей массы гражданъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, оно должно опредѣлить мѣру свободы каждаго общими и равными для всѣхъ нормами. Въ виду правильнаго раздѣленія труда государственнаго управленія и проведенія границъ между правами го-

1) А. Д. Градовскій. Законъ и административное распоряженіе по русскому праву, въ «Сборникѣ государственныхъ знаій», т. 1, стр. 3.

2) Ib. стр. 9.

3) Ib. стр. 4 и слѣд.

сударства и признанными правами частных лиц, — оно должно определить *кругъ вѣдомства* и *степень власти* каждого изъ своихъ органовъ. Эта цѣль и достигается *закономъ*; въ этомъ состоитъ главная задача *законодательной власти*. Она имѣетъ въ виду, такъ сказать, организацию государства какъ правильнаго юридическаго установленія. Основываясь на этомъ, мы можемъ определить законъ по его идеѣ и содержанію. По своей идеѣ, законъ есть юридическая основа всѣхъ правоотношеній, частныхъ и публичныхъ. По содержанію своему, онъ есть *мѣра свободы* каждого частнаго лица и *граница власти* каждого органа государства. Частное лицо обязано и въ правѣ видѣть въ законѣ мѣру дозволеннаго и недозволеннаго, мѣру своихъ обязанностей къ государству. Каждый органъ управленія и суда обязанъ искать въ законодательныхъ опредѣленіяхъ границу своей компетенціи и степень своей власти. — Во-вторыхъ, дѣятельность государства обращается на изысканіе *способовъ* и *мѣръ*, необходимыхъ для осуществленія лежащихъ на немъ *задачъ*. Здѣсь мы не имѣемъ уже дѣла съ установленіемъ и опредѣленіемъ какихъ бы то ни было правоотношеній. Мѣры, касающіяся общественной гигиены, народнаго продовольствія, призрѣнія бѣдныхъ, эксплуатаціи соляныхъ копей, добыванія каменнаго угля и т. д., не заключаютъ въ себѣ ничего юридическаго. Правда, организациа медицинской, соляной, желѣзнодорожной и т. д. частей, имѣетъ свою юридическую сторону: назначеніе мѣстъ, коимъ дается *право вѣдать* эти части, опредѣленіе степени ихъ власти и основныхъ *формъ* ихъ дѣятельности. Но совокупность практическихъ мѣръ, *техника* управленія каждой части, должны оставаться *вне* юридическаго опредѣленія, слѣдовательно внѣ дѣятельности законодательной власти. Конечно, законъ можетъ распространить свои опредѣленія и на эти вопросы; но врядъ-ли такая регламентациа будетъ полезна. Техническая сторона управленія должна зависѣть отъ условій времени, мѣста, сообразоваться съ ними. Приемы преподаванія, лѣснаго хозяйства, руд-

наго дѣла, сегодня признанные закономъ за наилучшіе, завтра могутъ оказаться несовершенными, вслѣдствіе новыхъ изобрѣтеній, измѣнившихся мѣстныхъ условій и т. д. Здѣсь открывается широкое поприще для свободной и творческой дѣятельности администраціи, для ея *распоряженій*».

Мысль объ отдѣленіи законовъ отъ не законовъ не была чужда Екатеринѣ II-й, выразившей ее въ своемъ Наказѣ (П. С. З. 12,949): «Ст. 444. Подъ словомъ *законы* разумѣются всѣ тѣ установленія, которыя ни въ какое время не могутъ переимѣниться, и такихъ числу быть не можетъ великому. Ст. 445. Подъ названіемъ *временныхъ учрежденій* разумѣется тотъ порядокъ, которымъ всѣ дѣла должны отправляемы быть, и разные о томъ указы и уставы. Ст. 446. Имя *указы* заключаетъ въ себѣ все то, что для какихъ нибудь дѣлается приключеній, и что только есть случайное, или на чью особу относящееся, и можетъ со временемъ переимѣниться». — Редакторы свода 1832 года не провели этого мудраго различія. Сперанскій жаловался на эту неудачу ¹⁾, что продолжало и позже сознаваться въ нашихъ законодательныхъ сферахъ, откуда въ 1858 году послѣдовало официальное заявленіе о необходимости точно опредѣлить: что именно должно въ нашемъ законодательствѣ составлять законъ, и что административное распоряженіе ²⁾. Разрѣшенію, или «мотивированному возбужденію» ³⁾ вопроса объ отличіи закона и административнаго распоряженія посвящена въ недавнее время статья профессора А. Д. Градовскаго, въ «Сборникѣ государственныхъ знаній», томъ I-й, которой мы обязаны ближайшимъ знакомствомъ съ состояніемъ этого вопроса въ русскомъ правѣ.

Въ стремленіи все предусмотрѣть, законодательство частныхъ случаевъ, никогда не достигая всего разно-

1) *ib.* стр. 9.

2) *ib.* стр. 24.

3) *ib.* стр. 32.

образія жизненныхъ отношеній, стѣсняетъ всякое усложненіе правоотношеній. Но развитіе экономическихъ интересовъ вызываетъ необходимость такихъ сдѣлокъ, которыя не укладываются въ узкія рамки, установленныя сводомъ. Напр. ограниченіе выдачи нѣсколькихъ закладныхъ на имѣніе (т. X, ч. I, ст. 1630, пр. 1, по прод. 1863), запрещеніе передачи закладныхъ отъ одного лица другому (ib. ст. 1653) стѣсняетъ свободное распоряженіе имѣніями, препятствуютъ возрастанію цѣны на имѣнія, не допускаютъ развитія частнаго земельного кредита.

«Необходимость отказаться отъ этихъ ограниченной сознана уже давно», говоритъ правительственное сообщеніе объ измѣненіи дѣйствующаго порядка укрѣпленія правъ и введеніи ипотечной системы ¹⁾. Средствомъ является реформа матеріальнаго гражданского права, начавшаяся преобразованиемъ отдѣльныхъ его частей.

Введеніе ипотечной системы ²⁾, проектъ уставовъ

1) Правительственный Вѣстникъ, 1874 г., № 66.

2) Проектъ положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имѣніе: Введеніе (ст. 1—3), Раздѣлъ I-й—крѣпостныя установленія. Глава 1-я общія правила (ст. 4—12), Глава 2-я предметы вѣдомства крѣпостныхъ установленій (ст. 13—16), Глава 3-я подвѣдомство крѣпостныхъ установленій (ст. 17—19), Глава 4-я отвѣтственность чиновъ крѣпостныхъ установленій (ст. 20—26).—Раздѣлъ II-й крѣпостное дѣлопроизводство. Глава 1-я крѣпостныя книги (ст. 27), Глава 2-я дѣлопроизводство въ крѣпостномъ отдѣленіи окружнаго суда: заявленіе объ укрѣпленіи или объ его уничтоженіи, постановленіе крѣпостнаго отдѣленія и исполненіе его, храненіе крѣпостныхъ книгъ, посланныя при крѣпостномъ дѣлопроизводствѣ (ст. 28—52), Глава 3-я дѣлопроизводство въ крѣпостномъ отдѣленіи мирового съѣзда (ст. 53—58), Глава 4-я порядокъ укрѣпленія и записки охранительныхъ отѣтокъ: составленіе проекта акта укрѣпленія и его записка, охранительная отѣтка, закрытіе крѣпостной книги (ст. 59—83), Глава 5-я акты укрѣпленія, коніи и справки изъ крѣпостныхъ книгъ (ст. 84—107), Глава 6-я записка объ уничтоженіи укрѣпленій и охранительныхъ отѣтокъ (ст. 108—119).—Раздѣлъ III-й существо и послѣдствія укрѣпленій. Глава 1-я общія правила

о личномъ наймѣ, акціонерныхъ компаніяхъ ¹⁾, объ опекахъ ²⁾, проектъ закона объ отѣтѣ личнаго задер-

(ст. 120—121), Глава 2-я послѣдствія укрѣпленія вообще: установленіе, старшинство, безповоротность и вліяніе на давность укрѣпленія (ст. 122—130), Глава 3-я пространство и послѣдствія обезпеченій, на имѣніи укрѣпленныхъ (ст. 131—137), Глава 4-я опредѣленіе суммы обезпеченія (ст. 138—142), Глава 5-я удовлетвореніе укрѣпленныхъ долговъ при продажѣ имѣнія съ публичнаго торга (ст. 143, 144), Глава 6-я личная отвѣтственность собственника по укрѣпленнымъ долгамъ (ст. 145—149), Глава 7-я передача правъ по обязательствамъ (ст. 150—158), Глава 8-я выдача свидѣтельствъ по казеннымъ подрядамъ (ст. 159, 160).—*Въ приложеніяхъ къ проекту положенія объ укрѣпленіи правъ: Правила объ обезпеченіи исковъ недвижимымъ имѣніемъ, записаннымъ въ крѣпостную книгу (въ дополненіе ст. 126, 602, 603 Уст. Гр. Суд.),—Правило объ обращеніи взысканій на недвижимое имѣніе, записанное въ крѣпостную книгу (въ дополненіе и измѣненіе ст. 1094—1096, 1097 и. 2, 1098—1128, 1130—1151, 1154, 1156—1165, 1169—1172, 1176—1180, 1188—1196, 1202—1207 Уст. Гр. Суд.)—Сюда же принадлежитъ: Положеніе о первоначальной запискѣ имѣній въ крѣпостныя книги. Раздѣлъ I-й общія правила (ст. 1—10), раздѣлъ II-й записка имѣній въ крѣпостную книгу по требованію собственника (ст. 11—43), раздѣлъ III-й записка имѣній въ крѣпостную книгу при совершеніи актовъ объ отчужденіи или ограниченіи права собственности на имѣнія (ст. 44—49), раздѣлъ IV-й записка въ крѣпостную книгу имѣній, на принадлежность коней не можетъ быть представлено законныхъ актовъ укрѣпленія (ст. 50—57), раздѣлъ V-й заявленія 3-хъ лицъ о правахъ на имѣніе, не записанное въ крѣпостную книгу (ст. 58—61).*

1) П. Цитовичъ. Проектъ положенія объ акціонерныхъ обществахъ, въ Ж. Гр. и Уг. права 1873 г. кн. 4, 6, 1874 г. кн. 2.

2) А. Боровиковскій. Юридическая хроника, въ Ж. Гр. и Уг. права, 1873 г., кн. 1-я, стр. 211—227.—При министерствѣ внутреннихъ дѣлъ учреждена въ 1861 г. для составленія проекта положенія объ опекахъ особая коммиссія подъ предѣлательствомъ сенатора М. Н. Любоцинскаго. Коммиссія окончила свои труды къ концу 1865 г., издавъ ихъ въ трехъ томахъ. По полученіи отзывовъ на проектъ, коммиссія приступила къ новому его пересмотру (Ж. Гр. и Торг. права, 1871 года, кн. 1-я, стр. 159—161). Труды коммиссіи напечатаны въ Правительственномъ Вѣстникѣ 1874 г. №№ 263, 265—267, 269, 274—277, 279, 281, 291—294.

жанія за долги ¹⁾, проект положенія о духовныхъ завѣщаніяхъ ²⁾, законоположенія 19 апрѣля 1874 года объ установленіи метрическихъ книгъ для записи браковъ, рожденія и смерти раскольниковъ ³⁾ не оставятъ камня на камнѣ въ сводѣ законовъ гражданскихъ. Не касаясь ближайшей оцѣнки исчисленныхъ законодательныхъ работъ, укажу на логическую форму ихъ выраженія, на стремленіе установить равномерность содержанія въ правилахъ закона, на точность языка для ихъ выраженія, на логическую послѣдовательность въ ихъ распоряженіи. Здѣсь не одно собраніе законовъ, которое не восходитъ далѣе дигестации ихъ — *structura nova veterum legum* (Vaco, Aphor. 62), но существенно логическая дѣятельность юридической мысли постичь правило жизненныхъ отношеній, выразить его въ предписаніи права, согласить съ совмѣстно дѣйствующими положеніями, указать мѣсто въ системѣ права. Здѣсь руководитъ иной порядокъ мышленія юридического, нежели одушевлявшій составителей свода, но не чуждый г. Сперанскому. «Самъ Сперанскій никогда не считалъ «свода» трудомъ окончательнымъ: онъ смотрѣлъ на него только какъ на очищенный матеріалъ для составленія, впоследствии, настоящихъ уло-

1) А. Боровиковскій Проектъ закона объ отмѣнѣ личнаго задержанія за долги, въ Ж. Гр. и Уг. права, 1873 г. кн. 2-я.

2) При II-мъ отдѣленіи собственной Е. И. В. канцелярш учреждена коммиссія, подъ предсѣдательствомъ члена государственнаго совѣта К. И. Побѣдоносцева, для пересмотра проекта положенія о духовныхъ завѣщаніяхъ (Ж. Гр. и Торг. права, 1871 г., кн. 1-я, стр. 162—165).

3) Собраніе узаконеній и распоряженій правительства 1874, № 88, Указъ правительствующаго сената съ представленіемъ копій съ законоположеній объ установленіи метрическихъ книгъ для записки браковъ, рожденія и смерти раскольниковъ: 1) о метрической записи браковъ (ст. 1—14), 2) о метрической записи рожденія и смерти (ст. 15—20), 3) о порядкѣ веденія метрическихъ книгъ и о выдачѣ изъ оныхъ выписей (ст. 21—30), 4) о судопроизводствѣ по брачнымъ дѣламъ раскольниковъ (ст. 31—39), 5) о наказаніяхъ (ст. 40—42).

женій, невозможныхъ или по крайней мѣрѣ очень ненадежныхъ безъ предварительнаго полного обзорѣнія того, что уже есть ¹⁾.

«Сводъ законовъ» — *предварительное ихъ обзорѣніе*, неизбежная форма законодательства, предшествующая совершеннѣйшему его выраженію въ видѣ прагматическаго кодекса, проходя чрезъ форму частичныхъ законодательныхъ преобразованій нѣкоторыхъ предметовъ законодательства. Особенныя обстоятельства оправдываютъ предупрежденіе въ дѣйствительности наступленіе времени для кодификаціи. Неясность, противорѣчія источниковъ познанія состоянія законовъ могутъ преградить всякое дальнѣйшее развитіе законодательства, заставляя привести въ извѣстность наличный матеріалъ законовъ. Запутанность здѣсь можетъ довести до полной анархіи, или породить, отъ одного поколѣнія судей другому передаваемую традиціонную систему, подобострастно восхваляемую умственно ограниченнымъ сословіемъ юристовъ, — систему, чуждую живой связи съ народомъ и его требованіями ²⁾. Предотвращеніе анархическаго или механическаго состоянія права побуждаетъ привести къ единству и ясности дѣйствующее право въ государствѣ, основывая на этомъ дальнѣйшее его развитіе.

«Сводъ законовъ» послужилъ весьма важною ступенью къ тому самозамышленію и къ той самодѣятельности, которыхъ развитіе, обусловливаемое еще и другими обстоятельствами, хотя и началось у насъ при содѣйствіи правительства, конечно, уже гораздо позже,

1) Баронъ М. Корфъ. Жизнь гр. Сперанскаго, стр. 324.

2) Sheldon Amos, M. A. The science of law, стр. 395. «It is quite possible that these authorities may be so obscure, so multifarious, so contradictory, that either total anarchy is the result, or a technical and traditional system, wholly out of all living connection with the people and their requirements, is handed down from one generation of judges to another, and is servilely acquiesced in, and even lauded, by a narrow-minded legal profession.»

но для которых основные камни были положены, как нельзя въ томъ усомниться, твореніемъ Сперянскаго ¹⁾).

Этимъ самомышленію и самодѣтельности обязаны мы законодательной дѣятельности послѣдняго времени, восполняющей недовѣршенное «сводомъ», въ исторически необходимой формѣ частныхъ преобразованій, слѣдуя за предварительнымъ приведеніемъ въ достовѣрность дѣйствующихъ законовъ (дигестація ихъ, у Эмоса ²⁾), въ формѣ «свода законовъ».

Б. Обычное право.

На ряду съ закономъ, второй видъ проявленія права—обычное право.

Еще недавно господствовавшее воззрѣніе школы естественнаго права принимало источникомъ права исключительно законъ. Исходя изъ двухъ положеній: во-первыхъ,—разумъ есть начальное основаніе права, во-вторыхъ,—право создается, независимо отъ дѣйствительности жизненныхъ отношеній, творчествомъ разума, изъ себя развивающаго его положенія,—школа естественнаго права, въ послѣдовательности отвлеченнаго субъективизма, объяснила явленія права самостоятельной дѣятельностью отдѣльнаго лица законодателя,—дѣятельностью, исходящей отъ сознательнаго его усмотрѣнія. Для нея обычное право—произвольное и случайное явленіе.

Не имѣя возможности, наталкиваясь постоянно на явленія обычнаго права, обойти его, отвлеченное субъективное направленіе естественнаго права принимаетъ его за совокупность положеній права, своимъ значеніемъ

1) Баронъ М. Корфъ. Жизнь гр. Сперанскаго. Стр. 325.

2) Sheldon Amos. The science of law. Chapter XIII. Codification.

обязанныхъ продолжительному ихъ соблюденію ¹⁾). Такъ извѣстный писатель того направленія Глюкъ (Glück) опредѣляетъ обычное право: «обязательное положеніе, возникшее изъ однообразныхъ дѣйствій подданныхъ» (eine verbindliche Norm, welche aus gleichförmigen Handlungen der Unterthanen entstanden ist. Glück. Pandektencommentar. I. стр. 447). Основаніе возникновенія обычнаго права относится здѣсь на продолжительное, однообразное соблюденіе правила,—получаетъ неудовлетворительное, внѣшне механическое объясненіе (mechanische materialistische Erklärungsweise), гдѣ внѣшнее соблюденіе правила—порожденіе права, основаніе его возникновенія (Entstehungsursache des Rechts у Unger, System. I, стр. 37). Нельзя не согласиться съ справедливостью возраженій противъ изложеннаго пониманія возникновенія обычнаго права у Мейера (Русское гражданское право, 73 г. Москва. § 5), слѣдующаго и въ этомъ случаѣ ученію Пухты (Puchta. Das Gewohnheitsrecht. Erlangen, 1828), «который доказывалъ, что такое объясненіе происхожденія обычнаго права ложно, что соблюденіе извѣстнаго правила въ теченіе долгаго времени и несоблюденіе противнаго ему не можетъ создать обычнаго права. Соблюденіе предполагаетъ уже существованіе правила; иначе что же побудило бы соблюсти какое либо положеніе въ первый и второй разъ? Нельзя же думать, что цѣлое право у народа сложилось случайно!»

Въ стремленіи понять основаніе возникновенія права, далѣе механическаго объясненія его изъ простаго соблюденія, заключается заслуга исторической школы, ея философское значеніе (hierin recht eigentlich ihr philosophischer Halt liegt. Unger I стр. 37).

Впервые Гуго (Hugo. Civilist. Magazin. Bd. IV 1814) указалъ на самостоятельное значеніе обычнаго

1) Unger. System. I. стр. 34. Die ältere Schule verstand unter dem Gewohnheitsrecht den Inbegriff von Rechtssätzen, welche einer langen Uebung (Gewohnheit) ihre Entstehung verdankten.

права, ставя его на ряду съ закономъ. За тѣмъ *Пухта* (Puchta. Das Gewohnheitsrecht) и *Савини* (Savigny System I §§ 7. 12. 18. 25. 28 и слѣд.) раскрыли внутреннюю дѣятельность зарожденія права, его тѣсную связь съ жизнью народа. Вытѣснивъ прежнее ученіе школы естественнаго права, теорія Пухты и Савини получаетъ рѣшительное преобладаніе. Постараюсь въ краткихъ чертахъ набросить ея абрисъ.

1) Обычное право—право, живущее въ понятіи народа, какъ національнаго единства. Духъ народа порождаетъ единое понятіе о правѣ въ различныхъ частяхъ народа. Бытіе народа проявляется въ единомъ представленіи о правѣ и практической, что непосредственно выражается въ обычномъ правѣ, которое такимъ образомъ необходимо съ бытіемъ народа. «So ist mit dem Volk nothwendig auch das Gewohnheitsrecht gegeben», говоритъ съ сему особенной рѣшимостью Пухта (Puchta Gewohnheitsrecht. стр. I. 181).

2) Для народнаго представленія о правѣ соблюденіе его требованій не составляетъ существеннаго условія. Содержащееся въ обычаяхъ юридическое возрѣніе не создается соблюденіемъ, какъ то утверждало отвлеченно субъективнае ученіе естественнаго права, а только познается изъ него: die Uebung ist stets lediglich Erkenntnissmittel (Puchta. ib. II. 151), а не Entstehungsursache.

3) Сила и дѣйствіе (Die kraft und Bedeutung) обычнаго права равны закону. (Puchta ib. II. стр. 201).

Унтергольцнеръ (Unterholzner въ kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. V. стр. 374), *Мюленбрухъ* (Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts. I § 38) *Кирюльфъ* (Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. 1839. стр. 7—11) возстали противъ перваго положенія теоріи Пухты необходимости для обычнаго права возникновенія его изъ народнаго единства, указывая на возможность его возникновенія въ болѣе ограниченныхъ соединеніяхъ людей, указывая на обычаи мѣстные. За ними *Савини* (System I. 33. 1840), сохраняя начало національнаго происхожденія обычнаго пра-

ва, признаетъ, по исключенію, возможность общаго представленія о правѣ въ средѣ, лишенной національной связи, напр. въ правѣ международномъ.

Рѣшительно возстали противъ перваго положенія теоріи Пухты о необходимости народнаго единства въ основаніи созданія обычнаго права послѣдующіе за тѣмъ писатели, ¹⁾ утверждающіе, что каждый кругъ людей, связанныхъ общими условіями жизни, способенъ и можетъ достигнуть созданія положеній обычнаго права.

Не менѣе возраженій вызвало и второе положеніе ученія Пухты о обычномъ правѣ, въ соблюденіи его положеній лишь познаваемое (Erkenntnissmittel), для возникновенія же обычнаго права самое соблюденіе не имѣетъ существеннаго значенія: die Uebung ist kein zum Begriff des Rechts der Volksüberzeugung wesentliches Moment. Уже *Савини* (System I стр. 35—37) признаетъ въ соблюденіи положеній обычнаго права возможное, дѣйствующее совмѣстно съ народнымъ возрѣніемъ, основаніе его возникновенія: «mitwirkender Entstehungsgrund».

Послѣдующіе писатели идутъ далѣе ²⁾. Не только соблюденіе можетъ имѣть совмѣстно съ другими основаніями возникновенія обычнаго права значеніе для

1) Bluhme. Encyclopädie I § 41. E. Meier. Rechtsbildung, стр. 104—105. Regelsberger. Krit. V. I. Schr. IV. стр. 342. 347—48. v. Scheurl въ Dove Zeitschrift für kirchenrecht II. стр. 184—198. III. стр. 31—35. Указаніе національнаго основанія обычнаго права не встрѣчаемъ у Sintenis, Civilrecht § 2. Bluntschli, Deutsches Privatrecht § 6. v. Mohl, Württembergisches Staatsrecht § 10. Windscheid, Pandekten § 15. Напротивъ мнѣнія Пухты держатся все еще Gerber, Deutsches Privatrecht § 23. v. Vangerow, Pandekten I. § 14.

2) Sintenis. Civilr. § 3. пр. 9. 10. v. Vangerow, Pandekten § 14. пр. 2. 3. Regelsberger. Krit. V. I. Schr. IV. стр. 345. Wächter. Würtemb. Pr. R. II. стр. 33. not 9. Unger. Oestr. Pr. R. § 5. пр. 23. Windscheid, Pandekten, § 15, пр. 2. Keller, Vorlesungen § 1. Goldschmidt Handelsrecht § 35. пр. 18. Bluhme. Encyclopädie § 46. Beseler.

его образованія, соблюденіе болѣе того, на ряду съ представленіемъ о правѣ, съ сознаниемъ права необходимое логическое требованіе для порожденія обычнаго права: neben der Rechtsüberzeugung die Übung ist ein begrifflich nothwendiges Requisite des Gewohnheitsrecht (Fr. Adickes. Zur Lehre von den Rechtsquellen. 1872. стр. 33).

Спиритуалистическое воззрѣніе на возникновеніе обычнаго права исторической школы Пухты и Савиньи, ¹⁾ для дѣйствительности его требующихъ одного лишь народнаго представленія о томъ, что должно принимать за право, считаетъ всякое иное основаніе здѣсь излишнимъ: das Gewohnheitsrecht entsteht dadurch, dass der Volksgeist die Rechtsüberzeugung in den Gliedern des Volks hervorbringt (Fr Adickes ib. стр. 29).

Всякое изслѣдованіе о порядкѣ возникновенія обычнаго права, имѣ произведенія его изъ духа народа, Пухта устраняетъ какъ выходящее за предѣлы его изслѣдованія (Puchta. Gewohnheitsrecht. I стр. 154)²⁾.

Спиритуалистическое воззрѣніе на возникновеніе обычнаго права изъ духа народа школы исторической смѣнило *механическое представленіе* о силѣ внѣшняго соблюденія за правило принятаго школы *естественнаго права*. Въ стремленіи разорвать всякую связь съ предшествовавшимъ направленіемъ школы естественнаго права, историческая школа впала въ противоположную

Deutsches Privatrecht § 29. пр. 3. Однаго ученія съ Савиньи держится Stobbe. Handbuch 1871. I. стр. 130.—Теорія Пухты сохранена у Gerber, Deutsches Privatrecht § 28. пр. 1. 2. и Thöl Einleitung § 52. пр. 3, который указываетъ на возможность наличнаго существованія непримѣяемыхъ положеній права (unapgewandte Rechtssätze).

1) Unger System. I § 5. стр. 37. Was das Gewohnheitsrecht anbelangt so gingen Puchta und ihm folgend theilweise auch Savigny ins spiritualistische Extrem über, indem sie die Gewohnheit bloss als ein Erkenntnismittel des Rechts auffassten.

2) Fr. Adickes. Zur Lehre von den Rechtsquellen. § 3. пр. 3.

крайность, отрицая всякое значеніе за внѣшнимъ соблюденіемъ того, что по народному пониманію принимается за право, Односторонность ея ученія при самомъ появленіи встрѣтила опроверженіе, что сказалось и въ русской юридической литературѣ, когда Мейеръ, вкратцѣ начертивъ теорію обычнаго права Пухты, говорить: «Нельзя однако безусловно принять теорію Пухты. Разсматривая ее ближе, мы убѣждаемся, что въ ней есть недостатки: есть обычаи, происхожденіе которыхъ только и можно объяснить соблюденіемъ. Таковы обычаи, относящіеся къ срокамъ: юридическое воззрѣніе не связано необходимо съ точнымъ пространствомъ времени, и *отъ случайнаго соблюденія* извѣстнаго срока можетъ родиться мысль, что этотъ срокъ обязательнъ ¹⁾».

Дальнѣйшій успѣхъ въ пониманіи обычнаго права заключается въ приведеніи односторонностей школъ исторической и естественнаго права къ высшему ихъ единству. Спиритуалистическое и механическое пониманіе обычнаго права, какъ только ихъ духа народа или только изъ внѣшняго соблюденія выводимаго, въ ихъ соединеніи даютъ содержаніе, ихъ духа народнаго, и его форму, изъ внѣшняго соблюденія правилъ, народнымъ сознаниемъ созданныхъ,—даютъ обычное право, какъ—*особенный видъ проявленія права, произведеннаго народнымъ сознаниемъ*. Народное сознаніе о правѣ должно проявиться, также какъ законъ долженъ быть надлежащимъ образомъ обнародованъ, чтобы получить значеніе положенія права: rebus ipsis et factis populus voluntatem suam declarat (l. 32. § 1 D. de leg I, §. 1).

1) Мейеръ Русское гражданское право. 73. § 5. стр. 18.

2) Въ этомъ значеніи принимаетъ обычное право Unger. System. I, § 5, стр. 37: Allein sovenig die Gewohnheit die Entstehungsursache des Rechts ist, wie die ältere Schule irrig annahm (materialistische Auffassung), so wenig ist sie andererseits bloss eine Erscheinungsform des Rechts (spiritualistische Auffassung): sie ist vielmehr eine Entstehungsform des Rechts.—Положеніе исторической школы: «это

Различное значение, придаваемое обычному праву школами исторической и естественного права, последняя—въ материалистическомъ своемъ представленіи (materialistische Auffassung) видитъ во внѣшнемъ соблюденіи правила утверждение обязательности соблюдаемаго, гдѣ обычай—основаніе возникновенія права (Entstehungsursache des Rechts),—историческая же школа восходитъ къ понятію народа и его представленію о правѣ, въ обычай лишь выражаемомъ, въ соблюденіи только познаваемомъ, ибо сила и значеніе права въ духѣ народа (spiritualistische Auffassung), гдѣ обычай поэтому внѣшнее проявленіе обязательнаго помимо его правила (Erscheinungsform des Rechts),—эти различныя значенія, придаваемыя обычному праву, неизбежно ведутъ къ противоположнымъ объясненіямъ преемственности историческихъ явленій, въ одномъ случаѣ неся въ себѣ творческую силу, въ другомъ—проявленіе духа народа, необходимое его выраженіе,—тамъ, по ученію школы естественнаго права, обычай—прецедентъ, здѣсь, по ученію школы исторической,—последствіе. Противорѣчіе въ указаніи порядка исторической преемственности наследства по закону и по завѣщанію даетъ наглядное въ этомъ подтвержденіе. Въ то время какъ одни говорятъ: «сначала въ первобытной жизни у народовъ вообще не бываетъ завѣщательнаго права. Гансъ, изслѣдуя наследственное право въ общеисторическомъ его развитіи, открываетъ это основное положеніе въ законахъ Индіи, Китая, Зороастра, Моисея. Завѣщанія показываются въ постановленіяхъ Талмуда и въ правѣ мусульманскомъ. Онъ дѣлаетъ тоже замѣчаніе о законахъ Исландіи, Норвегіи, Даніи. Тацитъ свидѣтельствуетъ, что завѣщаніе не было извѣстно древнимъ Германцамъ. По законамъ Солона, аѣніяне не могли дѣлать завѣщаній, а Монтескье думаетъ, что то-же са-

обычай, ибо таково юридическое воззрѣніе народа» столь же ошибочно, какъ положеніе школы естественнаго права: «*это право, ибо таковъ обычай»*.

мое было и у Римлянъ до законовъ XII таблицъ ¹⁾». Другіе высказываютъ противоположное воззрѣніе, утверждая, что «наслѣдованіе по завѣщанію старше наслѣдованія по зачону, ибо законъ могъ возникнуть изъ обычая, а обычай развился лишь изъ однообразнаго повторенія завѣщаній» ²⁾. Ограничиваясь при разрѣшеніи этого недоразумѣнія предѣлами русскаго права, мы находимъ, что Никольскій, въ названномъ сочиненіи, указываетъ историческое явленіе первоначальнаго наслѣдованія по закону, не идетъ къ указанію лежащей въ немъ догмы наслѣдственнаго права: порядка опредѣленія наслѣдника. Ее мы находимъ нерѣшительно указанною у Попова ³⁾, ярче выставленную у Витте ⁴⁾, вполне раскрытую и разъясненную у Цитовича ⁵⁾, который считаетъ семейное начало господствующимъ принципомъ древнаго русскаго права наслѣдованія. Здѣсь субъективному произволу полагаетъ предѣлъ объективное право, которое

1) В. Никольскій. О началахъ наслѣдованія въ древнѣйшемъ русскомъ правѣ. Москва. 1859 г. Стр. 117, пр. 7.

2) И. Бллевъ. О наслѣдствѣ безъ завѣщанія по древнимъ русскимъ законамъ до Уложенія. Москва. 1858. Того же мнѣнія держатся Б. Чичеринъ (Опыты стр. 266) и Н. Дювернуа (Источники права и суда въ древней россіи, стр. 217, 18).

3) Поповъ. Объ опекахъ и наслѣдованіи по Русской Правдѣ. Сborn. истор. и статист. свѣдѣній о Россіи 1845 г. стр. 113 «Наслѣдники же опредѣляются семейнымъ началомъ, признаннымъ за необходимое въ наслѣдствѣ. Воля завѣщателя не можетъ нарушить этого начала, ибо ей предоставлено только раздѣленіе имущества, а не назначеніе наслѣдника; его утверждаетъ законодательство».

4) Witte, Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung des älteren russischen Erbrechts, bis zum Gesetzbuche des Zaren Alexei Michailowitsch. Dorp. 1848. Стр. 45: «ebenfalls ist das Schweigen der Prawda über testamentarisches Erbrecht ein Beleg dafür, dass die Rechtsüberzeugung der Russen damals noch nicht so weit vorgeschritten war als das ein Erbrechtsprincip, welches lediglich auf der Idee der Individualität beruht, von ihnen als zu Recht beständig anerkannt werden konnte».

5) П. Цитовичъ. Исходные моменты въ исторіи русскаго права наслѣдованія. Харьковъ. 1870. § 11.

тѣмъ сильнѣе дѣйствуетъ, чѣмъ сильнѣе основа его обязательности коренится въ сознаниіи чловѣка, — когда оно дѣйствуетъ въ формѣ обычая. Здѣсь, приводя подлинныя слова П. Цитовича, — «связь нормы объективнаго права съ непосредственнымъ сознаниемъ каждаго чловѣка выражается въ томъ, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ примѣненіе той или другой нормы *удостоверяется, констатируется* тѣмъ же непосредственнымъ сознаниемъ, такъ что, съ перваго взгляда, можетъ показаться, будто въ данномъ случаѣ такая норма имѣетъ приложеніе не потому, что приложимость въ ея природѣ, а потому, что она вызвана, создана тою субъективною волею, которая вызвала и самый случай». Отсюда, вслѣдствіе близости объективнаго права и непосредственнаго личнаго сознания, понятна возможность произведенія объективнаго права изъ соблюдаемыхъ дѣйствій, изъ личнаго усмотрѣнія возникшихъ. — утвержденіе, что «наслѣдованіе по завѣщанію старше наслѣдованія по закону, ибо законъ могъ возникнуть изъ обычая, а обычай развился лишь изъ однообразнаго повторенія завѣщанія». Какъ ни заманчива на первый взглядъ мысль слагать изъ однообразно повторяемаго личнаго усмотрѣнія обычая, изъ обычаевъ законы, но она распадается предъ критической оцѣнкой преемственности образованія права, не изъ личнаго усмотрѣнія вначалѣ возникающаго, ибо чѣмъ древнѣе время, тѣмъ болѣе содержаніе юридическихъ дѣлъ подлежитъ юридической нормировкѣ изъ стоящаго надъ дѣлкой объективнаго права, въ какой бы оно формѣ ни стояло, — въ формѣ обычая или закона ¹⁾. Характеръ объективнаго права обусловленъ ступенью гражданственности народа, что выражается и въ формѣ права, которое, будучи на ступени обычнаго права, опирается не на авторитетъ законодателя, а на непосредственное сознаніе каждаго отдѣльнаго лица, находя въ этомъ сознаниіи свою санкцію. Для дѣйствитель-

1) Цитовичъ, *ib.* стр. 82 и слѣд.

ности такой санкціи, на личномъ сознаниіи основанной, правила обычнаго права первоначальныхъ обществъ должны сознаваться какъ безусловно принудительныя положенія и здѣсь нѣтъ мѣста нормамъ гипотетическимъ, регулятивнымъ, диспозитивнымъ. Только отсуствіе въ обычномъ правѣ характера факультативнаго даетъ ему обязательное значеніе, ибо внѣшній авторитетъ ему чуждъ. Но гдѣ же здѣсь мѣсто личному усмотрѣнію? Ни въ созданіи обычнаго права, которое возникаетъ изъ духа народа, т. е. изъ объективно даннаго состоянія, съ которымъ лицу приходится сообразоваться, — ни въ примѣненіи обычнаго права, по природѣ своей безусловно обязательнаго и чуждаго всякаго факультативнаго значенія. Понятно поэтому, что мнѣніе защитниковъ историческаго старшинства наслѣдства по завѣщанію опирается на матеріалистическое пониманіе обычнаго права, гдѣ соблюденіе — прецедентъ далѣе наблюдаемый, не восходя къ дальнѣйшему разъясненію причинъ однообразно соблюдаемаго, которыя свидѣтельствуютъ о подчиненности личнаго усмотрѣнія обычному праву помимо его созданному, а не о личномъ творчествѣ на низкой ступени гражданственности.

До сихъ поръ разсматривали мы обычное право, изъ народнаго воззрѣнія возникшее, въ постоянномъ его соблюденіи проявляющееся, независимо отъ отношенія его къ праву, установленному властью законодательной въ законѣ.

Господствующее воззрѣніе утверждаетъ равное значеніе права обычнаго и закона, что является логическимъ выводомъ изъ основнаго положенія исторической школы, всякое право производящей непосредственно изъ духа народа ¹⁾. Постановленія законодателя имѣютъ для нея значеніе, какъ выраженіе общаго представ-

1) Puchta. *Gewohnheitsrecht* II, стр. 201.

ленія о правѣ, которое проявляется непосредственно въ обычномъ правѣ, уравниваемомъ такимъ образомъ съ закономъ. Въ послѣдовательномъ проведеніи уравненія обычнаго права и закона, согласные въ этомъ основномъ положеніи писатели ¹⁾ расходятся въ дѣлаемыхъ отсюда выводахъ. *Виндшейдъ*, въ неуклонной послѣдовательности своихъ выводовъ, утверждаетъ обязательную силу обычнаго права вопреки законному запрещенію ея соблюдать (*Windscheid. I § 18*). Напротивъ *Унгеръ* осуждаетъ тѣхъ нѣкоторыхъ новыхъ писателей, какъ напр. *Пухта* (*Puchta. Vorles. I. Beilg. I, стр. 416*), *Рено* (*Renaud. Deutsches Privatr. 1848, I стр. 76*), *Шталъ* (*Stahl. Rechtsphilosophie II, стр. 238*), допускающихъ образование обычнаго права, не смотря на законное его запрещеніе. «Конечно, говоритъ *Унгеръ* (*Unger. System. I § 5, пр. 16*), никакая сила не можетъ остановить образование новыхъ воззрѣній, возникновеніе иныхъ народныхъ убѣжденій, но несомнѣнно, что дѣйствіе ихъ, какъ положеній права (*als Rechts-sätze*), можетъ быть отвращено, ибо, гдѣ законъ вовсе запрещаетъ или ограничиваетъ примѣненіе обычнаго права, судья можетъ лишь прилагать законъ, всякое рѣшеніе на иномъ основаніи будетъ ничтожно».

Для опредѣленія отношенія закона и обычнаго права рассмотримъ основаніе ихъ силы и дѣйствія.

Законодательство должно быть вѣрнымъ отраженіемъ потребностей и желаній народа. Въ немъ измѣнчивый порядокъ жизненныхъ отношеній и имущественнаго обращенія долженъ найтись точное опредѣленіе. Оно, согласно воззрѣніямъ народа и существу отношеній, должно обезпечивать правосудіе. Удовлетворяя всѣмъ этимъ потребностямъ, законы будутъ удовлетворительны ²⁾.

1) *Puchta. Gewohnheitsrecht II, стр. 201. Savigny. System I, стр. 82, 194 и слѣд. Windscheid. Pandekten. I, § 18. Stobbe. Handbuch des deutschen Privatrechts I, стр. 135.*

2) *Fr. Adickes. Zur Lehre von den Rechtsquellen. § 2, стр. 26.*

Отъ достоинства содержанія положеній закона вовсе не зависитъ однако дѣйствительность его предписаній. Законъ—опредѣленіе законодателя, что должно приниматься за право, имѣть, независимо отъ особенности своего содержанія, общую принудительную силу. Поэтому существенное правило—полная независимость отдѣльнаго закона отъ народнаго воззрѣнія, основаніе его силы и дѣйствія—власть законодательная ¹⁾, выражающая въ чемъ заключается право ²⁾.

Нѣтъ юридическаго основанія допустить поэтому отмену силы и дѣйствія закона противорѣчащимъ ему воззрѣніемъ народа или непримѣненіемъ положеній закона. Въ силу какого юридическаго основанія законъ, формально дѣйствительный, уступить противорѣчащему содержанию его опредѣленій воззрѣнію народа? Продолжительное несоответствіе закона и воззрѣній народа не устранитъ незаконности повторяемыхъ вопреки закона дѣяній, не замѣнитъ дѣйствительнаго закона возведеніемъ въ положеніе права ему противорѣчивое.

Обычное право не въ силахъ правомѣрнымъ путемъ отменить силу и дѣйствіе формально существующаго закона: «*das Gewohnheitsrecht vermag also auf rechtmässigem Wege nie ein Gesetz aufzuheben*» ³⁾.

Поэтому несоблюденіе постановленій закона судами и частными лицами не оправдывается противорѣчащимъ закону обычнымъ правомъ, которое уступаетъ, а не уравнивается въ силѣ и дѣйствіи съ закономъ.

Но если несоблюденіе постановленій закона длится долгое время, то сила продолжительности набрасываетъ на вначалѣ въ яркомъ свѣтѣ нарушенія очерченное событіе сглаживающую тѣнь. Сила времени затѣмняетъ сознаніе нарушенія, сглаживаетъ право и безправіе, созидаетъ изъ, внѣ дѣйствующаго права, упорно соблю-

1) *Fr. Adickes. ib, стр. 25.*

2) *Windscheid, Pandekten, § 14, «Die Ausspruche des Staats über das, was Recht sein soll»,*

3) *Fr. Adickes, ib, стр. 75.*

даемого, хотя вопреки формально существующему закону,—действительное, новое основание права. Время обращает действительное состояние (фактъ) въ правоотношеніе. Въ этомъ значеніи обычное право, освященное продолжительностью неосуществленія положенія закона, становится правомъ признаннымъ основаніемъ отмѣны закона ¹⁾.

Сила и дѣйствіе обычая, не достигая формально господствующія положенія закона, черпаетъ основанія для отмѣны и измѣненія его постановленій въ несоотвѣтствіи содержанія опредѣленій формально дѣйствительнаго закона съ господствующимъ въ народѣ представленіемъ о содержаніи матеріальнаго его права. Несоотвѣтствіе положеній закона и господствующихъ представленій общества можетъ возникнуть при самомъ изданіи закона или обнаружиться лишь впоследствии, когда, прежде соотвѣтствовавшій народнымъ понятіемъ, законъ придетъ въ несогласіе съ измѣнившимся состояніемъ интересовъ и понятій народа.

Несоотвѣтствіе закона, при самомъ его обнародованіи, съ господствующими въ обществѣ воззрѣніями о нравственности, справедливости, охраненіи интересовъ, короче, несоотвѣтствіе закона съ сложившимся представленіемъ общества о матеріальномъ правѣ не преграждаетъ формальную дѣйствительность права, созданнаго силой закона, но неминуемо вызываетъ отпоръ, сопротивленіе. Столкновеніе не можетъ оставаться не рѣшеннымъ: если законодательство не уступитъ, согласно своему назначенію отражая господствующія въ обществѣ представленія, зиждительная сила времени освящаетъ безправіе первоначальнаго несоблюденія закона, продолжительнымъ отъ него отступленіемъ отмѣняя его силу и дѣйствіе.

Образцовой эпохой изданія лишенныхъ всякаго

¹⁾ Fr. Adickes, ib, § 7, nr, 10 in fine, «Das Herkommen, d, h, die durch Zeitablauf geheiligte Nichtanwendung eines Gesetzes eine vom Recht anerkannte Aufhebungsart der Gesetze sei».

смысла и непримѣнимыхъ законовъ является время, наступившее послѣ тридцатилѣтней войны. Въ 1739 году изданъ въ Пруссіи эдиктъ: «если адвокатъ, или повѣренный, или иной того же рода человекъ станетъ подстрекать на принесеніе просьбъ непосредственно верховной власти по рѣшеннымъ или давнишнимъ дѣламъ, то не щадя такого адвоката... его вѣшать, а рядомъ съ нимъ собаку». Врать ли станетъ кто либо удивляться, прибавляетъ Адикесъ (Fr. Adickes. Zur Lehre von den Rechtsquellen § 7, стр. 77), у котораго заимствуемъ приведенный эдиктъ, что такой законъ не примѣняли, предпочитая формальное нарушеніе дѣйствующаго закона принятію тяжелой отвѣтственности, примѣнивъ его предписаніе.

Положенія закона, вначалѣ вполне соотвѣтствуя дѣйствительности жизненныхъ отношеній, могутъ впоследствии стать недостаточны для усложнившихся отношеній, измѣнившихся требованій. Положенія закона носятъ на себѣ печать неизмѣнимости. Жизненные отношенія, въ повседневномъ своемъ развитіи, могутъ наконецъ значительно отступить отъ, первоначально вполне достаточнаго, опредѣленія закона. Столкновеніе формально дѣйствующей силы закона, принудительно примѣняемаго пока онъ существуетъ и не отмѣненъ, съ измѣненными условиями дѣйствительности, не довольствующейся болѣе прежними опредѣленіями закона, становится неизбежно. Оно оправдывается противорѣчіемъ положеній закона съ требованіями жизни. Оно, всегда формально незаконное, является въ полной рѣзкости нарушенія вначалѣ несоблюденія закона, потомъ, съ теченіемъ времени, оскорбляющее сначала, какъ нарушеніе закона,—становится освященнымъ временемъ, этимъ *patrona generis humani*,—складывается въ обычное право согласіемъ, соотвѣтствіемъ правила съ народнымъ воззрѣніемъ, столь продолжительно соблюдаемымъ, хотя бы вопреки закону. Сколько времени должно пройти для освященія формальнаго нарушенія закона продолжительнымъ соблюденіемъ вопреки его примѣняемаго правила? Это не можетъ быть опредѣлено *a priori*.

Здѣсь, для устранения значенія формальнаго нарушенія закона въ соблюденіи противоположнаго его опредѣленіямъ,—имѣеть существенное вліяніе *молчаніе закона предъ повторяющимся его нарушеніемъ*. Здѣсь, въ этомъ молчаніи закона, несоблюденіе его предписаній находитъ поддержку и оправданіе,—доходить до от-мѣны дѣйствующаго еще формальнаго закона, своимъ молчаніемъ какъ бы освящающаго и принимающаго противоположное содержанію своихъ опредѣленій въ безпрепятственно и продолжительно соблюдаемомъ обычаѣ.

Изъ такого молчаливмаго принятія, вопреки опредѣленій закона соблюдаемаго, какъ обычное право, въ от-мѣну несоотвѣтствующихъ болѣе требованіямъ дѣйствительной жизни и новымъ понятіямъ положеній закона,—законодательство можетъ выдти, ставъ на высоту своего истиннаго назначенія—быть выразителемъ дѣйствительнаго состоянія отношеній въ обществѣ, приведя свои положенія и опредѣленія въ согласіе съ измѣнившимся строемъ жизни, ея требованіями и понятіями.

Обычное право, въ неопредѣленности и туманности своихъ положеній, уступить и разсѣется предъ дѣятельнымъ вступленіемъ въ полноту дѣйствія болѣе совершеннаго источника проявленія права—закона. Уступая формально закону, быть можетъ обычное право, не смотря на неопредѣленность своихъ положеній, какъ непосредственное проявленіе народнаго сознанія о правѣ,—получитъ преобладающее значеніе въ опредѣленіи содержанія положеній закона, облекаясь лишь въ болѣе совершенную форму законныхъ правилъ?

Несомнѣнно существуютъ обычаи, выражающія общепринятое воззрѣніе народа на право, соблюдаемые съ яснымъ сознаніемъ ихъ справедливости и необходимости: *opinio iuris et necessitatis*. Въ значительнѣйшей части средневѣковой Франціи, извѣстной, по господству тамъ римскаго писаннаго права, подъ именемъ *pays de droit escrit*, и въ другихъ ея областяхъ гдѣ примѣнялось обычное право (*coutumes*), называемыхъ

поэтому *pays de droit coutumiers*, безгласный порядокъ непубличной и безформенной римской *traditio*, передачи владѣнія,—уступилъ иному порядку укрѣпленія правъ на недвижимости, установленному обычаемъ въ некоторыхъ сѣверныхъ провинціяхъ, по соблюденію этого особеннаго порядка передачи права собственности на землю, извѣстныхъ подъ именемъ *pays de nantissement*. Особенность этого порядка передачи права собственности на землю состоитъ въ отреченіи передающаго собственника отъ своего права и инвестиру новаго пріобрѣтателя чрезъ запись его права въ особую публичную книгу.

Отсюда французское законодательство эпохи революціи заимствовало законъ 11 брюмера годъ VII о транскрипціи имуществъ, подлежащихъ ипотекаѣ, для перенесенія на нихъ права собственности. Обычай *pays de nantissement* получилъ дальнѣйшее развитіе въ послѣдующемъ законодательствѣ о транскрипціяхъ, въ нынѣ дѣйствующемъ законѣ, принятомъ законодательнымъ корпусомъ (*Corps legislatif*) 17 января 1855, утвержденнымъ императоромъ 23 марта того же года, взошедшимъ въ силу съ 1 янв. 1856 года.¹⁾

Обычай *pays de nantissement* вышелъ за предѣлы Франціи. Въ Пруссіи съ 1783 года пытаются установить въ законной формѣ старинный германскій обычай, по которому всѣ сдѣлки о недвижимомъ имуществѣ совершались предъ судомъ, и послѣ продолжительной борьбы разнорѣчныхъ мнѣній наконецъ состоялся законъ 5 мая 1872 года, извѣстный подъ именемъ *Grundbuchordnung*²⁾. Таже система узаконена въ Италіи закономъ объ ипотекахъ, взошедшимъ въ составъ гражданскаго уложенія 25 іюня 1865 года,—въ Баваріи по закону 1-го іюля 1822³⁾. Въ Англии въ 1859 году лордъ Кэрнсъ (*Sir Hugh Cairns*) внесъ въ палату об-

1) Aubry et Rau. Cours de droit civil français. т. II. § 207.
2) Fr. Förster. Preussisches Grundbuchrecht.
3) Правительственный вѣстникъ, 1874. № 64.

щинъ, на основаніи доклада королевской комиссіи, предложеніе о регистраціи актовъ укрѣпленія правъ на землю (registry of title to land). Биль прошелъ чрезъ второе чтеніе, но послѣдовавшее вскорѣ распушеніе парламента отодвинуль разрѣшеніе вопроса. Въ 1862 году лордъ канцлеръ Вестбюри внесъ въ палату лордовъ биль о томъ же предметѣ. Биль сталъ закономъ. Въ Лондонѣ учреждено отдѣленіе для регистраціи актовъ (Registry Office), но законъ не имѣлъ успѣха. Въ 1868 году при консервативномъ министерствѣ Дизраэли становится лордъ канцлеромъ Кэрнсъ. Согласно желанію королевы назначена комиссія изъ law lord, barristers, conveyancers, solicitors для разсмотрѣнія билля лордъ Вестбюри, принятаго въ 1862 г. Комиссія пришла къ заключенію стать на точку отправленія билля 1859 года, представленнаго тогда еще бывшимъ только solicitor general лордомъ Кэрнсъ, который теперь, въ 1874 году, въ званіи лорда канцлера снова предлагаетъ палатѣ лордовъ свой биль о актахъ укрѣпленія правъ на недвижимости (transfer and title of Land). Предложеніе развито въ рѣчи лорда Кэрнса въ палатѣ лордовъ 26-го марта 1874, ¹⁾ и поступило на дальнѣйшее разсмотрѣніе лордовъ въ сессіи парламента 1875 г. Что касается Россіи, я уже говорилъ о «проектѣ положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имѣніе», составленномъ въ 1874 году Высочайше учрежденной при министерствѣ юстиціи ипотечной комиссіей.

Такимъ образомъ изъ обычнаго соблюденія въ нѣсколькихъ сѣверныхъ провинціяхъ Франціи, pays de nantissement, порядка укрѣпленія правъ на недвижимыя имѣнія возникаетъ, переходомъ обычая въ форму закона, новая система укрѣпленія правъ, характеризующая своими особенностями—гласностью, формальностью акта укрѣпленія отличіе права новыхъ наро-

1) The Mail, 1874 г. 6 april, № 2,097.

довъ отъ безгласной, неформальной traditio римскаго права.

Содержаніе обычнаго права далеко однако отъ многочисленности повторяющихся случаевъ подобнаго распространенія и всеобщаго признанія. Чаше оно ограничивается въ дѣйстви своемъ предѣлами извѣстной мѣстности, тѣснымъ кругомъ лицъ, связанныхъ единствомъ интересовъ. Это обычай мѣстные, напр. въ Россіи—юридическій бытъ Малороссіи, какъ его излагаетъ В. Тарновскій ¹⁾, или еще болѣе ограниченной мѣстности, отдѣльной напр. губерніи, какъ это является въ сборникѣ народныхъ юридическихъ обычаевъ архангельской губерніи у П. Ефименко ²⁾. Отсутствіе всеобщаго признаннаго значенія обычая дѣлаетъ его часто сословнымъ, напр. юридическіе обычай крестьянъ въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, собранные Н. Калачовымъ ³⁾.

Мѣстный, сословный характеръ обычнаго права лишаетъ его значенія непосредственно изъ духа народа созданнаго, налагаетъ на него всѣ недостатки одностороннихъ взглядовъ, не встрѣчающихъ противодействия въ иныхъ условіяхъ жизни и дѣятельности. Напротивъ того, ограниченные извѣстнымъ кругомъ лицъ, предѣлами опредѣленной мѣстности, обычай упрочиваются чрезъ продолжительное соблюденіе за обычай признаваемаго, часто освящая застарѣлыя злоупотребленія. Заключательныя слова собирателя русскихъ обычаевъ П. Ефименко въ его «сборникѣ народныхъ юридическихъ обычаевъ архангельской губерніи» съ избыткомъ подтверждаютъ сказанное. «Вотъ осо-

1) В. Тарновскій. Юридическій бытъ Малороссіи, въ Юридическихъ Запискахъ П. Рѣдкина, т. II.

2) П. Ефименко. Сборникъ народныхъ юридическихъ обычаевъ архангельской губерніи. Архангельскъ, 1869.

3) П. Ефименко. Приданое по обычному праву крестьянъ арханг. губ. Спб. 1872. Н. Калачовъ. Юридическіе обычай крестьянъ, въ Арх. ист. и прак. свѣд. кн. II.

бенно крупныя явленія, характеризующія обычаи русскаго населенія архангельской губерніи: *подавленіе* семьи личностью и подавленіе личности семьей; хотя не въ той степени какъ въ другихъ губерніяхъ (sic!); въ частности, *порабощеніе* женщины и отягощеніе ея тяжелыми трудами, также участіе послѣдней въ отбываніи общественныхъ должностей, сильное стремленіе къ дѣлимости семействъ, слѣдовательно переходъ отъ родоваго начала къ личному; преимущественное *предпочтеніе*, въ правѣ на наслѣдство, сыновей и вообще лицъ мужескаго пола, даже въ пользу боковыхъ линий, передъ дочерьми и вообще женщинами; значительное развитіе общиннаго пользованія разнаго рода недвижимымъ имуществомъ; *неразвитіе* сельско-хозяйственныхъ ассоціацій промысловыхъ; *крайне неразвитіе эксплутации труда* рабочихъ предпринимателями, торговцами, скупщиками; полное *подчиненіе* сельскихъ обществъ власти богачей міроѣдовъ, *склонность* крестьянскихъ обществъ къ *подкупу* посредствомъ воды». Для установленія вѣрнѣшаго впечатлѣнія, выносимаго изъ

ислѣдованіе: «при всемъ томъ незначительность серьезныхъ преступленій и, наконецъ, сходство многихъ юридическихъ обычаевъ съ узаконеніями древнихъ русскихъ законодательныхъ памятниковъ»¹⁾. Но отсутствіе серьезныхъ преступленій объясняется нѣсколько страницъ выше у того же писателя чуждымъ мѣстному крестьянскому кругу вліяніемъ финскаго начала²⁾, благотворнымъ столкновеніемъ иного племени, иныхъ понятій. Сходство же обычаевъ крестьянъ архангельской губерніи съ положеніями прежнихъ законодательныхъ памятниковъ служитъ лишь доказательствомъ силы и значенія положеній права въ формѣ законныхъ пра-

1) П. Ефименко. Сборникъ народныхъ юридическихъ обычаевъ архангельской губерніи. Стр. 281—82.

2) ib стр. 276, in fine.

вилъ, сохранившихъ свое вліяніе, утративъ даже формально принудительное значеніе. Какъ иначе объяснить доселѣ сохранившійся обычай, по которому работникъ, нанявшійся на время лѣтнихъ полевыхъ работъ и оставившій хозяина въ нужную пору, лишается своей платы, ежели не продолжающимся примѣненіемъ положенія судебника Іоанна III: «а наемитъ не дослужитъ своего урока, а пойдетъ прочь, и онъ найму лишенъ¹⁾».

Оглядываясь на продолжительное изученіе обычнаго права,—мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ. Обычное право далеко не всегда проявленіе народнаго воззрѣнія на право, ибо и болѣе тѣсныя круги среди народа способны къ порожденію обычнаго права—мѣстные, сословные обычаи, равно независимо отъ отдѣльнаго народа возникаютъ обычаи международные. Не только не исключительно народнымъ воззрѣніемъ на право созданное,—обычному праву чужда непосредственность проявленія этихъ воззрѣній, оно не дано вмѣстѣ съ народомъ, но возникаетъ изъ продолжительнаго соблюденія принимаемаго за положеніе права, за обязательное правило дѣятельности (*opinio iuris vel necessitatis*). Не исключительно порожденное одухотворяющей силой единого народнаго сознанія, всегда чуждое непосредственности его проявленія, въ постоянномъ соблюденіи находя порядокъ своего возникновенія (*Entstehungsform*), обычное право, неопредѣленностью своихъ положеній, отсутствіемъ точно разсчитанной ихъ санкции,—уступаетъ внѣшней, формальной сторонѣ болѣе совершеннаго вида проявленія права—закону. Обычное право уступаетъ и самому содержанію законныхъ правилъ, когда законодатель, на высотѣ своего призванія, приводитъ свои правила въ соотвѣтствіе съ потребностями, наклонностями, складомъ жизненныхъ отношеній народа,—короче съ духомъ народа. Здѣсь, насколько общее сознаніе о пра-

1) П. Ефименко, Сборникъ, стр. 262.

въ выразилось въ обычномъ правѣ,—оно является драгоценнѣйшимъ руководителемъ законодателя, не устраняя его собственнаго мышленія, хотя условленнаго развитіемъ народа и установившимися отношеніями, ибо въ *личной оцѣнкѣ и личномъ сужденіи законодателя заключается кончное основаніе положеній закона* ¹⁾, противодѣйствіе которымъ въ силу обычнаго права—всегда формальное нарушение, большей частью и матеріальное неправо. Подчиненное значеніе обычнаго права находитъ выраженіе во всѣхъ законодательствахъ. Отдѣльно взятое, это указаніе имѣетъ лишь ограниченное значеніе, не устраняя представленія о принудительномъ ограниченіи силы и дѣйствія обычнаго права. Но припоминая всю неопредѣленность и неясность выраженій обычнаго права, неполноту его содержанія, удовлетворительнаго лишь для слабо развитыхъ и несложныхъ общественныхъ отношеній, однородность постановленій всѣхъ извѣстныхъ главнѣйшихъ законодательныхъ памятниковъ о ограниченномъ значеніи обычнаго права возвышается до соотвѣтствія съ развившимся бытомъ народа, съ господствующимъ общественнымъ сознаніемъ о преобладаніи и преимуществѣ закона.

Мы не можемъ ограничиться сказаннымъ, не разсмотрѣвъ тѣхъ признаковъ обычнаго права, которые относятся его поборниками къ несомнѣннымъ его преимуществамъ. Но что останется въ пользу обычнаго права, если отъ превозносимыхъ его преимуществъ не удержится ни одно предъ критической ихъ оцѣнкой? Близость положеній обычнаго права и представленія отдѣльныхъ лицъ о правѣ, обыкновенно относимая къ главному достоинству обычнаго права,—есть прос-

1) Fr. Adickes. Zur Lehre von den Rechtsquellen. § 1 nr. 17. стр. 12. Bis zu einem gewissen Grade ist diese Basirung des Rechts auf die subjective Rechtsüberzeugung bezuglich alles Rechts, namentlich auch des gesetzlichen Rechts zu behaupten. Die Gesetzesworte sind an sich todt, des sie beseelende Hauch giebt ihnen erst (subjectiv gefärbtes) Leben.

то недостаточность, отсутствіе иной санкціи этихъ положеній, внѣ субъективнаго признанія ихъ справедливости, такъ называемая opinio necessitatis. Постановленія права, по природѣ своихъ опредѣленій, опираются на внѣшнее принужденіе (санкцію), которой лишено такимъ образомъ обычное право. Близость положеній обычнаго права, далѣе, и требованій дѣйствительности жизненныхъ отношеній, также полагаемая въ ряду преимуществъ обычнаго права,—лишаетъ обычное право всякаго самостоятельнаго значенія, ставя въ зависимость отъ его производящихъ отношеній дѣйствительной жизни, вмѣсто подчиненія этихъ послѣднихъ точно указаннымъ положеніямъ права. Наконецъ обычному праву чужды такія точно указанныя положенія, ибо единство всего обычнаго права даннаго момента, что также приписывается къ его достоинствамъ,—производитъ непосредственное цѣлостное юридическое возрѣніе на каждый предметъ вмѣсто составленія сужденія по соображенію отдѣльныхъ положеній, затерявшихся вовсе въ гармоническомъ единствѣ цѣлостнаго юридическаго возрѣнія. Кому не извѣстны приговоры крестьянъ въ силу непосредственнаго общаго представленія, субъективно понимаемаго за право (opinio necessitatis), подъ непосредственнымъ вліяніемъ измѣнчивой дѣйствительности жизненныхъ отношеній. Проникающее обычное право единство съ субъективнымъ сознаніемъ, вмѣсто санкціи,—съ жизненными отношеніями, вмѣсто подчиненія ихъ,—восходя къ неразчленимому единству непосредственнаго юридическаго возрѣнія, все это—признаки не совершенства, ибо успѣхъ права въ *разъясненіи первообычнаго единства и неустанное разъединеніе и обособленіе понятій и положеній права* ¹⁾.

Для безпристрастнаго рѣшенія столь важнаго во-

1) Ihering, Geist des römischen Rechts, Th. II, Abth 1, (2-ое изд.) стр. 27: «der Fortschritt des Rechts besteht in der Zerstörung jenes natürlichen Zusammenhanges, in unausgesetzter Trennung und Isolirung».

проса, какъ отношеніе обычнаго права и закона, обращусь къ разсмотрѣнію опредѣленій этого предмета сначала въ правѣ римскомъ, ставшемъ наслѣдіемъ всѣхъ цивилизованныхъ народовъ, потомъ перейду къ ближайшему разсмотрѣнію постановленій права современныхъ народовъ Германіи, Франціи, Англіи, Россіи.

Въ римскомъ правѣ мы встрѣчаемся на первомъ же шагѣ съ особеннымъ затрудненіемъ. Здѣсь два противорѣчащихъ другъ другу положенія, одно—фрагментъ Юліана въ дигестахъ, другое—рескриптъ имп. Константина въ кодексѣ,—первое, признающее въ обычномъ правѣ силу источника права,—второе, устраняющее его.

Самый текстъ названныхъ положеній римскаго права даетъ слѣдующія опредѣленія. (L. 32 D. de leg. I, 3) «Въ тѣхъ случаяхъ, когда не примѣняются писанные законы, права охраняются согласно указаніямъ нравовъ и обычаевъ, при отсутствіи которыхъ, наблюдается ближе соотвѣтствующее природѣ отношеній, а если и это ни къ чему не поведетъ, то примѣняется право, дѣйствующее въ Римѣ. § 1. Не безъ основанія укоренившійся обычай охраняется на равнѣ съ закономъ, ибо установленное правами имѣетъ значеніе права. Основаніе обязательности для насъ законовъ въ ихъ признаніи народнымъ пониманіемъ, та-же причина дѣлаетъ обязательнымъ одобренное народомъ внѣ всякой письменной формы. Какое иное значеніе придать волѣ народа, выраженной въ правилахъ и дѣйствіяхъ? Поэтому вполне правильно считать за отмѣну закона не одну только волю законодателя, но и молчаливое всѣми соблюденіе противоположнаго»¹⁾. Рескриптъ

1) L. 32. de leg. I, 3. Iulianus libro XCIV Digestorum. «De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est; et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. § 1. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae

имп. Константина, признавая не малое значеніе въ обычаяхъ и нравахъ, не простираетъ этого, какъ приведенный фрагментъ изъ Юліана, до отмѣны закона: Const. 2. C. quae si longa consuetudo. VIII. 53. Imp. Constantinus ad Proculum. Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

Антиномія римскаго права породила рядъ усилій привести къ соглашенію противорѣчивыя положенія, при чемъ измѣнявшееся практическое значеніе обычнаго права оказывало постоянно вліяніе на принимаемое юристами разныхъ эпохъ рѣшеніе. Въ средніе вѣка обычное право ставилось на равнѣ съ закономъ. На такое рѣшеніе вопроса вліяло то, что средневѣковые юристы, имѣя въ рукахъ народное право, сложившееся изъ обычаевъ народа, примѣняя чуждое римское право, вводимое не чрезъ актъ законодателя, но силою обычая, одушевлявшаго сословіе юристовъ того времени,—склонны были придать обычному праву равную силу и дѣйствіе съ закономъ.—Но и въ то время явнаго господства обычнаго права, выразившагося въ содержаніи народнаго права и въ принятіи чуждаго римскаго права,—среди глоссаторовъ являются сторонники иного мнѣнія, все болѣе и болѣе распространяющагося среди итальянскихъ и германскихъ юристовъ, достигшаго въ XVIII ст. почти всеобщаго признанія, согласно представленію этого времени о преобладающемъ значеніи законодателя,—единственнаго источника права, по ученію школы естественнаго права. Это ученіе нашло себѣ опору въ рескриптѣ имп. Константина въ кодексѣ l. 2 C. quae sit longa consuetudo VIII, 53,

leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio 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.

устраняя фрагментъ юриста Юліана въ дигестахъ I. 32 § 1. D. de legibus I, 3, принятый въ свою очередь основнымъ положеніемъ ученія объ этомъ предметѣ школы исторической Пухты и Савиньи. Здѣсь начинается рядъ попытокъ объяснить и согласить антиномію фрагмента изъ дигестъ и рескрипта изъ кодекса. Пухта ¹⁾ въ рескриптѣ Константина видитъ ограниченіе не обычнаго права, но просто обыкновеній, въ основѣ которыхъ нѣтъ представленія о правѣ. Савиньи ²⁾ принимаетъ здѣсь запрещеніе руководствоваться мѣстными обычаями, противорѣчащими общему, безусловно обязательному закону. Этому же взгляда держался французскій юристъ XVI ст. Доно или Донеллусъ, которому слѣдуетъ большинство новѣйшихъ писателей ³⁾. Вангеровъ ⁴⁾ понимаетъ примѣнимость рескрипта Константина на случай явно выраженнаго въ законѣ запрещенія ему противорѣчащаго обычая. Бринцъ ⁵⁾ полагаетъ, что разсматриваемый законъ имѣетъ въ виду устранить устарѣлые обычаи, а Болау ⁶⁾ — неразумные (ignominabilis consuetudo). Наконецъ на ряду съ приведенными толкованіями значенія рескрипта имп. Константина своей произвольностью съ ними сходно сужденіе Келлера ⁷⁾, для котораго названный законъ является болѣе всего согласнымъ съ несдержанной, самодовольной и ограниченной природой Константина. Чуждый личнаго пристрастія и предпочтенія, въ ясномъ пониманіи значенія измѣнившихся обстоятельствъ

1) Puchta. Gewohnheitsrecht. I, стр. 177 и слѣд. II стр. 213 и слѣд.

2) Savigny. System I, стр. 196. 420 и слѣд.

3) Wening Ingenheim, gem. Civilrecht (5 изд.) § 15; Holzschuher, Theorie und Casuistik (3 изд.) I § 3; Seuffert, prakt. Pandektenrecht (4 изд.) § 10. Sintenis, gem. Civilrecht 2 изд.) § 3, пр. 44. Becker, въ Verhandlungen des 5 deutschen Juristentags. I, стр. 9.

4) v. Vangerow, Leitfaden I, § 16.

5) Brinz Pandekten (2 изд.) стр. 130.

6) Böhlau. Mecklenburgisches Landrecht. I, стр. 334—337.

7) Keller, Pandekten § 3, пр. 7.

современнаго общества, извѣстный юристъ Германіи Рудольфъ Гнейстъ на пятомъ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ указалъ, что государство, обратившееся къ кодификаціи (уложенію) своего права, не можетъ терпѣть обычное право contra legem. «Мы видимъ, говоритъ Гнейстъ, что всѣ значительныя государства пришли къ этому направленію. Римское право, исполнивъ свое всемірно-историческое призваніе создать гражданское право, — тотъ часъ же задвинуло запоръ и запретило обычное право contra rationem vel legem. Рескриптъ Константина I. 2 C. quae sit l. c. высказываетъ это въ жесткихъ выраженіяхъ, о которыя разбивается всякая попытка истолкованія ¹⁾». Внимательное изученіе положеній имп. Юстиніана приводитъ новѣйшаго изслѣдователя занимающаго насъ вопроса Фридриха Золля къ рѣшительному отрицанію въ сборникѣ Юстиніана признанія дѣйствія обычнаго права въ противорѣчіе и отмѣну закона ²⁾. Дѣйствительно, трудно допустить чтобы Юстиніанъ, запретившій толкованіе постановленій своего собранія, дозволивъ лишь краткія изъ нихъ извлеченія и переводъ, призналъ бы въ обычномъ правѣ силу отмѣнять и замѣнять его предписанія. Извѣстное запрещеніе Юстиніана комментарія имъ изданнаго сборника римскаго права выражено въ § 12 const. Deo auctore, § 21 const. Tanta, § 5 const. Cordi.

Гдѣ найти оправданіе преобладанію законодательства надъ обычнымъ правомъ, до какой степени оно простирается и сохраняетъ ли обычное право свое значеніе самостоятельнаго источника права?

Не только явные противники ученія Пухты о силѣ обычнаго права, какъ Мейеръ ³⁾ и Адикесъ ⁴⁾, но

1) Verhandlungen des 5 deutschen Juristentags. II, стр. 91.

2) Friedrich Zoll, Ueber die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrecht въ Jahrbücher für die Dogmatik des heut. rom. und deutschen Privatrechts, Bd. XIII. Heft 3. 1874. Стр. 437.

3) Meier, Rechtsbildung, стр. 34.

4) Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen § 7.

даже *Савиньи* ¹⁾ указывает на возрастающее затруднение для проявления права из единого сознания народа в состоянии развитого государственного порядка, где разнообразие условий жизни разлагает непосредственность понятия о правѣ, наивно признаваемого каждымъ въ первоначальномъ состоянии развития общества.

Въ новѣйшее время *Безелеръ* на пятотъ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ сдѣлалъ предложеніе о несовмѣстимости дѣйствія обычнаго права въ отмѣну обширнаго законодательства ²⁾. Предложеніе принято, хотя принято вмѣстѣ съ тѣмъ и другое предложеніе *Безелера* о признаніи въ обычномъ правѣ значенія самостоятельнаго источника права на ряду съ закономъ, возвращаясь такимъ образомъ къ ученію *Шухты* и *Савиньи* ³⁾.

Углубляясь далѣе въ разсмотрѣніе силы и дѣйствія закона и обычнаго права, предъ нами является законъ, какъ выраженіе непосредственной воли государства, не въ охранѣ дѣйствительныхъ потребностей народа, не въ соответствии народнымъ воззрѣніямъ черная свое значеніе, но, какъ выраженіе воли государства,—опираясь на его могущество. Обычное право не имѣетъ авторитета внѣ идеала національности, который въ немъ отражается, мирно подчиняя народъ своимъ предписаніямъ, наблюдаемымъ добровольно въ дѣйствительности. Слѣдуетъ ли изъ такого значенія обычнаго права, что государство должно принудительно воздѣйствовать на уклоняющаго отъ принятаго обычая,—брать на себя охрану предписаній обычнаго права? Государство можетъ напротивъ противудѣйствовать наклонностямъ и привычкамъ народа,—запретить своимъ судьямъ примѣнять обычное право. Но государство не можетъ разумно оставаться чуждо измѣнившимся отношеніемъ жизни народа ⁴⁾. Здѣсь обычное право

1) Savigny, System I § 7.

2) Verhandlungen des funften deutschen Juristentags (1864) I, стр. 102—110.

3) Verhandlungen. II. Стр. 84—100.

4) Brun s въ Holtzendorff's Encyclopädie стр. 322.

получаетъ надлежащее опредѣленіе своего отношенія къ законодательству. Для законодательства обычное право *указатель* требуемыхъ въ обществѣ улучшеній чрезъ изданіе новыхъ законовъ, въ которыхъ народныя потребности нашли бы удовлетвореніе. Здѣсь обычное право можетъ имѣть благотворное вліяніе на законодательство, не столько внося новыя въ него постановленія, сколько очищая законодательство отъ постановленій болѣе не примѣняемыхъ. Законодатель долженъ, по указанію обычнаго права, отмѣнить постановленія, пришедшія въ забвеніе ¹⁾. Независимо этого значенія *указателя для законодателя, того главнымъ образомъ, что въ законѣ устарѣло*, обычное право имѣетъ примѣненіе, какъ *руководство для судьи* при истолкованіи воли участвующихъ въ сдѣлкахъ лицъ. Такимъ образомъ обычное право, гдѣ законъ не даетъ своихъ постановленій, гдѣ воля лицъ предшествуетъ положенію права, является средствомъ изясненія выраженія воли лицъ ²⁾. Въ этомъ послѣднемъ значеніи обычное право признано въ новѣйшихъ законодательныхъ памятникахъ, устраняющихъ его дѣйствіе какъ источника права. Карлъ Великій запрещаетъ ставить обычное право надъ закономъ: *nulla consuetudo superponatur legi*, говорится въ въ капитуляріи 783 года, глава 10-ая ³⁾. Законодательства современныхъ государствъ сходятся въ отрицаніи за обычнымъ правомъ силы источника права, различаясь въ допущеніи его какъ руководство судей въ истолкованіи воли заинтересованныхъ въ сдѣлкахъ лицъ (*Interpretationsmittel*). Всѣ законодательства, какъ я это подробно раскрою ниже, дозволяютъ судьямъ дополнять постановленіями обычнаго права закономъ неопредѣленное, равно въ соглашеніи лицъ не выраженное, придавая такимъ образомъ обычному праву значе-

1) Fr. Zoll, Ueber die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrecht, въ Jahrbücher für die Dogmatik. Bd. XIII Heft. 3. стр. 441.

2) Schwane r t, Gesetz und Gewohnheit, стр. 19.

3) Walter, Rechtsgeschichte § 149, пр. 2.

не *ius dispositivum*. Различія законодательствъ состоятъ въ поставленіи примѣненія обычнаго права, какъ *ius dispositivum*, въ зависимость отъ указанія сторонъ и въ дозволении примѣнять его помимо этого указанія, въ послѣднемъ случаѣ за обычнымъ правомъ признается полное значеніе *ius dispositivum*, восполняющаго не оговоренное сторонами и не подлежащее абсолютному закону, — въ первомъ, ставится примѣненіе восполняющаго дѣйствія обычнаго права въ зависимость отъ указанія сторонъ, оно подчинено ихъ усмотрѣнію, — имѣетъ фактическое значеніе.

Въ ближайшемъ разсмотрѣніи постановленій законодательствъ современныхъ государствъ, мы найдемъ воѣ только что указанные отгѣнки.

Прусское земское уложеніе исключаетъ дѣйствіе обычнаго права, какъ источника права ¹⁾, допуская однако обычаи *praeter legem* и даже мѣстные, провинціальныя обычаи *contra legem*, если они имѣли при обнародованіи *allg. Landrecht* въ 1794 году обязательную силу ²⁾. Въ случаѣ неполноты и недостаточности закона судья при постановленіи рѣшенія долженъ обратиться прежде всего къ существующимъ по разсматриваемому предмету обычаямъ, при недостаточности которыхъ основываетъ рѣшеніе на общихъ началахъ законодательства, принимая во вниманіе и изданныя въ подобныхъ случаяхъ повелѣнія ³⁾. Здѣсь признано широкое значеніе обычнаго права въ смыслѣ *ius dispositivum*, которое далѣе служитъ руководствомъ истолкова-

1) *Allg. Landrecht*, Einleitung, § 60. So wenig durch Gewohnheiten neue Gesetze eingeführt werden können, eben so wenig können schon vorhandene Gesetze auf dergleichen Art wieder aufgehoben werden.

2) Fr. Förster, *Theorie und Praxis* I § 16 стр. 72 (3 изд.) Koch, *Landrecht* (4 изд.) I стр. 11. пр. 14 и 15, Dernburg, *preuss. Privatrecht*, I, стр. 36.

3) Fr. Zoll, *Ueber die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrecht*, въ *Jahrbücher für Dogmatik*, Bd XIII, Heft 3, 1874, стр. 449.

нія воли лицъ, какъ въ этомъ согласны юристы прусскіе ¹⁾.

Подобно прусскому земскому уложенію австрійское гражданское уложеніе (*bürgerliches Gesetzbuch*) не допускаетъ обычное право въ значеніи источника права ²⁾. Но и въ Австріи судья долженъ, усмотрѣвъ изъ соглашенія сторонъ желаніе ихъ явное или подразумеваемое примѣнить мѣстные обычаи, придти къ заключенію, что они хотѣли въ данномъ случаѣ руководствоваться мѣстнымъ обычаемъ. Здѣсь это одно лишь чисто фактическое отношеніе, не допускающее обычнаго права въ значеніи *ius dispositivum*, но настолько допускающее заключеніе, что въ австрійскомъ правѣ обычное право имѣетъ значеніе руководства судьи въ истолкованіи сдѣлокъ сторонъ (*Mittel zur Interpretation*) ³⁾.

Во Франціи законъ 30 вентоза годъ XII, ст. 7 отмѣнилъ общіе и мѣстные обычаи, относящіеся къ предметамъ, опредѣленнымъ въ гражданскомъ уложеніи (*code civil*), безъ различія записанныхъ или инымъ образомъ сохранившихся обычаевъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ гражданскій кодексъ французовъ ссылается во многихъ случаяхъ на обычаи, напр. ст. 593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1160, 1648, 1736, 1748, 1753, 1754, 1757, 1758, 1759, 1762 и 1777 *code civil* ⁴⁾. Въ этихъ случа-

1) Koch *allg. Landrecht* I, стр. 30 пр. 8 (4 изд.) Dernburg *preuss. Privatrecht* I стр. 37. Fr. Zoll, *ib.*

2) Das *allg. burg. Gesetzbuch für Oesterreich*. Einleitung § 10 *Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden*. Въ этой статьѣ обычное право не устранено явно, какъ въ выше приведенномъ положеніи прусскаго права, но, дозволивъ примѣнять обычное право въ случаяхъ законами указанныхъ, австрійское гражданское уложеніе ни одного такого случая не указываетъ, устраняя такимъ образомъ совершенно примѣненіе обычнаго права. См. *Unger System* I, 5 стр. 36.

3) Fr. Zoll, *Ueber die verbindliche Kraft u. s. w.* стр. 452.

4) Привожу исчисленныя статьи французскаго гражданскаго

яхъ нарушение судомъ постоянно соблюдаемаго обычая есть поводъ къ кассации въ нарушение его постановленнаго рѣшенія ¹⁾. Ст. 1135 Сс. «les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites, que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature»—даетъ явное признание обычному праву въ значеніи *ius dispositivum*, примѣняемаго для восполненія не опредѣленнаго по со-

кодекса въ переводѣ ихъ въ «собраніи гражданскихъ законовъ губерній царства польскаго» (Спб. 1870). Ст. 593. «Пользователь въ правѣ брать изъ лѣсовъ тычины для виноградниковъ, а также собирать съ деревьевъ годичныя или періодическія произведенія, слѣдуя во всемъ этомъ *мѣстнымъ обычаямъ* или *обыкновенію собственниковъ*». Ст. 663. «Въ городахъ и предмѣстьяхъ, каждый можетъ принудить своего сосѣда принять участіе въ постройкѣ и починкѣ стѣны или ограды, раздѣляющей ихъ дома, дворы и сады, расположенныя въ тѣхъ городахъ и предмѣстьяхъ; высота стѣны опредѣляется согласно особымъ постановленіямъ или *постояннымъ и принятымъ обычаямъ*». Ст. 671. «Дозволяется садить высокоствольныя деревья только на разстояніи, предписанномъ существующими особыми правилами и *постоянными и признанными обычаями*». Ст. 674. «Кто хочетъ рыть колодезь или выгребную яму возлѣ стѣны общей или необщей; кто хочетъ къ ней пристроить трубу или очагъ, кузницу, хлѣбную или иную печь; приставить къ ней помѣщеніе для скота; или устроить у этой стѣны соляной магазинъ или складъ дѣленыхъ матеріаловъ, тотъ обязанъ оставить разстояніе, опредѣленное особыми постановленіями или *обычаями* или произвести предписанныя въ тѣхъ же постановленіяхъ и *обычаяхъ* работы для предупрежденія вреда сосѣду». Ст. 1135. «Договоры обязываютъ не только къ тому, что въ нихъ выражено, но и ко всемъ послѣдствіямъ, которыя по справедливости, обычаю или закону вытекаютъ изъ свойства обязательства». Ст. 1159. «То, что въ содержаніи договора сомнительно изясняется на основаніи *обычаевъ той мѣстности, гдѣ договоръ совершенъ*». Ст. 1160 говоритъ о *necessaria negotii* въ договорахъ не упомянутыхъ. Остальныя изъ приведенныхъ статей касаются частнаго примѣненія обычаевъ къ отдѣльнымъ договорнымъ отношеніямъ изъ купли-продажи, найма, аренды возникающимъ.

1) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, I, § 23, стр. 43. «Dans les cas, où le code napoléon se réfère expressément aux anciens usages, la violation d'un usage donne ouverture à cassation».

глашенію сторонъ, въ юридической сдѣлкѣ участвующихъ.

Отъ такого явнаго признанія значенія обычнаго права, какъ *ius dispositivum*, уклоняется саксонское гражданское уложеніе ¹⁾, не признавая его вовсе въ значеніи источника права. Въ австрійскомъ законодательствѣ примѣненіе обычнаго права дозволено въ случаяхъ, явно указанныхъ въ законѣ, вовсе уклоняющагося въ дѣйствительности отъ такого указанія, въ саксонскомъ же правѣ такое же устраненіе обычнаго права произведено нѣсколько иначе. Допускается обычное право, говоритъ § 28 саксонскаго гражданскаго уложенія, въ предѣлахъ установленія правъ по одному усмотрѣнію заинтересованныхъ лицъ ²⁾. Въ этомъ положеніи содержится признаніе обычнаго права въ значеніи *ius dispositivum*. Но окончаніе статьи: «если можно заключить, что участвующіе въ соглашеніи хотятъ соблюсти обыкновенно въ подобныхъ случаяхъ принятое», ограничиваетъ примѣненіе судомъ обычнаго права, ставя это въ зависимость отъ указанія сторонъ, низводя обычное право на степень руководства къ истолкованію соглашенія лицъ (*Interpretationsmittel*), а не диспозитивныхъ правилъ, примѣняемыхъ при отсутствіи выраженаго соглашенія сторонъ ³⁾. Въ этомъ ограниченіи саксонское право противопоставляется прусскому и французскому, сходясь съ австрійскимъ.

Въ Англійи обычное право имѣетъ ограниченное

1) Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, I Theil, 1 Abth § 28 Durch Gewohnheiten können weder Gesetze aufgehoben oder abgeändert, noch neue Vorschriften mit Gesetzeskraft eingeführt werden. Soweit Rechte durch die Willkühr der Betheiligten begrunden werden können sind Gewohnheiten zu berücksichtigen, wenn anzunehmen ist, dass die Betheiligten das in gleichartigen Fällen Gewöhnliche beobachten wollten».

2) Dr. E d. Siebenhaar, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts § 20, стр. 47.

3) Fr. Z o l l, Ueber die verbindliche Kraft, ib. стр. 453.

значение, уступая акту парламента: («that no custom can prevail against an express act of parliament»¹⁾).

Въ Россіи дѣйствующее законодательство нѣсколько отступило отъ первоначальнаго отсутствія какого либо упоминанія объ обычномъ правѣ въ «сводѣ законовъ», своимъ молчаніемъ устранявшимъ обычное право изъ ряда источниковъ права²⁾, допуская его какъ руководство при истолкованіи договоровъ, когда словесный ихъ смыслъ представляетъ важныя сомнѣнія³⁾.

По мѣрѣ знакомства правительства съ народомъ, оно допускаетъ примѣненіе обычаевъ, установившихся среди крестьянъ, когда крестьяне не могли вовсе руководствоваться законами. Здѣсь признается обычное право источникомъ права только для одного разряда лицъ, узаконя такимъ образомъ сословное обычное право. Рядъ законовъ издается въ этомъ направленіи, начиная съ 1846 года, когда составлены правила для надѣленія государственныхъ крестьянъ семейными участками (т. XII. ч. 2 уст. о благоустр. въ каз. сел. ст. 116), — до положенія о крестьянахъ 19 февр. 1861, гдѣ полное значеніе обычаевъ между крестьянами признано ст. 107 Общаго положенія: «если (въ волостномъ судѣ) тяжущіеся стороны не пойдутъ на мировую сдѣлку, то

1) Н. I. Stephen, New Commentaries on the laws of England I, стр. 60.

2) Зак. Осн. ст. 47. «Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ положительныхъ законовъ, учреждений и уставовъ, отъ Самодержавной Власти исходящихъ» Гр. Суд. ст. 9. «Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ» и нѣтъ никакого упоминанія объ обычномъ правѣ.

3) Зак. Гр. X т., 1 ч. 1539 ст.—Если словесный смыслъ представляетъ важныя сомнѣнія, тогда договоры должны быть изясняемы по намѣренію ихъ и доброй совѣсти, наблюдая при томъ: п. 4) когда выраженія, въ договорѣ помѣщенные, не опредѣляютъ предмета во всѣхъ его частяхъ съ точностію, тогда принадлежности онаго изясняются обычаями, если впрочемъ не опредѣлены онѣ закономъ.

судъ рѣшить дѣло либо на основаніи заявленнхъ въ волостномъ правленіи сдѣлокъ и обязательствъ, если таковыя были заключены между спорящими сторонами, либо, при отсутствіи таковыхъ сдѣлокъ, на основаніи мѣстныхъ обычаевъ и правилъ, принятыхъ въ крестьянскомъ быту». Также наследованіе у крестьянъ признано опредѣлять по ихъ обычаямъ (Общ. крест. пол. ст. 38. Вык. 166. Мѣст. Велик. 110. Мѣст. Малор. 93. Вилен. 82. Полож. о позем. устр. Тифлис. крест. 1864 г. ст. 81. О паранахъ—Собр. Узак. 1868 г. № 771. § 36).

Впервые въ судебныхъ уставахъ 20 ноября 1864 г. обычное право дозволено примѣнять не сословному органу правосудія, раскрывая такимъ образомъ силу и дѣйствіе обычнаго права, независимо отъ его прежде признаваемого сословнаго значенія. Уст. Гр. Суд. ст. 130 дозволяетъ «при постановленіи рѣшенія мировому судѣ, по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволится именно закономъ, или въ случаяхъ положительно неразрѣшаемыхъ законами». Тройкое ограниченіе налагаетъ законъ примѣненію обычнаго права: 1) дозволеніе обычая закономъ, 2) ссылка на него сторонъ и 3) усмотрѣніе судьи, который, при первыхъ двухъ условіяхъ, можетъ, но не обязанъ примѣнять обычай (Ср. Рѣш. Гр. Кас. Д-та, 1869, №№ 175, 243) 1871 г. N 290).

Оглядываясь на сдѣланный очеркъ значенія обычнаго права, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ. Во всѣхъ законодательствахъ современныхъ государствъ обычное право вовсе исключено изъ числа источниковъ права, сохраняя только въ различной мѣрѣ значеніе руководства для судьи въ истолкованіи соглашенія сторонъ (Interpretationsmittel). Въ этомъ послѣднемъ значеніи обычное право можетъ быть обязательно для судьи при опредѣленіи отношеній лицъ, отъ ихъ усмотрѣнія зависящихъ, но ими не установленныхъ,—здѣсь обычное право имѣетъ значеніе ius dis-

positivum, восполняя не определенное самими заинтересованными сторонами. Такое значение обычное право имѣетъ въ прусскомъ и французскомъ правѣ. Обычное право, далѣе, можетъ быть обязательно для судьи, когда стороны сами сошлутся на него, примутъ обычное право, соответствующимъ ихъ намѣренію, насколько отъ произвольнаго усмотрѣнія сторонъ зависитъ опредѣленіе ихъ отношенія. Здѣсь обычное право перестаетъ быть *ius dispositivum*, применяемое судьями, но является для судьи средствомъ, сторонами указаннымъ, раскрыть дѣйствительное содержаніе ихъ сдѣлки, оно — *Interpretationsmittel* въ тѣсномъ смыслѣ. Таково значеніе обычнаго права въ австрійскомъ, саксонскомъ и русскомъ правѣ. Въ послѣднемъ обычное право еще болѣе нежели въ австрійскомъ и саксонскомъ ограничено зависимостью отъ усмотрѣнія судьи применить указываемый обычай сторонами. Здѣсь обычное право, формально признанное закономъ, не обезпечено въ матеріальномъ проявленіи.

Болѣе широкое примѣненіе обычнаго права, какъ *ius dispositivum*, признано въ уставѣ торговомъ (ст. 1408 п. 4, 1714 т. XI, ч. 2, равно 2115 т. X. ч. I). Изъ сличенія этихъ статей ¹⁾ слѣдуетъ, что 1) обычай вообще примѣняется къ судебнымъ торговымъ дѣламъ, а не только обычай мѣстный, какъ въ ст. 130 Уст. Гр. Суд., 2) примѣненіе его не зависитъ отъ ссылки сторонъ, 3) но имѣетъ мѣсто, лишь при недостаткѣ положительныхъ законовъ ²⁾.

1) Особенно категорично выражается ст. 1714 Уст. тор. «Рѣшенія коммерческихъ судовъ утверждаются на законахъ; въ тѣхъ же случаяхъ, на кои нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ, дозволяется принимать въ основаніи *торговые обычаи* и примѣры рѣшеній, въ томъ же судѣ послѣдовавшихъ и вступившихъ въ окончательную законную силу».

2) П. Цитовичъ, Лекціи по торговому праву, Одесса 1873, стр. 88 и слѣд.

В. Право юристовъ и господствующія среди нихъ направленія.

Никогда представленія о правѣ не находили одинаковаго у всѣхъ принятія ¹⁾. Особенно рѣзко проявляется разнообразіе и противоположность воззрѣній, даже среди незначительныхъ союзовъ людей, въ періоды зарожденія новыхъ жизненныхъ отношеній. Отцы и дѣти, богатые и бѣдные, горожане и поселяне создаютъ столько же противоположныхъ представленій о правѣ. Какое мѣсто принадлежитъ среди всего этого разнообразія воззрѣній юристу, стоитъ ли онъ безстрастно надъ ними для указанія дѣйствительно господствующаго воззрѣнія? Пока юристъ руководствуется положеніями закона и обычнаго права, насколько послѣднее допускается закономъ, онъ, подобно заинтересованнымъ въ дѣлѣ лицамъ, подлежитъ ихъ предписаніямъ. Инымъ является его положеніе, когда ни законъ, ни обычное право не даютъ опредѣленія вновь появившемуся жизненному отношенію, требующему разрѣшенія. Здѣсь неизбежно столкновеніе юриста и непосвященныхъ въ правила науки, столкновеніе различныхъ личныхъ сужденій по одному и тому же предмету. Въ неразвитыхъ общественныхъ отношеніяхъ, гдѣ всѣ члены общества близки другъ другу, нѣтъ рѣзкой противоположности сужденій, всѣ легко приходятъ къ соглашенію, выражаемому въ при-

1) Разногласія римскихъ юристовъ повели къ необходимости механическаго рѣшенія ихъ противорѣчій большинствомъ голосовъ пяти пользовавшихся авторитетомъ писателей, — Гая, Папиніана, Ульпіана, Павла и Модестина, при равенствѣ голосовъ слѣдовали мнѣнію Папиніана. Такое внѣшнее разрѣшеніе затрудненія дано въ законѣ имп. Феодосія II и Валентиніана III, въ 426 г., помѣщенномъ въ *Codex Theodosianus* 1, 4, 3. Контroversы современныхъ писателей разныхъ школъ не приведены къ соглашенію.

говоръ судей, непосредственно изъ общества вышедшихъ, напр. шеффеновъ въ средневѣковой Германіи, которые поставляли приговоръ «secundum quod eis visum fuerit aequius et melius» ¹⁾). Но съ возрастаніемъ розни между членами общества, отъ особенности положеній каждаго, усиливается преобладаніе личнаго сужденія, которымъ каждый руководствуется въ своихъ приговорахъ. Особенность положеній членовъ общества, специализируя ихъ занятія, разрываетъ прежнюю непосредственную связь всѣхъ, устанавливаетъ особенную профессію юристовъ, отличающихся отъ непосвященныхъ въ науку права усвоеніемъ точно опредѣленныхъ и разграниченныхъ понятій, раздѣльно и послѣдовательно примѣняемыхъ къ подлежащему ихъ сужденію отношенію, разлагая его на составные его моменты, вмѣсто составленія себѣ общаго, смутнаго впечатлѣнія о всемъ предметѣ, не подвергая его точному анализу. Въ неизбѣжномъ столкновеніи сужденій, юристъ, не находящій указанія въ законѣ и обычномъ правѣ, но сильный навыкомъ своимъ къ юридическому анализу, сопоставляетъ лично имъ составленное сужденіе съ мнѣніемъ лицъ, въ дѣлѣ заинтересованными. Каждое правоотношеніе заключаетъ въ себѣ его опредѣляющее правило, до нѣкоторой степени живущее въ сознаніи заинтересованныхъ въ дѣлѣ лицъ. Задача права состоитъ въ опредѣленіи внѣшнихъ отношеній между людьми по возможности соотвѣтственно особеннымъ ихъ условіямъ, оно «стремится сазнать и обнять эти условія» ²⁾). Представленіе заинтересованныхъ лицъ важный указатель природы установленнаго между ними отношенія. При отсутствіи же такого указателя въ отношеніяхъ всего болѣе отъ усмотрѣнія сторонъ зависящихъ, какъ это въ отношеніяхъ гражданскаго права, юристъ обращается къ общепри-

1) Fr. Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, § 1, стр. 7.

2) К. Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права, I § 1, (изд. 2-е).

нятому здѣсь сужденію (die gemeinsame Rechtstiberzeugung у Адикеса § 4 назв. соч), насколько оно можетъ быть имъ достигнуто, внося этимъ путемъ плодотворное начало въ свой приговоръ, избѣгая случайностей непостоянства въ нихъ, ибо основывается на общепринятомъ мнѣніи, менѣе доступномъ измѣненіямъ нежели личное сужденіе. Такимъ образомъ въ столкновеніи сужденій юриста съ сужденіями непосвященныхъ ни одно изъ нихъ не попирается другимъ, сужденіе юриста, призваннаго его произнести, опирается напротивъ на указанія другихъ лицъ, возводя ихъ представленія изъ непосредственнаго, смутнаго состоянія въ положеніе элементовъ рѣшенія по дѣлу, понятій о правѣ, руководствуясь ими, какъ источникомъ права, при отсутствіи положеній закона и обычнаго права по разсматриваемому отношенію.

Послѣ предварительныхъ этихъ замѣчаній, обращусь къ ближайшему разсмотрѣнію дѣятельности юристовъ.

Дѣятельность юристовъ принято раздѣлять на два противопологаемыхъ вида, одна—дѣятельность теоретическая, другая—практическая, отсюда *теорія* и *практика права*. Теорія права представляетъ изложеніе содержанія дѣйствующаго права путемъ академическаго преподаванія и въ литературныхъ произведеніяхъ. Практика права состоитъ въ примѣненіи отдѣльныхъ положеній права къ частнымъ случаямъ, постановляя по нимъ судебныя рѣшенія ¹⁾). Теорія поэтому ограничена изученіемъ источниковъ права, она устанавливаетъ подлинность и несомнѣнность ихъ значенія, какъ дѣйствительныхъ источниковъ—раскрываетъ содержаніе заключающихся въ нихъ положеній,—излагаетъ это содержаніе въ удобнѣйшемъ порядкѣ послѣдовательной системы, совершенствуетъ далѣе внутреннюю стройность и единство принятой системы ²⁾). Значеніе прак-

1) Unger, System, I, § 6, стр. 41.

2) Savigny System, I, § 19, стр. 87.

тики права на этомъ не останавливается. Она идетъ далѣе, сопоставляя установленное содержаніе положеній права съ соответствующими отношеніями дѣйствительной жизни. Такимъ образомъ практика имѣетъ въ виду удовлетворить требованія дѣйствительности, она сообразуется съ положеніемъ отношеній въ настоящее время ¹⁾. Не входя пока въ ближайшее разсмотрѣніе основательности подобнаго противопоставленія теоріи и практики права, укажу здѣсь, что оно не имѣетъ общаго признанія, напротивъ того устраняется совершенно въ пониманіи правовѣдѣнія, какъ *практической науки*, понятія которой въ своихъ выводахъ предупреждаютъ явленія дѣйствительной жизни, подчиняютъ своимъ опредѣленіямъ новыя явленія, не предусмотрѣнныя въ законѣ и обычномъ правѣ ²⁾. Здѣсь правовѣдѣніе безъ различія теоріи, не выходящей за предѣлы изученія содержанія источниковъ права, отъ практики, ограниченной примѣненіемъ положеній права къ частнымъ случаямъ,—восходитъ къ установленію понятій, догмъ права, теоретически оправдываемыхъ соответствіемъ съ указаніями источниковъ права, практически приложимыхъ, ибо обращаютъ частные случаи къ отразившимся въ нихъ и надъ ними господствующимъ понятіямъ права. Правовѣдѣніе, какъ практическая наука должна опираться на знакомство съ содержаніемъ положеній источниковъ права, чтобы не перейти въ отвлеченныя представленія на основаніи произвольнаго

1) Savigny, System, I § 20, стр. 90: «Als praktische Arbeit dagegen bezeichne ich jede Forschung, welche nicht auf den Inhalt der Quellen für sich beschränkt ist, sondern zugleich das Verhältniss dieses Inhalts zu dem lebendigen Rechtszustand, in welchen sie eingreifen sollen, also den Zustand und das Bedürfniss der neueren Zeit, ins Auge fasst».

2) R. Ihering, Unsere Aufgabe, въ Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, т. I, вып. 1, стр. 19: «Sie (т.е. die Jurisprudenz) ist die praktische Wissenschaft, wo wenn irgendwo die dialectische Methode, die treibende Kraft des Begriffs zur Wahrheit wird».

пониманія, часто весьма пристрастнаго, дѣйствительности жизненныхъ отношеній. Произвольныя опредѣленія отвлеченнаго субъективизма школы естественнаго права, господствовавшей въ концѣ прошлаго и началѣ нынѣшняго столѣтій, должны предупреждать отъ попытокъ творчества въ правѣ на основаніи исключительно субъективнаго разума, не сдерживаемаго требованіями жизни, указаніями опыта, содержаніемъ дѣйствующаго права.

Представленіе о близости теоретической и практической дѣятельности юристовъ не чуждо Савиньи, указавшему выше приведенное между ними отличие. Савиньи причисляетъ догматическія сочиненія къ практическимъ трудамъ ¹⁾, если они направлены на опредѣленіи связи положеній права съ дѣйствительностью жизненныхъ отношеній, будетъ ли это въ формѣ преподаванія, литературнаго труда или судебного рѣшенія. Поэтому, въ этомъ смыслѣ, всякая дѣятельность юриста—практическая, но чтобы имѣть значеніе она должна удовлетворять извѣстнымъ требованіямъ. Савиньи указываетъ на эти требованія, приводя примѣръ разсмотрѣнія спорнаго дѣла юристомъ и непосвященнымъ въ правила юридическаго мышленія. «Несвѣдущій въ правѣ, рѣшая представленное на его сужденіе дѣло, составить свой приговоръ по общему смутному о немъ представленію, хотя при здоровомъ умѣ и рѣшительномъ характерѣ приметъ это современно вѣрнымъ. Чистая случайность соглашеніе или противорѣчіе другаго лица составленному такимъ образомъ приговору. Наоборотъ наука права должна превратить неопредѣленность общаго представленія въ точное сужденіе, устранить непостоянство и случайность рѣшеній посредствомъ разчлененія правоотношеній на составныя части, посред-

1) Savigny, System, I § 20, стр. 91: «Unter die practischen Arbeiten rechne ich eben sowohl dogmatische Schriften».

ствомъ раздѣльнаго примѣненія соответствующихъ каждой изъ нихъ положенія права ¹⁾».

Не противоположеніе теоріи и практики права, но противоположность научнаго изслѣдованія права въ какой бы ни было формѣ,—преподаванія, литературнаго произведенія, судебного рѣшенія,—не научному, на смутномъ общемъ представленіи о предметѣ основаномъ.

Въ научномъ пониманіи права, дѣятельность юриста или ограничивается приведеніемъ въ сознаніе содержанія дѣйствующаго права,—*формальное, рецептивное правовѣденіе*, или она восходитъ къ отысканію неизвѣстныхъ до сихъ поръ положеній права, когда законъ и обычное право, насколько послѣднее допускается, не даютъ своихъ опредѣленій относительно подлежащаго разсмотрѣнію и сужденію предмета,—*матеріальное, продуктивное правовѣденіе* ²⁾.

Формальное, рецептивное правовѣденіе опирается на содержаніе положеній закона и обычнаго права, обобщая ихъ въ видѣ началъ права (*Rechtsprincip*), ограничивая до частнаго предписанія (*Rechtsatz*), не выходя никогда за предѣлы матеріальнаго содержанія положенія права (*Rechtsregel*). Раскрывая содержаніе положеній права, произведенныхъ или надлежащимъ образомъ объявленной волей законодателя (законъ), или постояннымъ соблюденіемъ непосредственнаго народнаго представленія о правѣ (обычное право), прежде всего возникаетъ во-

1) Savigny, System I § 20, стр. 92: «Die Wissenschaft soll die Rechtsverhältnisse und die Regel der Entscheidung individualisiren und sondern, um dadurch jene (т. е. обыденное) Verworrenheit in Klarheit zu verwandeln, und die aus ihr entspringende Unsicherheit und Zufälligkeit der Entscheidungen wegzuräumen».

2) Unger, System, I § 6, стр. 42. R. Ihering, Unsere Aufgabe, стр. 8: «die iuristische Production einen absolut neuen Stoff hervorbringt (was man die Deduction aus der Natur der Sache genannt hat, man könne sie auch die iuristische Speculation nennen)».

прось о дѣйствительности и несомнѣнности чисто внѣшней разсматриваемыхъ источниковъ права. Изслѣдованіе дѣйствительнаго значенія, подлинности источниковъ права—это *высшая критика источниковъ права*. По устраненіи сомнѣнія въ подлинности источниковъ права, возбуждается вопросъ объ точномъ установленіи выраженной въ нихъ употребленныхъ. Указаніе и устраненіе неутѣрно употребленныхъ выраженій—это *нижняя критика источниковъ права* ¹⁾. При оглашеніи законовъ (публикація), установленнымъ порядкомъ совершенныхъ (промульгація), авторитетъ законодательной власти устраняетъ всякое сомнѣніе въ ихъ подлинности, не допускаетъ дѣйствія высшей критики, ибо на свидѣтельство власти удостовѣрена подлинность источника права въ цѣломъ и частяхъ. Но несомнѣнность подлинности источника права не устраняетъ сомнѣній въ точности выраженій отдѣльныхъ положеній, неутѣрно переданныхъ (опечатки въ текстѣ закона), или неточно изложенныхъ (ошибки редакціонныя). Сводъ законовъ исполненъ ошибокъ редакціонныхъ, на которыя указалъ А. Бабичевъ ²⁾. Неутѣрно передавая содержаніе источника права, здѣсь возникаютъ непонятныя предписанія права. Такъ напр. ст. 1522 т. X ч. I. «если покупатель, принявъ движимое имущество отъ продавца, не заплатитъ слѣдующей за оное цѣны: то имущество продается съ публичнаго торга и вырученными деньгами удовлетворяется продавецъ,» —поражаетъ отсутствіемъ справедливой охраны интереса продавца, отдавшаго проданное имъ имущество и не получившаго за него удовлетворенія, что всего ближе достигалось бы, предоставивъ продавцу право требовать отъ купившаго возвращенія переданнаго имущества или его стоимости, при дальнѣйшемъ отчужденіи купившимъ,

1) Unger, System I, § 12, стр. 73. Contra Savigny, System, I стр. 242.

2) А. Бабичевъ, о редакціонномъ исправленіи свода законовъ, въ чтеніяхъ Моск. Общ. Исторіи и Древностей, 1865 г. кн. 4.

а не обращение проданного и переданного имущества, за которое не уплачена цена в публичную продажу, с добавочным правом требованія продавца от купившаго доплатить, что от публичной продажи не достанетъ до полнаго его удовлетворенія: «если же публичную продажу не выручитъ сполна цена по условію, то недостатокъ изыскивается съ покупателя въ пользу продавца узаконеннымъ порядкомъ» (ib. in. fine). «Странность этого правила, говоритъ Побѣдоносцевъ ¹⁾, объясняется неправильностью редакціи въ приведенной статьѣ, ибо указъ, изъ коего статья составлена, говоритъ не о движимости вообще, а въ особенности о товарѣ — «кто у кого купилъ товаръ, а принимаетъ и деньги платитъ не стантъ» (Указъ 1727. П. С. Зак. № 5145). Низшая критика, если допускается самимъ законодательствомъ, можетъ повести къ исправленію ошибокъ въ текстѣ законовъ, при отсутствіи же такого дозволенія, она служитъ только указателемъ, лишеннымъ всякаго пракческаго значенія, уступая формальной силѣ ошибочно составленнаго положенія права ²⁾.

Удостовереніе подлинности и несомнѣнности выраженій источниковъ права посредствомъ нижней и высшей критики недостаточно, какъ недостаточно механическое утвержденіе въ памяти буквально только правилъ права, потому что въ этой своей непосредствен-

1) Побѣдоносцевъ, курсъ гражданскаго права, т. I стр. 307 (изд. 1873).

2) Высшая и низшая критика нашла широкое примѣненіе въ опредѣленіи подлинности памятниковъ римскаго права и установленіи несомнѣнности ихъ текста, ибо значительная часть этихъ памятниковъ до насъ вовсе не дошла, содержаніе и выраженія ихъ измѣнены многими позднѣйшими поправками (lectio vulgata). Замѣчательнѣйшій трудъ въ этомъ направленіи исполнили въ позднѣйшее время ученые Германіи *Θ. Момсенъ* и *П. Крюгеръ*, издавъ «*Digesta Iustiniani Augusti*» въ двухъ томахъ (1868—70) и «*Codex Iustinianus*», котораго вышло въ настоящее время первые четыре книги. — О критикѣ источниковъ права см. у *Бринца* (Brinz, *Fandekten*, §§ 3, 4 изд. 2-ое).

ности предписанія права не объемлють тѣхъ случаевъ дѣйствительной жизни, къ которымъ должны примѣняться. Законодатель, запрещающій въ изученіи и примѣненіи положеній права руководствоваться въ раскрытіи ихъ содержанія соображеніемъ всѣхъ причинъ, влиявшихъ на ихъ составленіе, — поводъ (*occasio legis*), охраняемый интересъ (*ratio legis*), основаніе права (*ratio iuris*), — увлекается въ неосуществимое стремленіе все предусмотрѣть, издавая предписанія на частные случаи вмѣсто установленія общихъ началъ права, къ которымъ пришелъ бы, допустивъ изученіе и примѣненіе права по смыслу и разуму его положеній. Невозможность предусмотрѣть все разнообразіе жизненныхъ отношеній, невозможность примѣнять частныя предписанія къ случаямъ, въ нихъ непосредственно, буквально не предусмотрѣннымъ, — ставить рядъ отношеній внѣ опредѣленія права. Невозможность въ изученіи и примѣненіи права выйти изъ непосредственнаго механическаго усвоенія положеній права и подведенія подъ статьи закона разсматриваемаго отношенія устраняетъ возможность дѣйствительнаго знанія права, умерщвляетъ всякое превосхлѣненіе, ибо по рѣшительному восклицанію римскаго юриста: *scribere leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (I. 17. D. de leg. I. 3). Характеръ права опредѣляется допущеніемъ или запрещеніемъ толкованія его положеній. Въ первомъ случаѣ — здѣсь является установленіе началъ права, во второмъ — стремленіе предусмотрѣть всѣ частные случаи. Последнее направленіе характеризуетъ русское дѣйствующее право, хотя самое направленіе можетъ считаться оставленнымъ съ изданія судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 г. Запрещеніе толкованія права рѣзко выставлено въ указѣ Екатерины II: ст. 153 «нѣтъ ничего опаснѣе, какъ общее сіе изреченіе: *надлежитъ въ разсужденіи брати смыслъ или разумъ закона, а не слова*... Сіе не что иное значить, какъ сломить преграду, противашуюся стремительному людскихъ мнѣній теченію,.... если захотятъ слушаться не гласа непрѣнимаго законовъ неподвижныхъ, но обманчиваго непостоянства самопро-

извольныхъ толкованій». Мысль и слова Наказа вошли въ ст. 65. Осн. Зак: «законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣненія и распространенія. Всѣ безъ изыятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, во всякомъ случаѣ должны утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона, не перемѣняя въ нихъ, безъ доклада Императорскому Величеству, ни единой буквы, и не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій». Подъ вліяніемъ опасенія предъ толкованіемъ закона составлены ст. 227 т. I Учр. Сена-та, ст. 281 и 746 т. II губ. учр.

Толкованіе положеній права подлежитъ, подобно всякой умственной дѣятельности, логическимъ законамъ мышленія, въ принудительности которыхъ надъ уклоняющимися отъ ихъ правилъ сужденіями, лежитъ обезпеченіе отъ «обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій». Право—это порядокъ совмѣстной жизни людей въ обществѣ, гдѣ во внѣ существующія и распознаваемые жизненные отношенія, потребности и стремленія ищутъ опредѣленія и удовлетворенія. Личныя, произвольныя сужденія постоянно ограничиваются и направляются силою существующихъ состояній, приходя неизбѣжно къ соглашенію, которое не одинаково осуществляется въ различныя эпохи. При сходствѣ мышленія и чувствованія лицъ, живущихъ въ тѣсномъ общеніи, при непоколебленномъ еще вліяніи преданія, отсутствія независимости личнаго сужденія,—устанавливается непосредственное единство понятій и возрѣній у всѣхъ. Съ развитіемъ же розни въ сужденіяхъ, съ разрывомъ прежняго непосредственнаго единенія мысли и чувствованія всѣхъ, отъ усиливающагося разнообразія занятій и положеній членовъ общества,—возможно искусственное только соглашеніе разнообразныхъ понятій. Отъ этого значеніе соглашенія не уменьшается, возможность его не устраняется, устанавливаясь не по непосредственному единенію чувствъ и мышленія, какъ прежде, но силою общихъ законовъ мышленія, примѣненныхъ къ разъясненію жизненныхъ от-

ношеній, объективный характеръ которыхъ даетъ одинаковое основаніе сужденіямъ многихъ, распространяя среди нихъ, какъ вновь открытый приемъ мышленія, по единству законовъ мысли, такъ равно сначала отдѣльнымъ лицомъ высказанное понятіе, по соответствію его дѣйствительности. Общѣніе научнаго мышленія становится такимъ образомъ знаменательнымъ, связующимъ началомъ особенныхъ, разнообразныхъ представленій о правѣ отдѣльныхъ лицъ, преслѣдующихъ каждое свои исключительные пути ¹⁾. Чтобы не быть произвольнымъ сужденіе о правѣ должно быть научнымъ образомъ составлено, что однако не исключаетъ разнообразія въ удовлетворяющихъ научнымъ требованіямъ сужденіяхъ, съ тою разницею отъ произвольно противорѣчивыхъ, что они являются выраженіемъ отдѣльныхъ моментовъ развитія права, на столько заключаая въ себѣ объективной справедливости ²⁾.

Устраняя поэтому опасеніе непостоянства и произвольнаго раскрытія смысла и разума закона, чѣмъ оправдывалось въ наказѣ Екатерины II-й ограниченіе неизмѣнной буквой закона его изученія и примѣненія, станетъ неизбѣженъ выводъ о произвольности такого ограниченія изслѣдованія содержанія положеній права. Не по одному буквальному выраженію, но изъ соображенія всѣхъ обстоятельствъ, вліяющихъ на положенія источниковъ права, можно придти къ раскрытію дѣйствительнаго содержанія ихъ опредѣленій, всесторонне развитъ его, на сколько допускаетъ это характеръ частныхъ положеній нашего права, не поддающихся ни указанію общихъ началъ, надъ ними го-

1) Fr. Adickes, ib. стр. 13: «So dass diese Gemeinsamkeit wissenschaftlichen Denkens als ein höchst bedeutsames, einigendes, Band für die ihre eigenen Wege gehenden Rechtsüberzeugungen der Einzelnen anzusehen ist».

2) Bluntschli, die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, Zürich, 1862, стр. 70: «die Wahrheit kennt keine Schulen, und die Wissenschaft lässt die Schulen nur zu als einzelne vorübergehende Momente ihrer Entwicklung».

сподствующихъ, ни распространію къ случаямъ, въ нихъ непосредственно не предусмотрѣннымъ. Такъ что запрещеніе заказа Екатерины II обращаться къ разуму закона, хотя и отмѣнено формально въ судебныхъ уставахъ 20 ноября 1864 г. (ст. 13 Уг. Суд., ст. 10, Гр. Суд., ст. 136 Учр. Суд. Уст.), но матеріально тяготитъ надъ русскимъ правосудіемъ, безсильнымъ противъ казуистическихъ опредѣленій свода, не поддающихся широкому примѣненію къ нимъ правилъ о развитіи содержанія изслѣдуемаго положенія, ибо это содержаніе закрѣплено къ бывшимъ непосредственно у него въ виду частному случаю. Въ глубокомъ пониманіи свойствъ русскаго права, К. Побѣдоносцевъ, по поводу ученія о духовныхъ завѣщаніяхъ, высказываетъ нѣсколько мыслей, которыя привожу буквально. «Нашъ законъ о завѣщаніяхъ не имѣлъ цѣльнаго происхожденія. Онъ образовался въ разное время изъ указовъ, изданныхъ на отдѣльные случаи, и представляетъ совокупность формъ и ограниченій имѣвшихъ цѣлью разрѣшить встрѣчавшіяся на практикѣ затрудненія, устранить недоразумѣнія, удовлетворить потребности, открывавшейся въ данную минуту. Самое положеніе о завѣщаніяхъ 1831 года составилось изъ свода изданныхъ до той поры указовъ. Посему несправедливо было бы, и несоотвѣтственно ни съ общими правилами примѣненія законовъ, ни съ историческимъ и практическимъ значеніемъ нашего закона, — въ истолкованіи и примѣненіи нашихъ постановленій принимать въ руководство теорію завѣщательнаго права, утвердившуюся на западѣ, въ цѣльномъ органическомъ ея видѣ, и каждую форму, каждое ограниченіе нашего положительнаго закона приурочивать по аналогіи къ цѣлымъ категоріямъ формъ и ограниченій, выработавшимся изъ науки и практики въ иностранныхъ законодательствахъ. Каждое постановленіе нашего положительнаго закона надлежитъ принимать, какъ оно само-по себѣ представляется, въ неразрѣдной связи съ потребностью, изъ коей оно возникло и съ цѣлью къ коей направлено, равно какъ и съ общимъ духомъ нашего завѣщательнаго права. Крайне

опасно было бы выходить изъ этихъ предѣловъ и переносить на нашу практику идеи и самыя термины изъ иностранныхъ законодательствъ»¹⁾. Приведенное мнѣніе справедливо въ отношеніи ко всѣмъ частямъ дѣйствующаго у насъ права, образовавшагося изъ указовъ, изданныхъ на отдѣльные случаи, подобно положенію о завѣщаніяхъ. Согласно этому характеру законодательства частныхъ случаевъ должна направляться дѣятельность раскрытія содержанія положеній права чрезъ сопоставленіе всѣхъ обстоятельствъ, по которымъ можетъ быть составлено представленіе о волѣ законодателя. Это дѣятельность истолкованія, т. е. разчлененія содержанія закона, произведеніе отъ внѣшняго выраженія внутренняго распредѣленія²⁾, — дѣятельность рецептивная, формальная, не созидающаго ничего внѣ даннаго содержанія въ наличныхъ источникахъ права. Раскрытіе содержанія положеній права по словесному ихъ смыслу, указаніе воли законодателя по буквальному значенію его предписаній составляетъ отличіе *толкованія грамматическаго отъ логическаго*, по другимъ признакамъ стремящагося къ той же цѣли, такъ что грамматическое толкованіе не противоположно логическому, но отыскиваетъ смыслъ положеній права по словесному лишь ихъ смыслу, поэтому должно предшествовать толкованію логическому, къ которому обращаются при безуспѣшности грамматическаго, при невозможности достигнуть смысла положенія по буквальному его значенію. Толкованіе логическое раскрываетъ содержаніе положеній права изъ соображенія всѣхъ побудительныхъ причинъ, вліявшихъ на установленіе разсматриваемаго предписанія. Здѣсь принимаютъ во вниманіе интересъ, который предполагалось охранить (*ratio legis* въ тѣсномъ

1) К. Побѣдоносцевъ, курсъ гражданскаго права, ч. II, СПб 1871 г. стр. 465.

2) Unger, System I § 13, стр. 78: «Die Auslegung ist somit Auseinanderlegung des Inhalts des Gesetzes, Erschliessung des Innern aus dem Aussen, des Gedankens aus der Form».

смыслъ),—основаніе, начала права (*ratio iuris*), на сколько имъ руководился законодатель,—поводъ изданія предписанія (*occasio legis*),—мѣсто занимаемое изслѣдуемымъ положеніемъ въ ряду другихъ (систематическое толкованіе),—историческое образованіе, сложеніе положенія (историческое толкованіе ¹⁾).

Толкованіе логическое не противоположно грамматическому, но постоянно ему сопутствуетъ, потому что иначе невозможно было бы придти къ ясному сознанію соотвѣтствуетъ ли словесный смыслъ положеній права тому содержанію, которое должно было бы въ немъ выразиться, что раскрывается всестороннимъ изслѣдованіемъ толкованія логическаго. Выводы обоихъ толкованій могутъ совпасть, взаимно укрѣпляя другъ друга. Но выводы ихъ могутъ существенно расходиться. Словесный смыслъ положенія количественно или качественно отличенъ отъ логическимъ толкованіемъ установленнаго содержанія положенія,—онъ обнимаетъ болѣе или менѣе, онъ говоритъ объ иномъ, нежели что было въ виду положенія. Столкновеніе грамматическаго и логическаго толкованія здѣсь неизбѣжно и рѣшалось прежде въ пользу преобладанія словеснаго смысла положенія надъ ему несоотвѣтствующимъ содержаніемъ, путемъ логическаго толкованія раскрытымъ. Наоборотъ большинство современныхъ юристовъ ²⁾ отдають преимущество толкованію логическому, признавая за нимъ силу измѣненія несогласнаго съ его выводами словеснаго смысла положеній. Здѣсь признается толкованіе не только въ разъясненіе, но въ *измѣненіе словеснаго смысла положеній* (*interpretatio abrogans, abändernde Auslegung*), расширяя и ограничивая его предписанія, или измѣняя ихъ совершенно. Логическое толкованіе не приходитъ въ столкновеніе съ грамматическимъ въ случаѣ неясности выраженій предписанія права, когда оно устанавливаетъ

System, I § 13, стр. 82.

1, § 13, и названные писатели въ пр. 35.

ихъ точное значеніе. Это не измѣняющее, но *объясняющее логическое толкованіе* (*declarative Auslegung*), выходя за предѣлы слишкомъ узкаго смысла словъ—*толкованіе распространительное* (*interpretatio lata*), ограничивая слишкомъ широкій—*толкованіе ограничительное* (*interpretatio stricta*).

Указанныя различія толкованія положеній права въ *измѣненіе* (*interpretatio abrogans*) и для *объясненія* (*declarative Auslegung*) ихъ словеснаго смысла остались совершенно чужды Д. И. Мейеру, въ его «курсѣ гражданскаго права» § 8, заслуга котораго состоитъ въ указаніи правилъ логическаго толкованія, когда оно впервые допускалось формально въ нашемъ законодательствѣ съ изданіемъ судебныхъ уставовъ 20 ноября (ст. 12 Уг. Суд., ст. 9 Гр. Суд., ст. 136 Учр. Суд. Уст.). Въ пользованіи дарованнымъ правомъ русское правовѣдѣніе встрѣтилось не только съ соотвѣтствіемъ, но и съ противорѣчіями выводовъ грамматическаго и логическаго толкованія. Въ первомъ случаѣ буквальный смыслъ положенія находилъ опору въ соотвѣтствіи съ его дѣйствительнымъ содержаніемъ, выводимымъ изъ соображенія всѣхъ способствующихъ раскрытію смысла его основаній. Въ послѣднемъ,—логическое толкованіе или объясняетъ выраженія неясныя, или измѣняетъ ихъ буквальный смыслъ, здѣсь—это толкованіе *измѣняющее* (*int. abrogans*), тамъ—это толкованіе *объясняющее* (*declarative Auslegung*). Дѣятельность толкованія въ русскомъ правовѣдѣніи, если не исключительно, то главнымъ образомъ направлена къ объясненію неясныхъ выраженій, экзегезъ положеній правъ, распространяя (*int. lata*), или ограничивая (*int. stricta*) непосредственный смыслъ словъ, рѣдко измѣняя его.

Право овдовѣвшаго супруга требовать, когда умершей супругъ не оставилъ своего недвижимаго, выдѣла указной части,—*вдовѣ* изъ недвижимаго имущества свекра, *а не свекрови*,—*вдовцу* изъ недвижимаго имущества тещи, *а не тещи*,—установлено ограничительнымъ объясненіемъ (*int. stricta*) въ Выс. утв. мѣрніи государственнаго совѣта по дѣлу Струкова 10 янв. 1841 г. словъ

свекръ и тесть въ ст. 1154 Зак. Гр. ¹⁾). Право овдовѣвшаго супруга требовать выдѣла указной части изъ недвижимаго имущества свекра или тестя, относя вмѣстѣ съ Побѣдоносцевымъ ²⁾ къ недвижимому родовое и благопріобрѣтенное, обширнѣе ограниченія этого права прилѣтѣемъ выраженія ст. 1151 Зак. Гр. «недвижимое имѣніе», относящимся до родового имѣнія только тестя или свекра, какъ это принято въ рѣшеніи общаго собранія сената по дѣлу вдовы Мацкевичъ (Сб. Сен. Рѣш. т. I № 356), которому придано значеніе руководства по всемъ подобнымъ дѣламъ, для чего и дано знать объ этомъ указами судамъ I-й степени (ср. кас. рѣш. 1868 года № 869). Въ первомъ случаѣ объяснительное толкованіе смысла словъ распространительное (int. lata), въ послѣднемъ—ограничительное (int. stricta). Ограничительное толкованіе сената опирается на началѣ свободы распоряженія (ratio iuris) благопріобрѣтеннымъ имуществомъ, что стѣснилъ бы принудительный выдѣлъ указной части при жизни владѣльца. Распространительное толкованіе К. Побѣдоносцевъ основано на историческихъ соображеніяхъ отсутствія различія родовыхъ и благопріобрѣтенныхъ имуществъ при установленіи указной части невестки въ указѣ Анны Ивановны 1731 г., гдѣ, съ отмѣной указа о единонаслѣдіи, возстановляется порядокъ наслѣдованія по Уложенію и право невестки, первоначально определенное указомъ 1676 г. Оно основано, далѣе, на невозможности согласить иначе начало права; предоставляющее овдовѣвшему супругу требованіе выдѣла изъ недвижимаго имущества свекра или тестя съ другимъ началомъ права—свободой распоряженія благопріобрѣтеннымъ, если, положимъ, у свекра или тестя родового вовсе не будетъ, и слѣдовательно овдовѣвшій супругъ ничего не могъ бы себѣ требовать, что, по мнѣнію К. Побѣдоносцева, не соответствуетъ вовсе намѣренію законо-

1) К. Побѣдоносцевъ, курсъ гражд. права, II стр. 275. и Ж. М. Ю. 1861 г. № 1.

2) К. Побѣдоносцевъ, ib. стр. 276—278.

дателя. Какое бы изъ двухъ толкованій ни нашло принятія у читателя, здѣсь опять, какъ во многихъ другихъ случаяхъ нашего законодательства, мы встречаемся съ несогласимыми противорѣчіями, какъ только станемъ восходить къ началамъ права. Здѣсь право требованія овдовѣвшаго супруга выдѣла и свобода распоряженія благопріобрѣтеннымъ взаимно другъ друга исключаютъ, находя тѣмъ не менѣе принятіе въ одномъ и томъ же сводѣ законовъ, распавшагося на несогласимыя различія въ стремленіи предусмотрѣть всѣ частные случаи.

Въ измѣненіе (int. abrogans), а не объясненіе (declarative Auslegung) прямого смысла ст. 103 Зак. Гр. «супруги обязаны жить вмѣстѣ» и ст. 106 ib «мужъ обязанъ доставлять женѣ пропитаніе и содержаніе по состоянію и возможности своей», гражданскій кассационный департаментъ сената (19 дек. 1873 г. д. Трухиной ¹⁾) нашель, по соображеніи ст. 5 и 37 т. X ч. 1, запрещающихъ браки съ безумными, что немислимо брачное сожительство въ случаѣ лишенія разсудка одного изъ супруговъ, послѣдовавшаго при существованіи брака. «Нѣтъ основанія обвинять жену, если она не живетъ вмѣстѣ съ умалишеннымъ мужемъ и ставить обязанность умалишеннаго мужа доставлять женѣ своей содержаніе и пропитаніе въ зависимость отъ взаимнаго сожительства супруговъ». Толкованіе сената отступаетъ отъ буквального смысла ст. 103, 106 Зак. Гр., измѣняя его.

Вслѣдствіе отсутствія въ законодательствѣ частныхъ случаевъ общихъ руководящихъ началъ и при этомъ обязанности судьи руководствоваться въ примѣненіи положеній права къ отдѣльнымъ случаямъ точнымъ разумомъ существующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія,

1) А. Боровиковскій и А. Книримъ, систематическій сборникъ рѣшеній гр. кас. д.—та сената за 1873 г., стр. 22 и слѣд.

основывать рѣшеніе на *общемъ смыслѣ законовъ* (ст. 9 Гр. Суд.), грамматическое толкованіе, проверенное логическимъ, измѣнившимъ или объяснившимъ непосредственный смыслъ словъ, расширивъ или ограничивъ его, даетъ выходъ на случаи 1) *неясности законовъ* т. е. неудачной ихъ редакціи, невѣрнаго выраженія дѣйствительной мысли законодателя, гдѣ примѣняется нисшая критика текста,—2) *неполноты законовъ* т. е. несоотвѣтствія буквального смысла закона намѣренію законодателя, высказывая болѣе или менѣе дѣйствительно бывшаго у него въ виду, здѣсь примѣняется логическое толкованіе, 3) въ случаѣ *противорѣчій законовъ* оно разрѣшается мотивированнымъ избраніемъ одного изъ нихъ за болѣе соотвѣствующій мысли и намѣренію законодателя ¹⁾. Но въ случаѣ 4) *недостатка* закона, примѣнимаго къ данному случаю, не подходящему ни къ одному изъ существующихъ законоположеній, при пробѣлѣ въ законѣ, судья, обязанный не останавливать рѣшеніе дѣла подѣ предлогомъ недостатка законовъ, отвѣчая за это, какъ за отказъ въ правосудіи (ст. 10 Гр. Суд.), долженъ обратиться къ общему духу закона, содержащему въ себѣ органическую силу самовосполненія, постановитъ рѣшеніе по аналогіи (по подобію) ²⁾.

Аналогія (подобіе) состоитъ въ примѣненіи даннаго положенія или начала права къ отношеніямъ, сюда не подходящимъ, но сходными съ тѣми, которые разрѣшены ими (данными положеніями, или общимъ началомъ права); въ первомъ случаѣ рѣшеніе на основаніи подобія закона (*Gesetzesanalogie*), въ послѣднемъ на основаніи подобія общихъ началъ (*Rechtsanalogie*). Отсутствіе въ «сводѣ законовъ» подобно «общему

1) А, Градовскій, Начала русскаго государственнаго права, Спб, 1875, стр. 89, 90.

2) L. 12 D. de leg, I, 3 «Non possunt omnes articuli singulariter aut legibus aut senatusconsulti comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est is qui iurisdictioni praest ad similia procedere atque ita ius dicere debet». L. 13. 32 eod.

земскому уложенію Пруссіи» общихъ началъ права устраняетъ въ отношеніи обоихъ источниковъ права возможность подобія началъ (*Reschtsanalogie*) ¹⁾, оставляя мѣсто распространенію дѣйствія положеній права, путемъ логическаго и грамматическаго толкованія разъясненныхъ, на случаи однородные съ непосредственно въ нихъ предусмотрѣнными въ силу положенія: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (*Gesetzanalogie*). Дѣйствіе аналогіи закона, распространяя его положенія на подобные непосредственно предусмотрѣннымъ въ немъ случаи, сходно съ распространительнымъ логическимъ толкованіемъ, отличающае отъ него тѣмъ, что логическое толкованіе распространяетъ смыслъ словъ, не соотвѣствующихъ дѣйствительной мысли законодателя, аналогія закона—расширяетъ самую мысль законодателя, насколько она къ тому способна, примѣняя его повелѣнія къ случаямъ и отношеніямъ вовсе не бывшимъ у него въ виду ²⁾. Это не рецептивная и формальная дѣятельность толкованія, но основанное на видимой волѣ законодателя восполненіе пробѣловъ закона, недостаточности его предписаній, не дающихъ прямого разрѣшенія возникшему правоотношенію, требующему своего признанія. Аналогія закона относится къ матеріальному, предуктивному правовѣдѣнію ³⁾.

Возникая по необходимости, при отсутствіи прямого указанія закона, ограничиваясь подобіемъ даннаго и непосредственнаго въ законѣ предусмотрѣннаго отношенія,—аналогія созидаетъ вновь возникшему правоотношенію.

1) Fr. Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, I стр. 67.

2) Unger. System, I § 10, пр. 8 «Die ausdehnende Auslegung erweitert aber nur die Worte, weil diese den Gedanken nicht in seinem vollen Umfang wiedergeben; die Analogie dagegen erweitert den Gedanken und bildet diesen zu dem Umfang aus, dessen er aus und in sich selbst fähig ist.

3) R. Ihering, Ur-re Aufgabe, стр. 16: «Die analoge Ausdehnung gehört durchaus der höheren Inrisprudeuz an».

ношенію его опредѣляющее правило. Объективная справедливость указаннаго въ судебномъ рѣшеніи, или мнѣніи ученаго правила опирается на сравненіи существующихъ положеній права по различію въ нихъ предусмотрѣнныхъ отношеній, — на установленіи здѣсь общихъ и частныхъ категорій, понятій, догмъ права и отдѣльныхъ ихъ проявленій въ частныхъ повелѣніяхъ. Общее начало права тѣмъ отличается отъ частныхъ правилъ, что обнимаетъ не только непосредственно предусмотрѣнныя отношенія, но господствуетъ надъ рядомъ подобныхъ отношеній, связанныхъ единствомъ ихъ опредѣляющаго положенія (*ratio iuris*). Общее начало права господствуетъ и объединяетъ отдѣльныя правоотношенія и ихъ опредѣляющія частныя положенія права. Но оно этимъ не ограничивается. Съ возникновеніемъ новаго жизненнаго отношенія, не опредѣленнаго частнымъ положеніемъ права, при недостаткѣ закона на данный случай, требующій своего опредѣленія, общее начало право, силою подобія отличительныхъ признаковъ вновь возникшаго правоотношенія съ общимъ его образомъ, типомъ отношенія, восполняетъ обнаружившійся пробѣлъ, создаетъ новое правило новому правоотношенію, являющемуся отросткомъ, частнымъ проявленіемъ господствующаго надъ нимъ общаго начала. Объясненіе основанія аналогическаго распространенія положеній права силою органическаго ихъ самовосполненія избѣгаетъ произвольности инаго распространеннаго оправданія аналогіи, основывая ее на предположеніи, болѣе или менѣе произвольномъ, что если бы законодатель имѣлъ въ виду разсматриваемый случай, онъ, по общему ходу своего мышленія, разрѣшилъ бы его подобно другимъ сходнымъ случаямъ имъ уже разрѣшеннымъ ¹⁾.

«Дѣйствительная жизнь не можетъ избѣжать, правовѣдніе не можетъ уклониться отъ подобнаго восполненія положительнаго права. Всякое правовѣдніе со-

1) Ihering, Unsere Aufgabe, стр. 16—18.

зидаетъ, не сознавая и даже въ теоріи отрицая всякое право за собой на подобное творчество, какъ это въ настоящее время принимается многими. Справедливое чувство руководило германскимъ юристомъ прошлаго столѣтія въ указаніи *природы отношеній* (*Natur der Sache*) въ значеніи источника права ¹⁾».

Положенія права, созданныя дѣятельностью правовѣднія лишены положительнаго характера другихъ источниковъ права. Онѣ опираются на заключающуюся въ нихъ объективную справедливость, отъ которой не въ силахъ уклониться ни одно человѣческое сознаніе. Въ этомъ смыслѣ справедливъ выводъ А. Градовскаго: толкованія научное не имѣетъ обязательной силы; толкованіе судебное обязательно для того случая, при разсмотрѣніи котораго постановлено, но необязательно для другихъ случаевъ; толкованіе законодательное или аутентическое имѣетъ равное съ законами значеніе ²⁾.

Правовѣдніе, въ единствѣ до сихъ поръ разсмотрѣнныхъ его направлений, — теоріи и практики права, формальное и матеріальное правовѣдніе, ³⁾ — прошло продолжительный періодъ развитія, столь же древній и распространенный, какъ самое человѣческое общество, правила совмѣстной жизни въ которомъ оно приводитъ къ сознанію. Нигдѣ не умѣстнѣе выраженіе «*quod ubi que, quod semper, quod ab omnibus*», какъ въ примѣненіи къ значенію правовѣднія.

Каковы историческія судьбы правовѣднія, какія

1) R. Ihering, Geist des rom. Rechts, Th. II § 41. стр. 371.

2) А. Градовскій, Начала русскаго государственнаго права, I § 59—80.

3) A. Merkel, Ueber die Verhältniss des Rechtsphilosophie zur «positiven» Rechtswissenschaft, въ Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 1874, т. I стр. 417 «als Gegenstand der Rechtswissenschaft hat sich uns das Recht nach seinem gesammten Inhalte, nach seiner idealen und nach seiner praktischen Seite, nach seinen allgemeinen und seinen besonderen Merkmalen dargestellt».

направленія господствовали въ немъ? Посильнымъ ихъ очеркомъ завершу настоящее изслѣдованіе.

Правовѣдѣніе у новыхъ народовъ Европы, низложившихъ всемірное политическое господство Рима, начинается съ подчиненія могуществу римскаго права. Рядъ итальянскихъ юристовъ XII и первой половины XIII ст., извѣстныхъ подъ именемъ глоссаторовъ, посвящаютъ свои усилія усвоенію буквального смысла и непосредственнаго содержанія положеній римскаго права, устраняя и соглашая встрѣчающіяся здѣсь противорѣчія, восходя къ установленію понятій права и внѣшней между ними связи. Во главѣ глоссаторовъ стоитъ Ирнерій (начала XII ст.) изъ Болоньи. Разнообразная ихъ дѣятельность отразилась и завершилась произведеніями Аккурція (род. въ Богноло близъ Флоренціи въ 1182, ум. въ 1260.), изъ которыхъ «*glossa ordinaria*»¹⁾ приобрѣла въ судахъ значеніе равное закону, и учителя его Азо (ум. въ 1230 г.), написавшаго «*Summa in codicem*».

Практическое примѣненіе усвоенныхъ и распространенныхъ глоссаторами положеній римскаго права къ дѣйствительнымъ отношеніямъ, отличнымъ отъ отношеній римскаго общественнаго порядка, народовъ новаго міра не только подчинило эти отношенія положеніямъ римскаго права, но и измѣнило послѣднія внеся сюда опредѣленія, имъ чуждыя и изъ другихъ отношеній возникшія. Наслѣдственное римское право измѣнено учрежденіемъ имѣній заповѣдныхъ, наследственное преемство въ которыхъ, по ученію итальянскихъ юристовъ, основано на *successio ex pacto et providentia majorum*, откуда возникло чуждое римскому праву учрежденіе, для поддержанія значенія рода служащее²⁾, находя подобіе въ субституціи фидеикоммиссар-

1) Лучшее изданіе «*glossa ordinaria*» сдѣлано Годефруа въ Лионѣ 1589 г.

2) Gerber, System des deutschen Privatrechts, § 83, пр. 3. (изд. 10-ое).

ной¹⁾, давшей названіе новому институту *Familienfideicommissa*.

Приведеніе въ соотвѣтствіе положеній чуждаго римскаго права и требованій измѣненныхъ отношеній новаго общества составляетъ заслугу школы итальянскихъ юристовъ, извѣстныхъ подъ названіемъ *продолжателей глоссаторовъ* (*Postglossatoren*). Практическое направленіе продолжателей глоссаторовъ не много продвинуло пониманіе права, навлекло имъ упрекъ въ схоластической приверженности буквѣ римскаго права. Главнѣйшіе представители этого направленія Дурантисъ (род. въ 1237 во Франціи, ум. 1296 г.), написавшій «*speculum iudiciale*», Бартолусъ (род. въ 1314 г. въ Италиі, ум. въ 1357), которому принадлежитъ обнимающій все римское право комментарий, Балдусъ де Убальдисъ (род. въ 1327 въ Италиі, ум. 1400) ученикъ Бартолуса²⁾. Схоластическое направленіе продолжателей глоссаторовъ господствуетъ до XVI ст., когда историческія и филологическія изслѣдованія съ одной, критическое направленіе эпохи реформации съ другой стороны внесли новое оживленіе въ правовѣдѣніе, создавъ историческое изученіе права, возбудивъ стремленіе къ самостоятельному составленію понятій, догмъ права, опирающихся на изученіи и экзегезѣ источниковъ независимо отъ упрочившихся понятій. Два француз-

1) Римское право допускаетъ назначеніе въ завѣщаніи нѣсколькихъ преемственно вступающихъ въ обладаніе завѣщаннымъ имуществомъ наследниковъ, что извѣстно подъ именемъ *substitutio* въ трехъ видахъ *vulgaris*, *pupillaris* и *quasipupillaris* (ср. Arndts, Pandekten, § 496—499, изд. 6-ое). Не только преемство наследниковъ, завѣщатель можетъ въ завѣщаніи, установивъ наследника, обременить его отказами (*legata, fideicommissa*) въ пользу другихъ лицъ, преемственно слѣдующихъ въ обладаніи въ ихъ пользу назначеннымъ, это наз. *substitutio fideicommissaria* (ib. § 549).

2) Классическое произведеніе Савиньи «*Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*, I—VI томовъ (1815—1831) обнимаетъ исторію права отъ V до XVI ст., до рецепціи римскаго права въ Германіи.

скихъ юриста XVI ст. стоять во главѣ обоихъ направлений: *Кюжа* (род. въ 1522 г. въ Тулузѣ, ум. въ 1590 въ Буржѣ)—историческаго, *Допо* (род. въ 1527 въ Шалонѣ, ум. въ 1591 въ Альторфѣ)—догматическаго. Историческое направление нашло продолжателей въ рядѣ французскихъ писателей ¹⁾ и во всей школѣ голландскихъ юристовъ XVII и первой половины XVIII ст. ²⁾.

Въ это время въ Германіи продолжаетъ преобладать практическое правовѣдѣніе, поддерживаемое сношеніями судовъ съ юридическими факультетами, куда они отсылали для составленія рѣшеній спорныя дѣла. Карпцовъ (ум. 1666 г.), Шильтеръ (ум. 1705 г.), Стрикъ (ум. 1710 г.), Вэмеръ (ум. 1749 г.)—главнѣйшіе представители практическаго правовѣдѣнія, господствовавшего до половины XVIII ст., когда оно уступило направлению естественнаго права, созданному рационализмомъ того времени. Школа естественнаго права (*Naturrecht*) исходила изъ признанія прирожденныхъ правъ человѣка, неизмѣнно всегда и вездѣ однообразныхъ. Нормальное право человѣка, независимое отъ вліяній измѣняющихся условій мѣста и времени, познается субъективнымъ разумѣніемъ каждаго, руководимаго начертанными въ сердцѣ всякаго человѣка правилами и соображеніемъ свойствъ человѣческой природы. Основаніе права на субъективномъ разумѣ, не ограниченномъ никакими соображеніями дѣйствительности, одинаково допускаетъ законодательную силу все опредѣлить и демократическое углеченіе все измѣнить согласно парадигмѣ предъ ними общечеловѣческому идеалу. Австрійское гражданское уложеніе 1811 г. допускаетъ естественное право въ значеніи субсидіарнаго источника

1) Сюда принадлежатъ Budé, Du Tillet, Brisson, Pithou, Fabrot, D. и J. Godefroy (См биографіи ихъ въ *Holtzendorff Rechtslexicon*).

2) Представители ихъ: Нудъ, Шультингъ, Вивкерсекъ (См биографіи ихъ въ *Holtzendorff Rechtslexicon*).

права ¹⁾ «Декларация правъ человѣка и гражданина», составленная французскимъ учредительнымъ собраніемъ 1789 г., устанавливаетъ неотъемлемыя права человѣка (*droits imprescriptibles*), согласныя съ его природой (*droits naturels*) и поэтому священныя (*droits sacrés*). Сюда относятся свобода, собственность, безопасность и сопротивление притѣсненію. «Декларация правъ человѣка и гражданина» 1789 г. возбудила критическій разборъ извѣстнаго юриста Англии Іереміи Бентама. «Неотъемлемыя права—это признаніе ихъ неизмѣнности, неподвижности,—неумолимое преслѣдованіе противящагося ихъ игу. Здѣсь осуществляется мысль Магомета: «гибель и смерть со мной несогласнымъ» ²⁾.

Отвлеченный субъективизмъ естественнаго права и его космополитическій идеалъ вызвали реакцію школы историческаго правовѣдѣнія. Внешнимъ поводомъ къ столкновенію послужилъ вопросъ о своевременности предпринять въ началѣ XIX ст. кодификацію права въ Германіи. Тибо (*Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit eines*

1) Das allg. bürg. Gasetzbuch, § 7. «Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzeh bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher, mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden». Ср. Unger, System I § 11.

1) I. Bentham, Oeuvres, Bruxelles, 1829, tome I. Sophismes anarchiques, examen de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen décrétée par l'assemblée constituante. en 1789, стр. 555. Привожу два положенія изъ «декларации правъ»: Préambule. Les représentants du peuple français constitués en assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme. Art II. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland 1814) и Савиньи (Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1814) стали въ прямую противоположность. Савиньи развилъ здѣсь новое ученье о правѣ, упорно преслѣдуемое въ имъ издаваемомъ журналѣ — «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft» (1815—1850), нашедшее подражателей во Франціи, соединившихся въ периодическомъ изданіи Лабулэ (Ed. Laboulaye), Розьера (E. de Rasière) — «Revue historique de droit français», съ 1855 г. начатое, — нашедшее продолжателей въ Германіи, гдѣ съ 1861 г. Рудорфъ (ум. 1874 г.), Брунсъ, Ротъ, Меркель и Бёлау издають «Zeitschrift für Rechtsgeschichte».

Въ этихъ органахъ школа историческаго правовѣдѣнія нашла свое вѣншее выраженіе, исключая все вѣншее стоящее прямымъ его отрицаніемъ, какъ неисторическое¹⁾.

Пониманіе права школы историческаго правовѣдѣнія принимаетъ его за одно изъ явленій жизни народа, въ зависимости отъ его особенностей, отъ различія его состоянія въ отдѣльные періоды развитія. Право — сознаніе духа народа, того объективно даннаго совокупностью личныхъ свойствъ и вѣншихъ условий жизни народа состоянія, которое отличаетъ одинъ народъ отъ другаго, устанавливаетъ различія въ томъ же народѣ въ отдѣльные періоды его развитія. Здѣсь право національное и индивидуальное, а не всемірное и для каждаго народа во всякое время пригодное. Въ этомъ пониманіи положительнаго права отличительная особенность историческаго правовѣдѣнія.

Историческое пониманіе природы и развитія права

1) Savigny, «Ueber den Zweck dieser Zeitschrift» въ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, т. I, стр. 2. «Die eine dieser Schulen ist durch den Namen der geschichtlichen hinlänglich bezeichnet, für die andere dagegen ist ein positiver Name kaum zu finden, wir wollen sie daher in Ermangelung eines Andern Ausdrucks die ungeschichtliche Schule nennen».

въ тѣсной связи съ жизнью народа возбудило столкновение новыхъ двухъ направленій, *романистовъ*, отправлявшихся отъ превосходства римскаго права надъ правомъ народовъ новаго міра, за преимущество котораго высказались *германисты*. Оба направленія опирались на историческихъ явленійхъ рецепціи римскаго права новыми народами и самостоятельнаго значенія народнаго права. Германисты отдѣлились отъ романистовъ и создали самостоятельный органъ — Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft (1851—1859), которую издавали Безелеръ, Рейшеръ и Вильда.

Главѣ исторической школы Савиньи выпала великая заслуга согласить противоположныя направленія школъ германистовъ и романистовъ. «Въ отношеніи римскаго права историческое воззрѣніе направляется не къ утверженію за нимъ ему несоотвѣтствующаго значенія. Напротивъ, оно стремится раскрыть въ настоящемъ состояніи права, что въ немъ заимствовано изъ римскаго права, дабы не безсознательно ему подчиняться, стремится далѣе устранить изъ круга нашего представленія отжившія положенія римскаго права, которымъ по недоразумѣнію приписывается еще мнимое бытіе, и чрезъ это оживить свободное развитіе того, что имѣетъ еще значеніе для насъ въ правѣ римскомъ»¹⁾.

Законодательная дѣятельность во всѣхъ государствахъ Европы въ XIX ст. формально и матеріально измѣнили положеніе римскаго права: формально, — устранивъ обязательное значеніе *corpus iuris*, отступившаго предъ новыми кодексами, матеріально, — освящая въ новыхъ законодательныхъ актахъ начала народнаго права, устраняющихъ положенія права римскаго. Римское право въ настоящее время имѣетъ значеніе одной изъ составныхъ частей, вошедшей въ содержаніе новыхъ кодексовъ европейскихъ государствъ, сохраняя рядомъ съ этимъ образовательное (педагогическое) зна-

1) Savigny, System, I Vorrede, стр. XV.

чение для юристов¹⁾, призванных, пройдя школу римскаго права, стать независимыми отъ римскаго права, по одушевленному восклицанію Иеринга: «durch das römische Recht, über das römische Recht hinaus!»²⁾.

Это стремленіе независимости внесено не историческимъ правовѣдѣніемъ, но философіей права, о которой принято говорить снова, какъ о самостоятельномъ направленіи со времени Ганса (Ed. Gans, das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwicklung. Berlin, 1824 г.), примкнувшая къ философскому направленію Гегеля. Гансъ сталъ во главѣ оппозиціи противъ исторической школы, въ прямомъ отрицаніи ея значенія называя ее *нефилософской*, какъ историческая школа исключала все внѣ ея стоящее именовъ *неисторическаго*. Никогда взаимное отрицаніе не достигало такихъ предѣловъ. Долго длиться оно не могло. Историческое направленіе, занятое изученіемъ прошлаго, легко впадаетъ въ нѣкоторое раболѣпство предъ былыми явленіями, довольствуясь изслѣдованіемъ подробностей, не заботясь болѣе о ихъ практическомъ значеніи, порождая покой мысли, невосприимчивость ея къ постиженію новыхъ отношеній, созданныхъ съ необыкновенной быстротой въ XIX ст. политическими переворотами, великими открытіями въ области естествознанія, измѣнившимися гражданскій, государственный, экономическій строй общества. Возникшія изъ обычая ганзейскихъ городовъ принимать участие своими вкладами въ чужомъ предпріятіи *товарищества на вѣрѣ или по вкладамъ* (société en commandite), развитыя допущеніемъ не только опредѣленныхъ вкладчиковъ, но всякаго обладателя акціей, — дозволеніе коммандитствъ на акціяхъ (Actiencommanditgesellschaft), гдѣ лица вкладчиковъ постоянно мѣняются, они перешли изъ первоначальна-

1) Bluntschli, die neueren Rechtsschulen, стр. 51. «Das römische Recht ist ein wesentliches Element des modernen Rechtsstoffes daneben als ein ausgezeichnetes wissenschaftliches Bildungsmittel für die Juristen.

2) Ihering, Unsere Aufgabe, стр. 52.

го отношенія полнаго товарища (offene, firmirende Gesellschaft, Complementar, gérant) къ владчикамъ (коммандитистъ), какъ заемщика къ займодавцамъ, въ то внѣшнее единое, гдѣ каждый участникъ имѣетъ самостоятельную часть, формально единоличное товарищество (Gesellschaft mit formeller Personeneinheit у Unger, System I стр. 330 и слѣд.), усложненное неопредѣленностью участниковъ, которымъ является всякій предъявитель акціи (Papier auf den Inhaber, lettre au porteur). Созданіе измѣненныхъ отношеній настоящаго времени, коммандитства получили быстрое развитіе. Съ 1-го іюля 1854 г. по 1-е іюля 1855 г. въ Парижѣ учреждено 225 коммандитствъ съ капиталомъ 968 милліоновъ франковъ¹⁾. Значительность интереса, неопредѣленность участниковъ, отвѣтственныхъ за исходъ предпріятія, настойчиво требуютъ разрѣшенія и опредѣленія отношенія заинтересованныхъ лицъ. Не имѣя возможности здѣсь представить это опредѣленіе, скажу только, что историческое правовѣдѣніе безсильно въ рѣшеніи предлагаемой задачи. Здѣсь подобно многимъ другимъ случаямъ, вѣненіе новыхъ идей, созидая одно, низвергая другое, даетъ имъ самостоятельное значеніе въ развитіи права. Историческое правовѣдѣніе вынуждено признать творчество человѣческой мысли и свободной дѣятельности. Но эта мысль и дѣятельность въ созданіи и сознаніи созданнаго связаны зависимостью отъ долгимъ историческимъ процессомъ слагавшихся отношеній, онѣ своимъ появленіемъ вносятъ здѣсь дальнѣйшій моментъ развитія, своими усиліями постигнуть общія начала отношеній производятъ понятія, догмы права. Такимъ образомъ созданныя догмы права не произвольное созданіе отвлеченнаго субъективнаго мышленія, но изъ историческаго развитія вскрытыя, надъ нимъ господствующія начала. Не только отраженіе яв-

1) Anschütz, Ueber Actiencommanditgesellschaften, въ Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, von Bekker und Muther, I, стр. 327.

лений былыхъ въ высшемъ ихъ выраженіи, въ догмахъ, догматическое правовѣдѣніе соотвѣтствіемъ съ дѣйствительностью даетъ возможность установленными здѣсь типами отношеній положительнаго рѣшенія всѣхъ вновь возникающихъ отношеній. Догматическое правовѣдѣніе становится *практическимъ*. Оно живетъ и движется въ постоянномъ процессѣ развитія чрезъ сопоставленіе догмъ права съ явленіями дѣйствительности, чрезъ *критическую* провѣрку своихъ положеній, указывающую что здѣсь отжило, что измѣнено и вновь внесено ¹⁾.

Не взаимное отрицаніе школы исторической и философской, но освѣщеніе явленій историческихъ ихъ оживляющими идеями, подтвержденіе идей ихъ проявленіемъ въ дѣйствительности чрезъ тѣсную связь исторіи и философіи права въ догматическомъ правовѣдѣніи. Изъ этого плодотворнаго союза возникаетъ практическое значеніе догмъ права, критической ихъ оцѣнкой приведенныхъ въ соотвѣтствіи съ дѣйствительностью, познать и удовлетворить требованія которой составляетъ задачу правовѣдѣнія. Здѣсь правовѣдѣніе перестаетъ быть школьнымъ ученіемъ и книжной ученостью, оно становится тѣмъ, что есть, — наукой практической ²⁾.

Вся современная литература представляетъ рядъ усилий въ этомъ направленіи.

Признанные его органы въ Германіи: «Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts» съ 1856 года, сначала издаваемый

1) Нѣсколько иначе понимаетъ *К. Мальмиссъ*, въ «курсѣ гражданскаго судопроизводства» стр. 11 и слѣд., значеніе критики, говоря: «критика есть сужденіе о частныхъ явленіяхъ на основаніи общихъ началъ, сведенныхъ въ систему». Но общія начала сами подлежатъ критикѣ, какъ я это принимаю въ текстѣ, а не служатъ а priori мѣриломъ явленія. Согласно выраженному мной мнѣнію высказывается *Блунчли* въ Vorrede къ Kritische Ueberschau, I, (1853 г.).

2) Bluntschli, Kritische Ueberschau, 1853 г., I, стр. V. «Die Jurisprudenz hat in der That die Ehre, eine praktische Wissenschaft zu sein, sie darf keine blosse Schultheorie noch ein Spiel mussiger Speculation sein».

Герберомъ и Іерингомъ, потомъ также Унгеръ, Бэръ и Вундерлихъ, «kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», съ 1853 по 1859, когда, соединившись съ «Heidelberger krit. Zeitschrift», стала продолжаться подъ именемъ «Kritische Vierteljahrschrift», издаваемая совмѣстно и попеременно Арндтсомъ, Блунчли, Пöцль и Бринцъ; сюда же можетъ быть причисленъ основанный въ 1818 году Генслеромъ, Миттермайеромъ и Швейцеромъ «Archiv für die civilistische Praxis», издаваемый въ настоящее время Фиттингомъ, Рено и Виндшейдомъ. Съ 1874 года въ Вѣнѣ началъ издавать Грюнхутъ «Zeitschrift für das Privat—und Oeffentliche Recht der Gegenwart», гдѣ исторія и философія права стоятъ равноправно.

Не менѣе богата періодическая литература во Франціи. Revue de législation et de jurisprudence, съ 1834 по 1853, когда она слилась съ Revue critique de législation et de jurisprudence издается Тролонъ, Воловски, Поль Понтъ, Фостенъ Эли, Бонженъ (Troplong, Wolowski, Paul Pont, Faustin Hélie, Bonjean) и многими другими, въ 1856 возникла съ преимущественно практическимъ направленіемъ Revue pratique de droit français, издаваемая столь же извѣстными юристами, какъ и предшествоващій журналъ: Деманжа, Валло, Мурлонъ, Эмиль Оливье (Demangeat, Ballot, Mourlon, Em. Olivier).

Въ примѣненіи обновленной соединеніемъ исторіи и философіи права дѣятельности правовѣдѣнія догматическаго къ изученію и опредѣленію явленій дѣйствительности легко замѣчается сходство ихъ у многихъ народовъ и въ разныя эпохи. Сравненіе раскрываетъ общіе законы разнообразныхъ по времени и мѣсту явленій, въ сходствѣ главныхъ ихъ началъ давая болѣе сильное подкрѣпленіе выводимому понятію. Связь народовъ образованнаго міра устанавливаетъ между ними общеніе идей, возникающихъ среди одного, передаваемыхъ всѣмъ прочимъ. Вспомнимъ послѣдовательную отмѣну почти во всѣхъ государствахъ законовъ о лихвѣ, личномъ задержаніи за долги, охватившее всѣ народы

Европы стремление кодификации своего права, для уяснения себя силы единства среди людей ¹⁾). Догматическое правовѣдѣніе восходитъ здѣсь на степень раскрытія *jus gentium* новыхъ народовъ, становится *сравнительнымъ*. Сравненіе учреждений разныхъ народовъ въ сходствѣ ихъ открываетъ могучее ихъ оправданіе, въ различіи—находитъ вѣрное орудіе ихъ критики, всегда производитъ возбужденіе и обогащеніе мысли изслѣдователя.

Признанный органъ сравнительнаго правовѣдѣнія возникъ относительно недавно, позже самаго метода. Въ 1869 въ Брюсселѣ стала издаваться «*Revue de droit international et de législation comparée*» тремя учеными—Ассеръ (Asser), Ролень-Жакемень (Rolin-Jaequemyns) и Вестлаке (Westlake).

Канцлеръ Вѣконъ очертилъ односторонность эмпирическаго направленія юристовъ своего времени: «*tamquam e vinculis sermonicantur*», и отвлеченное естественное право: «*proponunt multa dictu pulcra sed ab usu remota*». Крайности обоихъ направленій возобновились въ XIX ст., придя въ настоящее время въ области гражданскаго права въ соотвѣстіе. Пренія противоположенія стали моментами развитія науки, въ соглашеніи которыхъ ея успѣхъ, ибо «истина не знаетъ школъ, наука ихъ допускаетъ, какъ фазы своего развитія ²⁾». Исторія этого развитія не походитъ на повѣствованіе событій. Она не можетъ быть чѣмъ либо инымъ, какъ изложеніе попытокъ, сдѣланныхъ въ разные эпохи и въ различныхъ мѣстахъ собрать и утвердить составляющія содержаніе науки основанія. Поэтому «исторія науки по мѣрѣ ея совершенствованія стано-

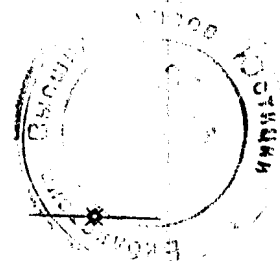
1) Е. Бревернъ, о ростѣ и лихвѣ по иностраннымъ законодательствамъ. Спб. 1869. Тип. II отд. Е. И. В. канцелярія.

Behrend, Die neueren Privatrechts—Codificationen, въ Holtzendorff Encyclopadie.

2) Bluntschli, die neueren Rechtsschulen, стр. 70 «die Wahrheit kennt keine Schulen, und die Wissentcheft lässt die Schulen nur zu als einzelne vorubergehende Momente ihrer Entwicklung.

вится кратче ¹⁾). Направленія разныхъ школъ становятся методами усовершенной науки, ихъ борьба стихаетъ въ примиреніи. Почтимъ умолкшій споръ словами Пушкина:

Миръ вамъ, тревоги прошлыхъ лѣтъ!



1) I. B. Say, Cours complet d'economie politique, tome II, page 540. «L'histoire d'une science devient de plus en plus courte à mesure que la science se perfectionne».