

БИБЛИОТЕКА
В. П. Полонского

A 709

ТРУДЫ

РУССКИХЪ УЧЕНЫХЪ ЗА-ГРАНИЦЕЙ

СБОРНИКЪ
АКАДЕМИЧЕСКОЙ ГРУППЫ ВЪ БЕРЛИНѢ
ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ
ПРОФЕССОРА А. И. КАМИНКА

ТОМЪ I



49-6011

1 9 2 2

КНИГОИЗДАТЕЛЬСТВО «СЛОВО»

он

Проблема вещныхъ и личныхъ правъ въ древнеримскомъ правѣ

проф. Д. Гримма

I. Вводныя замѣчанія

Противорѣчіе между признаніемъ тѣсной связи исторіи институтовъ гражданскаго права съ исторіей хозяйственнаго быта — и методомъ изолированнаго изученія институтовъ права. Связь этого традиціоннаго метода съ взглядами отцовъ исторической школы права. Правильная постановка вопроса. Самостоятельное изученіе институтовъ права, какъ задача, и использование данныхъ исторіи хозяйственнаго быта, какъ методъ. Примѣненіе этой точки зрѣнія къ обсужденію вопроса о происхожденіи различія между вещными и обязательственными правоотношеніями.

Признаніе тѣсной связи исторіи институтовъ гражданскаго права съ исторіей хозяйственнаго быта въ настоящее время едва ли кѣмъ либо принципиально отрицается. Тѣмъ не менѣе, эта истина на дѣлѣ — при изученіи исторіи отдѣльныхъ конкретныхъ системъ гражданскаго права — весьма мало учитывается. Все ограничивается, обычно, нѣсколькими трафаретными фразами, которыя въ общемъ сводятся къ тому, что частная собственность, въ особенности частная собственность на недвижимости, не составляетъ исконнаго явленія первобытнаго хозяйственнаго и правового строя, а появляется лишь въ результатѣ болѣе или менѣе продолжительнаго процесса хозяйственнаго развитія; что въ періоды господства натурального хозяйства не можетъ быть рѣчи о сколько нибудь развитомъ, организованномъ обмѣнѣ, построенномъ на началѣ свободы договоровъ, чѣмъ и объясняется полное почти отсутствіе системы договорно-обязательственныхъ отношеній въ соответствующемъ періодѣ народной жизни; это отсутствіе потребности въ обмѣнѣ и связанное съ этимъ отсутствіе соответствующихъ индивидуализированныхъ формъ обмѣна не исключаетъ, однако, весьма ранняго появленія довольно сложной системы деликтныхъ обязательствъ, такъ какъ нарушеніе чужого права возможно при всякомъ строѣ хозяйственныхъ отношеній, и т. д., и т. д. — Если не считать этихъ общихъ фразъ, то въ остальномъ исторія институтовъ гражданскаго права и по сей часъ разрабатывается такъ, какъ это было предуказано отцами исторической школы права.

Послѣдніе исходили изъ того основнаго предположенія, что исторія права, вообще, и исторія отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ, въ част-

ности, составляетъ продуктъ нѣкакого имманентнаго праву, какъ таковому, процесса, въ которомъ отражается ходъ развитія народнаго духа. Съ этой точки зрѣнія представлялось естественнымъ и занятнымъ ограничиваться въ историко-юридическихъ изслѣдованіяхъ изолированнымъ изученіемъ тѣхъ абстрактныхъ типовъ юридическихъ институтовъ, въ преобладающемъ появленіи, ростѣ и смѣнѣ которыхъ яко-бы воплощались отдѣльныя стадіи развитія раскрывающагося въ нихъ народнаго духа.

Менѣе понятно, однако, что этотъ изоляціонный методъ сохранилъ свое господство до настоящаго времени, когда предпосылки, на которыхъ онъ покоился и которыя служили ему оправданіемъ, отпали. Дѣйствительно, сохраненіе этого метода находится въ рѣзкомъ противорѣчьи съ признаніемъ начала взаимной связи и обусловленности отдѣльныхъ сторонъ соціальной жизни и, въ частности, явленій частноправовой и хозяйственной жизни.

Это не значитъ, конечно, что исторія права не можетъ и не должна составлять самостоятельнаго предмета изслѣдованія. Подобное заданіе — какъ научная задача, которую ставитъ себѣ въ данномъ случаѣ изслѣдователь, — и исполнѣ возможно, и необходимо. Этимъ, однако, не предрѣшается вопросъ о пріемахъ, при помощи которыхъ поставленная задача достигается. Въ этомъ отношеніи нельзя упускать изъ вида, что разъ сложившіяся общія формы — абстрактныя типы, являясь отраженіемъ тѣхъ или иныхъ породившихъ ихъ конкретныхъ жизненныхъ отношеній, могутъ вмѣстѣ въ себѣ разное содержаніе, въ частности, могутъ служить средствами для достиженія разныхъ хозяйственныхъ цѣлей, въ томъ числѣ и такихъ, которыя первоначально могли вовсе не имѣться въ виду, частью сохраняя при этомъ, а частью мѣняя свою первоначальную структуру. Особенно поучительна въ этомъ отношеніи исторія институтовъ общаго оборота, — общихъ формъ вещнаго и обязательственнаго права, — которые, разъ возникши, отличаются замѣчательной устойчивостью: основныя типы ихъ со временемъ дополняются новыми, но сами они рѣдко безслѣдно исчезаютъ, а имѣютъ тенденцію удержаться наряду съ вновь сложившимися позднѣйшими формами, подвергаясь при этомъ въ большинствѣ случаевъ лишь сравнительно незначительнымъ, второстепеннымъ измѣненіямъ. Такъ, коллективная собственность не исчезаетъ съ появленіемъ индивидуальной собственности, а частью сохраняется въ прежнихъ формахъ (семейной, родовой, общинной собственности), частью облекается въ новыя формы собственности (выдѣленнаго особаго имущества юридическихъ лицъ разныхъ типовъ); такъ, реальная купля-продажа сохраняетъ свое мѣсто въ жизни и послѣ появленія соответствующаго консенсуальнаго контракта; залогъ въ формѣ ручнаго залога уживается съ позднѣйшей формой ипотеки, и т. д., и т. д.¹

¹ Ср. по этому вопросу мою статью: Къ вопросу о соотношеніи институтовъ гражданскаго права съ хозяйственнымъ бытомъ народа — въ Ж. Мин. Юстиціи за Октябрь 1907 г.

Все это чрезвычайно осложняет задачу историка права, и в частности дѣлаетъ весьма затруднительнымъ возстановленіе первоначальной структуры изучаемыхъ институтовъ и взаимнаго соотношенія во времени родственныхъ по хозяйственному назначенію институтовъ, если только не сохранились прямыя указанія на этотъ счетъ.

Въ виду такого положенія вещей представляется весьма важнымъ использовать тотъ матеріалъ, который даетъ, — для изученія институтовъ частнаго права, — исторія хозяйственнаго быта, и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ начинать это изученіе съ выясненія вопроса о томъ, какія именно конкретныя хозяйственныя отношенія, пріобрѣтши типичный и массовый характеръ, вызвали или предположительно могли вызвать появленіе даннаго института или данныхъ институтовъ, а равно оказать вліяніе на дальнѣйшую судьбу ихъ, и въ чемъ непосредственно сказывается связь между тѣми и другими.

Въ частности, только такимъ путемъ можно надѣяться пролить свѣтъ на такіе вопросы, какъ вопросъ о происхожденіи основнаго, съ точки зрѣнія цивилистовъ, различія между вещными и обязательственными правоотношеніями, съ одной стороны, — вопросъ о взаимномъ соотношеніи и преемственной связи основнаго типа договорнообязательственнаго права, съ другой стороны. — Характерно для современнаго состоянія науки, что первый вопросъ обычно вовсе не ставится, какъ будто различіе между вещными и обязательственными правами составляетъ какую-то а priori данную величину, какъ будто это противоположеніе является чѣмъ-то логически необходимымъ. Наоборотъ, во второму постоянно возвращаются вновь, однако, безъ всякаго видимаго успѣха, что объясняется, конечно, тѣмъ, что разрѣшеніе его на почвѣ традиціонныхъ приемовъ представляетъ собою поистинѣ еизифову работу.

Въ дальнѣйшемъ мы попытаемся иллюстрировать сказанное, основываясь преимущественно на данныхъ, заимствованныхъ изъ исторіи римскаго частнаго права, какъ системы, излюбленной творцами исторической школы права и сохранившей до нашихъ дней какъ бы парадигматическое значеніе.

II. Относительный характеръ различія между вещными правами и обязательственными отношеніями

Невозможность свести это различіе къ различію въ объектахъ тѣхъ и другихъ правъ. Различіе въ объемѣ судебной защиты, какъ единственный критерій. Традиціонная формулировка его. Критика ея. Правильная формулировка: вещныя права — тѣ, которыя презумптивно защищаются противъ всѣхъ и каждаго, обязательственныя — тѣ, которыя презумптивно защищаются только *inter partes*.

Примѣненіе различія между вещными и личными правами въ качествѣ классификаціоннаго признака. Позднее происхожденіе такого примѣненія въ римскомъ правѣ: взглядъ *Mitteis'a*. Вопросъ о значеніи этого различія по существу. Господствующее мнѣніе. Новѣйшія теченія по этому вопросу въ романистической доктринѣ. — Постановка этой проблемы въ германистической доктринѣ. Взгляды *Heusler, Laband, Stobbe, Gierke*. — Общій выводъ.

Основное положеніе, изъ котораго необходимо исходить при разсмотрѣніи вопроса о происхожденіи различія между вещными пра-

вами и обязательственными отношеніями, — (какое различіе не связано съ той или иной конкретной системой права, а имѣетъ совершенно общее значеніе), — заключается въ томъ, что означенное различіе имѣетъ не абсолютный, а лишь относительный характеръ; является не логической, а исторической категоріей.

Въ частности, оно не можетъ быть сведено къ различію въ объектахъ тѣхъ и другихъ правъ. Господствующій взглядъ, согласно которому объектомъ вещныхъ правъ являются вещи, непосредственно подчиненныя господству правообладателя, а объектомъ личныхъ или обязательственныхъ правъ — чужія дѣйствія, не выдерживаетъ критики въ силу одного того, что онъ покоится на явной *quaternio terminorum*: терминъ «объектъ права» въ первомъ и во второмъ случаѣ употребляется въ двухъ различныхъ смыслахъ: именно, когда мы говоримъ, что объектомъ вещнаго права служитъ вещь, мы подъ объектомъ понимаемъ элементъ отношенія, на который правообладатель оказываетъ или, вѣрнѣе, можетъ оказать то или иное воздѣйствіе; когда же мы говорили, что объектомъ обязательственнаго права служитъ чужое дѣйствіе, то мы подъ объектомъ понимаемъ тотъ ближайшій результатъ, который имѣетъ быть достигнутъ правообладателемъ: объектомъ же, въ смыслѣ элемента отношенія, на который оказывается воздѣйствіе — въ цѣляхъ достиженія соотвѣтствующаго результата, — является то лицо, отъ котораго ожидается соотвѣтствующее дѣйствіе, а не самое дѣйствіе, которое съ одной стороны неотдѣлимо отъ лица, долженствующаго его совершить, а съ другой стороны до совершенія его вообще не находится *in rerum natura*, не имѣетъ самостоятельнаго бытія, а слѣдовательно и не можетъ быть элементомъ отношенія¹). — Изъ сказаннаго явствуетъ, что противопоставлять другъ другу можно не вещи и чужія дѣйствія, а только вещи и лица. Однако, было бы ошибочно утверждать, что вещи могутъ служить только объектами вещныхъ правъ: онѣ могутъ явиться и объектомъ обязательственныхъ отношеній; достаточно указать хотя-бы на всѣ тѣ обязательственныя правоотношенія, которыя предоставляютъ право пользованія тѣми или другими вещами, какъ напр. *commodatum* или *locatio conductio rerum* въ римскомъ правѣ и др. Съ другой стороны, если относительно лицъ современныя частнопрововыя системы отрицаютъ допустимость признанія ихъ объектами вещныхъ правъ, то, во первыхъ, это положеніе не является логически необходимымъ, а вызвано, какъ всякое нормативное опредѣленіе, соображеніями цѣлесообразности, и во вторыхъ, оно не исключаетъ возможности признанія абсолютныхъ правъ надъ личностью какъ въ области семейственныхъ, такъ и въ области публично-правовыхъ отношеній.

За отпаденіемъ различія въ объектахъ остается одинъ критерій для разграниченія вещныхъ и обязательственныхъ правъ, — это различіе въ объемѣ судебной защиты, которая оказывается въ надлежащихъ случаяхъ правообладателю. Критерій этотъ по самому существу

¹ См. по этому вопросу мою статью: Къ ученію объ объектахъ правъ, «Вѣстникъ права» за сентябрь и октябрь 1905 г.

своему чисто практической, относительной и изменчивой. Не только различные правовые системы при наличии однородных в остальном правоотношений решают вопрос о том, в каких пределах, ближе — против кого должно оказывать защиту субъекту права, неодинаково; та же изменчивость и колебание подчас наблюдаются даже в пределах одной и той же правовой системы в разные моменты ее исторического развития. Примером первого рода может послужить различное положение имущественного найма в разных правовых системах; пример второго рода представляет собою история наследственной аренды в римском праве: будучи сначала чисто обязательственным отношением, она впоследствии, благодаря введению претором *actio in rem vestigalis*, приобретает характер вечнона права.

Ближе, это различие сводится обыкновенно к противопоставлению вещных прав, как прав, ограждаемых против всех и каждого, — личным или обязательственным правам, как правам, ограждаемым только *inter partes*. — Однако, это определение вызывает против себя возражения с двойной точки зрения. С одной стороны, не без основания указывают на то, что бывают правовые системы, в которых защита вещных прав подвергается ограничениям в отношении тех или иных категорий добросовестных третьих приобретателей: в частности, при этом имеют в виду ограничения, связанные с принципом германского права: *Hand wahre Hand*. С другой стороны, бывают случаи, в которых обязательственное отношение порождает иск не только против стороны, так или иначе нарушившей данное право требования правообладателя, но и против определенных категорий третьих лиц, напр. против третьих недобросовестных приобретателей, или против третьих лиц, обогатившихся за счет правообладателя: достаточно напомнить о *ius ad rem*, об *actiones in rem scriptae*, *actio Pauliana* и других родственных исках. — В виду сказанного правильнее формулировать различие между вещными и обязательственными правами следующим образом. Вещные права — те, которые презумптивно, (поскольку данная правовая система не устанавливает каких либо специальных изъятий в отношении определенных категорий лиц), пользуются охраной против всех и каждого. Наоборот, личные или обязательственные права — те, которые презумптивно (поскольку данная правовая система не расширяет пределы охраны в отношении определенных категорий лиц), пользуются охраной только *inter partes*. Другими словами, различие между вещными и обязательственными правами сводится к тому, что в одних случаях существует презумция в пользу абсолютной охраны права, а в других действует обратная презумция. Такая формулировка, обнимая всевозможные комбинации, встречающиеся на практике, вместе с тем лишней раз свидетельствует о том, что мы имеем дело с чисто практическим критерием, допускающим широкую амплитуду колебаний, а потому неизбежно изменчивым.

Разъ все это так, то вопрос о том, как могло вообще сложиться это различие, каково его происхождение, становится законным и обязательным.

Что это различие прежде всего в систематическом смысле, как классификационный признак, сравнительно позднего происхождения, в настоящее время, можно считать установленным даже в отношении римского права, в применении к которому противопоставление между вещными и обязательственными правами издавна признавалось краеугольным. *Mitteis*¹ справедливо замечает, что римским юристам «была чужда принятая ныне группировка субъективных прав по содержанию; они, правда, проводят различие между носителями и объектами прав (*personae* и *res*), но не ставят с ним в связь обусловленные этим противопоставлением различия по содержанию частных прав. — Так, прежде всего оказывающее определяющее влияние на всю систему прав противопоставление между вещным правом и личным притязанием, конечно, имеет место, однако, оно в систематическом смысле сказывается только в подразделении процессов (на *vindicationes* и *actiones*); в сферах же материального права оно, если и дает всюду знать о себе, а подчас даже и формулируется (в особенности Павлом *inst. 2 D. 44, 7, 3 pr.: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat sqq.*), — но нигде оно не использовано в качестве основного классификационного признака. У Гаия (2,14) обязательства в качестве одного из подразделений *res incorporales* в систематическом отношении ставятся на одну доску с сервитутами и правом наследования. — И даже те, не имеющие большого значения систематические подразделения, которые встречаются в области вещного и обязательственного права, по крайней мере отчасти относятся лишь к поклассическому времени.» — Нисколько дальше тот же *Mitteis* говорит²: «Конечно, ни одну правовую систему нельзя мыслить без всякой систематики, и мы встречаем, конечно, систематические группировки отдельных прав и здесь (т. е. у римлян); однако, в основе их лежит не столько юридическая, сколько хозяйственная точка зрения. Так, эдикт во втором основном своем отделе располагает материал, исходя из различия между отдельными юридически защищенными категориями имущественных благ (*nach den rechtlich geschützten Sachgütern*), и рассматривает, как связанную группу, иски, вытекающие из права собственности на телесные вещи и из повреждения таковых, причем не делается различия между вещными и личными притязаниями; дальнейшую массу образуют обязательственные иски из договоров... засим говорится о женином имуществе и имуществе пушилов. Сходную группировку дает и система Сабина.» «Итак, существует только одна область, в которой противопоставление между правами резко сказывается: это процесс. Как только мы вступаем в пре-

¹ *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, стр. 86.

² Там же, стр. 88—89.

дѣлы этой области, мы тотчасъ же встрѣчаемся съ дѣленіемъ исковъ на *actiones in rem* и *in personam*, или, согласно болѣе ранней терминологіи, съ различіемъ *vindicaciones* и *actiones* (въ тѣсномъ смыслѣ).»

Переходя къ вопросу о томъ, насколько противоположеніе между вещными и обязательственными правами по существу должно быть признано исконнымъ достояніемъ римскаго права, слѣдуетъ замѣтить, что этотъ вопросъ огромнымъ большинствомъ романистовъ (и не только однихъ романистовъ, но и цивилистовъ вообще) вовсе и не ставится. Онъ считается а priori разрешеннымъ въ положительномъ смыслѣ, ибо самое противоположеніе мыслится, открыто или молчаливо, какъ вытекающее изъ самой природы вещей, какъ нѣчто логически необходимое. Въ этомъ смыслѣ весьма характерны слова Kohler'a¹: «Безъ этого противоположенія не можетъ обойтись никакое право никакой эпохи, подобно тому, какъ ни одинъ языкъ не можетъ обойтись безъ различія подлежащаго и сказуемаго». — Лишь очень немногіе романисты допускаютъ возможность иной постановки вопроса, да и то съ значительными оговорками. Въ частности, можно различать два теченія. Одно, болѣе раннее, представителями котораго являются, между прочимъ, Н. Krüger и Kuntze, склоняются въ пользу того, что въ древнемъ правѣ элементы вещноправовые преобладали надъ элементами обязательственными². Другое, болѣе позднее, въ лицѣ, между прочимъ, Rabel'я, къ которому примыкаетъ и Mitteis, наоборотъ, подчеркиваетъ, что въ древнемъ правѣ и самое право собственности, по крайней мѣрѣ поскольку оно покоится на деривативномъ титулѣ, носило не абсолютной, а относительный характеръ³.

Что касается другихъ правовыхъ системъ, то особаго вниманія заслуживаетъ франко-германское право въ періодъ, предшествующій рецепціи римскаго права, какъ система, въ примѣненіи къ которой проблема о роли и значеніи противоположенія между вещными и обязательственными правами также подверглась весьма тщательному анализу. — Здѣсь нѣтъ спора о томъ, играло ли означенное противоположеніе роль въ качествѣ классификаціоннаго признака: отрицательный отвѣтъ на этотъ вопросъ не подлежитъ никакому сомнѣнію. Спорятъ лишь о томъ, сказывается ли упомянутое противоположеніе, хотя бы въ области процесса, на системѣ исковыхъ притязаній, или же слѣдуетъ признать, что оно вообще неизвѣстно германскому праву ранняго средневѣковья. Въ литературѣ встрѣчаются сторонники и того, и другого взгляда. Защитникомъ того взгляда, что противоположеніе между вещными и обязательственными правами не чуждо средневѣковому германскому праву, и что оно въ частности лежитъ въ основѣ германскаго дѣленія исковъ на *Klagen auf Gut* и *Klagen um Schuld*, является, между прочимъ, Heusler.⁴ Противоположный взглядъ про-

¹ Kohler, *Pfandrechtliche Forschungen*, стр. 26, пр. 1.

² Ср. Krüger, *Geschichte der Capitis deminutio*, стр. 286 сл.; Kuntze, *Die Obligationen im röm. u. heut. Recht*, стр. 12, 17 сл.

³ Ср. Rabel, *Die Haftung des Verkäufers*, стр. 50, 56 сл.; Mitteis, *ук. соч.* стр. 87, 88, прим. 40.

⁴ Heusler, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, I, стр. 378 сл., стр. 384 сл.

водятъ Laband и Stobbe¹. — Среднюю позицію занимаетъ Gierke², который съ одной стороны не можетъ возмознымъ прямо отрицать существованіе противоположенія между вещными и обязательственными правами въ древнемъ германскомъ правѣ, но съ другой стороны признаетъ, что «свойство нарушеннаго права (*die Beschaffenheit des verletzten Rechts*) само по себѣ не оказывало вліянія на квалификацію иска и всплывало лишь во время процесса (*im Verlaufe des Prozesses*).»

Такое расхожденіе во взглядахъ лишній разъ подтверждаетъ правильность нашего исходнаго положенія, что противоположеніе между вещными и обязательственными правами не обладаетъ характеромъ логической необходимости, а можетъ быть объяснено лишь исторически. Къ этому историческому объясненію мы теперь и обратимся. Мы при этомъ, — по мотивамъ, о которыхъ уже было упомянуто выше, — будемъ пользоваться преимущественно данными, заимствованными изъ исторіи римскаго права, не пренебрегая, однако, въ подлежащихъ случаяхъ и сравнительно-историческимъ матеріаломъ.

III. Анализъ основныхъ моментовъ, вліявшихъ на структуру древнеримскаго имущественнаго права

Вступительныя замѣчанія. Существовала ли вообще въ древнемъ правѣ почва для образованія различія между вещными и личными правами. Три момента.

§ 1. Характеръ древнѣйшаго оборота. Преобладаніе сдѣлокъ на наличныя. *Mancipatio*, *in jure cessio*, взаимная традиція. Аналогіи въ другихъ правовыхъ системахъ. Появленіе заемныхъ сдѣлокъ и первоначальный характеръ ихъ. Использование формы *mancipatio fiduciae causa* длѣ цѣлей займа. *Nexum*. Различіе между обоими формами. *Tabula Bactica*. *Mancipatio fiduciae causa* подвластныхъ дѣтей. *Fiducia cum amico contracta* и *nuncupationes*. Общій выводъ — преобладаніе въ древнѣйшихъ сдѣлкахъ вещноправового элемента.

§ 2. Отсутствие принципиальнаго противоположенія между формами полного и неполнаго имущественнаго обладанія въ древнемъ правѣ. Представленіе о единомъ правѣ собственности съ измѣняемымъ содержаніемъ. Проведеніе этого взгляда въ древне германскомъ правѣ. Гіерке. Аналогичная концепція въ англійскомъ и въ индійскомъ правѣ. Подтверждающія существованіе той же концепціи въ древнеримскомъ правѣ.

1. Институтъ *fiducia*. Сущность его. Роль *lex (или pactum) fiduciae*. Допускалась ли фидуціарная оговорка при неформальной традиціи. Первоначальный характеръ традиціи: она лишена того нейтральнаго характера, который ей присущъ въ позднѣйшемъ правѣ. Выводы отсюда. Общій вопросъ о присоединеніи разнаго рода оговорокъ къ акту традиціи. — Характеръ права фидуціанта на фидуціарную вещь. Указанія въ источникахъ на признаніе за нимъ ограниченнаго вещнаго права собственности на нее. *Paulus Sent. Rec. II, 13, § 3*; *Vat. fragm. § 94*; *Gaj. II, 220*; *Paulus I. c. III, 6, § 16*. *Usureceptio ex fiducia*: сущность этого института и основное отличіе отъ обыкновенной *usucapio*.

2. Юридическая квалификація древнѣйшихъ сельскихъ сервитутовъ какъ *res mancipi*. Выводы отсюда. Аналогіи въ германскомъ и англійскомъ правѣ.

3. Юридическое положеніе *sui heredes*. *Gaj. II, 157*; *I. II D. de lib. et post. 28, 2*. Признаніе за ними экспектативнаго права собственности. Аналогіи въ другихъ правовыхъ системахъ.

¹ Ср. Laband, *Vermögensrechtliche Klagen*, стр. 276 сл.; Stobbe, *Handbuch d. deutschen Privatrechts*, I, стр. 553.

² Gierke, *Deutsches Privatrecht*, стр. 260, 324 сл.

4. Положение опекуна в древнем праве; I. I pr. D. de tut. 26,4; I. 27. eod. Аналогии в германском и английском праве.

5. Положение familiae autor; Gaj. II, 104. Душеприказчик древнего германского права.

6. Usufructus как pars dominii? I. 4 D. de usufr. 7,1; I. 25 D. de V. S. 50, 16. Суррогат usufructus в древнейшем праве. Выводы отсюда. Не противоречат ли допущению установления срочного пользования в форме mancipatio fiduciae causa правило I. 77 D. de R. J. 50, 17? Истинный смысл этого правила. Аналогии в других правовых системах.

7. Отражение древней концепции в позднейших институтах бонитарной собственности, bonorum possessio, bonorum venditio, missio ex decreto secundo. Конструкция дotalьного имущества как res uxoria. Взгляд Юстиниана в I. 30 Cod. de jur. dot. 5, 12. Общий вывод.

8. Двусторонний характер древнего виндикационного иска, основанный на взаимном утверждении: ex jure Quiritium meum esse. Аналогии древнегерманского права.

§ 3. Деликтный характер древнейших исковых притязаний. 1. Деликтный элемент в защите вещного права. Actio furti и вещные элементы в структуре этого иска. Actio furti concepti. Реперсекторный элемент в составе actio furti manifesti и concepti. Paul. Sent. Rec. II, § 13—14. Как осуществлялся возврат in natura похищенного в этих случаях? Значение actio furti prohibiti и non exhibiti. Применение actio furti к недвижимостям. Древнейший виндикационный иск. Наличие в нем штрафного элемента. Элемент дозволенного самоуправления в структуре виндикационного иска. Неприменимость в этих случаях I. a. per manus injectionem. Смысл condemnatio pecuniaria.

2. Деликтный элемент в области защиты договорных отношений. Происхождение взгляда на всякое нарушение договорных обязательств как на деликт. Необходимость наличия реального элемента для обоснования деликтного иска. Actio auctoritatis, a. de modo agri, actio adversus adstipulatorem ex cap. II legis Aquiliae, actio rationibus distrahendis, actio ex causa depositi in duplum, actio furti ex causa furti usus. Реперсекторный элемент в этих исках. — Аналогии в других правовых системах.

Задача наша, в виду всего вышеизложенного, состоит в том, чтобы выяснить, в чем кроется источник противоположения между вещными и обязательственными правоотношениями, какие моменты послужили толчком к созданию его, иначе говоря, на какой почве и когда выросло различие отношение к разным категориям имущественных прав, сказывающееся в различном объеме защиты их, и как, в частности, этот процесс совершался в Риме. Предварительно, однако, разрешения этой задачи нам необходимо остановиться на анализе некоторых характерных особенностей в общей структуре древнего имущественного права, которая, по крайней мере на первый взгляд, способна породить сомнение в том, возможно ли вообще говорить о наличии почвы для образования — в какой бы то ни было форме — различия между вещными и обязательственными правами в период господства натурального хозяйства. Три момента в этом отношении обращают на себя преимущественное внимание. Это во 1-х, отсутствие в древнем праве, благодаря именно господству натурального хозяйства, скольконибудь развитой системы договорно-обязательственных отношений; во 2-х, малая дифференцированность отдельных форм имущественного обладания, и, наконец, во 3-х, преобладание в искомом праве системы деликтных исков. На этих трех моментах мы теперь и остановимся.

Основная особенность зачаточного оборота, зарождающаяся в примитивных условиях первобытного натурального хозяйства, заключается в том, что едва ли не единственными формами его являются мѣна, а со времени появления общего мѣрила цѣнности, также купля-продажа на наличные, т. е. такіа сдѣлки, которыя при нормальных условиях приводят непосредственно къ установленію полного, окончательнаго обладанія надъ подлежащими объектами, иначе говоря, — съ точки зрѣнія терминологіи позднѣйшаго права, — къ установленію права собственности въ лицѣ обѣихъ договаривающихся сторонѣ; вмѣстѣ съ тѣмъ, всѣ моменты, предшествующіе моменту реального обмѣна, лишены самостоятельнаго юридическаго значенія: ни взаимное соглашеніе, ни даже исполненіе одною изъ сторонъ ея договорныхъ обязанностей сами по себѣ не играютъ роли. — Прототипомъ этихъ сдѣлокъ въ Римѣ являются древнѣйшая манципація (до превращенія ея въ imaginaria venditio) и одновременная взаимная традиція; косвеннымъ подтвержденіямъ такого характера древнѣйшаго римскаго оборота служить и тотъ фактъ, что и позднѣйшій договоръ купли-продажи (emptio venditio), прежде чѣмъ стать консенсуальнымъ контрактомъ, имѣлъ характеръ реального контракта¹, что само по себѣ уже указываетъ на преемственную связь его съ болѣе древней формой купли-продажи на наличные. Къ этому надо прибавить, что аналогичныя же явленія наблюдаются и въ другихъ правовыхъ системахъ, и въ частности въ древнемъ германскомъ правѣ².

При этомъ достойно вниманія, что когда появляются заемныя отношенія, то и они на первыхъ порахъ облекаются въ форму двустороннихъ сдѣлокъ на наличные, поскольку они соединяются съ предоставленіемъ кредитору реального обезпеченія. Въ Римѣ для этой цѣли служила mancipatio fiduciae causa, фидуціарная манципація, которая первоначально не дополняла, а замѣняла договоръ займа въ формѣ пехум, и содержала оговорку, согласно которой, въ случаѣ возврата номинальнымъ отчуждателемъ-манципантомъ, а de facto должникомъ по займу полученной суммы, подлежитъ возврату номинально проданный, а de facto служащій обезпеченіемъ возврата долга объект³. Особенность этого отношенія, которое, правда, можетъ быть реконструировано лишь гипотетически, заключается въ томъ, что элементъ кредитованія здѣсь еще совершенно затушеванъ, какъ затушеванъ и элементъ личной отвѣтственности должника за долгъ: онъ отвѣчаетъ только отданными въ обезпеченіе долга вещами. — Что такіа сдѣлки формально были возможны, едва ли подлежитъ сомнѣнію; что онѣ должны были фактически встрѣчаться, тому служатъ порукою аналогичныя явленія въ другихъ правовыхъ системахъ, въ частности въ древнемъ германскомъ правѣ⁴.

¹ Ср. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, II, стр. 363 сл., 612 сл.

² Ср. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte⁵, стр. 64, 300.

³ Ср. Voigt, Die XII Tafeln, II, стр. 182—183.

⁴ Ср. Schröder, ук. соч., стр. 286, Heusler, Institutionen d. deutschen Privatrechts, II, стр. 134 сл.

Впрочемъ, наряду съ этой формой довольно рано появляется въ Римѣ другая форма займа, при которой элементъ личнаго долга и личной отвѣтственности приобретаетъ самостоятельное значеніе. Эта форма — *nexum*: при немъ обезпеченіемъ кредитора служить по существу личность должника, на которую обращается взысканіе въ случаѣ неуплаты долга. — Намъ нѣтъ необходимости останавливаться на весьма спорномъ вопросѣ о томъ, какова формально-юридическая природа этого отношенія, въ частности, слѣдуетъ ли усматривать въ *nexum* актъ самопродажи или самозалога должника или просто торжественную форму совершенія займа, какъ равно на вопросѣ о томъ, приравнивался ли должникъ по *nexum* въ случаѣ неуплаты долга сразу къ *judicatus*, или нѣтъ¹; ибо, какъ бы мы ни относились къ этимъ вопросамъ, конечный выводъ отъ этого не мѣняется: такъ или иначе, но въ концѣ концовъ, если должникъ не былъ въ состояннн погасить долгъ и никто за него не заступался, ему грозила *addictio* со стороны магистрата и въ дальнѣйшемъ — продажа въ рабство *trans Tiberim*. — Для насъ въ настоящій моментъ представляетъ интересъ другая сторона дѣла. *Nexum* не предполагаетъ самъ по себѣ одновременнаго или послѣдующаго соединенія займа съ предоставленіемъ кредитору реального обезпеченія, но и не исключаетъ подобной комбинаціи. Такое соединеніе возможно въ такой формѣ, что не *nexum*, а наряду съ *nexum* дополнительно совершается *mancipatio fiduciae causa*: это и будетъ позднѣйшая *fiducia cum creditore* въ техническомъ смыслѣ. Отъ болѣе ранней своей формы эта фидуціарная манципация отличается тѣмъ, что она именно приводитъ къ другому, главному обязательству, *nexum*, которымъ создается самостоятельное долговое отношеніе между кредиторомъ и должникомъ. Естественно, что новая форма, болѣе гарантирующая интересъ кредитора, должна была вытѣснить болѣе раннюю форму, сводящуюся, строго говоря, къ продажѣ съ правомъ выкупа проданной вещи въ обмѣнъ на полученную сумму. Это не лишаетъ болѣе древнюю форму ея важнаго показательнаго значенія какъ переходной формы отъ сдѣлокъ на наличныя къ сдѣлкамъ кредитнымъ.

Правда, на первый взглядъ противъ существованія упомянутой болѣе древней формы говоритъ дошедшій до насъ текстъ *mancipatio fidi fiduciae causa*, составляющій содержаніе *tabula aenea Baetica*²: здѣсь упоминается о томъ, что *mancipatio fidi fiduciae causa* совершается *sestertio nummo uno*, т. е. указывается фиктивная плата, а не реально полученная въ долгъ сумма. Изъ этого обыкновенно дѣлается выводъ, что это — общая форма для всякой фидуціарной манципа-

¹ Ср. по этому вопросу Girard, Manuel élém. de droit Romain⁵, стр. 478 сл., гдѣ дается подробный обзоръ литературы. Изъ новѣйшихъ специальныхъ изслѣдованій по этому вопросу обращаютъ на себя вниманіе Schlossmann, Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren, который различаетъ Personen- u. Sachen-Nexum и характеризуетъ личный *nexum* какъ самозалогъ должника а, стр. 49 сл., и H. Pflüger, Nexum und Mancipium, который, по примѣру Lenel'я, отрицаетъ всякую связь *nexum* съ займомъ и рассматриваетъ его какъ самостоятельный договоръ, на основаніи котораго должникъ отдаетъ себя въ долговую кабалу, стр. 8 сл., 87 сл.

² Ср. Bruns, Fontes juris Romani ant.⁴, p. II, I, 1, стр. 200.

ціи¹. При такихъ условіяхъ какъ будто не остается мѣста для той разновидности ея, о которой мы говорили выше и сущность которой заключается въ томъ, что заемная операція съ внѣшней стороны облекается въ форму настоящей купли-продажи. По этому поводу слѣдуетъ, однако, замѣтить, во 1-хъ, что самая доска относится къ весьма позднему времени (I—II вѣкъ послѣ Р. Хр.), когда охарактеризованная нами древняя форма фидуціарной манципации едва ли могла еще встрѣчаться на практикѣ, а *nexum* въ свою очередь замѣненъ былъ *mutuum* и *stipulatio*, во 2-хъ, что даже въ отношеніи *fiducia cum creditore* позднѣйшей формации на основаніи *tabula Baetica* трудно рѣшить, не указывалась ли, если не въ текстѣ самаго манципационнаго акта, то въ сопроводительномъ *actum fiduciae* сумма долга, въ обезпеченіе котораго совершалась манципация, такъ какъ мы въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло не съ конкретной сдѣлкой, а съ общимъ формуляромъ для совершенія фидуціарно-залоговыхъ актовъ, въ какомъ настоящая, реальная валюта, полученная должникомъ, и не можетъ быть указана, тѣмъ болѣе, что въ текстѣ формуляра идетъ рѣчь объ обезпеченіи не только настоящихъ, но и будущихъ заемныхъ обязательствъ, (*vert.: quam pecuniam L. Titius L. Vajanio dedit, dederit, credidit, crediderit et rel.*), въ 3-хъ, что, съ другой стороны, существуетъ споръ по вопросу о томъ, включалось ли и при настоящей манципационной куплѣ-продажѣ, послѣ превращенія манципации въ *imaginary venditio*, въ формулу манципации указаніе на дѣйствительно выговоренную покупную плату², и въ 4-хъ, что, въ виду всего изложеннаго, та или иная редакция манципационной формулы вообще не предрѣшаетъ существа сдѣлки.

Въ заключеніе настоящаго экскурса о *fiducia cum creditore* остается сказать, что объектомъ такой манципации могли служить не только предметы внѣшняго міра и несвободныя лица, но также свободныя лица, состоящія подъ властью *pater familias* — *uxor in manu* и *filii (filiae) familias*, которые въ такомъ случаѣ попадали въ положеніе *liberum caput in mancipio* и становились у временнаго своего господина *servorum loco*. Источники, правда, объ использованіи свободныхъ подвластныхъ лицъ для подобныхъ цѣлей почти не упоминаютъ, если не считать косвеннаго указанія Павла, *Sent. Rec. V, I, 1*, въ связи съ чѣмъ этотъ вопросъ обыкновенно обходится молчаніемъ и въ литературѣ³. Между тѣмъ, есть полное основаніе думать, что именно этотъ случай, — наряду съ манципацией въ цѣляхъ *potae deditio*, — долженъ былъ играть выдающуюся роль въ древности. Это вытекаетъ, прежде всего, въ силу принципа *magis minus*, изъ признаннаго древнѣйшимъ правомъ общаго права продажи подвластныхъ лицъ⁴.

¹ Ср. Sohm, Institutionen d. Röm. Rechts¹³, стр. 67.

² Ср. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, II, стр. 376 сл.

³ Исключеніе составляетъ Schulin, Lehrbuch d. Geschichte d. Röm. Rechts, стр. 385, который усматриваетъ въ этихъ случаяхъ особый антихристическій договоръ, совершенный въ формѣ *nexum*. Ср. также M. Voigt, Die XII Tafeln, II, стр. 267.

⁴ Ср. Karlowa, R. R., II, стр. 233 сл., M. Voigt, ук. соч., стр. 290, Baron, Institutionen, стр. 49.

Это подтверждается, даѣе, извѣстнымъ правиломъ: *si pater filium ter venunduit*, которое предусматриваетъ злоупотребленіе отцомъ его правомъ продажи подвластныхъ и имѣеть цѣлью ограничить его. Это правило, которое вѣроятно сложилось еще до общаго ограниченія срока продажи подвластныхъ дѣтей срокомъ пересоставленія цензуальныхъ списковъ (*Gaj. I, 140*), должно было приобрести наибольшее практическое значеніе именно въ тѣхъ случаяхъ, когда продажа преслѣдовала не полное отчужденіе, а временное предоставленіе подвластнаго въ распоряженіе манципанта, какъ это и имѣло мѣсто при *mancipatio fiduciaе causa*. Наконецъ, тотъ фактъ, что юристъ Павелъ въ своихъ *Sententiae Recerptae V, I, 1*, упоминаетъ о существовавшемъ въ его время специальномъ запретѣ такого *fiduciaе dari* подвластныхъ дѣтей, съ указаніемъ, что кредиторъ, нарушившій этотъ запретъ умышленно, — *sciens creditor* — подлежитъ ссылкѣ, *deportatur*, — свидѣтельствуемъ о томъ, насколько широко распространеніе долженъ былъ получить этотъ институтъ, разъ потребовались столь героическія мѣры для борьбы съ этимъ зломъ, какъ тѣ, о которыхъ говорить юристъ.

Наряду съ указанными формами сдѣлокъ на наличныя и древнимъ займомъ, въ формѣ *mancipatio fiduciaе causa* и въ формѣ *nexum*, для полноты картины необходимо еще упомянуть о *fiducia cum amico contracta*¹, (которая также, какъ и *fiducia cum creditore* позднѣйшей формации, встрѣчается не только при *mancipatio*, но и при *in jure cessio*), и о *nuncupationes*, о которыхъ источники теперь упоминаютъ, какъ объ особомъ видѣ оговорокъ, сопровождающихъ обрядъ манципации². Всѣ эти оговорки лишены самостоятельной силы: они приобретаютъ значеніе только вслѣдствіе присоединенія ихъ къ основному акту, направленному на переходъ даннаго объекта изъ одной имущественной сферы въ другую.

Сказаннымъ исчерпывается кругъ отношеній, возникшихъ на почвѣ древнѣйшаго оборота. Что касается отношеній, покоящихся на заѣмательныхъ распоряженіяхъ, въ частности легатовъ, то не говоря уже о томъ, что ихъ лишь въ весьма условномъ смыслѣ можно причислить къ отношеніямъ оборота, слѣдуетъ сказать, что они во всякомъ случаѣ значительно болѣе поздняго происхожденія, чѣмъ древнѣйшія *negotia inter vivos*.

Въ конечномъ результатѣ мы приходимъ къ выводу, что въ древнѣйшемъ оборотѣ ясно преобладаютъ сдѣлки, въ которыхъ, — съ точки зрѣнія терминологіи позднѣйшаго права, — на первый планъ выдвигается элементъ вещноправовой, а не обязательственный. Этотъ элементъ опредѣленно сказывается даже въ структурѣ древнѣйшей формы договора займа — въ *nexum*, который въ практическомъ результатѣ приводитъ къ установленію долговой кабалы надъ личностью неоплатнаго должника.

¹ Ср. Oertmann, Die Fiducia, стр. 135 сл.

² Ср. о *nuncupationes* Baron, Institutionen, стр. 196, Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, II, стр. 575.

§ 2

Наряду съ слабымъ развитіемъ договорно-обязательственныхъ отношеній есть и второй моментъ, способный вызвать сомнѣніе по вопросу о томъ, насколько древнѣйшее право вообще представляетъ собою почву для принципиальнаго разграниченія вещныхъ и обязательственныхъ правоотношеній. Дѣло въ томъ, что рѣзкое разграниченія формъ полнаго и неполнаго обладанія въ смыслѣ противоположенія права собственности, съ одной стороны, вещныхъ и личныхъ (обязательственныхъ) правъ на чужія вещи, съ другой стороны, въ древнѣйшемъ правѣ не встрѣчается. Последнее, напротивъ, исходить изъ представленія единаго родового права, права собственности, которое бываетъ лишь различной силы или интенсивности: оно можетъ быть полнымъ и неполнымъ, — пожизненнымъ, срочнымъ, условнымъ, будущимъ (экспектативнымъ), ограниченнымъ по содержанію. — Для древняго германскаго права эта концепція въ настоящее время внѣ спора. Такъ, Гирке¹ констатируетъ, что «древнегерманское право исходило изъ единаго понятія правового господства надъ вещами, которое, однако, допускало разнообразныя модификаціи. Его можно характеризовать какъ право собственности съ измѣнчивымъ содержаніемъ (*wandelbarer Eigentumsbegriff*), что равносильно утверженію, что оно не совпадаетъ ни съ римскимъ, ни съ современнымъ понятіемъ права собственности. Наряду съ переходящимъ по наследству правомъ собственности имѣется пожизненное, наряду съ вѣчнымъ — срочное и резюлютивно обусловленное, наряду съ наличнымъ — суспензивно обусловленное и экспектативное, ожидаемое (*anwartschaftliches*) право собственности. Точно также свободному, полному и неограниченному праву собственности противопоставляется связанное, ограниченное или обремененное право собственности. Такимъ образомъ, этотъ порядокъ допускаетъ въ установленныхъ имъ рамкахъ совмѣщеніе нѣсколькихъ правъ господства въ примѣненіи къ одной и той же вещи, которыя въ отношеніи правомочій по владѣнію, распоряженію и пользованію другъ друга взаимно ограничиваютъ и дополняютъ. Даже больше: объединеніе всего вещноправового господства въ однѣхъ рукахъ вообще встрѣчается только въ отношеніи движимостей. Господство жъ надъ недвижимостями съ самого начала благодаря переkreцивающимся правамъ союзовъ и отдѣльныхъ лицъ распределяется между нѣсколькими точками и развивается въ направленіи все растущаго распыленія (*Zerlegung*). Въ силу права семьи собственность отдѣльнаго лица сталкивается съ экспектативной собственностью членовъ его семьи; въ силу права общины индивидуальная собственность связывается и ограничивается общимъ правомъ и общей собственностью; въ силу права короля или иного влстителя верховное его господство въ разномъ объемѣ суживаетъ право непосредственнаго собственника недвижимости.»

¹ Gierke, ук. соч., II, стр. 351. Ср. также Heusler, ук. соч., II, стр. 15; Brunner, Forschungen, стр. 32, Schröder, ук. соч., стр. 287; Planck, D. deutsche Gerichtsverfahren im M.-A., стр. 396, 397, 698.

Въ англійскомъ правѣ та же конценція въ значительной мѣрѣ сохранилась даже до настоящаго времени въ своеобразной системѣ построения правъ на недвижимости, которыя всѣ подводятся подъ единое понятие estate. «Estate означаетъ всякое право распоряженія и пользованія въ отношеніи недвижимости, какого бы то ни было объема; при этомъ подъ понятие estate подводятъ не только тѣ права, которыя (безусловно, безсрочно или же съ включеніемъ тѣхъ или иныхъ условий, или на тотъ или иной срокъ) доставляютъ полное осуществленіе права собственности, но принципиально и incorporeal hereditaments (къ которымъ причисляются реальные сервитуты, реальные тягости, извѣстныя регалии, право патроната и рядъ публичноправныхъ правомочій), которыя доставляютъ только частичныя права, частичное пользованіе . . . ; estates, такимъ образомъ . . . могутъ быть характеризованы какъ разновидности качественно единаго вещнаго права господства надъ недвижимостями.»¹ При этомъ, соответственно дуализму common law и equity, различаются legal и equitable estates.

На аналогичныя явленія въ древнемъ индійскомъ правѣ указываетъ В. Leist².

Что касается римскаго права, то до самаго послѣдняго времени всегда считалось аксіомой, что оно въ данномъ отношеніи съ поконѣ вѣка занимало совершенно иную позицію: право собственности — какъ неограниченное право господства надъ вещью — съ этой точки зрѣнія всегда противопоставалось у римлянъ всѣмъ остальнымъ вещнымъ и личнымъ правамъ на чужія вещи. Между тѣмъ, имѣется цѣлый рядъ указаній на то, что и древнее римское право въ этомъ отношеніи не составляло исключенія изъ общаго правила.

1. Въ частности, нельзя прежде всего не обратить вниманія на своеобразный институтъ fiducia. Если вникнуть въ сущность этого института въ двухъ его видахъ — fiducia cum creditore и fiducia cum amico, о которыхъ сообщаетъ Гай (Inst. II, 60), — то остается только констатировать, что въ древнемъ римскомъ правѣ различныя правоотношенія, которыя позднѣе вылились въ рядъ самостоятельныхъ институтовъ, противопоставаемыхъ праву собственности и устанавливающихъ тѣ или иные, весьма различныя по содержанию, частью вещныя, частью личныя (обязательственныя) права и соответствующія обязанности относительно подлежащихъ объектовъ, рассматривались какъ разновидности единаго вещнаго права, права собственности, которое съ этой точки зрѣнія могло быть полнымъ и неполнымъ, вѣчнымъ и установленнымъ на срокъ, безусловнымъ и условнымъ, существующимъ въ собственномъ или въ прокураторномъ интересѣ. Lex или pactum fiduciaе, т. е. фидуціарная оговорка, присоединяемая въ подлежащихъ случаяхъ по соглашенію сторонъ къ mancipatio или in jure cessio, съ этой точки зрѣнія составляетъ тотъ сопровождающій актъ отчужденія соответствующаго объекта моментъ, который индивидуализируетъ этотъ актъ и сообщаетъ устанавливаемой разновид-

¹ Ср. E. Heymann, Ueberblick über d. englische Privatrecht в Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 6 изд., I, стр. 814.

² В. Leist, Alt-arisches Jus gentium, стр. 469, 493.

ности права собственности свойственный ей характеръ.¹ — На первый взглядъ противъ этого можно возразить, что fiducia не имѣла общаго значенія, такъ какъ она не встрѣчается при простой, неформальной традиціи, которая служила нормальнымъ способомъ приобрѣтенія res mancipi, и что слѣдовательно одной ссылкой на этотъ институтъ нельзя обосновать тотъ общій выводъ, который былъ формулированъ выше. Но во 1-хъ, самый вопросъ о томъ, не допускалась ли фидуціарная оговорка и при неформальной традиціи, составляетъ предметъ спора и нѣкоторыми учеными разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ², — какъ, съ другой стороны, спорятъ о томъ, не допускалась ли первоначально mancipatio, по крайней мѣрѣ факультативно, также въ примѣненіи къ res nec mancipi; въ пользу чего теперь раздаются голоса³. Во 2-хъ, какъ бы тамъ ни было, нельзя во всякомъ случаѣ не замѣтить, что если изъ одного факта существованія института fiducia не вытекаетъ въ качествѣ бесспорнаго вывода, что и римское право на первыхъ порахъ рассматривало различныя формы обладанія вещами, какъ разновидности одного единаго права, — то тѣмъ менѣе изъ нейтральнаго акта традиціи, какъ такового, вытекаетъ противоположный выводъ: изъ этого акта, изолированно взятаго, вообще нельзя заключать о томъ, каково было его юридическое значеніе въ древнемъ правѣ, — порождалъ ли онъ всегда только одно и то же правоотношеніе, въ частности окончательное, полное право обладанія, иначе именуемое правомъ собственности, — или же на этой почвѣ могли возникать различныя правоотношенія, и если да, то какъ они вышнимъ образомъ отгѣнялись, какъ они отличались другъ отъ друга и какъ они мыслились — какъ качественно различныя вещныя и личныя права на подлежащіе объекты, съ различеніемъ въ составѣ первыхъ права собственности и ограниченныя вещныхъ правъ (jura in re aliena), или же какъ разновидности одного единаго права: а priori одинаково возможно и то, и другое. Вѣсы, однако, рѣшительно склоняются въ пользу послѣдней альтернативы, если принять во вниманіе слѣдующія обстоятельства. Прежде всего, — на это указываетъ характеръ древнѣйшихъ сдѣлокъ, какъ сдѣлокъ на наличныя, что стоитъ въ связи съ отсутствіемъ почвы для созданія личнаго кредита. За симъ, — нельзя не обратить вниманія на тотъ фактъ, что основными типами этихъ сдѣлокъ является мѣна и купля-продажа, которыя появляются ранѣе другихъ сдѣлокъ именно потому, что они при нормальныхъ условіяхъ приводятъ взаимныя отношенія между сторонами къ немедленной и полной ликвидаціи, такъ какъ они направлены на окончательное предоставленіе подлежащихъ объектовъ въ полное обладаніе, иначе говоря, на перенесеніе полнаго права на нихъ, каковымъ, съ точки зрѣнія позднѣйшей терминологіи, и является право собственности. Отсюда съ представленіемъ объ

¹ Ср. по вопросу о формальной структурѣ и матеріальномъ характерѣ фидуціарной оговорки Oertmann, ук. соч., стр. 86 сл. О соответствующихъ индивидуализирующихъ актъ отчужденія оговоркахъ въ древнемъ германскомъ правѣ ср. Gierke, ук. соч., II, стр. 351 прим. 11, стр. 352 прим. 13, см. также стр. 277 прим. 50.

² Ср. обзоръ литературы по этому вопросу у Oertmann, ук. соч., стр. 73 сл.

³ Ср. Rabel, Die Haftung des Verkäufers, стр. 59.

исполнительныхъ (по отношенію къ подлежащимъ сдѣлкамъ) и одновременно установительныхъ (по отношенію къ возникающимъ на этой почвѣ правамъ) актахъ, въ которыхъ проявляется обмѣнъ на наличныя, независимо отъ формальнаго или неформальнаго характера ихъ, — (а слѣдовательно въ примѣненіи къ римскому праву независимо отъ того, идетъ ли рѣчь о манципациі, *in jure cessio* или простой традиціи) — естественно должно было ассоціироваться представленіе о томъ, что это — акты, устанавливающіе именно окончательное и полное право на подлежащіе объекты. Когда засимъ, подъ влияніемъ усложненія хозяйственной жизни, постепенно начинаютъ появляться сдѣлки новаго типа, преслѣдующія отчасти прежнія, отчасти и новыя хозяйственныя цѣли путемъ представленія тѣхъ или иныхъ объектовъ въ неполное, ограниченное по времени, по содержанию и т. д. обладаніе, — эти новыя формы начинаютъ пробиваться на первыхъ порахъ подъ личиною старыхъ, успѣвшихъ уже пустить корни формъ, причемъ въ частности моментъ обмѣна на наличныя въ теченіи перваго времени по возможности сохраняется (какъ о томъ краснорѣчиво свидѣтельствуетъ, между прочимъ, древній заемъ, соединяемый съ представленіемъ — подъ видомъ эквивалента — реальнаго обезпеченія залогодавцу). А такъ какъ вмѣстѣ съ тѣмъ сохраняются и прежніе установительные акты, то естественно ожидать такую коэценцію, при которой вновь нарождающіяся правоотношенія начинаютъ разсматриваться, именно, какъ простая модификація ранѣе извѣстнаго единаго права: противоположеніе ихъ другъ другу и полному праву собственности съ указанной точки зрѣнія соответствуетъ уже болѣе поздней стадіи развитія, когда соответствующія сдѣлки и возникающія на почвѣ ихъ правоотношенія успѣли приобрести массовый характеръ, дифференцироваться и индивидуализироваться, т. е. вылиться въ особые типы съ специфическими, рѣзко бросающимися въ глаза, отличными другъ отъ друга чертами и юридическими послѣдствіями. — Изъ сказаннаго явствуетъ, что вопросъ о томъ, допускалась ли въ древнемъ римскомъ правѣ фидуціарная оговорка въ техническомъ смыслѣ или какія нибудь замѣняющія ее заявленія или дѣйствія въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ актомъ, завершающимъ обмѣнъ на наличныя, служила или могла служить простая неформальная традиція, — имѣетъ въ ролевое значеніе при разрѣшеніи основнаго вопроса, занимающаго насъ въ настоящее время. Даже отрицательное разрѣшеніе перваго вопроса вовсе не означаетъ, что традиція съ первыхъ же шаговъ является тѣмъ нейтральнымъ актомъ, какимъ она представляется съ точки зрѣнія позднѣйшаго права, когда она внѣ связи съ конкретной *causa traditionis* не даетъ возможности судить о томъ, какого рода право имѣется въ виду установить относительно объекта традиціи въ данномъ частномъ случаѣ. Изъ отрицательнаго разрѣшенія указаннаго вопроса вытекаетъ только одинъ выводъ: либо актъ традиціи первоначально не порождалъ никакого права (таковъ долженъ быть выводъ относительно *res mancipi*), — либо (въ отношеніи *res nec mancipi*) имъ устанавливалось нормальное съ точки зрѣнія древнѣйшаго оборота, выражающагося въ обмѣнѣ на наличныя, конкретное

правоотношеніе, каковымъ является предоставленіе объекта въ окончательное, иначе говоря, полное обладаніе приобретателя; если же стороны въ данномъ частномъ случаѣ желали внести какія нибудь модификаціи въ подлежащія отношенія, то приходилось обращаться къ тому формальному установительному акту, который, по свидѣтельству источниковъ (*Ulp. lib. sing. regul. XIX, 9*), какъ бы мы ни относились къ допустимости манципациі, во всякомъ случаѣ допускался относительно *res nec mancipi*, т. е. къ *in jure cessio*, при которой фидуціарная оговорка могла имѣть мѣсто. — Къ сказанному остается прибавить, что въ данномъ случаѣ еще и *tertium datur*, а именно: если даже допустить, что при традиціи фидуціарная оговорка въ техническомъ смыслѣ не практиковалась, то отсюда не слѣдуетъ, чтобы взаимнѣе нея не могли сложиться другія оговорки, устанавливающія въ отдѣльныхъ случаяхъ тѣ или иные уклоненія отъ обычнаго шаблона, подобно тому, какъ это имѣло мѣсто въ древнемъ германскомъ правѣ¹: изъ такихъ оговорокъ, сопровождающихъ актъ традиціи, со временемъ могли выкристаллизоваться самостоятельные договорные типы, въ частности основные реальные и нѣкоторые консенсуальные контракты. Мы къ этому вопросу вернемся, а пока замѣтимъ лишь, что источники прямо объ этомъ не упоминаютъ, если не считать *l. 48 D. de pact. 2, 14*; этотъ фрагментъ гласитъ: *in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est*. Вопросъ, однако, въ томъ, не имѣемъ ли мы въ данномъ случаѣ дѣло съ интерполяціей: не замѣненъ ли терминъ *mancipationibus* словомъ² *traditionibus*? Какъ бы тамъ ни было, даже полное молчаніе источниковъ само по себѣ еще не опровергаетъ данной гипотезы, ибо не слѣдуетъ упускать изъ вида, что главныя наши свѣдѣнія по настоящему вопросу относятся къ такому времени, когда противоположеніе между правомъ собственности, съ одной стороны, и ограниченными вещными и личными правами, съ другой стороны, успѣло уже пустить корни, когда разнообразныя формы договоровъ стали обычнымъ жизненнымъ явленіемъ, а когда вмѣстѣ съ тѣмъ традиція окончательно приобрѣла тотъ характеръ нейтральнаго акта, который присущъ ей въ позднѣйшемъ правѣ.

Такова одна сторона вопроса о фидуціарномъ отчужденіи (въ только что разобранномъ, широкомъ смыслѣ). Есть, однако, еще вторая, не менѣе важная. Она сводится къ слѣдующему. Наряду съ правомъ фидуціара на вещь существуетъ извѣстное право фидуціанта на нее, проявляющееся въ первую голову въ правѣ требовать возврата ея по истеченіи условленнаго срока или по наступленіи соответствующихъ обстоятельствъ. Спрашивается, разсматривалось ли это встрѣчное право фидуціанта тоже какъ разновидность права собственности, и если да, то представляло ли оно собою до момента, когда можно было требовать возврата фидуцированной вещи, только одно *nudum jus*, или же оно имѣло и реальное содержаніе? Источники по первому изъ этихъ двухъ вопросовъ прямыхъ указаній не даютъ; и это понятно,

¹ См. выше примѣч. 1 на стр. 37.

² Такъ смотритъ на дѣло Lenel, *Palingenesia*, I, стр. 244, пр. 2.

такъ какъ всё они относятся къ такому времени, когда, какъ выше было указано, противоположеніе между правомъ собственности и ограниченными вещными и личными правами на вещи давно получило право господства въ мировоззрѣніи римской юриспруденціи. За всёъ тѣмъ, имѣется, однако, цѣлый рядъ косвенныхъ указаній въ отношеніи *fiducia* въ техническомъ смыслѣ, которыя до сихъ поръ считались весьма загадочными и которыя позволяютъ дать положительный отвѣтъ на поставленный вопросъ¹. — Дѣло въ томъ, что еще въ императорскомъ періодѣ въ цѣломъ рядѣ отношеній за *fiduciantomъ* признается право распоряженія *fiducированными* вещами, въ основѣ чего лежить мысль о томъ, что эти вещи какъ бы продолжаютъ входить въ составъ его имущества. Сюда относятся: во 1-хъ, право *fiducianta* продать *fiducированную* вещь всякому, за исключеніемъ кредитора (Paul. II, 13, § 3); во 2-хъ, право его предоставить такую вещь въ приданое (Vat. fr. § 94); въ 3-хъ, право отказать такую вещь по завѣщанію въ формѣ *legatum per praesertionem* (Gaj. II, 220). Характерно, что Гай въ данномъ случаѣ подчеркиваетъ, что этимъ устанавливается исключеніе изъ общаго правила: *nihil aliud . . . per praesertionem legari posse, nisi quod testatoris sit*, такъ какъ въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ о *res aliena*. Онъ съ своей точки зрѣнія, разумѣется, совершенно правъ, утверждая, что формально *res fiduciae data* является *res aliena*, ибо въ его время оно такъ и было. Но почему же было допущено такое исключеніе? Отвѣтъ ясенъ: мы и въ данномъ случаѣ, какъ во всѣхъ остальныхъ вышеприведенныхъ примѣрахъ, имѣемъ дѣло съ рефлексами, съ отраженіями изжитого болѣе древняго порядка, который въ области *fiduciarныхъ* отношеній продолжаетъ еще проявлять живучесть. Въ 4-хъ, къ приведеннымъ случаямъ тѣсно примыкаетъ слѣдующій случай, на который справедливо указываетъ Karlowa²: по общему правилу послѣдующее отчужденіе отказанной вещи со стороны завѣщателя рассматривалось какъ (молчаливая) отмѣна легата. И вотъ любопытно, что Павелъ (III, 6, § 16) разъясняетъ, что подобной отмѣны нельзя усматривать въ *rem pignori vel fiduciae dare: rem legatam testator si postea pignori vel fiduciae dederit, ex eo voluntatem mutasse non videtur*: яркое свидѣтельство въ пользу того, что *fiducia* не приравнивалась къ полному отчужденію вещи.

Серьезнымъ возраженіемъ противъ всего сказанного является на первый взглядъ ссылка на институтъ *usureceptio ex fiducia*, о которомъ упоминаетъ Гай (II, 59, 60; III, 201). Вотъ, что онъ говоритъ по этому поводу: *adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. Nam qui rem alieni fiduciae causa mancipio dederit vel in jure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, (etiamsi) soli si sit . . . Et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta*

¹ Ср. Oertmann, ук. соч., стр. 172. Тамъ же обзоръ прежней, до Дернбургской, литературы вопроса, цѣлый рядъ представителей которой близко подходят къ правильному разрѣшенію вопроса, см. ук. соч. стр. 161 сл.

² Karlowa, ук. соч., II, стр. 389—390.

quidem pecunia omnimodo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque pignario rogaverit, ut eam rem possidere liceat. По этому поводу слѣдуетъ сказать: то обстоятельство, что Гай характеризуетъ *fiducированную* вещь какъ *res aliena*, какъ выше было уже указано, не имѣетъ значенія, ибо этимъ не предрѣшается характеръ отношенія *fiducianta* къ такой вещи въ древнемъ правѣ. Съ другой стороны, *usureceptio ex fiducia* сама по себѣ устанавливаетъ лишь дополнительный способъ прекращенія встрѣчнаго права *fiducianta* на вещь, опять таки не предрѣшая вопроса о характерѣ права самаго *fiducianta* на нее. Имѣетъ съ тѣмъ, нельзя не обратить вниманіе на то, что настоящій институтъ носить специальное техническое наименование *usureceptio* въ противоположность обыкновенной *usucapio*. Это стоитъ въ связи съ тѣмъ, что *usucapio* касается чужихъ вещей и составляетъ (въ историческомъ аспектѣ своемъ) прототипъ *приобрѣтательной давности*, а *usureceptio* касается собственныхъ вещей и представляетъ собою прототипъ *погасительной давности*: это вытекаетъ изъ того, что признаніе встрѣчнаго права *fiducianta* при *fiducia cum creditore*, выражающееся въ *conducere* или *pignario rogare rem a creditore*, препятствуетъ теченію давностнаго срока. — Къ тому же конечному выводу можно подойти и съ другой стороны: еслибы *fiducированныя* вещи считались чужими, то пришлось бы признать, что захватомъ ихъ безъ вѣдома *fiducianta* *fiduciantъ* совершаетъ *furtum*; *res furtivae* же издавна не могли быть *узукapированы* (Gaj. II, 45, 49). Между тѣмъ, въ данномъ случаѣ не только допускается *usureceptio*, но она обставляется еще и льготными условіями. Такимъ образомъ, въ окончательномъ выводѣ оказывается, что институтъ *usureceptio ex fiducia* не только не подрываетъ нашей гипотезы, а, напротивъ, служитъ лишнимъ подтвержденіемъ правильности ея. — Что касается, въ заключеніе, вопроса о томъ, насколько право *fiducianta* на вещь, рассматриваемое какъ разновидность права собственности, имѣло реальное содержаніе при существованіи встрѣчнаго права собственности *fiducianta*, то отвѣтъ на этотъ вопросъ вытекаетъ уже изъ предшествующихъ разсужденій; нѣкоторыя дополнительные соображенія будутъ предоставлены ниже, въ своемъ мѣстѣ.

2. Мы идемъ дальше. Не менѣе доказательное значеніе, чѣмъ институтъ *fiducia*, имѣютъ нѣкоторые другіе факты, о которыхъ свидѣтельствуютъ намъ римскіе источники, въ особенности, если сопоставить ихъ съ соответствующими фактами, заимствуемыми изъ исторіи другихъ правовыхъ системъ и, въ частности, изъ исторіи германскаго права. — Сюда относится прежде всего тотъ фактъ, что сельскіе *сервитуты* причислялись къ *res mancipi* и подобно остальнымъ *res mancipi* *приобрѣтались per mancipationem*. (Gaj. II, 17, Ulp. XIX, 1). Объясняется это тѣмъ, что *приобрѣтеніе* этихъ *сервитутовъ* (древнѣйшихъ изъ всѣхъ), подводилось подъ понятіе *приобрѣтенія неполнаго, ограниченного права собственности на соответствующія части praedia*, которыя въ остальномъ считались собственностью собственника *служащихъ участковъ*, — точка зрѣнія, близко сопри-

касающаяся съ точкой зрѣнія древняго германскаго права¹ и доннынѣ отражающаяся въ англійскомъ правѣ².

3. Весьма характеренъ также взглядъ древняго римскаго права на юридическое положеніе sui heredes, которые по свидѣтельству Гая (II, 157) vivo quoque parente quodammodo domini existimantur, въ связи съ чѣмъ стоитъ извѣстный фактъ приобрѣтенія ими наслѣдства, оставшагося послѣ домовладыки, ipso jure. Другими словами, отношеніе sui heredes къ будущему наслѣдству разсматривалось какъ экспектативное право собственности, сосуществующее съ наличнымъ правомъ собственности домовладыки, какъ это весьма опредѣленно формулировано Павломъ въ I. II D. de lib. et post. 28,2: in suis hereditibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur, unde etiam filius familias appellatur sicut paterfamilias sola nota haec adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus est; itaque post mortem patris non hereditatem suscipere videntur, sed magis liberam honorum administrationem consequuntur. Haec ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat. — И здѣсь можно указать съ одной стороны на любопытную аналогію индійскаго и греческаго права, съ ихъ ученіемъ о безспорномъ и спорномъ порядкѣ наслѣдованія³, съ другой стороны на anwartschaftliches Eigentum древняго германскаго права⁴ и на estates in expectancy англійскаго права⁵, въ основѣ каковыхъ институтовъ лежатъ сходные взгляды.

4. Въ связи съ сказаннымъ получаетъ свое надлежащее освѣщеніе и юридическое положеніе опекуна въ древнемъ правѣ. Tutela impuberum характеризуется какъ jus ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permessa (§ 1 I. de test. I, 13, l. 1 pr. D. de tut. 26, 1). Введеніе ея, приписываемое XII таблицамъ, обосновывается тѣмъ, ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur (I. I pr. D. h. t. 26,4). Наконецъ, характеризую предѣлы правъ опекуна по завѣдыванію имуществомъ пупилла, еще императорскіе юристы говорятъ, что онъ считается domini loco или vice domini, сдабривая эту архаическую характеристику лишь неизбежной для ихъ эпохи оговоркой, что tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco habere debet (I. 27 D. h. t. 26,7), чѣмъ, конечно, самая характеристика въ практическомъ результатѣ превращается въ пустую словесность. Ясно, однако, что первоначально она имѣла весьма реальное значеніе: съ точки зрѣнія древ-

¹ Heusler, ук. соч., I, стр. 339—340.

² Heumann, ук. соч., стр. 815, 819. Реальные сервитуты въ англійскомъ правѣ причисляются къ incorporeal hereditaments и разсматриваются какъ объекты разныхъ estates.

³ Leist, Alt-arisches jus civile, стр. 191.

⁴ Gierke, ук. соч. II, стр. 352, 785.

⁵ Heumann, ук. соч., стр. 815, 819.

няго права и отношеніе опекуна къ имуществу пупилла разсматривалось какъ разновидность единаго общаго понятія собственности¹, которое конкурировало съ правомъ собственности на это имущество самого пупилла. — И опять таки та же точка зрѣнія встрѣчается и въ древнемъ германскомъ правѣ, которое также допускаетъ въ качествѣ особой разновидности основнаго вещнаго права господства — вещное право опекуна относительно имущества, въ частности относительно недвижимаго имущества подопечнаго, воплощаемаго въ особой Vormundschafts-Gewehre². Равнымъ образомъ, и въ древнемъ англійскомъ правѣ за опекуномъ надъ недвижимымъ имуществомъ подопечнаго признавался специфическій estate, т. е. и его отношеніе къ имуществу подопечнаго квалифицировалось какъ разновидность единаго вещнаго права³.

5. Сходнымъ характеромъ отличается также положеніе familiae emptor при древнемъ мандипационномъ завѣщаніи (Gaj. Inst. II, 104)⁴, котораго въ свою очередь напоминаетъ душеприказчикъ древняго германскаго права⁵.

6. Быть можетъ, нѣкоторымъ отдаленнымъ отраженіемъ взглядовъ древняго римскаго права на разбираемый нами вопросъ является также сомнѣніе по вопросу о квалификаціи узуфрукта, которое встрѣчается у римскихъ юристовъ императорскаго времени: составляетъ ли узуфруктъ pars domini или нѣтъ? Такъ, напримѣръ, юристъ Павелъ не только ставитъ этотъ вопросъ, но даетъ два диаметрально противоположныхъ отвѣта на него. Въ l. 4 D. de usufr. 7,1 онъ говоритъ: usufructus in multis casibus pars domini est, а въ l. 25 D. de V. S. 50,16 онъ же утверждаетъ: recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam quum usufructus alienus est, quia usufructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter ... hoc et Julianus, et est verius. — Гдѣ корень этого спора? Узуфруктъ въ качествѣ самостоятельнаго jus in re aliena несомнѣнно появился довольно поздно, быть можетъ, подъ влияніемъ греческаго права⁶. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы до того времени не существовало никакой формы ограниченнаго, срочнаго пользованія: fiducia несомнѣнно могла служить и для этой цѣли, сначала вѣроятно, въ качествѣ одной изъ разновидностей fiducia cum creditore, какъ форма антихристическаго пользованія, а засимъ и въ другихъ случаяхъ, какъ форма обыкновеннаго пользованія, представлennаго пожизненно или на извѣстный срокъ, на возмездномъ или

¹ Ср. также Mitteis, ук. соч., I, стр. 76, прим. 10. — То же самое слѣдуетъ сказать и относительно древняго curator furiosi, ср. Karlowa, R. R., II, стр. 309; Mitteis, ук. соч., I, стр. 209, 210 прим. 18; l. 157 D. 50, 17 verb.: vel dominis, vel his, qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus. Ср. еще Schulin, Lehrbuch d. Geschichte d. R. R., стр. 188 сл.

² Ср. Heusler, ук. соч. II, стр. 18—19, Schröder, ук. соч. стр. 287.

³ Heumann, ук. соч., стр. 844.

⁴ Ср. объ этомъ очень спорномъ вопросѣ Mitteis, ук. соч. I, стр. 77 прим. 11. Ср. Karlowa, ук. соч. II, стр. 845, который прямо характеризуетъ familiae emptor какъ «eine Art Salmann, ein Testamentsvollstrecker».

⁵ Heusler, ук. соч., II, стр. 652.

⁶ Ср. Karlowa, ук. соч. II, стр. 533, M. Voigt, Röm. Rechtsgeschichte, I, стр. 445.

безмездномъ основаніи. Разъ его такъ, то и срочное пользованіе, устанавливаемое въ формѣ *fiducia*, подходило въ древнемъ правѣ подѣ понятіе одной изъ разновидностей единого вещнаго права, права собственности. Въ соотвѣствіи съ этимъ и возникло представленіе о томъ, что въ такихъ случаяхъ изъ plena *proprietas* выдѣляется функція пользования (и излеченія плодовъ), образуя самостоятельную часть или разновидность общаго понятія собственности, *pars dominii*, за вычетомъ которой остается только *nuda proprietas*, вплоть до того момента, когда вновь, за прекращеніемъ этого временнаго пользования, *nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem* (§ 4 J. II, 4); отсюда въ дальнѣйшемъ, послѣ превращенія узуфрукта въ самостоятельное вещное право, могло возникнуть и то сомнѣніе, на которое было указано выше. Сомнѣніе это въ свое время не было даже вполне безпочвеннымъ, если принять во вниманіе, что въ классическомъ правѣ *fiducia* продолжала существовать, а слѣдовательно заинтересованныя лица въ подлежащихъ случаяхъ могли прибѣгнуть либо къ формѣ фидуціарной собственности, либо къ формѣ узуфрукта. Сказаннымъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, проливается свѣтъ на вышеприведенныя изреченія Павла. Въ нихъ нельзя усмотрѣть противорѣчія, если только допустить, что въ первомъ фрагментѣ, гдѣ онъ говоритъ о *multi casus*, когда узуфруктъ *pars dominii est*, онъ имѣетъ въ виду случаи, въ которыхъ узуфруктъ съ внѣшней стороны облеченъ въ форму фидуціарной собственности, а во второмъ фрагментѣ, гдѣ оказывается, что узуфруктъ *non dominii pars, sed servitutis est*, онъ имѣетъ въ виду узуфруктъ въ техническомъ смыслѣ, какъ самостоятельное вещное право, отличное отъ права собственности, а посему составляющее разновидность (*pars*) не этого понятія, а понятія сервитута, подобно дорожнымъ сервитутамъ (*ut via et iter*). — Правда, противъ всей этой дедукціи можетъ быть сдѣлано одно, на первый взглядъ, прямо убійственное возраженіе, а именно: допущеніе мысли о возможности предоставленія срочнаго пользования въ формѣ фидуціарной собственности противорѣчить, какъ специальному правилу римскаго права, согласно которому *actus legitimi*, къ числу которыхъ конечно принадлежали *mancipatio* и *in jure cessio*, *non recipiunt diem vel conditionem* (I. 77 D. de R. J. 50, 17), такъ и тому общему правилу, которое запрещаетъ установленіе права собственности на срокъ, каковой запретъ впоследствии былъ смягченъ преторомъ и окончательно снятъ только Юстиніаномъ¹. По этому поводу слѣдуетъ замѣтить: прежде всего, неизвѣстно, существовали ли эти правила съ самаго начала и не явились ли они скорѣе плодомъ позднѣйшаго рѣзкаго обособленія права собственности, какъ неограниченнаго права обладанія, отъ всѣхъ остальныхъ ограниченныхъ имущественныхъ правъ. Что же касается позднѣйшаго времени, то приведенное возраженіе устраняется тѣмъ, что *dies ad quem* и не включался въ текстъ манципаціонной или *in jure cessio* формулы, — онъ фигурировалъ лишь въ *actum fiduciae*, которое сопровождало актъ манципаціи или *in jure cessio*, но не являлась

¹ Ср. Mitteis, ук. соч., I, стр. 191 сл., Regelsberger, Pandekten, I, стр. 579.

непосредственно составной частью этого акта, — на это рачитъ только указывали сакраментальныя слова *fiduciariae causa*, включаемыя въ самую формулу¹. Поэтому формально не существовало никакихъ препятствій къ установленію въ этомъ порядкѣ срочнаго пользования, между прочимъ, и въ тѣхъ цѣляхъ, ради которыхъ нормально устанавливался узуфруктъ, т. е. въ цѣляхъ оказанія пожизненно материальной поддержки соотвѣтствующему дестинатору.

Неудобство этой формы заключалось въ томъ, что *fiducia* была рассчитана только на *negotia inter vivos*. Это неудобство, неразрывно связанное съ фидуціарной передачей собственности, кстати сказать, и могло послужить однимъ изъ главныхъ основаній, чтобы искать выхода изъ создававшегося положенія въ направленіи созданія новой, менѣе стѣснительной въ этомъ отношеніи формы, обезпечивающей достиженіе преслѣдуемыхъ заинтересованными лицами цѣлей и въ порядкѣ завѣщательномъ. Съ этимъ предположеніемъ гармонируетъ тотъ фактъ, что узуфруктъ устанавливался первоначально именно въ завѣщаніи. — Что касается параллелей въ германскомъ и англійскомъ правѣ, то они слишкомъ извѣстны, чтобы на нихъ останавливаться.

7. Къ сказанному остается прибавить, что косвеннымъ подтвержденіемъ всего вышеизложеннаго можетъ послужить и ссылка на нѣкоторые другіе институты несомнѣнно позднѣйшаго происхожденія, самая возможность появления которыхъ и форма, въ которую они вылились, свидѣтельствуетъ о живучести установленной нами концепціи древняго имущественнаго права. Сюда относятся институтъ *in bonis esse*, о которомъ Гай, II, 40 говоритъ: *sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere*; аналогичный характеръ носятъ институты *bonorum possessio* и *bonorum venditio*, о которыхъ тотъ же Гай говоритъ: (III, 80): *neque autem bonorum possessorum neque bonorum autorum res pleno jure fiant, sed in bonis efficiantur; ex jure Quiritium autem ita demum acquirantur, si usucaperunt*, равно какъ *missio in possessionem praedii ex decreto secundo* въ случаѣ отказа противной стороны въ выдачѣ *cautio damni infecti*². При этомъ любопытно отмѣтить, что лежащая въ основѣ этихъ построеній теорія о *divisio dominii* и соотвѣтствующая конструкция упомянутыхъ отношеній составляетъ продуктъ технического творчества римской юриспруденціи, которая по всей вѣроятности руководствовалась въ данномъ случаѣ аналогіями, какія представляли дошедшіе до нея отдѣльные пережитки вышеохарактеризованнаго древняго правопорядка. Съ этой точки зрѣнія получаетъ надлежащее свое освѣщеніе и взглядъ на дотальное имущество, какъ на *res uxoriae*, нашедшій отраженіе въ преторскомъ дотальномъ искѣ — *actio rei uxoriae*, и — какъ отдаленнѣйшій послѣдній отголосокъ, — своеобразная теорія Юстиніана о двойственной природѣ того-же дотальнаго имущества, излагаемая имъ въ I. 30 Cod. 5, 12: *eadem res (sc. res dotales) et ab initio fuerant et naturaliter in ejus*

¹ Ср. текстъ *tabula Bantina* у Bruns, *Fontes juris Rom. ant.*, стр. 200, Oertmann, ук. соч. стр. 93—95.

² Ср. объ этомъ Karlowa, ук. соч. II, стр. 1220—1221.

permanserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. — Наконецъ, заслуживаетъ вниманія также и недопущеніе actio furti въ отношеніяхъ между супругами въ случаѣ тайнаго присвоенія однимъ изъ нихъ вещей другого, взамѣнъ чего былъ введенъ особый искъ — actio rerum amotarum, причеъ еще Нерва и Кассій Лонгинъ объясняли это тѣмъ, что ne quidem furtum eam (т. е. uxorem) facere, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret (l. 1 pr. D. de act. rer. amot. 25, 2). — Конечно, не слѣдуетъ преувеличивать доказательное значеніе этихъ теорій: внѣ связи съ данными, которыя непосредственно отражаютъ первоначальный строй и систему формы обладанія, изъ нихъ никакихъ опредѣленныхъ выводовъ въ интересующемъ насъ смыслѣ не вытекало бы, ибо самыя отношенія, которыхъ эти теоріи касаются, (за исключеніемъ брачно-имущественныхъ отношеній) относятся къ такому времени, когда дифференціація отдѣльныхъ формъ обладанія несомнѣнно уже стала совершившимся фактомъ. Тѣмъ не менѣе, въ связи съ только что упомянутыми данными появленіе именно такихъ теорій весьма знаменательно. Истинный смыслъ ихъ съ указанной точки зрѣнія заключается въ томъ, что они являются (пусть даже неосознанными) отголосками сѣдой старины: въ нихъ вновь оживаетъ, вновь возрождается къ жизни, въ сравнительно узкой сферѣ отношеній, идея, которая въ свое время опредѣляла всю систему формъ имущественнаго обладанія.

8. Въ заключеніе настоящаго, чрезмѣрно разросшагося экскурса необходимо остановиться еще на одномъ институтѣ процессуальнаго права, проливающимъ яркій свѣтъ на отношеніе древняго римскаго права къ настоящему вопросу: мы говоримъ о структурѣ древняго виндикаціоннаго иска, который, какъ извѣстно, носилъ двусторонній характеръ: на искъ истца отвѣтчикъ долженъ былъ реагировать по существу предъявленіемъ встрѣчнаго иска. Въ частности, Гай въ своихъ Институціяхъ (IV, 16), излагая legis actio sacramento in rem, слѣдующимъ образомъ описываетъ производство in jure интересующей насъ части: (1) qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: «hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui», — et simul festucam imponebat; (2) adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; (3) cum uterque vindicasset, praetor dicebat: «mittite ambo hominem»; illi mittebant; (4) qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: «postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris»; (5) ille respondebat: «jus feci sicut vindictam imposui»; (6) deinde qui prior vindicaverat, dicebat: «quando tu injuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco»; (7) adversarius quoque dicebat: «similiter et ego te.»

Изъ этого описанія явствуетъ, что обѣ стороны противопоставляютъ другъ другу ссылку на одно и тоже право: ex jure Quiritium meum esse. Ни о какомъ другомъ обоснованіи ни первоначальнаго, ни встрѣчнаго иска, — ссылкой на какое либо иное, хотя бы и вещное

право, — не упоминается. Такая постановка вопроса вполне гармонируетъ съ предположеніемъ о томъ, что въ то время признавалось одно единое (вещное) право, допускавшее разныя отбѣнки, и вмѣстѣ съ тѣмъ она противорѣчитъ всякому иному предположенію.

Въ связи съ этимъ нельзя не обратить вниманія и на то обстоятельство, что виндикаціонный искъ — съ сопоставленіемъ формулы (ex jure Quiritium) meum esse — служилъ и для охраны права властвованія надъ свободными лицами, въ частности надъ подвластными дѣтьми, какъ о томъ свидѣтельствуютъ Гай (I, 134) и Ульпіанъ (l. 1, § 2 D. 6, 4). Отсюда естественно напрашивается выводъ, что и права властвованія надъ свободной личностью разсматривались первоначально, какъ особыя проявленія все того же единаго права господства, одинаково охватывавшаго и res и personae¹. — Къ сказанному остается прибавить, что древнее германское право и по вопросу о двустороннемъ характерѣ и общей структурѣ виндикаціоннаго иска представляетъ поразительныя аналогіи съ древнимъ римскимъ правомъ, въ особенности, поскольку рѣчь идетъ о виндикаціи недвижимостей.²

§ 3

1. Сверхъ отмѣченныхъ нами двухъ моментовъ, — именно своеобразнаго характера древнѣйшихъ имущественныхъ сдѣлокъ какъ сдѣлокъ на наличныя, съ одной стороны, и взгляда древняго права на отдѣльныя формы полного и неполнаго обладанія какъ на разновидности или отбѣнки одного и того же единаго права господства, съ другой стороны, — имѣется еще третій моментъ, который равнымъ образомъ способенъ породить сомнѣніе въ томъ, насколько древнее право даетъ почву для разграниченія вещныхъ и обязательственныхъ правоотношеній. Рѣчь идетъ о деликтномъ характерѣ древнѣйшихъ исковыхъ притязаній. На этотъ характеръ древняго искового права, — въ примѣненіи къ римскому праву, — обратилъ вниманіе еще Герингъ³. Съ тѣхъ поръ вопросъ неоднократно подвергался вновь разсмотрѣнію⁴. Не повторяя высказаннаго другими, мы ограничимся лишь слѣдующими замѣчаніями. Во 1-хъ, прежде всего, обращаетъ на себя вниманіе деликтный элементъ въ защитѣ вещнаго права, отождествляемого, какъ выше было указано, съ правомъ собственности. Онъ проявляется прежде всего въ широкой сферѣ примѣненія actio furti. Этотъ штрафной искъ въ древнемъ правѣ, какъ неоднократно уже было отмѣчено въ литературѣ⁵, приближается къ типу вещныхъ исковъ, такъ какъ онъ предъявляется не только — въ качествѣ actio furti manifesti и nec manifesti — противъ

¹ На это обратилъ вниманіе еще Ihering, Geist d. Röm. Rechts, II³, § 32, стр. 163, съ ссылкой на Christiansen, Die Wissenschaft der röm. Rechtsgeschichte, I, стр. 136 сл. Изъ новѣйшихъ см. Mitteis, ук. соч., I, стр. 75—78.

² Ср. Heusler, ук. соч. II, стр. 44, 211; Schröder, ук. соч., стр. 391.

³ Ср. извѣстную статью «D. Schuldmoment im Röm. Privatrecht» въ его Vermischte Schriften, стр. 155 сл., въ особ. 185 сл.

⁴ Въ русской литературѣ онъ обстоятельно разобранъ въ книгѣ проф. Гусакова: «Деликты и договоры», стр. 81 сл.

⁵ Ср. напр. Schulin, Lehrbuch d. Geschichte d. Röm. Rechts, стр. 234, Гусакъ, ук. соч., стр. 82.

вора, но — въ качествѣ *actio furti concepti* — противъ всякаго, у кого при обыскѣ найдена краденая вещь, *quamvis fur non sit* съ предоставленіемъ ему права предъявить въ порядкѣ регресса *actio furti oblata* противъ того, кто подкинулъ ему эту вещь (ср. *Gaj. J. II, 183—187; § 3, 4 J. IV, 1*). Къ этому надо прибавить, что по свидѣтельству Павла (*Sent. Rec. II, 31, § 13—14*) *actio furti concepti* (также какъ и *actio furti manifesti*) направлена не только на уплату штрафа, но и на *ipsius rei repetitio*. Другими словами, оба эти иска содержали и реиперсекutoryный моментъ, каковое обстоятельство уже окончательно обближало первый изъ нихъ съ вещными исками. Правда, свидѣтельство Павла не подтверждается другими источниками (ср. *Gaj. J. IV, 8*), а въ литературѣ большинствомъ писателей оно обходится полнымъ молчаніемъ¹. Но слѣдуетъ ли отсюда, что оно должно быть совершенно отброшено, и что въ древнемъ правѣ въ подлежащихъ случаяхъ вопросъ о возвратѣ украденнаго не возникалъ вовсе, или что въ этихъ предѣлахъ древнее право съ самаго начала отсылало потерпѣшаго къ виндикаціи въ формѣ *legis actio sacramenta in rem*? Едва ли это было такъ². Скорѣе всего слѣдуетъ признать, что вопросъ о возвратѣ украденнаго въ натурѣ, возникавшій, поскольку рѣчь шла объ индивидуально опредѣленныхъ вещахъ, *implicite* разрѣшался вмѣстѣ съ признаніемъ уважительной претензіи истца объ уплатѣ штрафа, осуществленіе же признаннаго притязанія въ соответствующей части входило въ сферу дозволеннаго самоуправства. Въ пользу этого говорить прежде всего вся структура *furtum manifestum* въ древнемъ правѣ, которая допускала самоуправство въ самыхъ широкихъ размѣрахъ, вплоть до убійства *fur nocturnus* и всякаго вообще *fur manifestus, si is telo se defendat* (l. 4, § 1 D. ad leg. Aqu. 9, 2). Далѣе, достойно вниманія, что самый обыскъ, предшествовавшій предъявленію *actio furti concepti*, производился внѣсудебнымъ порядкомъ (*Gaj. J. III, 186, 193*), и что позднѣе преторъ, въ связи съ этимъ, ввелъ два дополнительныхъ иска: *actio furti prohibiti* противъ того, кто препятствовалъ производству обыска (*Gaj. III, 188*), и *actio furti non exhibiti* противъ того, кто не выдавалъ найденной у него при обыскѣ вещи, *qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit* (§ 4 J. de obl. quae ex del. IV, 1). Самая возможность введенія этихъ дополнительныхъ исковъ въ сравнительно позднее время свидѣтельству о томъ, насколько широка была въ данной области сфера дозволеннаго самоуправства въ древнемъ правѣ: вѣдь цѣль обоихъ исковъ очевидно заключалась въ томъ, чтобы вызвать эту сферу. — Сопоставляя всѣ эти данныя, мы приходимъ къ выводу, что правы тѣ, кто полагаетъ, что первоначально едва ли существовала почва для появленія чисто реиперсекutoryнаго вещнаго иска, поскольку рѣчь

¹ Ср. о напр. Baron, Institutionen, стр. 201; Girard, Manuel élém. de droit Romain¹, стр. 406 сл.

² Ср. по всему этому вопросу Mommsen, Röm. Strafrecht, стр. 752—753, который съ ссылкой на Павла допускаетъ въ этихъ случаяхъ «Ersatz mit Strafzuschlag», утверждая, что сообщеніе *actiones furti* чисто штрафнаго характера относится къ болѣе позднему времени.

шла о движимыхъ вещахъ. Дѣйствительно, пока не была разработана субъективная сторона виновности, пока всякое третье лицо, у котораго находили украденную вещь, отвѣчало по *actio furti concepti, quamvis fur non sit*, этотъ искъ, въ связи съ предъявляемыми *inter partes* исками, — *actio furti manifesti* и *nec manifesti*, — съ избыткомъ отвѣчалъ самымъ широкимъ требованіямъ потерпѣшаго.

Что касается недвижимостей, то вопросъ представляется болѣе спорнымъ. Съ одной стороны, Авль Геллій и Гай сообщаютъ намъ, что еще въ началѣ имперіи римскіе юристы спорили по вопросу о томъ, могутъ ли недвижимости служить объектомъ *furtum* (*Gell. XI, 18, 3, Gaj. Inst. II, 51*). Съ другой стороны, однако, мы ничего не знаемъ о томъ, къ какому времени относится появленіе этого взгляда и насколько широко онъ былъ распространенъ. Несомнѣнно одно, что структура тѣхъ *actiones furti*, о которыхъ упоминаютъ источники, непосредственно была разсчитана только на движимыя вещи¹. —

Вмѣстѣ съ тѣмъ, трудно и даже прямо невозможно предположить, чтобы римская крестьянская община, для которой недвижимости успѣли приобрести весьма реальную цѣнность и стать твердымъ достояніемъ сначала коллективнаго (семейнаго и родового), а впослѣдствіи и индивидуальнаго обладанія, не создала особыхъ средствъ судебной охраны спокойнаго владѣнія и пользованія этими цѣннѣйшими для крестьянской семьи объектами, довольствуясь въ теченіе довольно продолжительнаго времени, какъ это повидимому допускаетъ Schulin², системой голаго самоуправства и *zuлачнаго* права. Структура соответствующихъ средствъ судебной защиты при этомъ естественно предопредѣлялась тѣмъ, что рѣчь шла, съ одной стороны, объ объектахъ особой цѣнности и даже, если угодно, святости, съ другой стороны, объ объектахъ, которыхъ ни сокрыть, ни безслѣдно уничтожить нельзя было. Отсюда естественно реиперсекutoryный моментъ — въ смыслѣ требованія *status quo*, возврата *in natura*, — долженъ былъ выдвигаться на первый планъ. На этой почвѣ и складывается древнѣйшая *legis actio sacramenta in rem*. За всѣмъ тѣмъ, весьма любопытно прослѣдить, насколько въ структурѣ этого иска все еще силенъ, съ одной стороны, элементъ штрафной, съ другой стороны — элементъ дозволеннаго самоуправства. Что касается штрафнаго элемента, то онъ сказывается въ двойномъ отношеніи³: во 1-хъ, сторона, проигравшая дѣло, теряетъ *summam sacramenti*; въ 2-хъ, въ связи съ *vindicias dicere* претора, т. е. съ предоставленіемъ владѣнія спорнымъ участкомъ одной изъ сторонъ на время процесса, сторона, вступавшая во владѣніе, въ случаѣ проигрыша дѣла, обязана была возмѣстить противной сторонѣ двойную стоимость извлеченныхъ ею плодовъ (*fructus duplione damnum decidere*). —

Элементъ самоуправства проявляется въ исполнительній стадіи производства. При разсмотрѣніи этого вопроса необходимо имѣть въ виду слѣдующее. Съ одной стороны, производство *in iudicio* формально

¹ См. по этому вопросу Mommsen, Röm. Strafrecht, стр. 739, 740 прим. 2.

² Ук. соч., стр. 282.

³ Ср. Ihering, Vermischte Schriften, стр. 169.

заканчивалось постановлением рѣшенія о томъ, *cujus sacramentum justum, cujus injustum sit*¹; однако, по существу, въ противоположность позднѣйшей системѣ, основанной на началѣ *condemnatio pecuniaria*, рѣшеніе имѣло въ виду именно *ipsam rem*, какъ это явствуетъ изъ словъ Гаія (IV, 48): *judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat*. Съ другой стороны, совершенно очевидно, что *legis actio per manus injectionem* въ качествѣ формы исполнительнаго производства къ случаямъ этого рода была непримѣнима: достаточно сослаться на формулу этой *legis actio*, сообщаемой Гаемъ (IV, 21), чтобы убѣдиться въ томъ, что она касалась только ликвидаціи денежныхъ долговъ между сторонами². При такихъ условіяхъ естественно предположить, что приведеніе рѣшенія въ исполненіе предоставлялось самому заинтересованному лицу. Дѣло на практикѣ упрощалось тѣмъ, что въ древности разбирательство спора происходило *re praesente*, въ частности, относительно недвижимостей, — на самомъ участкѣ. Непосредственно этотъ порядокъ засвидѣтельствованъ Гаемъ только относительно производства *in jure* (Gaj. IV, 17), причемъ въ этой стадіи производства относительно недвижимостей и громоздкихъ движимостей были допущены извѣстныя послабленія (*pars aliqua inde sumebatur*); дальше въ сохранившейся рукописи слѣдуетъ невозстановимый пробѣлъ. Однако, разъ *praesentia rei* (реальная или символическая) требовалась даже въ этой стадіи, когда это могло имѣть значеніе только для установленія факта нахождения спорнаго объекта *in rebus natura*, то тѣмъ болѣе она должна была быть обязательной для второй стадіи производства, когда споръ рѣшался по существу, и когда суду, не отвлекаемому, подобно магистрату, другими текущими дѣлами, ничто не мѣшало въ подлежащихъ случаяхъ отправляться для разбора дѣла на мѣсто нахождения спорнаго объекта. А разъ это такъ, то выигравшій дѣло естественно тутъ же, по признаніи его правоты, вступалъ во владѣніе вещь (если только онъ не владѣлъ участкомъ и до этого въ порядкѣ *vindicias dicere* претора). Это предположеніе подтверждается и такими выраженіями, какъ *auferre, abducere rem, duci servum ab eo, qui vicisset*, которыя встрѣчаются еще въ императорское время и которыя явно исходятъ изъ того предположенія, что не проигравшій обязанъ доставить спорный объектъ, а выигравшій самъ его забираетъ³. Съ указанной точки зрѣнія получаетъ надлежащее освѣщеніе и введеніе *condemnatio pecuniaria* въ отмѣну порядка, *olim существовавшего*: смыслъ новаго порядка въ томъ, что захватъ прису-

¹ Утвержденіе Н. Krüger'a, d. Geschichte des capitis deminutio, стр. 211 и passim, что дѣло послѣ этого вновь поступало къ претору, который аддировалъ спорный объектъ выигравшему дѣло, ни на чемъ не основано.

² Ср. Sohm, Institutionen¹³, стр. 275, Schulin, ук. соч., стр. 532, ср. Schlossmann, Altrömisches Schuldrecht, стр. 140. Противоположнаго взгляда, нарочно придуманнаго для обоснованія своей теоріи объ аддикціи спорнаго объекта преторомъ, придерживается Krüger, ук. соч., стр. 201.

³ Ср. I. 57 pr. D. 21, 2, l. 67 loc., l. 30 D. 40, 12. На эти фрагменты, съ нѣсколькими иной точки зрѣнія, чѣмъ мы, обратилъ вниманіи Iерингъ, Geist d. R. R. III¹, 1, стр. 191.

жденнаго объекта уже не можетъ имѣть мѣста противъ воли отвѣтчика-владѣльца, *contumacia* котораго влечетъ за собою лишь невыгодную для него переоцѣнку стоимости спорнаго предмета на деньги, на основаніи *jus jurandum in litem* истца. Другими словами, *condemnatio pecuniaria*, — подобно *actio furti non exhibiti*, о которой говорилось выше, — является однимъ изъ тѣхъ средствъ, къ которымъ прибѣгаетъ позднѣйшее право въ борьбѣ противъ самоуправства. При этомъ, весьма характерно, что достигается желательный результатъ и въ данномъ случаѣ путемъ привнесенія въ структуру вещнаго иска штрафнаго, деликтнаго элемента¹.

2. Что касается области договорныхъ отношеній, то и здѣсь роль деликтнаго элемента въ древнемъ правѣ очень велика. Это, какъ извѣстно, стоитъ въ связи съ весьма глубокими общими причинами, которыя вообще благоприятствовали преобладанію — во взаимныхъ столкновеніяхъ отдѣльныхъ субъектовъ въ сферѣ имущественныхъ отношеній — деликтныхъ моментовъ. При отсутствіи сколько нибудь развитаго нормальнаго оборота всякое столкновеніе приобретало неизбѣжно характеръ правонарушенія, деликта, требовавшаго — въ формѣ ли реакціи, обращенной противъ личности (кровная месть, таліонъ въ видѣ увѣчья, истязаніе или лишеніе свободы), или противъ имущества (таліонъ въ видѣ отвѣтнаго уничтоженія или поврежденія тѣхъ или иныхъ вещей, система композицій и штрафовъ) — извѣстнаго возмездія за содѣянное. Неудивительно, что этотъ взглядъ, — послѣ появленія зачатковъ оборота, — въ теченіе нѣкотораго времени пропоявленія сказывался: недостиженіе нормальнаго результата, связываемаго съ совершеніемъ данной сдѣлки, въ силу ли коллизіи приобретателя съ правомъ третьяго лица, или въ силу ненадлежащаго исполненія договорнаго соглашенія, затыжки въ возвратѣ полученнаго и т. д., трактовалось какъ деликтъ и порождало соответствующій, приобретающій деликтную окраску, искъ. Далѣе, слѣдуетъ отмѣтить, что въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ источники упоминаютъ о деликтныхъ искахъ, возникающихъ на почвѣ несомнѣнно договорныхъ или квазидоговорныхъ (съ точки зрѣнія позднѣйшаго права) отношеній, рѣчь нигдѣ не идетъ о простомъ неисполненіи договорнаго соглашенія какъ такового; напротивъ, для обоснованія деликтной отвѣтственности и деликтнаго иска требуется извѣстный реальный моментъ, которому, независимо отъ договорнаго соглашенія, и придается рѣшающее значеніе: этотъ реальный моментъ выражается въ наличіи

¹ Правда, противъ сказаннаго можетъ быть выдвинуто одно существенное на первый взглядъ возраженіе: одновременно съ *vindicias dicere* магистратъ обязывалъ сторону, *secundum quem vindiciae dicebantur*, предоставить противной сторонѣ *praedes litis et vindiciarum, id est rei et fructuum*, какъ поясняетъ Гаій (IV, 16). Возникаетъ вопросъ, не ограничивалось ли право невладѣющей стороны, выигравшей дѣло, въ случаѣ отказа отвѣтника добровольно подчиниться рѣшенію суда, возможностью привлечь къ отвѣтственности этихъ *praedes*? Мы думаемъ, что такое предположеніе не соответствуетъ духу древняго права: обращеніе къ *praedes* имѣло мѣсто тогда, когда попытка выигравшей дѣло стороны добиться возврата вещи *in natura* силами собственными не увѣчалась успѣхомъ или когда она съ самаго начала, предвидя безуспѣшность такой попытки, отказывалась отъ нея.

известного вреда, причиненного потерпевшему образом действия противной стороны, при одновременной невозможности или затруднительности подвести соответствующие случаи под типичные категории *furtum* и *damnum injuria datum*. В виде примѣра можно указать: на *actio auctoritatis*, гдѣ реальный элементъ заключается въ томъ, что мандипантъ получилъ отъ приобретателя плату, а между тѣмъ не въ состояннн обезпечить ему спокойное обладаніе мандипированной вещи; на *actio de modo agri*, гдѣ мандипированный участокъ не соответствуетъ по размѣру тому, за которой была произведена уплата; на *actio depensi sponсор'a*, гдѣ реальный элементъ заключается въ томъ, что главный должникъ не возвращаетъ суммы, уплаченной за него кредиторомъ *sponсор'омъ*; на *actio ex capite II° legis Aquiliae adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit*, — искъ, который дается *damni nomine*, причемъ *damnum* заключается въ утратѣ главнымъ кредиторомъ возможности получить причитающійся ему долгъ съ должника; на *actio rationibus distrahendis* противъ опекуна, *qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit*, гдѣ мы имѣемъ дѣло съ растратой, причемъ, однако, *actio furti* оказывается непримѣнимой, такъ какъ *tutor*, какъ мы видѣли, въ древнемъ правѣ самъ считался *domini loco* или *vice domini*¹; на неизвестнаго наименованія искъ, яко бы покоющійся на законахъ XII таблицъ, о которомъ упоминаетъ Павелъ (*Sent. Rec. II, 12, 11*) и который характеризуется имъ какъ *actio ex causa depositi in duplum*, каковой искъ въ отношеннн случаевъ *fiducia cum amico* по всей вѣроятности является предтечей (или прообразомъ) позднѣйшей *actio fiduciae*. На этой же почвѣ сложилось несомнѣнно и понятіе *furtum usus*, выработанное ранней республиканской юриспруденціей (*ср. Gell. VII (VI), 15*): этимъ открывалась возможность распространительнаго примѣненія *actio furti* къ случаю неправильнаго пользованія вещами, отданными въ цѣляхъ храненія или специально указаннаго пользованія; реальный элементъ въ этихъ случаяхъ заключается, если не въ самой порчѣ, то въ опасности порчи подлежащихъ вещей отъ неправомѣрнаго пользованія ими. —

Въ связи съ сказаннымъ слѣдуетъ отмѣтить, что штрафной элементъ, если не во всѣхъ, то въ большинствѣ перечисленныхъ случаевъ соединяется въ той или иной формѣ съ элементомъ реперсекюторнымъ, на что до сихъ поръ не обращалось достодолжное вниманіе, но что вполне гармонируетъ съ гибриднымъ характеромъ самыхъ отношеннн, на почвѣ которыхъ выросли упомянутые иски. Этотъ смѣшанный характеръ прямо выступаетъ наружу, поскольку рѣчь идетъ о возвратѣ или возмѣщеннн денежныхъ платежей, какъ при *actio auctoritatis* и *actio depensi*; въ другихъ случаяхъ его подчеркиваютъ сами источники, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеннн *actio adversus adstipulatorem*, относительно которой Гай говоритъ, что *quantum ea res est, tantum actio constituitur*. Такой же смѣшанный характеръ носить и *actio rationibus distrahendis*, относительно которой Павелъ сообщаетъ: *haec actio licet in duplum sit, in simplum rei persecutionem continet*,

¹ Въ томъ же смыслѣ высказывается Karlowa, ук. соч. II, стр. 278.

² Ср. по этому вопросу M. Voigt, d. XII Tafeln, II, стр. 479 сл.

non tota dupli poena est (l. 2 § 2 D. 27, 3). То же, повидимому, слѣдуетъ сказать и относительно упоминаемой Павломъ *actio ex causa depositi in duplum (Sent. Rec. II, 12, 11)*¹. При такихъ условіяхъ становился болѣе чѣмъ вѣроятнымъ, что смѣшаннымъ же характеромъ отличалась и *actio furti*, преслѣдующая *furtum usus*; въ пользу этого, независимо даже отъ значенія, которое приобретаютъ въ данномъ случаѣ слова Павла о реперсекюторномъ элементѣ въ структурѣ *actio furti manifesti* и *actio furti concepti*, о чемъ рѣчь была выше, говоритъ именно аналогія этого иска съ *actio rationibus distrahendis*.

Въ заключеніе остается прибавить, что однородныя явленія наблюдаются и въ другихъ правовыхъ системахъ², и въ частности, въ древнемъ германскомъ правѣ³.

IV. Процессъ обособленія вещныхъ и личныхъ правъ въ древнеримскомъ правѣ

§ 1. Основные черты хозяйственнаго и государственнаго строя древнѣйшихъ временъ Рима.

1. Важнѣйшіе способы установленія хозяйственныхъ отношенн. Единобразіе содержанія древнѣйшихъ отношенн. Характеръ ихъ по отношенн къ третьимъ лицамъ: преобладаніе отношенн: полнаго обладанія. Внутреннн отношенія въ составѣ отдѣльныхъ семейныхъ организацій: чисто технической характеръ наблюдаемой въ этихъ отношенняхъ дифференціація отдѣльныхъ формъ обладанія. Малое вліяніе первичнаго оборота на формы нормальнаго обладанія.

2. Исходные моменты для разграниченія отдѣльныхъ категорій притязанн. Два основныхъ типа имущественныхъ деликтовъ: *furtum* и *damnum injuria datum*. Основное различіе между ними: лишеніе въ первомъ случаѣ потерпевшаго даннаго объекта и переходъ похищеннаго въ другія руки, и возникновеніе въ связи съ этимъ вопроса о возвратѣ отнятаго какъ со стороны деликвента, такъ и со стороны третьихъ лицъ, къ которымъ вещь могла перейти. Появленнн на этой почвѣ различія между вещными и личными исками. Это различіе искомъ не отражаетъ специфическаго противоположенія вещныхъ и личныхъ правъ, характеризующаго классическое римское право. Равнымъ образомъ, изъ него нельзя вывести заключенія о признаннн древнѣйшимъ правомъ права собственности, какъ абсолютнаго права. Обоснованіе этихъ положеннн. — Роль ранняго перехода отъ системы семейнаго имущества къ системѣ личнаго имущества въ дальнѣйшемъ процессѣ развитія имущественныхъ отношенн Рима.

§ 2. Роль ранняго оборота въ процессѣ разграниченія вещныхъ и личныхъ искомъ. Вещноправовые и обязательные элементы его.

1. Краткая рекапитуляція сказаннаго раньше о характерѣ древнѣйшихъ римскихъ сдѣлокъ. Преобладаніе въ нихъ элементовъ вещноправовыхъ.

2. Обязательственные элементы въ сдѣлкахъ ранняго оборота. Обязательственный элементъ въ сдѣлкахъ на наличныя. *Actio auctoritatis* и *a. de modo agri*. Обязательственный элементъ въ *nexum*. Первоначальный характеръ *nexum*. Позднѣйшія модификаціи, внесенныя XII таблицами и *lex Vallia*.

3. Обязательственный элементъ въ случаяхъ фидуціарнаго отчужденія. *Ratum fiduciae* и *actio fiduciae*. Предтечи *actio fiduciae*: *actio ex causa depositi in duplum*. *Furtum usus* и *a. furti ex causa furti usus*. Сфера примѣненія этихъ искомъ. Отсутствіе особаго личнаго иска для случаевъ *fiducia cum creditore*. Выводъ отсюда.

¹ Ср. Baron, Institutionen, стр. 202.

² Ср. B. Leist, Alt-arisches jus civile, стр. 58, Post, Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz, II, § 178, I, прим. 1, стр. 623—625.

³ Schröder, ук. соч., стр. 85, 369, 385, 391; Heusler, ук. соч. II, стр. 230, 231.

Предшествующее изложение имѣло цѣлью разобратся въ нѣкоторыхъ основныхъ вопросахъ древняго имущественнаго права, тѣсно связанныхъ съ поставленнымъ нами въ данный моментъ вопросомъ о происхожденіи различія между вещными и обязательственными правами. Какъ нами выше уже было указано, этотъ вопросъ въ конкретной формѣ, (въ противоположность чисто схематической постановкѣ его), можетъ быть разрѣшенъ только путемъ самостоятельнаго изслѣдованія каждой данной правовой системы въ отдѣльности. Ибо, сколь сходны бы ни были отдѣльные элементы, которые входятъ въ качествѣ компонентовъ въ данную проблему, конкретная комбинація, конкретное соотношение ихъ неизбежно отличается въ каждомъ данномъ случаѣ специфическими чертами. Наша задача — прослѣдить этотъ процессъ въ исторіи древняго Рима. Для этого намъ необходимо сопоставить добытые нами выводы съ тѣми данными, которыя характеризуютъ общій хозяйственный и частноправовой строй древнѣйшихъ временъ Рима.

§ 1

1. Мы исходимъ изъ того, что на первыхъ порахъ, пока отсутствуетъ сколько нибудь развитой оборотъ, конкретныя отношенія между отдѣльными, образующими основныя социальныя ячейки группами лицъ и подчиняемыми ихъ власти или воздѣйствію посторонними по отношенію къ данной группѣ лицами и окружающими ихъ предметами внѣшняго міра, поскольку эти отношенія сводятся къ типу хозяйственныхъ отношеній, возникаютъ нормально либо въ порядкѣ одногосторонняго захвата (особенно во время войны и вообще набѣговъ на другія племена и группы), либо въ порядкѣ регулируемыхъ обычаемъ распределенія внутри каждой группы добытыхъ захватомъ или трудомъ участниковъ группы благъ; распределение въ этихъ случаяхъ регулируется частью санкціонированными обычаемъ распорядительными актами подлежащихъ групповыхъ авторитетовъ (pater familias, сходы родичей и т. п.), частью — нарождающимися на почвѣ обычнаго права зачаточными формами права наследованія. Къ этому позднѣе присоединяются пожалованіе со стороны власти и незапамятная давность (напримѣръ въ формѣ ссылки на характеръ данной имущественной массы, какъ на bona paterna avitaeque). Естественно, что возникающія на этой почвѣ отношенія частью единоличнаго, а большею частью коллективнаго обладанія въ отношеніи третьихъ, постороннихъ лицъ и группъ отличаются единообразіемъ содержанія — нѣтъ въ этомъ отношеніи определенной дифференціаціи отдѣльныхъ формъ обладанія. Это не значитъ, чтобы непремѣнно преобладала та форма, которая на болѣе сложныхъ ступеняхъ общественнаго и въ частности хозяйственнаго развитія характеризуется, какъ полное или неограниченное право собственности: въ частности, обладаніе можетъ быть чисто временнымъ, особенно обладаніе земельными участками, пока господствуетъ кочевой бытъ и пока вообще существуетъ земельный просторъ и экстенсивное хозяйство. Все же, такія временнаго типа отношенія первоначально

составляютъ исключеніе, и появленіе ихъ объясняется особыми условіями. Въ общемъ, при наличіи первобытныхъ условій жизни и отсутствіи кредита, формы имущественнаго обладанія въ отношеніи третьихъ лицъ должны были отличаться характеромъ постоянства, иначе говоря, должны были преобладать отношенія, характеризующіяся, съ точки зрѣнія содержанія ихъ, какъ отношенія полного господства или обладанія.

Нѣсколько иначе обстоитъ дѣло, поскольку рѣчь идетъ о внутригрупповыхъ отношеніяхъ. Здѣсь почва для болѣе или менѣе определенной дифференціаціи отдѣльныхъ формъ обладанія становится болѣе благоприятной по мѣрѣ того, какъ яснѣе вырисовывается роль и специфическая организація подлежащихъ коллективныхъ родовыхъ и семейныхъ организацій, образующихъ основныя социальныя и правовыя ячейки первобытнаго жизненнаго уклада, и въ частности по мѣрѣ того, какъ эти организаціи приобрѣтаютъ характеръ самостоятельныхъ, обособленныхъ центровъ хозяйственной жизни. Ходъ этого процесса у разныхъ племенъ и народностей конечно весьма различенъ. Что касается въ частности Рима, то рѣшающую роль сыгралъ тотъ фактъ, что весьма рано на первый планъ въ качествѣ хозяйственныхъ центровъ выдвигаются не родовыя, а именно семейныя организаціи, притомъ строго централизованнаго подъ единоличной распорядительной властью домовладыки, pater familias, типа. На этой почвѣ создается, съ одной стороны, представленіе о семейномъ характерѣ того недвижимаго и движимаго имущества, которое сосредоточивается въ рукахъ каждой такой организаціи: имущество данной организаціи противопоставляется имуществу всякой другой организаціи, какъ имущество, исключительно принадлежащее ей, на которое никакая посторонняя организація претендовать не можетъ. Съ другой стороны, въ нѣдрахъ отдѣльныхъ семейныхъ организацій, на почвѣ возрастающей концентраціи всѣхъ распорядительныхъ функций въ рукахъ домовладыки, pater familias, взаимныя отношенія остальныхъ участниковъ семейной организаціи выливаются въ формы временнаго, неполнаго, ограниченнаго, зависящаго отъ воли и усмотрѣнія pater familias обладанія подлежащими объектами, служащими частью орудіями производства (какъ скоть, рабы, орудія для обработки земли, для охоты и т. д.), частью предметами потребленія (какъ носильное платье, украшенія разнаго рода, и т. д.). Однако, — и это весьма важно помнить, — складывающаяся на этой почвѣ дифференціація формъ обладанія носить чисто техническій характеръ, но не имѣетъ самостоятельнаго юридическаго значенія: ибо никакихъ самостоятельныхъ правъ за отдѣльными участниками ни передъ paterfamilias, ни другъ передъ другомъ, ни передъ третьими лицами не признается.

Появленіе зачаточнаго оборота въ формѣ обмѣна на наличныя на первыхъ порахъ мало мѣняетъ дѣло. Мы видѣли, что даже послѣ того, какъ наряду съ простѣйшими сдѣлками на наличныя, подъ внѣшнимъ ли видомъ таковыхъ, или же въ болѣе или менѣе чистомъ видѣ начинаютъ совершаться сдѣлки кредитнаго типа, построенныя на обязательствѣ возврата полученнаго въ зависимости отъ наступленія

известных условий или сроков, — формы полного и неполного обладания, складывающиеся на этой почве, расцѣпываются лишь как разновидности, как разные оттѣнки единого права господства или обладания: то, чѣмъ я въ данное время на законномъ основаніи владѣю, во всѣхъ случаяхъ одинаково мое, *meum est*, и разница только въ томъ, что оно либо мое навсегда, либо только на определенное время, или подъ известнымъ условіемъ. Другими словами, формы нормального обладания и послѣ зарожденія оборота въ теченіе довольно долгаго времени остаются сравнительно мало дифференцированными.

2. Всѣ указанные обстоятельства сами по себѣ уже не могли не отразиться на структурѣ тѣхъ исковыхъ притязаній, которыя стали возникать въ качествѣ средствъ защиты соответствующихъ отношений на случай нарушенія ихъ, порождая тенденцію къ известному единообразію этой структуры.

Это не значитъ, однако, чтобы отсутствовала всякая почва для разграниченія разныхъ категорій притязаній. Въ известномъ смыслѣ, такая почва, несмотря на все, имѣется на лицо съ самаго начала: этому не противорѣчитъ и преобладаніе деликтнаго элемента въ структурѣ древнѣйшихъ исковыхъ притязаній. Ибо хотя, въ виду отсутствія или крайне слабого развитія оборота, коллизіи въ сферѣ имущественныхъ отношений возникаютъ почти исключительно на почвѣ деликта, однако, въ составѣ этихъ имущественныхъ деликтовъ съ самаго начала приходится различать два главныхъ типа: *furtum* (въ широкомъ смыслѣ, съ отнесеніемъ сюда не только случаевъ непосредственного незаконномѣрнаго присвоенія чужихъ вещей, но и случаевъ завладѣнія потерянными вещами, удержанія сбѣжавшихъ рабовъ и животныхъ, случайно занесенныхъ на чужой участокъ силой стихій вещей, и т. п.), и *damnum injuria datum*. Основное различіе между обѣими категоріями случаевъ, — между незаконномѣрнымъ присвоеніемъ чужого добра, съ одной стороны, и порчей, поврежденіемъ и уничтоженіемъ его, съ другой стороны, — съ интересующей насъ въ данное время точки зрѣнія сводится къ тому, что въ первомъ случаѣ вторженіе въ чужую имущественную сферу выражается въ лишеніи потерпѣвшаго лица данного объекта съ одновременнымъ переходомъ его въ другія (а въ дальнѣйшемъ — быть можетъ — въ третьи, четвертыя и т. д.) руки, во второмъ же случаѣ этотъ послѣдній моментъ отпадаетъ.

Изъ сказаннаго, конечно, не вытекаетъ, чтобы это основное различіе съ логической необходимостью влекло за собою различную постановку системы защиты интересовъ потерпѣвшихъ въ томъ и другомъ случаѣ; несомнѣнно, однако, что различіе въ постановкѣ этого вопроса логически мыслимо и на практикѣ встрѣчается. Для этого имѣются два повода: съ одной стороны, въ случаяхъ присвоенія чужого добра, наряду съ вопросомъ о возмѣщеніи убытка или о штрафѣ, силой вещей выдвигается и вопросъ о возвратѣ самихъ спорныхъ объектовъ, поскольку таковые принадлежатъ къ категоріи индивидуально-определенныхъ, незамѣнимыхъ вещей, или поскольку вообще идентификація похищеннаго и обнаруженнаго можетъ быть еще произведена; съ другой стороны, въ этихъ случаяхъ можетъ возникнуть и дальнѣй-

ший вопросъ объ обратномъ вытребованіи незаконно присвоеннаго делинквентомъ объекта отъ третьихъ лицъ, къ которымъ этотъ объектъ могъ перейти. То и другое отпадаетъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рѣчь идетъ о порчѣ или уничтоженіи тѣхъ или иныхъ объектовъ: здѣсь встаетъ только вопросъ о возмѣщеніи убытка или о штрафѣ¹.

Повторимъ: мыслимо, что данная правовая система игнорируетъ эти моменты, ограничиваясь, напримѣръ, въ томъ и другомъ случаѣ привлеченіемъ непосредственного виновника и уплатой штрафа. Однако, даже а priori мало вѣроятно, чтобы такой порядокъ, еслибы даже онъ гдѣ нибудь существовалъ въ чистомъ видѣ, могъ удержаться: слишкомъ ужъ онъ противорѣчитъ естественному и законному побужденію потерпѣвшаго, котораго лишили принадлежавшей ему вещи, въ случаѣ разысканія ея, добиваться ея возвращенія.

Что касается въ частности римскаго права, то оно издавна разграничиваетъ обѣ указанные категоріи случаевъ. — Съ одной стороны, чисто личный характеръ носятъ иски, возникающіе въ случаѣ порчи, поврежденія или уничтоженія чужихъ вещей; къ нимъ при-мыкаютъ иски, предусматривающіе увѣчья и тѣлесныя поврежденія. Вопросъ въ этихъ предѣлахъ можетъ идти лишь о томъ, ограничивается ли репрессія противъ соответствующихъ деликтовъ установленіемъ штрафовъ или возмѣщеніемъ — (въ той или иной формѣ, обыкновенно съ примѣсью штрафнаго элемента) — причиненнаго убытка, — или же сверхъ этого возникаетъ вопросъ о капитальной отвѣтственности виновнаго или о таліонѣ². Но не подлежитъ никакому сомнѣнію, что иски направляются противъ самого виновнаго и не несутъ, да и не могутъ носить вещнаго характера.

¹ Вопросъ о привлеченіи, наряду съ самимъ виновнымъ или вмѣсто него, лицъ, такъ или иначе связанныхъ съ нимъ, какъ то властелиновъ, пособниковъ, родичей и т. д., — вопросъ, который можетъ возникнуть какъ при *furtum*, такъ и при *damnum injuria datum*, — насъ въ настоящее время не интересуетъ и мы оставляемъ его въ сторонѣ. Равнымъ образомъ остается въ сторонѣ вопросъ объ отвѣтственности виновника своей личностью и вопросъ о таліонѣ.

² См. подробности у М. Voigt, d. XII Tafeln, II, § 131 и сл., стр. 526 и сл. Въ связи съ этимъ возникаетъ любопытный вопросъ о томъ, въ какой формѣ производилось въ подлежащихъ случаяхъ возмѣщеніе убытка. Подробное разсмотрѣніе этого вопроса, весьма заслуживающаго самостоятельнаго разбора, выходитъ за предѣлы нашей задачи. Отметимъ лишь, что Voigt; ук. соч., II, стр. 531 сл., высказываетъ предположеніе, что въ этихъ случаяхъ въ довольно широкихъ размѣрахъ практиковался принципъ *rag pari referre* въ формѣ возмѣщенія убытка въ натурѣ, — т. н. *noxiam sarcire*, — либо въ видѣ возстановленія или отремонтированія разрушенныхъ или попорченныхъ виновнымъ объектовъ, либо въ видѣ замѣны этихъ объектовъ (напр. убитаго раба или скота), — однородными, служащими какъ бы дубликатомъ прежнихъ. Въ подтвержденіе этого предположенія Voigt ссылается, наряду съ указаніемъ на родственныя комбинаціи встрѣчаются и у позднѣйшихъ юристовъ, который въ соответствующихъ комбинаціяхъ встрѣчается и у позднѣйшихъ юристовъ и означаетъ: возстановить — исправить — починить. Впрочемъ, Voigt тутъ же оговаривается: онъ допускаетъ существованіе соответствующей обязанности въ лицѣ виновнаго только до момента постановленія судебного рѣшенія, когда судья производитъ переоцѣнку причиненнаго убытка на деньги. — Это безусловно справедливо, поскольку мы имѣемъ въ виду порядки позднѣйшаго времени. Но какъ обстояло дѣло въ то время, когда еще не было общаго мѣрила цѣнностей — денегъ, и когда рѣшеніе судьи сводилось къ *pronuntiatio* (въ порядкѣ *legis actio sacramento*

Съ другой стороны, вещный элементъ безусловно присущъ, какъ выше было показано, тѣмъ искамъ, въ основѣ которыхъ лежитъ насильственный или тайный захватъ или присвоеніе чужихъ незамѣнимыхъ вещей. Эти иски могутъ быть предъявлены не только *inter partes*, но и противъ третьихъ лицъ, къ которымъ спорный объектъ перешелъ отъ первоначальнаго виновника. Различіе между *actio furti* и древней *rei vindicatio* съ этой точки зрѣнія заключается лишь въ томъ, что въ первомъ случаѣ преобладаетъ элементъ штрафной, а во второмъ — элементъ реиперсекutorialный, и что *actio furti*, поскольку она направляется противъ третьихъ лицъ, къ которымъ перешла краденая вещь, носить — по крайней мѣрѣ у позднѣйшихъ римскихъ юристовъ — техническое наименование *actio furti concepti*. Но существо дѣла отъ этого не мѣняется, тѣмъ болѣе, что и *actio furti* (по крайней мѣрѣ, *implicite*) содержитъ въ себѣ и *rei repetitio*.

Такимъ образомъ, мы въ конечномъ результатѣ приходимъ къ выводу, что уже римское право древнѣйшей формации успѣло выработать противоположеніе между вещными и личными притязаніями.

Но было бы совершенно ошибочно думать, что установленіемъ указаннаго факта поставленная нами задача разрѣшена. Ибо изъ того что древнему праву не чуждо противоположеніе между вещными и личными исками отнюдь не слѣдуетъ, чтобы это противоположеніе между двумя категоріями древнѣйшихъ исковъ отражало то специфическое противоположеніе между вещными и обязательственными правами, которое характеризуетъ римское право временъ классической юриспруденціи или эпохи Юстиніана, не говоря уже о современномъ римскомъ правѣ, въ которомъ это противоположеніе приобрѣло еще болѣе заостренный характеръ. Мало того, изъ установленнаго нами факта не вытекаетъ даже вывода о признаціи древнѣйшимъ правомъ права собственности, какъ абсолютнаго права. Въ самомъ дѣлѣ, изъ сказаннаго нами до сихъ поръ безусловно слѣдуетъ только одно, а именно, что обладатель вещи, лишившійся ея помимо своей воли, можетъ потребовать возвратъ ея не только отъ перваго захватчика, но и отъ третьихъ лицъ, къ которымъ она также перешла *sine justa causa*, — ибо при отсутствіи или весьма слабомъ развитіи нормальнаго оборота всякое третье лицо, къ которому вещь перешла отъ того, кто первый незаконно завладѣлъ ею, по крайней мѣрѣ *in dubio* является либо соучастникомъ, либо укрывателемъ, либо въ свою очередь захватчикомъ по отношенію къ своему непосредственному предшественнику. Другими словами, древнее право предусматриваетъ *prima facie* только такія коллизіи въ сферѣ имущественныхъ отношеній, при которыхъ сталкиваются не одинаковыя по силѣ права или не болѣе сильное право съ менѣе сильнымъ, абсолютное съ относительнымъ,

in personam): *cujus sacramentum justum*? Не предоставлялось ли въ то отдаленное время самому потерпѣвшему озаботиться приведеніемъ рѣшенія въ исполненіе собственными силами, какъ это имѣло мѣсто при *actio furti* и *rei vindicatio* (см. выше III, 3), — и не является ли позднѣйшая замѣна прямого *sarcire* — *aestimatio* *damnum sarcire* проявленіемъ все той же тактики позднѣйшаго права, преслѣдующей ограниченіе предѣловъ дозволеннаго самоуправства?

вещное съ обязательственнымъ, а сталкиваются попросту право и голый фактъ, признанное, освященное обычаемъ или закономъ конкретное отношеніе, не покоящееся на какомъ либо признанномъ основаніи, причемъ въ этихъ случаяхъ перевѣсъ оказывается на сторонѣ носителя (субъективнаго) права. Но каковъ характеръ этого защищеннаго права, отсюда вывести нельзя. Этотъ вопросъ можетъ возникнуть лишь тогда, когда становятся возможными коллизіи не только между правомъ и не-правомъ, но и между разными правами, что въ свою очередь предполагаетъ уже существованіе оборота, существованіе обмѣна. Ибо только въ оборотѣ зарождаются и постепенно дифференцируются разные формы обладанія, — полнаго и неполнаго, неограниченнаго и ограниченнаго.

Исторія права показываетъ, что этотъ процессъ дифференціи отдѣльных формъ обладанія совершался довольно медленно. Въ Римѣ онъ былъ ускоренъ отчасти благодаря своеобразному ходу развитія римской семьи. Централизація всей семейной власти въ рукахъ *pater familias*, съ перенесеніемъ на него всей полноты распорядительныхъ функций по завѣдыванію имуществомъ подготовило быстрый и рѣшительный переходъ отъ типа коллективнаго семейнаго имущества къ типу единоличнаго имущества, воплощаемаго въ принципѣ частной собственности. Выѣшнимъ проявленіемъ этого процесса служитъ тотъ фактъ, что весьма рано — еще до перваго выступленія Рима на аренѣ исторіи — уже успѣлъ сложиться принципъ отчуждаемости недвижимой собственности. вмѣстѣ съ тѣмъ, начало семейной или родовой собственности, — если память о немъ и не вполне исчезла, — все же къ этому времени настолько ослабло, что о сколько нибудь опредѣленномъ содержаніи его, о какихъ либо конкретныхъ формахъ, въ которыхъ оно могло бы проявиться, а слѣдственно и о какой либо серьезной конкуренціи его съ началомъ личной собственности, — по крайней мѣрѣ при жизни дѣеспособнаго *pater familias*, — хотя бы въ видѣ признація за семьею или родомъ какого либо права участія, контроля или поворота въ отношеніи отчужденія отдѣльныхъ недвижимостей¹, — нѣтъ и рѣчи². Иное дѣло — распоряженіе всей имущественной массой на случай смерти: въ этомъ отношеніи не подлежитъ сомнѣнію, что древнее право свободы завѣщаній не признавало: самый характеръ древнѣйшихъ формъ завѣщанія — *testamentum in comitiis calatis* и *in procinctu* — свидѣтельствуетъ о томъ, что первоначально лишь въ видѣ исключенія — надо думать, при отсутствіи агнатовъ — могла быть испрошена санкція народнаго собранія (попросту говоря, схода полноправныхъ крестьянъ-домовладыкъ, — вѣдь Римъ того времени былъ не болѣе какъ самоуправляющейся крестьянской общиной, во главѣ которой стоялъ пожизненно избранный волостной старшина, *rex*), на отступленіе отъ общаго, освященнаго обычаемъ порядка на-

¹ Подобно тому, какъ мы это встрѣчаемъ въ германскомъ правѣ въ различныхъ формахъ: *Beispruchsrecht*, *Erbenlaub*, *Vorkaufsrecht*, *Nachbarlosung* и т. д., ср. *Schölder*, ук. соч., стр. 287, *Heusler*, ук. соч., I, стр. 227 сл., 236 сл.

² Болѣе или менѣе опредѣленно семейный характеръ древняго имущества сказывается лишь въ сферѣ опеки и попечительства, гдѣ агнаты пользовались широкими правами въ древнемъ правѣ.

слѣдованія: такой порядокъ по самому существу своему представляетъ собою отрицаніе свободы завѣщаній¹.

Переходя отъ этихъ общихъ замѣчаній къ болѣе подробному анализу тѣхъ моментовъ, которые въ связи съ появленіемъ и дальнѣйшимъ развитіемъ оборота оказали вліяніе на выработку римской системы имущественныхъ правъ, мы начнемъ съ выясненія тѣхъ ближайшихъ практическихъ послѣдствій, къ которымъ долженъ былъ привести нарождающійся оборотъ, въ связи съ взглядомъ на отдѣльные, послѣдовательно создаваемые жизнью формы обладанія, какъ на различные отгѣнки одного и того же, единого въ существѣ своего права.

§ 2

1. Переходя къ рассмотрѣнію поставленнаго нами вопроса, мы должны прежде всего отличить общее направленіе, въ которомъ стала развиваться римскій оборотъ, и формы, въ которыя вылился этотъ процессъ. Вопросъ этотъ въ общихъ чертахъ былъ уже затронутъ нами выше.

Мы видѣли, что въ Римѣ, какъ всюду, дѣло начинается съ обыкновенныхъ сдѣлокъ на наличныя, — мѣны и купли-продажи. Характерная особенность этихъ сдѣлокъ состоитъ въ томъ, что всѣ моменты, предшествующіе моменту реального обмѣна, лишены самостоятельнаго юридическаго значенія. Другими словами, значеніе пріобрѣтаетъ только моментъ, совпадающій съ передачей обмѣнъ сторонамъ подлежащихъ объектовъ въ полное, окончательное обладаніе, иначе говоря, въ полную собственность. — Дальнѣйшій шагъ, какъ тоже было отмѣчено, состоялъ въ появленіи сдѣлокъ, заключающихся въ предоставленіи тѣхъ или иныхъ благъ на время или подъ извѣстнымъ условіемъ: къ числу этихъ сдѣлокъ относятся съ одной стороны сдѣлки фидуціарнаго типа, въ частности *mancipatio* и *in jure cessio fiduciae causa*, съ другой стороны — древній заемъ, частью соединенный съ предоставленіемъ кредитору извѣстнаго реального обезпеченія, частью совершаемый безъ такового въ формѣ *pecunia*. Особенность этихъ сдѣлокъ заключается въ томъ, что при нихъ *ex professo* возникаетъ вопросъ о возвратѣ полученнаго по наступленіи тѣхъ обстоятельствъ, которыми было обусловлено возвращеніе. Въ связи съ этимъ пріобрѣтаетъ основное значеніе вопросъ о томъ, о какихъ вещахъ въ подлежащихъ случаяхъ идетъ рѣчь, — объ индивидуально-распознаваемыхъ, незамѣнимыхъ вещахъ, или о вещахъ замѣнимыхъ; съ этимъ вопросомъ въ большинствѣ случаевъ практически совпадаетъ вопросъ о томъ, подлежатъ ли возврату переданныя вещи *in natura*, или *tantundem ejusdem qualitatis*, какъ это имѣетъ мѣсто при займѣ: ясно, что съ точки зрѣнія возможнаго объема защиты послѣдній моментъ не можетъ не играть первенствующей роли. Этимъ кругъ сдѣлокъ, характеризующій первыя стадии развитія оборота, ограничивается. Появленіе самостоятельныхъ реальныхъ договоровъ,

¹ Ср. Ihering, *Geist d. R. R.*, I, стр. 145 сл., Mommsen, *Staatsrecht*, III, 1, стр. 21, 319 сл. *Contra* Karlowa, *ук. соч.*, II, стр. 348. Компромиссный характеръ носитъ взглядъ Mitteis, *Röm. P.-R.* I, стр. 82, прим. 24.

(если не считать таковымъ *pecunia*), а также стипуляціи, — послѣдней въ качествѣ сдѣлки нормальнаго оборота¹, — относится уже къ болѣе позднему времени. Реальные договоры предполагаютъ уже весьма далеко зашедшую въ правовомъ сознаніи дифференціацію отдѣльных формъ обладанія и въ частности появленіе сознательнаго противоположенія между правомъ собственности, съ одной стороны, ограниченными вещными и обязательственными правами обладанія, съ другой стороны. — Что касается стипуляціи, какъ сдѣлки общаго оборота и вообще договоровъ, направленныхъ на исполненіе тѣхъ или иныхъ обѣщаній въ будущемъ (въ противоположность обязательствамъ по возврату ранѣе реально полученнаго), то слѣдуетъ замѣтить, что такого рода договоры въ качествѣ самостоятельной разновидности договорныхъ отношеній (а не только въ качествѣ соглашеній, приходящихъ къ отношеніямъ, уже возникшимъ на иной почвѣ), немыслимы безъ развитія личнаго кредита и предполагаютъ уже осознанную потребность раціонализации процесса хозяйствованія въ смыслѣ созданія формъ, обезпечивающихъ будущія хозяйственныя операціи, необходимыя для осуществленія опредѣленнаго хозяйственнаго плана.

Итакъ, древнѣйшій оборотъ слагается изъ сдѣлокъ на наличныя и изъ сдѣлокъ, состоящихъ въ предоставленіи однимъ изъ контрагентовъ другому извѣстныхъ объектовъ съ обязательствомъ возврата ихъ при наличности опредѣленныхъ, предусмотрѣнныхъ соответствующимъ соглашеніемъ обстоятельствъ. Такой характеръ общаго оборота, въ особенности если прибавить къ этому фактъ отсутствія дифференцированныхъ формъ обладанія и сведенія всѣхъ этихъ формъ къ различнымъ отгѣнкамъ одного и того же общаго права господства, свидѣтельствуетъ о преобладаніи элементовъ вещноправовыхъ надъ элементами обязательственными.

2. Это не значитъ, однако, чтобы обязательственные элементы совершенно отсутствовали въ сдѣлкахъ ранняго оборота. Обязательственный элементъ не чуждъ даже сдѣлкамъ на наличныя: и эти сдѣлки могутъ при извѣстныхъ условіяхъ повлечь за собою, наряду съ нормальнымъ эффектомъ, къ которому они приводятъ, — т. е. съ переходомъ соответствующихъ объектовъ изъ одной имущественной сферы въ другую, — извѣстныя побочныя послѣдствія, какъ напр. въ случаѣ *манципаціи* чужой вещи, или вещи, не удовлетворяющей обѣщаннымъ качествамъ: въ первомъ случаѣ возникаетъ *actio auctoritatis*, во вто-

¹ Первоначальная сфера зарожденія стипуляціи и въ частности древнѣйшей формы ея — *Sponsio*, составляетъ предметъ спора. Наиболѣе вѣроятной является гипотеза Mitteis'a, согласно которой она возникла на почвѣ процесса, въ частности деликтнаго процесса, въ связи съ переходомъ отъ системы таліона къ системѣ композицій. Состояла она первоначально въ предоставленіи противной стороной — въ подкрѣпленіе и обезпеченіе обѣщанія по уплатѣ композиціи, по явкѣ въ судъ, по исполненію ожидаемаго судебного рѣшенія и т. д. — заложниковъ или поручителей (*vindex*, *vas*, *sponsor*), которые въ соответствующей формѣ принимали на себя отвѣтственность вмѣсто должника. Позднѣе, въ формѣ *Sponsio* начало допускаться и само поручительство должника, которое въ свою очередь превращается въ формальное обѣщаніе его, какъ главнаго должника, направленное на исполненіе или возвратъ. Ср. Mitteis, *Röm. P.-R.* I, стр. 268 сл. Объ аналогичныхъ явленіяхъ въ древнемъ германскомъ правѣ см. Heusler, *ук. соч.*, II, стр. 230 сл.

ромъ — *actio de modo agri*, причемъ оба иска — иски деликтнаго типа. Съ другой стороны, обязательственный элементъ определенно присущъ займу въ формѣ *pecunia*. Ибо, какъ бы мы ни конструировали это отношеніе въ остальномъ, все же несомнѣнно, что *prima facie* существуетъ личный долгъ заемщика, за который онъ несетъ отвѣтственность собственной личностью. Соотвѣтствовалъ ли, однако, этому долгу самостоятельный личный искъ, и если да, то какъ онъ назывался, мы не знаемъ¹. Не вдаваясь въ этомъ отношеніи въ подробности, мы напомнимъ лишь вкратцѣ нашъ взглядъ по данному вопросу. — Весьма вѣроятно, что первоначально такого иска и не существовало, и что невозвращеніе въ условленный срокъ долга со стороны *damnatus*, если кредиторъ не соглашался на *versura*², формально являлось лишь условіемъ для обращенія взысканія непосредственно на личность должника, въ смыслѣ окончательной реализаціи приобретеннаго въ отношеніи нея — на основаніи *pecunia* съ его формулой *damnas esto dare* или *reddere* — экспектативнаго вещнаго права, причемъ позволительно думать, что первоначально это право осуществлялось собственными силами кредитора. Въ пользу такого предположенія говорить прежде всего то, что рѣчь нормально шла объ отношеніи общеизвестномъ и въ этомъ смыслѣ бесспорномъ: трудно допустить, чтобы должникъ могъ рѣшиться на заключеніе *pecunia*, пока была какая нибудь возможность использовать фидуціарное отчужденіе — *fiducia cum creditore* первоначальнаго типа; напротивъ, на этотъ шагъ могли рѣшиться только въ крайности, — а такая крайность, учитывая весьма примитивныя условія жизни всей среды и тотъ фактъ, что *pecunia* совершалось въ присутствіи не менѣе пяти свидѣтелей и вѣсовщика, не могла не получить широкой огласки. Это одно. Съ другой стороны, слѣдуетъ принять во вниманіе, что самъ должникъ, на случай неоплатности своей, заранее соглашался на потерю свободы, — а съ несвободнымъ не спорили, его ловили и отводили къ себѣ, если онъ самъ добровольно не предоставлялъ себя въ распоряженіе своего господина-кредитора. Ко времени XII таблицъ мы встрѣчаемся уже съ смягченіемъ этого суроваго порядка³: такъ, устанавливаются известныя льготныя сроки (*XXX dies iusti*); производится известная суммарная проверка наличія соответствующаго долговаго отношенія передъ магистратомъ въ порядкѣ *legis actio per manus injectionem*; требуется формальная *addictio* должника со стороны того же магистрата, и т. д. — Наконецъ, послѣдній шагъ до изданія *lex Poetelia* заключался въ томъ, что *lege Vallia*, *excepto iudicato et eo, pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus injectionem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere* (*Gej. IV, 25*), съ тѣмъ, что въ случаѣ

¹ Voigt, d. XII Tafeln, II, стр. 485, который признаетъ существованіе такого иска, говорить, что техническое названіе его «по всей вѣроятности» было *actio pignoratiae pecuniae* и что процессуальной формой осуществленія его служила *legis actio sacramento*.

² Karlowa, ук. соч., II, стр. 555.

³ Аналогичная мысль у Kuntze, Die Obligationen im röm. u. heut. Recht, стр. 20.

проигрыша дѣла должникъ присуждается къ уплаты *duplum*.¹ — Съ этого времени притязаніе кредитора по *pecunia* противъ должника приобретаетъ характеръ личного иска съ примѣсью деликтнаго элемента, а суровыя послѣдствія, связанные по прежнему (вплоть до изданія *lex Poetelia*) съ присужденіемъ должника, являются уже не столько специфическимъ послѣдствіемъ договора *pecunia* какъ таковаго, сколько составнымъ элементомъ общей системы исполнительнаго производства по денежнымъ долгамъ вообще.

3. Что касается, засимъ, случаевъ фидуціарнаго отчужденія въ формѣ *mancipatio* и *in iure cessio fiduciae causa*, то здѣсь вопросъ о роли обязательственнаго элемента представляется въ слѣдующемъ видѣ. Прежде всего, необходимо имѣть въ виду, что *actum fiduciae* не является самостоятельнымъ договоромъ. Формально это только побочное соглашеніе, сопровождающее актъ *mancipatio* или *in iure cessio*, въ формулу котораго включалась оговорка: *fidi fiduciae causa*. Изъ этихъ словъ явствовало, что вещь въ данномъ случаѣ передается приобретателю-фидуціару на известныхъ условіяхъ, съ возложеніемъ на него обязанности эвентуально реманципировать (или рецедировать *in iure*) полученное; при этомъ конкретныя обстоятельства, при наличіи которыхъ наступала эта обязанность, составляли *quaestio facti* и выводились изъ присоединяемаго къ *mancipatio* акту неформальнаго соглашенія. Такимъ образомъ, функція *actum fiduciae*, по мѣткой характеристики Oertmann'a², первоначально состояла главнымъ образомъ въ томъ, чтобы доставить *iudex* въ необходимый для разрѣшенія фидуціарнаго спора фактической матеріалъ и чтобы освѣтить вообще истинный смыслъ сдѣлки: оно служило комментариемъ къ словамъ «*fidi fiduciae causa*», каковой юридически могъ и отсутствовать, но въ собственномъ интересѣ сторонъ едва ли часто опускался. — Несмотря на такой несамостоятельный, чисто вспомогательный характеръ фидуціарнаго соглашенія, источники все же упоминаютъ объ особомъ личномъ искѣ, — *actio fiduciae*, который предъявляется въ качествѣ *actio directa* — отчуждателемъ фидуціантомъ, и въ качествѣ *actio contraria* — приобретателемъ фидуціаромъ, причемъ этотъ искъ носить чисто реиперсекutoryный характеръ и къ тому же относится къ *actiones bonae fidei*, хотя вмѣстѣ съ тѣмъ *actio fiduciae directa* причисляется къ *actiones famosae*³.

Объясненіе этой странной на первый взглядъ несогласованности въ смыслѣ отсутствія самостоятельнаго значенія *actum fiduciae* при одновременномъ допущеніи самостоятельнаго личного иска слѣдуетъ искать въ сравнительно позднемъ появленіи *actio fiduciae*. Не говоря уже объ *actio contraria*, которая несомнѣнно составляетъ плодъ довольно поздняго творчества претора, — и *actio directa* является далеко не сразу. Объ этомъ, независимо отъ вышеуказанной, весьма тонкой общей структуры иска, свидѣтельствуютъ прежде всего два факта. Съ одной стороны, на это указываетъ упоминаемая юристомъ Павломъ *actio ex causa depositi in duplum*, которая относится имъ ко времени

¹ Cp. Baron, Institutionen, стр. 392—393.

² Oertmann, Die Fiducia, стр. 95.

³ Cp. Oertmann, ук. соч., стр. 214 сл., 222 сл.

законодательства XII таблиц (Sent. Rec., II, 12, § 11); этот искъ представляет собою, по всему вѣроятію, предтечу позднѣйшей *actio fiduciae*, обнимаемая случаями т. н. *fiducia cum amico contracta*¹: въ пользу этого говорятъ какъ тотъ фактъ, что о самостоятельной роли депозита, какъ такового, въ то время не можетъ быть рѣчи, такъ и прямое свидѣтельство Гая, констатирующаго, что *fiducia contrahitur . . cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint* (Gaj. II, 60). Какъ технически назывался этотъ искъ, описательную характеристику котораго даетъ Павелъ, въ частности, носить ли онъ специальное названіе *actio de perfidia*, неизвѣстно. — Второй, весьма показательный фактъ — выработка ранней республиканской юриспруденціей понятія *furtum usus*, каковое специально предусматриваетъ случаи нарушенія обязанностей, возлагаемыхъ на фидуціяра по *fiducia cum amico contracta* выражающіеся въ неправильномъ пользованіи *res servandae datae* и *utendae datae*. Въ самомъ дѣлѣ, едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что самое появленіе ученія о *furtum usus* можетъ быть объяснено только отсутствіемъ въ то время не только *actio depositi* и *commodati*, но и *actio fiduciae*, на основаніи которой фидуціаръ отвѣчалъ, разъ онъ не дѣйствовалъ такъ, *ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*. — Къ сказанному остается прибавить, что въ свою очередь ученіе о *furtum usus* тоже не съ неба свалилось: оно свидѣлствуетъ о томъ, что процессъ дифференціаціи отдѣльныхъ формъ обладанія, приобрѣтенія ими индивидуальныхъ, специфическихъ чертъ къ моменту появленія этого ученія успѣлъ уже весьма опредѣленно обозначиться, на что очевидно тоже потребовалось время. Съ другой стороны, *furtum usus* охватываетъ лишь сравнительно узкую сферу случаевъ возможныхъ коллизій между заинтересованными лицами, — именно только случаи неправильнаго пользованія фидуцірованными вещами, не касаясь вопроса о послѣдствіяхъ, связанныхъ съ фактомъ невозвращенія полученнаго по истеченіи условленнаго срока, наступленія предусмотрѣнныхъ соглашеніемъ обстоятельствъ, и т. п. вмѣстѣ съ тѣмъ, *furtum usus*, по крайней мѣрѣ первоначально, какъ явствуетъ изъ словъ Авла Геллія², — также какъ и *actio ex causa depositi in duplum*, — касалась только случаевъ *fiducia cum amico contracta* и не распространялась на *fiducia cum creditore*.

Все это приводитъ къ выводу, что названныя исковыя притязанія не были единственными средствами защиты фидуціарныхъ отношеній до появленія *actio fiduciae*. О какомъ же еще средствѣ судебной защиты кромѣ упомянутыхъ исковъ можетъ идти рѣчь въ данномъ случаѣ? Отвѣтъ, на нашъ взглядъ, напрашивается самъ собою: этимъ дополнительнымъ, — вѣриѣ основнымъ искомъ, направленнымъ на окончательную ликвидацію въ подлежащихъ случаяхъ отношеній, возникшихъ на почвѣ *fiducia*, въ смыслѣ восстановленія прежняго *status quo*, служила древняя двусторонняя виндикація. Вопросъ этотъ имѣетъ первостепенное значеніе для выясненія истинной природы древняго имущественнаго права и, въ частности права, собственности.

¹ Ср. Voigt, d. XII Tafeln, II, стр. 479; его же, d. Jus naturale, III, стр. 521, прим. 860. Возраженія Oertmann'a (ук. соч. стр. 60 сл.) противъ гипотезы Voigt'a совершенно необъдѣтельны.

² A. Gellius. Noct. Att. VI, (VII) 15. Ср. Гусаковъ ук. соч., стр. 90 сл.

Идея неотъемлемыхъ правъ лица въ политической доктринѣ XVII—XVIII вѣка

Приватъ-доцента, Г. Д. Гурвича

Познаніе истинной, правильной границы между правами государства и правами личности есть величайшая проблема философіи права, всегда имѣющая животрепещущее значеніе. Это тотъ центральный узелъ, вокругъ котораго группируются всѣ основныя проблемы каждой политической системы. Тѣмъ большее вниманіе привлекаетъ исторія ученій, выдвинувшихъ впервые идею о принципиальной границѣ государственной власти въ видѣ неотъемлемыхъ правъ лица. —

Вопросъ о родоначальникахъ той линіи идей, которая привела къ знаменитой Декларациі правъ челоуѣка и гражданина 1789 г., принадлежитъ къ числу весьма спорныхъ. Два традиціонныхъ взгляда стоятъ здѣсь другъ противъ друга. Согласно традиціонному нѣмецкому взгляду идея неотъемлемыхъ правъ личности составляетъ благодѣяніе протестантизма. Еще совѣтъ недавно швейцарскій богословъ Doumergue¹ заново формулировалъ эту мысль. Согласно традиціонному французскому возрѣнію идея неотъемлемыхъ правъ обязана своимъ происхожденіемъ французской просвѣтительной философіи XVIII вѣка. — Два новѣйшихъ автора, оживившихъ своими работами интересъ къ обсуждаемому вопросу, въ 1892 г. Максимъ Ковалевскій² и тремя годами позднѣе — Г. Геллинекъ³, отвергнувъ оба старыя возрѣнія, пришли къ заключенію, что родоначальниками идеи неотъемлемыхъ правъ слѣдуетъ считать англійскихъ индепендентовъ XVII вѣка. Не реформація сама по себѣ, которая, по справедливому замѣчанію Ковалевскаго, привела къ религіозной нетерпимости Кальвина, угодничеству передъ абсолютизмомъ государственной власти Лютера и политически зафиксировалась въ абсолютистскомъ тезисѣ Аугсбургскаго мира, — *cujus regio, ejus religio*, — а политическая борьба англійскихъ индепендентовъ съ религіознымъ преслѣдованіемъ инакомыслящей государственной власти породила идею неотъемлемыхъ правъ лица. Вождь левеллеровъ Джонъ Лилльборнъ, дѣйствовавшій въ эпоху первой англійской революціи, долженъ быть, по мнѣнію Ковалевскаго,

¹ Revue du droit public, 1904.

² См. его статью «Родоначальники современнаго радикализма», «Русская мысль» за 1892 г.

³ «Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte», 1895.

Къ исторіи бумажныхъ денегъ въ Россіи

Проф. А. И. Каминка

Опытъ въ Россіи въ вопросахъ бумажныхъ денегъ настолько великъ, что его одного почти достаточно для выясненія ихъ особенностей.

Бумажныя деньги имѣютъ то для всѣхъ очевидное преимущество передъ деньгами металлическими, что главную задачу денегъ, — служить орудіемъ платежа, слѣдовательно, переходить изъ рукъ въ руки, — онѣ исполняютъ съ гораздо большимъ удобствомъ для публики, нежели металлическія деньги. Ихъ легче хранить, легче и безопаснѣе перевозить. Эти преимущества особенно значительны, когда банковыя учрежденія мало развиты и когда приходится имѣть при себѣ сравнительно значительныя количества наличныхъ денегъ для всякаго рода расчетовъ, а между тѣмъ, способы передвиженія мало удобны, не безопасны, почтовые сообщения слабо развиты. Въ такихъ условіяхъ бумажныя деньги представляютъ громадныя удобства. И вмѣстѣ съ тѣмъ, для государственной власти онѣ представляютъ громадный соблазнъ: матеріалъ ничего не стоитъ, и слѣдовательно, вся нарицательная сумма бумажныхъ денегъ можетъ быть обращена сполна въ доходъ государства. Насколько сразу упрощается тяжелая задача извлеченія пользы изъ денежнаго дѣла! Здѣсь, какъ бы принципиально, не нужны никакія расходы. И въ теченіи долгаго времени не только большой публикѣ, но даже и людямъ практики дѣло представлялось приблизительно такъ, какъ Мефистофель изображаетъ его во второй части Гетевского Фауста: надо подписать какія то бумажки съ обязательствомъ платежа изъ неистощимыхъ сокровищъ, заключенныхъ въ нѣдрахъ владѣній подписавшаго бумажки владѣтельнаго князя, и несмѣтныя богатства, какъ изъ рога изобилія, посыплются на голову предприимчиваго князя и осчастливленнаго имъ народа, а неистощимыя сокровища могутъ по прежнему покоиться въ нѣдрахъ благодѣтельствованной бумажнымъ богатствомъ страны.

И если поэтому бумажныя деньги, представляющія такія очевидныя преимущества, какъ для населенія, такъ и для власти, появились такъ поздно, послѣ тысячелѣтій существованія металлическихъ денегъ, то это можно себѣ объяснить только сложностью, какъ самаго понятія бумажныхъ денегъ, такъ и системы бумажно-денежнаго обращенія. Не даромъ и въ настоящее время вопросъ бумажно-денежнаго хозяйства представляетъ громадныя трудности, какъ для людей теоріи, такъ и для людей практики.

Правда, имѣется еще одно соображеніе, заставляющее быть крайне осторожнымъ съ бумажными деньгами, это легкая возможность злоупотребленія ими. Надо только дерзнуть и засимъ уже нѣтъ естественныхъ границъ для использованія этого источника обогащенія, ибо меньшая доходность новыхъ денежныхъ выпусковъ до извѣстной степени компенсируется возможностью усиленныхъ выпусковъ. Не напрасно осторожный въ своемъ чисто китайскомъ квіетизмѣ нашъ министръ финансовъ Канкринъ писалъ: «мы собственно не совѣтовали бы вводить бумажныя деньги тамъ, гдѣ ихъ нѣтъ»¹. Однако, еще никогда въ исторіи человѣчества легкая возможность злоупотребленій не являлась основаніемъ для отказа отъ пользованія. Обыкновенно бывало наоборотъ . . .

Но если дойти самостоятельно до бумажныхъ денегъ дѣло не легкое, то заимствовать, да при томъ не особенно умѣло, много проще. Созданныя въ одномъ мѣстѣ бумажныя деньги быстро обошли весь цивилизованный міръ. Поэтому, почти никому неизвѣстныя въ XVII ст., онѣ въ XIX ст. стали достояніемъ всѣхъ странъ. Правда, внимательные изслѣдователи исторіи бумажныхъ денегъ устанавливаютъ сѣдую старину этого института, утверждая, что уже въ глубокой древности онѣ были извѣстны въ видѣ кожаныхъ денегъ, при чемъ цѣнность ихъ заключалась не въ кожѣ, а въ тѣхъ правахъ на которыя давало владѣніе этимъ кожанымъ знакомъ². И у насъ имѣется указаніе на такого рода деньги. Но эти историческія указанія представляются чрезвычайно неопредѣленными, такъ что совершенно не даютъ возможности сдѣлать сколько нибудь точные выводы относительно справедливости мнѣнія о древности денегъ безъ внутренней цѣнности. Уже а priori едва ли возможно ее допустить. Необходимой предпосылкой ихъ существованія является наличность авторитетной, пользующейся кредитомъ, государственной власти, умѣющей справиться съ сравнительно сложнымъ административнымъ аппаратомъ. А между тѣмъ, именно тамъ, гдѣ условія эти въ древности имѣлись на лицо, мы не находимъ никакихъ слѣдовъ кожанаго денежнаго обращенія. Поскольку эти указанія на кожаныя деньги правильны, это были вѣроятно какія либо мѣстные временные знаки, замѣнявшіе наши марки, квитки и т. д., но отнюдь не кредитные знаки, предназначенные для обращенія въ теченіи неопредѣленнаго времени.

Мы можемъ поэтому говорить о первомъ появленіи бумажныхъ денегъ лишь въ XVIII ст., въ тѣсной связи съ возникновеніемъ въ Европѣ банковаго дѣла. Первымъ практическимъ популяризаторомъ, надолго ихъ скомпрометировавшимъ, и все же много сдѣлавшимъ для ихъ распространенія былъ знаменитый Джонъ Лоу.

Вторымъ этапнымъ пунктомъ въ исторіи бумажно денежнаго обращенія является исторія ассигнатовъ великой французской революціи.

Такимъ образомъ, во второй половинѣ XVIII ст. денежные бумаги стали явленіемъ, извѣстнымъ всей Европѣ. Неудивительно поэтому, что мысль о денежныхъ бумажныхъ знакахъ появилась и у насъ. Въ

¹ Гр. Канкринъ, Очерки Политической Экономіи, стр. 112.

² Lexis въ Conrads Staatswörterbuch, B. IV, S. 997.

началѣ имѣлись въ виду лишь задачи бѣльшаго удобства пользованія. Манифестъ 29 декабря 1768 г. ввелъ у насъ ассигнаціи, причемъ онѣ подлежали выпуску противъ наличныхъ денегъ и слѣдовательно преслѣдовали не финансовыя задачи, но лишь задачу улучшения денежнаго обращенія¹. О томъ, что именно таковы были задачи правительства, свидѣтельствуетъ и сохранившійся набросокъ указа о введеніи ассигнацій, относящійся къ 1762 г.². Необходимо однако отмѣтить, что и въ то время многіе уже понимали возможность использовать ассигнаціи, какъ источникъ пополненія правительственной кассы. Объ этомъ свидѣтельствуетъ анонимная записка, поданная въ 1768 г. Екатеринѣ II, и еще въ большей степени проектъ кн. Вяземскаго. Тѣмъ не менѣе, вѣроятно, первоначальное намѣреніе правительства не пользоваться ассигнаціями, какъ средствомъ обогащенія казны было совершенно искренне. Однако, обלאзнь былъ такъ великъ, а положеніе нашего финансоваго хозяйства въ такой мѣрѣ затруднительно, что очень скоро первоначальная задача улучшения денежнаго обращенія была основательно забыта, и правительство начало извлекать изъ ассигнацій доходъ. При томъ вѣдь по существу у правительства былъ лишь выборъ между использованием металла и бумаги. Первоначально правительство, еще не избалованное этимъ новымъ растяжимымъ источникомъ доходовъ, пользовалось ассигнаціями сравнительно умѣренно; поэтому ассигнаціи, даже и независимо отъ характера ихъ обезпеченія, просто въ силу извѣстнаго спроса рынка на это болѣе удобное для пользованія денежное средство, долго держались близко къ номинальному ихъ курсу³.

Какова была юридическая природа этихъ бумажныхъ денегъ? На этомъ вопросѣ подробно останавливается Никольскій⁴, примыкающій къ взглядамъ, высказаннымъ Вагнеромъ⁵ и Гольдманомъ⁶. Можно согласиться, что ассигнаціи эти не были деньгами въ тѣсномъ смыслѣ этого слова. Но несомнѣнно, что ассигнаціи играли роль денегъ уже въ первомъ періодѣ своего существованія и въ сознаніи общества, и въ представленіи правительства.

Къ 1786 г. въ обращеніи было на 40 мил. ассигнацій. А въ этомъ году число ихъ было сразу доведено до 100 мил. р.

¹ Манифестъ 29 декабря 1768 г. (П. С. З № 13 219. Сперанскій не точно относитъ его къ 1769 г.) въ чрезвычайно пышныхъ выраженіяхъ подчеркиваетъ заботливость императрицы о благосостояніи населенія, выразившуюся въ введеніи у насъ ассигнацій. «Тяжесть мѣдной монеты, одобряющей ея собственную цѣну, отягощаетъ ея же обращеніе . . . дальній перевозъ всякой монеты многимъ неудобностямъ подверженъ» . . .

² Этотъ оставшійся, кажется, никѣмъ незамѣченный проектъ указа, затерявшійся въ многочисленныхъ томахъ Архива кн. Воронцовыхъ, любопытенъ, какъ доказательство, что задолго до появленія ассигнацій планъ выпуска таковыхъ тщательно у насъ обсуждался. Въ этомъ проектѣ подчеркивается мысль о томъ, что онѣ должны преслѣдовать исключительно задачи улучшения нашей денежной системы. Отмѣчается, очевидно въ этихъ цѣляхъ, экономическое и финансовое благополучіе страны, и полезность ассигнацій ввиду трудности перевозки мѣдной монеты.

³ Этотъ періодъ съ 1769 по 1787 г. Сперанскій называетъ «временемъ равенства».

⁴ Бумажныя Деньги, стр. 153.

⁵ Das russische Papiergeld, S. S. 13 ff.

⁶ Die russische Papierwahrung, S. 49.

Очевидно, сознавая всю чрезмѣрность такого увеличенія, правительство въ самой торжественной формѣ общаетъ количество ассигнацій болѣе не увеличивать¹. А въ 1796 г. число ихъ доводится до 150 мил. руб.¹ Понятно, началась эпоха безнадежнаго ухудшенія курса ассигнаціоннаго рубля. Когда громадныя расходы, связанные съ внѣшней политикой Александра I-го, потребовали значительныхъ выпусковъ ассигнацій, ихъ обезпеченіе достигло размѣровъ, которые не могли не встревожить правительство². Гр. Сперанскій составилъ тогда планъ упорядоченія нашего финансоваго положенія. Онъ былъ разработанъ съ обычной для Сперанскаго логической послѣдовательностью. Положенныя въ его основаніе мысли, сами по себѣ, въ большинствѣ своемъ представляются правильными, но, къ сожалѣнію, этотъ планъ страдалъ однимъ недостаткомъ: онъ былъ совершенно неосуществимъ, какъ несогласованный съ условіями времени³. Сперанскій былъ сторонникомъ серебрянаго монометаллизма. Онъ признавалъ необходимымъ уменьшить чрезмѣрное количество ассигнацій и подлежащимъ для того средствомъ считалъ внѣшній заемъ. Но можно ли было разсчитывать на осуществленіе такого плана наканунѣ отечественной войны? Вѣдь, очевидно, ближайшія мѣропріятія могли заключаться только въ громадномъ увеличеніи выпуска ассигнацій. И когда вслѣдствіе расходовъ, связанныхъ съ отечественной войной, неразмѣнныя ассигнаціи пустили болѣе глубокия, нежели когда либо, корни, манифестъ 1810 г. остался однимъ изъ воспоминаній о правильныхъ начинаніяхъ Сперанскаго, которымъ суждено было осуществиться много позднѣе. Сперанскій обладалъ болѣе глубокимъ теоретическимъ умомъ, нежели умѣниемъ и тактомъ практическаго государственнаго дѣятеля.

Въ результатѣ создалось положеніе, совершенно нетерпимое. Обезпеченныя ассигнаціи проникали во всѣ каналы денежнаго обращенія, а законъ говорилъ о серебряномъ полноцѣнномъ рублѣ, какъ основѣ нашего денежнаго обращенія. Съ точки зрѣнія закона серебряный рубль равенъ ассигнаціонному, а въ дѣйствительности его «достоин-

¹ Наивность формы этого обѣщанія чрезвычайно любопытна: «Узаконяемъ Самодержавно отъ Бога Намъ данною властью и обѣщаемъ святостью слова Царскаго за Насъ и преемниковъ Императорскаго Россійскаго Престола, что число банковыхъ ассигнацій никогда и ни въ какомъ случаѣ не долженствуетъ простирается въ нашемъ Государствѣ выше ста милліоновъ рублей.»

² Въ 1790 г. ассигнаціонный рубль потерялъ $\frac{1}{5}$ нарицательной своей стоимости. Затѣмъ потеря эта достигла $\frac{1}{4}$ и $\frac{1}{3}$ части. Въ началѣ царствованія онъ вновь поднялся до $\frac{3}{4}$ своей нарицательной цѣны, а въ 1810 онъ опустился до $\frac{1}{5}$ нарицательнаго достоинства. Кауфманъ, Изъ исторіи бумажныхъ денегъ, стр. 17—23.

³ Вслѣдствіи, именно въ Запискѣ, составленной Сперанскимъ уже передъ своей смертью, онъ и самъ признаетъ, что «во время войны нельзя помышлять о погашеніи ассигнацій» (Матерьялы, стр. 147). Эта несогласованность теоретически правильно обоснованныхъ проектовъ съ обстоятельствами времени въ извѣстной мѣрѣ оправдываетъ ядовитое замѣчаніе гр. Мордвинова въ письмѣ къ Сперанскому, ему не отосланномъ сперва за его болѣзнь, а потомъ вслѣдствіе смерти. Гр. Мордвиновъ пишетъ: «Ваше Сіятельство всегда принимали на себя трудъ давать направленіе дѣламъ, относящимся до финансовъ нашихъ, но, къ сожалѣнію, я не видалъ, чтобы приходили онѣ въ лучшее состояніе.» Архивъ гр. Мордвиновыхъ, т. VII, стр. 567.

ство», по Петербургской котировкѣ, опустилось почти до 25 коп¹. Очевидно, законъ долженъ былъ позаботиться о томъ, чтобы нормировать ассигнаціи соотвѣтственно ихъ реальному положенію. И это было сдѣлано манифестомъ 9 апрѣля 1812 г. Манифестъ констатируетъ затрудненія «въ частныхъ и публичныхъ денежныхъ оборотахъ», и средство выхода усматриваетъ уже не въ серебряной монетѣ, но въ необходимости «ввести повсемѣстно единообразное обращеніе государственныхъ банковыхъ ассигнацій». Счета и платежи подлежало впредь основывать на этихъ ассигнаціяхъ, на нихъ же заключать казенные контракты. Договоры между частными лицами могли быть заключаемы на серебро или ассигнаціи «по добровольному согласію». Но платежъ по однимъ не можетъ быть отринуть ассигнаціями по промѣну на серебро въ день платежа. Такимъ образомъ, этотъ актъ узаконилъ совмѣстное обращеніе у насъ металлическихъ и бумажныхъ, отъ нихъ независимыхъ, денежныхъ знаковъ². При этомъ, правительство отнюдь не отказалось отъ мысли Сперанскаго поднять цѣнность ассигнацій. И проф. Кауфманъ по этому поводу замѣчаетъ, что эта «новая денежная система не только не соотвѣтствовала намѣреніямъ правительства, но прямо имъ противорѣчила . . . цѣнность ассигнацій съ 1812 г. очень высоко уже не поднималась»³. Но эта критика проф. Кауфмана не затрагиваетъ дѣйствительно слабыхъ сторонъ манифеста 1812 г. Дѣло вовсе не въ томъ, что съ 1812 г. «цѣнность ассигнацій очень высоко уже не поднималась», такъ какъ этому обвиненію можно было бы противопоставить не менѣе справедливое замѣчаніе, что она значительно и не падала. Еслибы проф. Кауфманъ обратилъ вниманіе, что этотъ манифестъ сообщилъ ассигнаціямъ давно не бывалую относительную устойчивость, которая много лѣтъ спустя была закрѣплена формальной девальвацией, то онъ призналъ бы, что этотъ манифестъ является первымъ приступомъ къ девальвации нашего бумажнаго рубля, хотя правительство систематически стремилось ея избѣгнуть и посредствомъ изъятія ассигнацій⁴ и посредствомъ искусственнаго затрудненія обращенія звонкой монеты⁵. Но уже Гурьевъ долженъ былъ примириться съ идеей

¹ Съ 1811 г. прибавилось новыхъ ассигнацій на 256 мил. р. При этомъ чрезвычайно любопытно съ точки зрѣнія количественной теоріи денегъ отсутствіе полного параллелизма между количествомъ ассигнацій и ихъ цѣной. Выпуски 1807 до 1810 г. составляли $247\frac{3}{4}$ мил. р., т. е. менѣе выпусковъ 1811—1817 г., между тѣмъ, выпуски перваго периода понизили курсъ ассигнаціоннаго рубля въ $3\frac{1}{2}$ раза, а болѣе значительные послѣдующіе выпуски имѣли сравнительно ничтожное дѣйствіе на стоимость рубля.

² На этомъ узаконеніи впервые болѣе внимательно остановился знатокъ исторіи нашего денежнаго обращенія проф. И. И. Кауфманъ, «Изъ исторіи Бумажныхъ денегъ», стр. 34 сл. и въ особенности стр. 56 сл.

³ «Изъ исторіи . . .», стр. 37 и 38.

⁴ Заслуживаетъ самаго серьезнаго вниманія съ точки зрѣнія пониманія природы бумажно-денежнаго и вообще денежнаго обращенія исторія этихъ попытокъ поднять курсъ ассигнацій помощью изъятія части ихъ изъ обращенія. Изъятіе изъ обращенія 28% ассигнацій дало повышеніе курса ассигнацій въ 12% — въ сущности даже и менѣе того (ср. вычисленія у Кауфмана, «Изъ исторіи», стр. 44 сл.).

⁵ Такъ правительство систематически боролось съ стремленіемъ населенія платить серебромъ налоги, заключать съ казною сдѣлки въ серебряной монетѣ. Ср. Кауфманъ «Изъ исторіи . . .», стр. 49 сл. 63 и др.

отказа отъ дальнѣйшаго изъятія ассигнацій, а Канкринъ, не смотря на весь свой консерватизмъ, болѣе устойчивый и глубокий, нежели консерватизмъ самого Николая I, выставилъ какъ свою программу отказъ отъ этой политики поднятія курса помощью уменьшенія количества. Та же участь постигла стремленіе правительства не дать серебру занять серьезное мѣсто въ денежной системѣ. Оно все сильнѣе и сильнѣе проникало во всѣ каналы денежнаго обращенія. Неизбѣжность этого процесса совершенно очевидна. Вслѣдствіи значительнаго и, сравнительно, быстро уменьшенія цѣнности ассигнацій въ каналахъ денежнаго обращенія оказалась значительная пустота, которая не только дала возможность, какъ говорить проф. Кауфманъ, но и создала необходимость для проникновенія металлическихъ денегъ въ значительномъ размѣрѣ¹. И такимъ образомъ, говоритъ проф. Кауфманъ, въ то время какъ правительство ставило себѣ цѣлью возвышеніе цѣнности ассигнацій, жизнь этому притоводѣствовала и удерживала ихъ на прежнемъ низкомъ уровнѣ. Когда же оно прибѣгло къ сжатію массы денежнаго обращенія, исходя изъ того, что въ Россіи вообще обращается слишкомъ много денегъ, то жизнь вопреки этому быстро наполняла образовавшуюся пустоту и замѣняла звонкою монетою сильное сокращеніе бумажныхъ денегъ².

Манифестъ 1812 г. обезпечилъ возможность параллельнаго обращенія бумажныхъ и металлическихъ денегъ. Обезпечивъ спросъ на ассигнаціонный рубль, спросъ тѣмъ болѣе сильный, что сперва всѣ, а потомъ часть налоговъ обязательно платилась ассигнаціями и, вмѣстѣ съ тѣмъ, отказавшись отъ новыхъ ихъ выпусковъ, правительство не только гарантировало ихъ отъ дальнѣйшаго обезцѣненія, но и обезпечило имъ нѣкоторое повышеніе въ будущемъ. Деньги всегда обнаруживаютъ естественную тенденцію къ повышенію, что можно прослѣдить и въ цѣнности нашего ассигнаціоннаго рубля послѣ 1812 г. Правительство далѣе предусматривало постепенный выкупъ ассигнацій для того, чтобы сравнять ихъ съ серебромъ и этимъ создавался второй факторъ для постояннаго повышенія стоимости ассигнацій. И эта тенденція совершенно соотвѣтствовала цѣлямъ правительства. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, создавалась неустойчивость въ денежномъ обращеніи, т. е. получался результатъ, діаметрально противоположный тому, который имѣло въ виду правительство. Эта неустойчивость не компенсировалась съ точки зрѣнія интересовъ казны возможностью извлеченія хотя бы временныхъ выгодъ помощью новыхъ выпусковъ бумажныхъ денегъ³.

¹ Кауфманъ, «Изъ исторіи . . .», стр. 46.

² Въ теченіе трехъ лѣтъ (1817—1819) выпущено серебряныхъ рублевиковъ слишкомъ на 34 мил., не считая мелкаго серебра, между тѣмъ какъ обычно выпускъ составлялъ отъ 2-хъ до 4-хъ мил. въ годъ. Выпускъ серебра въ 1829 г. составлялъ 5 мил., а въ 1830 г. — 6 мил. За время съ 1814 по 1834 г. привозъ серебра и золота, за вычетомъ вывоза, составлялъ 552 мил. руб. «Вездѣ во внутреннихъ нашихъ губерніяхъ появилась значительная масса серебра и золота и иностраннаго, особливо съ 1831 г., и на всѣхъ ярмаркахъ вездѣ было серебро и золото, и весьма мало ассигнацій», пишетъ Сперанскій («Матерьялы», стр. 152).

³ Отказъ правительства отъ новаго выпуска ассигнацій составляетъ очевидную заслугу главнымъ образомъ Сперанскаго. По документамъ это не такъ легко прослѣдить, но для современниковъ это было, повидимому, совершенно очевидно.

Это зло еще значительно усугублялось одновременным обращением и серебряной монеты. Весь оборот оказался основанным на двух мѣрилах цѣнности, одно — имѣло своимъ основаніемъ стоимость серебра, товара, имѣвшаго международное обращеніе, другое — податное обезпеченіе ассигнаціи. Сдѣлки могли быть заключаемы и на серебро, и на ассигнаціи, а пріемъ ассигнаціями по курсу дня былъ во всякомъ случаѣ обязательнъ; такимъ образомъ, для спекуляціи открывался самый широкій просторъ. Такъ какъ хозяйство носило еще въ значительной мѣрѣ натуральный характеръ и нужда въ деньгахъ для податныхъ цѣлей играла значительную роль въ потребности населенія въ денежныхъ знакахъ, то требованіе правительства платежа ассигнаціями создавало серьезный источникъ ихъ распространенія. Съ другой стороны, сравнительно высокая оцѣнка ассигнацій правительствомъ вызывала интересъ къ пріобрѣтенію серебряной монеты. Создавался параллельный спросъ различной силы въ различныхъ мѣстностяхъ. Насколько не нормально было создавшееся такимъ образомъ положеніе, видно изъ того, что въ то время какъ въ общемъ металлическія деньги получили широкое распространеніе въ Россіи, по авторитетному свидѣтельству гр. Канкринъ: «было время, когда во внутреннихъ губерніяхъ Россіи можно было умереть съ голода, имѣя въ карманѣ у себя однѣ только серебряныя деньги, которыхъ никто въ обыкновенномъ быту не принималъ, да, пожалуй, едва ли и зналъ»¹.

Такимъ образомъ возникло оригинальное явленіе въ сферѣ нашего бумажно-денежнаго обращенія — такъ называемый простонародный лажъ².

Сущность явленія обуславливалась тѣмъ, что цѣнность ассигнацій была величиной непостоянной. «Отсюда, говоритъ Сперанскій, необходимость для продавца или при каждомъ повышеніи курса переоцѣнивать свои товары, или же, удерживая ихъ имманентную цѣну, вычитать изъ суммы платежа проценты повышенія, т. е. вычитать изъ просимой цѣны товара все то, чѣмъ ассигнаціи возрасли со времени крайняго ихъ пониженія. Ясно, что первая изъ сихъ двухъ мѣръ при

Н. И. Тургеневъ, передавая свою бесѣду о Сперанскомъ со Штейномъ во Фрейбургѣ въ 1813 г., замѣчаетъ, что Штейнъ отзывался съ похвалой о дѣятельности Сперанскаго въ сферѣ финансовъ, ставя ему въ заслугу увеличеніе доходовъ и прекращеніе выпуска ассигнацій. Но Сперанскій былъ тогда въ изгнаніи, его взгляды не соответствовали настроеніямъ лучшихъ людей того времени, и даже Тургеневъ по поводу этого замѣчанія знаменитаго прусскаго министра замѣчаетъ: «какъ трудно судить о Россіи, думалъ я, даже умѣйшимъ людямъ». Только въ этомъ нѣкоторое оправданіе для Тургенева.

¹ Очерки Политической Экономіи, стр. 108.

² Мы считаемъ необходимымъ подробнѣе отмѣтить это явленіе, т. к. оно осталось мало понятнымъ даже для современниковъ въ виду своей сложности, и по той же причинѣ не была понята и впоследствии, хотя всѣ отмѣчали его, какъ непосредственную причину денежной реформы. Даже у такого знатока нашего денежнаго обращенія, какъ у Кауфмана, явленіе лажа изложено не достаточно ясно, б. м. потому, что онъ хотѣлъ математическими формулами выяснитъ то, что таковому разсмотрѣнію по самой своей природѣ не поддается. Въ этомъ отношеніи онъ послѣдовалъ примѣру Сперанскаго, у котораго однако формулы лишь дополняютъ ясное само по себѣ изложеніе предмета. Записка гр. Сперанскаго: Матерьялы по устройству денежной системы, стр. 165.

еженедѣльномъ и даже почти ежедневномъ измѣненіи курса весьма затруднительна. Слѣдовательно, продавецъ по необходимости долженъ прибѣгнуть къ второй мѣрѣ.» Далѣе Сперанскій приводитъ мало убѣдительный арифметическій подсчетъ, который не затемняетъ однако яснаго самаго по себѣ вывода: «1) счетъ простонародный есть ничто иное, какъ приложеніе счета биржеваго къ счету товарному и платежу долговъ, 2) что въ существѣ своемъ оба сіи счета одинаковы, 3) что счетъ торговый простонародный введенъ по необходимости во избѣжаніе ежедневной переоцѣнки товаровъ, 4) что при всемъ томъ однако же счетъ сей имѣетъ два важныя неудобства: 1) сложность ее не для всѣхъ понятную и 2) поводъ къ обольщенію, а иногда и къ обману при покупкѣ товара». При этомъ, однако, Сперанскій упустилъ изъ виду одно обстоятельство, которое должно было значительно колебать курсъ въ разныхъ мѣстахъ въ зависимости отъ мѣстныхъ, даже трудно условимыхъ условий. Совершенно естественно, что соотношеніе запасовъ серебра и ассигнацій въ разныхъ мѣстностяхъ было различное, какъ различно было и соотношеніе спроса, причемъ параллелизма между этими двумя соотношеніями не было никакого. Пересылка съ мѣста на мѣсто, особенно серебра, была дѣломъ не легкимъ. Отсюда и различіе мѣстныхъ курсовъ, какъ явленіе совершенно законное. Адмиралъ Мордвиновъ, умѣвшій разбираться въ экономическихъ вопросахъ, правильно отмѣтилъ это явленіе, хотя не сдѣлалъ отсюда никакихъ выводовъ. Разница между биржевой и рыночной цѣной ассигнаціоннаго рубля объясняется, говоритъ онъ, тѣмъ, что рубли нужны болѣе въ странѣ, чѣмъ въ Петербургѣ¹. Само собой, что эту необходимость различать курсъ рубля въ зависимости отъ условий времени и мѣста спекулянты широко использовали въ ущербъ болѣе простой публикѣ. Къ сожалѣнію, современники кромѣ этихъ злоупотребленій ничего къ лажѣ не видѣли. Еще болѣе приходится сожалѣть о томъ, что этотъ взглядъ публики нашель себѣ выразителя въ лицѣ, одного изъ популярнѣйшихъ нашихъ министровъ финансовъ, Канкринъ². Соотвѣтственно такому взгляду, предлагались и мѣры борьбы съ этимъ зломъ чисто полицейскаго характера, такъ какъ «мѣрами благоразумія втунѣ дѣйствовать противъ безразсудства и обмана»³. Но на это зло, по докладу Курекаго губернатора, обратилъ вниманіе Николай I, и министру финансовъ пришлось, не смотря на весь свой благодушный квіетизмъ, заняться этимъ вопросомъ. А такъ какъ, очевидно искоренить лажъ безъ реформы всего нашего денежнаго обращенія было совершенно невозможно, то въ результатѣ дѣло реформы начало серьезно подвигаться впередъ. Къ счастью, скоро вниманіе было обращено на корень зла, — неправильное функционированіе

¹ Архивъ Гр. Мордвиновыхъ, Т. VIII, стр. 593.

² Для характеристики этого отношенія приведемъ нѣсколько выписокъ изъ Отношенія Особенной Канцелярїи по Кредитной части отъ 29 іюля 1837 г. «Главная причина введенія и постепеннаго возвышенія простонароднаго лажа есть не иная, какъ коростололюбивое намѣреніе воспользоваться простотою и невѣжествомъ простаго народа . . . въ семь нѣтъ ни удобства, ни истины, а одно заблужденіе, невѣжество и обманъ». «Матерьялы», стр. 2, сл.

³ Тоже «Отношеніе», стр. 5.

ассигнацій. Заслуга этого принадлежит, главнымъ образомъ, Сперанскому¹.

Для того чтобы упорядочить денежное обращеніе было одно только средство, — возстановить размѣнъ ассигнацій. И задача эта была тѣмъ болѣе осуществима, что сравнительно долго держалось довольно устойчивое соотношеніе между ассигнаціоннымъ и серебрянымъ рублемъ. Такимъ образомъ у правительства былъ опредѣленный критерій для выясненія, какую оцѣнку ассигнаціоннаго рубля населеніе признаетъ справедливой. Но осторожный Канкринъ считалъ реформу не достаточно подготовленной, поэтому ему казалось необходимымъ постепенно пріучить населеніе къ пользованію рублемъ, размѣннымъ на серебро. Съ этой цѣлью Канкринъ проектировалъ учрежденіе при Государственномъ Ком. Банкѣ депозитныхъ кассъ съ вкладами въ серебряной валютѣ, взаменъ коихъ онѣ должны были выдавать депозитные билеты².

Постепенность гр. Канкринъ не встрѣтила однако сочувствія въ Государственномъ Совѣтѣ. Большинство, не соглашаясь съ взглядомъ Канкринъ на лажъ, требовало болѣе коренной реформы. Къ этому присоединялся даже осторожный въ эту эпоху Сперанскій, признававшій, что мѣры окончательныя, которыя «всѣ должны быть опредѣлены въ одномъ и томъ же планѣ Правительства, подлежатъ приводить въ дѣйствіе постепенно, не предупреждая бесполезно огласкою мѣры окончательной, доколѣбъ совершатся всѣ послѣдствія мѣры подготовительныхъ». Длительному спору министра финансовъ съ Государственнымъ Совѣтомъ положила конецъ резолюція Николая I, прочитанная въ засѣданіи 30 іюня 1839 г. И 18 іюля былъ изданъ манифестъ «Объ устройствѣ денежной системы»³. Манифестомъ этимъ, въ отмѣну манифеста 9 апрѣля 1812 г., «устанавливается главною государственною платежною монетою серебряный рубль. Три рубля пятьдесятъ коп. ассигнаціями признаются равноцѣнными серебряному рублю⁴. По этому курсу Казначейства обязаны обмѣнивать серебро и на ассигнаціи» (п. 8). Самые платежи по всѣмъ, какъ прежнимъ на ассигнаціи совершеннымъ, такъ и новымъ, на одно лишь серебро постановляемымъ обязательствамъ, сдѣлкамъ и условіямъ, дозволяется производить безъ различія серебромъ и ассигнаціями (п. 6). Манифестъ далѣе говоритъ, что «присвоеніе ассигнаціямъ какого либо инаго курса . . . равно

¹ Насколько глубоко Сперанскій понимаетъ вопросы нашего денежнаго обращенія, видно изъ журналовъ Государственнаго Совѣта, посвященныхъ этимъ вопросамъ и написанныхъ Сперанскимъ

² Ср. Матерьялы, стр. 10 сл., 21 сл., 27 сл., 31 сл., 52 сл.

³ Матерьялы, стр. 163 сл.

⁴ Полное Собрание Зак. т. XIV, № 12 497. Перепечатанъ и въ Матерьялахъ, стр. 261. Характерно для исторіи нашей денежной реформы, что Манифестъ подчеркиваетъ желаніе устранить въ будущемъ лажъ.

⁵ Однако курсъ этотъ вводится съ 1-го Января 1840 г. До этого остается въ силѣ податной курсъ въ 360 к. Такая постепенность была предуказана лично Николаемъ I какъ «среднее между двухъ мнѣній»: установить курсъ въ 360—350 к. за рубль серебромъ. Этотъ способъ компромисса является воспроизведеніемъ компромисса Николая I-го при изданіи Свода Законовъ, въ силу котораго мнѣніе одного изъ членовъ Государственнаго Совѣта было объявлено дѣйствующимъ до 1-го января 1835 г., а другое съ 1-го января 1835 г.

надбавки на серебро и на ассигнаціи какого либо лажа . . . строжайше воспрещается . . . и курса ассигнаціями на биржахъ впредь вовсе не отмѣчать» (п. 9). Если послѣдняя оговорка имѣетъ нѣкоторый смыслъ, то первая часть совершенно лишена такого при условіи добросовѣстнаго выполненія общаго правительствомъ обмѣна; это была необходимая дань принципамъ полицейско-административнаго строя, воспоминанію о лажѣ, какъ непосредственномъ поводѣ денежной реформы. Одновременно Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта предоставлено министру финансовъ «сдѣлать нужныя распоряженія и войти въ свое время, по ближайшему его усмотрѣнію, съ особымъ въ Государственный Совѣтъ представленіемъ: 1) о переложеніи на серебро всѣхъ доходовъ казны, недоимокъ прежняго времени»¹. вмѣстѣ съ тѣмъ, въ этомъ актѣ указывается и «окончательная цѣль настоящихъ мѣръ», «съ 1 января или позже, смотря по обстоятельству, приступить къ вымѣну нынѣшнихъ государственныхъ ассигнацій». При этомъ предусматривается необходимость «для обезпеченія выпускаемыхъ въ замѣнъ ассигнацій депозитныхъ билетовъ и для утвержденія ихъ кредита: а) составить особый фондъ серебряной и золотой монеты въ количествѣ, достаточномъ для безостановочнаго обмѣна сихъ билетовъ на серебро и золото и хранить оный въ депозитной кассѣ неприкосновеннымъ».

Но это было указаніе на намѣреніе правительства, которое пока ни въ чемъ не проявлялось. Реально же правительство приняло лишь мѣры къ широкому распространенію депозитныхъ билетовъ, для чего и была учреждена того же 1 іюля 1839 г. при Государственномъ Коммерческомъ Банкѣ особая депозитная касса², выдававшая въ замѣнъ вкладовъ «билеты депозитной кассы на первый разъ достоинствомъ въ три, пять, десять и двадцать пять рублей серебромъ»³. Такимъ образомъ, ближайшей задачей мѣропріятій 1839 г. было закрѣпленіе соотношенія между ассигнаціями и серебрянымъ рублемъ и упорядоченіе этимъ путемъ нашего денежнаго обращенія. Выпускъ депозитныхъ билетовъ былъ лишь средствомъ подготовки публики къ пользованію размѣнными на серебро бумагами. Мѣропріятія 1839 г. дѣйствительно нѣсколько упорядочили наше денежное обращеніе. Но они лишили правительство возможности прибѣгать къ новымъ выпускамъ денежныхъ знаковъ, какъ способу полученія средствъ или даже удовлетворенія требованія дѣловаго оборота въ увеличеніи количества денежныхъ знаковъ, такъ какъ депозитные билеты можно было выпускать лишь противъ полного обезпеченія металломъ⁴. Поэтому, какъ только нужда въ новыхъ средствахъ стала настоячивой, немедленно выдвинулся и вопросъ о созданіи возможности выпуска бумажныхъ денегъ. Въ связи съ

¹ Матерьялы, стр. 266.

² Второе полное собраніе Законовъ, т. XIV, № 12498.

³ Манифестъ 1 іюля 1839 г. п. 3.

⁴ Императоръ Николай I неоднократно повторялъ: «выпускъ ассигнацій я никогда не допущу», причѣмъ онъ мотивировалъ это тѣмъ, что «покойный братъ общалъ своимъ Императорскимъ словомъ, что число ихъ никогда не будетъ умножаемо». Императоръ Николай I въ совѣщательныхъ Собраніяхъ.» Вѣ С. И. Р. И. О., Т. 98, стр. 141.

неурожаем значительно ухудшилось в 1840 г. положение государственного казначейства, с чем естественно совпало значительное требование вкладов из банков¹. Дело было признано в такой мере исключительным важным, что оно было передано в особый Комитет, собиравшийся в рабочем кабинете Императора Николая I². Остававшая в стороне весьма интересная прения в этом Комитете, отмѣтимъ только, что на очереди стояло предложеніе займа, выдвинутое Друцкимъ-Любецкимъ. Къ этому предложенію склонялся и Николай I. Его противникомъ выступилъ Канкринъ, боявшійся, вѣроятно основательно, неудачи займа, въ какой бы формѣ онъ ни былъ предложенъ. Приходилось обратиться къ другому способу пополненія государственной казны, т. е. къ выпуску денежных знаков. Самымъ невиннымъ предложеніемъ было выпускать депозитные билеты, т. е. съ обеспечительнымъ фондомъ, равнымъ всей суммѣ выпуска. Это, какъ будто, вполне отвѣчало идеѣ Государя, врага выпуска ассигнацій. Однако, на это все же не могъ согласиться Николай I, вполне трезво относившійся къ этому вопросу³. Государь резонно замѣтилъ: «я вполне согласенъ на всѣ возможные обеспечения и самъ ихъ желаю, но онѣ должны быть именно возможны, а откуда намъ взять такой огромный фондъ, когда и всю операцію мы предпринимаемъ только для того, что денегъ нѣтъ и что надобно какънибудь замѣнить ихъ неимѣніемъ⁴. Вь этой характерной въ своей опредѣленности фразѣ была совершенно правильная постановка вопроса, предъшавшая, вмѣстѣ съ тѣмъ, и отвѣтъ на него. Манифестъ 13 июля 1839 г. позаботился объ удовлетвореніи одной задачи бумажно-денежного обращенія, удобствѣ самаго обращенія. Теперь надлежало обеспечить другую задачу, важнѣйшую въ условіяхъ народнаго и финансоваго хозяйства того времени, именно ту, которую такъ опредѣленно формулировалъ Николай I: надо было создать источникъ государственныхъ доходовъ, упорядочивъ одновременно наше денежное обра-

¹ Кауфманъ, «Изъ исторіи бумажныхъ денегъ», стр. 125 сл.

² Императоръ Николай I двумя вопросамъ государственнаго управления придавалъ особое значеніе и настойчиво, и внимательно за ними слѣдилъ: приведенію въ порядокъ нашихъ законовъ и нашихъ финансовъ. Поэтому по всѣмъ вопросамъ, связаннымъ съ нашими финансами, было предоставлено право входить непосредственно къ Николаю съ своими соображеніями. И этимъ, повидимому, широко пользовались. Толчекъ реформаторской работѣ 1840 г. дала записка Друцкаго-Любецкаго, нѣкоторыя мысли котораго несомнѣнно повліяли на Николая I-го. Гр. Мордвиновъ неоднократно обращается къ Николаю со своими соображеніями и совѣтами по финансовымъ вопросамъ, ссылаясь на то, что «Ваше Императорское Величество повелѣтъ соизволило, чтобы члены Государственнаго Совѣта по финансовымъ дѣламъ непосредственно къ Вамъ представляли мнѣнія свои.» Архивъ гр. Мордвиновыхъ, т. VII, стр. 162. Поэтому естественно, что все дѣло финансовой реформы въ 1840 г. Николай I взял въ свой рабочий кабинетъ. М. А. Корфъ, Императоръ Николай I въ совѣщательныхъ собраніяхъ. Сбор. Императорскаго Русск. Общ. т. 96. Ср. Кауфманъ, «Изъ исторіи бумажн. денегъ», стр. 126 сл.

³ Въ засѣданіи Комитета въ 1843 г. Николай I замѣтилъ, «въ прежнее время я долженъ былъ слѣпо и безусловно утверждать все представляемое мнѣ по финансовой части, о которой не имѣлъ никакого понятія, но теперь послѣ 17-лѣтнихъ занятій мнѣ стыдно и совѣстно былъ бы не приобрести самому какихъ либо практическихъ знаній по этой части». С. Р. И. О., т. 98, стр. 176.

⁴ Сбор. И. Р. И. О., т. 98, стр. 165.

щеніе, разстроенное ассигнаціями. Прибѣгая къ этой формѣ увеличенія государственныхъ доходовъ, правительство соблазнялось не тѣмъ, что это былъ, какъ безпроцентный, болѣе дешевый способъ, но тѣмъ, что онъ оказался единственно возможнымъ.

Итакъ, надо было выпустить денежные знаки, частично обеспеченные наличнымъ фондомъ, причемъ достаточнымъ обеспеченіемъ былъ признанъ фондъ въ размѣрѣ $\frac{1}{6}$ выпуска. Манифестомъ 1 июля 1841 г. былъ установленъ выпускъ кредитныхъ билетовъ (названныхъ такъ въ замѣнъ депозитныхъ) съ таковымъ обеспеченіемъ въ суммѣ 30 мил.¹ Конечно, столь незначительный выпускъ могъ лишь не надолго удовлетворить потребность правительства въ средствахъ. Но при условіи необходимости обеспечить выпускъ кредитныхъ билетовъ лишь въ размѣрѣ $\frac{1}{6}$ части выпуска создавалась возможность сравнительно легко увеличить ихъ количество. Трудно было усомниться въ томъ, что необходимость воспользоваться этой возможностью не заставитъ себя долго ждать. Несмотря на благодушный оптимизмъ Канкринъ, который въ засѣданіи Комитета въ 1841 г.² готовъ былъ раздѣлить и Николай I, общее финансовое положеніе было отнюдь не благопріятное. Въ бумагѣ, представленной Государю кн. Васильчиковымъ, указывалось на необходимость обратить серьезное вниманіе на финансовое положеніе страны³.

Этотъ путь увеличенія средствъ казны ясно указалъ Государь въ собственноручной написанной имъ запискѣ: «по мѣрѣ поступленія депозитныхъ билетовъ въ платежи казнѣ и банкамъ и по мѣрѣ высвобожденія обеспечивающей эти билеты звонкой монеты, замѣнять депозитные билеты кредитными билетами, причемъ ихъ обеспеченіе должно было составиться изъ $\frac{1}{6}$ части освобожденной звонкой монеты, а остальные ея $\frac{5}{6}$ должны были обращаться въ резервный капиталъ на выпускъ новыхъ кредитныхъ билетовъ для замѣны ими ассигнацій⁴.»

1 июня 1843 г. дѣйствительно изданъ Высочайшій Манифестъ о замѣнѣ ассигнацій и другихъ денежныхъ представителей кредитными билетами⁵.

¹ Изъ этихъ 30 мил. пятнадцать предназначалась для Московской Сохранной Казны, 8 мил. для С. Петербургской и 7 мил. для Заемнаго Банка. Всѣ билеты были 50 рубл. достоинства. Матерьялы, стр. 269.

² С. И. Р. И. О., т. 98, стр. 141.

³ Письмо кн. Васильчикова свидѣтельствуетъ о чрезвычайно вдумчивомъ его отношеніи къ положенію страны, совершенно не отвѣчавшемъ равнодушному спокойствію Канкринъ. «Всѣ капиталы Россіи, пишетъ Васильчиковъ, сосредоточены въ Банкахъ... Императорскимъ словомъ обѣщано возвратитъ ихъ по востребованію, а они, какъ извѣстно, выдаются съ большимъ и большимъ каждый день замедленіемъ отъ того, что сама казна выбрала ихъ изъ банковъ на свои надобности... останавливаются всини полезныя начинанія и даже поставлено правительство въ странную и тяжелую необходимость опасаться установленія частнаго кредита, только чтобы не трогали банковыхъ капиталовъ.» С. И. Р. И. О., т. 96, стр. 147.

⁴ Сборн. И. Р. И. О., т. 96, стр. 179.

⁵ Останавливаясь на внутренней связи манифестовъ 1 июля 1841 г. и 1 июня 1843 г., проф. Кауфманъ оспариваетъ распространенный, по его словамъ (стр. 133), взглядъ, по которому его считали однородною съ выпускомъ депозитныхъ билетовъ мѣрою къ осуществленію преобразованія ассигнацій. По означенному взгляду обыкновенно полагали, что выпускъ кредитныхъ билетовъ 1841 г. былъ нѣкотораго рода испытаніемъ, могутъ ли удерживаться въ обращеніи кредитные билеты при

Этот акт, во первых закончил девальвацию нашего старого когда то серебряного рубля, во вторых, онъ привелъ въ единство нашу денежную систему, прочно связавъ кредитныя бумаги съ металлической (серебряной) единицей какъ основой нашего денежнаго обращенія, въ третьихъ, онъ установилъ возможность для государства получить принудительный безпроцентный заемъ отъ населенія, поставивъ размѣру этого займа одну только границу: обеспеченность въ одной шестой части металлическимъ фондомъ¹.

Другой какой либо связи между размѣромъ и сроками выпусковъ и интересами правильнаго денежнаго обращенія манифестъ не предусматривалъ. И въ этомъ былъ основной недостатокъ реформы, проведенной въ значительной мѣрѣ подъ влїяніемъ идей Николая I. Государь отлично усвоилъ себѣ внѣшній механизмъ нашего денежнаго обращенія и создалъ способъ пополненія доходовъ казны: но при этомъ онъ совершенно не считался съ основными задачами денежнаго обращенія, которыя не имѣютъ ничего общаго съ фискальными интересами. Реформа сводилась къ тому, чтобы создать достаточное обезпеченіе денегъ; но размѣръ денежныхъ выпусковъ былъ поставленъ въ полную зависимость отъ усмотрѣнія правительства и не былъ согласованъ съ интересами промышленности и торговли. Какъ бы не нуждались онѣ въ оборотныхъ средствахъ, новый порядокъ выпуска денегъ не обезпечивали имъ таковыхъ. И только если правительству нужны были деньги, оно свободно могло ихъ создавать при наличности частичнаго покрытія. Пока правительство умѣренно пользовалось своимъ правомъ

обезпеченія ихъ размѣннымъ фондомъ въ размѣрѣ $\frac{1}{6}$ части суммы кредитныхъ билетовъ». Проф. Кауфманъ считаетъ однако это мнѣніе неправильнымъ, это могло такъ лишь казаться, т. к. въ основѣ выпуска билетовъ 1841 г. и манифеста 1843 г., въ дѣйствительности лежитъ одна и та же мысль, извѣстная, однако, только Николаю I. Признавая въ полной мѣрѣ значеніе личной инициативы Николая I-го въ этомъ вопросѣ, обнаружившаго при этомъ большое умѣнье разбираться въ разнообразіяхъ излагаемыхъ ему мнѣній, я все же полагаю, что въ данномъ случаѣ проф. Кауфманъ проявилъ нѣкоторое преувеличеніе. Правда, въ засѣданіи Комитета въ Мартѣ 1841 г. (Сбор. И. Р. И. О., т. 96, стр. 163), Императоръ Николай I заявилъ, что у него было совсѣмъ другая мысль, которую онъ оставлялъ про себя, но теперь сообщаетъ Комитету, именно придти на помощь ломбардамъ или лучше сказать въ лицѣ ихъ самой казнѣ, но вѣдь этотъ свой секретъ Государь выдалъ уже въ 1841 г. и, само собой, къ этому раскрытому секрету всѣ сотрудники реформы отнеслись съ должнымъ вниманіемъ. Такимъ образомъ, подготовительный характеръ мѣропрїятій 1841 г. долженъ былъ быть для всѣхъ участниковъ очевиденъ. И если въ 1843 г. Николай I въ засѣданіи Комитета заявилъ, что «на выпускъ для ломбардовъ и банка кредитныхъ билетовъ въ видѣ безпроцентныхъ я согласился въ 1841 г. потому только, что тогда уже имѣлъ въ виду возможность и пользу обратить эти же билеты на замѣнъ ассигнацій», то тутъ въ исторической перспективѣ собственные мотивы представлялись Николаю I не въ достаточной мѣрѣ точными. Выше и въ этомъ примѣчаніи приведены его слова, изъ которыхъ съ очевидностью вытекаетъ, что онъ былъ весьма озабоченъ именно необходимостью достать новыя средства. Именно это была основная цѣль реформаторскихъ стремленій, цѣль, отнюдь не составлявшая секрета Николая I.

¹ Любопытно отмѣтить, что въ 1841 г. и въ Австріи соотношеніе количества банкнотъ къ металлическому обезпеченію было установлено какъ 6 къ 1-му, но самъ Банкъ считалъ очевидно это обезпеченіе недостаточнымъ и довелъ размѣнный металлическій фондъ до трети количества банкнотъ. Conrad's Handwörterbuch für Staatswissenschaft, II, стр. 419.

выпуска кредитныхъ билетовъ, которые могли свободно обмѣниваться на серебро, все шло отлично. Иностранннй вексельный курсъ, безъ всякаго искусственнаго воздѣйствія, пришелъ въ нормальное состояніе¹. Но новая Крымская война должна была немедленно вновь привести къ полному разстройству это съ такимъ трудомъ созданное благополучіе. Война, въ особенности начинаая съ XIX ст., это вѣчное проклятіе для экономическаго благополучія Россіи. Войны тѣмъ легче его разстраивали, что хозяйственная политика Россіи была направлена по преимуществу на наши финансы, на приведеніе ихъ въ болѣе или менѣе устойчивое равновѣсіе. Болѣе серьезныя задачи развитія ея производительныхъ силъ оказывались почти всегда не по плечу нашему правительственному аппарату. Неудивительно, что при первыхъ неблагоприятныхъ явленіяхъ быстро разстраивалось и финансовое благополучіе страны. И послѣ Крымской компаніи Александръ II оказалось лицомъ къ лицу съ такой же разстроенной денежной системой, съ какой Николаю I пришлось бороться съ первыхъ дней своего царствованія.

¹ Правда, колебанія были при этомъ весьма значительныя. Такъ въ благопрїятннй 1847 г. вексельный курсъ на Лондонъ поднялся выше паритета на $\frac{7}{8}\%$, а въ 1849 г. въ связи съ тревожными политическими событіями онъ упалъ ниже паритета на $\frac{5}{100}\%$. Кауфманъ, «Изъ Исторіи Бумажи. Денегъ», стр. 146. Но это колебаніе, теперь кажущееся или точнѣе до послѣдней войны казавшееся невозможнымъ и противорѣчащимъ такъ наз. золотой точкѣ, служить только любопытной къ ней иллюстраціей, т. к. значительность колебаній обуславливалась дороговизной перевозки въ связи съ страховкой драгоцѣнныхъ металловъ.

Проблема правового государства въ освѣщеніи анархизма Михаила Бакунина

Н. Леона

«Не миръ пришелъ я принести, но мечъ». Соціальныя проблемы, волнующія человѣческую мысль въ настоящее время, какъ бы съ особенной силой подтверждаютъ глубокую правду этихъ словъ. Сколько спасительныхъ лозунговъ, обѣщавшихъ страждущему человѣчеству миръ и счастье, было произнесено, сколько формулъ для рѣшенія труднѣйшихъ вопросовъ найдено, сколько соціальныхъ идеаловъ передъ очарованнымъ міромъ начертано. А каждая попытка осуществить малѣйшее изъ этихъ рѣшеній, хотя нѣсколько приблизиться къ далекому идеалу, неизмѣнно приносила съ собой горькое разочарованіе, и чѣмъ сильнѣй и горячѣй вѣрили возвѣщенному спасительному слову, тѣмъ горше и обиднѣй была общая неудовлетворенность. Воистину не миръ намъ принесенъ для жизни, но мечъ.

Если, однако, отъ такой, я бы сказалъ, горизонтальной перспективы человѣческаго прогресса, перейти къ вертикальной, если постараться глубже вникнуть въ основу этихъ разочарованій, намъ кажется, не будетъ труднымъ свести ихъ къ одной общей и основной формулѣ, которая можетъ намъ помочь преодолѣть и неоправдываемый пессимизмъ и эпикурейскій оппортунизмъ нѣкоторыхъ мыслителей¹.

Современная мысль улавливаетъ въ личности два основныхъ стремленія: одно влечетъ ее къ полному самоутвержденію, къ развитію всѣхъ своихъ силъ и способностей вопреки возможнымъ преградамъ, другое ведетъ ее къ проявленію ея силъ и способностей въ обществѣ, гдѣ только и мыслимы ихъ полный расцвѣтъ. Но не есть ли согласованіе этихъ стремленій одновременно и основа первичной борьбы въ самой личности? Не слѣдуетъ, однако, это основное противорѣчіе отождествлять съ противорѣчіемъ эгоизма и альтруизма. Намъ придется еще вернуться къ этому вопросу, но уже теперь мы не можемъ не указать на возможность несовпаденія полного развитія личности съ внѣшнимъ ея благополучіемъ. Свободно избранный идеалъ совершенства можетъ указать личности путь тернистый, полный самопожертванія независимо отъ будущаго счастья. «Fais ce que dois, advienne que pourra»

¹ См. характеристику Карамзина и Герцена у Н. Новгородцева «Общественный идеалъ», М., 1917. стр. 2—40.

таковъ можетъ быть лозунгъ самосовершенствованія и, тѣмъ не менѣе, примиреніе между обоими стремленіями не можетъ считаться достигнутымъ. Съ этого скорѣе и начинаются всѣ трудности. Гдѣ найти непоколебимый критерій должнаго? Именно въ этой плоскости противорѣчіе принимаетъ свою наиболѣе яркую форму и раскрываетъ намъ принципиальную свою неразрѣшимость.

Изъ for intérieur личности оно переносится въ дѣйствительную жизнь, принимаетъ черты реального существованія и приобретаетъ антиномическій характеръ; окружающая личность среда переживается, какъ тяжелыя цѣпи, налагаемыя на ея полное развитіе. Способность воспринимать общія идеи, дѣлать ихъ своими, интроцептировать ихъ, какъ сказалъ бы Вилліамъ Штернъ, и переживать также остро и трагично идею родины, напимѣръ, какъ и идею личной свободы, объективируется. Патриотизмъ связывается съ реальнымъ объектомъ, съ определенной родиной, и становится той рамкой, которой ограничивается полный расцвѣтъ индивидуальности. Однако, жизненная трагедія личности этимъ моментомъ еще не исчерпывается. Создаваемая жизнью связи бываютъ и разнообразны, и противорѣчивы. Одно роднитъ насъ съ человѣчествомъ, другое съ націей, третье съ религиознымъ общеніемъ, и каждая изъ этихъ связей стремится стать связью исключительной, самодовлѣющей и поглощающей всѣ остальные. Достаточно подумать о расовыхъ, національныхъ, религиозныхъ и классовыхъ конфликтахъ, и намъ представится яркая картина подлинной борьбы враждующихъ стихій. Осознаніе этихъ противорѣчій можетъ дать почву къ стремленію избавиться отъ этихъ тяжелыхъ цѣпей; забывая объ ихъ глубокихъ корняхъ, личность видитъ въ возстаніи противъ нихъ свой путь къ совершенству. Столкновеніе внутреннихъ стремленій въ личности становится тогда бунтомъ личности противъ общества.

Но возникаетъ вопросъ, возможно ли вообще примиреніе, достижимъ ли синтезъ этихъ антиномій? Христіанская традиція передала намъ завѣтъ любить ближняго, какъ самаго себя. Воспринятая въ наше время Толстымъ, традиція эта видитъ лишь во всепоглощающемъ чувствѣ любви идеалъ совершенства. Иначе, однако, рѣшаетъ этотъ вопросъ современная соціально-философская мысль. Какъ солнце освѣщаетъ и даетъ жизнь міру, такъ, перефразируя картину Платона, идея добра и ея земное отраженіе — справедливость способна примирить спорящія о безраздѣльномъ владычествѣ надъ личностью стихіи. Неразрѣшимыя противорѣчія, восходящія своими корнями къ самой природѣ личности, должны быть приведены къ одному общему и справедливому синтезу, опираясь на который, личность могла бы дать свободное развитіе дальнѣйшимъ своимъ стремленіямъ. Если мечта о конечномъ синтезѣ постепенно оставляется, то тѣмъ цѣннѣе становятся уже добытыя и закрѣпленныя связи, безъ которыхъ приходилось бы всякій разъ дѣло соціального прогресса начинать сначала.

Въ теченіи XIX столѣтія, однако, съ особенной силой расцвѣли два теченія, отрицающія, какъ такое рѣшеніе соціальной проблемы, такъ и самую принципиальную ея сложность. Оба они вдохновляются иными идеалами. Одно изъ нихъ отрицаетъ цѣнность индивидуалисти-

Марксизм предлагает идти к высшей связи и к высшему единству путем классовой вражды и классовой диктатуры, путем расторжения старых связей и разрушения старых основ. Он хочет искоренить эгоизм личности, но для достижения этой цели он вызывает эгоизм классовый. Он стремится к совершенной и окончательной гармонии, но для осуществления ее он вызывает к разрушительным силам революционной стихии. Новый мир должен родиться из вражды и разрушения, новая жизнь должна возникнуть из ниспровержения и развалин. Марксизм и этими разрушительными стремлениями своими обличается с анархизмом: теория классового обособления и классовой борьбы приводит его с другой стороны к тому же анархическому отрицанию права и государства, к которому утопия безгосударственного состояния стремится в силу своих положительных заданий. Но здесь снова возникает все тот же вопрос: для того чтобы от хаоса и борьбы перейти к величайшей упорядоченности и рациональности, не придется ли напрячь всю силу властного руководства сверху, всю энергию государственного принуждения? Не обратится ли процесс приготовления к высшему торжеству социализма в длительный и тяжкий период ожиданий и неопределенности? Средство и путь не окажутся ли на обозримо долгое время целью и предломом, единственно доступными и достижимыми? Стремясь к состоянию безгосударственному, не случится ли надолго задержаться в состоянии сугубой и нарочитой государственности, в состоянии величайшего противоречия между безконечной заманчивостью заданий и гнетущей недостаточностью достижений? И чувство недостаточности, беспомощности и безсилія предъ огромнымъ и загадочнымъ целью общественной жизни не обратит ли в ничто мечту социализма о «прыжкѣ изъ царства необходимости въ царство свободы»?

Русское наследственное конфликтное право. Конфликты междугосударственные

Бар. Б. Э. Нольде,

Профессора Петроградскаго университета,
Члена Гаагской Постоянной Палаты Третейскаго Суда

Излагать русское право догматически в настоящую минуту задача не только трудная, но в известном смысле недостижимая. Правовой хаос, царствующий в России, дѣлаетъ невозможнымъ различить, что именно изъ нашего права окончательно исчезло и что будетъ продолжать существовать, какъ только возможность правовой жизни, съ восстановленіемъ суда и нормальнаго правопорядка, снова наступитъ на русской территоріи. Затрудненія удваиваются, когда обсуждаешь правовые вопросы международнаго содержания. Въ нихъ, на ряду съ проваломъ русской правовой системы, сталкиваешься съ глубокими и коренными измѣненіями въ международнои обстановкѣ, связанными съ ликвидаціей мировой войны. Сверхъ того, образовавшіеся на русской территоріи новыя политическія единицы отражаютъ на себѣ хаосъ русскихъ условій, и догматическое трактованіе вопросовъ, связанныхъ съ ихъ существованіемъ, подрывается незаконченностью всего историческаго процесса ихъ возникновенія и оформленія.

Изученіе русскаго права пріобрѣтаетъ при такихъ условіяхъ характеръ изученія историческаго, съ гадательными догматическими проекціями.

Нижеслѣдующія страницы посвящены крупному раздѣлу догмы русскаго конфликтнаго права. Они излагаютъ русское право въ томъ видѣ, какъ оно существовало къ началу великой войны. Будущее откроетъ, что изъ данныхъ, которыя собраны, будетъ годиться для догмы русскаго права, какимъ оно будетъ въ моментъ восстановленія русскаго правопорядка. Я не дѣлаю попытки исправить изложеніе права 1914 года, хотя въ частяхъ можно уже и сейчасъ сказать, что нѣкоторыя изъ излагаемыхъ мной правилъ никогда не получатъ значенія дѣйствующаго русскаго права. Все равно, я не могъ бы исправить картину въ цѣломъ.

Я оправдываю попытку догматическаго изложенія русскаго конфликтнаго права 1914 года въ 1921 году тѣмъ, что съ восстановленіемъ русскаго правопорядка намъ придется въ области этого права вернуться на почву именно 1914 г., чтобы продолжить преемственное развитіе нашихъ коллизіонныхъ нормъ. Надо имѣть въ виду, что

русское конфликтное право было мало известно, но по существу дѣла оно представляло крупную систему нормъ, которая по всей справедливости могла быть поставлена въ рядъ съ системами другихъ европейскихъ странъ. Ея реставрація такъ же настоятельно необходима, какъ необходима реставрація всей русской культуры. Эта реставрація, возвращеніе къ утраченнымъ въ хаосѣ войны и революціи правовымъ цѣнностямъ, есть неизбежная предпосылка дальнѣйшаго роста и развитія.

§ 1

Русское право о наслѣдственныхъ конфликтахъ богато положительными нормами¹. У насъ имѣлась цѣлая серія законодательныхъ опредѣленій о наслѣдственныхъ конфликтахъ междуобластныхъ. Россіей заключено довольно много наслѣдственныхъ конвенцій, и онѣ восполняли имѣвшіяся правила закона о конфликтахъ междугосударственныхъ. Вся совокупность этихъ опредѣленій не представляла однако собою какого-либо одного логическаго цѣлага, послѣдовательно развивающаго одинъ какой-нибудь принципъ. Напротивъ того, всѣ эти опредѣленія являлись въ полной мѣрѣ разрозненными.

Конфликты русскаго и иностраннаго права разрѣшались въ Россіи или по общему праву, или по правиламъ наслѣдственныхъ конвенцій. Общее право стоитъ на строго территоріальной точкѣ зрѣнія. Ст. 835 Зак. Сост., изд. 1889 г., говоритъ: «Порядокъ наслѣдованія иностранцевъ въ имѣніи, въ Россіи остающагося, опредѣляется общими правилами, для коренныхъ подданныхъ дѣйствующими, съ изъятіями, указанными въ приложеніи I къ примѣчанію 2 при статьѣ 830, и съ соблюденіемъ правилъ, установленныхъ ст. 1247 Законовъ Гражд. скихъ.» Если имѣть въ виду, что приложеніе I къ прим. 2 ст. 830 устанавливало ограниченія по владѣнію недвижимостями въ пограничныхъ губерніяхъ, а ст. 1247 Зак. Гражд. касается порядка вызова наслѣдниковъ, то собственно конфликтное содержаніе приведенной ст. 835 Зак. о Сост. сводится къ распространенію территоріальнаго начала на наслѣдованіе, какъ въ недвижимомъ, такъ и въ движимомъ имуществѣ.

Это основное положеніе о подчиненіи наслѣдованія послѣ иностранцевъ въ Россіи русскому праву терпится у насъ весьма несущественныя

¹ Литература: Нольде, Коллизіи равномѣстныхъ законовъ о наслѣдованіи въ движимостяхъ по русскому праву, Вѣстн. Пр., 1900 г. сент., стр. 1—42; Садовскій, Основы частнаго международнаго права и примѣненіе ихъ въ области наслѣдованія (по закону), Варшава, 1903; Niemeyer, Rechtsgutachten in Angelegenheiten des Nachlasses des Kaiserlich Russischen Staatsraths O. v. Küster, 1912; то же подъ заглавіемъ Erbschaftliche Ingerenz russischer Konsularbehörden in Deutschland, въ Zeitschrift, XXIII (1913), 1—19; Klibanski, Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften — vom 12. November/31. Oktober 1874, mit Erläuterungen, 1913; Нольде, Наслѣдованіе въ движимомъ имуществѣ, оставшемся послѣ русскаго подданнаго въ Германіи, Вѣстн. гражд. пр., 1913, кн. 7, стр. 154—160; Змирловъ, Изъ практики гражданскаго кассационнаго департамента, Ж. М. Ю. 1911, кн. 2, стр. 176—193.

законодательныя ограниченія. Оставляя въ сторонѣ пока тѣ ограниченія, которые внесены въ указанную систему территоріальности наслѣдованія международными договорами, — слѣдуетъ отмѣтить, что собственно законодательныя ограниченія идутъ въ двухъ направленіяхъ: во-первыхъ, принципъ личнаго закона установленъ для наслѣдованія въ нѣкоторыхъ русскихъ государственныхъ бумагахъ и, во-вторыхъ, онъ принятъ для небольшихъ наслѣдствъ, остающихся послѣ турецкихъ подданныхъ въ Россіи.

Что касается перваго ограниченія, то оно изображено въ ст. 1218 Зак. Гр. такъ: «Наслѣдованіе послѣ иностранцевъ въ безсрочныхъ долгахъ ихъ, въ государственную долговую книгу внесенныхъ, а также въ капиталахъ по непрерывно-доходнымъ билетамъ, принадлежавшимъ умершему безъ завѣщанія иностранцу, опредѣляется правилами, изложенными въ Уставѣ Кредитномъ (изд. 1903 г. Разд. I, ст. 58; Разд. II, ст. 39)». Въ свою очередь, указанные правила Устава Кредитнаго таковы: (Разд. I, ст. 58) «Въ случаѣ смерти иностраннаго вкладчика безъ завѣщанія, безсрочный долгъ имѣетъ поступать къ его наслѣдникамъ, по порядку и правамъ наслѣдія того государства, къ которому онъ принадлежалъ»; (Разд. II, ст. 39) «Въ случаѣ смерти иностранца, владѣющаго непрерывно-доходнымъ билетомъ, капиталъ по сему билету и доходъ съ онаго поступаетъ къ его наслѣдникамъ, по порядку и правамъ наслѣдія того государства, къ которому владѣлецъ принадлежалъ».

Второе ограниченіе территоріальности наслѣдованія въ Россіи вытекаетъ изъ ст. 1248¹, гдѣ сказано:

«Деньги на сумму свыше пятидесяти рублей, оставшіяся послѣ умершаго турецко-подданнаго, или вырученныя отъ продажи принадлежавшаго ему движимаго имущества, если на нихъ никто не заявитъ своихъ правъ въ теченіе полугода со дня пропечатанія публикаціи о вызовѣ наслѣдниковъ въ Сенатскихъ Объявленіяхъ или выставленія вызова у дверей камеры Судьи (ст. 1239), передаются мѣстному Турецкому Консулу, а при неимѣніи въ данной мѣстности Турецкихъ Консуловъ — отсылаются въ Первый Департаментъ Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, въ томъ и другомъ случаѣ по надлежащемъ удостовѣреніи, что умершій наслѣдодатель пользовался на законномъ основаніи правами турецкаго подданства». Если по отношенію къ подданнымъ нѣкоторыхъ иностранныхъ государствъ наше право устанавливало спеціальныя коллизіонныя правила, то это дѣлалось путемъ договоровъ съ ихъ странами; заключеніе договора съ Турціей было невозможнымъ, за отсутствіемъ необходимой почвы взаимности, въ виду дѣйствія въ Турціи капитуляцій; поэтому правило о личномъ законѣ покоится здѣсь на русскомъ законодательствѣ, а именно на Выс. утв. 22 февраля 1894 г. мѣншіи Государственнаго Совѣта (оно лишь переработано законодателемъ въ законѣ 1912 года, измѣнившемъ порядкомъ публикаціи).

Коллизіонная норма ст. 1248¹ заключается въ томъ, что въ дѣлахъ о наслѣдованіи въ движимостяхъ на сумму не свыше 500 рублей, при томъ непремѣнномъ условіи, что въ теченіи полугода никто не заявитъ своихъ правъ (не только наслѣдственныхъ, но, по смыслу статьи, и

личный закон наследодателя. Такая коллизонная норма выражена в ст. 1248¹ не прямо, а путем установления правила о передаче наследственного имущества национальным властям умершаго, которая, очевидно, будет примѣнять свое право. Ст. 1248¹ не дѣлает различія между наследованіем по закону и по завѣщанію и должна разсматриваться какъ обнимающая оба случая.

Само собой разумѣется, что внѣ указанныхъ въ ст. 1248¹ условій: стоимости имущества не свыше 500 рублей и отсутствия требованій въ теченіе 6 мѣсяцевъ, турецкія наследства подлежатъ дѣйствию общихъ правилъ объ иностранцахъ (дополненныхъ ст. 1248).

Обращаясь къ правиламъ подсудности дѣлъ о наследствѣ послѣ иностранцевъ въ Россіи, слѣдуетъ имѣть въ виду, что общее право, подчиняя иностранцевъ русскому закону, тѣмъ самымъ опредѣляетъ подсудность ихъ въ охранительномъ порядкѣ при наследованіи безъ завѣщанія и въ исковомъ порядкѣ во всѣхъ случаяхъ суду, въ вѣдомствѣ котораго открылось наследство, т. е., согласно твердо установленной въ Россіи, послѣ рѣшенія Сената 1885 г. № 131, по д. Воронцовой, судебной практикѣ, суду мѣста послѣдняго передъ смертью мѣстожительства умершаго (ст. 1408, ср. 1408^a, и 215 Уст. гр. суд.); въ охранительномъ-же порядкѣ, при наследованіи по завѣщанію, суду по мѣсту нахождения завѣщаннаго имущества или по мѣсту жительства завѣщателя (ст. 1060 зак. гр.). Эти правила, которыя я излагаю, какъ правила внутреннего нашего права, совершенно суммарно и не входя въ обсужденіе имѣющихся въ литературѣ контроверзь, обязательны для всѣхъ иностранцевъ, подчиненныхъ системѣ общаго права. Они дополняются частными правилами о вѣдомствѣ судовъ по отдѣльнымъ охранительнымъ дѣйствіямъ, которыя опять-таки обязательны для иностранцевъ.

§ 2

Принципъ теоріи статутовъ, проповѣдывавшей примѣненіе личного закона наследодателя къ движимостямъ, проникъ въ Россію главнымъ образомъ при посредствѣ договоровъ, заключенныхъ ею съ западно-европейскими державами. Соглашенія эти привели къ тому, что территориальный принципъ, освященный ст. 835 Зак. Сост., былъ значительно ограниченъ въ своемъ дѣйствіи. Первые конвенціи, касавшіяся вопросовъ наследованія, правда, исключали еще дѣйствіе личного закона, довольствуясь уравненіемъ иностранцевъ въ правѣ наследованія съ мѣстными подданными. Изъ утратившихъ силу конвенцій такого типа, надо вспомнить конвенцію 1785 г. съ Австріей, изъ которой кодификаторъ, путемъ довольно искусственнаго обобщенія, сдѣлалъ извѣстной намъ текстъ ст. 835 Зак. Сост.; дѣйствующими въ моментъ начала міровой войны оставались ст. 13 торговаго договора съ Англіей 31 декабря 1858 г./12 января 1859 г., ст. 4 торговаго договора съ Швейцаріей 14/26 ноября 1872 г., ст. 5 торговаго договора съ Перу 4/16 мая 1874 г. (Сборникъ дѣйствующихъ договоровъ и конвенцій, изд. М. И. Д., I, 130, 482, 389); утратили силу къ этому

времени ст. 10 торговаго договора 1832 г. съ Американскими Соединенными Штатами, ст. 12 торговаго договора съ Королевствомъ Обѣихъ Сицилій 1845 г., ст. 3 торговаго договора съ Италіей 1863 г.

Изъ этихъ опредѣлений достаточно привести англійское и швейцарское. Ст. 13 договора съ Англіей 1858/59 г. устанавливаетъ: «Подданные каждой изъ договаривающихся сторонъ . . . будутъ имѣть право приобрѣтать оную (собственность) и располагать ею посредствомъ . . . духовнаго завѣщанія, наследства по умершемъ безъ духовнаго завѣщанія или всякими иными способами на тѣхъ-же условіяхъ, какія установлены законами страны для всѣхъ иностранцевъ. Ихъ наследники и представители ихъ правъ могутъ наследовать такую собственность и вступать во владѣніе оною, какъ сами лично, такъ чрезъ дѣйствующихъ отъ ихъ имени агентовъ, точно такъ же и съ соблюденіемъ тѣхъ же закономъ предписанныхъ формальностей, какъ и туземные подданные. Въ случаѣ отсутствія наследниковъ и представителей правъ умершаго, въ отношеніи собственности будетъ поступаемо точно также, какъ было бы поступлено съ подобною-же собственностью, принадлежащею туземному подданному и находящеюся въ тѣхъ-же обстоятельствахъ . . .». Ст. 4 русско-швейцарскаго торговаго договора 1872 г. почти тождественна: «. . . Они (подданные и граждане каждой изъ обѣихъ Высокихъ договаривающихся Сторонъ) будутъ властны такую (собственность) приобрѣтать или отчуждать посредствомъ . . . духовныхъ завѣщаній, по наследству безъ завѣщанія и всякими иными способами на тѣхъ-же условіяхъ, какія дѣйствующими въ странѣ законными постановлены для всѣхъ иностранцевъ вообще. — Ихъ наследники или преемники ихъ правъ будутъ властны такую собственность наследовать и вступать во владѣніе оною лично или чрезъ дѣйствующихъ отъ ихъ имени агентовъ, тѣмъ же порядкомъ и съ соблюденіемъ тѣхъ же узаконенныхъ формальностей, какъ и туземные подданные или граждане. Въ случаѣ отсутствія наследниковъ или преемниковъ правъ, съ таковою собственностью будетъ поступаемо такимъ же образомъ, какъ съ подобною собственностью, принадлежащею туземному подданному или гражданину и находящеюся въ тѣхъ же обстоятельствахъ . . .»

Содержаніе конвенцій такого типа юридически сливается въ Россіи съ нашимъ общимъ правомъ о наследственныхъ конфликтахъ: онѣ также провозглашаютъ нераздѣльное господство территориальнаго права.

§ 3

На смѣну этого типа соглашеній съ начала 40-хъ годовъ придти другой. Новыя соглашенія стоятъ равнымъ образомъ на принципѣ территориальномъ, но дѣлаютъ изъ него первое, пока еще весьма скромное по размѣрамъ, но все-же имѣющее значеніе извѣтіе. Оно состоитъ въ томъ, что къ охранѣ наследственнаго имущества допускается представитель національной власти умершаго — его консуль. Доля его участія въ производствѣ наследственнаго дѣла опредѣляется при этомъ не всегда достаточно ясно; практика имѣетъ возможность толковать

ее настолько широко, что эта система въ известной мѣрѣ предвосхищаетъ начало дѣйствія личнаго закона.

Беру самое раннее изъ этихъ соглашеній — декларацію съ Франціей, 17/29 мая 1843 г. (Мартенсъ, XII, 192). Она гласитъ:

«Въ случаѣ смерти подданныхъ ихъ Государства, Россійскіе Консулы, Вице-Консулы и Консульскіе Агенты во Франціи и Французскіе Консулы, Вице-Консулы и Консульскіе Агенты въ Россіи, или, за неимѣніемъ таковыхъ, обоюдные Дипломатическіе Агенты, будутъ имѣть право приступить, обще съ надлежащимъ мѣстнымъ начальствомъ, къ составленію описи вещамъ, принадлежащимъ къ наслѣдству; наложить, вмѣстѣ съ печатью помянутаго мѣстнаго начальства, печать Консульства или Посольства; наконецъ, принять всѣ мѣры, нужныя для сохраненія наслѣдства.

«Сверхъ того, они будутъ имѣть право, въ случаѣ смерти подданныхъ ихъ Государства, не оставившихъ духовнаго завѣщанія и не назначившихъ душеприказчика, исполнять, прямо отъ себя или по требованію участвующихъ сторонъ, всѣ нужныя для охраненія пользы наслѣдниковъ формальности, предваряя о томъ мѣстное начальство: вступить отъ ихъ имени во владѣніе наслѣдствомъ, привести оное въ известность и управлять онымъ лично или чрезъ назначенныхъ подъ ихъ отвѣтственностью повѣренныхъ.»

Эта декларація внесла въ практику большія сомнѣнія. Предусматривая рядъ правилъ охранительнаго характера, она оставляла совершенно открытымъ вопросъ, остается-ли, и въ какихъ предѣлахъ, обязательнымъ для французскихъ подданныхъ въ Россіи правило Законовъ о Состояніяхъ относительно примѣненія ко всѣмъ иностранцамъ русскаго наслѣдственнаго права, въ частности, передается-ли наслѣдственное имущество консулу въ указанныхъ деклараціей условіяхъ для доставленія его тѣмъ наслѣдникамъ, кои указываются Французскимъ закономъ или тѣмъ, кои указываются русскимъ закономъ, и затѣмъ, на всякое-ли имущество распространяются полномочія консуловъ по охранѣ и завѣдыванію наслѣдствомъ, или только на движимое.

Свидѣтельствомъ возникшихъ сомнѣній явился указъ Сената 15 Сентября 1847 г. Этотъ указъ (напечатанъ въ П. С. З., 21¹. 533 и Обзорѣннѣ дѣйствующихъ въ Россіи узаконеній объ иностранцахъ, 1859, 31, вып.) даетъ рядъ разъясненій деклараціи 1843 г., если не исчерпывающихъ сомнѣнія, то все-же имѣющихъ значеніе для пониманія принятой тогда системы правилъ о наслѣдованіи послѣ иностранцевъ въ Россіи. Сенатъ не умѣетъ еще ясно поставить собственно коллизіонный вопросъ, но все-таки болѣе или менѣе его нащупываетъ. Сенатъ констатируетъ, что послѣ изданія деклараціи «возникли пренія» между нѣкоторыми русскими судебными мѣстами и французскими консулами, и резюмируетъ эти пренія такъ:

«Первыя (русскія судебныя мѣста), основываясь на статьѣ 1390, т. IX свода зак. о сост. (теперь ст. 835) полагаютъ, что французскому посольству и консуламъ предоставлено только производить съ мѣстнымъ начальствомъ опись оставшемуся послѣ умирающихъ въ Россіи французскихъ подданныхъ имуществу, и принимать всѣ нужныя мѣры къ

охраненію пользы наслѣдниковъ, замѣняя въ семъ случаѣ личность ихъ самихъ, но что симъ не отмѣняется установленный въ вышеупомянутой статьѣ порядокъ наслѣдованія имѣній въ Россіи иностранцами, на общихъ съ коренными подданными правилахъ, коими предписано: денежные капиталы, остающіеся послѣ умершихъ, по приведеніи ихъ въ известность, отсылать для храненія въ кредитныя мѣста до судебного о нихъ опредѣленія. Напротивъ того, французское посольство и консулы, ссылаясь на декларацію 29 Мая 1843 г., настаиваютъ на предоставленіи имъ права не только исполнять, прямо отъ себя или по требованію участвующихъ сторонъ, всѣ нужныя для охраненія пользы наслѣдниковъ формальности, но и вступать отъ ихъ имени во владѣніе наслѣдствомъ, приводить оное въ известность и управлять онымъ лично или чрезъ назначенныхъ подъ ихъ отвѣтственностью повѣренныхъ.»

Конкретно такимъ образомъ ставился прежде всего вопросъ, передается-ли наслѣдство иностранному консулу или нѣтъ; но въ этомъ конкретномъ вопросѣ скрывался и болѣе абстрактный вопросъ о томъ, будетъ-ли примѣняться къ наслѣдованію русское или-же національное право наслѣдодателя. Сенатъ отвѣчаетъ на сомнѣнія практики четырьмя слѣдующими положеніями: «1. Декларация 29 Мая 1843 г. не имѣетъ предметомъ вовсе изъять французскихъ подданныхъ, проживающихъ въ Россіи, или ихъ имущества, отъ дѣйствія русскіхъ законовъ; но цѣль ея есть та, чтобъ охранить выгоды отсутствующихъ наслѣдниковъ тѣхъ французовъ, которые умираютъ въ Россіи . . . 2. По точному смыслу сей деклараціи, посольство и консулы, по сдѣланіи вмѣстѣ съ мѣстнымъ начальствомъ описи наслѣдству, оставшемуся послѣ французскаго подданнаго, имѣютъ полное право не только принимать всѣ мѣры, нужныя для сохраненія наслѣдства, предваряя о томъ мѣстное начальство, но и вступать отъ своего имени во владѣніе составляющимъ движимость наслѣдствомъ, приводить его въ известность и управлять онымъ лично или чрезъ назначенныхъ подъ ихъ отвѣтственностью повѣренныхъ, если умершій не оставилъ послѣ себя духовнаго завѣщанія и не назначилъ душеприказчика; 3. Единственно въ случаѣ споровъ, возникающихъ между участвующими въ наслѣдствѣ лицами, разсмотрѣніе и рѣшеніе тяжбъ, относящихся къ сему предмету, должны быть предоставлены русскіимъ судебнымъ мѣстамъ; 4. Дѣла о недвижимыхъ имѣніяхъ, остающихся въ Россіи послѣ французскихъ подданныхъ, принадлежатъ разсмотрѣнію и рѣшенію русскіхъ-же судебныхъ мѣстъ.»

Сенатъ не рѣшается открыто признать въ этомъ разъясненіи, что декларація 1843 г. влечетъ за собою прямое ограниченіе дѣйствія русскіхъ территоріальныхъ законовъ въ отношеніи наслѣдованія движимостей. Но по смыслу положеній, высказанныхъ въ указѣ, безусловно подлежатъ мѣстному праву лишь оставшіеся послѣ французовъ недвижимости. Въ отношеніи-же движимостей лишь въ исковомъ порядкѣ господствуетъ русскій законъ; если спора о наслѣдствѣ нѣтъ, а дѣло идетъ о производствѣ только охранительномъ, то русскія учрежденія уступаютъ свою компетенцію французскому консульскому или дипло-

матическому представительству, а тѣмъ самымъ, какъ-будто, молчаливо вступаетъ въ свои права и французскій матеріальный законъ. Но этотъ выводъ отнюдь не можетъ считаться установленнымъ сколько-нибудь прочно. Сейчасъ, впрочемъ, тѣмъ менѣе основаній на немъ настаивать, что декларация 1843 г. давно перестала дѣйствовать.

Система декларации — привлеченіе консуловъ къ охранѣ наслѣдствъ постепенно вводится у насъ и другими международными договорами; таковы торговые договоры съ Нидерландами и Греціей середины прошлаго вѣка, болѣе или менѣе близко напоминающіе русско-французскую декларацию 1843 г.

Договоръ съ Нидерландами 1/13 Сентября 1846 г. (Сборникъ, I², 373) въ ст. 3 in fine постановляетъ такъ: «. . . Въ случаѣ смерти и если наслѣдники не находятся на самомъ мѣстѣ, Консулы той націи, къ которой принадлежалъ умершій, а въ небытность ихъ подлежащая мѣстныя начальства, озаботятся предварительно о сохраненіи оставшагося имущества, точно такъ же, какъ бы то было сдѣлано въ подобномъ же случаѣ относительно имущества туземнаго жителя, до тѣхъ поръ, пока законный наслѣдникъ не приметъ надлежащихъ мѣръ для вступленія во владѣніе наслѣдствомъ. Всѣ споры касательно наслѣдства будутъ разбираемы до послѣдней инстанціи по законамъ и судьями той страны, гдѣ открылось наслѣдство.»

Въ этой формулѣ, чрезвычайно, съ юридической точки зрѣнія, несовершенной, собственно конфликтный вопросъ — вопросъ о томъ, по какому закону наслѣдуютъ послѣ голландцевъ въ Россіи и послѣ русскихъ въ Голландіи, — въ общей формѣ прямо не ставится. Только въ исковомъ порядкѣ гарантирована компетенція мѣстнаго закона и мѣстнаго суда; а на тотъ случай, когда спора нѣтъ, вопросъ остается открытымъ. Консулъ призывается къ охраненію наслѣдства до тѣхъ поръ, пока законный наслѣдникъ не вступитъ въ права наслѣдованія: какой законъ указываетъ, кто законный наслѣдникъ и по какому закону онъ вступаетъ въ права наслѣдованія, конвенціей не опредѣляется. Положеніе столь-же неопредѣленно, какъ по французской декларации до ея разясненія въ сенатскомъ указѣ 1847 г. При такой неопредѣленности, трудно, конечно, считать, что русско-голландскій торговый договоръ ввелъ въ дѣйствіе начало подчиненія наслѣдованія, въ какомъ-бы то ни было объемѣ, личному закону наслѣдодателя. Русской судебной практикѣ, какъ равно и практикѣ голландскихъ судовъ, насколько я могъ прослѣдить, не пришлось установить толкованій по приведенному правилу, но весьма сомнительно, чтобы она могла придти къ иному выводу.

Статья 12 торговаго договора съ Греціей, 12 Іюня 1850 г. (Сборникъ I², 208), измѣненная соглашеніемъ 1905 г., и вмѣстѣ съ послѣднимъ отмѣненная конвенціей 1913 г., буквально воспроизводитъ французскую декларацию 1843 г., дополняя ее, однако, правиломъ относительно споровъ о наслѣдствѣ, вполне аналогичнымъ тому, которое мы только-что читали въ конвенціи съ Голландіей 1846 г. и которое было принято въ сенатскомъ толкованіи французской декларации. Вотъ соответствующій текстъ:

«Ст. 12 (1) Консулы, Вице-Консулы и Консульскіи Агенты російскіе въ Греціи и греческіе въ Россіи или, за неимѣніемъ таковыхъ, общія дипломатическія миссіи будутъ имѣть право, въ случаѣ смерти соотечественниковъ, приступить, обще съ подлежащимъ мѣстнымъ начальствомъ, къ составленію описи предметамъ, принадлежащимъ къ наслѣдству; приложить, вмѣстѣ съ печатами помнутаго мѣстнаго начальства, печать Консульства или Миссіи и, наконецъ, принять всѣ мѣры, нужныя для сохраненія наслѣдства. — (2) Сверхъ того, они будутъ имѣть право, по смерти соотечественниковъ ихъ, не оставившихъ духовнаго завѣщанія и не назначившихъ душеприкащиковъ исполнять по своей обязанности (d'office) или по требованію участвующихъ сторонъ обряды, нужныя для охраненія выгодъ наслѣдниковъ, предвзявъ о томъ мѣстное начальство, вступить отъ ихъ имени во владѣніе наслѣдствомъ, привести оное въ извѣстность и завѣдывать онымъ лично или чрезъ назначенныхъ подъ ихъ отвѣтственностью повѣренныхъ.»

«Ст. 13. Если возникнутъ споры между разными соискателями, имѣющими право на наслѣдство, то оныя будутъ рѣшаться окончательно по законамъ и въ судилищахъ той страны, гдѣ откроется наслѣдство. . .»

Эти правила страдали тѣми-же неясностями, что и договорные прецеденты, на которыхъ они основаны. Опять-таки, совершенно точно установлено только, что въ исковомъ порядкѣ нѣтъ мѣста примѣненію національнаго закона наслѣдодателя. Но вытекало-ли дѣйствіе этого закона изъ охранительныхъ постановленій ст. 12? Судебная практика въ Россіи косвенно давала отрицательный отвѣтъ, чрезвычайно суживая охранительныя функціи греческихъ консуловъ въ Россіи. Кассационное рѣшеніе 1879 г., № 197, по д. архимандрита Амфилохія, посвященное обсужденію требованія греческаго консула въ Москвѣ о передачѣ ему завѣдыванія наслѣдственнымъ имуществомъ, оставленнымъ греческимъ подданнымъ, выводило изъ приведенныхъ статей греческаго договора, сопоставляемыхъ имъ съ конвенціями болѣе поздняго типа, слѣдующія положенія:

«Изъ точнаго смысла сихъ постановленій заключеннаго съ Греціей трактата явствуетъ, что консульская власть, не бывъ уполномочена, подобно той-же власти въ постановленіяхъ новѣйшихъ деклараций, на самостоятельныя дѣйствія по охраненію наслѣдства и на охраненіе движимаго наслѣдства въ качествѣ депозита до явки наслѣдниковъ, дѣйствуетъ въ случаѣ неоставленія наслѣдодателемъ завѣщанія и назначения душеприкащиковъ и является представителемъ наслѣдниковъ, вступая отъ ихъ имени во владѣніе наслѣдствомъ; иначе, имущество передается консулу тогда, когда бы оно подлежало передачѣ извѣстному наслѣднику, а ни въ какомъ случаѣ тогда, когда еще не извѣстно, кто будетъ признанъ наслѣдникомъ; напротивъ, въ случаѣ возникшаго спора между разными соискателями наслѣдства, въ числѣ коихъ могутъ находиться и лица, не принадлежащая къ націи, охраняемой консуломъ, консульской власти вовсе не предоставлено принятіе наслѣдственнаго имущества, но споръ долженъ рѣшиться по законамъ страны, гдѣ наслѣдство открылось.»

Совершенно ясно, что, при такомъ пониманіи правилъ конвенціи, о томъ, чтобы охранительныя полномочія консуловъ могли влечь за собой дѣйствіе, хотя бы въ отношеніи движимостей, національнаго закона наслѣдодателя, рѣчи быть не можетъ. Такъ смотрѣла на дѣло и греческая судебная практика: рѣшеніе Аѣинскаго апелляціоннаго суда 1905 г. прямо указывало, что наслѣдованіе послѣ русскаго подданнаго въ Греціи подчиняется греческому закону (Journal, 36, 1909, 555).

Изложенный выводъ въ полной мѣрѣ былъ подтвержденъ содержаніемъ заключеннаго между Россіей и Греціей, гораздо позднѣе, особаго соглашения о взаимной выдачѣ небольшихъ движимыхъ наслѣдствъ 13 Декабря 1905 г. (П. С. З., 26. 936; Собр. узак., 1906, ст. 608): это соглашение признало, что по смыслу ст. 12 договора 1850 г. на греческихъ подданныхъ въ Россіи, такъ же, какъ на русскихъ подданныхъ въ Греціи, распространялось, въ дѣлахъ наслѣдственныхъ, общее мѣстное право и что передачѣ національнымъ консуламъ наслѣдственное имущество, кромѣ движимыхъ наслѣдствъ до 1500 р. (4000 фр.), не подлежало.

Текстъ обмѣна нотъ таковъ:

«Наслѣдства на сумму до 1500 рублей (4000 фр.) или соотвѣтственная сумма, вырученная отъ продажи движимаго имущества, принадлежащаго русско-подданнымъ, умершимъ въ Греціи, или греческо-подданнымъ, умершимъ въ Россіи, будутъ, при отсутствіи прямыхъ наслѣдниковъ, и если на нихъ никто не заявитъ своихъ правъ въ теченіе полугода со дня послѣдней публикаціи о вызовѣ наслѣдниковъ, передаваемы мѣстнымъ Россійскимъ или Греческимъ Консуламъ, въ случаѣ же отсутствія таковыхъ въ мѣстности, гдѣ открылось наслѣдство, отсылаемы въ соотвѣтствующія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ для передачи Императорской Миссіи въ Аѣинахъ или Королевской Греческой Миссіи въ С.-Петербургѣ.

При этомъ разумѣется, что постановленія статьи 12 пар. 2 договора между Россіей и Греціей 1850 года останутся по прежнему въ силѣ и будутъ примѣняться въ соотвѣтствіи съ законоположеніями по сему предмету обѣихъ странъ, поскольку эти законоположенія (а именно ст. 1248¹, т. X, Зак. Гражд., изд. 1900 г. и ст. 202 и 224, т. V, Уст. о пошл., изд. 1903 г., въ примѣненіи къ Россіи, а также ст. 27 греческаго закона Ахке въ примѣненіи къ Греціи) — не подвергнутся впослѣдствіи измѣненію.»

Очень странна ссылка нотъ 1905 г. на ст. 1248¹ Зак. Гражд. и ст. 202 и 224 Уст. о пошл. Текстъ первой приведенъ выше, и мы знаемъ, что она касается турецкихъ малыхъ наслѣдствъ; вторая статья говоритъ объ освобожденіи отъ пошлины съ имуществовъ, переходящихъ безмездными способами, нѣкоторыхъ имуществовъ; она представляетъ собою только малую часть общихъ правилъ объ этой пошлинѣ, и непонятно, почему сдѣлана такая частная ссылка; только третья статья указана правильно: она говоритъ объ обложеніи наслѣдственныхъ имуществовъ иностранцевъ.

Надо имѣть въ виду, что общее греческое конфликтное право стоитъ на подчиненіи наслѣдованія въ движимостяхъ послѣ иностранцевъ національному закону послѣднихъ; ср. Politis, Le droit international privé en Grèce, Journal 35 (1908), 5—24, 406—420.

§ 4

Слѣдующій въ хронологическомъ порядкѣ типъ нашихъ соглашеній съ иностранными государствами о наслѣдствахъ не представленъ ни однимъ изъ до послѣдняго времени сохранившихся силу договоровъ. Но онъ все-же долженъ быть отмѣченъ въ нашемъ обзорѣ; такъ какъ составляетъ логическое звено между системой только что рассмотрѣнныхъ соглашеній, привлекающихъ консуловъ къ охранительному наслѣдственному производству, и системой болѣе новыхъ договоровъ, заключавшихся съ 70-хъ годовъ прошлаго столѣтія и опредѣленно, и сознательно построенныхъ на признаніи общимъ образомъ дѣйствія національнаго закона въ отношеніи движимаго наслѣдства. Эта промежуточная система устанавливаетъ выдачу наслѣдственной движимости національнымъ консуламъ умершихъ иностранцевъ. Сенатъ, толкуя декларацію съ Франціей 1843 года, почти вплотную подошелъ къ установленію такой системы. Но совершенно опредѣленно она впервые осуществлена торговымъ договоромъ между Россіей и Австріей 8/20 Юля 1846 г. (Мартенсъ, IV, I, 551), ст. 14 котораго предусматриваетъ «передачу въ распоряженіе» (mise à la disposition) движимой части наслѣдства національному консулу умершаго. Болѣе подробно та-же система развита въ нѣсколькихъ конвенціяхъ, заключенныхъ въ 50-хъ и 60-хъ годахъ съ отдѣльными германскими государствами и составленныхъ по одному образцу. Это договоры съ Пруссіей 25 Декабря 1856 г./6 Января 1857 г. (Мартенсъ, VIII, 459), съ Баваріей 17/29 Января 1858 г. (Мартенсъ, VIII, 493), съ Саксоніей 11/23 Апрѣля 1864 г. (Мартенсъ, VIII, 509) и съ Ганноверомъ 23 Марта /4 Апрѣля 1866 г. (Мартенсъ, VIII, 559). Устанавливая право консуловъ на охрану движимыхъ наслѣдствъ ихъ подданныхъ совместно съ властями территоріальными, эти соглашения добавляютъ, что, «если начальники миссій и дипломатическіе агенты, консулы, вице-консулы и торговые агенты снабжены законными довѣренностями отъ надлежащимъ порядкомъ признанныхъ наслѣдниковъ, то наслѣдство должно быть выдано имъ немедленно, если только не будетъ противъ сего объявленъ споръ со стороны какого либо кредитора, туземнаго или иностраннаго». Въ соотвѣтствіи съ этими новыми началами была — въ тѣ-же годы — пересмотрѣна и декларація 1843 г. съ Франціей. Ее замѣнила ст. 20 торговаго договора 2/14 Юня 1857 г. (Мартенсъ XV, 337), которая къ постановленіямъ этой деклараціи добавляетъ, что по окончаніи охранительныхъ мѣръ консулы вступаютъ во владѣніе принадлежащими къ наслѣдству цѣнностями¹. Наконецъ, къ тому-же типу условій относится ст. XIX торговаго договора съ Австріей

¹ По ст. 20 торговаго договора съ Франціей въ русской судебной практикѣ возникали сомнѣнія относительно объема полномочій консуловъ въ охранительномъ производствѣ. С.-Петербургская Судебная Палата въ рѣшеніи 2 августа 1868 г. по д. французскаго консула Бюрграфъ съ кн. Шаховскимъ (Суд. Вѣстн., 1868, № 200) пришла къ слѣдующему выводу: ст. 20 трактата даетъ право французскимъ консуламъ въ Россіи и русскимъ во Франціи, безъ довѣренности наслѣдниковъ, не только принимать мѣры по охраненію наслѣдства, но и предъявлять иски по открывшемуся наслѣдству.

2/14 Сентября 1860 г., которую, для ближайшей характеристики системы, можно воспроизвести цѣликомъ:

«Въ случаѣ смерти Русскаго подданнаго въ Австріи или Австрійскаго подданнаго въ Россіи, вездѣ, гдѣ только Консулу, Вице-Консулу и Консульскому агенту, а въ небытность ихъ, дипломатическому агенту націи умершаго, будетъ по близости его пребыванія возможно принять участие въ распоряженіяхъ, нужныхъ для составленія описи движимой части оставшагося наслѣдства и для сохраненія оной, подлежащая начальства будутъ исполнять всѣ эти формальности вмѣстѣ съ таковымъ консульскимъ или дипломатическимъ агентомъ, который, сверхъ печати, приложенной мѣстнымъ начальствомъ, приложитъ еще печать консульства или посольства и вмѣстѣ съ этимъ начальствомъ озаботится о всѣхъ нужныхъ мѣрахъ къ охраненію пользы наслѣдниковъ. Однако, принадлежація къ движимому наслѣдству вещи могутъ быть передаваемы въ распоряженіе консульскаго или дипломатическаго агента, участвовавшаго въ вышесказанныхъ мѣрахъ не иначе, какъ на основаніи довѣренности, выданной лицами, имѣющими право на то наслѣдство, или въ силу уполномочія общаго или частнаго, которымъ онъ будетъ снабженъ на этотъ предметъ отъ своего Правительства. При семъ также разумѣтся, что таковая выдача можетъ послѣдовать не иначе, какъ за вычетомъ всего, что будетъ подлежать въ странѣ, гдѣ открылось наслѣдство... Для вѣщаго обезпеченія исполненія предыдущихъ постановленій, мѣстныя начальства будутъ обязаны вѣдомлять вышесказанныхъ консульскихъ или дипломатическихъ агентовъ немедленно о каждомъ умершемъ изъ подданныхъ обоюдныхъ государствъ.»¹

Какъ уже сказано, трактатныя правила такого типа утратили свою силу. Единственный остатокъ установленной ими системы представляла специальная русско-англійская декларация 9 Августа 1880 г., посвященная, узкому по своему значенію, вопросу о наслѣдствахъ моряковъ. (Сборникъ, I², 45.) По этой декларациі безъ установленныхъ законами страны формальностей русскимъ консуламъ въ Англіи и англійскимъ консуламъ въ Россіи выдаются наслѣдства, оставленныя матросами ихъ національныхъ судовъ, принадлежащими къ ихъ подданству, если р змѣры наслѣдства не превышаютъ 50 ф. ст. или 350 руб.²

¹ Толкуя приведенную статью, кассационный сенатъ совершенно правильно указывалъ, что выдача наслѣдства австрійскому консулу «не можетъ имѣть иного смысла, какъ тотъ, что съ момента такой выдачи прекращается по отношенію къ выданному наслѣдству компетенція туземныхъ судовъ»; однако, онъ не рѣшался сказать, что выдача наслѣдства обязательна, а утверждалъ, будто «такая передача зависитъ всецѣло отъ усмотрѣнія властей страны, гдѣ открылось наслѣдство», — толкованіе явно ошибочное съ точки зрѣнія смысла ст. 19. Ср. рѣшеніе 1888 г., № 34, по д. Якшча.

² Въ Сборникѣ, I², 65 напечатаны обрывки переписки 80-хъ годовъ между Россіей и Нидерландами, касательно передачи второю русскимъ консуламъ наслѣдствъ до 250 флор. послѣ русскихъ подданныхъ, служившихъ и умершихъ въ Нидерландской Индіи. Но эта переписка воспроизведена такъ небрежно, что не легко судить объ истинномъ ея содержаніи.

Систему выдачи наслѣдствъ смѣняютъ въ 70-хъ годахъ спеціальныя наслѣдственныя конвенціи, подробно разрѣшающія столкновенія русскаго и иностраннаго, матеріальнаго и процессуальнаго права. Образцомъ для такихъ конвенцій послужила конвенція, заключенная 20 Марта/1 Апрѣля 1874 г. съ Франціей (Сборникъ, I², 67). Съ несущественными частными поправками этотъ образецъ былъ воспроизведенъ въ наслѣдственной конвенціи съ Германіей 31 Октября/12 Ноября 1874 г. (Сборникъ, I², 47), такихъ-же конвенціяхъ съ Италіей 16/28 Апрѣля 1875 г. (Сборникъ, I², 59), Испаніей 14/26 Іюня 1876 г. (Сборникъ, I², 53) и Швеціей-Норвегіей 28 Марта/9 Апрѣля 1889 г., послѣ разрыва уніи этихъ странъ, дѣйствовавшей для каждой изъ нихъ въ отдѣльности (Сборникъ, I², 76).

Близко примыкало къ введенной этими конвенціями системѣ содержаніе ст. 22 торговаго договора между Россіей и Австро-Венгріей 2/15 февраля 1906 г., посвященной наслѣдственнымъ конфликтамъ впредь до заключенія, какъ сказано въ статьѣ, особой наслѣдственной конвенціи между двумя странами, которая такъ и не состоялась (Сборникъ торг. дог. 1).

Наконецъ, въ недавнее время текстъ наслѣдственныхъ конвенцій 70-хъ годовъ подвергся въ Россіи пересмотру, и на основаніи выработанаго новаго текста, по существу мало отступавшаго отъ прежняго, но съ технической точки зрѣнія несомнѣнно улучшеннаго по соображенію съ многолѣтней практикой прежнихъ конвенцій, были заключены двѣ новыхъ наслѣдственныхъ конвенціи, а именно конвенція съ Даніей 22 Апрѣля/5 Мая 1913 г. (распространенная обмѣномъ нотъ 1915/1916 гг. на датскіе Антильскіе острова) и конвенція 17/30 Августа 1913 г. съ Греціей (Собр. узак. 1914, ст. 421, 1916, ст. 641, 1914, ст. 2334) (Извѣстія М. И. Д. 1914, II, 7; III—IV, 8; 1914, VI, 4).

Общее содержаніе всѣхъ этихъ конвенцій — раннихъ съ шестью государствами, упрощенной съ Австро-Венгріей и новѣйшихъ съ двумя государствами — сводится къ слѣдующимъ основнымъ чертамъ. Послѣ смерти своихъ соотечественниковъ, консула призываются къ принятію охранительныхъ мѣръ, опечатанію и описи наслѣдства; затѣмъ, движимое наслѣдство передается консуламъ, которые въ теченіе извѣстнаго срока обязаны хранить его въ депозитѣ. За этотъ срокъ кредиторы наслѣдства предъявляютъ свои требованія, которыя удовлетворяются согласно закону мѣста и подлежатъ вѣдомству мѣстныхъ судебныхъ учреждений. Послѣ истеченія срока движимое имущество поступаетъ въ распоряженіе консуловъ и наслѣдуется по правиламъ національнаго закона наслѣдодателя, за исключеніемъ однако наслѣдственныхъ требованій мѣстныхъ подданныхъ, которыя обсуждаются мѣстными судами по мѣстнымъ законамъ. Недвижимости остаются цѣликомъ и безусловно подчиненными закону территоріи.

Если сопоставить эти конвенціи съ болѣе ранними соглашеніями Россіи, то оказывается, что франко-русской наслѣдственной конвенціею 1874, г., составленной, въ свою очередь, по образцу франко-австрійской наслѣдственной конвенціи 1866 г., въ Россіи введенъ, въ

окончательной и недвусмысленной формѣ, традиціонный принципъ теоріи статутовъ — подчиненіе движимаго наслѣдства закону національному и недвижимаго закону территориальному.

Догматическій итогъ изложенныхъ данныхъ сводился въ 1914 году къ тому, что въ Россіи дѣйствовали двѣ системы разрѣшенія наслѣдственныхъ конвенцій, система общаго права, которая примѣнялась къ подданнымъ и гражданамъ всѣхъ тѣхъ странъ, на которыя не распространяется вторая система, и конвенціонная система, которая примѣнялась къ подданнымъ слѣдующихъ государствъ: Австріи и Венгріи, Германіи, Греціи, Даніи, Испаніи, Италіи, Норвегіи, Франціи и Швеціи. Система общаго права представляетъ два варианта: чистый режимъ русскаго автономнаго конфликтнаго права (особенность — для малыхъ турецкихъ наслѣдствъ) и режимъ русскаго автономнаго конфликтнаго права съ частичнымъ видоизмѣненіемъ его въ отношеніи Голландіи конвенціей 1846 г. Конвенціонная система знаетъ три варианта: режимъ договоровъ французскаго образца, режимъ русско-австро-венгерской конвенціи и режимъ новѣйшихъ договоровъ.

§ 6

Конвенціонная система подходит совершенно иначе къ опредѣленію подсудности дѣлъ объ установленіи наслѣдственныхъ правъ въ охранительномъ и исковомъ порядкѣ, нежели къ ней подходило общее право. Она узаконяетъ, поскольку идетъ рѣчь о движимостяхъ, національную подсудность этихъ дѣлъ, приходя къ этому результату путемъ установленія спеціальнаго охранительнаго процесса, который можетъ быть названъ смѣшаннымъ, такъ какъ самое въ немъ характерное — совмѣстное участіе въ производствѣ власти мѣстной и власти консульской.

Въ свою очередь, національная подсудность дѣлъ о наслѣдованіи въ движимой части наслѣдства, являющаяся конечнымъ результатомъ смѣшаннаго охранительнаго процесса, обезпечиваетъ господство въ отношеніи движимаго наслѣдства матеріальнаго права страны, къ которой, по своему подданству, принадлежитъ наслѣдодатель. Въ этомъ — не менѣе, чѣмъ въ національной подсудности — коренное отличіе системы конвенціонной отъ системы общаго права, ибо послѣдняя состоитъ, мы знаемъ, именно въ подчиненіи русскому закону наслѣдованія иностранцевъ, за частными, уже указанными, изъятіями.

Разъ національная подсудность и сила національнаго матеріальнаго закона въ отношеніи движимой части наслѣдства обезпечивается смѣшанной мѣстно-консульской процедурой охраненія наслѣдства, то описаніе этой процедуры представляетъ собой ключъ къ конвенціонной системѣ разрѣшенія въ Россіи международныхъ наслѣдственныхъ конфликтовъ. Смѣшанный мѣстно-консульскій охранительный процессъ слагается изъ нѣсколькихъ послѣдовательныхъ моментовъ: опечатаніе наслѣдства, его опись, охраненіе, ликвидація и передача консулу; эти стадіи производства частью совпадаютъ съ подобными-же стадіями производства внутренняго, а частью свойственны только изучаемой смѣшанной

формѣ. Соотношеніе правилъ мѣстныхъ объ охраненіи наслѣдствъ и правилъ, содержащихся въ конвенціяхъ, въ общемъ рисуется, какъ основанное на нѣкоторомъ внутреннемъ равноправіи тѣхъ и другихъ. Нельзя сказать, чтобы смѣшанная форма охраненія представляла собой только частичное отступленіе отъ правилъ мѣстныхъ, какъ это, повидимому, разумѣлось при составленіи текстовъ конвенцій съ шестью государствами (такъ ради краткости, я буду называть конвенціи 70-хъ и 80-хъ годовъ съ Германіей, Испаніей, Италіей, Норвегіей, Франціей и Швеціей), гдѣ, въ ст. 1, говорилось, что въ случаѣ смерти иностранца въ Россіи или русскаго за-границей «подлежація по мѣсту смерти власти обязаны принять относительно движимаго и недвижимаго имущества умершаго тѣ-же мѣры охраненія, какія по законамъ страны должны быть принимаемы относительно наслѣдствъ послѣ мѣстныхъ жителей, но съ соблюденіемъ притомъ постановленій, изложенныхъ въ нижеслѣдующихъ статьяхъ.» Не говоря уже о томъ, что формально всякая конвенція по своему авторитету выше внутренняго права и отмѣняетъ противоположныя ей постановленія послѣдняго, нельзя не отмѣтить сразу-же, что по существу смѣшанный порядокъ охраненія наслѣдствъ отнюдь не простая сумма изъятій изъ правилъ внутренняго охраненія, ибо, во-первыхъ, онъ ведетъ къ совершенно иной цѣли, а именно къ передачѣ наслѣдства въ вѣдѣніе иностранной власти и иностраннаго закона, и, во-вторыхъ, заключаетъ въ себѣ правила, которыя совершенно чужды внутреннему охраненію, въ особенности правила относительно ликвидаціи наслѣдства, которыхъ не знаетъ внутренней процессъ, ибо онѣ тѣсно связаны съ указанной выше спеціальной цѣлью смѣшаннаго охраненія. Поэтому, совершенно правильно конвенціи съ двумя государствами (такъ я буду ниже означать конвенціи 1913 г. съ Даніей и Греціей) опускаютъ приведенное построеніе конвенцій съ шестью государствами.

§ 7

Первое существенное отличіе охранительнаго производства общаго права и охранительнаго производства по конвенціямъ заключается въ различіи основной предпосылки того и другого. По общему праву не всякое наслѣдство вызываетъ охранительное производство. Въ этомъ отношеніи русское право держится системы, основанной на принципѣ невмѣшательства власти въ охраненіе наслѣдствъ внѣ опредѣленныхъ закономъ случаевъ. Напротивъ того, съ точки зрѣнія конвенціонной, охраненіе наслѣдства иностранца является во всѣхъ случаяхъ обязательнымъ, иначе говоря, конвенція стоитъ на точкѣ зрѣнія австрійскаго права, которое, какъ извѣстно, въ противоположность другимъ, считаетъ, что всякій случай смерти и открытія наслѣдства даетъ поводъ къ охраненію. Можно думать, что первая русская наслѣдственная конвенція съ Франціей, построенная по образцу конвенціи Франціи съ Австріей 1866 г., черпаетъ это основное начало именно изъ австрійскаго права.

Предпосылка охраненія смѣшанной формы изображена въ конвенціяхъ съ шестью государствами такъ:

Ст. 1. «Въ случаѣ смерти француза (германца, испанца, и т. д.) въ Россіи или русскаго во Франціи (Германіи, Испаніи, и т. д.), безъ различія¹, имѣлъ-ли умершій осѣдность въ странѣ или былъ въ ней только проѣздомъ, подлежащая по мѣсту смерти власти обязаны принять относительно движимаго и недвижимаго имущества умершаго тѣ же мѣры охраненія, какія по законамъ страны должны быть принимаемы относительно наслѣдствъ послѣ мѣстныхъ жителей, но съ соблюденіемъ притомъ постановленій, изложенныхъ въ нижеслѣдующихъ статьяхъ». — Этотъ текстъ не оставляетъ сомнѣнія, что охраненіе наслѣдства въ порядкѣ конвенціи обязательно во всѣхъ случаяхъ смерти иностранцевъ въ странѣ. Было-бы прямымъ нарушеніемъ смысла статьи утвержденіе, что въ словахъ «обязаны принять . . . тѣ же мѣры охраненія, какія по законамъ страны должны быть принимаемы относительно наслѣдствъ мѣстныхъ жителей» заключается ссылка на правила мѣстнаго закона касательно предпосылокъ обязательнаго охраненія наслѣдства. Такъ утверждаетъ Нимейеръ, толкуя русско-германскую конвенцію 1874 г. и выводя изъ этого толкованія, что въ Германіи конвенціонныя мѣры охраненія должны быть въ отношеніи русскихъ наслѣдствъ принимаемы только въ томъ случаѣ, если эти мѣры по обстоятельствамъ дѣла были-бы обязательны въ отношеніи мѣстныхъ наслѣдствъ. Клибанскій совершенно правильно отвѣтилъ Нимейеру указаніемъ, что его толкованіе основано на лишенной всякаго оправданія подстановкѣ понятія — «предпосылки охраненія, установленныя мѣстнымъ закономъ», — на мѣсто употребленныхъ въ конвенціи словъ: «мѣры охраненія, установленныя этимъ закономъ».

Кромѣ случая смерти въ странѣ иностранца, конвенціонное охранительное производство обязательно и тогда, когда иностранное наслѣдство осталось въ странѣ. Объ этомъ говоритъ ст. 12: «Постановленія настоящей конвенціи равнымъ образомъ примѣняются къ наслѣдству послѣ подданнаго одного изъ договаривающихся государствъ, умершаго внѣ предѣловъ другого государства, но оставившаго въ семь послѣднемъ движимое или недвижимое имущество».²

Въ ст. 22 торговаго договора съ Австро-Венгріей п. 2 тѣ же начала изложены такъ: (1). «Когда въ Австріи или Венгріи будетъ оставлено наслѣдство русскимъ уроженцемъ, или въ Россіи австрійскимъ или венгерскимъ уроженцемъ, гдѣ только Генеральному Консулу, Вице-Консулу или Консульскому Агенту, а за неимѣніемъ таковыхъ, дипломатическому агенту націи умершаго, будетъ, по близости его пребыванія, возможно принять участие въ распоряженіяхъ, необходимыхъ для составленія описи движимой части оставшагося наслѣдства и для сохраненія оной, подлежащая власти будутъ исполнять всѣ эти формальности вмѣстѣ съ таковымъ консульскимъ или дипломатическимъ агентомъ, который сверхъ печати, приложенной мѣстнымъ начальствомъ, приложитъ еще печать Консульства или Посольства и вмѣстѣ

¹ Словъ: «безъ различія, имѣлъ-ли . . . проѣздомъ» — нѣтъ въ конвенціяхъ съ Норвегіей и Швеціей; отсутствіе ихъ однако не мѣняетъ смысла, и они дѣйствительно излишни, ибо подразумеваются.

² Въ конвенціяхъ съ Норвегіей и Швеціей соотвѣтствуетъ статья 16.

съ этимъ начальствомъ озаботится о всѣхъ нужныхъ мѣрахъ къ охраненію интересовъ наслѣдниковъ . . . (8). Въ видахъ обезпеченія соблюденія означенныхъ постановленій, мѣстныя власти должны немедленно доводить до свѣдѣнія указанныхъ выше дипломатическихъ или консульскихъ агентовъ о каждомъ случаѣ смерти принадлежащихъ къ ихъ подданству лицъ.»

Существенное отличіе этого правила отъ правилъ конвенцій съ шестью государствами заключается въ томъ, что смѣшанный охранительный процессъ, приводящій къ передачѣ наслѣдства иностранному консулу, въ данной связи возникаетъ только въ случаѣ смерти иностранца въ странѣ; простой фактъ оставленія въ странѣ имущества недостаточенъ, и такое наслѣдственное имущество остается подчиненнымъ общему праву. Результатъ этотъ по содержанию, конечно, не логиченъ, но онъ ясно устанавливается австро-венгерской конвенціей, восполненіе которой въ этомъ отношеніи по аналогіи съ болѣе послѣдовательнымъ правиломъ конвенцій съ шестью государствами, очевидно, было невозможно.

Наконецъ, конвенція съ двумя государствами даетъ по существу тотъ же отвѣтъ, что конвенція съ шестью государствами, только формулированный нѣсколько иначе. Опредѣляющимъ непременность смѣшаннаго охраненія обстоятельствомъ признается здѣсь обязательное извѣщеніе консуловъ о смерти ихъ соотечественниковъ, каковое извѣщеніе влечетъ за собой во всѣхъ случаяхъ начатіе охранительнаго производства. Ст. 1 этихъ конвенцій говоритъ такъ: «1. Въ случаѣ смерти русскаго въ Даніи (Греціи) или датчанина (грека) въ Россіи мѣстныя власти обязаны немедленно извѣстить объ этомъ случаѣ Генеральнаго Консула, Консула, Вице-Консула или Консульскаго Агента той страны, къ которой принадлежалъ умершій, и въ округѣ котораго послѣдовала смерть. Съ другой стороны, консульская власть обязана поступить точно такъ же по отношенію къ мѣстнымъ властямъ, если она узнаетъ о послѣдовавшей смерти ранѣе сихъ послѣднихъ.»¹

Это постановленіе дополняется ст. XVIII, гдѣ сказано: «Постановленія настоящей конвенціи, равнымъ образомъ, должны примѣняться и къ наслѣдствамъ подданныхъ каждаго изъ договаривающихся государствъ, умершихъ внѣ территоріи другого государства, но оставившихъ въ семь послѣднемъ движимое или недвижимое имущество.»

Такимъ образомъ, открытіе всякаго иностраннаго наслѣдства служитъ предпосылкой обязательности охраненія такого наслѣдства совмѣстно консуломъ и мѣстной властью. Смѣшанный охранительный процессъ не можетъ однако въ нѣкоторыхъ случаяхъ возникнуть въ виду фактическаго препятствія, заключающагося въ томъ, что не вездѣ на территоріи государства будетъ на лицо иностранный консулъ. Это фактическое обстоятельство конвенціонное право должно было предусмотрѣть и предусматриваетъ; оно не дѣлаетъ изъ него того вывода, что въ такихъ условіяхъ конвенція вообще дѣйствовать не можетъ, а лишь измѣняетъ ходъ процесса, приводя его однако къ тому-же, что обычно, консу — къ передачѣ движимаго наслѣдства національной власти;

¹ Пп. 2 и 3 ст. I касаются опредѣленія понятій консулъ и консульская власть и способовъ установленія національности умершихъ.

только тутъ всё предварительныя стадіи производства проходятъ согласно мѣстной праву, при одностороннемъ участіи мѣстной власти.

Конвенціи съ шестью государствами объ этомъ говорятъ слѣдующимъ образомъ:

«Ст. 11. (1). Если русскій во Франціи (Германіи, Испаніи и т. д.) или французъ (германецъ, испанецъ и т. д.) въ Россіи скончается въ такомъ мѣстѣ, гдѣ нѣтъ консульской власти его націи, то подлежащая мѣстная власть приступаетъ, по законамъ страны, къ опечатанію и описи наслѣдства. Засвидѣтельствованныя копии этихъ актовъ, совокупно со свидѣтельствомъ о смерти и національнымъ паспортомъ умершаго, передаются, въ возможно краткій срокъ, ближайшей отъ мѣста открытія наслѣдства, консульской власти или же сообщаются, чрезъ министерство иностранныхъ дѣлъ, дипломатическому агенту той націи, къ которой принадлежалъ умершій. — (2). Подлежащая мѣстная власть принимаетъ, относительно оставшихся послѣ умершаго имуществомъ всё предписанныя законами страны мѣры и, по истеченіи установленныхъ въ ст. 5 сроковъ (срокъ хранения имущества консуломъ въ качествѣ депозита, см. ниже), передаетъ наслѣдственное имущество, въ возможной скорости, помянутымъ дипломатическимъ или консульскимъ агентамъ. — (3). Само собою разумѣется, что, коль скоро посольствомъ націи умершаго или ближайшею консульскою властью будетъ прислано на мѣсто уполномоченное лицо, то охраняющая наслѣдство мѣстная власть обязана сообразоваться съ правилами, установленными предыдущими статьями» (т. е. правиламъ смѣшаннаго охраненія)¹.

¹ Въ конвенціи съ Норвегіей и Швеціей система нѣсколько видоизмѣнена. Приведу текстъ ст. 11 этой конвенціи: (1). Если наслѣдство послѣ умершаго находится въ такой мѣстности, гдѣ нѣтъ консульской власти его націи, то подлежащая мѣстная власть приступаетъ, за исключеніемъ помянутого въ послѣднемъ пунктѣ (части) случая, по законамъ страны, къ опечатанію и описи наслѣдства. Засвидѣтельствованныя копии этихъ актовъ, вмѣстѣ со свидѣтельствомъ о смерти и національнымъ паспортомъ умершаго, передаются въ кратчайшій срокъ ближайшей отъ мѣста открытія наслѣдства консульской власти или же сообщаются, чрезъ министерство иностранныхъ дѣлъ, дипломатическому агенту той націи, къ которой принадлежалъ умершій. — (2). Подлежащая мѣстная власть принимаетъ, относительно оставшаго послѣ умершаго имущества, всё предписанныя законами страны мѣры, и передаетъ, въ случаѣ надобности, наслѣдственное имущество въ возможной скорости помянутымъ дипломатическимъ, или консульскимъ агентамъ, согласно постановленіямъ ст. 5. — (3). Само собою разумѣется, что коль скоро миссіей націи умершаго или ближайшей консульской властью будетъ прислано на мѣсто уполномоченное лицо, то охраняющая наслѣдство мѣстная власть обязана сообразоваться съ правилами, установленными предыдущими статьями. — (4). Если русскій подданный умретъ въ Швеціи, въ такой мѣстности, гдѣ нѣтъ консульской власти его націи, то мѣстная власть обязана немедленно уведомить о томъ ближайшую русскую консульскую власть, дабы можно было приступить къ дѣйствіямъ, упомянутымъ въ ст. 2. Два главныхъ пункта отличія этихъ правилъ отъ правилъ другихъ конвенцій сводятся къ слѣдующему. Во-первыхъ, передача движимаго имущества консулу не поставлена въ зависимость — ничѣмъ не оправдываемую, какъ указано въ текстѣ, — отъ истеченія сроковъ хранения консуломъ имущества въ депозитѣ. Наоборотъ, совершенно ясно установлено, что послѣ такой передачи начинается течь срокъ этого хранения. Во-вторыхъ, въ Швеціи, но не въ Россіи, даже при отсутствіи консула въ мѣстѣ смерти, таковой долженъ быть обязательно приглашенъ къ опечатанію и описи наслѣдственного имущества (ч. 4).

Въ 22 ст. австро-венгерскаго торговаго договора разсматриваемый случай не предусмотрѣнъ. — Въ конвенціяхъ съ двумя государствами ему посвящена ст. XVII, гласящая:

«1. Если русскій въ Даніи (Греціи) или датчанинъ (грекъ) въ Россіи умретъ въ такой мѣстности, гдѣ нѣтъ консульской власти его страны, то подлежащая мѣстная власть должна принять охранительныя мѣры въ отношеніи наслѣдства согласно законамъ страны. Засвидѣтельствованныя копии соответствующихъ актовъ должны быть переданы, въ возможно краткій срокъ, подлежащей консульской власти, вмѣстѣ со свидѣтельствомъ о смерти, духовнымъ завѣщаніемъ или духовными завѣщаніями умершаго и документами, устанавливающими его національность. — 2. Подлежащая мѣстная власть должна принять по отношенію къ имуществу, оставшемуся послѣ умершаго, всё мѣры, предписанныя законами страны, касательно наслѣдствъ національныхъ подданныхъ и должна передать остатки наслѣдства, въ возможно краткій срокъ, дипломатическимъ или консульскимъ агентамъ государства, къ которому принадлежалъ умершій. — 3. При этомъ, однако, разумѣется, что коль скоро дипломатическій представитель государства умершаго или подлежащая консульская власть пришлетъ делегата въ мѣстность, гдѣ произошла кончина, то мѣстная власть, охраняющая наслѣдство, должна сообразоваться съ правилами, установленными предыдущими статьями» (т. е. правилами смѣшаннаго охраненія).

Постановленія, какъ старыхъ, такъ и новыхъ конвенцій, не вызываютъ въ общемъ никакихъ замѣчаній. Когда консула нѣтъ на лицо, то охранять наслѣдство иностранца мѣстная власть, съ тѣмъ, что консульская національная власть умершаго лишь въ концѣ охранительнаго производства получаетъ движимое наслѣдство въ свое распоряженіе и къ нему примѣняетъ свой законъ. Спрашивается, въ какой моментъ съ рельсъ внутренняго мѣстнаго права дѣло въ разсматриваемомъ случаѣ переходитъ на рельсы международныя. Въ старыхъ конвенціяхъ (за исключеніемъ норвежской и шведской), съ одной стороны, и въ новыхъ конвенціяхъ (включая норвежскую и шведскую), съ другой, вопросъ рѣшается разнo. Въ первыхъ наслѣдственная движимость передается консулу по истеченіи срока, который конвенціями назначенъ на храненіе въ депозитѣ консула того наслѣдственного имущества, которое было охраняемо въ смѣшанномъ порядкѣ совместно консульской и мѣстной властью. Срокъ этотъ, мы увидимъ, установленъ для того, чтобы до его истеченія могла быть осуществлена ликвидація наслѣдства путемъ удовлетворенія требованій кредиторовъ наслѣдственной массы. Передача наслѣдственной движимости, охранявшейся, въ случаѣ отсутствія консула, мѣстной властью, только по истеченіи срока, назначеннаго для ликвидаціи, какъ будто говорить за то, что эта ликвидація ложится въ данномъ случаѣ на мѣстную охраняющую власть. Однако, конвенціи ничего не говорятъ объ этомъ, признавая за мѣстной властью лишь право опечатанія и описи, а тѣмъ самымъ общая обязанность хранить наслѣдство и его ликвидировать, возложенная по конвенціямъ на консуловъ,

остаётся въ силѣ. Получается поэтому довольно нелѣпная система: мѣстная власть задерживаетъ на довольно продолжительный срокъ (6 или 8 мѣсяцевъ) передачу наслѣдства консулу, и за этотъ срокъ не въ правѣ произвести ликвидацію; таковая должна быть произведена консуломъ, а для этого требуется истечение второй разъ того же срока. Въ новыхъ конвенціяхъ эта нелѣпность, попавшая въ старыя конвенціи по явному недосмотру, устранена; по силѣ ихъ передача движимаго наслѣдства, охраненнаго мѣстной властью единолично, совершается тотчасъ послѣ составленія описи, а ликвидація — т. е. удовлетвореніе мѣстныхъ не-наслѣдственныхъ требованій къ наслѣдственной массѣ — предоставлена консульской власти.

§ 8

Возлагаемая на консула въ смѣшанномъ мѣстно-консульскомъ охранительномъ производствѣ роль рисуется въ конвенціяхъ, какъ и исполненіе имъ, на территоріи иностраннаго государства, официальныхъ и публичныхъ функцій судебного порядка, не зависящихъ ни отъ какихъ частноправовыхъ полномочій и довѣренностей принадлежащихъ къ его странѣ наслѣдниковъ.

Эта официальная и публичная функція консуловъ признавалась, мы видѣли, уже въ старыхъ, давно утратившихъ обязательную силу, конвенціяхъ. Въ новыхъ конвенціяхъ принципиальной характеристикѣ публичнаго значенія консульскаго вмѣшательства въ дѣла наслѣдственныхъ посвящено специальное правило. Оно изложено въ конвенціяхъ съ шестью государствами такъ:

«Ст. 9. (1). Въ дѣлахъ по открытію, завѣдыванію и ликвидаціи наслѣдствъ, остающихся въ одномъ изъ договаривающихся государствъ послѣ подданныхъ другого, Генеральные Консулы, Консулы и Вице-Консулы той и другой державы суть, въ силу своего званія, представители наслѣдниковъ, и официально признаются за повѣренныхъ этихъ наслѣдниковъ, не будучи обязаны удостовѣрить такое полномочіе особымъ актомъ. — (2). Поэтому они могутъ или лично, или чрезъ повѣренныхъ ими изъ лицъ, имѣющихъ на то, по законамъ страны, право, являться предъ подлежащими властями для защиты, по всякому относящемуся до открывшагося наслѣдства дѣлу, интересовъ наслѣдниковъ, отыскивая ихъ права или отвѣчая по простираемымъ къ нимъ искамъ. — (3). Само собою разумѣется однако, что Генеральные Консулы, Консулы и Вице-Консулы, признаваемые за повѣренныхъ своихъ соотечественниковъ, отнюдь не могутъ быть привлекаемы, лично, въ качествѣ стороны, къ дѣлу, касающемуся наслѣдства.»

Въ 22 ст. русско-австро-венгерскаго торговаго договора 1906 г. основная мысль приведеннаго правила находить себѣ лишь эпизодическое выраженіе: п. 2. (4). — «Консулъ при принятіи остатка наслѣдства [передаваемого ему, по ликвидаціи требованій кредиторовъ наслѣдства, мѣстной властью], въ качествѣ должностнаго лица, будетъ выдавать квитанцію мѣстнымъ властямъ, для чего не требуется ни довѣренности управомоченныхъ лицъ, ни общаго, ни specialнаго разрѣшенія его правительства.»

Въ конвенціяхъ съ двумя государствами правило изложено нѣсколько иначе, чѣмъ въ конвенціяхъ съ шестью государствами:

Ст. XII. «1. Во всѣхъ вопросахъ, могущихъ возникнуть по поводу открытія, управленія и ликвидаціи наслѣдствъ, Консулъ той и другой страны признается de jure представителемъ наслѣдства. Мѣстные власти ни въ какомъ случаѣ не могутъ требовать отъ Консула ни довѣренностей отъ наслѣдниковъ, ни официальныхъ доказательствъ существованія наслѣдниковъ, принадлежащихъ къ одному подданству съ умершимъ. — 2. Консулъ можетъ лично или черезъ делегатовъ являться передъ всякими компетентными властями: судебными, административными и другими, чтобы защищать, во всякомъ касающемся открывшагося наслѣдства дѣлѣ, интересы наслѣдства и наслѣдниковъ, отстаивая ихъ права или отвѣчая по предъявленнымъ къ нимъ требованіямъ. Избранные Консуломъ делегаты должны обладать всѣми качествами, требуемыми законами страны, и должны быть снабжены полномочіемъ отъ консульской власти. — 3. Мѣстные власти имѣютъ право, если это допускаютъ мѣстные законы, назначить по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ представителя наслѣдства русскаго въ Даніи (Греціи) или датчанина (грека) въ Россіи, чтобы отвѣчать по судебнымъ искамъ, которые могутъ быть предъявлены къ наслѣдству. Въ этомъ случаѣ власти страны должны тотчасъ же увѣдомить о такомъ назначеніи консульскую власть, которая можетъ, если она признаетъ это необходимымъ, замѣнить собой упомянутаго представителя. — 4. Само собою разумѣется, что консулъ никогда не можетъ быть привлекаемъ лично въ качествѣ стороны къ дѣлу, касающемуся наслѣдствъ его соотечественниковъ.»

Если сопоставлять правило конвенцій съ шестью государствами и правило конвенцій новѣйшихъ, то, въ первую очередь, приходится отмѣтить разницу терминовъ, въ которыхъ то и другое старается очертить падающія на консула обязанности: въ первомъ говорится, что при открытіи, управленіи и ликвидаціи наслѣдствъ консула являются «представителями наслѣдниковъ», а во второмъ, что они являются «представителями наслѣдства». И тотъ, и другой терминъ юридически крайне не точны.

Обращаясь, прежде всего, къ первому, надо отмѣтить, что судебной практикѣ конвенціонныхъ странъ пришлось долго биться, прежде чѣмъ опредѣлилось истинное значеніе признанія консуловъ «представителями наслѣдниковъ».

Въ русской кассационной практикѣ есть старое рѣшеніе, къ которому изъ ст. 9 русско-французской конвенціи была выведена совершенно неосновательная теорія, существенно ограничивающая значеніе консульскаго вмѣшательства въ производство наслѣдственныхъ дѣлъ. Сенатъ (рѣшеніе 1882 г. № 138, по д. Бибера) разсуждалъ такъ:

«Изъ буквального смысла этого международнаго акта, не возбуждающаго никакого сомнѣнія, очевидно, что консулы признаются за повѣренныхъ своихъ соотечественниковъ и что, слѣдовательно, именно въ виду этого ихъ значенія, предоставляется имъ являться предъ подлежащими властями для защиты, по всякому относящемуся до открывшагося наслѣдства дѣлу, интересовъ наслѣдниковъ, отыскивая ихъ

права или отвѣчая по простираемымъ къ нимъ искамъ. Само собой разумѣется, что повѣренный можетъ защищать права и интересы только тѣхъ лицъ, права и интересы которыхъ имъ ввѣрены, а не постороннихъ для него лицъ, слѣдовательно и консуль, признаваемый за повѣренного своихъ соотечественниковъ, можетъ защищать, въ силу своего званія, права и интересы лишь сихъ послѣднихъ, а не права и интересы постороннихъ для него подданныхъ другихъ государствъ». (Въ дѣлѣ послѣ француза наслѣдовали русскій и голландецъ).

Но уже въ рѣшеніи 1883 г. № 1 Сенатъ внесъ существенную поправку къ только что указанной теоріи. Не отрицая своего прежняго толкованія понятія «представитель наслѣдниковъ», онъ указывалъ однако:

«Нѣтъ никакого основанія отождествлять иностранныхъ консуловъ, когда они дѣйствуютъ при исполненіи своихъ служебныхъ обязанностей, съ частными лицами изъ иностранцевъ; лишь въ исключительныхъ случаяхъ, всегда точно опредѣляемыхъ международными конвенціями, иностранные консулы являются въ томъ государствѣ, гдѣ они имѣютъ пребываніе, представителями частныхъ интересовъ; одинъ изъ такихъ случаевъ предусмотрѣнъ ст. 9 конвенціи 1874 года, заключенной между Германіей и Россіей, по смыслу которой консулы имѣютъ право, безъ особаго на то уполномочія отъ заинтересованныхъ лицъ, являться для защиты, по всякому открывающемуся въ Россіи наслѣдству, интересовъ подданныхъ своего государства, какъ наслѣдниковъ къ тому имуществу, отыскивая ихъ права или отвѣчая по простираемымъ къ нимъ искамъ; въ этихъ случаяхъ, законъ признаетъ консуловъ за повѣренныхъ, представляющихъ на судѣ тяжущуюся сторону и посему подлежащихъ дѣйствию законовъ, опредѣляющихъ положеніе тяжущагося на судѣ. Но совсѣмъ въ иномъ видѣ оказывается значеніе консульской власти въ другихъ случаяхъ, въ которыхъ иностранный консуль входитъ въ сношенія съ мировымъ судебнымъ установленіемъ по поводу открывающагося наслѣдства послѣ иностранцевъ. Такъ, въ силу ст. 2 той-же конвенціи, при опечатаніи вещей, движимости и бумагъ умершаго, а также при публикаціяхъ объ открытіи наслѣдства и о вызовѣ наслѣдниковъ или кредиторомъ, германскіе консулы имѣютъ ту-же власть, что и мѣстныя судебныя учрежденія. Почти въ такихъ же границахъ опредѣлена консульская власть и послѣдующими статьями, устанавливающими порядокъ храненія оставшагося наслѣдства, продажу съ публичныхъ торговъ подверженныхъ порчѣ вещей, удовлетвореніе кредиторомъ и, наконецъ, передачу имущества наслѣдникамъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, германскіе генеральные консулы, консулы, вице-консулы дѣйствуютъ, какъ должностныя лица, и сносятся, какъ таковыя, съ судебными учрежденіями имперіи на основаніи общихъ постановленій и, между прочимъ, согласно со ст. 357 т. II ч. 1 Св. Зак. (изд. 1876 г.), обязывающей каждое судебное мѣсто и каждое должностное лицо, получившее законное требованіе другого должностного лица, исполнить оное безъ замедленія.»

Это рѣшеніе, предлагающее иностраннымъ консуламъ пользоваться даже благами Учрежденія Губернскаго, совершенно правильно понимаетъ публичный характеръ консульскихъ функцій. Если оно не

смететь порвать съ понятіемъ «представитель наслѣдниковъ» въ его буквальномъ толкованіи, то все-же рѣшеніе это гораздо ближе подходитъ къ правильной конструкціи консульской функціи по наслѣдственнымъ дѣламъ, чѣмъ рѣшеніе предшествующее.

Дальнѣйшій шагъ на томъ-же пути дѣлаетъ недавнее рѣшеніе общаго собранія перваго и кассационныхъ департаментовъ (1911 г. № 32), гдѣ говорится объ извѣстномъ намъ, далеко не достаточномъ, постановленіи 22 ст. австро-венгерскаго трактата, и выражены слѣдующія положенія:

«... австро-венгерскимъ консуламъ присвоены въ Россіи по дѣламъ о наслѣдствахъ, открывшихся послѣ ихъ соотечественниковъ, только функціи представителя государства, въ подданствѣ коего состоитъ наслѣдодатель. Въ качествѣ такого представителя и какъ должностное лицо этого государства, — что и прямо выражено во 2 п. 22 ст. договора 2/15 февраля 1906 г. (въ концѣ его) — консуль обязательно привлекается къ участию въ распоряженіяхъ русскихъ судовъ, «необходимыхъ для составленія описи движимой части оставшагося наслѣдства и для сохраненія оной», получаетъ остатокъ этой части наслѣдства, ликвидированной русскими властями, безъ непосредственнаго его въ томъ участія, и, наконецъ, выдаетъ мѣстнымъ властямъ квитанцію въ полученіи этого остатка, для чего по договору отъ 2/15 февраля 1906 г., въ отличіе отъ прежняго договора о торговлѣ и мореплаваніи, заключеннаго между Россіей и Австріей 2/14 сентября 1860 г. «... не требуется ни довѣренности управомоченныхъ лицъ, ни общаго, ни спеціальнаго разрѣшенія его правительства.»

Такимъ образомъ, Сенатъ — по крайней мѣрѣ, для русско-австрийскихъ отношеній — подставляетъ, опредѣляя роль консула, на мѣсто употребленнаго въ старыхъ конвенціяхъ неточнаго выраженія «представитель наслѣдниковъ», точный терминъ «представитель государства, въ подданствѣ коего состоитъ наслѣдодатель».

Совершенно аналогичныя сомнѣнія пришлось разрѣшать и судебной практикѣ Франціи, въ связи съ примѣненіемъ франко-русской конвенціи въ прошедшихъ всѣ инстанціи дѣлахъ о наслѣдованіи послѣ русскихъ подданныхъ Цинделя, Савицкаго и баронессы Буксгевденъ. Первое дѣло Сенскимъ Гражд. трибуналомъ 22 июня 1897 г. (Journal 24, 1897, 1034) было рѣшено въ томъ смыслѣ, что вмѣшательство русскаго консула въ охраненіе имущества послѣ русскаго подданаго совершается лишь въ интересахъ русскихъ наслѣдниковъ и что поэтому, когда русскихъ наслѣдниковъ нѣтъ, то не можетъ быть и консульскаго вмѣшательства¹. Это несомнѣнно ошибочное рѣшеніе было отмѣнено Парижскимъ апелляционнымъ судомъ въ рѣшеніи 6 января 1898 г. (Journal 25, 1898, 1108), гдѣ сказано: «если русскій подданный умретъ во Франціи, даже не оставивъ наслѣдника своего подданства, то снятіе печатей и описи должны быть совершены согласно формамъ,

¹ Прецедентомъ служило, повидимому, неправильное толкованіе франко-австрийской конвенціи о наслѣдствахъ 1866 г. Ср. рѣшеніе Сенскаго трибунала 17 июня 1890 г., которое дѣлаетъ ту-же ошибку (Journal, 17, 1890, 686).

предписаннымъ русскимъ законодательствомъ». Кассационный судъ присоединился къ этому взгляду своимъ рѣшеніемъ по тому-же дѣлу 27 марта 1900 г. (Journal 28, 1901, 156), гдѣ высказано: «эти постановленія (ст. 4 и сл. конвенціи), которыя по праву (de plein droit) предоставляютъ французскому или русскому консулу качество повѣреннаго наслѣдниковъ, имѣютъ задачей охраненіе правъ еще не установленныхъ; изъ этого слѣдуетъ, что французскій или русскій консулъ не можетъ быть обявляемъ, въ тотъ моментъ, какъ онъ вмѣшивается въ наслѣдственное производство, въ согласіе съ вышеуказанной конвенціей, къ доказыванію существованія французскихъ или русскихъ наслѣдниковъ; осуществленіе его власти законно во всѣхъ случаяхъ, когда умершій принадлежалъ къ націи, которую онъ представляетъ».

Въ дѣлѣ Савицкаго ставился тождественный вопросъ. Вторая инстанція — Орлеанскій апелляціонный судъ, въ рѣшеніи 7 мая 1896 г. (Journal 24, 1897, 168), совершенно правильно постановила, что русскіе подданные, наслѣдники или легатаріи умершаго во Франціи русскаго, по праву представлены русскимъ консуломъ, причемъ безразлично, находятся ли наслѣдники на лицо или отсутствуютъ, совершеннолѣтні-ли они или несовершеннолѣтні. Это рѣшеніе опиралось на предшествующее ему по времени разъясненіе кассационнаго суда, въ другомъ фазисѣ того-же спора отъ 17 іюня 1895 г., которое установило всѣ только-что воспроизведенныя положенія (Journal 24, 1897, 168).

Наконецъ, въ дѣлѣ наслѣдства баронессы Буксгевденъ шелъ споръ о значеніи участія консула въ производствѣ французскихъ судовъ по спорамъ относительно наслѣдственныхъ правъ, предъявляемыхъ къ имуществу, оставленному русскимъ подданнымъ во Франціи. Дѣло дважды прошло судебныя инстанціи. Въ первой стадіи производства, русскимъ консульствомъ былъ поставленъ на очередь принципиальный споръ о томъ, можетъ-ли то или иное толкованіе конвенціи 1874 г., даваемое французскими судебными мѣстами, быть обязательнымъ для него, какъ представителя русскаго государства: онъ отрицалъ это, считая, что установленіе смысла конвенціи можетъ зависѣть только отъ соглашенія между двумя связанными ею правительствами. Рѣшеніе апелляціонной палаты въ Эксѣ отъ 19 декабря 1906 г. отвергло такое возрѣніе и дало слѣдующее опредѣленіе функций консула: «постановленія конвенціи никоимъ образомъ не уполномочиваютъ г. русскаго консула утверждать, что онъ представляетъ на дѣлѣ въ производствѣ свое правительство; его качество другое; конечно, несомнѣнно, что въ силу его функций, ему по праву, согласно трактату 1874 г., принадлежатъ права управленія наслѣдствомъ, когда, какъ въ данномъ дѣлѣ, русскій подданный скончался на французской территоріи, но это исключительно въ виду его качества представителя наслѣдниковъ; выраженія ст. 9 таковы, что разсѣиваютъ всякія на этотъ счетъ сомнѣнія». Не буду здѣсь затрагивать вопроса о значеніи судебныхъ рѣшеній въ дѣлѣ толкованія международной конвенціи конфликтнаго содержанія. Объ этомъ — въ частности въ связи съ интереснымъ дѣломъ баронессы Буксгевденъ — я надѣюсь подробно говорить въ другомъ мѣстѣ. Въ приведенномъ рѣшеніи существенно въ данной связи то содержаніе, которое

вкладывается судомъ въ понятіе представительства наслѣдниковъ: оно заключается въ томъ, что за консуломъ признается право участія въ судебномъ производствѣ, связанномъ съ любымъ наслѣдованіемъ послѣ его соотечественниковъ (Рѣшеніе въ Journal 34, 1907, 424.). Во второй стадіи производства французскіе суды даютъ ближайшее истолкованіе истиннаго характера участія консула въ судебныхъ спорахъ по наслѣдственнымъ дѣламъ. Ниццкій трибуналъ въ рѣшеніи 6 мая 1908 г. (Journal 35, 1908, 1177) — установилъ, что, такъ какъ русскій консулъ является представителемъ наслѣдниковъ, то всякое судебное рѣшеніе, постановленное противъ него, какъ стороны въ судебномъ спорѣ, должно почитаться постановленнымъ противъ самихъ наслѣдниковъ. Русскій консулъ поддерживалъ и въ этой стадіи свое возрѣніе что онъ выступаетъ въ судѣ въ качествѣ представителя своего правительства. Въ концѣ концовъ, кассационный судъ уклонился отъ прямого отвѣта на этотъ вопросъ. Въ его рѣшеніи 18 января 1911 г. (Journal 38, 1911, 936) установлено, что русскій консулъ, который выступаетъ въ первой и въ апелляціонной инстанціи, въ силу полномочій, которые ему даны конвенціей, можетъ, въ силу тѣхъ-же полномочій, обжаловать передъ кассационнымъ судомъ рѣшеніе, постановленное въ пользу его противниковъ, и поэтому нѣтъ надобности разсматривать вопроса, можетъ-ли онъ, помимо того, выступать отъ имени и въ качествѣ представителя русскаго правительства. Такимъ образомъ, въ конечномъ счетѣ кассационный судъ призналъ споръ, возбужденный русскимъ консуломъ, несодержательнымъ.

Споры относительно общаго смысла консульскихъ обязанностей въ дѣлахъ наслѣдственныхъ возбуждались и въ Германіи. Въ рѣшеніи прусскаго каммергерихта отъ 10 іюня 1907 г. (Deutsche Jur.-Zeitung 1908, Sonderbeil. 12, 271) было установлено, что, по ст. 9 конвенціи, консулъ, по праву, есть представитель наслѣдниковъ и официально признается за ихъ уполномоченнаго, безъ того, чтобы онъ былъ обязанъ доказывать свои полномочія какой-либо особой бумагой. Поэтому, не имѣетъ значенія то обстоятельство, что наслѣдники для устраненія консула заключили договоръ, по которому приняли внѣсудебный раздѣлъ наслѣдства.

Надо подвести итогъ всей этой практикѣ разныхъ странъ и установить, въ чемъ-же заключается, въ концѣ концовъ, роль консула въ дѣлахъ наслѣдственныхъ, открывающихся смертью ихъ соотечественниковъ.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, во-первыхъ, что, какъ органъ, участвующій въ охраненіи наслѣдства, консулъ, вопреки французскимъ рѣшеніямъ по дѣлу баронессы Буксгевденъ и какъ совершенно правильно указываетъ рѣшеніе русскаго общаго собранія 1911 г. № 32, есть именно представитель своего государства. Терминъ старыхъ конвенцій «представитель наслѣдниковъ» и терминъ новыхъ конвенцій «представитель наслѣдства» въ этомъ смыслѣ сами по себѣ одинаково не точны для изображенія роли консула. Какъ представитель государства, къ которому принадлежалъ наслѣдодатель, при томъ безразлично, къ какому подданству принадлежатъ наслѣдники, консулъ выступаетъ въ качествѣ официальнаго лица, ex officio, de jure, de plein droit,

von Rechtswegen, и не можетъ быть никѣмъ, ни мѣстной властью, ни наследниками, устраненъ изъ производства. Во-вторыхъ, консулъ въ тѣхъ случаяхъ, когда наследственное дѣло даетъ поводъ къ судебнымъ спорамъ въ той странѣ, гдѣ наследство открылось, — а такіе споры, мы увидимъ ниже, могутъ возникнуть, съ одной стороны, по требованіямъ кредиторовъ наследства и, съ другой стороны, по наследственнымъ требованіямъ мѣстныхъ подданныхъ, — выступаетъ въ качествѣ стороны. Тутъ онъ является и «представителемъ наследниковъ», и «представителемъ наследства», смотря по тому, въ чемъ заключается споръ. Когда дѣло идетъ о кредиторахъ наследства, онъ представляетъ наследство; когда дѣло идетъ о наследственныхъ правахъ мѣстныхъ подданныхъ, онъ представляетъ наследниковъ, ибо споръ съ мѣстными наследниками иначе, какъ путемъ противопоставленія имъ наследниковъ не мѣстныхъ, вестись не можетъ.

Но это представительство консуломъ наследства и наследниковъ ограничено, притомъ въ д в у х ъ направленіяхъ. Съ одной стороны, оно касается только движимой части наследства. Экская апелляціонная палата въ рѣшеніи 13 декабря 1906 г. (Journal 34, 1907, 1129) совершенно правильно разъяснила, что производство о недвижимомъ наследствѣ, оставленномъ во Франціи русскимъ подданнымъ, подчинено французскому праву, и французскіе суды уполномочены рѣшать о выморочности этихъ имуществъ, а поэтому русскій консулъ не имѣетъ законнаго интереса выступать въ качествѣ третьяго лица противъ рѣшенія, назначившаго опекуна къ такому объявленному выморочнымъ наследству. Это рѣшеніе можетъ быть обобщено въ правило, по которому консулъ не можетъ быть, по своему званію, официальнымъ представителемъ наследниковъ въ судебныхъ спорахъ въ мѣстѣ открытія наследства о недвижимой части наследства. Съ другой стороны, полномочія консула въ качествѣ представителя наследниковъ кончаются въ тотъ моментъ, какъ кончается охранительное производство и наследственная движимость поступаетъ въ вѣдѣніе національной власти на родинѣ наследодателя. Гражданскій кассационный департаментъ сената имѣлъ случай высказаться по этому поводу въ рѣшеніи 1906 г. № 65, по д. Чинизелли, въ которомъ мы читаемъ: «Сопоставленіе означенныхъ статей (статей конвенціи) приводитъ къ тому окончательному заключенію, что обязанности консула заключаются въ охраненіи наследства для наследниковъ, что обязанности эти оканчиваются передачей консуломъ наследства наследникамъ и что, слѣдовательно, послѣ этой передачи, дальнѣйшая защита полученнаго наследства, распоряженіе имъ и раздѣлъ его лежатъ уже на обязанности самихъ наследниковъ, на консулъ-же остается только обязанность выполненія операцій, которыя ему будутъ поручены компетентной итальянской властью, какъ это и разъяснено Туринской Кассационной Палатой по настоящему дѣлу. Изъ изложеннаго слѣдуетъ, что ходатайство о приведеніи въ исполненіе рѣшенія итальянскаго суда, состоявшагося по дѣлу о раздѣлѣ наследства, должно исходить отъ самихъ наследниковъ и что консулъ на такое ходатайство по собственной инициативѣ права не имѣетъ.»

Производство мѣстно-консульское открывается двумя дѣйствіями: опечатаніемъ и описью наследства. Объ этихъ дѣйствіяхъ въ конвенціонномъ правѣ имѣются слѣдующія правила.

Конвенціи съ шестью государствами говорятъ такъ: «Ст. 2. (1). Если смерть послѣдуетъ въ такомъ мѣстѣ или по близости такого мѣста, гдѣ имѣетъ пребываніе Генеральный Консулъ, Консулъ или Вице-Консулъ той націи, къ которой принадлежалъ умершій, то мѣстные власти должны немедленно извѣстить о томъ Консула для совмѣстнаго опечатанія всѣхъ вещей, движимости и бумагъ умершаго. — (2). Консулъ извѣщаетъ такимъ образомъ мѣстные власти, если онъ прежде получить извѣстіе о послѣдовавшей смерти его соотечественника. — (3). Если будетъ признано нужнымъ немедленно приступить къ опечатанію, и оно, по какой бы то ни было причинѣ, не можетъ быть произведено обѣими властями, то мѣстная власть имѣетъ право приложить предварительно свои печати безъ участія консульской власти и наоборотъ, но подъ условіемъ извѣщенія о томъ не участвовавшей въ этомъ власти, которая можетъ затѣмъ приложить и свои печати. — (4). Генеральный Консулъ, Консулъ или Вице-Консулъ можетъ совершать обрядъ опечатанія или самъ лично, или чрезъ посредство избраннаго имъ на сей конецъ повѣреннаго. Въ семъ послѣднемъ случаѣ, повѣренный долженъ быть снабженъ, о своемъ официальномъ значеніи, письменнымъ удостовѣреніемъ отъ консульства и за консульскою печатью. — (5). Приложенныя печати не могутъ быть сняты безъ участія какъ мѣстной, такъ и консульской власти или повѣреннаго отъ сей послѣдней. — (6). Такимъ-же образомъ будетъ поступаемо при составленіи описи всѣмъ движимымъ и недвижимымъ имуществамъ, вещамъ и капиталамъ покойнаго. — (7). Если, однако, по посланному отъ мѣстной къ консульской власти или, наоборотъ, отъ консульской къ мѣстной власти извѣщенію, съ приглашеніемъ участвовать въ снятіи отдѣльныхъ или совмѣстныхъ печатей и въ составленіи описи, приглашенная власть не прибудетъ на мѣсто въ сорока восьми часовой срокъ со времени полученія извѣщенія, то другая власть можетъ и одна приступить къ означеннымъ дѣйствіямъ.»¹

Въ конвенціяхъ съ двумя государствами тѣ-же дѣйствія опредѣляются такъ:

«Ст. II. 1. Въ теченіе двадцати четырехъ часовъ со времени полученія извѣщенія о смерти на всю движимость и бумаги умершаго должны быть наложены печати, независимо отъ того, къ какому подданству принадлежатъ и какое положеніе занимаютъ наследники,

¹ Въ конвенціи со Швеціей добавлена еще одна часть: (8). «Однако, въ случаѣ смерти русскаго подданнаго въ Швеціи, мѣстная консульская власть, которую должна немедленно извѣстить о томъ мѣстная власть, можетъ, безъ участія сей послѣдней, приступить либо лично, либо чрезъ посредство надлежаще уполномоченнаго повѣреннаго къ наложенію, буде нужно, печатей, а также къ составленію описи и внесенію ея въ протоколъ». Смыслъ этого добавленія недостаточно ясенъ. Вѣдь и по силѣ ч. 3 и 6 опечатаніе и опись могутъ быть произведены консуломъ безъ участія мѣстной власти. Зачѣмъ-же было тогда добавлять повтореніе этого постановленія особо для наследствъ послѣ русскихъ въ Швеціи и Норвегіи?

достигли-ли они совершеннолѣтія или нѣтъ, присутствуютъ-ли они или отсутствуютъ и извѣстны-ли они или неизвѣстны. Наложение печатей производится *ex officio* или по ходатайству заинтересованныхъ сторонъ консульскою властью въ присутствіи компетентной мѣстной власти, должнымъ образомъ приглашенной, которая можетъ скрестить свои печати съ печатями консульской власти. — 2. Если консульская власть не приступитъ къ наложенію печатей, то компетентная мѣстная власть должна озаботиться объ этомъ, отправивъ простое приглашеніе консульской власти, которая сохраняетъ за собой право скрестить свои печати съ печатями мѣстной власти. — 3. Печати не должны быть приложены въ тѣхъ случаяхъ, когда наслѣдство состоитъ изъ коммерческаго или промышленнаго предпріятія, которое должно эксплуатироваться согласно постановленіямъ парагр. 2 ст. 8 настоящей конвенціи. — 4. Снятие печатей должно совершаться сообщеніемъ. Однако, если по полученіи приглашенія присутствовать при снятіи печатей, исходящаго отъ мѣстной власти или, наоборотъ, отъ власти консульской, приглашенная власть не явится въ теченіе сорока восьми часовъ со времени полученія извѣщенія, консульская или мѣстная власть, сообразно обстоятельствамъ, одна можетъ приступить къ снятію печатей. — 5. Упомянутыя выше извѣщенія и приглашенія должны быть сдѣланы въ письменной формѣ и врученіе ихъ удостоверяется распиской».

«Ст. III. 1. По снятіи печатей или въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ въ парагр. 3 ст. II, какъ только окажется возможнымъ, опись всему имуществу и всѣмъ вещамъ умершаго должна быть составлена консульскою властью въ присутствіи мѣстной власти или одною этой послѣдней, если консульская власть, не присутствовавшая при наложеніи печатей и приглашенная мѣстной властью къ участію въ составленіи описи, не явится въ теченіе сорока восьми часовъ по полученіи извѣщенія. — 2. Консуль можетъ накладывать и снимать печати, а также составлять опись наслѣдственному имуществу или лично, или чрезъ делегата. Этотъ делегатъ долженъ быть снабженъ полномочіемъ отъ консульской власти, скрѣпленнымъ официальной печатью».

Сопоставленіе стараго и новаго текста убѣждаетъ, что существенной разницы по содержанію между ними нѣтъ. Новая редакція только значительно яснѣе и опредѣленнѣе и устраняетъ многія сомнѣнія, которыя рождались въ судебной практикѣ при примѣненіи старыхъ конвенцій. Къ числу этихъ сомнѣній, возбуждавшихся и въ Россіи, и въ странахъ, съ которыми насъ связывали старыя конвенціи, относится, прежде всего, уже отмѣченный выше и разобранный мною во всѣхъ подробностяхъ, вопросъ о томъ, является-ли консуль органомъ охраны наслѣдственнаго имущества своего соотечественника въ томъ случаѣ, когда наслѣдниками являются иностранные для консула подданные, или, вообще, когда нѣтъ на лицо наслѣдниковъ, принадлежащихъ къ подданству консула. Вопросъ этотъ, мы знаемъ, рѣшается въ томъ смыслѣ, что охранительныя функціи консуловъ осуществляются ими во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о наслѣдствѣ послѣ ихъ соотечественниковъ совершенно независимо отъ подданства на-

слѣдниковъ, съ тѣмъ, впрочемъ, что наличность въ числѣ наслѣдниковъ мѣстныхъ подданныхъ частично измѣняетъ производство.

Само собой разумѣется далѣе, что правила конвенцій объ опечатаеніи и описи наслѣдственныхъ имуществъ дѣйствуютъ и въ томъ случаѣ, когда наслѣдодатель умеръ безъ завѣщанія, и въ томъ, когда онъ завѣщаніе оставилъ. Въ кассационномъ рѣшеніи 1894 г. № 110, по д. Пеше, это совершенно ясное положеніе подтверждено слѣдующими словами: «консульская власть имѣетъ несомнѣнное право требовать составленія описи и передачи ей всего движимаго имущества умершаго въ Россіи итальянскаго подданнаго, несмотря на то, осталось ли послѣ него духовное завѣщаніе или нѣтъ, такъ какъ и самое духовное завѣщаніе должно быть передано ему».

Третье дѣйствіе охранительнаго производства, устанавливаемое конвенціоннымъ правомъ, есть вызовъ наслѣдниковъ. Оно имѣетъ, однако, въ смѣшанномъ производствѣ меньшее значеніе, чѣмъ по общему русскому праву. О немъ въ конвенціяхъ съ шестью государствами сказано такъ: «Ст. 3. Подлежащая власти обязаны дѣлать предписанныя законами страны публикаціи объ открытіи наслѣдства и вызовѣ наслѣдниковъ или кредиторовъ, независимо отъ публикацій, которыя могутъ быть, равнымъ образомъ, дѣлаемы и консульскою властью.»¹ Несмотря на выраженную здѣсь обязательность публикацій, сама конвенція смотритъ на нихъ съ нѣкоторымъ равнодушіемъ, ибо, связывая съ послѣдней публикаціей теченіе нѣкоторыхъ сроковъ, въ первую очередь шестимѣсячнаго срока храненія движимаго наслѣдства въ консульскомъ депозитѣ, она въ тоже время предусматриваетъ, что при отсутствіи такой публикаціи, этотъ срокъ замѣняется срокомъ въ восемь мѣсяцевъ со дня смерти (ст. 5, 7, 8, 10). Въ конвенціяхъ съ двумя государствами сроки вообще не поставлены въ зависимость отъ публикацій о вызовѣ наслѣдниковъ (ст. VII, IX, XI); тѣмъ не менѣе, вызовъ наслѣдниковъ все-же предписанъ ст. IV: «Подлежащая мѣстная власти обязаны дѣлать, установленныя законами страны или ея обычаями, публикаціи объ открытіи наслѣдства и вызовѣ наслѣдниковъ и кредиторовъ, и должны сообщать эти публикаціи консульской власти, которой предоставляется дѣлать публикаціи, признаваемые ею необходимыми.»

§ 10

Послѣ всѣхъ предварительныхъ дѣйствій, о которыхъ было сказано выше, движимая часть наслѣдства передается въ вѣдѣніе

¹ Въ отличіе отъ конвенцій съ другими государствами, конвенція съ Швеціей устанавливаетъ обязательность и консульской публикаціи. Къ тексту остальныхъ конвенцій, который воспроизведенъ, она добавляетъ: «2. Въ случаѣ смерти русскаго подданнаго въ Швеціи, консульская власть должна, въ случаѣ надобности, сдѣлать безотлагательно троекратную о томъ публикацію въ газетахъ, извѣщая кредиторовъ умершаго, что они должны предъявить свои долговые документы до истеченія, назначеннаго въ ст. 5, срока.» Редакція этого правила получаетъ нѣкоторую сбивчивость вълѣдствіе включенія въ нее словъ «въ случаѣ надобности», противорѣчащихъ категорическому провозглашенію обязательности консульскихъ публикацій. Я склоненъ толковать эти слова, какъ указаніе на то, что публикація обязательна во всѣхъ случаяхъ, когда послѣ умершаго осталось наслѣдственное имущество.

консула. Цѣли этой передачи по конвенціямъ двойки. Ближайшей цѣлью является храненіе наслѣдства и его ликвидація; конечной цѣлью — признаніе вѣдомства національной власти и компетенціи національного закона.

Обрядъ передачи движимой части наслѣдства консулу умершаго иностранца описанъ въ конвенціяхъ съ шестью государствами въ I ч. 4 ст. такъ: «По учиненіи описи, согласно постановленіямъ ст. 2, мѣстная власть обязана передать консульской власти, по письменному ея требованію и по означенной описи, все принадлежащее къ наслѣдству движимое имущество, документы, капиталы, долговые документы, бумаги, равно какъ и духовное завѣщаніе, если таковое имѣется.» Въ конвенціи съ двумя государствами говорится слѣдующее: «Ст. V. 1. Все движимое имущество, составляющее наслѣдство, а именно: цѣнности въ наличныхъ деньгахъ или бумагахъ, долговые документы, бумаги, а также духовное завѣщаніе или духовныя завѣщанія, если таковыя окажутся, должны быть переданы безъ всякой задержки подлежащему мѣстной властью консульской власти по простому письменному требованію послѣдней. Мѣстной власти вмѣняется въ обязанность востребовать, въ предѣлахъ ея законной компетенціи, для означенной цѣли составныя части наслѣдства, отъ каждого нотаріуса или адвоката, а также отъ каждого банка или депозитной кассы, словомъ отъ всякаго оффиціального или частнаго лица, у котораго находится какой-бы то ни было предметъ, входящій въ составъ наслѣдства.» По австро-венгерской конвенціи передача наслѣдственнаго имущества совершается въ позднѣйшей стадіи производства, о чемъ ниже.

Эти, сами по себѣ совершенно ясныя, правила надо дополнить указаніемъ на значеніе передачи консулу духовнаго завѣщанія. Духовное завѣщаніе не есть, конечно, наслѣдственная движимость въ собственномъ смыслѣ слова. Поэтому, значеніе его передачи консулу иное, чѣмъ значеніе передачи движимости. Цѣль первой есть обезпеченіе національной власти правильной возможности обезпечить правомѣрное наслѣдственное преемство. Но, такъ какъ, что мы увидимъ ниже, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, при наличности наслѣдниковъ или легатаріевъ изъ мѣстныхъ подданныхъ, переходъ имущества остается въ вѣдѣніи мѣстной власти, то эта послѣдняя имѣетъ основаніе интересоваться судьбой духовнаго завѣщанія и знать его содержаніе. Поэтому, изъ старыхъ конвенцій уже конвенція съ Норвегіей и Швеціей дополняетъ приведенное выше правило I ч. 4 ст. о передачѣ завѣщанія слѣдующими постановленіями: «(2). Въ случаѣ-же если это духовное завѣщаніе заключаетъ въ себѣ распоряженія, коими движимое или недвижимое имущество, оставшееся послѣ умершаго въ странѣ, гдѣ открылось наслѣдство, отказано одному или нѣсколькимъ подданнымъ того государства, въ коемъ послѣдовала смерть, то духовное завѣщаніе передается консульской власти лишь по приведеніи въ исполненіе завѣщательныхъ распоряженій по таковымъ отказамъ.» «(4). Если послѣ русскаго подданнаго останется движимое имущество въ Швеціи, то консульская власть можетъ — въ интересахъ наслѣдниковъ — взять оное въ свое завѣдываніе; но если движимое или недвижимое имущество,

оставшееся послѣ умершаго въ Швеціи лица, отказано по духовному завѣщанію шведскому подданному, то консульская власть обязана передать духовное завѣщаніе, а также отказанное имущество подлежащей шведской власти или тому лицу, которому сія послѣдняя поручить принять таковое.» Мысль этихъ двухъ дополнительныхъ постановленій крайне неясна въ своихъ подробностяхъ. Оба они дополняютъ предписаніе о передачѣ консулу движимаго наслѣдства, иначе говоря, какъ будто рассматриваютъ случай, когда наслѣдство уже передано. Какимъ же образомъ мѣстная власть можетъ, согласно 2 ч. статьи, самостоятельно привести въ исполненіе завѣщательные отказы? Единственный возможный смыслъ постановленія сводится при такихъ условіяхъ къ тому, что, при наличности духовнаго завѣщанія съ отказами въ пользу мѣстныхъ подданныхъ, задерживается передача не только духовнаго завѣщанія, но и соответствующей отказамъ части движимаго наслѣдственнаго имущества. Согласно 4 ч. статьи, дѣйствующей только въ отношеніи Швеціи, а не Норвегіи, на тотъ случай, если бы, по какимъ-либо причинамъ, вопреки предписанію второй части, оказалось, что духовное завѣщаніе миновало мѣстную власть и оказалось у консула, а въ этомъ завѣщаніи содержалось посмертное распоряженіе въ пользу мѣстнаго подданнаго, то консулъ обязанъ передать и завѣщаніе и имущество шведской власти. По буквѣ постановленія выходитъ, что оно дѣйствуетъ только, если распоряженіе сдѣлано въ пользу одного шведа; но, само собой разумѣется, по смыслу оно относится и къ такимъ случаямъ, когда распоряженіе сдѣлано въ пользу нѣсколькихъ мѣстныхъ подданныхъ.

Гораздо яснѣе и проще то рѣшеніе о передачѣ духовнаго завѣщанія консулу, которое содержится въ конвенціяхъ съ двумя государствами. Ст. V, парагр. 5 гласитъ: «Духовныя завѣщанія, найденныя въ запечатанныхъ конвертахъ, должны быть вскрыты консульскою властью. Если духовное завѣщаніе умершаго содержитъ распоряженія, согласно коимъ движимое или недвижимое имущество, оставленное умершимъ въ странѣ, гдѣ открылось наслѣдство, отказывается одному или нѣсколькимъ подданнымъ этого государства, то консульская власть должна предоставлять такое или такія завѣщанія въ распоряженіе заинтересованныхъ лицъ въ теченіе восьмимѣсячнаго срока, предусмотрѣннаго ст. VII, дабы обезпечить имъ возможность воспользоваться преимуществами, предусмотрѣнными въ пар. 2 ст. XIV» (т. е. установленіемъ своихъ наслѣдственныхъ правъ въ мѣстныхъ учрежденіяхъ).

Послѣ полученія переданнаго ему мѣстною властью движимаго наслѣдственнаго имущества, консулъ обязанъ его хранить и имъ управлять въ теченіе опредѣленнаго конвенціями срока, на опредѣленныхъ конвенціями условіяхъ. Лишь по истеченіи этого срока оно переходитъ въ его полное распоряженіе и смѣшанное производство заканчивается.

Этой стадіи производства въ конвенціяхъ съ шестью государствами посвящены такія правила:

«Ст. 4. (2). Консульская власть можетъ сдѣлать распоряженіе о продажѣ съ публичнаго торга всѣхъ принадлежащихъ къ наслѣдству и подверженныхъ скорой порчѣ движимыхъ вещей и такихъ, сохраненіе

коихъ въ натурѣ было бы сопряжено съ обременительными для наслѣдства расходами. Она обязана, однако, обращаться въ этомъ случаѣ къ мѣстной власти для совершенія продажи въ порядкѣ, предписанномъ законами страны.»

«Ст. 6. (1). Консульская власть обязана хранить, какъ депозитъ, подчиненный дѣйствию законовъ страны, внесенные въ опись вещи и капиталы, взысканныя по долговымъ актамъ суммы и поступившіе доходы, а равно деньги, вырученныя отъ продажи движимостей, буде таковая послѣдовала до истеченія шестимѣсячнаго срока со дня послѣдней публикаціи, сдѣланной мѣстной властью объ открытіи наслѣдства, или восьмимѣсячнаго срока со дня смерти, если мѣстной властью публикаціи не было сдѣлано. — (2). Консульской власти предоставляется, однако, безотлагательно обратитъ за счетъ наслѣдственнаго имущества покрытіе расходовъ по предсмертной болѣзни и на похороны умершаго, жалованіе прислугѣ, квартирныхъ, судебныхъ, консульскихъ и другихъ, того-же рода, издержекъ, а также и содержаніе семейства умершаго, если это потребуется.»

«Ст. 5. Консулъ имѣетъ право, подъ условіемъ лишь соблюденія постановленій предыдущей статьи, принимать относительно движимаго и недвижимаго имущества умершаго, всѣ мѣры охраненія, какія онъ сочтетъ полезными въ интересахъ наслѣдниковъ. Онъ можетъ завѣдывать наслѣдствомъ лично или чрезъ избранныхъ имъ и дѣйствующихъ отъ его имени повѣренныхъ и требовать передачи ему всякихъ цѣнностей, принадлежавшихъ умершему и находящихся на храненіи какъ въ публичныхъ кассахъ, такъ и у частныхъ лицъ.»¹

Въ конвенціяхъ съ двумя государствами почти тождественныя положенія выражены такъ:

«Ст. VII. 1. Консульская власть обязана сохранять въ теченіе 8-ми мѣсяцевъ со дня смерти, въ качествѣ депозита, подчиненнаго мѣстнымъ законамъ, вещи и цѣнности, внесенныя въ опись, сумму уплоченныхъ долговыхъ обязательствъ и реализованныхъ доходовъ, а также суммы, вырученныя отъ продажи движимости, если таковая продажа имѣла мѣсто. — 2. Консульская власть можетъ, однако, продавать съ публичнаго торга всѣ входящія въ составъ наслѣдства вещи, подверженныя скорой порчѣ, а также всѣ тѣ, сохраненіе которыхъ въ натурѣ было бы затруднительно и сопряжено съ расходами. Продажа съ публичнаго торга должна производиться подлежащими мѣстными властями по требованію консульской власти и въ порядкѣ, установленномъ законами страны. — 3. Консульская власть имѣетъ право немедленно обратитъ на счетъ актива наслѣдства расходы по послѣдней болѣзни и погребенію умершаго, жалованіе прислугѣ, квартирную плату и другія подобныя издержки, а также, въ случаѣ надобности, суммы, необходимыя для содержанія семейства умершаго.»

¹ Въ конвенціи съ Швеціей и Норвегіей къ послѣднимъ словамъ ст. 5 добавлено: «сообразуясь при этомъ съ законами страны», а затѣмъ идетъ 2 ч.: «Фабрики, заводы и другія торговыя заведенія управляются, а, въ случаѣ надобности, и ликвидируются при участіи консульской власти, согласно съ законами страны, гдѣ таковыя заведенія находятся.»

«Ст. VIII. 1. Консулъ имѣетъ право, подъ условіемъ соблюденія постановленій предыдущей статьи, принимать относительно движимаго или недвижимаго имущества умершаго всѣ тѣ мѣры, которыя онъ сочтетъ полезными въ интересахъ наслѣдниковъ. Онъ можетъ управлять наслѣдствомъ лично или поручить управленіе делегату, котораго онъ назначитъ подъ своею отвѣтственностью и который будетъ дѣйствовать отъ его имени. — 2. Если все наслѣдство или часть его заключается въ коммерческомъ или промышленномъ предпріятіи, то Консулъ имѣетъ право ликвидировать таковое лишь съ согласія всѣхъ наслѣдниковъ¹. За отсутствіемъ такого согласія, предпріятіе должно эксплуатироваться безъ перерыва, впредь до передачи наслѣдства наслѣдникамъ. — 3. Предыдущее постановленіе (2) не распространяется на тѣ коммерческія или промышленныя предпріятія, эксплуатация которыхъ несомнѣнно была-бы убыточной. Такія предпріятія могутъ быть ликвидированы консульской властью, когда она признаетъ это своевременнымъ.»

Передача наслѣдственной движимости, обрядъ которой описанъ въ приведенныхъ постановленіяхъ, совершается во всѣхъ случаяхъ. Н и м е й е р ь, исходя изъ известнаго намъ разсужденія, что смѣшанное охраненіе въ Германіи имѣетъ мѣсто только тогда, когда по германскому закону возбуждается вообще необходимость охранительныхъ мѣръ въ отношеніи наслѣдствъ, дѣлаетъ изъ этой, мы сказали, невѣрной интерпретаціи конвенціи тотъ выводъ, что передача наслѣдства консулу совершается только тогда, когда нужны и были приняты мѣры охраненія. Точка зрѣнія эта неправильна, такъ какъ неправильно все пониманіе механизма конвенціи, предложенное Нимейеромъ. Конвенціи стараго и новаго типа одинаково стоятъ на томъ, что наслѣдство охраняется во всѣхъ случаяхъ, а отсюда слѣдуетъ, что и передача наслѣдственной движимости консулу имѣетъ безусловно обязательный для мѣстной власти характеръ.

§ 11

Но передача наслѣдственной движимости даетъ консулу въ началѣ лишь строго ограниченныя полномочія, которыя сводятся къ охраненію имущества и управленію имъ. Только, когда пройдетъ 6—8 мѣсячный срокъ, наслѣдство безусловно переходитъ изъ области смѣшаннаго вѣдѣнія національной и мѣстной власти въ область исключительно вѣдѣнія власти національной.

Ограниченность полномочій консуловъ въ отношеніи національныхъ наслѣдствъ въ первые 6—8 мѣсяцевъ обусловлена двоякими соображеніями. Во-первыхъ, въ теченіе этого срока должно происходить удовлетвореніе кредиторовъ наслѣдства, которое, по мысли конвенцій, непременно совершается въ мѣстѣ открытія наслѣдства. Во-вторыхъ, въ теченіе того-же срока въ мѣстѣ открытія наслѣдства должны быть заявлены наслѣдственныя права мѣстныхъ подданныхъ.

¹ Здѣсь явная ошибка, допущенная при составленіи конвенціи: согласіе наслѣдниковъ получено быть не можетъ, ибо наслѣдники еще неизвѣстны въ той стадіи производства, о которой идетъ рѣчь. Поэтому, ликвидация можетъ имѣть мѣсто только въ порядкѣ парагр. 3 статьи, а никогда — въ порядкѣ парагр. 2.

Удовлетворенію долговыхъ къ наследственному имуществу требованій посвящена въ конвенціяхъ съ шестью государствами ст. 7, имѣющая слѣдующее содержаніе: «(1). Если, до истеченія упомянутыхъ въ ст. 5 сроковъ, возникнетъ какой-либо споръ по требованіямъ со стороны мѣстныхъ подданныхъ или подданныхъ третьяго государства къ движимой части наследства, то разрѣшеніе таковыхъ требованій, если только они не основаны на правѣ наследства по закону или по завѣщанію, принадлежитъ исключительно судебнымъ установленіямъ страны. (2). Въ случаѣ недостаточности наследственного имущества для полной уплаты долговъ, всѣ принадлежащія къ такому наследству документы, вещи и цѣнности должны, по требованію кредиторовъ, быть переданы подлежащей мѣстной власти; за властью консульской, въ такомъ случаѣ, остается защита интересовъ его соотечественниковъ.»¹

Въ конвенціяхъ съ двумя государствами, мѣстнымъ внѣ-наследственнымъ требованіямъ къ наследственной массѣ посвящена ст. IX, гдѣ говорится: «1. Всякое требованіе, предъявленное къ наследству, можетъ быть разбираемо судебными установленіями страны, въ которой открылось наследство, поскольку такое требованіе не основано на правѣ наследованія по закону или духовному завѣщанію и не имѣетъ своимъ объектомъ реального права на недвижимость, расположенную внѣ указанной выше страны. — 2. Однако, особо устанавливается, что судебныя установленія страны компетентны лишь въ томъ случаѣ, если искъ былъ učinенъ въ теченіе предусмотрѣннаго ст. VII настоящей конвенціи срока. Въ этомъ случаѣ судебныя установленія не могутъ отказать въ принятіи иска къ рассмотрѣнію.» Это правило дополняется ст. X такого содержанія: «1. Въ случаѣ недостаточности наследственного имущества для полной уплаты долговъ, кредиторы могутъ, если законы страны даютъ имъ это право, просить подлежащую мѣстную власть объ открытіи несостоятельности. По открытіи несостоятельности всѣ документы, вещи и цѣнности, принадлежащія къ наследству, должны быть переданы консульскою властью подлежащей мѣстной власти или попечителямъ объявленнаго несостоятельнымъ наследства, причемъ на консульской власти остается обязанность представлять интересы своихъ соотечественниковъ. — 2. При этомъ, однако, разумѣется, что открытіе несостоятельности можетъ касаться лишь той части наследства, которая находится въ странѣ, гдѣ открылось наследство, и не будетъ имѣть никакого значенія по отношенію къ имуществу, оставленному умершимъ въ его отечествѣ или другихъ странахъ.»

Равнымъ образомъ, на мѣстѣ подлежатъ, во-вторыхъ, удовлетворенію наследственныхъ права мѣстныхъ подданныхъ. Въ конвенціяхъ съ шестью государствами соответствующія правила изложены въ ч. 2—4 ст. 10. Эта статья — центральная для всѣхъ правилъ конвенцій — говорить въ первой части, что наследованіе въ недвижимостяхъ

¹ Въ конвенціи съ Норвегіей и Швеціей добавлено: «... которая приступаетъ къ реализаціи наследства и къ распредѣленію его между кредиторами, или въ Швеціи, лицамъ, назначеннымъ для этой цѣли подлежащею мѣстною властью». О 3 ч. статьи въ этой конвенціи см. ниже въ текстѣ.

опредѣляется мѣстнымъ правомъ и подвѣдомственно мѣстнымъ судамъ, а во второй части, что наследованіе въ движимостяхъ подчиняется національному праву и національнымъ властямъ наследодателя, «равнѣ бы, сказано въ концѣ ея, подданный той страны, въ которой наследство открылось, предъявилъ свои права на наследство». Затѣмъ, статья продолжаетъ: «(3). Въ семъ послѣднемъ случаѣ, и если искъ предъявленъ до истеченія установленныхъ ст. 5 сроковъ, рассмотрѣніе иска предоставляется судебнымъ установленіямъ или подлежащимъ властямъ той страны, гдѣ наследство открылось, которыя и постановляютъ — по законамъ своей страны — рѣшеніе объ основательности требованій истца и о причитающейся ему долгѣ наследства. — 4. По выдѣлѣ истцу причитающейся ему доли, остальное наследство передается консульской власти, которая и поступаетъ съ нимъ, въ отношеніи прочихъ наследниковъ, согласно правиламъ ст. 8.»

Какъ отдѣльныя выраженія этой статьи, такъ и сопоставленіе ея съ другими правилами конвенціи даютъ поводъ къ нѣкоторымъ сомнѣніямъ. Возникаетъ вопросъ, не разумѣетъ ли ст. 10 конвенціи своей оговоркой относительно правъ мѣстныхъ подданныхъ на движимую часть наследства, именно тѣхъ правъ, о которыхъ говорить, уже извѣстная намъ, ст. 7, т. е. правъ, не основанныхъ на правѣ наследства по закону или завѣщанію. Нельзя не признанъ, что выраженія, употребленныя въ ст. 10, не даютъ возможности сразу-же отвергнуть такое предположеніе. Случай исключительнаго дѣйствія властей и законовъ мѣстныхъ въ отношеніи движимаго наследственного имущества описанъ слѣдующими словами: «... равнѣ бы подданный той страны, въ которой наследство открылось, предъявилъ свои права на наследство». Во французскомъ подлинникѣ конвенціи сказано: «à moins qu'un sujet du pays où la succession est ouverte n'ait des droits à faire valoir à ladite succession». Быть можетъ, слѣдуетъ думать, что подѣ «правами на наследство» разумѣются требованія, не основанныя на правѣ наследства по закону или завѣщанію, и что поэтому требованія мѣстныхъ подданныхъ, основанныя на правѣ наследства по закону и завѣщанію, подлежатъ дѣйствію общаго правила ст. 10 о компетенціи судовъ и законовъ національности наследодателя въ дѣлахъ о движимостяхъ.

Такое предположеніе я признаю совершенно неосновательнымъ.

Во-первыхъ, оно дѣлало-бы совершенно излишнимъ введеніе въ составъ конвенціи одновременно двухъ постановленій ст. 7 и ст. 10. Въ самомъ дѣлѣ, тогда наследственная конвенція въ двухъ мѣстахъ говорила бы одно и тоже, а именно, что суды государства, гдѣ наследство открылось, компетентны для разрѣшенія требованій къ наследственной движимости, не основанныхъ на наследственномъ правѣ.

Во-вторыхъ, ст. 7 и 10 настолько различны по существу содержащихся въ нихъ частныхъ правилъ, что одна не можетъ служить простой ссылкой на другую. Различія идутъ въ разныхъ направленіяхъ.

Ст. 7 говоритъ о требованіяхъ мѣстныхъ подданныхъ или подданныхъ третьяго государства, между тѣмъ какъ ст. 10 только о требованіяхъ мѣстныхъ подданныхъ. Это различіе понятно только въ томъ

случаѣ, если рѣчь идетъ о требованіяхъ разнаго порядка. Естественно, что въ процедурѣ охраненія и ликвидаціи наслѣдства, которая описывается въ ст. 1—9 конвенціи, приняты во вниманіе интересы всѣхъ кредиторовъ наслѣдодателя, будь то мѣстныхъ подданныхъ или подданныхъ третьихъ государствъ, и столь же естественно, что интересы наслѣдниковъ, подданныхъ третьихъ державъ, не давали повода включить въ ст. 10 исключеній изъ общаго начала дѣйствія національнаго закона въ случаяхъ конфликтовъ наслѣдственныхъ законодательствъ.

Ст. 7 ничего не говоритъ о томъ, какое право примѣняется при обсужденіи требованій кредиторовъ наслѣдственной массы, между тѣмъ какъ ст. 10 говоритъ объ обязательномъ примѣненіи національнаго закона наслѣдодателя. Это умолчаніе ст. 7 совершенно понятно, если имѣть въ виду, что въ ней говорится о коллизіяхъ обязательственнаго права, а въ ст. 10 о коллизіяхъ права наслѣдственнаго. Въ самомъ дѣлѣ, ни въ Россіи, ни въ другихъ странахъ никогда вопросъ о примѣняемой къ обязательственнымъ конфликтамъ правъ не разрѣшался ссылкой на законъ суда (*lex fori*). Въ Россіи такого рода коллизіи разрѣшались или въ пользу примѣненія закона мѣста исполненія договора (ст. 833 зак. о сост.), или закона мѣста возникновенія договора (ст. 707 уст. гр. суд.), а сенатская практика послѣ многихъ колебаній въ новѣйшее время высказалась въ пользу закона автономіи сторонъ (рѣшеніе гр. касс. деп. 1906 г. № 57 по дѣлу Эрлиха). Напротивъ того, примѣненіе одного, заранѣе опредѣленнаго закона — закона національности наслѣдника — совершенно понятно въ ст. 10, если она разумѣтъ именно требованія, покоящіяся на наслѣдственномъ правѣ.

Наконецъ, нельзя не обратить вниманія и на то, что по ст. 7 компетенція мѣстныхъ судовъ признается исключительно («... принадлежитъ исключительно судебнымъ установленіямъ страны»), что вполне естественно, ибо, въ сущности говоря, эта компетенція есть лишь видъ общей подсудности по мѣстожителъству отвѣтчика, — между тѣмъ какъ объ исключительности компетенціи мѣстныхъ судовъ въ разбираемой части ст. 10 ничего не говорится, такъ какъ въ ней одно и то же наслѣдственное дѣло дробится между компетенціей мѣстныхъ и національныхъ судовъ.

Положеніе, что въ ст. 7 и 10 старыхъ наслѣдственныхъ конвенцій разумѣются разнаго рода требованія мѣстныхъ подданныхъ, къ наслѣдству предъявляемыя, вполне подтверждается русской судебной практикой. Рядъ рѣшеній правительствующаго сената приводитъ къ тому убѣжденію, что ст. 10 конвенціи всегда толковалась имъ, въ разбираемой ея части, какъ имѣющая въ виду требованія, вытекающія изъ права наслѣдственнаго.

Рѣшеніе общаго собранія 1885 г. № 20, — излагая такъ содержаніе ст. 10 русско-германской конвенціи: «иски, относящіяся до раздѣла движимаго наслѣдственнаго имущества, а равно до правъ наслѣдства на движимость, въ случаѣ если-бы подданный той страны, въ которой наслѣдство открылось, предъявилъ свои права на наслѣдство... подлежать разбирательству судебныхъ установленій той же страны», — выводитъ отсюда, что «духовныя завѣщанія о движимомъ

имуществомъ, ежели они составлены не въ пользу русскихъ подданныхъ (ст. 10), по ст. 4 конвенціи не могутъ подлежать засвидѣтельствуванію русскихъ судебныхъ властей». Такимъ образомъ, правительствующій сенатъ несомнѣнно усматривалъ въ ст. 10 указаніе на наслѣдственные права мѣстныхъ подданныхъ, а отнюдь не на требованія, не основанныя на правѣ наслѣдственномъ, кои имѣются въ виду ст. 7 конвенціи.

Совершенно одинаковъ взглядъ сената на ст. 10 русско-итальянской конвенціи, тождественную съ ст. 10 конвенціи русско-германской, высказанный имъ въ рѣшеніи гражданскаго кассационнаго департамента 1893 г. № 92. Сенатъ призналъ обязательнымъ примѣненіе итальянскаго закона къ дѣлу о наслѣдovanіи послѣ Гаэтано Чинизелли на томъ, между прочимъ, основаніи, что, какъ сказано въ рѣшеніи, «въ настоящемъ случаѣ движимое имущество осталось послѣ итальянскаго подданнаго, находится въ предѣлахъ Россіи и къ этому имуществу никто изъ русскихъ подданныхъ наслѣдственныхъ правъ не предъявляетъ». Выставляя это положеніе, Сенатъ прямо ссылается на ст. 10 конвенціи, и такимъ образомъ, считаетъ, что заключающаяся въ ч. 3 ея правило касается наслѣдственныхъ правъ мѣстныхъ подданныхъ.

Одинаково смотритъ на дѣло и иностранная судебная практика. Въ этомъ отношеніи заслуживаетъ особаго вниманія весьма опредѣленное и категорическое рѣшеніе германскаго имперскаго суда 1909 г. (*Entsch. d. Reichsger. in Zivils.*, XXI (LXXI), 1909, № 74, S. 293), на которое я ниже буду ссылаться и въ которомъ указано, что ст. 10, ч. 2 и 4 конвенціи имѣютъ въ виду требованія, покоящіяся на наслѣдственноправомъ основаніи, а ст. 7 — требованія, покоящіяся на не-наслѣдственноправомъ основаніи.

Того-же взгляда придерживается и имѣющаяся по толкованію русскихъ наслѣдственныхъ конвенцій литература. Литература эта весьма скудна, но всѣ юристы, которые имѣли случай высказаться по поводу ч. 3 ст. 10 этихъ конвенцій, усматриваютъ въ требованіяхъ мѣстныхъ подданныхъ, дающихъ основаніе къ подчиненію вопроса судамъ и законамъ мѣста открытія наслѣдства, именно требованія, изъ наслѣдственнаго права вытекающія.

Таковъ взглядъ Садовскаго и К. П. Змирлова; французскіе юристы, толкуя ст. 10 русско-французской конвенціи 1874 г., тождественную съ ст. 10 конвенціи русско-германской, приходятъ къ тѣмъ-же выводамъ. Въ этомъ смыслѣ въ особенности опредѣленно Луи Рено и Валь.

Въ виду изложеннаго, по конвенціямъ съ шестью государствами, въ случаѣ смерти иностранца, оставленное имъ въ странѣ движимое имущество подлежитъ вѣдомству судовъ и законовъ мѣстныхъ, когда и поскольку къ такому имуществу предъявлены наслѣдственные права мѣстнымъ подданнымъ.

Въ конвенціяхъ съ двумя государствами соответствующее разсмотрѣнному правилу содержится въ ст. XIV пар. 2, гдѣ сказано: «2. Если, однако, подданный страны, въ которой открылось наслѣдство, заявитъ о своихъ правахъ на это наслѣдство, основанныхъ на наслѣдо-

ваніи по закону или по духовному завѣщанію, и если требованіе его было имъ заявлено консульской власти въ теченіе срока, опредѣленнаго ст. 7 настоящей конвенціи, то разсмотрѣніе такового требованія подлежитъ судебнымъ мѣстамъ или компетентнымъ властямъ страны, гдѣ открылось наслѣдство, при условіи, чтобы дѣло поступило къ нимъ до истеченія указаннаго выше срока. Означенныя судебныя мѣста или подлежащая власти постановляютъ, сообразуясь съ національнымъ закономъ умершаго, рѣшеніе объ обоснованности правъ истца и, въ подлежащемъ случаѣ, о причитающейся ему долѣ наслѣдства.» Редакція этого постановленія совершенно ясна и не вызываетъ воѣхъ тѣхъ сомнѣній, которыя связаны были съ старымъ текстомъ.

§ 12

Срокъ условнаго депозита, въ теченіе коего консульская власть имѣетъ въ отношеніи переданной ей движимой части наслѣдства ограниченныя права охраненія и управленія, прошелъ: права кредиторовъ наслѣдства и наслѣдственныя права мѣстныхъ подданныхъ получили удовлетвореніе; въ этотъ моментъ наслѣдственная движимость поступаетъ въ распоряженіе національной консульской власти умершаго всецѣло и безусловно. Объ этомъ переходѣ изъ сферы смѣшаннаго охраненія въ сферу вѣдомства національной власти и національнаго закона въ конвенціяхъ съ 6-ю государствами говорится такъ:

«Ст. 8. По истеченіи сроковъ, установленныхъ статьей 5, и если не будетъ заявлено никакой претензіи, консульская власть, уплативъ въ установленныхъ мѣстными законами размѣрахъ всѣ числящіяся на наслѣдствѣ издержки и счета, получаетъ окончательно въ свое завѣдываніе движимую часть наслѣдства, которую ликвидируетъ и передаетъ наслѣдникамъ по принадлежности, отдавая въ томъ отчетъ только своему собственному правительству»¹.

Въ конвенціяхъ съ двумя государствами то же постановленіе изложено слѣдующимъ образомъ:

«Ст. XI. 1. По истеченіи срока, опредѣленнаго ст. 7, консульская власть должна въ теченіе послѣдующихъ 3 мѣсяцевъ уплатить, въ установленныхъ мѣстными законами размѣрахъ, всѣ числящіяся на ней издержки и счета и удовлетворить всѣ требованія, признанныя правильными самой консульской властью или судебными установленіями страны, если соотвѣтствующее обращеніе къ таковымъ послѣдовало согласно ст. 9 настоящей конвенціи. — 2. Консульская власть должна затѣмъ передать наслѣдство наслѣдникамъ или своему правительству, если наслѣдники не явились лично или не прислали повѣреннаго. — 3. Если иски, предусмотрѣнные ст. 9, были предъявлены

¹ Въ конвенціи съ Норвегіей и Швеціей конецъ этого постановленія редактированъ такъ: «... и передаетъ своему правительству, отдавая въ томъ отчетъ только сему послѣднему». Эта редакція правильнѣе редакціи другихъ трактатовъ. Въ шведской и норвежской конвенціи въ той-же 8 ст. есть вторая часть, касающаяся отъѣмъ вычетовъ съ наслѣдствъ, которая собственно конфликтнаго права не касается.

къ наслѣдству и не были рѣшены ко времени истеченія срока, установленнаго ст. 7, то консульская власть должна, по требованію подлежащаго судебнаго установленія, хранить въ депозитѣ, впредь до постановленія подлежащимъ судебнымъ мѣстомъ окончательнаго рѣшенія, все наслѣдство или такую часть его, которая была бы достаточна для удовлетворенія претензій. — 4. Консульская власть обязана дать отчетъ по управленію наслѣдствомъ лишь своему правительству. Наслѣдники имѣютъ право на полученіе копій такихъ отчетовъ.»

Каковъ-же собственно конфликтный итогъ всего смѣшаннаго конвенціоннаго охранительнаго производства? Онъ совершенно ясенъ. Наслѣдованіе въ движимой части наслѣдства въ концѣ производства подчинилось національному праву, а въ недвижимой осталось подчиненнымъ праву мѣстному. Этотъ итогъ находитъ себѣ въ конвенціяхъ опредѣленное и точное выраженіе въ постановленіяхъ, представляющихъ собственно конфликтную сердцевину конвенціоннаго права.

Въ конвенціяхъ съ 6-ю государствами онъ изображенъ въ ст. 10, гласящей: «(1). Порядокъ наслѣдованія въ недвижимыхъ имуществѣхъ опредѣляется по законамъ страны, въ которой находятся эти имущества, и всѣ иски или споры, относящіеся къ наслѣдственнымъ недвижимымъ имѣніямъ, подлежатъ разбирательству исключительно судебныхъ установленій той-же страны. — (2). Иски, относящіеся до раздѣла движимаго наслѣдственнаго имущества, а равно до правъ наслѣдства на движимость, оставшуюся въ одномъ изъ договаривающихся Государствъ послѣ подданныхъ другого, разбираются судебными установленіями или подлежащими властями того государства, къ которому принадлежалъ умершій и по законамъ этого государства, развѣ бы подданный той страны, въ которой наслѣдство открылось, предъявилъ свои права на наслѣдство.» — [3. и 4. касаются случая наличности наслѣдственныхъ правъ мѣстныхъ подданныхъ и воспроизведены выше].

Редакція этого правила не вполне удовлетворительна. «Порядку наслѣдованія и искамъ и спорамъ, относящимся до наслѣдственнаго недвижимаго имущества», о которыхъ говорить первая часть статьи, противопоставляются во второй части «иски, относящіеся до раздѣла движимаго наслѣдственнаго имущества и до правъ наслѣдства на движимость», какъ будто въ первомъ случаѣ мѣстный законъ примѣняется и въ охранительномъ и въ спорномъ порядкѣ, а во второмъ случаѣ національный законъ только въ спорномъ порядкѣ. Но въ самомъ текстѣ второй части заключается уже опроверженіе подобнаго предположенія, ибо въ немъ говорится о судахъ или другихъ властяхъ, вѣдающихъ переходомъ движимаго имущества къ наслѣдникамъ, между тѣмъ какъ очевидно, если бы дѣло шло только объ исковомъ порядкѣ, то было бы уместно указаніе лишь на суды. Но уже французскій подлинникъ конвенціи значительно точнѣ русскаго officialнаго перевода. Тамъ вторая часть изложена въ слѣдующихъ терминахъ: «Les réclamations relatives au partage des successions mobilières, ainsi qu'au droit de succession sur les effets mobiliers . . . seront jugées par les tribunaux ou autorités compétentes . . .», — что является по су-

ществу эквивалентомъ терминовъ первой части: «La succession aux biens immobiliers sera régie . . .»

Редакція конфликтной нормы гораздо совершеннѣе въ конвенціяхъ съ двумя государствами, гдѣ говорится:

Ст. XIII. «1. Порядокъ наслѣдованія въ недвижимыхъ имуществахъ, а также всякіе иски и споры, касающіеся недвижимыхъ наслѣдствъ, подлежатъ разсмотрѣнію и рѣшенію судебныхъ мѣстъ или другихъ подлежащихъ властей страны, въ которой расположены недвижимости, и согласно законамъ этой страны.» — [2. касается права иностранцевъ владѣть недвижимостями и не затрагиваетъ собственно конфликтной матеріи].

Ст. XIV. «1. Порядокъ наслѣдованія въ движимыхъ имуществахъ, а также всякіе, касающіеся наслѣдства, иски и споры подлежатъ разсмотрѣнію и рѣшенію судебныхъ мѣстъ или подлежащихъ властей государства, къ которому принадлежалъ умершій, согласно законамъ этого государства.» [2. и 3. касаются случая наличности правъ наслѣдованія мѣстныхъ подданныхъ и воспроизведены выше].

Въ дополненіе къ этимъ яснымъ и по существу въ старыхъ и новыхъ конвенціяхъ, вопреки несовершенству редакціи первыхъ, тождественнымъ правиламъ слѣдуетъ указать, что опредѣленіе того, какая часть наслѣдственной массы составляетъ движимость и какая недвижимость, принадлежитъ мѣстному праву. Судебная практика странъ, связанныхъ этими конвенціями, въ этомъ никогда, насколько она извѣстна, не сомнѣвалась. Кассационное рѣшеніе 1883 г. № 92, по д. Чинизелли, содержитъ въ себѣ слѣдующую характерную цѣль аргументовъ:

«... Правительствующій Сенатъ находитъ: 1. что всякаго рода права на срочную аренду, а слѣдовательно и на аренду изъ выстройки, принадлежатъ къ разряду правъ обязательственныхъ, а не вещныхъ правъ на недвижимость, почему и относятся къ имуществамъ движимымъ, въ силу 402 ст. X Т. 1 ч. (рѣш. 1886 года № 67), 2. что въ настоящемъ случаѣ такое движимое имущество осталось послѣ итальянскаго подданнаго, находится въ предѣлахъ Россіи и къ этому имуществу никто изъ русскихъ подданныхъ наслѣдственныхъ правъ не заявляетъ, и 3. что, слѣдовательно, раздѣлъ подобнаго наслѣдства долженъ быть произведенъ по законамъ Италіи и при посредствѣ властей этого государства.» —

Объемъ правила о подчиненіи наслѣдованія въ движимости національному закону умершаго долженъ быть толкуемъ, какъ обнимающій наслѣдованіе въ цѣломъ. Въ этомъ смыслѣ сюда относится наслѣдованіе по любому основанію, по завѣщанію и по закону, въ силу наслѣдственного права и въ силу завѣщательнаго отказа; съ другой стороны, понятие движимости, передаваемой по національному праву, обнимаетъ какъ тѣ вещи, кои находятся въ странѣ смерти, такъ и на родинѣ наслѣдодателя. Имперскому суду въ Германіи два раза пришлось въ послѣднее время столкнуться съ опредѣленіемъ объема дѣйствія ст. 10 русско-германской конвенціи, и онъ ясно и правильно высказался въ указанномъ мною смыслѣ. Въ рѣшеніи 23 іюня 1890 г. (VI гр. сенатъ) онъ разсуждаетъ такъ: «можно согласиться съ апелляторомъ, что

буквальный смыслъ ст. 10, ч. 2 на первый взглядъ допускаетъ, будто она распространяется только на то движимое наслѣдство, которое находится въ томъ государствѣ, гдѣ умеръ наслѣдодатель, а не на находящуюся на родинѣ наслѣдодателя движимую часть наслѣдства... Однако, ближайшее разсмотрѣніе статьи доказываетъ, что даже изложеніе ея приводитъ къ противоположному заключенію. За это, въ первую очередь, говорить противоположность выраженной въ частяхъ 1 и 2. Въ ч. 1, относительно недвижимостей, законъ мѣстонахожденія вещи и судъ такого мѣстонахожденія указаны какъ исключительные. Въ ч. 2, относительно суда, допущено открытое въ этомъ отношеніи смягченіе, и относительно движимаго наслѣдства употреблено столь общее выраженіе, что подъ нимъ могутъ быть подразумѣваемы движимости, въ какомъ-либо изъ договорившихся государствъ оставленныя наслѣдодателемъ»; имперскій судъ приходитъ поэтому къ заключенію, что ст. 10 устанавливаетъ общій принципъ, дѣйствующій въ отношеніи всего наслѣдственного движимаго имущества на территорияхъ договорившихся странъ (Entsch. des Reichsger. in Zivils., XXVI, 1890, № 24, S. 117). Другое рѣшеніе имперскаго суда посвящено вопросу о завѣщательномъ отказѣ. Судъ указываетъ, что конвенція «имѣетъ цѣлью дать полное опредѣленіе наслѣдственного порядка въ отношеніи всего наслѣдства и распространяется также на требованія, вытекающія изъ завѣщательнаго отказа». (Entsch. des Reichsger. in Zivils., XXI (LXXI), 1909, № 74, S. 293).

§ 13.

Въ 22 ст. австрійской конвенціи порядокъ смѣшаннаго охраненія и передачи наслѣдственной движимости національной власти умершаго нѣсколько иной, чѣмъ въ конвенціяхъ съ шестью и съ двумя государствами. Тамъ опущенъ періодъ условнаго депозита въ консульствѣ, и передача совершается по истеченіи срока, въ который удовлетворяются кредиторы наслѣдства; съ другой стороны, 22 ст. не содержитъ оговорки относительно подчиненія мѣстныхъ наслѣдниковъ мѣстному праву и мѣстному суду. Вотъ соответствующая часть п. 2 статьи:

«(3). Всѣ иски и претензіи, касающіеся наслѣдства, поскольку они не относятся къ правамъ наслѣдниковъ или наслѣдодателя (такъ передаются въ русскомъ официальномъ переводѣ слова: qui ne reposent pas sur le titre d'hérédité ou de legs), будутъ подлежать вѣдѣнію властей той мѣстности, гдѣ находится наслѣдственное имущество, въ теченіе 6-ти мѣсячнаго срока со дня послѣдней публикаціи объ открытіи наслѣдства, сдѣланной мѣстной властью, или 8-ми мѣсячнаго со дня смерти, если таковой публикаціи мѣстной властью сдѣлано не было. По истеченіи этого срока, остатокъ движимой части наслѣдства будетъ переданъ консулу той націи, къ которой принадлежалъ умершій, за вычетомъ сборовъ, долговъ и налоговъ, долженствующихъ быть уплаченными въ странѣ. Иски или претензіи, относительно этой части наслѣдства, будутъ подлежать вѣдѣнію судовъ той страны, къ которой принадлежалъ умершій. — (4). Консулъ, при принятіи остатка наслѣдства, въ

качества должностного лица, будет выдавать квитанцию местным властям, для чего не требуется ни доверенности управомоченных лиц, ни общего, ни специального разрешения его правительства. — (5). Съ момента выдачи квитанции на остаток наследства, консуль будет обязан отчетностью въ последнемъ лишь передъ собственнымъ Правительствомъ. — (6). Недвижимая часть наследства безусловно подчиняется законамъ по мѣсту своего нахождения, и всякій искъ, относящійся къ этой части наследства, подлежитъ вѣдѣнію исключительно мѣстныхъ судовъ.»

Та особенность установленнаго 22 ст. конфликтнаго правила, которая сводится къ сохраненію компетенціи національнаго суда и закона при наследованіи въ движимостяхъ и въ томъ случаѣ, когда имѣются наследники, принадлежащіе къ мѣстному подданству, отмѣчена въ русской кассационной практикѣ рѣшеніемъ гражданскаго департамента, 1910 г., № 115, въ которомъ говорится:

«... по конвенціи 1906 г. съ Австріей ... суду мѣста открытія наследства подлежатъ иски, не относящіеся къ «правамъ наследниковъ или наследователя», т. е. споры не о правѣ наследованія. Никакихъ изъятій относительно исковъ о правѣ наследованія, въ случаѣ принадлежности одного или нѣсколькихъ наследниковъ къ числу подданныхъ мѣста открытія наследства, въ конвенціи 1906 г. не содержится. Если принять во вниманіе, что въ другихъ конвенціяхъ Правительство считало необходимымъ особо оговорить порядокъ разрѣшенія требованій о признаніи въ пользу мѣстныхъ подданныхъ правъ по завѣщаніямъ, упомянувъ даже о правахъ душеприказчиковъ, то слѣдуетъ заключить, что тамъ, гдѣ нѣтъ тѣхъ или иныхъ оговорокъ объ изъятіяхъ изъ начала подчиненія всего дѣла о наследствѣ суду и закону, коимъ подчинялся наследодатель, тамъ дѣйствуетъ только это начало, т. е. примѣняется личный законъ наследодателя.»

§ 14

Весьма существеннымъ дополненіемъ къ конфликтной нормѣ наследственныхъ конвенцій является исполнимость, по конвенціонному праву, на территоріи договорившихся странъ, рѣшеній по дѣламъ наследственнымъ, постановленныхъ — во исполненіе конвенціи — судами другого контрагента.

Въ конвенціяхъ съ шестью государствами это правило объ исполненіи судебныхъ рѣшеній прямо не выражено, но оно вытекаетъ изъ общаго смысла конвенціи. Правительствующій Сенатъ въ безукоризненномъ рѣшеніи 1902 г., № 62, по д. Чинизелли (отмѣчу, что наследственное дѣло Чинизелли три раза доходило до Сената) прекрасно обосновалъ этотъ необходимый выводъ изъ конвенцій стараго типа. Къ его аргументамъ нечего добавить. Вотъ они:

«Если допустить, что рѣшеніе итальянскихъ судовъ по тѣмъ дѣламъ, которыя конвенціею 1875 г. предоставлены всецѣло ихъ вѣдѣнію, не подлежатъ приведенію въ исполненіе въ Россіи, то дѣла эти были бы фактически изъяты отъ дѣйствія всякаго суда и закона, такъ какъ они не подлежатъ вѣдѣнію русскихъ судовъ по мѣсту нахождения иму-

щества ...; невозможно, однако, предположить, чтобы два государства, заключая конвенцію о наследствахъ, желали установить такой ненормальный порядокъ вещей, а потому надлежитъ, руководствуясь 9 ст. Уст. Гр. Судопр., обратиться къ общему смыслу законовъ, относящихся къ этому предмету. Ст. 1273 Уст. Гр. Судопр., помѣщенная въ главѣ X «объ исполненіи рѣшеній судебныхъ мѣстъ иностранныхъ государствъ», предусматриваетъ два случая: 1. когда въ трактатѣ съ иностраннымъ государствомъ установлены самыя правила исполненія рѣшенія судебныхъ мѣстъ иностраннаго государства и 2. когда въ трактатѣ и договорѣ не установлены правила исполненія. Въ этомъ последнемъ случаѣ долженъ соблюдаться порядокъ, изложенный въ слѣдующихъ статьяхъ (1274—1281). Между Россіей и Италией не заключено взаимнаго трактата перваго рода, но конвенція о наследствахъ 1875 г., по отношенію къ искамъ, упомянутымъ въ 10 ст., и къ постановленіямъ судовъ, состоявшимся по этимъ искамъ, имѣетъ несомнѣнно силу и значеніе договора втораго рода, т. е. договора, въ которомъ признана необходимость исполненія рѣшенія иностраннаго суда, но не установлены самыя правила исполненія. При изложеніи 10 ст. конвенціи договорившіяся государства, очевидно, имѣли въ виду, что рѣшенія иностраннаго суда, относящіеся къ предмету, предоставленному его вѣдѣнію съ обоюднаго согласія этихъ государствъ, не должно оставаться мертвою буквою, а подлежатъ исполненію въ томъ государствѣ, гдѣ находится наследственное движимое имущество, потому къ настоящему дѣлу, въ силу конвенціи 1875 г. и 2 ч. 1273 ст., долженъ быть примѣненъ именно порядокъ, изложенный въ 1274—1281 стат. Устава Гражд. Судопр. ... На основаніи приведенныхъ выше соображеній о значеніи ст. 10 конвенцій о наследствахъ и ст. 1273 Уст. Гражд. Судопр., слѣдуетъ признать, что, если въ Россіи подлежатъ исполненію «рѣшенія итальянскихъ судовъ, относящіеся до раздѣла движимаго наследственнаго имущества, упомянутаго въ ст. 10 конвенціи, то точно также подлежатъ исполненію и тѣ постановленія судовъ, которыя съ точки зрѣнія Уст. Гражд. Судопроизв. представляются «частными опредѣленіями», направленными къ обезпеченію и огражденію наследственнаго имущества. Противное сему мнѣнію привело бы къ тому, что наследственное движимое имущество могло бы быть растрчено или испорчено, причемъ всякое вмѣшательство суда гражданскаго оказалось бы невозможнымъ.»

Въ конвенціяхъ съ двумя государствами правило объ исполненіи рѣшеній иностранныхъ судовъ выражено уже въ прямой формѣ. Соотвѣтствующая ст. XV ихъ опредѣляетъ:

«1. Рѣшенія, постановленныя датскими (греческими) судебными мѣстами по дѣламъ, касающимся наследованія въ движимыхъ имуществахъ, — когда эти рѣшенія вступятъ въ законную силу, согласно законамъ, примѣненнымъ этими компетентными судами, — должны быть признаны подлежащими исполненію въ Россіи, поскольку они касаются наследственныхъ имуществъ, на условіяхъ и въ порядкѣ, установленныхъ русскими законами, но безъ пересмотра дѣла по существу. — 2. Равнымъ образомъ, и рѣшенія русскихъ судебныхъ

мѣсть, касающіяся ликвидаціи наслѣдствъ, должны подлежать исполненію въ Даниі (Греціи) на тѣхъ-же условіяхъ.»

§ 15

Въ конвенціяхъ съ шестью государствами, кромѣ предусмотрѣннаго въ нихъ общаго порядка охраненія и передачи въ вѣдѣніе національной власти и закона наслѣдствъ обоюдныхъ подданныхъ, установленъ еще и особый, облегченный и упрощенный, порядокъ выдачи наслѣдствъ мореходцевъ. Этотъ порядокъ описанъ въ ст. 13, имѣющей слѣдующее содержаніе:

«Жалованіе и пожитки, принадлежавшіе матросамъ или пассажирамъ одного изъ договаривающихся государствъ, умершимъ на кораблѣ или на берегу въ предѣлахъ другого государства, передаются національному консулу умершаго.»

Совершенно очевидно, что это правило не является ссылкой на общій порядокъ производства по дѣламъ наслѣдственнымъ, а такъ же, какъ это сдѣлано въ уже вышеупомянутой деклараціи между Россіей и Англіей, 1880 г., предусматриваетъ передачу наслѣдствъ матросовъ и пассажировъ безъ всякихъ формальностей, что и разъяснено въ одной изъ конвенцій съ шестью государствами, а именно въ конвенціи съ Норвегіей и Швеціей, гдѣ ст. 13 изложена такъ: «Жалованье и пожитки, принадлежавшіе матросамъ или пассажирамъ одного изъ договаривающихся государствъ, умершимъ на кораблѣ или на берегу въ предѣлахъ другого государства, передаются безъ всякихъ формальностей консульской власти ихъ націи за уплатой долговъ, сдѣланныхъ ими за время ихъ пребыванія въ странѣ.» Конвенціонное правило договора съ Франціей 1874 г. дополнено такимъ-же разъясненіемъ въ особой деклараціи 8/20 ноября 1891 г. (Сборникъ I², 73), гдѣ изложено слѣдующее:

«Ст. 2. 1. Наслѣдство каждаго русскаго мореходца, умершаго на французскомъ кораблѣ, либо во Франціи или ея колоніяхъ, либо на территоріи какого-либо другого иностраннаго государства, будетъ выдаваться Россійскому Консулу, ближайшему по мѣсту своего пребыванія къ тому порту, гдѣ послѣдовала смерть мореходца, безъ соблюденія формальностей, требуемыхъ вообще французскими законами для выдачи наслѣдства. — 2. Равнымъ образомъ, наслѣдство каждаго французскаго мореходца, умершаго на русскомъ суднѣ либо въ Россіи, либо на территоріи какого либо другого иностраннаго государства, будетъ выдаваться Французскому Консулу, ближайшему по мѣсту своего пребыванія къ тому порту, гдѣ послѣдовала смерть означеннаго мореходца, безъ соблюденія формальностей, требуемыхъ вообще русскими законами для выдачи наслѣдствъ. — Ст. 3. Въ помянутыхъ въ ст. 2 случаяхъ выдачи денегъ или вещей Консулу той націи, къ которой принадлежитъ мореходецъ, будетъ въ то-же время переданъ и счетъ суммъ, ввѣренными ему на храненіе, и, по мѣрѣ надобности, списокъ ввѣренными ему предметамъ или вещамъ. — Ст. 4. Подъ словомъ «мореходецъ», употребленнымъ въ настоящей деклараціи, разумѣется всякое лицо, состоявшее по найму въ услуженіи на суднѣ, подъ какимъ

бы то ни было наименованіемъ. Подъ словомъ «наслѣдство» разумѣется всякая причитающаяся собственность въ деньгахъ и вещахъ (toute propriété, argent dû et effets), оставшаяся послѣ умершаго мореходца, а также документъ о его личности. Подъ словомъ «Консулъ» разумѣется всякій Генеральный Консулъ, Консулъ, Вице-Консулъ или всякое лицо, на которое возложено временное завѣдываніе дѣлами Генеральнаго Консульства, Консульства или Вице-Консульства.»

Въ конвенціяхъ съ двумя государствами особыхъ правилъ о наслѣдованіи послѣ мореходцевъ нѣтъ.

Монтескье о Россіи

(Къ исторіи Наказа императрицы Екатерины II)

проф. О. В. Тарановскаго

Въ разнообразномъ эмпирическомъ матеріалѣ, которымъ Монтескье аргументируетъ свои разсужденія О духѣ законовъ, имѣются данныя и относительно Россіи. Сравнительно съ количествомъ наблюденій надъ законодательствомъ и политическимъ строемъ классической древности народовъ Европы и Азии, данныхъ этихъ, правда, не много, но все же они есть. Незначительныя численно и несущественныя для уразумѣнія основныхъ мыслей трактата Монтескье, они тѣмъ не менѣе весьма интересны для насъ въ виду того значенія, которое имѣлъ Духъ законовъ для построенія официальной теоріи русскаго государственнаго строя во второй половинѣ XVIII вѣка.

Прямыхъ ссылокъ на Россію намъ удалось найти въ Духѣ законовъ всего двадцать три¹. Редакторъ одного изъ новѣйшихъ русскихъ переводовъ Духа законовъ подозрѣваетъ намекъ на Россію (на Петра Великаго и основанный имъ С. Петербургъ) въ разсужденіи Монтескье «о столицѣ имперіи» (кн. XVII, гл. VIII)². Если даже признать такое предположеніе правильнымъ, то все же нельзя придавать этому намеку особеннаго значенія по существу, въ виду специальной въ данномъ случаѣ оговорки Монтескье объ имѣющихся какъ въ механикѣ, такъ и въ политикѣ треніяхъ, которыя часто измѣняются или останавливаютъ выводы теоріи. Вслѣдствіе этого мы ограничимся разсмотрѣніемъ только тѣхъ мѣстъ Духа законовъ, въ которыхъ дѣлаются прямыя, непосредственныя и несомнѣнныя указанія на Россію.

Въ качествѣ источника, откуда заимствованы свѣдѣнія о Россіи для Духа законовъ, самъ Монтескье указываетъ описаніе состоянія Россіи, сдѣланное англичаниномъ Джономъ Перри, состоявшимъ на службѣ у Петра Великаго въ 1696—1715 годахъ. Сочиненіе Перри

¹ Esprit de lois, кн. III, гл. VIII, абз. 4; кн. V, гл. XIV, абз. 8, 14 и 24; кн. VI, гл. XVI, абз. 6; кн. VII, гл. XVII, абз. 2; кн. IX, гл. IX, абз. 2; кн. X, гл. XIII, абз. 2; кн. XI, гл. II; кн. XII, гл. XII, абз. 3; кн. XII, гл. 26; кн. XII, гл. XXVIII, абз. 3; кн. XIII, гл. VI, абз. 2; кн. XIII, гл. XII, абз. 3, подстрочн. примѣч.; кн. XIV, гл. II, абз. 9; кн. XV, гл. VI, абз. 3; кн. XVII, гл. III, абз. 6 (послѣдн.); кн. XVIII, гл. III, абз. 6 (послѣдн.); кн. XIX, гл. XIV, абз. 3—6; кн. XIX, гл. XV; кн. XXI, гл. VI, абз. 9; кн. XXII, гл. XIV; кн. XXVI, гл. XXIII, абз. 3.

² Монтескье, О духѣ законовъ, перев. съ франц. подъ ред. А. Г. Горнфельда со вступительной статьей М. М. Ковалевскаго, СПб., 1900 г., стр. 276, прим. 3-е.

вышло въ свѣтъ на англійскомъ языкѣ въ 1716 году¹ и въ слѣдующемъ же году было издано въ переводѣ на французскій языкъ, въ каковомъ видѣ читаль его Монтескье и цитироваль въ Духѣ законовъ². Кромѣ свѣдѣній, почерпнутыхъ у Перри, приводятся въ Духѣ законовъ данныя о Россіи, которыя относятся къ болѣе позднему, чѣмъ сочиненіе Перри, времени³. Источника, откуда вьзаты эти данныя, Монтескье не указываетъ. Нѣтъ нужды разыскивать эти источники, такъ какъ всѣ фактическія данныя о Россіи болѣе поздняго, чѣмъ свѣдѣнія Перри, времени сводятся къ такимъ общеизвѣстнымъ актамъ русскаго законодательства и общеизвѣстнымъ политическимъ событіямъ въ Россіи, о которыхъ Монтескье, ихъ современникъ, могъ самъ слышать или читать въ повременной печати⁴. Въ виду этого необходимо признать Перри основнымъ источникомъ тѣхъ данныхъ о Россіи, которыя содержатся въ Духѣ законовъ, тѣмъ болѣе, что, какъ это мы увидимъ ниже, Монтескье не только беретъ у Перри отдѣльные факты, но и совпадаетъ съ нимъ въ общемъ освѣщеніи русскихъ политическихъ порядковъ.

Въ предисловіи Монтескье наставляетъ читателя въ томъ, что цѣль и смыслъ Духа законовъ заключается не въ изложеніи фактовъ, а въ ихъ объясненіи. Важны не отдѣльные случаи, а тѣ принципы, которымъ отдѣльные случаи подчиняются сами собой, такъ что исторіи отдѣльныхъ народовъ представляются не болѣе, какъ слѣдствіями этихъ принциповъ, извлеченныхъ изъ природы вещей, т. е. рационалистически.

Слѣдуя общему наставленію автора, мы рассмотримъ данныя Духа законовъ относительно Россіи не со стороны ихъ фактическаго содержанія, а съ точки зрѣнія тѣхъ общихъ принциповъ, которымъ они подчинены.

¹ I. Perry, The state of Russia under the present Czar, London 1716. — Капитанъ Джонъ Перри, Состояніе Россіи при нынѣшнемъ царѣ, перев. съ англ. кн. О. М. Дондуковой-Корсаковой, Читенія въ И. М. О. И. и Др. Р., 1874 г., кн. I—II.

² Монтескье цитируетъ парижское изданіе 1717 года (Espr. de lois, кн. XII, гл. XXVI, прим.) У меня въ рукахъ брюссельское изданіе того же года: Etat présent de la Grande Russie contenant une relation de ce que S. M. Czarienne a fait de plus remarquable dans ses etats; et une description de la religion, des moeurs et tant des russiens, que des tartares et autres peuples voisins, par le capitaine Jean Perry, traduit de l'anglais, à Bruxelles 1717.

³ См. Esprit de lois, кн. V, гл. XIV, абз. 24; кн. VII, гл. XVII, абз. 2; кн. XII, абз. 3; кн. XIII, гл. VI, абз. 2; кн. XVII, гл. III, абз. 6; кн. XXII, гл. XIV, гл. XII, абз. 2; кн. XXVI, гл. XXIII, абз. 3.

⁴ Таковы указы о престолонаслѣдствіи 1722 г. (кн. V, гл. XIV, абз. 24), правленіе женщинъ (кн. VII, гл. XVII, абз. 2; отъ Perry, р. 181, Монтескье могъ узнать только о правленіи царевны Софіи), способъ сбора подушной подати при Петрѣ Великомъ (кн. XIII, гл. VI, абз. 2), олигархическое правленіе верховниковъ (кн. XVII, гл. III, абз. 6), указъ Елисаветы Петровны 1745 г. объ евреяхъ (кн. XXII, гл. XIV, абз. 2) указъ Елисаветы Петровны о престолонаслѣдствіи (кн. XXVI, гл. XXIV, абз. 3). Исключеніе составляетъ цитируемый Монтескье (кн. XII, гл. XII, абз. 3) приговоръ Анны Іоанновны по дѣлу Долгорукихъ, какъ фактъ болѣе частный. Однако, онъ не столь важенъ и существененъ, чтобы производить специальное изысканіе объ источникѣ, изъ котораго онъ почерпнутъ.

Первымъ въ порядкѣ изложенія и наиболѣе общимъ примѣнительно къ основному замыслу автора «принципомъ» Духа законовъ является устанавливаемое Монтескье различіе образовъ правленія. Можно, думается намъ, безошибочно утверждать, что основной замыселъ Монтескье въ Духѣ законовъ заключается въ раскрытіи условий, обеспечивающихъ въ государственномъ строѣ свободу личности. По отношенію къ свободѣ, какъ цѣли общежитія, распредѣляются въ концѣ концовъ у Монтескье всѣ различаемые имъ образы правленія¹. Въ виду этого имѣется, полагаемъ, достаточное основаніе признать данную Монтескье конструкцію образовъ правленія наиболѣе общимъ изъ «принциповъ», на которыхъ построенъ его Духъ законовъ. Съ точки зрѣнія этой именно конструкціи мы и рассмотримъ данныя Духа законовъ относительно Россіи.

Такая постановка вопроса вполне соотвѣтствуетъ какъ содержанию тѣхъ данныхъ, которыя имѣются въ Духѣ законовъ относительно Россіи, такъ и тому спеціальному интересу, который представляютъ эти данныя для историка русскаго права. Значительно преобладающее большинство (шестнадцать изъ двадцати трехъ) данныхъ Духа законовъ относительно Россіи имѣютъ прямое и непосредственное значеніе для опредѣленія ея образа правленія. Такъ какъ Духъ законовъ послужилъ источникомъ для официальной конструкціи русскаго государственнаго строя, провозглашенной во второй половинѣ XVIII столѣтія съ высоты престола, то для историка русскаго права весьма не безинтересно знать въ точности и съ исчерпывающей подробностью, въ какую форму правленія укладывалъ Россію самъ Монтескье.

Непосредственное опредѣленіе образа правленія русскаго государства и матеріалъ для сужденія о немъ содержатъ въ себѣ, какъ сказано, преобладающее большинство данныхъ Духа законовъ о Россіи; большинство, значитъ, не всѣ. Поэтому намъ необходимо предварительно выдѣлить тѣ данныя, которыя не имѣютъ отношенія къ интересующему насъ вопросу, и только потомъ уже всецѣло заняться устанавливаемой въ Духѣ законовъ конструкціей русскаго государственнаго строя.

Не имѣющія значенія для занимающаго насъ вопроса семь указаній Духа законовъ относительно Россіи могутъ быть раздѣлены на три группы: 1) сдѣланныя вскользь и, такъ сказать, безразличныя упоминанія о Россіи и ея государяхъ, 2) краткія характеристики фیزیологическихъ особенностей и нравовъ русскаго народа, 3) ссылка на одинъ публично-правовой институтъ русскаго государства.

Поясняя, что съ точки зрѣнія деспотическаго правленія государство отождествляется съ лицомъ государя, Монтескье замѣчаетъ: «На рѣшеніе турокъ заключить сепаратный миръ съ Петромъ I всего болѣе повліяло то, что москвитяне сказали визирю, что въ Швецію возвели на престолъ другого короля» (кн. V, гл. XIV, абз. 8).

¹ Объ этомъ подробно см. О. В. Тарановскій, Замѣтки о Монтескье, Юридич. Записки, изд. Демид. Юрид. Лицеумъ, 1913 г. вып. I (XV)—II (XVI) и отд. изд., Ярославль 1913 г., и О. В. Тарановскій, Учебникъ энциклопедіи права, Юрьевъ 1917 г., § 39.

Чтобы убѣдить читателя въ томъ, что величіе сила и могущество государствъ въ международномъ оборотѣ относительно и измѣнчивы, Монтескье рисуетъ предъ нимъ картину взаимоотношенія державъ въ эпоху около середины царствованія Людовика XIV и, очевидно, представляетъ современному ему читателю сравнить недавнее прошлое съ настоящимъ. Въ концѣ своей исторической справки Монтескье говоритъ: «Московія не была болѣе извѣстна въ Европѣ, чѣмъ Крымъ» (кн. IX, гл. IX, абз. 2). — Доказывая, что земледѣльческая культура страны зависитъ не отъ плодородія почвы, а отъ свободы, Монтескье между прочимъ ссылается на то, что «самыя умѣренныя по климату части Персіи, Турціи, Россіи¹ и Польши не смогли оправиться отъ опустошеній большихъ и малыхъ татарскихъ ордъ» (кн. XVIII, гл. III абз. 6). — Въ главѣ о торговлѣ древнихъ народовъ читаемъ: «Можно бы предположить, что Селевкъ хотѣлъ соединить оба (Черное и Каспійское) моря въ томъ самомъ мѣстѣ, гдѣ впоследствии это было сдѣлано царемъ Петромъ I, т. е. въ той полосѣ земли, гдѣ Танаисъ приближается къ Волгѣ» (кн. XXI, гл. VI, абз. 9)². — Какъ видно всѣ три упоминанія о Россіи, выдѣленные нами въ первую группу, дѣйствительно имѣютъ характеръ случайный и не даютъ рѣшительно ничего для сужденія о русскомъ государственномъ строѣ.

Развивая свою оригинальную мысль о пониженной чувствительности жителей сѣвера къ ощущенію боли, Монтескье приходитъ къ слѣдующему выводу: «Чтобы пробудить въ москвитянинѣ чувствительность, надо съ него содрать кожу». (кн. XIV, гл. II, абз. 9). — Среди различныхъ значеній, придаваемыхъ слову свобода, упоминается и такое: «Нѣкій народъ долго принималъ свободу за обычай носить длинную бороду». (кн. XI, гл. II). Въ примѣчаніи къ данному мѣсту авторъ поясняетъ: «Москвитяне не могли стерпѣть того, что царь Петръ приказалъ обрѣзать ее»³. — Приведенныя данныя второй группы, хотя и не относятся прямо къ интересующему насъ вопросу о конструкціи русскаго государственнаго строя, не могутъ быть, однако, названы безразличными для него, такъ какъ климату Монтескье приписываетъ существенно важное значеніе въ дѣлѣ установленія того или другого образа правленія, а нравы народа, особенно его представленіе о свободѣ, точно также относятся къ числу факторовъ, опредѣляющихъ государственное устройство. Тѣмъ не менѣе, мы можемъ на этихъ данныхъ не останавливаться, потому что затронутые въ нихъ только вскользь вопросы о значеніи климата Россіи для ея политическаго развитія и объ оцѣнкѣ борьбы Петра Великаго съ нравами и обычаями московской старины ставятся въ другихъ мѣстахъ Духа законовъ прямо и обсуждаются обстоятельно.

Настаивая на вредѣ личной уніи и на законности недопущенія ея во имя блага государства, Монтескье заявляетъ: «Такимъ образомъ

¹ Рѣдкій случай, когда Монтескье говоритъ о Россіи, а не Московіи, какъ обыкновенно онъ выражается.

² См. I. Perry, L'état présent de la Grande Russie, Bruxelles 1717, p. 3—4, о проектѣ канала, dans l'endroit où ces deux Rivières s'approchent le plus».

³ О почитаніи бороды см. I. Perry, op. cit., p. 246—247.

русский¹ законъ, изданный въ началѣ царствованія Елисаветы, весьма благоразумно исключилъ всякаго наследника (престола), который владѣть другой монархіей» (кн. XXVI, гл. XXIII, абз. 3). Приведенное мѣсто мы выдѣлили въ особую группу, такъ какъ оно говоритъ о публично-правовомъ институтѣ, имѣющемъ значеніе для вопроса объ образѣ правленія. Дѣло въ томъ, что въ цитируемомъ законѣ можно бы усмотрѣть зарожденіе нѣкотораго прочнаго, основного закона о престолонаслѣдіи, что присуще монархіи и не свойственно деспотіи (см. Духъ законовъ, кн. XXVI, гл. XVI, абз. 4 и кн. V, гл. XIV, абз. 26). Монтескье не дѣлаетъ однако этого вывода, потому что приведенный законъ Елисаветы Петровны о несовмѣстимости въ одномъ лицѣ обладанія престоломъ російскимъ и престоломъ иностраннаго государства не отмѣнилъ Петровскаго устава о престолонаслѣдіи 5 февраля 1722 г., при наличности котораго не могло быть рѣчи о прочномъ порядкѣ наслѣдованія по основному закону монархіи. Въ виду этого мы включили упоминаніе о приведенномъ выше законѣ Елисаветы Петровны въ число данныхъ, не имѣющихъ прямого отношенія къ занимающему насъ вопросу о томъ, въ какую форму правленія укладывалъ Монтескье государственный строй Россіи.

Прежде чѣмъ перейти къ разбору данныхъ Духа законовъ, характеризующихъ образъ правленія русскаго государства, постараемся предварительно установить, что даетъ по этому вопросу источникъ свѣдѣній Монтескье о Россіи, — Джонъ Перри.

Въ изображеніи политической жизни Россіи рѣзко выступаетъ у Перри вѣдшее противоположеніе двухъ сторонъ, — традиціоннаго уклада московской государственности и тѣхъ реформъ, которыя вводилъ Петръ Великій.

Исторически сложившійся строй Московскаго государства характеризуется у Перри двумя основными признаками: отсутствіемъ свободы личности и полной необезпеченностью частной собственности.

Отсутствіе свободы личности является слѣдствіемъ неорганизованности суда и прикрѣпленія населенія къ принудительной работѣ на пользу государства.

Судъ отправляется въ Россіи, говоритъ Перри, совершенно иначе, чѣмъ въ Англіи; нѣтъ тамъ ни присяжныхъ для сужденія о фактѣ, ни адвокатовъ для веденія дѣла; произволь суды является единственнымъ закономъ, по которому вершится судебное дѣло, какъ это заблагоразсудится судѣ, подъ видимымъ лишь предлогомъ того или иного указа². Отъ произвола судей нѣтъ спасенія. Не можетъ помочь невинно пострадавшему и принесеніе жалобы царю, такъ какъ она никогда не доходитъ до царя прямо и непосредственно. Перри находитъ, что со-

¹ Въ подлинникѣ: la loi de Russie, — второй случай употребленія у Монтескье слова Россія, а не Московія.

² Jean Perry, Etat présent de la Grande Russie, Bruxelles 1717, p. 180: La Justice s'administre d'une toute autre manière dans ce Pays là, qu'en Angleterre; il n'y a ni Jurez pour juger du fait, ni Avocats pour plaider votre cause; la volonté du Juge est la seule Loi que termine votre affaire, comme bon lui semble, sous prétexte de quelque Ordonnance.

гласно старомосковской политической традиціи недопущеніе прямыхъ челобитій царю является установленнымъ правиломъ. Подобно тому какъ грѣшники не должны обращаться къ Богу непосредственно, но обязаны прибѣгать къ посредничеству святыхъ, такъ и на землѣ немислимо иначе говорить царю, какъ только черезъ уста бояръ¹. Неустрашимый при такомъ порядкѣ вещей произволъ ведетъ неизбежно къ подкупу судей, какъ явленію обычному. Ничего не остается, какъ только откупаться отъ завѣдомо неправаго суда и, жалуясь на судебную кривду, утѣшать себя тѣмъ, что до Бога высоко, а до царя далеко².

Населеніе монастырскихъ, служилыхъ и государевыхъ земель сверхъ платы оброка и государевыхъ податей обязано еще, указываетъ Перри, нести трудовую повинность въ пользу государства. Къ отбыванію этой повинности населеніе привлекается по мѣрѣ надобности, по отдѣльнымъ мѣстностямъ и всегда бесплатно³. Болѣе искусные рабочие наряжаются на работу не въ очередь, удерживаются на ней возможно дольше и, вообще, всячески эксплуатируются. Вслѣдствіе этого, говоритъ Перри, всякій здѣсь старается по возможности скрывать свое умѣнье и искусство и, во всякомъ случаѣ, не имѣть ни малѣйшаго основанія къ тому, чтобы совершенствоваться въ своемъ ремеслѣ путемъ правильнаго изученія⁴.

Имущественный оборотъ страдаетъ отъ государственныхъ монополій и разнаго рода привилегій царской казны, устанавливаемыхъ для отдѣльныхъ случаевъ, а также отъ произвольнаго способа взиманія налоговъ и преслѣдованія казеннаго интереса «прибыльщиками»⁵. Наиболѣе рѣзкое проявленіе необезпеченности частной собственности Перри усматриваетъ, повидимому, въ отсутствіи единаго законнаго порядка установленія налоговъ верховной властью и въ представленіи

¹ Ibidem p. 179: (les Boyars) établissoient pour regle, que comme des Hommes pécheurs ne doivent point s'adresser directement à Dieu, mais avoir recours à la Médiation de ses Saints; de même c'étoit sur la terre un présomption de songer à parler au Czar, par d'autre bouche que celle des ses Boyars. Сравн. p. p. 280—281: ils (les Moscovites) prétendent que l'honneur qu'on rend (aux Saints), on le rend à Dieu, et que c'est le moyen le plus modeste et le plus accompagné de succès, de s'adresser au favori d'un Prince, lorsqu'on veut obtenir quelque chose; de sorte qu'ils ne doutent point, que leurs Prières ne sont perpétuellement présentées au Tout-Puissant par les Saints du Paradis. — О той же параллели въ представленіяхъ русскихъ относительно обращенія къ Богу и государю говорилъ и Флетчеръ (О государствѣ рускомъ, 2-ое изд., 1905 г. гл. XXII, стр. 104).

² Ibidem p. 238: «dans toute la Moscovie, lorsqu'il nait quelque différent, la première démarche des parties est de chercher à mettre le Juge dans leurs interets; ils reçoivent des deux côtés, et généralement celui qui offre le plus, obtient gain de cause. C'est ce qui a donné lieu à ce Proverbe des Moscovites, quand ils se plaignent de ce qu'on ne leur à pas rendu Justice, Dieu est le Très-haut, et le Czar est très-éloigné. P. p. 321—322: Les Gouverneurs et autres Personnes d'autorité ont divers moyens pour opprimer le Peuple, dans le plus commun est de les accuser de quelque faute inventée à plaisir, et de les faire menacer du Knout ou de Battoks, ou bien d'inciter des gens qui font quelque demande ou quelque information contre eux; et dans ce cas, que la Justice aille comme elle voudra, chaqu'un est obligé, selon ses facultez, ou de souffrir des coups, ou de s'en racheter par argent.

³ Ibidem p. p. 325—326.

⁴ Ibidem p. p. 323—325, 327.

⁵ Ibidem p. p. 317—320.

права облагать население мѣстной администраціи¹. Никто не можетъ быть увѣренъ въ прочности обладанія своимъ имуществомъ и потому, говоритъ Перри, русскіе покорно говорятъ, что все ихъ достояніе принадлежитъ Богу да царю².

Такъ какъ личная свобода и неприкосновенность частной собственности почитались на западѣ Европы, и особенно въ Англіи, за основные принципы законнаго правленія, то, установивъ полное отсутствіе того и другого въ московскомъ государствѣ, Перри имѣлъ достаточное основаніе назвать образъ его правленія произвольнымъ³.

Преобразованія Петра Великаго изображаются у Перри какъ походъ противъ застоя, суевѣрія, невѣжества, безнравственности и безправія традиціоннаго уклада московской жизни, и потому встрѣчаютъ со стороны автора полное сочувствіе и одобреніе. Излагаемая имъ преобразованія касаются однако лишь весьма незначительно государственнаго строя въ тѣсномъ смыслѣ этого слова. Дѣло въ томъ, что наблюденія Перри относятся къ 1696—1715 годамъ пребыванія его въ Россіи, т. е. какъ разъ къ тому времени, когда Петръ занимался только наружнымъ измѣненіемъ обычаевъ и нравовъ и затѣмъ всецѣло почти былъ поглощенъ войной и пересозданіемъ военныхъ силъ страны, а также насажденіемъ въ ней элементарнаго образованія и техническихъ знаній.

Такой общій ходъ реформъ за это время нашель себѣ вѣрное изображеніе и у Перри. Онъ рассказываетъ наиболѣе обстоятельно о преобразованіи войска и созданіи флота⁴, говоритъ подробно объ европеизаціи внѣшняго обихода русской жизни⁵, о борьбѣ съ суевѣріемъ народа⁶ и внимательно останавливается на мѣрахъ, направленныхъ къ просвѣщенію народа и усвоенію имъ техническихъ знаній⁷.

Изъ преобразованій въ области государственнаго управленія, отразившихся въ извѣстной мѣрѣ и на самомъ строѣ государства, ко времени пребыванія Перри въ Россіи относятся: губернская реформа и учрежденіе Сената. Однако Перри совершенно о нихъ не упоминаетъ. Зато онъ останавливается на томъ, какъ послѣ смерти патріарха Адріана царь воспротивился поставленію новаго патріарха и подчинилъ церковь своему главенству и верховному управленію⁸. Это

¹ Ibidem p. 239. (Les Woywods ou Gouverneurs) étoient en pouvoir, chacun dans son Gouvernement, de mettre les impôts, de nommer les Challavolnicks, ou Collecteurs, sous eux pour recevoir les Revenus du Czar.

² Ibidem p. p. 320—321: En effet, s'il arrive que quelqu'un puisse amasser quelque argent par son industrie et par travail, il ne peut pas véritablement dire que cela lui appartient, et dans ces occasions ils disent avec soumission, tout ce que nous avons appartient à Dieu et au Czar.

³ Ibidem p. 304: Je vai parler presentement du Commerce de Moscovie, des obstacles qui l'empêchent de fleurir, et des diverses raisons de dégoût que les Sujets du Czar y trouvent, par la Constitution arbitraire du Gouvernement, et par la mauvaise administration.

⁴ Ibidem p. p. 185—186, 233—235, 340—354.

⁵ Ibidem p. p. 245—250, 254, 297, 300—304.

⁶ Ibidem p. p. 244, 281—282.

⁷ Ibidem p. p. 265—268, 277—278.

⁸ Ibidem p. 260: ... sa Majesté defendit qu'on eût un nouveau Patriarche, et se déclara Elle même Chef et Gouverneur de son Eglise.

событіе, несомнѣнно оказавшее вліяніе на самую сущность государственнаго строя въ смыслѣ усиленія абсолютизма, не квалифицируется, однако, Перри въ такомъ смыслѣ и скорѣе находитъ себѣ у него сочувствіе въ виду подчеркиваемыхъ имъ невѣжества и суевѣрія московскаго духовенства¹.

Особенное вниманіе Перри привлекаетъ къ себѣ учрежденіе въ 1699 г. Бурмистерской Палаты, или Ратуши въ Москвѣ и Земскихъ избъ по городамъ. Перри ставитъ это мѣропріятіе въ связь съ стремленіемъ Петра Великаго къ упорядоченію взиманія налоговъ, правильнаго ихъ распредѣленія и точнаго учета. Московскую Ратушу онъ называетъ Счетной Палатой и заявляетъ, что она была учреждена по образу Счетной Палаты въ Голландіи². Причиной такого особеннаго вниманія Перри къ названному учрежденію несомнѣнно является компетенція послѣдняго въ дѣлѣ контроля надъ взиманіемъ налоговъ и соображеніе о томъ, что прочный законный порядокъ взиманія налоговъ признается однимъ изъ обезпеченій неприкосновенности частной собственности. Перри, очевидно, хотѣлъ подчеркнуть, что Петромъ Великимъ сдѣланъ нѣкоторый шагъ по пути къ обезпеченію послѣдней, совершенно неизвѣстному при старомъ московскомъ строѣ.

Мѣръ, которыя принимались для упорядоченія суда и управленія, Перри не излагаетъ. Въ этомъ отношеніи можно отмѣтить у него лишь сдѣланное вскользь указаніе на то, что Петръ Великій пытался «умѣрить» старыя порядки произвольнаго суда³ и вообще устранить злоупотребленія⁴. Однако, это не особенно удавалось. Царь занимается главнымъ образомъ военнымъ и морскимъ дѣломъ, входитъ во всѣ подробности устройства, оборудованія и снаряженія арміи и флота и почти всецѣло поглощенъ ими. Бояре пользуются этимъ и ведутъ дѣло управленія, особенно въ области торговли и налоговъ, въ старомъ духѣ московскихъ порядковъ⁵. Проискамъ бояръ Перри приписываетъ упраздненіе послѣ нѣсколькихъ лѣтъ существованія Московской Ратуши⁶, которой Перри придавалъ, какъ знаемъ, столь важное, принципиальное для государственнаго строя значеніе.

Активнымъ стремленіямъ бояръ къ удержанію московской старины Перри придаетъ столь большое значеніе, что объясняетъ ими и подводитъ подъ традиціонный политическій укладъ даже такіа мѣропріятія Петра Великаго, которыя на самомъ дѣлѣ носили реформатор-

¹ Ibidem p. p. 269—270, 283.

² Ibidem p. p. 239—242.

³ Ibidem p. 179.

⁴ Ibidem p. 254.

⁵ Ibidem p. 316: Les Boyars lui representent les choses comme bon leur semble, pendant que sa Majesté s'occupe elle même principalement à régler ce qui regarde son Armée et sa Flotte: et à tracer souvent de sa propre main des Plans, pour la construction des Vaisseaux de Guerre et autres Batimens de toute sorte, et à ordonner les proportions des Mats, Voiles et Cordages, à quoi Elle se plait extrêmement. Ces Messieurs ne sont pas fachez, de voir ce Prince détourné par tout ce détail de la Direction de ce que regarde immédiatement le Commerce et les Taxes qu'on met sur le Peuple, dont ils se chargent très volontiers.

⁶ Ibidem p. 243.

скій характеръ и были направлены на водвореніе новыхъ порядковъ государственнаго правленія на началахъ законности. Таково отношеніе Перри къ извѣстному указу Петра Великаго отъ 22 декабря 1718 года объ укрѣпленіи прочнаго порядка судебныхъ инстанцій и запрещеніи неосновательныхъ жалобъ государю на Сенатъ подѣ страхомъ смертной казни. Указъ этотъ, внѣ всякаго сомнѣнія, стремился къ отмѣнѣ принципа личнаго управленія государя, устранялъ непосредственный судъ государя, въ качествѣ общаго правила, и сохранялъ его лишь въ качествѣ исключительнаго порядка, крайняго прибѣжища на случай отказа въ правосудіи. Иначе смотреть на дѣло Перри. Объ указѣ, изданномъ уже послѣ его отъѣзда за границу, онъ знаетъ только по наслышкѣ, передаетъ, впрочемъ, содержаніе его вѣрно, но видитъ въ немъ не переходъ отъ личнаго управленія и суда къ порядку законнаго управленія и суда по инстанціямъ, а напротивъ того укрѣпленіе стараго московскаго правила, согласно которому обращеніе къ суду государя было немислимо иначе, какъ только черезъ посредство боярѣ. Конечно, указъ допускаетъ принесеніе непосредственной жалобы государю, но обставляетъ его такими сложными требованіями и угрожаетъ такимъ наказаніемъ за неосновательную жалобу, что, по имѣющимся у Перри свѣдѣніямъ, никто не дерзаетъ пользоваться этимъ указомъ и, какъ бы тяжело ни приходилось страдать отъ неправосудія, не обращаются съ жалобой къ государю. Оказывается, что бояре перехитрили царя и сумѣли добиться возстановленія стараго порядка произвольнаго суда, не взирая на всѣ тѣ «умѣренія», которыя пытался въ него внести самъ царь¹.

Къ «умѣренію» московскаго произвола сводятся у Перри всѣ почти мѣропріятія Петра Великаго въ области государственнаго устройства и управленія. Такое умѣряющее вліяніе Петра Великаго сказывалось не только въ общихъ реформахъ, но и въ частныхъ случаяхъ личнаго его вмѣшательства въ непосредственное управленіе. Такъ, разсказывая о дѣйствовавшемъ при Петрѣ Великомъ отбываніи населеніемъ бесплатной трудовой повинности въ пользу государства, о чемъ

¹ Ibidem p. p. 179—180: (Les Boyars) établissoient pour regle, que comme des hommes pécheurs ne doivent point s'adresser directement à Dieu, mais avoir recours à la Médiation de ses Saints; de même c'étoit sur la terre une presumption de songer à parler au Czar, par d'autre bouche que par celle de ses Boyars. Cette maxime s'observe encore en quelque manière, malgré tous les tempéramens que le Czar a voulu y apporter (нашъ курсивъ). Depuis que j'ai quitté ce Pays - là, on a publié un Edit, par lequel il est ordonné que quelques griefs qu'on ait, personne ne présumera d'aller directement au Czar, ni de lui donner requête, mais qu'on aura s'adresser d'abord par une requête au Boyar, ou officier de la Precause (Приказа), ou Cour à qui la connaissance de tels griefs appartient: que toute personne aura la liberté de donner deux Requêtes, l'une après l'autre et que si elle reçoit point de satisfaction, elle pourra, si elle le juge à propos, présenter alors une Requête au Czar même, mais avec cette menace, qu'après l'examen du Czar, celui des deux, qui se trouvera avoir tort, soit le Boyar, soit l'Exposant, sera puni de mort; cet Edit a jetté une si grande terreur dans les esprits, que depuis qu'il a été publié, je n'ai, point ouï dire que personne, quelque injustice qu'on lui ait faite, ait osé s'adresser au Czar. On a mieux aimé se taire; sachant bien; que qui veut entrer en lice avec plus fort que soi ne manque jamais de s'en repentir.

мы уже говорили выше, Перри заявляетъ, что, когда царь лично присутствуетъ при какихъ либо государственныхъ сооруженіяхъ, то работа распределяется болѣе равномерно и хоть нѣсколько оплачивается¹.

Вносившіяся Петромъ Великимъ «умѣренія» не измѣнили существа дѣла, и преобразования не превратили произвольнаго правленія въ законное. Таковъ окончательный выводъ Перри. Онъ формулированъ имъ вполне категорически по одному частному поводу, о которомъ мы сейчасъ скажемъ.

Чтобы облегчить народу принятіе перенесенія новолѣтія на 1-ое января, царь ознаменовалъ эту календарную реформу двумя милостивыми преобразованиями въ формахъ административнаго и судебного производства. Одно изъ этихъ преобразованій заключалось въ томъ, что отмѣненъ былъ старыи обычай именоваться населенію государевыми холопами и повелѣно было всѣмъ называться по отношенію къ государю званіемъ: «рабъ», что, по мнѣнію Перри, обозначаетъ «поданныи». Замѣна рабства подданствомъ по отношенію къ государю — вещь весьма существенная, ибо она обозначаетъ переходъ отъ деспотическаго правленія къ монархическому. Перри, очевидно, предполагалъ возможность подобнаго хода мыслей у читателя и потому немедленно пресѣкъ его въ самомъ зародышѣ, указавъ тутъ же, что отъ указанной перемѣны въ названіи народъ не приобрѣлъ никакой реальной выгоды, такъ какъ по прежнему остался на самомъ дѣлѣ рабомъ. Все же, замѣчаетъ Перри, перемѣна въ названіи доставила ему удовольствіе². Оставляя послѣднее утвержденіе всецѣло на отвѣтственности автора, подчеркиваемъ его трезвое сужденіе о несоотвѣтствіи преобразованнаго термина, какъ онъ его понимаетъ, дѣйствительнымъ отношеніямъ между населеніемъ и государственной властью.

Въ довершеніе характеристики возрѣнія Перри на государственныи строй Россіи, необходимо указать, что данное Перри и отмѣченное нами выше опредѣленіе его, какъ правленія произвольнаго, относится

¹ Ibidem p. p. 323—324, 327.

² Ibidem p. p. 298—299: C'étoit la Coûtume pendant le Règne des Czars, Predecesseurs de celui à présent, que dans toutes les Requêtes et autres Actes de justice, et généralement en toutes occasions, depuis les premiers Seigneurs jusqu'aux derniers Paysans, tout le monde se qualifiait Golup, ou Esclave du Czar. D'autre côté, l'on inservit tout les Titres et Dignitez de ce Prince dans tous les Placets et Pareilles Pièces, quelque peu importantes qu'elles fussent, tant au commencement que dans l'endroit ou l'on faisoit la demande, ce que étoit fort long et ennuieux; et l'on étoit punissable si l'on se méprenoit dans la specification de ses Titres. Le Czar pour faire mieux supporter à son Peuple le changement qu'il a fait à l'égard du commencement de l'année, a aboli ces deux Coûtumes. Premièrement, il a ordonne que dans tous ses Etats personne ne se droit à l'avenir son Golup, ou Esclave, mais seulement Raab, qui signifie Sujet. Il est vrai que ce Peuple ne tire de là aucun avantage reel, car il est encore aujourd'hui effectivement Esclave; mais cependant le seul changement de nom leur a fait plaisir. Secondement sa Majesté a réglé, que dans toutes les causes civiles et militaires aussi bien que dans les Procès, où l'on est obligé de faire des demandes, comme si l'on s'adressoit à lui même, on ne mettrait plus les Titres tout du long, ainsi qu'on avoit usé jusqu'alors, mais qu'on se contenteroit de dire Vossea Misistea Vistria, c'est à dire, sa Très-haute et très-gracieuse Majesté.

не только къ старому московскому государству, но и къ царствованію Петра Великаго, которому приходится, по словомъ Перри, самому терпѣть убытки отъ произвола правленія и плохой администрации¹.

Когда мы теперь обратимся къ даннымъ Духа законовъ объ образѣ правленія въ Россіи, то увидимъ, что данныя эти отражаютъ въ себѣ возрѣніе Перри въ его основныхъ чертахъ. Мы встрѣтимъ то же вѣбшее противоположеніе московской старины и Петровской реформы и то же отрицаніе принципиальнаго измѣненія образа правленія и послѣ реформы. Конечно все это получило у Монтескье болѣе тщательную отдѣлку, болѣе совершенную конструкцію и болѣе углубленное объясненіе въ соотвѣтствіи съ его собственными «принципами». Тѣмъ не менѣе, въ основѣ всего мы повсюду увидимъ и факты, сообщенные Перри, и данное имъ же освѣщеніе фактовъ.

Въ полномъ согласіи съ Перри образъ правленія Россіи признается въ Духѣ законовъ произвольнымъ, т. е., согласно терминологіи Монтескье, деспотическимъ. Такая квалификація не только дается старому политическому укладу московской эпохи, но и распространяется на государственный строй Россіи послѣ Петровскихъ реформъ вплоть до ближайшаго къ изданію Духа законовъ времени.

По частному вопросу о правленіи женщинъ, Монтескье ссылается на примѣръ Московіи, чтобы показать, какъ удается это правленіе въ государствѣ деспотическомъ². Здѣсь Россія прямо названа деспотіей. Въ нѣсколькихъ другихъ мѣстахъ приводится рядъ юридическихъ и политическихъ институтовъ Россіи, почитаемыхъ за существенные и характерные признаки деспотическаго правленія.

Въ спеціальной главѣ, посвященной вопросу о томъ, какъ законы находятся въ зависимости отъ принципа деспотическаго правленія³, устанавливается свойственный деспотизму характеръ престолонаслѣдія. «Въ государствахъ, въ которыхъ вовсе нѣтъ основныхъ законовъ», говоритъ Монтескье, «преемство власти не можетъ быть опредѣленнымъ. Корона передается тамъ по избранію государя въ предѣлахъ его семьи или внѣ ея⁴. Выказавъ такое положеніе относительно государствъ, въ которыхъ вовсе нѣтъ основныхъ законовъ, т. е. относительно правленія деспотическаго, Монтескье иллюстрируетъ его, кромѣ примѣровъ Турціи, Персіи, Монголіи, Марокко. еще и ссылкой

¹ Вслѣдъ за признаніемъ государственнаго строя произвольнымъ, читаемъ у Перри: «ce qui a toujours porté et porte encore à present beaucoup de préjudice au Pays: j'en donnerai quelque peu d'Exemples, où le Czar a été lui même intéressé et a souffert du dommage (p. 304).

² *Esprit de lois*, кн. VII, гл. XVII, абз. 2: Si l'on ajoute à cela l'exemple de la Moscovie et de l'Angleterre, on verra qu'elles (sc. les femmes) réussissent également, et dans le gouvernement modéré, et dans le gouvernement despotique.

³ Кн. V, гл. XIV: Comment les lois sont relatives au principe du gouvernement despotique.

⁴ Кн. V, гл. XIV, абз. 22: Dans les Etats, où il n'y a point de lois fondamentales, la succession à l'empire ne saurait être fixe. La couronne y est élective par le prince, dans sa famille où hors de sa famille.

на учрежденія Московіи, въ особенности на уставъ 5 февраля 1722 г. о престолонаслѣдіи¹.

Среди образцовъ несправедливаго несоотвѣтствія между наказаніемъ и преступленіемъ приводится примѣръ Московіи, гдѣ наказаніе для воровъ и убійць одно и тоже, и гдѣ поэтому при кражахъ всегда убиваютъ². Этотъ примѣръ говоритъ въ пользу деспотическаго характера московскаго государства, ибо суровость наказаній болѣе соотвѣтствуетъ правленію деспотическому³, и авторъ не дѣлаетъ примѣнительно къ Московіи указанія на возможность смягчить отсутствіе различія въ наказаніи надеждой на помилованіе⁴.

Величайшую угрозу личной свободѣ Монтескье видитъ въ неясномъ опредѣленіи преступленія оскорбленія величества⁵ и, тѣмъ болѣе, въ произвольномъ установленіи его состава. Наибольшимъ произволомъ въ этомъ отношеніи онъ считаетъ отнесеніе къ составу преступленія произнесенія нескромныхъ словъ о государѣ⁶. Противъ такого произвола Монтескье ополчается грозной, сравнительно съ общимъ спокойнымъ и выдержаннымъ тономъ его труда, филиппикой. «Слова», говоритъ онъ, «отноудъ не образуютъ состава преступленія, они остаются только въ мысли. Большею частью они ничего не значатъ сами по себѣ, а только по тону, которымъ ихъ произносятъ. Часто, воспроизводя тѣ же слова, не передаютъ того же смысла: этотъ смыслъ зависитъ отъ связи словъ съ другими вещами. Иногда молчаніе выражаетъ больше, чѣмъ всѣ рѣчи. Нѣтъ ничего столь двусмысленнаго, какъ все это. Какъ же можно создавать изъ этого преступленіе оскорбленія величества? Повсюду, гдѣ такой законъ установленъ, нѣтъ болѣе не только свободы, но даже и тѣни ея⁷. Приведенное общее разсужденіе поясняется непосредственно за нимъ слѣдующей ссылкой на Россію. «По манифесту покойной царицы (Анны Іоановны), изданному противъ семьи Долгорукихъ, одинъ изъ этихъ князей приговоренъ

¹ Кн. V, гл. XXIV, абз. 24: Par les constitutions de Moscovie, le czar peut choisir qu'il veut pour son successeur, soit dans sa famille, soit hors de sa famille. Въ подстрочномъ примѣчаніи къ этому мѣсту сказано: Voyez les différentes constitutions, surtout celle de 1722.

² Кн. VI, гл. XVI, абз. 6: En Moscovie, où la peine des voleurs et celle des assassins sont les mêmes, on assassine toujours. Les morts, y dit on, ne racontent rien. Въ подстрочномъ примѣчаніи къ первой фразѣ сдѣлана общая (безъ указанія мѣста) ссылка на Перри. См. Perry, op. cit., p. 289: les Moscovites tuent d'ordinaire ceux qu'ils volent et disent d'une manière barbare, que les morts ne racontent rien. Какъ видимъ, Перри сообщаетъ только бытовой фактъ, юридическое же объясненіе принадлежитъ Монтескье. Нечего говорить, насколько Монтескье не точенъ относительно мѣры наказанія за кражу; объ отиѣнѣ смертной казни при Елисаветѣ Петровнѣ онъ не знаетъ.

³ Кн. VI, гл. IX, абз. 1.

⁴ Сравни. кн. VI, гл. XVI, абз. 7: Quand il n'y a point de difference dans la peine, il faut en mettre dans l'espérance de la grâce. En Angleterre, on n'assassine point, parce que les voleurs peuvent espérer d'être transportés dans les colonies; non pas les assassins.

⁵ Кн. XII, гл. VII, абз. 3.

⁶ Кн. XII, гл. XII, абз. 1: Rien ne rend encore la crime de lèse-majesté plus arbitraire que quand des paroles indécrites en deviennent la matière.

⁷ Кн. XII, гл. XII, абз. 2.

къ смерти за произнесение неприличныхъ словъ, которыя имѣли нѣкоторое отношеніе къ ея особѣ; другой — за злонамѣренное истолкованіе ея мудрыхъ государственныхъ распоряженій и оскорбленіе ея священной особы словами мало почтительными¹. Уже изъ предыдущаго видно, что приведенный приговоръ Анны Іоанновны квалифицируется, какъ проявленіе деспотическаго правленія. Такая именно квалифікація становится къ тому же несомнѣнной въ связи съ данной этому приговору послѣдующей оцѣнкой. «Скажу, не обинуясь», заявляетъ Монтескье, «что если хотятъ умѣрить деспотизмъ, то простое исправительное наказаніе подойдетъ лучше въ этихъ случаяхъ, чѣмъ обвиненіе въ оскорбленіи величества, всегда страшное даже для невинности»².

«Что въ монархіи государь долженъ быть доступенъ для подданныхъ, это положеніе, говоритъ Монтескье, будетъ усвоено много лучше изъ разсмотрѣнія противоположныхъ тому порядковъ. Послѣднее Монтескье находитъ въ Россіи и говоритъ: «Царь Петръ I, рассказываетъ г. Перри, издалъ новый указъ, которымъ запрещается подавать государю жалобу безъ предварительной двукратной подачи жалобы его чиновникамъ. Въ случаѣ отказа въ правосудіи можно представить третью жалобу уже государю; но кто при этомъ окажется неправымъ, долженъ лишиться жизни. Никто съ тѣхъ поръ не обращался съ жалобой къ царю»³. Судебные порядки Россіи противопологаются здѣсь соотвѣтственнымъ порядкамъ монархій, и русскій государственный строй выставляется, такимъ образомъ, въ качествѣ контраста монархическому правленію, т. е., въ видѣ правленія деспотическаго

Въ приведенномъ мѣстѣ Монтескье беретъ у Перри не только самый фактъ, но и его освѣщеніе, при которомъ указъ Петра Великаго разсматривается не какъ новшество, вызванное стремленіемъ къ отмѣнѣ личнаго суда монарха и прочному установленію законнаго порядка судебныхъ инстанцій, а какъ продолженіе судебного произвола московской старины. Не располагая, очевидно, никакими другими свѣдѣніями о судоустройствѣ и судопроизводствѣ при Петрѣ Великомъ и игнорируя Сенатъ, а, быть можетъ, ничего не зная о немъ, Монтескье подпаль всецѣло подъ влияніе Перри. Поэтому приведенный указъ Петра Великаго оказался истолкованнымъ въ Духѣ законовъ примѣнительно къ свойственному деспотіи принципу цѣлокупной передачи власти чиновникамъ (*Esprit de lois*, кн. V, гл. XVI), и Монтескье не пришла въ голову мысль связать этотъ указъ съ тѣмъ правиломъ, согласно которому государь можетъ самъ судить въ государствахъ

¹ Кн. XII, гл. XII, абз. 3.

² Кн. XII, гл. XII, абз. 4.

³ Кн. XII, гл. XXVI: Que dans la monarchie le prince doit être accessible. Cela se sentira beaucoup mieux par les contrastes: «Le Czar Pierre I-er, dit le sieur Perry, a fait une nouvelle ordonnance qui défend de lui présenter de requête qu'après en avoir présenté deux à ses officiers. On peut, en cas de déni de justice, lui présenter la troisième; mais celui qui a tort doit perdre la vie. Personne depuis n'a adressé de requête au czar.»

деспотическихъ, но не можетъ этого дѣлать въ монархіяхъ¹. Позволительно поэтому думать, что у Монтескье прочно укоренилось убѣжденіе въ деспотичности русскаго государственнаго строя.

Рекомендуя монархамъ относиться бережно къ своимъ подданнымъ и падать у нихъ чувство чести, Монтескье, между прочимъ, говоритъ: «Когда монархи оскорбляютъ своихъ подданныхъ, они обращаются съ ними гораздо болѣе жестоко, чѣмъ обращаются со своими подданными повелители Турціи и Московіи. Когда эти послѣдніе оскорбляютъ своихъ подданныхъ, они ихъ унижаютъ, но не безчестятъ; что же касается монарховъ, то они, оскорбляя своихъ подданныхъ, и унижаютъ ихъ, и безчестятъ»².

Такое различіе эффекта, вызываемое одинаковымъ обращеніемъ съ подданными, объясняется тѣмъ, что въ монархіяхъ царитъ честь, а въ деспотическихъ государствахъ она неизвѣстна, и въ нихъ часто даже нѣтъ слова для ея выраженія, говоритъ Монтескье³, ссылаясь въ данномъ случаѣ на Перри⁴, который характеризуетъ русскихъ, какъ людей въ высшей степени вѣроломныхъ и безчестныхъ, и увѣряетъ даже, что на русскомъ языкѣ совсѣмъ нѣтъ слова, которое могло бы передать истинный смыслъ понятія о чести⁵. Въ подтвержденіе того, что оскорбленіе не безчеститъ русскихъ, Монтескье не цитируетъ Перри, но могъ бы это сдѣлать, такъ какъ Перри сообщаетъ, что даже наказаніе батогами или кнутомъ не налагаетъ на русскихъ клейма позора въ обществѣ⁶.

¹ Кн. VI, гл. V, абз. 5: Dans les Etats despotiques, le prince peu juger lui même. Il ne le peut dans les monarchies: la constitution serait détruite, les pouvoirs intermédiaire dépendants anéantis, on verrait cesser toutes les formalités des jugements; la crainte s'emparerait de tous les esprits; on verrait la pâleur sur tous les visages; plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sureté, plus de monarchie.

² Кн. XII, гл. XXVIII, абз. 3: Lorsqu'ils insultent leurs sujets, ils les traitent bien plus cruellement que ne traite les siens le Turc ou le Moscovite. Quand ses derniers insultent, ils humilient et ne déshonorent point; mais pour eux, ils humilient et déshonorent.

³ Кн. III, гл. VIII, абз. 4: L'honneur, inconnu aux Etats despotiques, où même souvent on n'a pas de mot pour l'exprimer, règne dans les monarchies; il y donne la vie à tout le corps politique, aux lois et aux vertus mêmes.

⁴ Прямая ссылка на Перри сдѣлана въ подстрочномъ примѣчаніи.

⁵ J. Perry, op. cit. p. 271: . . . la perfidie dont tout le monde soit que les Moscovites usent à l'égard de tous ceux qui négotient avec eux, en leur manquant de parole; de sorte que c'est un mot commun entre les Etrangers, qui sont dans ce Pays là Voulez vous savoir si un Moscovite est honnête homme, voyez s'il a du poil au creux de la main, et si vous n'y en trouvez pas, concluez qu'il ne l'est point . . . P. 272: Ils (les Moscovites) sont si peu d'égard pour leur parole, et ils ont si peu de connoissance de l'honneur pris dans son véritable sens, qu'il n'y a dans leur langue aucun mot qui le puisse exprimer. — Приведенное мѣсто вызываетъ различную реакцію у историковъ. Н. Д. Сергѣевскій на основаніи этого мѣста относитъ Перри къ числу тѣхъ иностранцевъ, «которые нерѣдко доходятъ до того, что изрыгаютъ цѣлые потоки самой рѣзкой брани на русскихъ людей . . .» См. Н. Д. Сергѣевскій. Наказаніе въ русскомъ правѣ XVII вѣка, СПб. 1888, стр. 56. Напротивъ того, Валишевскій цитируетъ указанное мѣсто безъ оговорокъ и упрекаетъ лишь Перри въ ошибку, будто у русскихъ нѣтъ и слова «честь». См. K. Waliszewski Les origines de la Russie moderne. Le berceau d'une dynastie. Les premiers Romains 1613—1682, Paris 1909, p. 463.

⁶ J. Perry, op. cit., p. p. 272—273: . . . après avoir être batus de Battoks ou de Rnout quoiquel'exécution ait été faite par le Bourreau, ils ne sont notez d'aucune infamie.

Въ изслѣдованіи объ отношеніяхъ взиманія податей и размѣровъ государственныхъ доходовъ къ свободѣ, имѣется въ Духѣ законовъ и специальное сужденіе о взиманіи денежныхъ податей съ частновладельческихъ крѣпостныхъ крестьянъ. Монтескье полагаетъ, что въ монархіяхъ такія подати должны взиматься государемъ не непосредственно, а при посредствѣ владѣющихъ крестьянами дворянъ (кн. XIII, гл. V). Такому порядку надлежитъ, по мнѣнію Монтескье, слѣдовать еще болѣе неуклонно въ государствѣ деспотическомъ (кн. XIII, гл. VI, абз. 1). По этому послѣднему поводу Монтескье ссылается на Россію и говоритъ: «Петръ I, желая принять германскую практику и взимать налоги деньгами, сдѣлалъ весьма благоразумное распоряженіе, которому до сихъ поръ слѣдуютъ въ Россіи¹. Дворянинъ взимаетъ налогъ съ крестьянъ и уплачиваетъ его царю. Если число крестьянъ уменьшается, онъ платитъ, какъ и прежде; если число ихъ увеличивается, онъ не платитъ больше прежняго; такимъ образомъ, онъ заинтересованъ въ томъ, чтобы не притѣснять своихъ крестьянъ» (кн. XIII, гл. VI, абз. 2).

Выставивъ положеніе, что «во всѣхъ деспотическихъ государствахъ люди продаютъ себя съ большею легкостью: рабство политическое тамъ нѣкоторымъ образомъ уничтожаетъ свободу гражданскую» (кн. XV, гл. VI, абз. 2). Монтескье тутъ же вспоминаетъ о Россіи: «Г-нь Перри говоритъ², что москвитяне очень легко продаютъ себя. И я знаю», разъясняетъ Монтескье, «почему это: потому, что ихъ свобода ничего не стоитъ» (кн. XV, гл. VI, абз. 3).

Мы привели и рассмотрѣли всѣ данныя Духа законовъ, по которымъ русскій государственный строй признается въ этомъ трактатѣ деспотическимъ. Анализъ этихъ данныхъ показываетъ, что сужденіе Монтескье о деспотизмѣ въ Россіи не случайно и не голословно съ точки зрѣнія его политической теоріи, но носитъ систематическій, такъ сказать, характеръ и аргументируется довольно разносторонне примѣнительно къ выдвигаемымъ авторомъ основнымъ критеріямъ публичноправовой констукции.

Съ точки зрѣнія «принципа правленія», отмѣчается характерное для деспотическихъ государствъ отсутствіе въ Россіи той «чести», которая царитъ въ монархіяхъ (кн. III, гл. VIII, абз. 4). Сверхъ того, устанавливается, что русскій уставъ о престолонаслѣдствіи представляетъ собою образецъ закона, вполне соответствующаго «принципу» деспотическаго правленія (кн. V, гл. XIV, заглавіе и абз. 24).

Относительно обезпеченія личной свободы, неприкосновенности имущества и нерушимости чести подданныхъ путемъ справедливыхъ предписаній уголовного закона³, правильной организациі суда⁴ и

¹ Третій случай употребленія термина «Россія» вмѣсто обычнаго «Московія».

² Въ подстрочномъ примѣчаніи сдѣлана глухая ссылка на парижское изданіе Перри 1717 г. Въ имѣющемся у меня Брюссельскомъ изданіи я, къ сожалѣнію, не могъ разыскать того мѣста, гдѣ это Перри говоритъ.

³ О зависимости обезпеченія свободы, неприкосновенности имущества и нерушимости личной чести отъ характера уголовныхъ законовъ см. *L'esprit des lois*, кн. VI, гл. II *passim* и особенно абз. 3, кн. XII, гл. IV, абз. 1; кн. VII, абз. 3.

⁴ О значеніи правильной организациі суда для гражданской свободы см. *L'esprit des lois*, кн. VI, гл. I.

надлежащаго обращенія государей съ подвластнымъ имъ народомъ¹ въ Духѣ законовъ даются одни лишь отрицательныя показанія о Россіи. Послѣдовательно указываются: несправедливое несоотвѣтствіе между наказаніемъ и преступленіемъ въ русскомъ уголовномъ правѣ (кн. VI, гл. XVI, абз. 6), произволъ верховной власти въ Россіи при установленіи состава преступления оскорбленія величества (кн. XII, гл. XII, абз. 3), недоступность царя для всеподданнѣйшихъ жалобъ на неправосудіе (кн. XII, гл. XXVI) и полная у русскихъ государей возможность оскорблять своихъ подданныхъ въ виду отсутствія у нихъ чувства чести (кн. XII, гл. XXVIII, абз. 3).

Въ связи съ обезпеченіемъ неприкосновенности имущества путемъ соответственной постановки государственныхъ налоговъ², дается въ Духѣ законовъ положительная оцѣнка способу взиманія подушной подати въ Россіи (кн. XIII, гл. VI, абз. 2). Слѣдуетъ однако имѣть въ виду, что русскіе порядки удаиваются въ данномъ случаѣ одобренія не въ качествѣ проявленія свободы, а какъ умѣреніе налогового бремени, долженствующее служить въ деспотическомъ государствѣ равноцѣннымъ возмѣщеніемъ отсутствующей свободы³. Податная отвѣтственность помѣщика за крѣпостныхъ предъ государевой казной предохраняетъ лишь крестьянъ отъ произвола сборщиковъ государевыхъ податей⁴, но совершенно чужда стремленія къ водворенію требуемаго для имущественной свободы и безопасности правомѣрнаго принципа установленія налоговъ⁵.

Наконецъ, по вопросу о взаимоотношеніи между образомъ правленія и гражданской свободой, въ самомъ тѣсномъ смыслѣ этого слова, отмѣчается въ Духѣ законовъ относительно Россіи полное соотвѣтствіе между царящимъ въ ней политическимъ рабствомъ и охотнымъ поступленіемъ русскихъ людей въ рабство гражданское (кн. XV, гл. VI, абз. 3)⁶.

Показавъ, какъ въ Духѣ законовъ русскій государственный строй изображается съ точки зрѣнія различныхъ проявленій въ немъ

¹ О томъ что чувство чести подданныхъ предъявляетъ извѣстныя требованія къ монарху въ дѣлѣ личнаго обращенія его съ поданными. См. *L'esprit des lois*, кн. XII, гл. XXVIII.

² Объ этомъ см. *Esprit des lois*, кн. XIII, гл. X, XII и XIV.

³ См. *Esprit des lois*, кн. XIII, гл. XII, абз. 3: *Mais la règle générale reste toujours. Il y a dans les Etats modérés un dédommagement pour la pesanteur des tributs: c'est la liberté. Il y a dans les Etats despotiques un équivalent pour la liberté: c'est la modicité des tributs.*

⁴ *Esprit des lois*, кн. XIII, гл. V: *Mais, s'il (le prince) veut lever des tributs en argent sur les esclaves de sa noblesse, il faut que le seigneur soit garant de tribut, qu'il le paye pour les esclaves et le reprenne sur eux; et si l'on ne suit pas cette règle, le seigneur et ceux qui lèvent les revenus du prince vexeront l'esclave tour à tour, et le reprendront l'un après l'autre, jusqu'à ce qu'il perisse de misère ou fuie dans les bois. — Ce que je viens de dire, prolongeantъ Монтескье (кн. XIII, гл. VI, абз. 1) est encore plus indispensable dans l'Etat despotique.*

⁵ См. *Esprit des lois*, кн. XIII, гл. I.

⁶ Сравни. *L'esprit des lois*, кн. XV, гл. I, абз. 2: *Dans les pays despotiques, où l'on est déjà sous l'esclavage politique, l'esclavage civil est plus tolérable qu'ailleurs. Chacun y doit être assez content d'y avoir sa subsistance et la vie. Ainsi la condition de l'esclave n'y est guère plus à charge que la condition du sujet.*

деспотического правления, считаемъ нелишнимъ подчеркнуть, что среди этихъ проявленій удѣлено больше всего вниманія полной необезпеченности личной свободы и отсутствію гарантій имущественной неприкосновенности. По этому поводу невольно приходится на мысль связь, которую въ данномъ случаѣ легко установить между Монтескье и Перри, характеризовавшимъ «произвольный строй правленія» въ Россіи какъ разъ по тѣмъ же двумъ основнымъ критеріямъ, — по положенію личной свободы и частнаго имущества подданныхъ. Подчеркивая эту связь, мы отнюдь не имѣемъ въ виду утверждать, будто Перри былъ производнымъ первоисточникомъ въ дѣлѣ установленія узаконенныхъ двухъ основныхъ критеріевъ для различія видовъ единовластія, а Монтескье ихъ у него заимствовалъ. Подобное утверждение было бы совершенно неправильно. Задолго до XVIII вѣка, начиная съ Бодена, перваго теоретика новаго европейскаго государства, западно-европейская политическая мысль проводила различіе между королевской или законной монархіей, сенъеріальной или вотчинной, и монархіей тираннической⁴. Существеннымъ признакомъ королевской или законной монархіи почитали признание монархомъ естественной свободы подданныхъ. Естественная свобода эта понималась въ двоякомъ направленіи: какъ свобода личности и какъ неприкосновенность частной собственности. Обоихъ этихъ видовъ свободы не видѣли ни въ монархіи сенъеріальной или вотчинной, ни въ тираннической, въ которыхъ поэтому состояніе подданныхъ характеризовалось, какъ политическое рабство. Это традиціонное воззрѣніе на различные виды единовластія было, очевидно, извѣстно и Перри, въ отечествѣ котораго во имя началъ liberty and property перешли отъ королевской монархіи къ монархіи конституціонной, и Монтескье, какъ специалисту теоретику. Традиціонная теорія была несомнѣнно воспринята Монтескье: изъ королевской монархіи получилось у Монтескье умѣренное монархическое правленіе, а монархія вотчинная и тиранническая слились у него въ несвободномъ правленіи деспотическомъ. Перри тутъ былъ, конечно, не при чемъ. Значеніе Перри, какъ источника сведенийъ надъ ея государственнымъ строемъ было собранъ и освѣщенъ съ точки зрѣнія традиціонныхъ критеріевъ для сужденія о характерѣ единовластія. Это облегчило для Монтескье возможность непосредственно использовать данный матеріалъ для своихъ публично-правовыхъ конструкций.

Признавая разносторонность данной въ Духѣ законовъ характеристики русскаго деспотизма, не можемъ не отмѣтить въ ней одного своеобразнаго пробѣла, а именно, — въ ней ничего не говорится о

⁴ Наши историки-юристы почему то совершенно не учитываютъ этой теоретико-политической традиціи при изученіи исторіи политическихъ ученій въ Россіи. Насколько намъ извѣстно, только Г. В. Плехановъ привлекаетъ указанную теорію единовластія для сравненія съ соотвѣтственными построеніями русскаго политическаго учения, что приводитъ его къ выводамъ весьма интереснымъ и поучительнымъ. См. Г. В. Плехановъ. Исторія русской общественной мысли, томъ I, Москва 1914 г., стр. 163—166.

русскомъ государственномъ строѣ съ точки зрѣнія «природы правленія». Это несомнѣнное умолчаніе имѣетъ свои причины, которыя его не только объясняютъ, но и дѣлаютъ весьма показательнымъ для опредѣленія общаго воззрѣнія Монтескье на государство русскаго.

О «природѣ» деспотическаго правленія Монтескье говоритъ только въ одной единственной главѣ своего произведенія (кн. II, гл. V) и опредѣляетъ ее тамъ исключительно по признакамъ, соединяемымъ въ традиціонномъ представленіи съ восточными, азиатскими деспотіями. Тутъ являются на сцену и великій визирь, и сераль, и евнухи, и восточная лѣнь. Учрежденіе должности великаго визиря составляетъ основной законъ деспотическаго государства (кн. II, гл. V, абз. 1 in fine). Такъ какъ подобной обстановки не было въ Россіи, то вполне понятно, что Монтескье ничего не могъ сказать о русскомъ государственномъ строѣ съ точки зрѣнія «природы» деспотическаго правленія.

Кромѣ восточнаго, азиатскаго деспотизма¹ Монтескье знаетъ еще европейское деспотическое правленіе. Оно не фигурируетъ у него въ начальныхъ книгахъ Духа законовъ, специально посвященныхъ общему ученію о формахъ правленія (кн. II и III) и, быть можетъ, по соображеніямъ цензурнымъ, скрывается въ различныхъ менѣ бросающихся въ глаза мѣстахъ пространнаго трактата.

Европейскій деспотизмъ выступаетъ въ Духѣ законовъ не какъ первоначальная форма правленія, а въ видѣ извращенія монархіи². Необходимо поэтому отмѣтить приводимыя у Монтескье указанія относительно такого извращенія.

Установивъ, что сложность законовъ уголовныхъ и формъ судопроизводства необходима для обезпеченія свободы гражданъ, Монтескье говоритъ: «Въ соотвѣтствіи съ этимъ, когда одинъ человекъ (sc. носитель единовластія) становится болѣе абсолютнымъ, онъ думаетъ прежде всего объ упрощеніи законовъ. Въ такомъ государствѣ начинаютъ обращать вниманіе болѣе на частныя неудобства³, чѣмъ на свободу подданныхъ, о которой совсѣмъ и отнюдь не заботятся» (кн. VI, гл. II, абз. 6). Приведенныя слова содержатъ въ себѣ первое указаніе на извращеніе монархіи. Путь этого извращенія заключается въ уничтоженіи той гарантіи свободы, которая заключается въ справедливой постановкѣ уголовного закона и суда.

Второй путь извращенія монархіи въ деспотію намѣчается слѣдующимъ образомъ. «Монархія гибнетъ, когда государь полагаетъ, что онъ болѣе выкажетъ свою власть, измѣняя порядокъ вещей, чѣмъ слѣдуя ему, когда онъ отнимаетъ естественныя функціи у однихъ, чтобы передать ихъ произвольно другимъ, и когда онъ болѣе влюбленъ въ свои фантазіи, чѣмъ въ свои волеизъявленія. — Монархія гибнетъ, въ свои фантазіи, чѣмъ въ свои волеизъявленія».

¹ Выраженіе despotisme de l'Asie употреблено Монтескье въ Esprit des lois, кн. XI, гл. VI, абз. 12.

² О томъ, что монархія при извращеніи переходитъ неизбежно въ деспотизмъ см. кн. VIII, гл. VIII, абз. 1.

³ Inconvénients particuliers, смыслъ которыхъ понятенъ въ связи со слѣдующимъ слѣдующимъ раннее указаніемъ Монтескье: . . . les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté (кн. VI, гл. II, абз. 2).

когда монархъ, относя все единственно къ себѣ, сводитъ государство къ своей столицѣ, столицу къ своему двору и дворъ къ своей единой особѣ. — Наконецъ, она гибнетъ, когда государь не сознаетъ своего авторитета, своего положенія, любви своихъ народовъ и когда онъ хорошо не понимаетъ, что монархъ долженъ почитать себя въ безопасности такъ же, какъ деспотъ долженъ считать себя въ опасности» (кн. VIII, гл. VI, абз. 3—5). Третье изъ приведенныхъ положеній относится къ указанному выше первому пути извращения монархii въ деспотию, такъ какъ предусматриваемый ложно эгоистическій страхъ государя за свою власть и за самую жизнь свою ведетъ обычно къ притѣсненіямъ и произволу въ области уголовного законодательства и суда. Что же касается двухъ первыхъ положеній, то они отмѣчаютъ новый, второй путь извращения монархii въ деспотию, сущность котораго заключается въ устраненіи и уничтоженіи необходимыхъ для построения монархii посредствующихъ властей. Такъ какъ власти посредствующія (*les pouvoirs intermédiaires*) составляютъ «природу» монархическаго правленія (кн. II, гл. IV, абз. 1), то устраненіе и уничтоженіе этихъ властей надлежало бы разсматривать, какъ извращеніе «природы» монархii. Монтескье поступаетъ, однако, иначе и видитъ въ этотъ «порчу принципа монархii» (кн. VIII, гл. VI, заглавіе). Несомнѣнную въ данномъ случаѣ непослѣдовательность Монтескье слѣдуетъ, пожалуй, отнести насчетъ тѣхъ же цензурныхъ соображеній, которыя, надо полагать, заставили его въ ученіи о «природѣ» деспотическаго правленія ограничиться изображеніемъ однихъ лишь деспотій востока.

Третій путь извращения монархii въ деспотию обнаруживается въ подмѣченномъ Монтескье фактѣ, что «государя, желавшіе стать деспотическими, всегда начинали съ соединенія въ своемъ лицѣ всѣхъ магистратуръ¹, а многіе короли Европы — съ соединенія въ своемъ лицѣ всѣхъ должностей государства» (кн. XI, гл. 6, абз. 11). Можно, конечно, сказать, что въ приведенномъ только что мѣстѣ подразумевается то же уничтоженіе посредствующихъ властей, о которомъ была уже рѣчь выше. Такъ какъ, однако, разсматриваемое мѣсто находится среди ученія о раздѣленіи, точнѣе о разлученіи властей, то нельзя не признать, что въ данномъ случаѣ имѣется въ виду уничтоженіе, если не раздѣленія, то во всякомъ случаѣ того особаго распредѣленія (*une distribution particulière*) властей, которое свойственно монархiямъ (кн. XI, гл. VII, абз. 2 и кн. XI, гл. XX) и выражается по меньшей мѣрѣ въ отдѣленіи отъ особы государя власти судебной (кн. XI, гл. VI, абз. 7).

Четвертый путь извращения монархii въ деспотию лежитъ не среди государственныхъ учреждений, но въ области нравовъ, — нравовъ государя и нравовъ народа. Государь ведетъ монархію къ деспотіи, когда унижаетъ и позоритъ государственныхъ сановниковъ въ глазахъ народа, когда раздастъ должностныя почести въ разрывъ съ требо-

¹ Здѣсь несомнѣнно имѣются въ виду императоры древняго Рима. Они вообще приводятся въ качествѣ примѣра деспотическихъ правителей, — см. напр. кн. III, гл. IX, абз. 6; кн. VIII, гл. VII, абз. 2, подстр. прим. и абз. 3.

ваніями чести и соединяетъ ихъ съ завѣдомымъ позоромъ, когда, наконецъ, замѣняетъ правосудіе жестокостью (кн. VIII, гл. VII, абз. 1—3). Къ тѣмъ же послѣдствіямъ приводитъ и развращеніе народа, «когда души особенно подлые чванятся величіемъ своего раболѣпія и полагаютъ, что отъ того, что они всѣмъ обязаны государю, у нихъ нѣтъ никакихъ обязанностей по отношенію къ отечеству». (кн. VIII, гл. VII, абз. 4). Правамъ государя придается, однако, болѣе рѣшительное значеніе, чѣмъ правамъ народа, и послѣдніе разсматриваются даже, какъ нѣчто производное отъ первыхъ. «Нравы государя вносятъ въ дѣло свободы столько же, сколько и законы: государь можетъ, какъ и законы, сдѣлать изъ людей животныхъ и изъ животныхъ людей. Если онъ любитъ свободныя души, у него будутъ подданные; если онъ любитъ души низкія, у него будутъ рабы» (кн. XII, гл. XXVIII, начало)¹.

Таковы пути извращения монархii въ деспотию. Они же представляютъ собою существенные признаки европейскаго деспотизма, не подходящаго подъ присущую азиатскому востоку «природу деспотическаго правленія», и потому своеобразнаго.

Въ одномъ мѣстѣ Духа законовъ встрѣчаемъ названіе: «монархii крайне абсолютныя». Такъ какъ въ видѣ общаго правила монархическое правленіе признается умѣреннымъ (кн. XI, гл. VI, абз. 7 и гл. VII) и власть монарха только кажется безпредѣльной, а на самомъ дѣлѣ удерживается въ извѣстныхъ границахъ даже самыми малыми препятствіями (кн. II, гл. IV, абз. 7) и вообще знаетъ предѣлы, въ которыхъ ей надлежитъ дѣйствовать (кн. XII, гл. XXV, абз. 2), то отсюда слѣдуетъ, что монархii крайне абсолютная не укладывается въ рамки общаго типа монархическаго правленія и отъ него уклоняется. Въ монархii нѣтъ еще подлинной свободы, а имѣется лишь духъ свободы², который выражается какъ свобода умѣренная (кн. XI, гл. VI предпоследн. абз.). Поэтому уклоненіе отъ монархii возможно въ двоякомъ направленіи: положительномъ, въ сторону полнаго осуществленія свободы, и отрицательнымъ, въ сторону несвободы. Но полное осуществленіе свободы дано лишь въ государственнымъ строѣ Англіи (кн. XI, гл. V, абз. 2 и гл. VI, абз. 3-й съ конца), въ монархii конституціонной, и названо Монтескье «крайней политической свободой» (кн. XI, гл. VI, предпоследн. абз.), причемъ Монтескье отмѣчаетъ въ Англіи ослабленіе монархическаго правленія³. Отсюда слѣдуетъ, что

¹ Интересно отмѣтить, что цитируемое мѣсто составляетъ начало главы, слѣдующей непосредственно за сообщеніемъ о недоступности Петра Великаго для жалобъ его подданныхъ на правосудіе (кн. XII, гл. XXVI). Не слѣдуетъ ли изъ этого, что Монтескье усматривалъ въ царствованіи Петра Великаго не только деспотическія законы, но и деспотическія нравы у государя?

² Кн. XI, гл. VII, абз. 1: *Les monarchies que nous connaissons n'ont pas comme celle dont nous venons de parler, la liberté pour leur objet direct; elles ne tendent qu'à la gloire des citoyens, de l'Etat et du prince. Mais de cette gloire il résulte un esprit de liberté que, dans ces États, peut faire d'aussie grandes chauses, et peut-être contribuer autant de bonheur que la liberté même.*

³ Кн. XX, гл. XXI, абз. 2: *Il est contre l'esprit de la monarchie que la noblesse y fasse le commerce. L'usage, qui a permis en Angleterre, le commerce à la noblesse, est une des choses qui ont le plus contribué à y affaiblir le gouvernement monarchique.*

монархія крайне абсолютная не может представлять собою ничего иного, какъ только уклоненіе отъ монархіи въ отрицательномъ направленіи, то есть въ сторону отъ свободы умѣренной, по направленію къ несвободѣ. Такой выводъ подтверждается еще и тѣмъ, что монархіи крайне абсолютныя упоминаются Монтескье въ связи съ отсутствіемъ одного изъ проявленій свободы, — свободы слова, и противопоставляются государствамъ крайне свободнымъ, какъ ихъ рѣшительный антитезис¹. Несвободное правленіе есть правленіе деспотическое; слѣдовательно, монархія крайне абсолютная есть, въ сущности говоря, деспотія. Особое же названіе для нея введено затѣмъ, чтобы отгнѣнить нѣкоторое своеобразие ея сравнительно съ основнымъ видомъ деспотіи по «природѣ» правленія, или деспотіей восточной. Значитъ, монархія крайне абсолютная есть ничто иное, какъ европейская деспотія. Отмѣчая упрощеніе законовъ въ качествѣ одного изъ признаковъ извращенія европейской монархіи въ деспотію, Монтескье говоритъ, что о такомъ упрощеніи думаютъ прежде всего тогда, когда носитель единовластія становится «болѣе абсолютнымъ» (кн. VI, гл. II, абз. 6).

По отношенію къ свободѣ Монтескье находитъ возможнымъ расположить всѣ государства по мѣрѣ убыванія свободы въ видѣ нисходящаго ряда, на самомъ верху котораго окажется Англія, а на самомъ низу Турція². Если мы теперь спросимъ, какое мѣсто должна занять въ этомъ ряду монархія крайне абсолютная, или европейская деспотія, то отвѣтъ на этотъ вопросъ можетъ быть данъ только такой: предпоследнее мѣсто внизу, передъ Турціей, являющейся для Монтескье образцомъ деспотіи восточной.

Возвращаясь къ данной въ Духѣ законовъ характеристикѣ русскаго деспотизма, мы можемъ теперь съ достаточнымъ, думается намъ, основаніемъ сказать, что Монтескье не находитъ въ русскомъ государственномъ строѣ «природы правленія» восточныхъ деспотій и усматриваетъ въ немъ, напротивъ того, признаки деспотизма европейскаго. По этому поводу невольно вспоминается извѣстный отзывъ Флетчера о государственныхъ порядкахъ у русскихъ, согласно которому «образъ правленія у нихъ весьма похожъ на турецкій, которому они, повидимому, стараются подражать сколько возможно по положенію своей страны и по мѣрѣ своихъ способностей въ дѣлахъ политическихъ»³. Различіе двухъ приведенныхъ оцѣнокъ русскаго госу-

¹ Кн. XIX, гл. XXVII, предпоследн. абз.: Dans les monarchies extrêmement absolues, les historiens trahissent la vérité, parce qu'ils n'ont pas la liberté de la dire; dans les Etats extrêmement libres, ils trahissent la vérité, à cause de leur liberté même, qui, produisant toujours des divisions, chacun devient aussi esclave des préjugés de sa faction qu'il le serait d'un despote.

² Esprit des lois, кн. XIII, гл. XII, абз. 1: Règle générale: on peut lever de tributs plus forts, à proportion de la liberté des sujets; et l'on est forcé, de les modérer à mesure que la servitude augmente. Cela a toujours été, et cela sera toujours. C'est une règle tirée de la nature, qui ne varie point: on la trouve par tous les pays, en Angleterre, en Hollande, et dans tous les Etats, où la liberté va se dégradant, jusqu'en Turquie.

³ Флетчеръ, О государствѣ русскомъ, изд. 2-ое, СПб. 1905 г., глава VII, стр. 25.

дарственного строя объясняется раздѣляющимъ ихъ полуторавѣковымъ промежуткомъ времени, произведенной Петромъ Великимъ европеизаціей Россіи и, въ не меньшей мѣрѣ, различіемъ политическихъ критеріевъ у авторовъ. Необходимо къ тому же имѣть въ виду, что Монтескье признавалъ русскій народъ по природѣ европейскимъ. Но объ этомъ будетъ у насъ специально рѣчь впереди.

Пока, чтобы закончить разсмотрѣніе данныхъ Духа законовъ о русскомъ деспотизмѣ, мы должны еще отмѣтить, что такая характеристика русскаго государственного строя относится не только къ старымъ московскимъ его порядкамъ, но и къ царствованію Петра Великаго, какъ видно изъ ссылки на уставъ о престолонаслѣдствіи 1722 г. (кн. V, гл. 14, абз. 24 подстр. прим.), на указъ 1718 г. о запрещеніи обжалованія судебныхъ рѣшеній Сената (кн. XII, гл. 26) и на порядокъ взиманія подушной подати (кн. XIII, гл. VI, абз. 2), а также и къ правленію преемниковъ Петра Великаго, о чемъ свидѣлствуютъ ссылки на пребываніе женщинъ на російскомъ престолѣ (кн. VII, гл. XVII, абз. 2) и на приговоръ Анны Иоанновны по дѣлу Долгорукихъ (кн. XII, гл. XII, абз. 3).

Хотя въ рамки деспотизма оказываются уложенными въ Духѣ законовъ и традиціонный московскій государственный строй, и преобразовательное царствованіе Петра Великаго, и правленіе его преемниковъ, тѣмъ не менѣе, эпоха Петровскихъ реформъ не могла пройти для публично-правовыхъ конструкций Монтескье незамѣченной и не отмѣченной. Дѣйствительно мы видимъ, что Монтескье останавливается на ней и имѣетъ о ней особое сужденіе.

О произведенныхъ Петромъ Великимъ преобразованіяхъ заводится рѣчь въ Духѣ законовъ при разсмотрѣннн вопроса о томъ, каковы естественныя средства для измѣненія нравовъ и обычаевъ народа (кн. XIX, гл. XIV). На поставленный вопросъ Монтескье отвѣчаетъ, что надлежитъ «преобразовывать посредствомъ законовъ то, что установлено законами, и измѣнять посредствомъ обычаевъ то, что установлено обычаями; измѣнять же посредствомъ законовъ то, что должно быть измѣнено посредствомъ обычаевъ — очень дурная политика» (кн. XIX, гл. XIV, абз. 2). Такого рода дурную политику Монтескье видитъ какъ разъ у Петра Великаго, что и даетъ ему поводъ высказать свое сужденіе о характерѣ и успѣхѣ Петровскихъ преобразованій. «Законъ, обязывавшій москвитянъ стричь бороду и укорачивать платье, и насиліе Петра I., приказывавшаго обрѣзывать до колѣнъ длинную одежду тѣхъ, кто входили въ города¹, были дѣломъ тиранническимъ. Есть средства противиться преступленіямъ: это наказанія; есть средства вызвать измѣненіе обычаевъ: это примѣры. — Легкость и быстрота, съ которой эта народность благоустроилась (cette nation s'est policée), достаточно доказали, что этотъ государь былъ слишкомъ дурного о ней мнѣнія, и что его народы вовсе не были скотами, какъ онъ это говорилъ. Насильственные средства, которыя онъ употреблялъ, были бесполезны; онъ достигъ бы точно также своей

¹ См. J. Perry, op. cit., p. p. 246—248.

цѣли и кротостью. — Онъ самъ испыталъ легкость этихъ измѣненій. Женщины были затворницами и до нѣкоторой степени рабынями; онъ призвалъ ихъ ко двору, велѣлъ ихъ одѣть по-нѣмецки, посылалъ имъ матеріи на платье¹. Этотъ полъ тотчасъ полюбилъ образъ жизни, столь сильно льстившій его вкусу, суетности и страстямъ, и заставилъ и мужчинъ полюбить его. — Обстоятельство, облегчившее преобразование, заключалось въ томъ, что тогдашніе нравы были чужды климату страны и были занесены въ нее смѣшеніемъ различныхъ народностей и завоеваніями. Петръ I, вводя нравы и обычаи Европы въ европейскій народъ, находилъ такія облегченія своему дѣлу, которыхъ онъ и самъ не ожидалъ. Власть климата сильнѣе всѣхъ властей. Для измѣненія нравовъ и обычаевъ народа не было, въ сущности говоря, нужды въ законахъ: достаточно было бы Петру I внушить народу другіе нравы и другіе обычаи» (кн. XIX, гл. XIV, абз. 3—6).

Въ приведенномъ разсужденіи относительно Россіи насъ интересуетъ не поясненіе тезиса о томъ, какимъ путемъ надлежитъ преобразовать нравы и обычаи народа, а объясненіе той легкости, съ которой вошли въ жизнь соотвѣтственные новшества, введенныя Петромъ Великимъ. Не смотря на примѣненіе неправильнаго метода, — законодательнаго давленія, тогда какъ естественныя средства заключались въ кроткомъ воздѣйствіи посредствомъ поучительнаго примѣра, — и вызванное этой неправильностью ненужное насиліе, преобразования Петра Великаго все же удалась, потому что Петръ насаждалъ нравы и обычаи Европы среди европейскаго народа. Въ этой удачѣ Монтескье видитъ лучше подтвержденіе своей теории климатовъ. Этимъ только и можно объяснить, почему именно въ данномъ мѣстѣ значеніе климата формулировано столь категорически, какъ это не было сдѣлано ни въ одной изъ книгъ, специально посвященныхъ этому вопросу². Мы имѣемъ въ виду приведенный выше афоризмъ о томъ, что «власть климата сильнѣе всѣхъ властей» (*l'empire du climat est le premier de tous les empires*). Въ связи съ такимъ афоризмомъ приобретаетъ значеніе первостепенной важности заявленіе Монтескье о томъ, что русскій народъ — народъ европейскій. Правда, заявленіе это сдѣлано примѣнительно къ нравамъ и обычаямъ, но, какъ увидимъ ниже, сила его дѣйствія не исчерпывается этой областью, но сказывается и въ оцѣнкѣ государственнаго строя Россіи. Чтобы обнаружить это, намъ необходимо предварительно остановиться на образѣ ученія Монтескье объ отношеніи между «природой климата» и образомъ правленія страны.

«Природа климата» воздѣйствуетъ на образъ правленія непосредственно, а чрезъ посредство психическаго склада народовъ, различнаго въ различныхъ климатическихъ условіяхъ (кн. XVII, гл. II; кн. XIV, гл. II). Изъ всѣхъ душевныхъ качествъ существенно важное для организованнаго общежитія значеніе приписывается у Монтескье

¹ См. J. Perry, op. cit., p. p. 245—250. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ Перри говоритъ, что царь заставилъ своихъ подданныхъ одѣваться по-англійски.

² См. книги XIV—XVII и особенно кн. XIV, гл. V: *Que les mauvais législateurs sont ceux qui ont favorisé les vices du climat; et les bons sont ceux qui s'y sont opposés.*

мужеству. Населенію холодныхъ странъ оно свойственно, по мнѣнію Монтескье, въ весьма высокой степени, а у жителей странъ жаркихъ оно подорвано до крайнихъ предѣловъ. «Поэтому не надо удивляться», говоритъ Монтескье, «что малодушіе народовъ жаркаго климата почти всегда дѣлало ихъ рабами¹, между тѣмъ какъ мужество народовъ холоднаго климата удерживало ихъ въ свободномъ состояніи. Это слѣдствіе, которое вытекаетъ изъ своей естественной причины» (кн. XVII гл. II, абз. 2). Приведенное основное положеніе содержитъ въ себѣ простѣйшую формулу политической климатологии Монтескье. Примѣнительно къ сложнымъ климатическимъ условіямъ двухъ важнѣйшихъ въ исторіи человѣчества материковъ, — Азіи и Европы, — первоначальная формула получаетъ дальнѣйшіе развитіе.

«Въ Азіи», говоритъ Монтескье, «собственно совершенно нѣтъ умѣреннаго пояса; мѣстности, расположенныя въ очень холодномъ климатѣ, соприкасаются тамъ непосредственно съ мѣстностями, находящимися въ климатѣ очень жаркомъ, каковы Турція, Персія, Монголія, Китай, Корея и Японія. — Въ Европѣ, напротивъ того, умѣренный поясъ очень пространенъ. Правда, онъ расположенъ въ климатическихъ условіяхъ, весьма между собою различныхъ, такъ что нѣтъ ничего общаго между климатомъ Испаніи и Италіи, съ одной стороны, и климатомъ Норвегіи и Швеціи, съ другой стороны. Однако, такъ какъ въ Европѣ климатъ холодѣетъ нечувствительно по направленію отъ юга къ сѣверу, почти что пропорціонально широтѣ каждой страны, то выходитъ, что каждая страна въ Европѣ по климату почти что сходна съ сосѣдней съ нею страной, нѣтъ поэтому рѣзкихъ различій въ климатическомъ отношеніи, и умѣренный поясъ, какъ я только что сказалъ, оказывается очень пространнымъ. — Отсюда слѣдуетъ, что въ Азіи народности противопоставлены другъ другу, какъ сильный слабому; воинственные, храбрые и дѣятельные народы соприкасаются непосредственно съ народами изгнѣженными, лѣнивыми и робкими; отъ этого и должно происходить то, что одинъ народъ оказывается завоеваннымъ, другой становится завоевателемъ. Въ Европѣ, напротивъ того, народности противопоставлены другъ другу, какъ сильный сильному, и тѣ, которыя соприкасаются другъ съ другомъ, обладаютъ мужествомъ почти одинаковымъ. Въ этомъ заключается великая причина слабости Азіи и силы Европы, свободы Европы и рабства Азіи, причина, насколько мнѣ извѣстно, еще никѣмъ не отмѣченная. Этой причиной вызывается то, что въ Азіи свобода никогда не увеличивается, между тѣмъ какъ въ Европѣ она увеличивается или уменьшается, смотря по обстоятельствамъ» (кн. XVII, гл. III, абз. 3—5).

Сообразно «природѣ климата» деспотизмъ представляетъ собою своего рода нормальный образъ правленія для Азіи и является въ ней, по выраженію Монтескье, такъ сказать, натурализованнымъ². Что

¹ Сравни кн. V, гл. XV, абз. 1: *Dans les climats chauds, où règne ordinairement le despotisme . . .*

² *Esprit des lois*, кн. V, гл. XIV, абз. 28: *. . . la partie du monde où le despotisme est pour ainsi dire naturalisé, qui est l'Asie.*

же касается Европы, то въ ней нѣтъ своего исконнаго автохтоннаго деспотизма. На европейскомъ материкѣ деспотическое правленіе можетъ водвориться только путемъ извращенія монархіи вслѣдствіи злоупотребленія властью, а также чрезъ великое завоеваніе¹.

Признавая русскій народъ народомъ европейскимъ и, слѣдовательно, Россію европейской страной, Монтескье нигдѣ и никогда не выводитъ установившагося въ ней деспотическаго образа правленія изъ «природы» ея климата². Какъ мы уже знаемъ, онъ характеризуетъ русскій деспотизмъ, какъ деспотизмъ европейскій. Послѣдній и въ Россіи представляется ему не прирожденнымъ, а нажитымъ и въ значительной мѣрѣ наноснымъ.

Какимъ образомъ деспотизмъ водворился въ Россіи, такого вопроса Монтескье прямо не ставитъ. Однако мы можемъ извлечь изъ Духа законовъ отвѣтъ и на этотъ вопросъ, такъ какъ для его рѣшенія имѣемъ возможность воспользоваться по аналогіи тѣмъ объясненіемъ, которое Монтескье даетъ происхожденію несвойственныхъ природѣ климата Россіи нравовъ московской эпохи и, сверхъ того, располагаемъ однимъ прямымъ указаніемъ Монтескье относительно происхожденія политическаго рабства въ Московскомъ государствѣ.

Чуждые природѣ климата страны нравы московской эпохи «были занесены въ нее смѣшеніемъ различныхъ народностей и завоеваніями» (кн. XIX, гл. XIV, абз. 6). Если смѣшеніе народностей исказило первоначальные европейскіе нравы русскаго народа, то завоеванія отразились, несомнѣнно, не только на нравахъ народа, но и на политическомъ строѣ государства. Великое завоеваніе можетъ быть, по мнѣнію Монтескье, причиной будущаго водворенія деспотизма во всей Европѣ (кн. VIII, гл. VIII, абз. 2). Такъ какъ Россія уже испытала на себѣ такое великое завоеваніе въ видѣ татарскаго ига, то можно съ достаточнымъ основаніемъ полагать, что это именно завоеваніе и было въ глазахъ Монтескье основной причиной водворенія въ Россіи деспотизма. Такое заключеніе тѣмъ болѣе правильно, что Монтескье прямо и открыто признаетъ естественнымъ слѣдствіемъ завоеваній,

¹ Кн. VIII, гл. VIII, абз. 2: La plupart des peuples d'Europe sont encore gouverné par les moeurs. Mais si, par un long abus du pouvoir; si par une grande conquête, le despotisme s'établissait à un certain point, il n'y aurait pas de moeurs ni de climat qui finissent, et, dans cette belle partie du monde, la nature humaine souffrirait, au moins pour un temps, les insultes qu'on lui fait dans les trois autres. — По поводу послѣднихъ словъ считаемъ нужнымъ напомнить, что Австралія ко времени изданія Духа законовъ не была еще открыта, и указать, что Африка и Америка ставятся у Монтескье въ климатическомъ и политическомъ отношеніяхъ на одну доску съ классической страной деспотизма — Азіей. См. кн. XVIII, гл. VII: Voilà ce que je peuh dire sur l'Asie et sur l'Europe. L'Afrique est dans un climat pareil à celui du midi de l'Asie et elle est dans une même servitude. L'Amérique, détruite et nouvellement repeuplée par les nations de l'Europe et de l'Afrique, ne peut guère aujourd'hui montrer son propre génie; mais ce que nous savons de son ancienne histoire est très-conforme à nos principes.

² Неправы поэтому А. Сорель и Е. В. Спекторскій, когда первый изъ нихъ говоритъ, а второй повторяетъ, будто по теоріи климатовъ Монтескье жара производить у азіатовъ тѣ же результаты, что холодъ у русскихъ. См. А. SoréI, Montesquieu, 2-me éd. Paris 1889, p. 117. Е. В. Спекторскій, Къ вопросу о системѣ Духа законовъ, Ярославль 1912 г., стр. 29

произведенныхъ сѣверо-азиатскими народами, въ частности татарами, установленіе въ покоренныхъ ими странахъ политическаго рабства¹.

Кромѣ великаго завоеванія, происхожденіе деспотизма въ Россіи объясняется по даннымъ Духа законовъ еще и злоупотребленіемъ власти. Таковымъ, очевидно, надлежитъ признать политику того государя, который, по словамъ Монтескье, обратилъ московское дворянство въ рабство² и, слѣдовательно, извратилъ монархію въ деспотію по принципу: «нѣтъ дворянства, нѣтъ и монарха, а есть деспотъ» (кн. II, гл. IV, абз. 2).

Какъ страна европейская, въ которой деспотизмъ водворился въ силу неблагоприятныхъ этнографическихъ и политическихъ условий, а не по природѣ ея климата, Россія не представляется Монтескье обреченной на вѣчное политическое рабство неподвижнаго востока. У нея все же можно предполагать возможность возстановленія надлежащаго соотвѣтствія между природой ея климата и образомъ правленія. Такое предположеніе допустимо въ виду тѣхъ успѣховъ, которые были достигнуты реформой Петра Великаго въ области нравовъ. Самъ Монтескье усматриваетъ причинную связь между состояніемъ нравовъ и политическимъ строемъ и на основаніи улучшенія перваго предсказываетъ усовершенствованіе втораго. Такой именно прогнозъ ставится имъ по поводу проведеннаго Петромъ Великимъ раскрѣпощенія женщинъ въ домашнемъ быту, иначе говоря, по поводу уничтоженія домашняго рабства, какъ выражается самъ Монтескье (см. кн. XVI, гл. I). «Это измѣненіе нравовъ женщинъ безъ сомнѣнія, говоритъ Монтескье, значительно повліяетъ на правленіе Московія. Все до крайности связано между собою: деспотизмъ государя естественно соединяется съ рабствомъ женщинъ³, а свобода женщинъ — съ духомъ монархіи» (кн. XIX, гл. XV).

Вообще, эпоха Петра Великаго оцѣнивается у Монтескье, какъ движеніе русскаго государства къ новой жизни. Этимъ обстоятельствомъ

¹ Esprit des lois, кн. XVII, гл. V, passim особенно абз. 5—6. — Въ той же главѣ говорится о прямо противоположныхъ слѣдствіяхъ завоеванія со стороны народовъ сѣвера Европы, — готовъ и особенно скандинавовъ. При этомъ воспѣвается панегирикъ народамъ Скандинавіи за то, «что они были источникомъ свободы Европы, то есть почти всей той свободы, которая имѣется въ настоящее время у людей» (кн. XVII, гл. V, абз. 7). — Мы уже указывали однажды, что такой взглядъ Монтескье на Скандинавію и исходившія изъ нея завоеванія, по всей вѣроятности, былъ причиной возникновенія норманской теоріи въ историографіи второй половины XVIII вѣка. См. Э. В. Тарановскій, Норманская теорія въ исторіи русскаго права, Варшава 1909 г.

² Кн. XVII, гл. III, абз. 6: Que la noblesse moscovite ait été reduite en servitude par un de ses princes, on y verra toujours des traits d'impatience que les climats du midi ne donnent point. — Послѣднія слова содержатъ въ себѣ прямое опроверженіе того отиѣченнаго нами выше парадоксальнаго замѣчанія о политико-климатологической оцѣнкѣ Россіи у Монтескье, которое высказываетъ Сорель и поддерживаетъ Е. В. Спекторскій. — Въ холодной Россіи деспотизмъ, какъ и въ жаркихъ странахъ, но въ послѣднихъ онъ вызванъ «природой климата», а въ первой «обстоятельствами» (см. кн. XVII, гл. III, абз. 5 in fine). О томъ, что «обстоятельства» могутъ приводить къ тому же, что и природныя условія, см. Esprit des lois, кн. XVIII, гл. XIX, послѣдн. абз.

³ О рабствѣ женщинъ въ деспотіяхъ см. Esprit des lois, кн. VII, гл. IX, абз. 2; кн. VII, гл. XV, абз. 2; кн. XVI, гл. IX, абз. 2; кн. XIX, гл. XII, абз. 4.

объясняется въ Духѣ законовъ крушеніе завоевательныхъ замысловъ Карла XII. «Онъ взялся низвергнуть», говоритъ Монтескье, «не государство въ состояніи упадка, а нарождающуюся имперію. Москвитяне воспользовались войною съ нимъ, какъ школой. Послѣ каждаго пораженія они приближались къ побѣдѣ и, терпя уронъ вонѣ, они научались обороняться внутри.» (кн. X, гл. XIII, абз. 2). Это признанное Монтескье зарожденіе новой жизни въ Россіи врядъ ли могло оставаться въ собственныхъ его глазахъ безразличнымъ для государственнаго строя.

Несоответствіе политическаго рабства природѣ климата Россіи доказывается въ Духѣ законовъ не только чертами нетерпѣливаго отношенія народа къ такому строю, но и ссылкой на фактъ существованія въ ней, хотя всего лишь въ теченіе нѣсколькихъ дней, аристократическаго правленія (кн. XVII, гл. III, абз. 6), подъ которымъ, очевидно, разумѣется затѣйка верховниковъ при воцареніи Анны Иоанновны.

Какъ видно изъ приведенныхъ отзывовъ Монтескье, мнѣніе его о стремленіи Россіи къ восстановленію надлежащаго соответствія между образомъ правленія въ ней и природой ея климата въ высшей степени сдержанное. Съ одной стороны, признается общее обновленіе государственной жизни въ связи съ реформами Петра Великаго и предсказывается вліяніе нѣкоторыхъ изъ нихъ на самый образъ правленія; съ другой стороны, отмѣчается нетерпѣливое отношеніе дворянства къ политическому рабству и констатируется фактъ существованія въ теченіе нѣсколькихъ дней аристократическаго правленія. Отсутствие апатичнаго примиренія съ порабощеніемъ, возможность движенія къ нѣкоторому освобожденію, наконецъ, неудавшаяся попытка сверженія деспотическаго единовластія, все это въ общемъ — незначительно и, главное, какъ то не осязательно. Невольно возникаетъ вопросъ, не находилъ ли Монтескье какого либо осязательнаго признака, по которому могъ бы судить о фактѣ и степени измѣненія образа правленія въ Россіи. Оказывается, что такой признакъ былъ имъ найденъ, отмѣченъ, и соответственное сужденіе было высказано въ связи съ ученіемъ объ отношеніи величины налоговъ къ свободѣ.

Монтескье устанавливаетъ общее правило, согласно которому размѣръ налоговъ прямо пропорціоналенъ степени свободы подданныхъ (кн. XIII, гл. XII, абз. 1). Сообразно этому въ деспотическихъ государствахъ налоги оказываются небольшими, и эта ихъ незначительность представляетъ собою эквивалентъ, предлагаемый населенію за лишеніе его свободы (кн. XIII, гл. XII, абз. 3). Въ подстрочномъ примѣчаніи къ послѣднему положенію говорится: «Въ Россіи налоги посредственны по своимъ размѣрамъ; ихъ увеличили съ тѣхъ поръ, какъ деспотизмъ является тамъ болѣе умѣреннымъ»¹. Такимъ образомъ, оказывается, что Монтескье находить въ русскомъ государственномъ строѣ извѣстное умѣреніе, или уменьшеніе деспотизма. Чѣмъ оно вызвано и съ

¹ Кн. XIII, гл. XII, абз. 3: En Russie les tributs sont médiocres; on les a augmentés depuis que le despotisme y est plus modéré. Voyez l'Histoire des Tatars, deuxième partie. — Подчеркиваемъ названіе Россія вмѣсто обычнаго Московія.

какихъ поръ началось, на это нѣтъ никакихъ указаній. Такъ какъ, однако, о большей умѣренности деспотизма говорится въ настоящемъ времени, то отсюда слѣдуетъ, что Монтескье даетъ такую характеристику современному для него состоянію образа правленія въ Россіи, и можно предположить, что начало его относится ко времени зарожденія имперіи, т. е. къ эпохѣ реформъ Петра Великаго. Въ пользу такого предположенія можно привести аналогичный взглядъ Перри, согласно которому Петръ Великій желалъ внести различнаго рода «умѣренія» въ «произвольный» строй московскаго государства.

Деспотизмъ сталъ въ Россіи настолько болѣе умѣреннымъ, что оказалось возможнымъ увеличить налоги и, слѣдовательно, приблизиться въ этомъ отношеніи къ порядкамъ монархіи. Спрашивается, исчерпывается ли этимъ финансовымъ преуспѣяніемъ все достижимое въ области политическаго развитія Россіи, или же оно представляется собою только первый шагъ на пути полнаго перехода отъ деспотическаго правленія къ монархическому. Этотъ вопросъ рѣшается по даннымъ Духа законовъ въ неблагоприятномъ и, можно сказать, неутѣшительномъ для русскаго государственнаго строя смыслѣ.

«Поглядите, пожалуйста», говоритъ Монтескье, «съ какимъ усердіемъ правительство ищетъ выхода изъ деспотизма, который для него тягостнѣе, чѣмъ для самихъ его народовъ. Упразднены цѣлыя большія части войскъ¹, уменьшены наказанія за преступленія, учреждены суды, началось знаніе закона (какъ источника права)², просвѣтили народъ. Но имѣются особенныя причины, которыя, быть можетъ, приведутъ его обратно къ тому несчастію, отъ котораго оно желало бѣжать» (кн. V, гл. XIV, абз. 14).

Всѣ тѣ измѣненія государственныхъ порядковъ, въ которыхъ Монтескье видитъ искреннія и рѣшительныя мѣропріятія въ дѣлѣ освобожденія страны отъ деспотизма и стремленія къ умѣренному правленію монархическому, относятся къ преобразованіямъ, произведеннымъ Петромъ Великимъ. Это является новымъ подтвержденіемъ высказанной нами выше мысли, что умѣреніе русскаго деспотизма связывается въ Духѣ законовъ съ эпохой Петровскихъ реформъ. Подчеркнувъ это обстоятельство, относящееся къ предыдущему изложенію, мы должны теперь сосредоточиться на новомъ сужденіи Монтескье, — на

¹ Имѣется въ виду упраздненіе стрѣльцовъ (см. указ. русск. перев. Духа законовъ, стр. 65, прим. 1-ое), отмѣченное у Перри; см. J. Perri, op. cit., p. 231-232. Чтобы понять, почему Монтескье придаетъ этому обстоятельству принципиальное значеніе, необходимо имѣть въ виду сказанное имъ въ абзацѣ, непосредственно предшествующемъ цитируемому: La force n'étant pas (sc. dans le gouvernement despotique) dans l'Etat, mais dans l'armée qu'il a fondé, il faudrait, pour défendre l'Etat, conserver cette armée; mais elle est formidable au prince. Comment donc concilier la sûreté de l'Etat avec la sûreté de la personne? (Кн. V, гл. XIV, абз. 13).

² On a commencé à connaître les lois... Для уразумѣнія этого необходимо имѣть въ виду кн. II, гл. IV, абз. послѣдній: Dans les Etats despotiques, où il n'y a point de lois fondamentales, il n'y a pas non plus de dépôt des lois. De là vient que, dans ces pays, la religion a ordinairement tant de force: c'est qu'elle forme une espèce de dépôt et de permanence, et si ce n'est pas la religion, ce sont les coutumes qu'on y vénère, au lieu des lois.

его сомнѣніи въ прочности прибрѣтеній «умѣренной свободы»¹ и предвидѣніи возможности возврата къ прежнему деспотизму².

Такое сомнѣніе и такой печальный прогнозъ плохо какъ то вяжутся съ отмѣченнымъ выше предсказаніемъ Монтескье, что одно лишь произведенное Петромъ Великимъ измѣненіе нравовъ женщинъ безъ сомнѣнія значительно повліяетъ на правленіе Московіи въ смыслѣ приближенія его къ монархіи (кн. XIX, гл. XV). Тутъ несомнѣнно имѣется извѣстное противорѣчіе, и если Монтескье, отдѣливая свой свое произведеніе въ высшей степени тщательно, не устранить его, то, очевидно, только потому, что имѣются, какъ онъ самъ говоритъ, особенныя причины, которыя угрожаютъ восстановленіемъ деспотизма во всей его полнотѣ. Какія это причины, Монтескье не указываетъ и выясненію своеобразныхъ условій русской государственности не удѣляетъ спеціального вниманія и мѣста въ Духѣ законовъ, какъ это онъ сдѣлалъ въ аналогичномъ случаѣ для Китая³.

Вмѣсто объясненія устойчивости деспотическаго правленія въ Россіи, мы встрѣчаемъ въ Духѣ законовъ только еще одно новое подтвержденіе ея какъ факта, не поддающагося устраненію. Это новое и послѣднее по занимаемому имъ въ Духѣ законовъ мѣсту упоминаніе о русскомъ деспотизмѣ дѣлается Монтескье въ ученіи объ отношеніи законовъ къ монетному дѣлу и международному обмѣну. «Московія», говоритъ Монтескье, «желала бы отойти отъ своего деспотизма, но не можетъ. Установленіе торговаго оборота требуетъ установленія вексельнаго обращенія, а операциі послѣдняго противорѣчатъ всѣмъ законамъ этой страны. — Въ 1745 году царица издала указъ объ изгнаніи евреевъ за то, что они перевели за границу деньги лицъ, сосланныхъ въ Сибирь, и служилыхъ иностранцевъ. Всѣ подданные имперіи, какъ рабы, не могутъ безъ разрѣшенія ни выхъзять изъ государства⁴, ни вывезти своего имущества. Вексельное обращеніе, которое служитъ средствомъ для перевода денегъ изъ одной страны въ другую, оказывается, такимъ образомъ, въ противорѣчій съ законами Московіи. — Самая торговля противорѣчитъ законамъ послѣдней⁵. Народъ состоитъ только изъ рабовъ, прикрѣпленныхъ къ

¹ Въ монархіи — «умѣренная свобода» (*Esprit des lois*, кн. XI, гл. VI, предпослѣдн. абз.)

² Нелишнимъ считаемъ указать на ту увѣренность, которую питалъ Перри относительно восстановленія московской старины въ случаѣ ранней смерти Петра Великаго. См. J. Perry, *op. cit.*, p. 328: Il est certain que si le Czar venait à mourir, avant la plus grande partie des vieux Boyars qui vivent presentement, la plus part des choses qu'il a pris tant de peine à reformer, reviendroient sur l'ancien pied: on croit, que le Prince son fils dont les inclinaisons sont fort differentes de celles du Czar, et qui est un peu addonné à la Superstition, se laisseroit aisement persuader de reprendre les vieilles coutumes, et d'abandonner presque tous les louables changements que son Père a faits.

³ См. *Esprit des lois*, кн. V, гл. XIX, абз. послѣдн.; кн. VIII, гл. XXI; кн. XIX, гл. XVII.

⁴ О запрещеніи выхъзжать за границу безъ разрѣшенія патриарха (?) говорить J. Perry, *op. cit.*, p. 193.

⁵ О несовмѣстности торговли съ деспотическимъ правленіемъ см. *Esprit des lois*, кн. XX, гл. IV, абз. послѣдн.; кн. V, гл. XV, абз. 7; объ умѣстности развитія торговли въ монархіяхъ см. кн. V, гл. IX, абз. 10.

землѣ¹, и рабовъ, которыхъ называютъ духовными или дворянами², потому что они являются господами первыхъ. Такимъ образомъ, не остается ничего для третьяго сословія, которое должно образовать ремесленниковъ и купцовъ» (кн. XXII, гл. XIV.)

Если мы тщательно проанализуемъ приведенное мѣсто и поглубже вникнемъ въ его смыслъ, то общее значеніе его предстанетъ предъ нами въ слѣдующемъ видѣ.

Благодаря деспотическому образу правленія, все населеніе Россіи находится въ рабствѣ и распадается на два основныхъ слоя: непосредственныхъ рабовъ государя, каковыми являются духовные и свѣтскіе землевладѣльцы, и рабовъ этихъ рабовъ, каковыми являются прикрѣпленные къ землѣ земледѣльцы. Не оказывается мѣста для свободнаго третьяго сословія, и потому нѣтъ данныхъ для развитія торговли внутри страны. Невозможно участіе страны и въ международной торговлѣ, такъ какъ деспотизмъ, запрещая личный выхъздъ и вывозъ имущества подданныхъ за границу, этимъ самымъ подрываетъ основы международнаго торговаго оборота. Таковъ исконный укладъ московскаго государства. Новѣйшимъ проявленіемъ его неизмѣннаго дѣйствія является указъ Елисаветы Петровны объ изгнаніи евреевъ въ томъ толкованіи, какое придаетъ ему Монтескье. Начальное положеніе о томъ, что Московія желала бы отойти отъ своего деспотизма, но не можетъ этого сдѣлать, только поясняется названнымъ Елисаветинскимъ указомъ, но отнюдь не получаетъ причиннаго объясненія ни въ изложеніи самаго указа, ни во всемъ вызванномъ имъ сужденіи о московскомъ деспотизмѣ. Обсуждая Петровскія новшества, Монтескье только допускаетъ возможность восстановленія традиціоннаго деспотизма (кн. V, гл. XIV, абз. 14). При разборѣ указа 1745 года прежняя возможность превращается уже въ осуществившуюся дѣйствительность. Монтескье заявляетъ прямо и рѣшительно, что Россія не можетъ выйти изъ состоянія деспотизма. Какъ мы уже знаемъ, имѣются особенныя причины неустранимости деспотизма въ Россіи, но каковы эти причины, Монтескье не указываетъ.

Вопросъ, оставленный такимъ образомъ Монтескье безъ прямого отвѣта, представляетъ, однако, для насъ интересъ весьма существенный. Поэтому мы постараемся сами найти искомый отвѣтъ на основаніи установленныхъ въ Духѣ законовъ принциповъ. Проявляя такую самостоятельность, мы не только не искадимъ предначертаній нашего автора, но, напротивъ того, исполнимъ прямое требованіе, предъявленное имъ къ читателю. Отказываясь отъ всесторонняго разсмотрѣнія конкретизаціи одного изъ своихъ абстрактныхъ принциповъ, Монтескье говоритъ: «Не слѣдуетъ исчерпывать предмета до того, чтобы ничего уже не оставить дѣлать читателю. Дѣло не въ томъ, чтобы заставить его читать, а въ томъ, чтобы заставить его думать» (кн. XI, гл. XX). Читатель, значить, долженъ размышлять надъ основными общими положеніями Духа законовъ и самостоятельно нисходить

¹ О прикрѣпленіи къ землѣ говоритъ J. Perry, *op. cit.*, p. 325.

² О томъ, что все населеніе государства находится въ рабскомъ положеніи по отношенію къ государю говоритъ J. Perry, *op. cit.*, p. 299.

отъ нихъ къ частнымъ случаямъ. Тѣмъ болѣе позволительно это сдѣлать намъ по специальному вопросу о Россіи, такъ какъ исторія отдѣльныхъ народовъ представлялась самому Монтескье не болѣе, какъ слѣдствіемъ изъ установленныхъ имъ «принциповъ»¹.

Причину неустраимости деспотизма въ Россіи нельзя полагать въ политикѣ правительства, такъ какъ, по прямому заявленію Монтескье, деспотизмъ сказывается въ Россіи болѣе тягостнымъ для правительства², чѣмъ для народа (кн. V, гл. XIV, абз. 14), и русское правительство съ усердіемъ ищетъ выхода изъ деспотизма (*ibidem*), желало бы отойти отъ него, но не можетъ (кн. XXII, гл. XIV, абз. 1), по причинамъ, очевидно, отъ него не зависящимъ. Нельзя усматривать непреодолимаго препятствія къ отмінію деспотизма въ нравахъ русскаго народа, ибо старые московскіе нравы характеризуются въ Духѣ законовъ, какъ чуждые климату страны, наносные и навязанные завоеваніемъ, и потому признаются легко поддающимся европеизаціи (кн. XIX, гл. XIV, абз. 6), и, слѣдовательно, приспособленію къ собственной европейскимъ народамъ «умѣренной свободѣ». Не противятся послѣдней и религіозныя вѣрованія русскаго народа, такъ какъ христіанская религія вообще чуждается чистаго деспотизма (кн. XXIV, гл. III, абз. 1). Остается искать неудалимую причину въ условіяхъ внѣшней физической среды.

Основнымъ условіемъ внѣшней среды, воздѣйствующимъ на установленіе и удержаніе того или другого политическаго строя, признается въ Духѣ законовъ «природа климата». Рѣшающее значеніе ея явствуетъ изъ заявленія Монтескье, что «власть климата сильнѣе всѣхъ властей» (кн. XIX, гл. XIV, абз. 6). Мощная власть природы климата не обрекаетъ, однако, Россіи въ представленіи Монтескье на деспотизмъ, потому что, какъ мы уже знаемъ, Монтескье считаетъ Россію страной европейской, а Европу вообще — частью свѣта, предрасположенной по климатическимъ условіямъ къ политической свободѣ, если не полной, то умѣренной.

Въ качествѣ второго условія внѣшней для человѣческаго обществѣ среды выступаетъ въ Духѣ законовъ «природа почвы». Изслѣдованіе послѣдней не приводитъ однако Монтескье къ установленію специальнаго отношенія между особенностями почвы и деспотическимъ образомъ правленія въ странѣ. Вліяніе различныхъ свойствъ почвы на политическій строй сказывается не столь детально, а лишь въ болѣе крупномъ масштабѣ. Этимъ различіемъ объясняется въ Духѣ законовъ только общее противоположеніе единовластія многовластію.

¹ *Esprit des lois*, Préface, абз. 4: J'ai posé les principes, et j'ai vu les cas particuliers s'y plier comme d'eux mêmes; les histoires des toutes les nations n'en être que les suites...

² Мысль о томъ, что не только народъ страдаетъ, но и царь терпитъ убытки отъ деспотизма, высказываетъ Перри, который сверхъ того склоняется къ мысли о неустраимости деспотизма въ Россіи. См. J. Perry, *op. cit.*, p. 312: ... il faut que je donne ici deux ou trois exemples de préjudice que le Czar souffre dans ses Revenus, par la mauvaise disposition et l'imprudencce conduite de ses Boyars; ce qui fera voir l'Oppression que son Peuple souffre, et sous laquelle il semble qu'il doit toujours gémir, malgré toutes les Réformations que le Czar s'efforce d'introduire.

«Доброкачественность земли въ странѣ естественно устанавливаетъ въ ней зависимость», говоритъ Монтескье (кн. XVIII, гл. I, абз. 1), и этимъ объясняетъ подмѣчаемое однообразіе, согласно которому «въ странахъ плодородныхъ чаще всего встрѣчается правленіе одного, а въ странахъ неплодородныхъ — правленіе нѣсколькихъ, являющееся иногда вознагражденіемъ (за скудость почвы)» (кн. XVIII, гл. I, абз. 2).

Такъ какъ главнымъ и основнымъ источникомъ свѣдѣній и сужденій о Россіи было для Монтескье сочиненіе Перри, въ которомъ русская земля характеризуется, въ общемъ, какъ плодородная и обильная¹, то можно предположить, что Монтескье находилъ соотвѣтствіе между «природой почвы» Россіи и установившейся въ ней единоличной формой верховной власти. Самый же видъ единовластія, — монархическій или деспотическій, — не предопредѣляется «природой почвы».

Въ порядкѣ воздѣйствія внѣшней среды на государственную строй выдвигается въ Духѣ законовъ еще третье условіе, — размѣры государственной территоріи. Этому условію Монтескье не посвящаетъ отдѣльной книги, какъ это сдѣлано имъ для климата (кн. XVII) и почвы (кн. XVIII), и говоритъ о немъ въ отдѣлѣ о «принципахъ правленія», тѣмъ не менѣе формулируетъ его весьма категорически и придаетъ ему громадное значеніе.

«Въ природѣ республики заложено, что она можетъ имѣть только небольшую территорію, иначе она не можетъ удержаться» (кн. VIII, гл. XVI, абз. 1). «Монархическое государство должно быть средней величины» (кн. VIII, гл. XVII, абз. 1). «Обширная имперія предполагаетъ деспотическую власть у того, кто ею править» (кн. VIII, гл. XIX). Такова категорическая формула Монтескье. Соотвѣтственные размѣры государственной территоріи онъ считаетъ «отличительными свойствами» (*propriétés distinctives*) трехъ основныхъ формъ правленія². Определенное соотношеніе между размѣрами государственной территоріи и формой правленія представляется Монтескье, внѣ всякаго сомнѣнія, какъ непреложный законъ политической организаціи. Онъ знаетъ лишь одно исключеніе изъ него, именно — «особенный случай съ Испаніей»³, которая сохранила у себя монархическое правленіе, несмотря на обширность своихъ владѣній. Однако, ближайшее разсмотрѣніе этого «особеннаго случая» (кн. VIII, гл. XVIII) показываетъ, что умѣренное правленіе удержалось только въ метрополіи, а въ колоніяхъ и отдаленныхъ завоеванныхъ странахъ пришлось прибѣгнуть къ произволу и крайней жестокости власти. При такомъ положеніи дѣла, Испанія оказывается не столько извѣтнемъ изъ общаго правила, сколько своеобразнымъ его подтвержденіемъ.

Законъ величины территоріи, если позволено его такъ назвать, какъ законъ естественный⁴, не можетъ быть нарушенъ. Нарушеніе

¹ J. Perry, *op. cit.*, p. 304: La Moscovie, à parler en général, est un Pays extrêmement uni et fertile, abondant en tout ce qui est nécessaire à la vie.

² См. заголовки XVI, XVII и XIX главъ VIII-ой книги de l'*Esprit des lois*.

³ Кн. VIII, гл. XVIII: Que la monarchie d'Espagne était dans un cas particulier.

⁴ Монтескье называетъ зависимость образа правленія отъ соотвѣтственныхъ размѣровъ территоріи «естественнымъ свойствомъ» (*propriété naturelle*) государства. См. кн. VIII, гл. XX.

соответствія между размѣрами государственной территоріи и образом правленія неизбежно влечетъ за собою либо распадѣніе государства, либо измѣненіе образа правленія. Это изображается у Монтескье съ особенной наглядностью примѣнительно къ непомѣрному увеличенію территоріи въ монархіяхъ (кн. VIII, гл. XVII). Извращеніе такихъ монархій въ деспотіи совершается съ неудержимой, стихійной силой. «Рѣки бѣгутъ», говоритъ Монтескье, «смѣшаться съ моремъ: монархіи устремляются раствориться въ деспотизмъ»¹. На основаніи установленнаго закона и какъ слѣдствіе его, Монтескье провозглашаетъ непреложное правило политики, согласно которому надлежитъ удерживать государство въ его прежней величинѣ, иначе по мѣрѣ суженія или расширенія предѣловъ государства измѣнится и духъ его (кн. VIII, гл. XX).

Политическое правило о необходимости удержанія государства въ территоріальныхъ размѣрахъ, соответствующихъ образу его правленія, преподается въ Духѣ законовъ, внѣ всякаго сомнѣнія, въ видѣ наставленія правителямъ. Такое наставленіе является умѣстнымъ потому, что измѣненіе территоріальныхъ предѣловъ государства обычно вызывается войнами, которыя ведутся правительствами, и въ частности неизбежный при обширной территоріи деспотизмъ является слѣдствіемъ непомѣрнаго завоеванія². Такъ какъ войны и завоеванія представляются актами произвольной дѣятельности носителей государственной власти, то отсюда можно заключить, что законъ величины территоріи, естественный по своему значенію, выражаетъ необходимое въ онтологическомъ смыслѣ отношеніе образа правленія не къ условіямъ внѣшней физической среды, а къ условіямъ международной политики правительствъ. Такой взглядъ на законъ величины территоріи не можетъ быть, однако, принятъ, ибо самый вопросъ о завоеваніяхъ углубляется въ Духѣ законовъ вплоть до обоснованія ихъ на причинахъ физического порядка. Какъ разъ именно сравнительный анализъ завоеваній приводитъ Монтескье къ раскрытію другой, сверхъ природы климата, или, какъ онъ самъ выражается, новой физической причины рабства Азіи и свободы Европы³.

«Въ Азіи», говоритъ Монтескье, «всегда наблюдались обширныя имперіи; въ Европѣ онѣ никогда не могли удержаться. Это потому, что въ извѣстной намъ Азіи имѣются болѣе обширныя равнины; она изрѣзана горами и морями на части болѣе значительной величины; и, такъ какъ она занимаетъ болѣе южное положеніе, то источники тамъ легче изсякаютъ, горы менѣе покрыты снѣгомъ, и менѣе многоводныя рѣки образуютъ тамъ менѣе значительныя преграды. — Власть въ Азіи должна быть всегда деспотической, ибо, еслибы рабство не было тамъ крайнимъ, то немедленно произошло бы такое раздѣленіе страны,

¹ Кн. VIII, гл. XVII, абз. 6: Les fleuves courent se mêler dans la mer; les monarchies vont se perdre dans le despotisme.

² Кн. X, гл. XVI: Lorsque la conquête est immense, elle suppose le despotisme.

³ Esprit des lois, кн. XVII, гл. VI: Nouvelle cause physique de la servitude de l'Asie et de la liberté de l'Europe. Глава эта находится въ непосредственной связи съ предшествующей ей, въ которой разбирается вопросъ о томъ, que, quand les peuples du nord de l'Asie et ceux du nord de l'Europe ont conquis, les effets de la conquête n'étaient pas les mêmes (кн. XVII, гл. V).

котораго не стерпѣла бы ея природа. — Въ Европѣ, естественное ея раздѣленіе привело къ образованію нѣсколькихъ государствъ посредствомъ размѣровъ, въ которыхъ законное правленіе отнюдь не наноситъ ущерба прочности государства; напротивъ того, оно настолько ей благоприятствуетъ, что европейское государство безъ законовъ (sc. съ правленіемъ произвольнымъ, деспотическимъ) клонится къ упадку и становится ниже всѣхъ остальныхъ. — Вотъ что образовало тотъ прирожденный духъ свободы въ Европѣ, благодаря которому каждая часть (этого материка) съ очень большимъ трудомъ поддается и подчиняется посторонней силѣ иначе, какъ только помощью законовъ и въ интересахъ своей торговли. — Напротивъ того, въ Азіи царитъ духъ рабства, никогда ея не покидавшій; во всей исторіи этой страны невозможно найти ни одной черты, знаменующей свободную душу, а въ ней можно усмотрѣть только одинъ лишь героизмъ рабства» (кн. XVII, гл. VI).

Изъ приведеннаго мѣста Духа законовъ видно, что образованіе обширныхъ государствъ, хотя и совершается посредствомъ завоеваній, зависитъ однако не отъ произвола внѣшней политики правителей, а отъ естественныхъ условій, — географическихъ особенностей страны. Обширныя сплошныя равнины, на поверхности которыхъ нѣтъ высокихъ горъ и большихъ водныхъ пространствъ, неудержимо и стихійно ведутъ къ образованію обширныхъ государствъ и, слѣдовательно, къ установленію деспотическаго правленія. Такое положеніе устанавливается у Монтескье примѣнительно къ Азіи и въ отличіе послѣдней отъ Европы. Такъ какъ, однако, изображенные имъ географическія условія европейскаго материка вѣрны только для Западной Европы и не соответствуютъ Восточной Европѣ, то вполне умѣстно по отношенію къ великой восточно-европейской равнинѣ, на которой создано русское государство, примѣнить то, что говорится у Монтескье объ обширныхъ равнинахъ Азіи. Такой приемъ вполне допустимъ еще и потому, что въ другомъ мѣстѣ Духа законовъ легкое подчиненіе равнинъ силѣ единовластія и непригодность ихъ для выраженія политической свободы признаются уже въ видѣ общаго правила, независимо отъ того или другого материка и, слѣдовательно, независимо отъ той или другой «природы климата»¹.

Дойдя до такого вывода, мы тѣмъ самымъ извлекли изъ данныхъ Духа законовъ отвѣтъ на вопросъ объ особенныхъ причинахъ неустранимости деспотизма въ Россіи. Теперь мы можемъ сказать, что причины эти сводятся къ географическимъ особенностямъ страны. Занимаемая Россіей великая восточно-европейская равнина предназначена, въ силу естественныхъ условій, для образованія обширнаго государства, а въ обширномъ государствѣ неизбежно устанавливается деспотическій образъ правленія. Дѣйствіе закона величины территоріи не допускаетъ ни нарушеній, ни отступленій.

¹ Esprit des lois, кн. XVIII, гл. I, абз. 2: Ainsi le gouvernement d'un seul se trouve plus souvent dans les pays fertiles . . . Кн. XVIII, гл. II, абз. 1: Ces pays fertiles sont des plaines où l'on ne peut rien disputer au plus fort: on se soumet donc à lui; et, quand on lui est soumis, l'esprit de liberté n'y saurait revenir . . .

Выяснив со всей возможной для нас тщательностью весь ход мыслей Монтескье об образѣ правленія въ Россіи, перейдемъ къ вопросу о томъ, какъ отнеслась къ нему императрица Екатерина II въ своемъ Наказѣ. Общеизвѣстно, что она не раздѣлила мысли о неустрашимости деспотизма въ Россіи и признала правленіе своего государства, хотя и абсолютнымъ, но монархическимъ. Въ специальной работѣ, посвященной политической доктринѣ Наказа¹, мы подробно выяснили публичноправовую конструкцію, въ которую императрица Екатерина II облекла русскій государственный строй, и показали, что конструкція эта существенно различается отъ той формы монархическаго правленія, которую знали и изображалъ Монтескье. Не повторяя сказаннаго ранѣе, считаемъ необходимымъ только напомнить и подчеркнуть то, на чемъ основывается Екатерина II возможность и неизбежность самодержавнаго монархическаго правленія въ Россіи.

Обоснованію конструкціи русскаго государственнаго строя посвящены введеніе и двѣ первыя главы Наказа. Во введеніи говорится о христіанскомъ законѣ, въ первой главѣ — о европейскомъ характерѣ Россійской державы и въ третьей — о пространности или обширности русскаго государства. Первыя два положенія обосновываютъ возможность, третье — неизбежность абсолютной монархіи въ Россіи. Въ первыхъ двухъ положеніяхъ Екатерина II слѣдуетъ Монтескье, въ третьемъ — отступаетъ отъ него, такъ какъ выводитъ неизбежность монархіи изъ крайней обширности государственной территоріи, между тѣмъ какъ по ученію Монтескье обширная имперія предполагаетъ у ея правителя власть деспотическую. Екатерина II отступаетъ отъ закона величины территоріи, который выставляется въ Духѣ законовъ, какъ законъ естественный и непреложный, дѣйствіемъ котораго объясняется неустрашимость деспотическаго правленія въ Россіи.

Екатерина II усердно и тщательно изучала Духъ законовъ, и хорошо его знала и понимала. Мы думаемъ поэтому, что она отдавала себѣ вполнѣ ясный отчетъ въ томъ, что закону величины территоріи придается въ Духѣ законовъ роковое, такъ сказать, значеніе для Россіи. Тѣмъ не менѣе она рѣшилась аргументировать неизбежность монархіи для русскаго государства тѣми же соображеніями, изъ которыхъ Монтескье выводитъ неизбежность деспотизма въ обширной имперіи. Никакъ нельзя думать, что ею руководило въ данномъ случаѣ одно лишь произвольное желаніе, и напротивъ того слѣдуетъ предположить, что мы имѣемъ дѣло съ сознательнымъ убѣжденіемъ. Нельзя говорить о своевольномъ искаженіи мысли Монтескье. Екатерина могла вѣдь обойтись безъ соображеній о величинѣ территоріи и не давать такимъ образомъ въ руки своихъ критиковъ столь легко добываемаго оружія противъ себя. Повторяя соображенія Монтескье, но привлекая ихъ къ противоположному тезису, Екатерина не искажала

¹ См. О. В. Тарановскій. Политическая доктрина въ Наказѣ императрицы Екатерины II, въ Сборникѣ статей по исторіи права, посвященномъ М. Ф. Владимірскому-Буданову, подъ ред. М. Н. Ясинскаго, Кіевъ 1904 г.

мысли своего источника, но отступала отъ нея въ силу сознательнаго убѣжденія. Какъ сложилось это новое самостоятельное убѣжденіе, Екатерина II не рассказываетъ намъ нигдѣ и не поясняетъ въ Наказѣ. Не зная хода мыслей автора Наказа, мы можемъ о немъ только догадываться.

Догадка наша заключается въ предположеніи, что основаніе для отступленія отъ закона величины территоріи Екатерина II нашла въ самомъ Духѣ законовъ, именно, въ высказываемомъ въ немъ ученіи о возможности преодоленія естественныхъ условій среды путемъ соответственнаго законодательства. Такая возможность прямо предусматривается по отношенію къ природѣ климата. Власть климата сильнѣе всѣхъ властей, учитъ Монтескье (кн. XIX, гл. XIV, абз. 6), и тѣмъ не менѣе не только считаетъ дурными тѣхъ законодателей, которые поощряли порожденные климатомъ пороки, и хорошими тѣхъ, которые имъ противились (кн. XIV, гл. V), но и прямо предписываетъ преодолевать природу климата силою положительныхъ законовъ и такимъ путемъ восстанавливать дѣйствіе первоначальныхъ законовъ разумныхъ существъ (кн. XVI, гл. XII, абз. 4)¹. Если такія отступленія допускаются самимъ Монтескье по отношенію къ сильнѣйшей власти климата, то почему бы не допустить ихъ и по отношенію къ дѣйствію закона величины территоріи? Имѣется, думается намъ, полное основаніе для послѣдняго отступленія особенно при соответственномъ уровнѣ культурнаго состоянія страны. «Природа и климатъ», учитъ Монтескье, «господствуютъ почти одни надъ дикарями» (кн. XIX, гл. IV, абз. 2). Слѣдовательно, не у дикарей нѣтъ безраздѣльнаго и властнаго давленія естественныхъ условій. Такъ какъ Россія несомнѣнно вышла изъ дикаго состоянія, то позволительно думать, что она вышла и изъ подъ исключительнаго дѣйствія «естественнаго (т. е. природнаго) свойства» размѣровъ своей территоріи, особенно если законодательство ея успѣшно боролось съ «порокомъ» ея территоріи². «Многія вещи», говоритъ Монтескье, «справятъ людьми: климатъ, религія, законы, правила правленія (les maximes du gouvernement), примѣры прошлаго, нравы и обычаи; и какъ результатъ всего этого образуется духъ народа. Во всякомъ народѣ по мѣрѣ того, какъ одна изъ этихъ причинъ дѣйствуетъ съ большею силою, прочія настолько же уступаютъ предъ нею» (кн. XIX, гл. IV, абз. 1—2). По мѣрѣ проведенія въ русскомъ законодательствѣ правилъ монархическаго правленія ослабѣвало дѣйствіе величины русской государственной территоріи. Въ силу этого требуемая при обширной территоріи скорость рѣшеній могла уже обезпечиваться въ Россіи не деспотическою властью ея правителя (Esprit des lois, кн. VIII, гл. XIX),

¹ Кн. XVI, гл. XII, абз. 4: Quand donc la puissance physique des certains climats viole la loi naturelle des deux sexes et celle des êtres intelligents, c'est au législateur à faire des lois civiles qui forcent la nature du climat et rétablissent les lois primitives. — Приведенныя отступленія отъ власти климата въ Духѣ законовъ отмѣчаетъ Е. В. Спекторскій, къ вопросу о систематизаціи въ обществовѣдѣніи, Варш. Унив. Изв. 1903, кн. V.

² Мы говоримъ о «порокѣ» территоріи по аналогіи съ «les vices du climat», см. Esprit des lois, кн. XIV, гл. V, заголовокъ.

но властью самодержавной (Наказъ, ст. 10), т. е. абсолютно-монархической. Такъ, надо полагать, разсуждала императрица Екатерина II. При этомъ она могла сослаться на Монтескье, который въ одномъ мѣстѣ своего трактата считаетъ естественнымъ послѣдствіемъ разростанія территоріи «правление одного» (кн. IX, гл. I, абз. 3), т. е. какъ деспотію, такъ и монархію, а не одну лишь деспотію, и находить возможнымъ говорить о «великихъ (по размѣрамъ территоріи) монархіяхъ» (кн. IX, гл. I, абз. 11).

Убѣжденіе, побудившее императрицу Екатерину II отступить отъ выставленнаго Монтескье закона величины территоріи, сложилось у нея не сразу. Въ болѣе ранней стадіи изученія Духа законовъ и размышлений надъ нимъ она не сомнѣвалась въ безусловномъ дѣйствіи названнаго закона, и всецѣло принимала всѣ тѣ выводы, которые вытекаютъ изъ него для государственнаго строя Россіи. Эта болѣе ранняя стадія запечатлѣна въ тѣхъ рукописныхъ замѣткахъ, которыя Екатерина II дѣлала на поляхъ читаннаго ею печатнаго экземпляра «Lettres russiennes», — вышедшаго въ 1760 году въ Россіи и направленнаго противъ Духа законовъ полемическаго трактата, главною цѣлью котораго было опроверженіе ученія Монтескье о деспотизмѣ вообще и о деспотическомъ характерѣ русскаго государственнаго строя въ особенности. Замѣтки эти дошли до нашихъ дней и опубликованы А. Н. Пыпинымъ¹.

Самое стремленіе автора *Lettres russiennes* доказать, что правленіе въ Россіи не деспотическое, Екатерина II признала тщетнымъ, такъ какъ назвала его споромъ о словахъ, а не по существу дѣла². Въ то время какъ авторъ *Lettres russiennes* недоумѣвалъ по поводу сужденій Монтескье о безвыходности и неустранимости деспотизма въ Россіи, заявлялъ, что онъ ихъ не понимаетъ, и говорилъ, что оракулы не изъяснялись темнѣе³, Екатерина II не находила въ соотвѣтственныхъ мѣстахъ Духа законовъ ничего неяснаго⁴. Въ безусловномъ согласіи съ Монтескье Екатерина II признавала единственно соотвѣтствующимъ для Россіи правленіе деспотическое и исходила при этомъ изъ закона величины территоріи. Подчиняясь непреклонному дѣйствію послѣдняго, она считала лишь нужнымъ молить Бога о томъ, чтобы Онъ всегда даровалъ Россіи повелителей разсудительныхъ, которые сообразовались бы съ законами, и издавали бы

¹ А. Н. Пыпинъ, Екатерина II и Монтескье, Вѣстникъ Европы, 1903 г., май. Полный провѣренный текстъ замѣтокъ данъ въ XII томѣ академическаго изданія Сочиненій императрицы Екатерины II (СПб. 1907, стр. 663—674).

² Вѣстникъ Европы, 1903 г., май, стр. 296: Monsieur dispute pour le nom, non pour chose (Сочиненія имп. Екатерины II, томъ XII, стр. 670).

³ L. c. p. 296—297: Quant à ce que l'A (uteur, т. е. Montesquieu) soutient, tantôt que malgré l'industrie avec laquelle le Gouvernement Russe cherche à descendre de son Despotisme, il ne le peut; tantôt que des causes particulières pourroient y ramener l'espèce de Gouvernement, qu'il y suppose actuellement; j'avoue que je n'y comprends rien. Les oracles ne s'énonçaient pas avec plus d'obscurité. (Сочиненія, т. XII, стр. 671). Авторъ *Lettres Russiennes* сопоставляетъ кн. V, гл. XIV, абз. 14 и кн. XXII, гл. XIV, абз. 1-ый Духа законовъ.

⁴ L. c., p. 297: Cependant cela n'est pas obscur (Сочиненіе, т. XII, стр. 670).

законы только послѣ зрѣлаго обсужденія и единственно въ видахъ блага своихъ подданныхъ¹.

Приведенныя замѣчанія Екатерины II на *Lettres russiennes* подтверждаютъ высказанную нами мысль о томъ, что императрица вполне отчетливо сознавала рѣшающее значеніе закона величины территоріи по вопросу о формѣ правленія Россіи. Только это сознаніе дѣлало для нея вполне яснымъ то указаніе Духа законовъ на особенныя причины неустранимости деспотизма въ Россіи, котораго не понималъ или не хотѣлъ понять авторъ *Lettres russiennes*. При такихъ условіяхъ отступление отъ закона величины территоріи могло совершиться не иначе, какъ путемъ измѣненія самыхъ основъ политическихъ воззрѣній Екатерины. На характеръ этого измѣненія проливаетъ свѣтъ одно сочиненіе, которое появилось уже послѣ Наказа, но всецѣло было проникнуто его идеями и развивало ихъ болѣе детально какъ разъ именно по вопросу объ образѣ правленія въ Россіи. Мы имѣемъ въ виду Антидотъ, анонимный полемическій трактатъ, направленный противъ описанія Россіи французскимъ ученымъ путешественникомъ аббатомъ Шапомъ². Антидотъ пытался изобличить лживость сообщенныхъ абб. Шапомъ свѣдѣній и съ особенной силой возстаетъ противъ изображенія имъ русскаго государственнаго строя, какъ правленія вполне деспотическаго.

Обнаруженіе личности анонима автора Антидота мы оставимъ въ сторонѣ и не будемъ рѣшать вопроса о томъ, сама ли Екатерина II писала Антидотъ, или нѣтъ, на чемъ особенно настаиваетъ В. А. Бильбасовъ³. Вопросъ этотъ для насъ въ концѣ концовъ безразличенъ. Существенно важно то, что Антидотъ стоитъ на точкѣ зрѣнія Наказа⁴, всецѣло проникнуть политическимъ миро-

¹ L. c., p. 299: Un Grand Empire comme celui de Russie se détruiroit s'il y étoit établie une forme du Gouvernement autre que Despotique, parce que c'est le seul qui peut remédier avec promptitude nécessaire aux besoins des Provinces éloignées, toute autre forme détruisant par des longueurs cette activité, qui donne la vie à tout. Ainsi prions seulement Dieu qu'il nous donne toujours des maîtres raisonnables, qui se conforment aux Lois et n'en fassent qu'après mûr examen et uniquement en vue du bien de leurs sujets. — Приведенныя слова написаны въ концѣ книги *Lettres Russiennes* на свободномъ листкѣ переплета. (См. Сочиненіе томъ XII, стр. 674.)

² Antidote ou examen du mauvais livre: intitulé Voyage en Sibérie fait en 1761, s. l., 1770. Сочиненіе было рассчитано на три части, но изъ нихъ вышли въ свѣтъ только двѣ. Критическое воспроизведеніе текста Антидота на основаніи двухъ его изданій s. l. (Петербургскаго) 1770 и Амстердамскаго 1771 г., — дано въ VII томѣ академическаго изданія Сочиненій императрицы Екатерины II (СПб. 1901). Русскій переводъ Антидота помѣщенъ въ изданіи П. Партенева: Осьмнадцатый вѣкъ, книга IV, Москва 1869 г., стр. 225—463. — Въ дальнѣйшемъ мы повсюду цитируемъ указанный русскій переводъ Антидота.

³ См. В. А. Бильбасовъ, Исторія Екатерины II, томъ XII, часть I, стр. 79 и сл. Въ пользу авторства Екатерины II весьма убѣдительно высказывается А. Н. Пыпинъ во введеніи къ VII тому академическаго изданія Сочиненій Екатерины II, въ которомъ напечатанъ Антидотъ. (СПб., 1901 г.).

⁴ Наказъ называется въ Антидотѣ «Евангеліемъ законности» (Осьмнадцатый вѣкъ, ч. IV, с. 259), по словамъ автора, «становится у насъ закономъ» (с. 260), и авторъ ссылается на него какъ на дѣйствующій законъ (с. 294, 405, 461), «удовлетворенъ» имъ по всѣмъ пунктамъ (с. 405) и не сомнѣвается въ его воздѣйствіи на духъ русскаго народа (с. 449).

возвращаем его автора и развивает конгенитально такія черты этого политическаго мировоззрѣнія, которыя даютъ намъ возможность раскрыть теоретическую основу той перемѣны, которая произошла въ отношеніи Екатерины II къ Духу законовъ.

Написаніе Антидота вызвано несомнѣнно оскорбленнымъ чувствомъ народнои гордости, и весь онъ проникнутъ воинствующимъ духомъ¹ уваго и кичливаго патриотизма. Ради прославленія отечества сообщаются о немъ въ Антидотѣ свѣдѣнія завѣдомо невѣрныя. Все это въ значительной мѣрѣ вызвано и можетъ быть объяснено большимъ предубѣжденіемъ и нетерпимостью ко всему русскому, которыя несомнѣнно проявилъ абб. Шаппъ². Тѣмъ не менѣе ложно-патриотическіе выпады Антидота имѣются на лицо. Мы ихъ тщательнѣе обойдемъ и остановимся только на тѣхъ политико-теоретическихъ основаніяхъ, въ силу которыхъ Антидотъ въ согласіи съ Наказомъ опредѣляетъ русскій государственный строй, какъ правленіе монархическое.

Существенно важнымъ для рѣшенія поставленной задачи является выясненіе отношенія Антидота къ Монтескье, матеріаломъ для чего служатъ нѣсколько прямыхъ и скрытыхъ ссылокъ Антидота на Духъ законовъ. Этимъ вопросомъ мы и займемся въ первую голову.

Въ общемъ Антидотъ относится къ Монтескье съ полнымъ уваженіемъ и признаетъ правильность, даже неопровержимость, отдѣльныхъ положеній его ученія. По поводу высказаннаго аббатомъ Шаппомъ предположенія, что, быть можетъ, этотъ великій человѣкъ слишкомъ преувеличилъ вліяніе климата на народы, авторъ Антидота замѣчаетъ: «мы не встрѣчали основательной критики на г. Монтескье; многіе изъ критиковавшихъ его не понимали; быть можетъ, аббатъ принадлежитъ къ ихъ числу»³. Не называя Монтескье, авторъ Антидота въ одномъ мѣстѣ⁴ и по специальному поводу развиваетъ мысль Монтескье о томъ, что обычаи народа измѣняются лучше всего тѣмъ же путемъ обычая, помимо давленія со стороны законодателя⁴.

Воздавая должное авторитету Монтескье, авторъ Антидота не подчиняется ему слѣпо и не принимаетъ каждое отдѣльное положеніе Духа законовъ, какъ обособленный догматъ, но сопоставляетъ его съ другими положеніями того же трактата и толкуетъ свободно. Про-

явленіе такого сознательно-свободнаго отношенія къ Монтескье встрѣчается въ Антидотѣ по вопросу о величайшей изъ всѣхъ властей, власти климата.

Шаппъ приводитъ положенія Монтескье о нравахъ народовъ сѣвера, сопоставляетъ ихъ съ тѣмъ состояніемъ народныхъ нравовъ, которое онъ наблюдалъ въ Россіи, и находитъ несоотвѣтствіе между ними въ томъ, что касается приписываемыхъ народамъ сѣвера положительныхъ качествъ, такъ какъ таковыхъ у русскихъ не оказалось. Подмѣченное несоотвѣтствіе Шаппъ старается объяснить тѣмъ, что «въ этихъ положеніяхъ онъ (Монтескье) разсматривалъ сѣверные народы независимо отъ правительства». Все это заявленіе Шаппа опровергается въ Антидотѣ слѣдующимъ соображеніемъ: «Шаппъ до своего пріѣзда думалъ, что вся Россія еще находится въ состояніи природномъ . . . но когда онъ увидѣлъ, что мы не находимся въ томъ природномъ состояніи, которое онъ откопалъ въ Духѣ законовъ, онъ сбился съ толку»¹. Въ сущности говоря, здѣсь нѣтъ никакого принципиальнаго опроверженія, такъ какъ и Шаппъ высказываетъ ту же мысль, что нравы русскаго народа сложились подъ воздѣйствіемъ не однихъ лишь природныхъ условій, но и правительства. Вся разница лишь въ томъ, что Шаппъ признаетъ воздѣйствіе русскаго правительства на народъ отрицательнымъ въ нравственномъ отношеніи, а Антидотъ — положительнымъ. Но неудачные приемы полемики Антидота насъ не занимаютъ. Для насъ важно лишь подчеркнуть то, что Антидотъ ограничиваетъ дѣйствіе естественныхъ условій однимъ лишь первобытнымъ состояніемъ, строго слѣдуя указанію самого Монтескье, что «природа и климатъ господствуютъ почти одни надъ дикарями» (кн. XIX, гл. IV, абз. 2). Другимъ важнымъ для насъ обстоятельствомъ является то, что по возвращенію автора Антидота, Россія не находится въ такомъ природномъ состояніи.

Свободнымъ толкованіемъ не ограничивается самостоятельное отношеніе автора Антидота къ Духу законовъ. Оно идетъ дальше и доходитъ до критическаго отрицательнаго отношенія къ такимъ положеніямъ, которыя раздѣляются Монтескье и разсматриваются имъ, какъ важныя въ дѣлѣ выясненія особенностей формъ правленія.

Описывая южныя части Сибири и окрестныя мѣстности вокругъ Астрахани, Шаппъ говоритъ, что «за недостаткомъ жителей тутъ встрѣчаются однѣ пустыни, полагающія татарамъ сильную преграду». Антидотъ не только отвергаетъ это послѣднее сообщеніе, какъ не соотвѣтствующее дѣйствительности, но и старается объяснить его происхожденіе. По этому послѣднему поводу авторъ Антидота обращается къ Шаппу со слѣдующимъ заявленіемъ: «Очень хорошо знаю, что заставило Васъ сказать, будто Россія противопоставляетъ татарамъ эти пустыни, какъ сильную преграду. Вы читали въ старыхъ школьныхъ книжкахъ, что деспотическія государства Азіи имѣли обыкновеніе опустошать свои окраины, и такъ какъ вамъ угодно при всякомъ случаѣ обзывать деспотами государей Россіи, то вы тотчасъ

¹ Осьмнадцатый вѣкъ, кн. IV, стр. 432—433.

¹ «Я имѣю честь быть Русскимъ», говоритъ авторъ Антидота, «я этимъ горжусь, я буду защищать мою родину и языкъ, и перомъ, и мечомъ, пока у меня хватитъ жизни» (ibidem, p. 285).

² Недаромъ превозносилъ его такой пристрастный недоброжелатель Россіи, какъ Сабатье де Кабръ въ своей официальной запискѣ 1772 г. объ Екатеринѣ II, ея дворѣ и о Россіи. См. Сборн. И. Р. И. О., т. 143, стр. 555.

³ Осьмнадцатый вѣкъ, кн. IV, стр. 435. — Такой же отзывъ достался въ свое время отъ Екатерины II автору *Lettres russiennes: Ici notre refuteur n'entend absolument pas Montesquieu*, — см. Вѣстникъ Европы 1903 г., май, стр. 293.

⁴ Осьмнадцатый вѣкъ, кн. IV, стр. 425: «Въ томъ, что мы ее (бороду) носили, мы не были болѣе виновны, чѣмъ прочіе народы; мы, быть можетъ, были неправы въ томъ, что хотѣли ее сохранить; но мнѣ кажется, что мы нѣсколькими годами позже разстались бы съ нею изъ моды, еслибы насъ къ тому не принудили». Сравни. *Esprit des lois*, кн. XIX, гл. XIV, абз. 6.

остроумно заключили, . . . что такой дескать обычай Россіи оставлять впускъ области, граничащія съ татарами¹. Свой упрек Шаппу въ предвзятомъ доктринерскомъ схематизмѣ авторъ Антидота построилъ, вѣтъ всякаго сомнѣнія, не на старыхъ школьныхъ книженкахъ, а на Духѣ законовъ; въ которомъ опустошеніе окраинъ признается нормальнымъ для деспотическаго государства способомъ обезпеченія его безопасности отъ вѣшнихъ нападений². «Школьные книженки» придуманы и сообщаютъ всей приведенной тирадѣ тонъ пренебрежительнаго отношенія къ одному изъ положеній, высказанныхъ Монтескье.

Изобличая неточность сообщаемыхъ Шаппомъ свѣдѣній о личномъ составѣ канцеляріи Тобольскаго губернатора, авторъ Антидота говоритъ: «ни въ одной канцеляріи (губернатора) нѣтъ пятнадцати совѣтниковъ, ибо у насъ должности не продаются, и намъ не нужно столько дармоѣдовъ»³. Продажность должностей привлечена въ данномъ мѣстѣ искусственно, но явно преднамѣренно въ видахъ осужденія французскихъ порядковъ. Послѣдніе, какъ извѣстно, легли въ основу ученія Монтескье о монархическомъ правленіи. Въ частности Монтескье останавливается специально на институтѣ продажныхъ должностей и находитъ его хорошимъ для государствъ монархическихъ, такъ какъ онъ обезпечиваетъ достойное отправление правительственныхъ функций и устойчивость государственныхъ чиновъ⁴. То, что авторъ Антидота хвастаетъ отсутствіемъ въ Россіи продажныхъ должностей, свидѣтельствуетъ объ его критическомъ отношеніи къ Монтескье и о наличности у него своей собственной самостоятельной концепціи и конструкции монархическаго правленія.

Что касается свѣдѣній, сообщаемыхъ въ Духѣ законовъ относительно Россіи, то они признаются въ Антидотѣ фактически невѣрными. По поводу приводимаго у Шаппа разсужденія Монтескье о недопустимости признанія нескромныхъ словъ за оскорбленіе величества и подкрѣпленія этого разсужденія въ Духѣ законовъ (кн. XII, гл. XII, абз. 3) отрицательнымъ примѣромъ приговора Анны Иоанновны по дѣлу кн. Долгорукихъ авторъ Антидота говоритъ: «Приведенныя слова г. Монтескье весьма умѣстны тамъ, гдѣ они помѣщены этимъ великимъ человекомъ, ибо они служатъ ему доводомъ въ пользу того, что не слѣдуетъ наказывать смертью нескромныя слова; но это мѣсто не можетъ служить доказательствомъ тому, что эти князья Долгорукіе были приговорены къ смерти за простыя слова, какъ даетъ понять это аббатъ. Они были уличены и въ другомъ кромѣ словъ»⁵. Когда Шаппъ цитируетъ извѣстное утвержденіе Монтескье, что съ русскаго надо содрать кожу для того, чтобы пробудить въ немъ

¹ Ibidem, p. 282. Ко времени написанія Антидота Шаппа уже не было въ живыхъ. Это отмѣчается въ самомъ Антидотѣ (стр. 375) и потому обращеніе къ лицу Шаппа имѣетъ значеніе риторическаго оборота.

² Esprit des lois, кн. IX, гл. IV, абз. 1; кн. V, гл. XIV, абз. 11.

³ Осмнадцатый вѣкъ, кн. IV, стр. 351.

⁴ Esprit des lois, кн. V, гл. XIX, абз. 12—13.

⁵ Осмнадцатый вѣкъ, кн. IV, стр. 404.

чувствительность¹, авторъ Антидота не только признаетъ это утвержденіе невѣрнымъ, но и объясняетъ причину заблужденія Монтескье относительно Россіи. «Г. Монтескье не бывалъ въ Россіи; онъ судилъ объ этой странѣ по писаніямъ лицъ, не знавшихъ ни страны, ни ея жителей; у него былъ проницательный умъ, но онъ былъ чело-вѣкъ, онъ могъ ошибаться и въ этомъ случаѣ ошибся; факты говорятъ противъ него: русскіе и безъ операціи имъ упомянутой не лишены чувствительности»².

При такой оцѣнкѣ сообщаемыхъ въ Духѣ законовъ свѣдѣній о Россіи авторъ Антидота, вполнѣ понятно, не признавалъ для себя сколько нибудь обязательными и отзывы Монтескье о формѣ правленія Россіи. Совершенно съ ними не считаясь, онъ слагалъ конструкцию русскаго государственнаго строя самостоятельно; пользовался для нея общими теоретическими положеніями Духа законовъ, но расцѣпывалъ ихъ критически и комбинировалъ по собственному своему разумѣнію.

Исходной точкой для государственно-правовыхъ построеній Антидота служитъ утвержденіе того несомнѣннаго факта, что Россія не находится въ томъ природномъ состояніи, въ которомъ вся жизнь народа и, слѣдовательно, образъ правленія его предопредѣляются естественными условіями страны. Отправляясь отъ такого утвержденія, авторъ Антидота, само собою разумѣется, не останавливался на немъ, но шелъ дальше и отмѣчалъ положительный культурный ростъ Россіи, подъ влияніемъ котораго сложился ея государственный строй.

Въ Антидотѣ набросана краткая, но вполнѣ отчетливая схема политическаго развитія Россіи. Она представляется въ слѣдующемъ видѣ. Съ основанія русскаго государства и до смерти царя Феодора Иоанновича, т. е. въ теченіе болѣе семисотъ лѣтъ «Россія управлялась, имѣла приблизительно тѣ же нравы, шла тѣмъ же путемъ и находилась почти на одномъ уровнѣ, какъ и всѣ государства Европы»³. . . Мы шли равнымъ шагомъ со всѣми прочими націями Европы за исключеніемъ, быть можетъ, Италіи»⁴. Этотъ правильный европейскій ростъ русской государственности былъ нарушенъ только смутнымъ временемъ, которое «замедлило наше развитіе»⁵. Отрицательныя послѣдствія смуты были, однако, скоро заглажены и устранены, какъ слѣдуетъ заключать изъ того, что царствованіе Алексѣя Михайловича приводится въ Антидотѣ какъ «правительство, устроенное, какъ почти всѣ прочія въ Европѣ того времени, и даже лучше нѣкоторыхъ изъ нихъ»⁶. Петръ Великій не только «въ образѣ жизни упразднилъ много церемоній и стѣсненій, придалъ ему болѣе свободы», но и «измѣнилъ всю систему управленія и даже многое въ самомъ устройствѣ правительства»⁷. Всѣ правительственныя реформы Петра Великаго

¹ Esprit de lois, кн. XIV, гл. абз. 9 in fine.

² Осмнадцатый вѣкъ, кн. IV, стр. 445.

³ Ibidem, p. 289.

⁴ Ibidem, p. 424.

⁵ Ibidem, p. 425.

⁶ Ibidem, p. 290.

⁷ Ibidem, p. 426.

сравнивает отдельные стороны культурного состояния России и прочих стран Европы. Сравнение приводит его к выводу, что обычаи, нравы, социальные и политические отношения слагаются и проявляются во всех странах больше или меньше одинаково по существу¹. На этом основании автор заключает, что русские, как и все прочие люди, ни вполне хороши, ни вполне дурны: «такое среднее состояние в природе вещей, и существует у всех народов, ибо человек всегда приблизительно одинаков, под каким бы небом он ни родился»². Став на такую точку зрения, автор Антидота упрекает Шаппа в том, что «он не рассматривает человека как жителя вселенной везде одинакового³, и что в этом смысле «г. д'Отерош», как вы видите, не космополит»⁴.

Такова теоретическая подкладка отстаиваемого в Антидоте воззрения на Россию и ее государственный строй. Автор Антидота отправляется от идей Наказа, неуклонно им следует и пользуется ими как орудием в борьбе с противником. В пространном полемическом трактате идеи Наказа получили дальнейшее подробное развитие и обстоятельную разностороннюю аргументацию. И то, и другое проведено в духе, строго конгенитальном источнику. Вследствие этого всю изложенную выше теоретическую подкладку Антидота можно приложить к Наказу и найти в ней обоснование тех отступлений от Монтескье, которые не своевольно, а в силу определенного убеждения допущены были императрицей Екатериной II⁵.

В порядке обоснования отступлений Екатерины II от отдельных сторон политического учения Монтескье и, следовательно, в процессе самостоятельного использования Екатериной политического материала Духа законов для ее Наказа наиболее существенными оказались, по нашему мнению, следующие положения: 1) что естественные условия определяют политическую организацию только в природном состоянии народов, из которого Россия давно уже вышла, так что для водворения в ней более совершенного правления естественные условия не могут являться препятствием непреодолимым; 2) что французские государственные порядки не представляют собою совершенного и единственного образца монархического правления; 3) что усовершенствование государственного строя всегда может быть достигнуто разумными мерами законодательства, так как люди больше или меньше одинаковы повсюду.

Последнее положение о том, что всем людям свойственно некоторое среднее состояние согласно природе вещей, и что все люди поддаются преобразовательному действию законов, заслуживает быть

¹ Осьмнадцатый век, кн. IV, стр. 239, 247, 254, 258, 259, 270, 310, 320, 325, 337, 344—345, 359, 361, 364, 370, 371, 380, 394, 395, 401, 425, 447, 457, 458.

² Ibidem, p. 339.

³ Ibidem, p. 339.

⁴ Ibidem, p. 429. — Полная фамилия Шаппа — Chappe d'Auteroche.

⁵ Как читатель видит, мы склоняемся в пользу признания Екатерины II автором Антидота.

особенно отмеченным, так как в нем сказались свойственный рационалистическому характеру «вѣка просвѣщенія» универсализм и вѣра в безусловную созидательную силу разума. Некоторые писатели полагают, что указанные черты свойственные мировоззрению всех представителей XVIII вѣка, в том числѣ и Монтескье, которому напрасно приписывают релятивизм и убеждение в исключительной зависимости социальных отношений от объективных условий среды¹. Мы думаем, что такая оценка Монтескье не правильна. Автор Духа законов мыслимому рациональному порядку вещей противопоставил разум существующаго порядка вещей, таким образом пробил первую брешь въ рационализм и провозгласил относительную разумность многообразія существующаго въ условияхъ внѣшней среды. Но, будучи сыномъ своего вѣка, онъ наряду съ этимъ сохранялъ вѣру въ созидательную силу разума и придавалъ рациональнымъ политическимъ формуламъ значение всемогущее и универсальное. Изучая Монтескье и поучаясь у него, Екатерина II первоначально усвоила его мысль о неустранимомъ дѣйствіи естественныхъ условий, но затѣмъ преодолѣла эту мысль и послѣдовала другому, — болѣе рационалистическому и универсалистическому теченію, которое болѣе соотвѣтствовало одушевлявшей ее идеѣ просвѣщеннаго абсолютизма.

¹ Ferdinand Brunetiere, L'erreur du XVIII-e siècle, Revue de deux mondes, 1902, livr. du 1-r Août, p. 656: C'est à Montesquieu que l'on fait généralement honneur d'avoir posé, si je puis ainsi dire, ce déterminisme historique. La vérité est qu'il n'a guère fait que l'entrevoir, et la conclusion dernière a tiré de son Esprit des lois serait tout aussi bien, si l'on ne le voulait, que les hommes sont les maîtres de lois qui les régissent. Les lois du passé, celles du Latium ou du Malabar, de la Grèce ou de Bornéo, sont l'oeuvre des circonstances, mais les lois de l'avenir, celles de la cité future, étant l'oeuvre du calcul et de la raison, le seront donc aussi de notre liberté: voilà proprement ce qu'enseigne Montesquieu.

A 703



И. И. Каминка

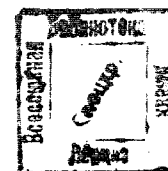
ТРУДЫ

РУССКИХЪ УЧЕНЫХЪ ЗА-ГРАНИЦЕЙ

СБОРНИКЪ
АКАДЕМИЧЕСКОЙ ГРУППЫ ВЪ БЕРЛИНѢ
ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ
ПРОФЕССОРА А. И. КАМИНКА

ТОМЪ II

40-888



1 9 2 3

КНИГОИЗДАТЕЛЬСТВО «СЛОВО»

Handwritten mark

Памяти В. Д. Набокова

А. И. Каминка

Съ тѣхъ поръ, какъ значительная часть русскихъ общественныхъ дѣятелей и представителей науки и литературы оказалась за рубежомъ, въ томительномъ ожиданіи той счастливой минуты, когда будетъ возможно, не поступаясь своимъ человѣческимъ достоинствомъ и не отрекаясь отъ своихъ взглядовъ, вернуться къ себѣ на родину, погибло не мало русскихъ людей, которыми можетъ гордиться родина, которые могли бы принести ей громадную пользу въ ту тяжелую переходную эпоху, которую она еще не изжила. Но ни одна смерть не вызвала такого глубокаго и искренняго чувства сожалѣнія, какъ смерть Владиміра Дмитриевича Набокова.

Конечно, на первомъ мѣстѣ оплакивали большого общественнаго дѣятеля, блестящаго публициста. Но Русская Академическая Группа въ Берлинѣ, въ которой Владиміръ Дмитриевичъ былъ товарищемъ председателя со дня ея возникновенія и до трагической своей смерти, справедливо оплакиваетъ въ лицѣ Владиміра Дмитриевича и крупнаго русскаго ученаго, и прекраснаго профессора, и превосходнаго сотрудника и товарища во всѣхъ научныхъ работахъ.

Въ сознаніи широкихъ круговъ Набоковъ ученый отодвигается далеко на задній планъ Набоковымъ политическимъ дѣятелемъ и публицистомъ. Но это не потому, что въ Набоковѣ ученый въ дѣйствительности въ такой мѣрѣ подавляется другими его качествами. Такое затѣненіе въ Набоковѣ его выдающихся свойствъ ученаго обуславливается частью особенностями научной дѣятельности вообще, частью особенностями русской жизни.

Для большой публики, для массъ всегда особенно дорога фигура смѣлаго и талантливаго политическаго дѣятеля, въ особенности въ критическія минуты государственной жизни. На нее устремляются всѣ взоры, отъ нея ждуть спасенія. Подобно ударамъ рѣзца по мраморной глыбѣ запечатлѣвается въ памяти современниковъ каждое выступленіе большого политическаго вождя, часто передаваясь за сямъ изъ поколѣнія въ поколѣніе, образуя порой легенду. Понятна и доступна массамъ и дѣятельность выдающагося публициста, голосъ котораго особенно отчетливо раздается въ минуты тяжелыхъ замѣнательствъ, оставляя въ широкихъ кругахъ читателей представленіе о публицистѣ какъ крупномъ общественномъ дѣятелѣ, какъ блестящемъ служителѣ слова.

Въ совершенно иныхъ условіяхъ находится человѣкъ науки. За очень немногими исключеніями ученыхъ, пролагающихъ свои совершенно новые пути, открывающихъ предъ человѣчествомъ новыя перспективы или создаю-

щих ему новых возможности, ученый остается мало известным за пределами круга своих товарищей, таких же далеких от житейского шума работников науки. Поэтому, когда в одном лице соединяются свойства ученого, политического деятеля и публициста, то неизбежно слава политического деятеля и публициста заглушает репутацию ученого. Но долг Академической Группы восстановить значение Набокова как ученого. Это будет справедливым дополнением к тем восторженным и вместе с тем вполне заслуженным характеристикам Набокова как публициста и общественного деятеля, которые с таким единодушием были сданы всеми органами печати, всеми общественными деятелями, почти без различия партий. И только в связи с такой характеристикой многогранная личность этого исключительно одаренного от природы человека возстанет пред нами во всей своей полноте и нам сдается понятным то исключительное обаяние, которым в течение всей своей деятельности пользовался Владимир Дмитриевич.

Набоков не случайно занялся научной работой. Окончив блестяще курсы юридического факультета Петербургского Университета, Владимир Дмитриевич имел полную возможность сдать самую блестящую карьеру. Можно даже сказать, что он был лишен возможности не сдать такую карьеру. Сын министра юстиции, член семьи с самыми обширными в течение многих поколений сложившимися связями в сановном и придворном мире, талантливый, широко образованный, гармонически сочетающий в себе внешний блеск с богатым внутренним содержанием, строгий и аккуратный, органически аккуратный, при исполнении всех своих обязанностей, и снисходительный к другим, он был желанным гостем в любом министерстве, любимцем и баловнем в любом обществе. И, верный семейным традициям, он действительно всгушил на службу в Государственный Совет и получил звание камер-юнкера.

Но это блестящее начало, залог неизбежных успехов, совершенно не удовлетворяло Владимира Дмитриевича. Оно не отвечало тем внутренним импульсам к сосредоточенной кабинетной научной работе, к более широкой общественной деятельности, которые были глубоко в нем заложены, которые были незамыслены просто потому, что сравнительно второстепенные внешние достоинства заслоняли собой его более глубокие и ценные свойства. Его служебные занятия, тесно с ними связанные многочисленные светские обязанности, любовь к искусству, которое он глубоко понимал, любовь к театру, которому он отдавал свои досуги, который он нежно любил и тонко ценил, все это не помешало юноше Набокову горячо отдаться строго научным занятиям. Владимир Дмитриевич был тогда очень далеко от русских общественных кругов. Семейные традиции окружали его таким тесным кольцом, что, казалось, никакое враждебное этому замкнутому миру влияние не могло сюда проникнуть. В этом кругу и сама наука была лишь случайным гостем, всем более или менее чуждым, но все же терпимым. И стремясь выйти за пределы среды, слишком для него тесной, отнюдь однако с нею не порывая, Владимир Дмитриевич еще юношей с жаром набросился на научные занятия правом. Он посвятил себя изучению уголовного права. В то время это был самый трудный предмет для ученой „карьеры“. Профессора уголовного права Петербургского Университета Таганцев и Фойницкий были известны как исключительно требовательные препода-

ватели, как исключительно „свирепые“ экзаменаторы. И все же, как всегда, Набоков блестяще сдал магистерский экзамен и обратился на себя особое внимание своих строгих учителей.

Занятия в Петроградском Университете не удовлетворили Набокова. Он дополнил свою научную подготовку в Германских университетах. Свои первые поездки в Европу, где было столько интересного для широко образованного и всем интересовавшегося Набокова, с его изысканными художественными вкусами, он посвящал по преимуществу изучению права. Вместо веселых и шумных столиц он избрал местом своего более длительного пребывания небольшой провинциальный университетский городок, в котором преподавал знаменитый Лист. Здесь он обратил на себя внимание европейски известных криминалистов, которым не приходилось жаловаться на недостаток хороших учеников. Эти свои связи с европейской наукой, с европейскими учеными он сохранил в течение всей своей жизни. Он был всегда желанным членом всех международных съездов криминалистов, в которых впоследствии неизменно принимал участие в качестве председателя Русской Группы Международного Союза Криминалистов. Его солидная эрудиция, блестящая эрудиция знания языков, которыми он поражал даже и образованнейших иностранных ученых, его выдающиеся диалектические способности, умение отделять существенное от второстепенного, умение в полемике выдвигать существо дела и отстранять все случайное и личное — все это делало его одним из наиболее ценных представителей науки в любом съезде ученых. Украшая своим участием международные научные съезды, он вносил и свою лепту в международную научную работу, поднимая вместе с тем престиж русских ученых, русской науки в глазах всего мира. Сам Владимир Дмитриевич никогда не говорил о своих успехах на этих международных съездах криминалистов. Если он их и касался в частной беседе, он ограничивался передачей внешнего хода работы, да развѣ иногда упоминал о том впечатлении, которое производило его умение объясняться совершенно свободно на трех языках. Но его русские товарищи по этим съездам охотно говорили о той ценной работе, которую делал Набоков на этих съездах, о том, с какой силой и с каким авторитетом он выступал на них в те минуты, когда, как ему справедливо казалось, съезд направлялся по неверному пути, уклонился от тех новых гуманных течений, в особенности в вопросах о преступности и наказании, коими было проникнуто все мирозерцание Владимира Дмитриевича, остававшегося одинаково гуманным и благородным во всех областях своей многосторонней деятельности.

В Галле среди усиленных занятий, в студенческой обстановке, его совершенно неожиданно застигло письмо его учителя Н. С. Таганцева, предлагающего ему, еще только начинающему ученому, раздѣлить с первым русским криминалистом труды по кафедре уголовного права в Училище Правовѣдѣнія. Письмо это, написанное хорошо известными всему Петербургу иероглифами нашего ученого, осталось для Набокова на всю жизнь одним из ценнейших, бережно хранимых документов. Много лет спустя он с гордостью его показывал, с комизмом рассказывая, каких невероятных трудов стоило ему расшифровать это письмо, в каждое слово которого он вкладывал особое содержание.

Онъ съ радостью принялъ сдѣланное ему предложеніе, хотя задача была далеко не легкая. Каждый специалистъ отлично знаетъ, какихъ громадныхъ трудовъ стоитъ въ молодые годы чтеніе общаго курса. Къ тому же на долю Владиміра Дмитриевича вышло чтеніе менѣе разработанной части уголовного права, именно его особенной части. Какъ извѣстно, русскіе ученые-профессора по преимуществу и съ особой любовью останавливаются на изученіи введенія въ свою дисциплину и общихъ ея вопросовъ. Наоборотъ, особыя части оставляются въ сравнительномъ пренебреженіи. Многие профессора поэтому даже и не дочитываютъ до конца преподаваемыя имъ дисциплины. Несмотря на всѣ трудности, Владиміръ Дмитриевичъ съ честью справился со своей сложной задачей. Ему даже удалось сдѣлать то, что довольно рѣдко удавалось сдѣлать его значительно болѣе старшимъ товарищамъ: онъ сравнительно скоро издалъ для облегченія занятій студентовъ сжатый конспектъ своихъ лекцій, который долженъ быть признанъ цѣннымъ пособіемъ по уголовному праву. Уже въ этомъ конспективномъ курсѣ проявились основныя черты Набокова какъ ученаго: чрезвычайная добросовѣстность при изученіи предмета, точность научной мысли и ясность въ ея формулировкѣ. Съ любовью къ догмѣ (отсюда его глубокая связь съ Классической Школой въ уголовномъ правѣ) онъ умѣло сочеталъ пониманіе новыхъ, проникнутыхъ чувствомъ гуманности теченій въ уголовномъ правѣ. Онъ сознавалъ необходимость въ преступникѣ почувствовать слабаго человѣка, не только заслуживающаго кару, но и нуждающагося въ исправленіи. Этимъ сознаніемъ были проникнуты всѣ труды Набокова по уголовному праву. Признаніемъ важности этого момента въ его наукѣ обуславливался часто у Набокова и самый выборъ темъ. Его статьи по вопросу о смертной казни останутся навсегда въ русскомъ уголовномъ правѣ цѣннымъ памятникомъ зрѣлой научной мысли, согрѣтой искреннимъ чувствомъ любви къ человѣчеству.

Въ этотъ періодъ научной работы Набокова, его начинающей професорской дѣятельности, въ Петербургѣ образовался кружокъ молодыхъ ученыхъ, поставившій своей задачей изученіе русскаго права. Однимъ изъ дѣятельнѣйшихъ участниковъ этого кружка, почти съ момента его образованія и до самаго прекращенія изданія основаннаго имъ журнала „Право“, былъ Набоковъ.

Задача этого журнала была очерчена чрезвычайно широко. Это не было обычное литературно-издательское предпріятіе. Основатели поставили себѣ большую научно-общественную задачу: внѣдреніе въ населеніе любви къ законности, усвоеніе всей важности этого принципа сознаніемъ русскаго общества, аппаратомъ правительственной власти и въ особенности той его части, которая имѣетъ своей специальной задачей быть хранителемъ права, защитникомъ противъ его нарушителей, т. е. судомъ.

Это было тогда въ Россіи новымъ и по условіямъ того времени смѣльнымъ теченіемъ научной и общественной мысли. Оно нашло себѣ выдающагося выразителя въ лицѣ профессора Л. І. Петражицкаго, тогда еще только начинающаго ученаго, пріобрѣтшаго скоро европейскую извѣстность. Въ Петражицкомъ удивительно сочеталась глубина мысли, всегда стремившейся, порой съ болѣзненной настойчивостью фанатика, къ пониманію самаго существа вопроса, — съ поразительной силой діалектическаго таланта. Считая принципъ законности краеугольнымъ камнемъ правового государства, онъ съ этой точки

зрѣнія признавалъ слѣдованіе этому принципу одинаково обязательнымъ и для власти, и для гражданъ. Представленія о желательномъ должны проявляться въ правотворческой дѣятельности, а не при примѣненіи права. Этотъ принципъ законности, какъ то новое слово, которое надо смѣло и послѣдовательно внѣдрить въ сознаніе русскаго общества, былъ девизомъ редакціи „Право.“

Положеніе, которое занялъ этотъ журналъ, а вмѣстѣ съ нимъ и Набоковъ, было трудное. Надо было идти противъ господствующихъ кругомъ взглядовъ. Усмотрѣніе, у однихъ представителей власти благожелательное по отношенію къ населенію, у другихъ враждебное къ нему, но во всякомъ случаѣ усмотрѣніе, было однимъ изъ краеугольныхъ камней абсолютческаго режима. Правительственный аппаратъ, опираясь на явно отсталое и вообще несовершенное законодательство, не былъ въ состояніи справляться съ все усложнявшимися задачами государственнаго управления. Поэтому для правительства требованіе примѣненія принциповъ законности было совершенно неприемлемымъ требованіемъ, настойчивая проповѣдь этого принципа было чѣмъ то нетерпимымъ. И „Праву“ съ первыхъ шаговъ своей дѣятельности пришлось столкнуться съ недоброжелательностью органовъ государственной власти, часто переходившей въ мѣры репрессіи. Но и господствующія теченія независимой общественной мысли были весьма мало расположены воспріять и бороться за принципъ законности, за дальнѣйшую правотворческую дѣятельность на основѣ здраваго правового чувства. Прогрессивныя общественныя круги, безъ различія направленія и степени крайности своихъ ученій, исходили изъ убѣжденія, что представители государственной власти преисполнены сознанія собственного величія и безцѣльности, а б. м. даже и опасности какихъ бы то ни было уступокъ обществу. Въ естественномъ нетерпѣніи, созданномъ такимъ въ теченіе многихъ поколѣній сложившимся положеніемъ, общество потеряло вѣру въ спасительное значеніе даже и культурной работы. Ему казалось, что разрушительныя силы правительства будутъ дѣйствовать быстрѣй и вѣрнѣй, нежели созидательная сила культурной работы. На почвѣ такого міросозерцанія складывалось враждебное отношеніе не только къ даннымъ представителямъ власти, не только къ даннымъ формамъ ея дѣятельности, но къ власти вообще, сложилось болѣе нежели равнодушное отношеніе къ самой идеѣ государственности.

Среди такихъ теченій общественной мысли основной идеѣ молодой редакціи журнала „Право“ было трудно разсчитывать на широкое сочувствіе общества. Редакціи пришлось занять позицію одинаково независимую и направо, и налѣво, и по отношенію къ правительству, и по отношенію къ обществу. Набоковъ охотно отозвался на призывъ принять ближайшее участіе въ этой работѣ, дѣйствительный характеръ которой былъ для него совершенно ясенъ. Работа эта въ полной мѣрѣ отвѣчала и тѣмъ основнымъ взглядамъ классической школы въ уголовномъ правѣ, къ которой Набоковъ чувствовалъ тяготѣніе съ самаго начала своихъ научныхъ занятій. Такимъ образомъ вступленіе Набокова въ редакцію журнала „Право“ было для него лишь продолженіемъ его научной работы и въ томъ направленіи, въ которомъ онъ и до того работалъ. Вступивъ въ составъ редакціоннаго комитета журнала „Право“, Набоковъ остался однимъ изъ самыхъ дѣятельныхъ его членовъ до момента прекращенія журнала. И это совершенно отвѣчало характеру Набокова. Раз-

носторонне одаренный от природы, он был незаменим в любой области деятельности. Быть может это сознание своей пригодности для работы в самых разнообразных сферах, умение всюду находить подходящее для себя дело наложили на него ту благородную печать глубокой внутренней независимости, чуждой всякого искательства, которая так выгодно отличала Набокова среди других общественных деятелей. Для него вопрос сводился только к тому, чему он должен посвятить свои силы. Все остальное отодвигалось для него на задний план. Он был уверен, что сумеет справиться с своей задачей, а вопрос о том, каково будет при этом его положение, в каком качестве, под каким титулом он будет работать, имело для него лишь второстепенное значение. Припоминается при этом и в свое время мало кому известное, а теперь вероятно совершенно забытый эпизод, относящийся к дням начала работы первой Государственной Думы. Когда намечался ее президиум, кандидатура Набокова на должность товарища председателя была чрезвычайно популярна далеко не в одних только рядах тогда рвущейся в Думу конституционно-демократической партии. Возражений против этой кандидатуры в сущности не было, она была для всех совершенно приемлемой. Но среди Трудовой Партии чувствовалось стремление выдвинуть какого либо более „демократического“ кандидата в противовес первому товарищу председателя Думы — князю Долгорукову. Трудовая Группа признала таким более подходящим кандидатом, таким более стойким хранителем демократических идеалов только что вернувшегося из ссылки проф. Гредескула. Набоков не только без всякого сопротивления уступил ему место, но и с такой же благородной готовностью согласился занять менее почетный пост секретаря Государственной Думы. И никто и из ближайших друзей Набокова никогда не услышал от него ни одной жалобы по поводу такого предпочтения кандидата, главное достоинство которого было то, что он вернулся только что из ссылки.

Это сознание необходимости сделать все, что нужно, и так, как нужно, в какое бы положение ни поставила его судьба, проникало собой все существо Владимира Дмитриевича, придавая ему характер полной законченности и полноты. Это одинаково проявлялось у него и в важном, и в пустяках. Отправившись в тюрьму, где он отбывал свое наказание за Выборгское воззвание, он говорил провожавшим его до ступеней тюрьмы друзьям: не беспокойтесь о том, как я проведу время своего заключения. Я всегда всюду был на месте, всюду легко справлялся с самыми трудными и даже неприятными положениями. Я превосходно всегда выдерживал все экзамены, был прекрасным гимназистом и студентом, превосходным вольноопределяющимся и буду прекрасным заключенным...

Вступив в редакцию „Прав“, Набоков отдался работе со всей энергией своей деловой природы, с привычкой крайне добросовестно выполнять все принимаемые им на себя обязанности. И это он делал тем охотнее, что вся его деятельность в „Прав“ была лишь продолжением той научной работы, которую он и до того уже вел, повинувшись своим внутренним потребностям. В этой работе проявились все свойства Набокова, как научного работника. Тонкий юридический анализ действующего права, совершенная объективность в его оценке, понимание жизни при рассмотрении вопросов реформирования права, солидная научная подготовка, знание за-

падно-европейской литературы, безпристрастие в оценке чужих трудов и различных направлений в науке, все это делало Набокова чрезвычайно ценным руководителем отдела уголовного права в журнале. И вместе с тем, эта работа была превосходнейшей высшей школой для молодого ученого. Работая одновременно над вопросами и теории, и практики права, он научился в строго научных своих построениях сохранить понимание требований жизни, охраняющее ученого от узости и схоластики догматических построений. А в своих многочисленных работах, частью подписанных им, по большей части анонимных, посвященных вопросам толкования действующего права, он оставался на той научной высоте, которая спасает комментатора от слепого подчинения букве закона, традиционному толкованию, слеповатому приморному делу. Для непосвященного эта внутренняя сила толкования ученого в отличие от приемов даже и талантливого начека может быть и непонятной. Он склонен явным и для него преимущественно объяснять превосходством таланта. Но для специалиста совершенно очевидно, что дело не в одном только превосходстве таланта, но в равной мере и в превосходстве методов научной работы над капризным буквоедством.

В этой научной работе в „Прав“ Набоков не мог замкнуться в рамки одного уголовного права. Работа в журнале, имевшем своей задачей охватить все области права, была коллективной в подлинном смысле этого слова. Ежедневно с аккуратностью хронометра собиралась редакционная семья в квартирном несмешанного главного редактора „Прав“ I. В. Гессена, одного из самых убежденных и горячих сторонников идеи законности как основного начала при толковании вопросов права, которое должно быть положено и в основу правотворческой деятельности. Здесь обсуждался ближайший номер журнала, читались статьи, не разосланные членам редакции в корректурах и внушавшие какие либо сомнения. Внимательно останавливаясь на толковании какого либо вопроса, редакция совершенно не руководилась соображениями о том, в какой мере вопрос представляется интересным для широких кругов юристов, в какой мере он практически важен. Основная задача толкования права — было строгое следование идеям законности, и, если с этой точки зрения толкование статьи возбуждало какие либо сомнения, в среде редакции завязывался самый горячий спор. Вопрос толкования какого либо мало заметного постановления гербового устава (такие случаи были отнюдь не исключением) возбуждал самый горячий спор, в котором, напр., далекие от практического применения гербового устава Набоков и Петражицкий принимали такое же горячее участие, как первоклассный знаток нашего действующего права, тонкий юрист, превосходный теоретик, злословно убитый большевиками Н. И. Лазаревский. И как ни велик был авторитет Лазаревского, в вопросах толкования нашего административного и финансового права, и Набоков, и Петражицкий, от этого права очень далекие, горячо и упорно спорили с ним, когда им казалось, что в приемах толкования Лазаревский погрязнул против научных приемов, не в достаточной мере охранял идею законности.

Эти условия редакционной работы заставили Набокова в его научных трудах выйти далеко за пределы его узкой специальности уголовного права. Ему приходилось принимать участие в разработке самых сложных и труд-

ныхъ вопросовъ государственнаго права. И это тѣмъ болѣе, что одной изъ особенностей — и при томъ въ высшей степени привлекательной — характера Владиміра Дмитріевича была готовность взять на себя исполненіе любого порученія при коллективной работѣ. И это одинаково въ важномъ и въ мелочахъ. Припоминаю при этомъ его праздничныя „Звѣзды“ въ „Рѣчи“. Ему было тяжело изъ году въ годъ возвращаться къ этой темѣ. Но друзья его совершенно справедливо указывали ему, что онъ лучше другихъ можетъ справиться съ этой задачей, что именно у него искренность чувствъ удивительно сочетается съ благородной простотой и изяществомъ формы. И онъ съ благородной покорностью брался за перо, изъ подъ котораго выливались его превосходныя праздничныя стихотворенія въ прозѣ, въ которыхъ естественный нафосъ чувствъ никогда не переходилъ въ тривиальную аффектацію, и свѣжесть мысли никогда не подмѣнивалась шаблонной фразой.

И для Набокова было совершенно очевидно, что его личнымъ интересамъ несравненно болѣе соотвѣтствуетъ сосредоточенная работа надъ вопросами уголовного права въ связи съ его преподаваніемъ, нежели разбросанность занятій въ разнообразнѣйшихъ областяхъ права. Но характеръ редакціонной работы, условія русской жизни, предъявляющія столь большія требованія къ каждому выдающемуся человѣку, постоянно отрывали его отъ его специальности. Особенно часто приходилось Набокову заниматься вопросами государственнаго права, и это несмотря на то, что въ средѣ редакціоннаго комитета было два такихъ выдающихся государствовѣда какъ В. М. Гессенъ и Н. И. Лазаревскій, оба теперь, увы, мертвые, одинъ убитый въ подлинномъ смыслѣ этого слова большевиками, другой жертва того хаоса, который былъ созданъ большевиками и среди ужасовъ котораго погибали и погибаютъ лучшие люди, не имѣвшіе дара приспособленія къ окружающей обстановкѣ. Не вопросы толкованія дѣйствующаго государственнаго права привлекли къ себѣ вниманіе Набокова, для этого были совершенно достаточны силы тѣхъ специалистовъ государственниковъ, которые украшали собой ряды редакціоннаго комитета „Права“. Но постепенно вопросы толкованія русскаго государственнаго права отодвигались на второй планъ предъ другой задачей — протеста противъ систематическаго нарушенія права, противъ послѣдовательнаго произвола, проникавшаго во всѣ сферы государственнаго управленія, предъ настойчивой необходимостью въ виду этого требовать коренной реформы самаго аппарата государственной власти. Это было несомнѣннымъ расширеніемъ первоначальныхъ задачъ „Права“, оставшимся на первыхъ порахъ не безъ протеста со стороны нѣкоторыхъ лицъ, до того относившихся съ полнымъ сочувствіемъ къ задачамъ журнала и оказавшихъ весьма цѣнное содѣйствіе въ процессѣ обезпеченія возможности его существованія. Но выдвигая на первый планъ идею законности, не мысля безъ нея никакого государственное строительство, редакція „Права“ не понимала законность какъ самоцѣль. Какъ совершенно справедливо сказалъ въ своей первой руководящей статьѣ В. М. Гессенъ, отлично формулируя настроенія редакціи, не человекъ для субботы, но суббота для человекъ. Произволъ власти, нарушавшей порой элементарныя права человекъ и гражданина, не желавшей знать радикальныхъ реформъ путемъ правомѣрнаго законодательнаго творчества, не могло не вызывать протестовъ со стороны тѣхъ, кто мечталъ о царствѣ законности не для того, чтобы укрѣпить санкціонированный правомъ режимъ произвола. И

по мѣрѣ того какъ реакція все болѣе и болѣе крѣпла, принимая все менѣе и менѣе терпимыя для пробуждавшагося отъ состоянія пассивной покорности населенія формы, людямъ истинной науки права приходилось поневолѣ все чаще и чаще поднимать свой голосъ протеста противъ его нарушителей. Приходилось все больше и больше останавливаться на вопросѣ о томъ, какъ создать гарантіи противъ этого систематическаго нарушенія права, которое обращаетъ въ ничто самую проповѣдь идеи законности. Не защита идеи законности, но протестъ противъ узаконеннаго ея попиранія и требованія коренныхъ реформъ стали постепенно основными мотивами дѣятельности „Права“. И редакціонный комитетъ журнала все чаще и чаще сталъ возлагать на Набокова разработку вопросовъ государственнаго права. Въ его многочисленныхъ статьяхъ, посвященныхъ вопросамъ публичнаго права, проявились на ряду съ свойствами ученаго и выдающіяся свойства публициста: глубина мысли, никогда не развивающейся въ ущербъ ея ясности, искренность чувства и мастерство изложенія при простотѣ его формы. Казалось, сама мысль облекалась у Набокова въ столь законченныя формы, что процессъ писанія уже не составлялъ для него никакого труда. Особое благородство отличало всѣ труды Набокова, быть можетъ, въ значительной степени благодаря тому, что источникомъ его негодованія была всегда не столько ненависть къ насильникамъ, сколько глубокое отвращеніе къ насилію и угнетенію. И призывъ къ протесту противъ угнетенія находилъ въ душѣ его всегда живой откликъ, столь же рѣшительный, сколь и искренный.

Эта широкая и нашедшая себѣ живой откликъ въ странѣ публицистическая дѣятельность Набокова все болѣе и болѣе отодвигала въ Набоковѣ на второй планъ ученаго. Мало того, она въ конечномъ результатѣ крайне сузила рамки возможной для него научной дѣятельности. Его статьи на страницахъ „Права“, а за сямъ и въ общей печати привлекли на себя вниманіе не только общества, но и правительства. Въ результатѣ онъ былъ удаленъ изъ Училища Правовѣдѣнія и само собой для него были окончательно закрыты и двери университета. Онъ не былъ допущенъ къ преподаванію даже и на Высшіе Женскіе Курсы въ скромномъ званіи доцента, до такой степени онъ казался опаснымъ правительству. Каждый, кто знаетъ, какое громадное значеніе имѣетъ для ученаго преподавательская дѣятельность, отлично пойметъ, въ какой мѣрѣ устраненіе отъ нея должно было помѣшать Набокову въ его дальнѣйшихъ научныхъ занятіяхъ. А затѣмъ призывъ населенія къ участию въ законодательной дѣятельности далъ возможность, а для такихъ людей, какъ Набоковъ, и сдѣлалъ необходимымъ участіе въ политической жизни страны. Дальнѣйшая работа Набокова протекала между публицистикой и общественной дѣятельностью, и здѣсь, и тамъ онъ занялъ одинаково видное положеніе, оставался образцомъ благороднаго исполненія своего долга предъ родиной.

Отвлеченный отъ науки обязанностью выполненія другихъ болѣе злободневныхъ задачъ, онъ успѣлъ въ тотъ недолгій промежутокъ времени, который ему удалось посвятить научнымъ работамъ, сдѣлать въ этой области столько, что это могло бы заполнить жизнь человекъ, посвятившаго себя исключительно научной дѣятельности. Но и въ своей публицистической и общественной дѣятельности, здѣсь частью въ качествѣ члена законодательнаго собранія, онъ проявилъ тѣ свойства научно-образованнаго специалиста, которыя онъ приобрѣлъ въ теченіе немногихъ лѣтъ своей чисто научной работы.

Въ мрачные дни русской реакціи, когда темныя силы изъ чайныхъ „Союза русскаго народа“ угрожали смертью каждому независимо мыслящему общественному дѣятелю, Набоковъ неоднократно получалъ угрожающія письма. Его друзья убѣждали его быть осторожнымъ, но онъ рѣшительно отклонялъ эти совѣты, говоря шутливо: я вѣрю въ свою счастливую звѣзду! Эти слова могли бы показаться горькой насмѣшкой въ тотъ моментъ, когда онъ палъ случайной жертвой направленной безсмысленной и жестокой рукой пули. Но въ этихъ словахъ Владиміра Дмитриевича все же много правды. Да, онъ былъ счастливъ въ теченіе всей своей жизни. Въ самыхъ разнообразныхъ сферахъ человѣческой дѣятельности онъ успѣлъ сдѣлать столько, сколько рѣдко достается на долю одного человѣка, и онъ успѣлъ это, несмотря на то, что смерть застала его сравнительно молодымъ человѣкомъ. Къ чему бы онъ ни прилагалъ своихъ силъ, ему все удавалось. И самое большее его счастье заключалось въ томъ, что этотъ успѣхъ, неизмѣнно сопровождавшій его въ теченіе всей жизни, былъ вполне заслуженный успѣхъ.

Онъ сдѣлалъ совершенно достаточно для того, чтобы благодарная память о немъ сохранилась не только среди его друзей и всѣхъ тѣхъ, съ которыми и на глазахъ которыхъ онъ работалъ. Онъ сдѣлалъ достаточно для того, чтобы память о немъ сохранилась въ странѣ, какъ память о человѣкѣ, который въ тяжелые годы, пережитые родиной, сумѣлъ отдать всю силу своего большого таланта и всю мощь своей выдающейся личности на служеніе своему народу. Но онъ умеръ такъ рано, что горькое чувство, всегда испытываемое предъ могилой человѣка, значительно усугубляется сознаніемъ, что онъ могъ сдѣлать еще такъ много для родины. Случайная смерть прервала слишкомъ рано эту прекрасную жизнь.

Образъ страждущаго Христа въ религіозныхъ переживаніяхъ Среднихъ Вѣковъ

Николай Арсеньевъ

I

Quantus tremor est futurus,
Quando iudex est venturus,
Cuncta stricte discussurus!

Страннымъ грядущимъ Судіей, грознымъ въ блистающемъ величіи, часто представлялся Христосъ воспаленному воображенію средневѣковаго человѣка, устремленному временами къ неминуемому и столь близкому, какъ это нерѣдко казалось, концу міра.¹ Но не это представленіе о Христѣ доминируетъ даже и въ Средніе Вѣка. Средневѣковое религіозное міросозерпаніе не сводится всецѣло къ мрачному фону религіознаго трепета и ужаса, къ ожиданію конца, къ отрицанію природы и міра, къ ощущенію повсюду дѣйствія и присутствія зловѣщихъ дьявольскихъ силъ, заполняющихъ природу и ежесекундно, насильственнымъ и страшнымъ призракомъ — или вѣриже страшной реальностью — врывающихся въ жизнь человѣка, и къ представленію о Богѣ только какъ о грозномъ Владыкѣ и Судьѣ², требующемъ лишь самоистязаній, самобичеваній и безрадостной аскезы. Если бы въ этомъ состояла вся религіозная вѣра Среднихъ Вѣковъ, то съ такой вѣрой тяжело было бы жить и творить жизнь; во всякомъ случаѣ, это уже не было бы христіанствомъ, а лишь видоизмѣненіемъ манихейскаго, катарскаго дуализма (получившаго, какъ извѣстно, довольно значительное распространеніе въ рядѣ странъ средневѣковаго Запада).

¹ Какъ извѣстно, конецъ міра усиленно ожидался, напр., около 1000-го года. Позднѣе, св. Хильдегардъ въ видѣніяхъ было открыто, что конецъ міра наступитъ непосредственно послѣ 1180-го года; аббатъ Іоакимъ де Фіорі, „одаренный духомъ пророческимъ“ („di spirito profetico dotato“ — Dante, Par. XII, 140—1), ожидалъ его вскорѣ послѣ 1200-го года и т. д., и т. д. Объ этихъ эсхатологическихъ настроеніяхъ Ср. Вѣковъ см. напр. E. Wadstein, Die eschatologische Ideengruppe... 1896, далѣе E. Bernheim, Mittelalterliche Zeitan-schauungen... 1918 (гл. II: Die eschatologischen Anschauungen). Краснорѣчивый подборъ латинскихъ гимновъ, посвященныхъ ужасу конца міра и проходящихъ чрезъ все Средневѣ-ковье, даетъ напр. Dreves-Blume, Ein Jahrtausend lateinischer Hymnendichtung 1909, во II томѣ. Срв. Rémy de Gourmont, Le latin mystique... 1913, стр. 321 сл.

² Объ иконографіи Христа, какъ могучаго Владыки и Судьи, см. напр. A. Hauck, Die Entstehung des Christustypus in d. abendländ. Kunst (въ посмертномъ сборникѣ его статей подъ заглавіемъ: „Jesus“, 1921), стр. 170 сл.

Проблема вещных и личных прав в древнеримском праве.

проф. Д. Гримма

(Продолжение).

IV. Процесс обособления вещных и личных прав в древнеримском праве.

§ 3. Система ограниченных встречных прав собственности в качестве фактора в процессе формирования вещных и личных прав.

1. Отсутствие почвы для реальных коллизий в отношении случаев эвективной собственности.

2. Взаимные отношения между опекунами и опекаемыми. Возможность коллизий как в сфере обязательственной, (*actio rationibus distrahendis*), так и вещноправовой (виндикация).

3. Роль виндикации в случаях фидуциарного отчуждения. Необходимость поставить вопрос в связи с вопросом об объеме характера древнеримского права собственности. Вопрос об относительном характере древнеримской собственности в новейшей романистической литературе. Правильная постановка вопроса: центр тяжести не в относительном, а в пассивном характере ее; вопрос о содержании права собственности и об объеме защиты его требует отдельного рассмотрения для каждой группы случаев.

4. В частности: а) вопрос о предъявлении виндикационного иска *inter partes* со стороны фидуцианта против фидуциара. Вывод: допущение виндикации против фидуциара. б) Вопрос о предъявлении виндикационного иска со стороны фидуцианта против третьих лиц. Данные в пользу отрицательного решения вопроса.

5. Возможны ли были аналогичные явления в случае неформальной традиции.

§ 4. Продолжение. Притязания встречных собственников против третьих лиц во время существования встречных отношений.

1. Случай эвективной собственности.

2. *Tutela mulierum*. Необходимость совместного *lege agere*.

3. *Tutela impuberum*.

4. Отношения по *fiducia*.

§ 5. Итоги.

Формы имущественного обладания как отщипки единого права господства или права собственности. Классификация основных видов древнего права собственности с точки зрения содержания: 1) полная собственность, 2) *nudum jus*, 3) собственность, ограниченная реальными встречными правами собственности.

Классификация основных видов древнего права собственности с точки зрения объема защиты: 1) случай абсолютной защиты; 2) случай отсутствия защиты; 3) случай относительной защиты — *inter partes*. Оба деления не совпадают. Причины этого. Моменты, повлиявшие на выработку системы вещных и личных прав: всякое право на вещь первоначально являлось правом вещным, а не личным; противоположение между вещными и личными исками возникло первоначально на деликтной почве.

Сопоставление римской схемы с схемой древне-германского права.

Основные положения, вытекающие из предшествующих наших рассуждений¹, сводятся к следующему.

Древнее римское право, подобно другим примитивным правовым системам, не знало противопоставления между правом собственности и ограниченными вещными и личными правами на чужие вещи. Всякое отношение к вещи мыслилось как разновидность единого права — права собственности тоже. Это право либо было полным, сосредоточиваясь в руках одного лица, одного субъекта, либо оно являлось не полным, оравненным встречными, однородными с ним правами других лиц. Так именно расщивались в частности отношения *pater familias* и подвластных ему членов семьи к общему, семейному имуществу (в браке, к отданным вещам, входящим в состав этого имущества), отношения опекунов и опекаемых по отношению к имуществу, над которым учреждена опека, отношения наследодателя и *familiae emptor* к имуществу первого, составляющему (будущую) наследственную массу, отношения фидуцианта и фидуциара к фидуциарным вещам, отношения собственника (служащего) участка и облагателей права *iter, via, actus, aquaeductus* и так далее, к подлежащему участку.²

Во всех подобных случаях наряду с правом собственности на подлежащую вещи данного лица признавались существующие с этим правом встречные права (ограниченной, частичной, временной, условной, иногда чисто эвективной) собственности других лиц.

Такая постановка вопроса стояла в связи с общим характером древнего оборота, мало подвижного, бедного формами, а поэтому и мало способного к выработке дифференцированных форм обладания. Из этого характера оборота вытекали вместе с тем и две дальнейшие особенности древнего правопорядка, а именно: с одной стороны, слабое развитие договорно-обязательственных отношений и преобладание деликтных обязательств, — (явление, свойственное вообще всякому примитивному, натурально-хозяйственному строю жизни); с другой стороны — преобладание в отношениях, порождаемых первобытным оборотом, вещноправовых элементов над обязательственными³.

Последнее обстоятельство в свою очередь должно было наложить своеобразный отпечаток на характер притязаний, порождаемых неизбежными конфликтами, которые по разным поводам могли возникать между лицами, участвующими в той или иной роли в обороте. В состав этих притязаний необходимо различать личные и вещные притязания. К числу первых относятся с одной стороны упомянутые нами в своем месте⁴ *actio auctoritatis* и *actio de modo agri*, возникающие в подлежащих случаях на почве возмездного отчуждения вещей в порядке манципации, с другой стороны — *actio fiduciae* и предтечи этого иска, — *actio ex causa depositi* и *actio furti* (*ex furto usus*), связанные с фидуциарным отчуждением. Сюда же следует также отнести *actio rationibus distrahendis*, иск, возникающий на почве отношений по опеке.

¹ См. начало настоящей статьи в „Грудах русских ученых за-границей“ т. 1 стр. 22—64.

² ук. статья, стр. 35—47.

³ ук. статья, стр. 31—34, ср. стр. 47—53.

⁴ там же, стр. 61—64.

Упомянутые личные иски играли, однако, лишь второстепенную роль. Это относится в особенности къ специальнымъ личнымъ искамъ, возникающимъ изъ фидуциарныхъ отношеній, до появленія *actio fiduciae*.

Въ связи съ этимъ приобретаетъ сугубое значеніе вопросъ о значеніи древней двусторонней виндикаціи, — этого вещноправового иска *per excellence*. Выясненіе роли, которую пришлось сыграть этому иску, имѣетъ первостепенное значеніе для полнаго уразумѣнія истинной природы всего древнѣйшаго имущественнаго права Рима и, въ частности, для уразумѣнія своеобразной природы древнѣйшаго права собственности.

1) Проще всего вопросъ обстоитъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ реальному, дѣйствительному праву собственности одного лица противопоставляется чисто эвекспектативное встрѣчное право собственности опредѣленнаго другого лица или опредѣленныхъ другихъ лицъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеніяхъ между *pater familias* и подвластными ему членами семьи, съ одной стороны, между наслѣдодателемъ и *familiae emptor* при манципаціонномъ завѣщаніи, съ другой стороны. Въ томъ и другомъ случаѣ упомянутое эвекспектативное право собственности представляетъ собой въ полномъ смыслѣ слова *nudum jus*, но крайней мѣрѣ наши источники не сохранили ни малѣйшихъ указаній на какое нибудь реальное содержаніе его, пока *pater familias* или завѣщатель находится въ живыхъ. Сказанное касается одинаково какъ внутреннихъ отношеній, отношеній *inter partes* между *pater familias* и его подвластными, между завѣщателемъ и *familiae emptor*, такъ и отношеній къ третьимъ лицамъ, которыя такъ или иначе посягаютъ на подлежащіе объекты. Другими словами, каковъ бы ни былъ характеръ конфликта, затрагивающій подлежащее эвекспектативное право, и чѣмъ бы онъ ни былъ вызванъ, — имъ не порождается никакое притязаніе въ пользу обладателя или обладателей означеннаго эвекспектативнаго права. Въ добавокъ, это положеніе *ipsissimis verbis* выражено въ отношеніи *sui*, относительно которыхъ Гай (II, 96) прямо говоритъ: *cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil suum esse in jure vindicare possint*. Не подлежатъ оно сомнѣнію и относительно *familiae emptor*, который, какъ извѣстно, считался въ то время *heredis loco* (Gaj: II, 103): наслѣдникъ при жизни наслѣдодателя никакихъ реальныхъ правъ на завѣщанное имущество не имѣетъ.

2) Совсѣмъ иной характеръ носили въ древнемъ правѣ отношенія между опекуномъ и подопечными, которыя, какъ извѣстно, встрѣчались въ двухъ видахъ *tutela impuberum* и *tutela mulierum*. Въ основѣ древнѣйшаго типа той и другой опеки — *tutela legitima agnatorum* — несомнѣнно лежала та же мысль о семейномъ характерѣ имущества, которая опредѣляла и отношенія между *pater familias* и его *sui*: опекунами являлись ближайшіе агнаты малолѣтняго или женщины, т. е. тѣ лица, которыя эвентуально должны были наслѣдовать послѣ нихъ, ср. I. 1 pr. D 26,4: *legitimae tutelae lege XII tabularum adgnatis delatae sunt. . . , ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur*. Этимъ и объясняется, что ихъ отношеніе къ имуществу подопечныхъ разсматривалось какъ разновидность права собственности и сами они считались еще много позже *vice domini*. Однако ихъ право на имущество подопечныхъ не ограничивалось простой эвекспектаціей, простымъ ожиданіемъ будущихъ благъ, какъ право *sui heredes*. Съ другой стороны, и встрѣчное право подопечныхъ, по крайней мѣрѣ по общему правилу, не являлось

пустымъ звукомъ. Мы уже не будемъ говорить о *tutela mulierum*, которая въ историческое время представляется уже въ значительно смягченномъ видѣ, ограничиваясь тѣмъ, что для совершенія женщиной извѣстныхъ актовъ, въ томъ числѣ для манципаціонныхъ и *in jure cessionныхъ* актовъ, требуется участіе опекуна въ формѣ *auctoritatis interpositio*¹. Но и въ отношеніи *tutela impuberum* дѣйствуетъ въ качествѣ общаго правила то начало, что опекунъ лишь въ случаѣ крайности долженъ дѣйствовать помимо опекаемаго²; всюду же, гдѣ это возможно, оба при совершеніи сдѣлокъ дѣйствуютъ сообща, причемъ опять таки участіе опекуна выражается въ *auctoritatis interpositio*, а извѣстные акты, въ томъ числѣ *mancipatio* и *in jure cessio*, а въ до-императорскомъ періодѣ и *traditio*, только и могли быть совершаемы этимъ путемъ³. Практически это означало, что въ древности⁴ унаслѣдованный малолѣтнимъ имущественный фондъ, *bona paterna avitaque*, не могъ подвергаться никакимъ измѣненіямъ иначе какъ въ порядкѣ совмѣстныхъ дѣйствій опекуна съ подопечнымъ. — Сказанное проливаетъ свѣтъ на истинную природу *auctoritas tutoris*, на первоначальный ея характеръ. *Auctoritas*, которая должна была имѣть мѣсто тутъ же, (*statim*), и безоговорочно (*pure*) при самомъ совершеніи сдѣлки⁵, нѣчто больше, чѣмъ простой *consensus*, согласие даваемое въ интересахъ подопечнаго: это — форма непосредственнаго участія въ сдѣлкѣ. Корень ея — общій съ тѣмъ *Weispruchsrecht* родственниковъ, въ частности ближайшихъ наслѣдниковъ, которое встрѣчается въ разныхъ формахъ въ древнемъ германскомъ правѣ въ качествѣ одного изъ условий, соблюденіе коихъ требуется при отчужденіи недвижимости⁶. — Съ другой стороны, изъ того, что акты отчужденія имущества подопечнаго могли быть совершаемы только совмѣстно опекуномъ и опекаемымъ, вытекало то послѣдствіе, что въ случаѣ нарушенія опекуномъ этого правила подопечный, послѣ прекращенія опеки, могъ оспорить состоявшійся безъ его участія актъ отчужденія посредствомъ предъявленія *reivindicatio*, несмотря на то, что отношеніе опекуна къ имуществу подопечнаго, также какъ и отношеніе послѣдняго, разсматривалось какъ разновидность одного и того же права, права собственности, какъ *meum esse*. Другими словами, реальная коллизія между однородными по существу правами опекаемаго и опекуна уже въ древнемъ правѣ возможна была не только въ сферѣ обязательственной, — гдѣ проявленіемъ ея служитъ *actio rationibus distrahendis*, о которой было говорено выше, — но и въ сферѣ вещноправовой, гдѣ она порожидала виндикацію⁷. Могъ ли послѣдній искъ быть предъявленъ не только къ третьимъ лицамъ, но и *inter partes*, замѣняя въ этомъ отношеніи позднѣйшую *actio tutelae directa*? Формаль-

¹ Ср. Baron, Institutionen, стр. 110—111.

² Ср. Pernice, Labeo, I стр. 497, Brinz Lehrbuch d. Pandekten, III², стр. 809.

³ Ср. Mitteis Röm. Priv. R., I, стр. 208 сл.

⁴ Позднѣйшее право, какъ извѣстно, создало цѣлый рядъ лазеекъ для обхода тѣхъ неудобствъ, къ которымъ приводило на практикѣ строгое проведеніе этого начала, см. Mitteis l. c., Windscheid, Lehrb. d. Pandekten, II⁷ § 442, прим. 2 стр. 606.

⁵ § 2 J. 1, 21.

⁶ Schröder, ук. соч. стр. 287.

⁷ На совершенно иныхъ началахъ построены позднѣйшіе запретъ опекунамъ отчуждать имущество подопечнаго безъ особаго разрѣшенія органовъ опекунскаго надзора, основанный на *Oratio Divi Severi* и на рядъ послѣдующихъ узаконеній. Ср. объ этомъ Baron, Institutionen, стр. 109.

но эта возможность не была исключена, поскольку тѣ или иные вещи подопечнаго послѣ прекращенія опеки продолжали находиться во владѣннн опекуна; другой вопросъ, существовала ли практическая потребность въ предъявленнн вндикацнн; въ виду существованнн *actio rationibus distrahendis*, которая *licet in duplum sit, in simple rei persecutionem continet* (I. 2 § 2 D. 27,3), — въ наличнн такой потребности позволительно усомниться.¹

3). Иначе опять ставится вопросъ о роли вндикацнн въ случаяхъ фидуцнарнаго отчужденнн. Этотъ вопросъ гораздо сложнѣе, чѣмъ его обыкновенно представляютъ. Традицнонно онъ сводится къ тому, имѣли ли фидуцнарн право отчужденнн фидуцнрованной вещи помимо особаго *actum de vendendo*, и если нѣтъ, то какнн послѣдствнн влекло за собою отчужденн, совершенное помимо соотвѣтствующаго дополнительнаго соглашеннн, — въ частности, переходило ли въ такомъ случаѣ право собственности на третьяго прнобрѣтателя, съ сохраненнемъ лишь личнаго иска (*actio fiduciae*) со стороны фидуцнанта противъ фидуцнара, или же напротивъ фидуцнанти въ подобныхъ случаяхъ могли вндикировать подлежащую вещь у третьяго лица. Въ дальнѣйшемъ проблема упрощается еще болѣе въ томъ смыслѣ, что она подвергается обсужденню только въ отношеннн *fiducia cum creditore*, причеиъ допускается совершенно произвольное предположенн, будто *actio fiduciae* возникла одновременно съ самнмъ появленнемъ фидуцнарнаго отчужденнн.

На самомъ дѣлѣ вопросъ долженъ быть поставленъ гораздо шире. Для правильнаго разрѣшеннн его необходимо связать его съ вопросомъ объ общемъ характерѣ древнеримскаго права собственности съ точки зрѣннн объема зацнтн его. Въ этомъ отношеннн за послѣднее время все болѣе укрѣпляется взглядъ, согласно которому право собственности, по крайней мѣрѣ поскольку оно покоится на производныхъ способахъ прнобрѣтеннн, — первоначально носило относительный, а не абсолютный характеръ. Въ этомъ смыслѣ высказываются, между прочнмъ, N. Pflüger,² Rabel,³ Mitteis,⁴ Sohm⁵ и др.

Въ подтвержденн этого положеннн указываютъ прежде всего на аналогнн въ другихъ правовыхъ системахъ⁶, въ томъ числѣ въ правѣ греческомъ (ближе-аоннскомъ)⁷, а также въ правѣ германскомъ⁸: аналогнн эти проявляются отчасти въ сходствѣ общей структуры права собственности, отчасти въ рази-

¹ Что касается древнѣйшихъ двухъ видовъ *cura-cura furiosi* и *cura prodigi*, — то о нихъ см. Karlowa, ук. соч. II, стр. 302 и сл. Повиднмому *legitimus curator furiosi* первоначально имѣлъ только право распоряжаться реснннн а не *familia* своего куранда, что было равносильно тому, что основной имущественный фондъ умалишеннаго вообще не могъ быть нѣмѣняемъ, а въ частности уменьшаемъ, ср. также Mitteis, *Röm. P. R.*, I, стр. 81. Вслѣдствнн за ннмъ было признано и право отчужденнн отъ собственнаго имени *res mancipi*, что Mitteis правильно объясняетъ какъ проявленнн его „*quasi-dominikale Gewalt*“, тамъ же, I стр. 210 пр. 18. Что касается агнатическаго *curator prodigi*, то его „*квазидоминикальное*“ право распространялось только на *bona paterna avitaeque* расточителя (Paul III, 4^a § 47).

² Н. Н. Pflüger, *d. legis actio sacramento*, стр. 41—43 (въ частн. относительно недвижнмости).

³ Rabel, *d. Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht*, стр. 50 сл., стр. 56 сл.

⁴ Mitteis, *Röm. Priv. R.*, I, стр. 87, 88 прим. 40.

⁵ Sohm, *Institutionen*,¹³ стр. 279—280 прим. 13.

⁶ Ср. Rabel, ук. соч. стр. 48 сл. *Leist. alt-arisches Jusgentium* стр. 469 сл., 565—566.

⁷ Mitteis *Reichsrecht und Volksrecht*, стр. 501 сл.; съ нѣкоторыми оговорками — Lipsius, *d. Attische Recht und Rechtsverfahren* II, 2. стр. 465 пр. 8, 678 сл.

⁸ Ср. Heusler, ук. соч., стр. 99 сл., (относительно недвижнмостей) стр. 212 (относнт. движнмостей). Ср. также Schröder ук. соч. стр. 286, 292, Gierke, *Deutsches Priv. R.*, II стр. 558.

тельномъ сходствѣ нѣкоторыхъ другихъ, тѣсно связанныхъ съ общнмъ характеромъ права собственности институтовъ матеріальнаго права и процесса. Въ частности, въ этомъ отношеннн ссылаются на два главныхъ момента: во 1-хъ на структуру древней вндикацнн какъ строго двусторонняго иска, и во 2-хъ, на своеобразную постановку въ древнемъ правѣ института отвѣтственности за эвнкцно. — Въ первомъ отношенн Mitteis въ примѣненнн къ римскому праву замѣчаетъ¹: „кто вспомнить, что древннй вндикацноннн процессъ (*legis actio sacramento in rem*) предполагаетъ двустороннюю вндикацно и отнюдь не обезпечиваетъ владѣльцу какъ такому произвольное владѣннн и роль отвѣтчика, тотъ не сможетъ уйти отъ мысли, что при такомъ порядкѣ производства нельзя было настаивать на представленнн доказательствъ абсолютной собственности, такъ какъ иначе создавалось бы безвыходное положенн, разъ ни одна изъ сторонъ не оказалась въ состояннн представить такнн доказательства“. И дальише: „слѣдуетъ также помнить, что не отвѣтчикъ вопрошаетъ истца, на какомъ основаннн тотъ предъявляетъ къ нему вндикацно, а, наоборотъ, истецъ, въ формѣ вопроса: *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*, предлагаетъ отвѣтчику оправдать его контравндикацно: и эта перестановка естественнаго порядка выступленнн сторонъ едва ли не производитъ впечатлѣннн пережитка, сохранившагося отъ такого времени, когда вндикацнонное прнтязанн истца ссылалось не на абстрактную и незримую собственность, а на реальное вторженнн въ прежнюю его правовую сферу. — Что касается второго изъ вышеуказанныхъ двухъ моментовъ, то на него обратнть особое вниманнн Rabel, который отмѣчаетъ, что основная обязанность аucto-г'a — это обязанность взять на себя зацнтн покупчика, причеиъ аuctor по-вндимому (какъ это имѣло мѣсто въ древнемъ германскомъ правѣ), вступалъ въ споръ не въ качествѣ третьяго лица, а непосредственно становился на мѣсто отвѣтчика². Остановившаяся дальише на анализѣ *stipulatio habere licere*, которая дополняетъ обязанность выступнть на зацнтн покупчика обязанностью обезпечнть ему спокойное обладаннн вещью, Rabel указываетъ на то, что эта стипуляцнн встрѣчается въ двухъ редакцннхъ³, болѣе сильной, гласнцей прнмѣрно: *neque per te neque per quemquam omnino fieri, quominus nobis habere liceat*, — и болѣе слабой, сводящейся къ обнцаннн: *per te, (venientesque a te personas), non fieri* или *neque per te neque per heredem tuum fieri quominus mihi (heredique meo) hominem habere liceat*. Чѣмъ объяснить эту вторую редакцно? Въдъ *prima facie*, казалось бы, обязанность правопредшественнннн не вставлять своему правопреемнику палки въ колеса представляеть собою нѣчто само собой разумѣющееся, о чемъ особо условливаться не приходилось. Rabel усматриваетъ въ этомъ лучшее доказательство того, что прнобрѣтенн, основанное на производномъ титулѣ, первоначально сообщало не абсолютное, а лишь относительное право собственности. „Понятнн деривативно прнобрѣтеннаго, со всѣхъ сторонъ неограниченнаго права господства надъ вещью, — говоритъ онъ,⁴ — я склоненъ считать . . . за абстракцно, которая постепенно сложилась на почвѣ признаннн обычаемъ того положенн, которое соз-

¹ Mitteis, *Röm. P. R.*, I, стр. 87.

² ук. соч., стр. 14 сл. Do Rabel'я въ этомъ же смыслѣ высказывался Pflüger въ указанной выше работѣ.

³ ук. соч., стр. 34 сл.

⁴ тамъ же, стр. 55.

дано договорным соглашением, должно быть уважаемо продавцем и защищено им против третьих лиц.¹ — Ближе он представляет себя дѣло так: первоначально в Римѣ при куплѣ — продажѣ на наличный обязательственный элементъ играла господствующую роль, вследствие чего владѣніе и традиція приобретали полную силу только в связи съ сдѣлкой купли (mit dem Kaufgeschäft). В частности, простая традиція съ точки зрѣнія строго формальнаго гражданского права не являлась достаточным моментомъ для укрѣпленія купли продажи на наличныя; для этого существовали только два пути, — манципация и замѣняющая послѣднюю въ этомъ отношеніи въ примѣненіи къ *res nec mancipi stipulatio habere licere*. Въ подтвержденіе того, что стипуляція могла вообще играть роль фактора, съ которымъ связывается переходъ отъ установленія обязательственнаго къ установленію вещнаго права, Rabel ссылается на своеобразный способъ приобретенія сервитутовъ *ractionibus et stipulationibus*.

Въ приведенныхъ разсужденіяхъ Rabel'я наряду съ правильными соображеніями содержится и много спорнаго и даже прямо невѣрнаго. Утвержденіе его, что для укрѣпленія позиціи приобретателя *ex causa emtionis* въ смыслѣ вещно-правовомъ къ моменту традиціи долженъ былъ присоединиться моментъ заключенія *stipulatio habere licere*, чисто апіорное и не подтверждается никакими данными. Ссылка на аналогію, которую якобы можно извлечь изъ существованія института приобретенія сервитутовъ *ractionibus et stipulationibus*, болѣе чѣмъ слаба. Не говоря уже о томъ, что здѣсь сопоставляются институты, возникшіе въ разное время и въ разныхъ мѣстахъ, подъ влияніемъ различныхъ практическихъ потребностей, — нельзя не отмѣтить, что въ послѣднемъ случаѣ стипуляція привходитъ не къ традиціи, а къ неформальному *rustum*, причѣмъ источники мотивируютъ это тѣмъ, *quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset* (I. 20 D. 8, 1, ср. I. 3 § 2 D. 19, 1), т. е. подчеркиваютъ, что стипуляція служитъ суррогатомъ непримѣнимой въ данномъ случаѣ традиціи;² къ тому же, стипуляція, приводящая къ *rustum*, соединяется съ общианіемъ неустойки, тогда какъ стипуляція *habere licere* самимъ Rabel'емъ противопоставляется *stipulatio duplae* при куплѣ-продажѣ. — Съ другой стороны, Rabel весьма мало останавливается на выясненіи истиннаго смысла старинной формулы, касающейся вступленія въ споръ *auctor'a*, редакція которой въ передачѣ Проба гласитъ: *quando in jure te conspicio, postulo anne fuas auctor*, высказываясь лишь противъ предположенія Pflüger'a и другихъ, согласно которому это есть исковая формула, съ которой виндикантъ обращался къ вступающему въ споръ (взамѣнъ первоначальнаго контравиндиканта) *auctor'a*.³ Между тѣмъ, какъ разъ это предположеніе, — весьма важное съ точки зрѣнія защищаемой нашимъ авторомъ гипотезы объ относительномъ характерѣ древнеримскаго права собственности, основаннаго на деривативномъ титулѣ, — представляется весьма правдоподобнымъ. Въ самомъ дѣлѣ: съ одной стороны формула носитъ характеръ провѣрочнаго вопроса, который естественно предлагается именно виндикантомъ лицу, на которое противная сторона указала въ качествѣ *auctor'a*; съ другой стороны, дѣло происходитъ *in jure*, гдѣ вопросы могутъ быть предлагаемы только про-

¹ тамъ же, стр. 58—60.

² *Quasi traditio* или *patientia*, о которой упоминаютъ источники, конечно ничего общаго съ традиціей не имѣетъ. Ср. Dernburg, Pandecten, I⁷ § 251, стр. 611.

³ См. съ одной стороны Rabel, ук. соч., стр. 15, 19, съ другой стороны Pflüger, d. legis actio sacramento, стр. 35 л.

тивнику.¹ Обращеніе, слѣдовательно, направлено къ *auctor'u* какъ участнику въ спорѣ. Этимъ, правда, не предрѣшается еще вопросъ о томъ, въ какой роли послѣдній привлекается, въ качествѣ ли третьяго лица, наряду съ первоначальнымъ контравиндикантомъ, или непосредственно въ качествѣ новой стороны въ дѣлѣ. Однако, въ пользу послѣдняго предположенія говоритъ, какъ правильно указываетъ Pflüger, тотъ фактъ, что Цицеронъ упоминаетъ именно объ *actio in auctorem praesentem* (Cic. pro Caecina 19, 54). Выстѣ съ тѣмъ этотъ выводъ подкрѣпляется какъ тѣмъ общимъ соображеніемъ, что въ древнемъ процессѣ вообще не можетъ быть мѣста столь сложнымъ институтамъ, какъ институтъ вступленія въ дѣло въ качествѣ третьяго лица, — такъ въ особенности и весьма убѣдительно въ данномъ случаѣ ссылкой на аналогію въ лицѣ греческаго и древнегерманскаго права. — Но, конечно, слѣдуетъ думать, что довольно рано и у римлянъ стала допускаться та-же альтернатива, которая встрѣчается и въ греческомъ правѣ,² — именно право контравиндиканта либо отсылать истца къ *auctor'u*, либо брать веденіе дѣла на себя (*αὐτομαχεῖν*), лишь опираясь въ нужномъ случаѣ на своего *auctor'a*. Дальнѣйшій ходъ свелся къ тому, что второй порядокъ постепенно сталъ господствующимъ, а затѣмъ и совсѣмъ вытѣснилъ прежній, — настолько, что даже о самомъ существованіи этого прежняго порядка успѣли забыть.

Мы разсмотрѣли тѣ доводы, которые до настоящаго времени выдвигались въ романистической литературѣ сторонниками того взгляда, что право собственности въ древнемъ Римѣ не сразу приобрѣло тотъ характеръ абсолютнаго, неограниченнаго права господства, который присущъ ему въ классическомъ и юстиниановскомъ правѣ, и что въ частности собственность, покоящаяся на деривативномъ титулѣ, первоначально носила относительный характеръ. Эти доводы несомнѣнно заслуживаютъ полнаго вниманія. Однако, главный, основной и рѣшающій доводъ въ пользу того, что право собственности въ древнемъ Римѣ, притомъ какъ въ отношеніи содержанія представляемыхъ имъ правомочій, такъ и въ отношеніи объема защиты представляло собою не столько относительную, сколько измѣнчивую величину, до сихъ поръ не выдвигался, и по очень простой причинѣ. До настоящаго времени не обращалось вниманія на то, что и древнее римское право исходило первоначально изъ того предположенія, что всѣ отдѣльныя формы имущественнаго обладанія составляютъ простыя разновидности, простыя отбѣнки одного и того-же одинаго права на вещи, — права, характеризуемаго формулою: *meum est*. Разъ же это можно считать установленнымъ, — а мы смѣемъ думать, что предшествующія разсужденія наши непрерываемо установили наличность такой концепціи въ древнемъ римскомъ правѣ,³ — то становится яснымъ, что говорить при такихъ условіяхъ о единомъ по существу, всегда себѣ равномъ понятіи права собственности, въ смыслѣ права абсолютнаго, ничѣмъ не ограниченнаго, никоимъ образомъ не приходится. — Выстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ признать, что теорія объ относительномъ характерѣ древнеримской собственности, какъ она формулируется Mitteis'омъ и другими, вызываетъ рядъ возраженій. Прежде всего, сторонники этой теоріи употребляютъ терминъ „относительная собственность“, *relatives Eigentum* не всегда въ одинаковомъ смыслѣ. Въ однихъ случаяхъ древ-

¹ Ср. Girard, Manuel стр. 1003, 1004 прим. 1.

² Ср. Lipsius, d. attische Recht u. Rechtsverfahren, II 2, стр. 746—747.

³ Ср. Труды русскихъ ученыхъ за границей, т. I. 35—47.

нее право собственности называется относительнымъ въ томъ смыслѣ, что въ виндикаціонномъ процессѣ въ старину побѣждалъ тотъ, кто докажетъ, что на его сторонѣ относительно болѣе сильное, чѣмъ у его противника, право на вещь; въ другихъ случаяхъ это право называется относительнымъ въ томъ смыслѣ, что оно пользуется охраной не противъ всѣхъ и каждаго. Тутъ и тамъ вопросъ ставится, очевидно, въ различныхъ плоскостяхъ: въ первомъ случаѣ двигается процессуальная, во второмъ — материально-правовая сторона вопроса. Второй существенный упрекъ, который можно сдѣлать настоящей теоріи, заключается въ томъ, что она совершенно игнорируетъ тотъ фактъ, что древнеримское право собственности представляется вмѣшчивымъ не только въ смыслѣ объема защиты, но и въ смыслѣ содержания своего. И въ томъ, и въ другомъ отношеніи отдѣльные „оттѣнки“ или разновидности права собственности представляютъ собою зачастую совершенно несоизмѣримыя величины: достаточно сопоставить между собой чисто экспектативное, лишенное всякаго реального содержания право собственности *sui heredes* на семейное имущество при жизни домовладыки, или столь же безсодержательное право *familiae emtor* относительно будущей наследственной массы при жизни завѣщателя съ одной стороны, и право собственности опекуна на имущество подопечнаго, или право собственности фидуціара на фидуцированную вещь съ другой стороны, и въ свою очередь сравнить все эти разновидности права собственности съ правомъ собственности, приобретеннымъ на основаніи обыкновенной, безоговорочной (не фидуціарной) манципаціи или традиціи, или, тѣмъ болѣе, съ правомъ собственности на *bona paterna avitaque*¹, — чтобы убѣдиться въ томъ, какъ велика амплитуда колебаній, съ которой приходится имѣть дѣло въ данномъ случаѣ: она обнимаетъ всевозможные переходы отъ *nudum jus* до *plenum jus*. Основной выводъ, который вытекаетъ отсюда, заключается въ томъ, что центр тяжести вопроса состоитъ не въ относительномъ или абсолютномъ характерѣ защиты древней собственности, а въ измѣнчивости ея. Вытекаетъ съ тѣмъ изъ сказаннаго вытекаетъ еще и второй выводъ, а именно: вопросъ о содержаніи права собственности и объ объемѣ защиты ея въ отношеніи каждой отдѣльной категоріи случаевъ, въ отношеніи каждой разновидности этого права долженъ быть разрѣшенъ особо.

Въ этомъ отношеніи не вызываютъ никакихъ затрудненій какъ тѣ случаи, въ которыхъ имѣется на лицо полное, не ограниченное никакими встрѣчными правами другихъ лицъ право собственности на данную вещь, (напр. вещь перешла въ единоличное обладаніе собственника въ составѣ *bona paterna avitaque*, или въ качествѣ военной добычи, или она приобретена имъ на полномъ правѣ у лица, въ свою очередь имѣвшего полное право на нее и т. д.), — такъ и тѣ случаи, въ которыхъ встрѣчное право представляетъ собою одно только *nudum jus*, лишенное реального содержания, (какъ напр. право собственности *sui heredes* на семейное имущество при жизни *pater familias*, право *familiae emtor* на наследственную массу при жизни завѣщателя, и т. д.). — Трудности представляютъ, наоборотъ, тѣ случаи, въ которыхъ право собственности одного лица на вещь неразрывно связано съ реальными встрѣчными правами на нее другихъ лицъ, какъ это въ частности имѣетъ мѣсто въ отношеніяхъ опеку-

¹ Какое значеніе придавалось послѣднимъ, явствуетъ изъ того, что отчужденіе ихъ долгое время осуждалось и влекло за собою *notam censoriam*, ср. Quint S. O. VI, 3, 44: *tunc paterna emancipare praedia turpius habebatur*: Karlowa, ур. соч. II, стр. 304.

новъ и опекаемыхъ, поскольку рѣчь идетъ объ имуществѣ послѣднихъ, а также въ отношеніяхъ между фидуціантомъ и фидуціаромъ, поскольку рѣчь идетъ о фидуцированной вещи. Изъ этихъ двухъ послѣднихъ комбинацій первая была уже разсмотрѣна выше. Остается вторая. Частично, — именно поскольку въ связи съ нею между заинтересованными лицами возникали делактные личные иски, — *actio ex causa depositi in duplum* и *actio furti ex furto usus*, — о ней тоже уже было говорено. Въ настоящее время рѣчь идетъ о томъ, допускался ли древнимъ правомъ въ случаяхъ фидуціарнаго отчужденія виндикаціонный искъ въ лицѣ фидуціанта, и если да, то противъ кого.

4) Поставленный вопросъ необходимо расчленивъ; во 1-хъ: могъ ли виндикаціонный искъ быть предъявленъ *inter partes*? во 2-хъ: могъ ли онъ быть предъявленъ фидуціантомъ противъ третьихъ лицъ, къ которымъ фидуцированная вещь перешла отъ фидуціара?

а) Что касается, прежде всего, вопроса, о возможности предъявленія виндикаціоннаго иска *inter partes*, и въ частности со стороны фидуціанта къ фидуціару, то слѣдуетъ замѣтить, что этотъ вопросъ приобретаетъ практическое значеніе главнымъ образомъ въ примѣненіи къ случаямъ *fiducia cum creditore*, такъ какъ въ этихъ случаяхъ оказывалась непримѣнимой *actio ex causa depositi in duplum*, которая возникала при *fiducia cum amico* въ случаяхъ невозвращенія фидуцированной вещи. Прежде всего, ясно одно: изъ того факта, что для случаевъ *fiducia cum creditore* не былъ созданъ корреспондирующий только что названной *actio* личный штрафной искъ, никакъ нельзя вывести заключеніе, что фидуціантъ до введенія *actio fiduciae* оставался совершенно незащитнымъ въ случаѣ невозвращенія фидуцированной вещи несмотрѣ на уплату долга. Правда, на первый взглядъ можетъ показаться, что онъ и не нуждался въ особомъ искѣ, такъ какъ онъ имѣлъ возможность добиться возврата вещи безъ доведенія дѣла до суда, предлагая уплату долга лишь подъ условіемъ одновременнаго возвращенія фидуцированной вещи. Нельзя, однако, не замѣтить, что при такихъ условіяхъ возвратъ вещи, служащей обезпеченіемъ долга, уже всецѣло зависѣлъ бы отъ усмотрѣнія кредитора. Это далеко не всегда могло устроить должника, въ особенности, если стоимость фидуцированной вещи значительно превышала сумму долга. Вытекаетъ съ тѣмъ, это не соответствовало и взгляду на взаимныя отношенія сторонъ римскаго оборота, лучшимъ доказательствомъ чего служить широко распространенная еще въ позднѣйшее время, — вплоть до имперіи, (когда право фидуціанта на вещь давно успѣло превратиться изъ встрѣчнаго вещнаго права собственности, конкурирующаго съ однороднымъ правомъ собственности на нее фидуціара, въ простое личное требованіе о возвратѣ въ подлежащихъ случаяхъ фидуцированной вещи на основаніи *actio fiduciae*), — практика заключенія особыхъ *pacta de vendendo* и *leges commissoriae*: первое обезпечивало за фидуціаромъ право продажи заложенной вещи въ случаѣ неуплаты долга въ срокъ, а вторая предоставляла ему право при тѣхъ же условіяхъ оставить вещь окончательно за собою¹. Насколько важное значеніе придавалось притомъ указаннымъ дополнительнымъ соглашеніямъ и въ част-

¹ Ср. объ этомъ Dernburg, d. Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts, т. I стр. 19 сл.

ности *actum de vendendo*, явствует из того, что лишь в императорском периоде право продажи фидуциарной вещи в случае неуплаты долга в срок было признано за кредитором и при отсутствии особого *actum de vendendo*.¹ — Выводить это ограничение свободы действия фидуциара из начала *bona fides*, определявшего взаимные отношения между фидуциаром и фидуциантом по *actio fiduciae*, никак нельзя: *bona fides* сама по себе требует только, чтобы единственный (в формальном смысле) собственник, каковым несомненно с точки зрения позднейшего римского права являлся только фидуциар, не злоупотреблял своим формальным правом и не продавал фидуциарной вещи до наступления срока обеспеченному ею долгу; но из этого начала отнюдь не вытекает, чтобы он не мог иметь этого права и после истечения этого срока и наступления просрочки в уплате, раз не был особый договор на этот случай, т. е. *actum de non vendendo*. Между тем, все это объясняется как нельзя лучше, раз признать, что указанное ограничение права продажи вытекало в старину из встречного права собственности фидуцианта, — реальные следы которого нам удалось подметить и в других отношениях, о чем было упомянуто выше.² Но раз это встречное право существовало и имело реальное содержание, в чем же оно могло и должно было проявляться в случае коллизии между фидуциаром и фидуциантом? Ответ напрашивается сам собою: в том, в чем подобная коллизия проявлялась и в других случаях, в которых мы встречаемся с такими же однородными реальными встречными правами, т. е. в предъявлении иска, защищающего вообще всякое реальное право собственности, впрочем, все имевшие реальное значение отдачи этого права. Таким иском является старинная виндикация, на которую противная сторона отвечала в подлежащих случаях контрвиндикацией. Иск этот практически отпадал лишь в том случае, если наряду с ним успел сложиться личный штрафной иск, частью направленный на *rei persecutionem*, частью на уплату штрафа, как это имело место в отношении *fiducia cum amico* в лице неоднократно упоминавшейся *actio ex causa depositi*.

Итак, мы приходим к выводу, что в отношениях между фидуциаром и фидуциантом, вытекавших *ex causa crediti*, в лице фидуцианта против фидуциара возникала *rei vindicatio*, раз долг был погашен, (причем безразлично, был ли он погашен в срок или уже после того, что фидуциант оказался *in mora*), и раз фидуциар, продолжающий владеть фидуциарной вещью, не возвращал ее.

б) Переходим ко второму вопросу: могла ли быть предъявлена в подлежащих случаях виндикация не только *inter partes*, но и против третьих лиц, к которым вещь *ex titulo derivativo singulari* перешла от фидуциара? Самостоятельная постановка этого вопроса до настоящего времени естественно никому не могла приходиться в голову, так как отсутствовало правильное представление об истинном характере древнеримской собственности как о величине изменчивой. С нашей точки зрения мы должны будем сказать: а priori одинаково возможен и утвердительный, и отрицательный ответ на этот вопрос. Все зависит от анализа конкрет-

¹ Там же, стр. 22.

² см. Труды русск. уч. загранич., т. I, стр. 40.

ного материала, которым мы располагаем в этом отношении. Аналогия других правовых систем и в частности германского права с его принципом *Hand wahre Hand*, (применимым впрочем только в отношении движимостей), показывают, что не только логически мыслим, но и практически встречается такой правовой строй, при котором виндикационный иск допускается *inter partes*, но отпадает в отношении третьих лиц, приобретших спорную вещь у того, к кому она поступила с вѣдома и согласия прежнего собственника, причем первоначально не требуется даже со стороны этих третьих приобретателей *bona fides*. Отрицать а limine возможность аналогичных явлений в древнеримском праве после всего сказанного выше очевидно не приходится.

Что касается положительного материала, которым мы располагаем в данном случае, то он сводится к следующему. Начать с того, что никаких прямых указаний на возможность предъявления виндикации со стороны фидуцианта против сингулярных правопреемников фидуциара в источниках не имеется. Вывести такую возможность из того факта, что фидуциар не должен был продавать фидуциарной вещи помимо особого *actum de vendendo*, (каковое входило в подлежащих случаях в *actum fiduciae* в качестве составной части последнего), — нельзя. Ибо насколько существование этого *actum* ценно для обоснования того положения, что фидуциант в старину и после мандипации или *in iure cessio* вещи сохранял относительно нея самостоятельное вещное право, однородное с встречным правом фидуциара, а вместе с тем и право предъявления виндикации против последнего, продающего владеть вещью после прекращения соответствующего обязательственного отношения, — настолько мало оно в состоянии служить доказательством того, что продажа, совершенная вопреки отсутствия подобного дополнительного соглашения, являлась не только актом злоупотребления доверием *perfidia*, в отношении непосредственного контрагента — фидуцианта, но что такая продажа не влекла за собою нормальных последствий всякой продажи, совершенной собственником. В последнем моменте центр тяжести. В самом деле, вѣдь факт оставался налицо, — отчуждение было произведено не вором, не *fur*, и не лицом, автор которого не обладал правом собственности на нее, а именно лицом, право которого основывалось на праве прежнего собственника, возникло с согласия последнего и было однородно с ним по существу, т. е. тоже представляло собою одну из разновидностей единого общего права господства. Вместе с тем, в древнем праве не существовало общего правила, что при наличии нескольких встречных прав относительно одной и той же вещи, возникших на почве отсутствия дифференциации отдельных форм обладания, отчуждение вещи возможно только в форме совместного акта или с вѣдома и согласия всех подлежащих лиц. Так, напр., сила акта отчуждения, совершенного *paterfamilias* или завѣщателем по мандипационному завѣщанию, отнюдь не зависело от участия или хотя бы согласия *sui* — в первом случае, *familiae emptor* — во втором. Вообще, Рим был чужд *Beispruchsrecht* ближайших родственников или наследников при отчуждении недвижимостей, — момент, который (наряду с моментом публичности), сыграл главную роль в германском праве в

¹ См. Heusler, ук. соч., II, стр. 214.

дѣлѣ ограниченія принципа *Hand wahre Hand* случаями отчужденія движимыхъ вещей. Съ другой стороны, тамъ, гдѣ требовалось совмѣстное участіе конкурирующихъ собственниковъ въ актахъ отчужденія, (отчасти и приобрѣтенія), какъ это имѣло мѣсто въ подлежащихъ случаяхъ въ отношеніяхъ по опекамъ, необходимость совмѣстнаго выступленія особо оговаривалась. Такимъ образомъ, съ формальной стороны препятствій къ признанію нормальной силы за актами отчужденія, совершенными фидуціаромъ хотя бы и вопреки *bona fides*, — несмотря на наличие встрѣчнаго вещнаго права фидуціанта, — не было; въ результатѣ встрѣчное вещное право фидуціанта въ случаѣ такого отчужденія прекращалось.

Этотъ результатъ былъ достигнутъ, конечно, не только на почвѣ однихъ формальныхъ соображеній: здѣсь сыграла роль и борьба весьма реальныхъ интересовъ. Носителями противоположныхъ интересовъ въ данномъ случаѣ явились: съ одной стороны — третьи приобрѣтатели и ихъ аuctores — фидуціары, съ другой стороны — первоначальные собственники, фидуціанты. Въ этой борьбѣ взяли верхъ третьи приобрѣтатели, что достойно вниманія, такъ какъ объ огражденіи ихъ интересовъ при столкновеніи съ интересами собственника, римское право, какъ извѣстно, въ общемъ заботилось далеко не въ достаточной мѣрѣ. Если они въ данномъ случаѣ побѣдили, то этотъ благоприятный съ ихъ точки зрѣнія результатъ объясняется прежде всего тѣмъ, что въ данномъ случаѣ реальный моментъ подкрѣплялся моментомъ формальнымъ: въ ихъ рукахъ оказался тотъ огромный козырь, что они приобрѣли вещь, на которую притязалъ фидуціантъ, — пусть у прокураторнаго, но все же у признаннаго собственника ея — фидуціара, съ которымъ обладателю встрѣчнаго права, фидуціанту, и предоставлялось вѣдаться.

Нужны ли еще дальнѣйшія доказательства? Если да, то ихъ можно найти въ нѣсколькихъ направленіяхъ. Во 1-хъ, все вышесказанное подтверждается структурой личнаго иска, *actio fiduciae*, который явился сначала наряду съ виндикаціей противъ фидуціара, а засимъ вытѣснилъ ее, а вмѣстѣ съ тѣмъ — въ области отношеній по *fiducia cum amico*, и древній штрафной искъ, *actio ex causa depositi*. *Actio fiduciae* всецѣло построенъ на томъ предположеніи, что фидуціаръ, не исполнившій *ex fide bona* своихъ обязанностей по отношенію къ фидуціанту и въ частности лишившій его возможности обратнаго полученія фидуціарованной вещи, допустилъ *perfidiam*. Какъ послѣдствіе такого *per fide agere* является инфамирующий характеръ иска.¹ — Второе соображеніе сводится къ слѣдующему. Если бы фидуціантъ, въ силу своего права собственности на фидуціарованную вещь, въ случаѣ погашенія долга (при *fiducia cum creditore*), или наступленія соответствующаго срока и т. д. (при *fiducia cum amico*) могъ бы первоначально предъявить *rei vindicatio* противъ третьихъ приобрѣтателей, то нужно было бы по меньшей мѣрѣ ожидать, что въ интересахъ этихъ приобрѣтателей были бы созданы какіе нибудь коррективы хотя бы въ смыслѣ ускореннаго и облегченнаго приобрѣтенія по давности вещей, перешедшихъ къ нимъ какъ ни какъ отъ лица, которому эти вещи были мандицированы въ свое время самимъ виндикантомъ, и которое формально тоже считалось собственникомъ, — подобно тому, какъ это было сдѣлано: косвенно — для лицъ, приобрѣтшихъ фидуціарованную вещь у фидуціанта до ре-

мандицианіи ея послѣднему, благодаря введенію *usureceptio ex fiducia*, и непосредственно — для лицъ, приобрѣтшихъ отъ *femina sui juris rem mancipi sine tutoris auctoritate*, на основаніи т. н. *usucapio ex Rutiliana constitutione* (Vat. fr., 1). Полное молчаніе источниковъ въ этомъ отношеніи болѣе чѣмъ краснорѣчиво свидѣтельствуетъ о томъ, что самаго вопроса о необходимости specialнаго огражденія интересовъ третьихъ приобрѣтателей въ данномъ случаѣ не возникло. — Наконецъ, нельзя не обратить вниманіе на общее направленіе, въ которомъ въ дальнѣйшемъ пошло какъ развитіе системы реальныхъ договоровъ *commodati, depositi* и *pignoris* вообще, такъ развитіе дополнительныхъ формъ залога — *pignus, hypotheca*, въ частности: послѣднія построены именно на сознаніи необходимости въ созданіи такихъ формъ, которыя гарантировали бы должнику возможность обратнаго полученія заложенной вещи по уплатѣ долга не только въ отношеніи кредитора, но и въ отношеніи третьихъ приобрѣтателей. Это предполагаетъ, что *fiducia* не удовлетворяла указанной потребности. И такъ, нашъ конечный выводъ сводится къ тому, что въ случаѣ фидуціарнаго отчужденія фидуціантъ сохранялъ относительное право собственности: онъ могъ предъявлять виндикацію противъ фидуціара, если тотъ не возвращалъ ему вещи несмотря на наступленіе соответствующаго срока или условія, но не могъ предъявлять этого иска противъ третьихъ приобрѣтателей, приобрѣтшихъ вещь у фидуціара.

Особенность римскаго права по сравненію съ древнимъ германскимъ правомъ въ данномъ отношеніи заключается въ томъ, что ограниченіе виндикаціоннаго иска касалось не только движимыхъ, но и недвижимыхъ вещей, уступленныхъ *fidi fiduciae causa*. — Главной причиной этого отличія является несомнѣнно отсутствіе въ Римѣ того *Weispruchsrecht*, того права участія и контроля въ отношеніи формальнаго отчужденія недвижимостей, которымъ въ широкой степени пользовались въ древнегерманскомъ правѣ ближайшіе родственники и наслѣдники. — Не слѣдуетъ, однако, преувеличивать практическое значеніе этого различія. Прежде всего, случаи *fiducia cum amico* въ примѣненіи къ недвижимости едва ли могли играть сколько нибудь замѣтную роль: формой, замѣнявшей эту разновидность *fiduciae*, служило предоставленіе участка въ прекарное пользованіе, каковое представляетъ собою первый примѣръ начинающейся дифференціаціи формъ обладанія: нѣчто подобное, кстати сказать, встрѣчается и въ древнемъ германскомъ правѣ, — въ видѣ т. н. *Bodenleihe*¹. — Такимъ образомъ серьезное значеніе въ отношеніи недвижимостей имѣла только *fiducia cum creditore*. Но какъ разъ соответствующія ей формы *Kauf auf Wiederkauf* и *Satzung*, притомъ съ однороднымъ юридическимъ эффектомъ, встрѣчались, какъ выше было отмѣчено, и въ германскомъ правѣ.

5) Намъ остается разсмотрѣть еще одинъ вопросъ. Онъ сводится къ слѣдующему.

Распространялся ли изложенный порядокъ и на тѣ случаи, въ которыхъ вещь была передана другому лицу съ соответствующими оговорками на основаніи простой, неформальной традиціи? Вопросъ этотъ принадлежитъ къ числу наитруднѣйшихъ, и едва ли не приходится практиковать въ этомъ отношеніи *artem nesciendi*. Вѣдь мы даже не знаемъ, допускались ли вообще,

¹ Ср. Ihering, *Schuldmoment*, I. c., стр. 187.

¹ Ср. Gierke, *Deutsch. Priv. Recht*, II, стр. 353.

— и если да, то въ какой формѣ, — соответствующія оговорки при традициі; столь же мало мы знаемъ, когда возникло дѣленіе вещей на *res mancipi* и *res nec mancipi* и каковъ былъ первоначальный его смыслъ. Несомнѣнно одно: кругъ этихъ вещей не оставался неизмѣннымъ; мы имѣемъ, напротивъ, прямые указанія на то, что онъ еще въ сравнительно позднее время подвергался измѣненіямъ, что по этому вопросу существовалъ споръ еще въ началѣ имперіи между сабинианцами и прокулеанцами². Съ другой стороны, взвѣшивание мѣди, этотъ центральный моментъ при *negotia per aes et libram*! — до появления чеканной монеты вызывалось необходимостью, независимо отъ характера отчуждаемыхъ вещей. Вѣрнѣе всего, что первоначально вообще не существовало формального различія между *res mancipi* и *res nec mancipi*, что кругъ примѣненія мандипациі съ одной стороны и традиціи съ другой стороны опредѣлялся чисто фактическими признаками: прибѣгать къ сложному обряду, когда рѣчь шла о малоцѣнныхъ предметахъ потребления, не имѣло смысла, или обрядъ въ этихъ случаяхъ соблюдался лишь частично, напр. мѣдь взвѣшивалась, но остальные формальности, въ частности присутствие пяти свидѣтелей, отпадали. Весьма скоро подъ вліяніемъ практическихъ потребностей, на которыхъ намъ сейчасъ нѣтъ надобности останавливаться, выдвинулся извѣстный болѣе тѣсный кругъ вещей, въ отношеніи которыхъ соблюденіе мандипационнаго обряда начало считаться формально обязательнымъ³, тогда какъ въ отношеніи остальныхъ онъ сохранилъ факультативное значеніе. Съ тѣхъ поръ установилось формальное различіе между *res mancipi* и *res nec mancipi*. Выбѣтъ съ тѣмъ, вопросъ о томъ, какія вещи должны быть отнесены къ числу *res mancipi*, съ этого времени получилъ важное практическое значеніе; естественно, что на этой почвѣ сталкивались различные интересы и что кругъ *res mancipi* не сразу окончательно консолидировался. Послѣдовалъ ли послѣ этого еще одинъ дальнѣйшій шагъ въ смыслѣ признанія того, что *res nec mancipi* даже факультативно не могутъ быть приобретаемы *per mancipationem*, — что для нихъ остается открытой только традиція и *in jure cessio*, (примѣнимая и къ *res mancipi*), — это предметъ спора. Господствующее мнѣніе, которое вообще игнорируетъ весь вышезложенный процессъ развитія, только и признаетъ послѣднюю комбинацію: для него *mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi* (Ulp. XIX § 3) и больше ничего. Другіе, и въ первую голову Voigt, напротивъ, считаютъ, что допущеніе этой послѣдней комбинаціи основано на недоразумѣніи, и что факультативно мандипациа всегда осталась примѣнимой къ *res nec mancipi*¹. — Какъ бы тамъ ни было, достаточно допустить, что въ древнемъ правѣ наряду съ *in jure cessio* существовала возможность факультативной мандипациа *res nec mancipi*, — для того, чтобы усумниться въ томъ, могла ли при такихъ условіяхъ ощущаться реальная потребность въ использованіи традиціи для фидуціарныхъ цѣлей, неформальный характеръ которой въ этомъ отношеніи, при отсутствіи диффе-

² Ср. по всему этому вопросу Karlowa, ук. соч., II, стр. 354 сл.; Voigt, Röm. Rechtsgeschichte, I, стр. 428 сл.; Sohm, Institutionen¹⁹, стр. 41, 369 сл.

³ Согласно господствующему взгляду, это были вещи, сугубо важныя съ точки зрѣнія древняго крестьянскаго хозяйства: земля и главныя орудія древняго сельскохозяйственнаго производства — рабы и вьючный скотъ. Наряду съ этимъ моментомъ вѣроятно играла роль и другой моментъ, — тенденція сдѣлать обладаніе этими объектъ привилегіей однихъ римскихъ гражданъ, съ устраненіемъ peregrinorum.

¹ Voigt, d. XII Tafeln, II, стр. 129, прим. 7 ср. Rabel ук. соч., стр. 59.

ренцированныхъ формъ обладанія и соответствующей системѣ самостоятельныхъ договорныхъ отношеній, даже въ чисто техническомъ отношеніи создавалъ серьезныя затрудненія въ смыслѣ трудности доказать, въ случаѣ спора, наличіе тѣхъ или иныхъ оговорокъ при неформальной передачѣ вещи. Ввиду сказаннаго мы полагаемъ, что на поставленный вопросъ слѣдуетъ дать отрицательный отвѣтъ. Но конечно, все это остается въ области гипотезъ: сколько нибудь полная увѣренность въ данномъ вопросѣ, по крайней мѣрѣ въ настоящее время, представляется недостижимой.

§ 4

Мы подходимъ къ концу нашего анализа моментовъ, опредѣлявшихъ общую структуру имущественныхъ отношеній въ древнемъ правѣ. Прежде, однако, чѣмъ подводить итоги, намъ необходимо коснуться еще одной стороны интересующей насъ проблемы. До сихъ поръ, говоря о притязаніяхъ, возникающихъ противъ третьихъ лицъ, мы имѣли въ виду то положеніе вещей, которое создавалось на почвѣ прекращенія на будущее время взаимныхъ встрѣчныхъ отношеній между опекунами и опекаемыми, фидуціантомъ и фидуціаромъ, и т. д. Остается выяснить, какъ вопросъ объ этихъ притязаніяхъ ставился въ теченіе того времени, пока соответствующія взаимоотношенія между участниками продолжали быть на лицо, т. е. пока продолжалась опека, пока длились отношенія по *fiducia*, и т. д. Въ частности, спрашивается: кто, въ случаѣ нарушенія третьими лицами соответствующихъ правъ, путемъ незаконнаго захвата подлежащихъ вещей, порчи или уничтоженія ихъ и т. д., имѣлъ право иска противъ нарушителя, а въ подлежащихъ случаяхъ и противъ дальнѣйшихъ лицъ, къ которымъ эти вещи могли перейти? 1) Обращаясь къ разрѣшенію этого вопроса, мы естественно оставляемъ въ сторонѣ чисто экспектативныя права *sui heredes* и *familiae emptor*, которыя, какъ неоднократно уже было замѣчено, представляютъ собою въ полномъ смыслѣ слова *nudum jus*. 2) Что касается отношеній по опека, то протче всего рисуются отношенія по *tutela mulierum*: всякое *lege agere*, всякое вступленіе въ процессъ, требовало въ древнемъ правѣ совмѣстныхъ дѣйствій женщины и опекуна ея, который долженъ былъ *auctoritatem interponere* (Ulp. XI, 27). 3) Сложнѣе положеніе дѣлъ при *tutela impuberum*. *Infans* вообще не могъ выступать на судѣ, *impubes infantia* major нуждался въ *tutoris auctoritas* (I 1 § 2 D. de adm. et per. 26, 7), а слѣдовательно вопросъ о самостоятельномъ правѣ защиты ихъ противъ третьихъ лицъ во время существованія опеки не возникалъ. Что касается самихъ опекуновъ, то они издревле имѣли право предъявленія исковъ противъ третьихъ лицъ по поводу опекунскихъ дѣлъ. Вопросъ можетъ идти лишь о томъ, дѣйствовали ли они въ такихъ случаяхъ въ древнемъ правѣ *suo nomine*, опираясь на свое (встрѣчно по отношенію къ подопечнымъ) право собственности на подлежащее имущество, или же *nomine tutorio*, въ качествѣ законныхъ представителей опекаемыхъ. Римское преданіе гласило, что они выступали *alieno nomine*, ср. *pr. I. de his, per quos IV, 10, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela*. Это сообщеніе до настоящаго времени принималось на вѣру. Мы думаемъ, однако, что оно представляетъ собою лишь позднѣйшую стилизацію соответствующихъ отношеній, объясняемую кореннымъ измѣненіемъ, которому подверглось юридическое положеніе опекуна, и что первоначально опекуны выступали на

судъ suo nomine. Въ пользу этого можно привести цѣлый рядъ соображений. Прежде всего, необходимо имѣть въ виду общій строй древняго процесса, рассчитаннаго лишь на самыя элементарныя отношенія: съ этой точки зрѣнія и институтъ процессуальнаго представительства, неизбежно предполагающій наличие цѣлаго ряда довольно сложныхъ техническихъ предпосылокъ, совершенно не согласуется съ примитивной структурой легисакціоннаго производства, каковой, наоборотъ, вполне соответствуетъ старинное правило: *nemo alieno nomine agere potest*. Далѣе, нельзя не обратить вниманія на своеобразный характеръ тѣхъ трехъ *exsertae causae*, которыя указываются въ институцияхъ Юстиниана въ качествѣ изъятій изъ только что приведеннаго общаго начала: случаи *agere pro populo, pro libertate, pro tutela*. — Что касается выступлений отдѣльныхъ частныхъ лицъ *pro populo*, то они сравнительно поздняго происхожденія, и къ тому же обнимаютъ весьма разнообразные случаи, въ которыхъ переплетаются элементы гражданскаго и уголовнаго (аккумуляціоннаго) процесса, вслѣдствіе чего они мало пригодны для освѣщенія интересующей насъ въ настоящее время проблемы. Въ частности, мы встрѣчаемся здѣсь съ указаніями двоякаго рода. Съ одной стороны, изъ источниковъ явствуетъ, что даже въ чисто уголовныхъ дѣлахъ инициаторъ дѣла — обвинитель выступалъ формально отъ собственного имени, а не какъ представитель народа; такъ, текстъ заявленія по обвиненію въ прелюбодѣянствѣ, по словамъ Павла (l. 3 pr. D. de accus. 48₂) гласилъ: *libellorum inscriptionis conscriptio talis est: consul et dies. Apud illum praetorem vel proconsulem L. Titius professus est se Meviam lege Julia de adulteriis ream deferre, quod dicas eam cum C. Sejo in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse*. Съ другой стороны, въ отношеніи *interdictum quod vi aut clam*, которое могло быть предъявлено въ качествѣ *interdictum populare* всякимъ по поводу незаконнаго возведенія какихъ либо сооружений въ предѣлахъ *locus publicus*, тотъ же Павелъ (l. 8 § 3 D. de op. novi nunt. 39, 1) говорилъ: *quodsi nuntiavero tibi, ne quid contra leges in loco publico facias, promittere debes, quoniam de eo opere alieno jure contendo, non meo, et tanquam alieni juris petitor repromissione contentus esse debeo*. При такихъ условіяхъ и принимая во вниманіе, что оба показанія относятся къ весьма позднему времени, мы должны признать, что сами по себѣ они мало даютъ по вопросу о порядкѣ, въ которомъ совершалось выступленіе *pro populo* въ древнемъ правѣ. Все же нельзя признать въ достаточной мѣрѣ симптоматичнымъ тотъ фактъ, что даже въ столь позднее время встрѣчались случаи выступленій *pro populo* отъ собственного имени; это само по себѣ даетъ уже извѣстное основаніе считать, — въ особенности въ связи съ тѣмъ, что намъ извѣстно о структурѣ древняго процесса, — что такіе случаи первоначально должны были составлять общее правило, и что противоположный порядокъ сталъ устанавливаться лишь постепенно; въ частности, въ отношеніи *actiones populares* цивильно-правового типа на измѣненіе первоначальной практики могло оказать влияние то обстоятельство, что въ цѣломъ рядѣ случаевъ съ интересомъ общимъ конкурировалъ интересъ частный: въ такихъ случаяхъ *actio popularis* пріобрѣтала субсидіарный характеръ, что должно было отразиться на процессуальной формулировкѣ этихъ исковъ въ смыслѣ необходимости болѣе точнаго указанія роли, въ которой выступалъ истецъ; толчокъ же, разданный въ этомъ отношеніи, могъ со временемъ привести вообще къ замѣнѣ

прежняго порядка выступленій новымъ¹. — Переходя къ выступленіямъ *pro libertate* слѣдуетъ замѣтить, что они встрѣчались въ двухъ формахъ: данное лицо выступаетъ въ однихъ случаяхъ замѣня истца въ роли *adsertor in libertatem* при *vindicatio in libertatem*, въ другихъ случаяхъ замѣня отвѣтчика, въ роли *vindex* при *legis actio per manus injectionem*². Въ обоихъ случаяхъ онъ дѣйствовалъ *suo nomine*, какъ это прямо засвидѣтельствовано Гаемъ относительно *vindex* (Gaj IV, 21): *vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat*, и какъ это вытекаетъ изъ существа дѣла въ отношеніи *adsertor in libertatem*, который очевидно не могъ формально выступать отъ имени лица, о свободѣ котораго шелъ споръ и которое само даже не могло выступать на судѣ. Нечего доказывать, насколько важное значеніе имѣетъ это прямое свидѣтельство источниковъ, подтверждающихъ правильность нашей гипотезы. — И такъ, въ отношеніи выступленій *pro populo* существуетъ значительная степень вѣроятности въ пользу того, что всѣ они первоначально совершались отъ собственного имени; въ отношеніи выступленій *pro libertate* это вѣдѣ сомнѣній. Въ связи съ этимъ позволительно будетъ указать на тѣ данныя, которыя свидѣлствуютъ, что и выступленіе *auctora* по иску объ эвикціи въ древнемъ правѣ также совершалось *suo nomine*, а не въ сложной формѣ вступленія въ дѣло въ качествѣ посторонняго лица³. — Если прибавить ко всему сказанному, что опекуны, выступая на судѣ въ защиту имущества, которое опекалъ, обладалъ самостоятельнымъ, однороднымъ съ правомъ собственности опекаемаго, правомъ на это имущество, то едва ли можетъ остаться какое нибудь сомнѣніе по вопросу о томъ, что онъ дѣйствовалъ въ этихъ случаяхъ именно *suo nomine*. То обстоятельство, что юристъ Марціанъ говоритъ о томъ, что *tutoribus pupilli nomine... agere posse* (l. 30 § 1 d. de inoff test 5, 2), конечно никоимъ образомъ неспособно опровергнуть правильности нашего вывода, такъ какъ это утвержденіе относится опять таки къ столь позднему времени, когда юридическое положеніе опекуновъ самымъ полнымъ образомъ измѣнилось. — Сказанное объ опекунахъ относится *mutatis mutandis* и къ древнему агнатическому куратору.

4) Что касается, наконецъ, случаевъ фидуціарнаго отчужденія, то поставленный нами вопросъ разрѣшается сравнительно просто. Разъ фидуціантъ не могъ предъявлять виндикаціоннаго иска противъ третьихъ пріобрѣтателей даже послѣ наступленія обстоятельствъ, влекущихъ за собою прекращеніе фидуціарныхъ отношеній на будущее время, то тѣмъ менѣе конечно можетъ быть рѣчь объ этомъ за тотъ періодъ времени, пока эти отношенія оставались въ силѣ. Вѣдь за это время фидуціантъ въ матеріально-правовомъ смыслѣ не имѣлъ права предъявлять виндикацію и противъ фидуціара, и по очень простой причинѣ: виндикація направлена на возвратъ фидуціарной вещи, — возврата же нельзя было требовать, пока фидуціарныя отношенія не прекратились. По той же причинѣ нельзя было предъявлять въ теченіе указаннаго времени и личный штрафной искъ, — *actio ex causa depositi*. Въ видахъ восполненія получающагося на этой почвѣ пробѣла очевидно и была выдвинута въ свое время теорія о *furtum usus* и о возможности предъявленія въ подлежащихъ

¹ Ср. по этому вопросу Voigt, Röm. Rechtsgeschichte, I § 29, стр. 327 сл., особенно стр. 330 прим. 8.

² Ср. Voigt, a XII Tafeln, I, стр. 575.

³ См. выше, стр. 50.

случаяхъ особо квалифицированной *actio furti*; этотъ искъ, — (до введенія *actio fiduciae*, на основаніи которой весь вопросъ о взаимныхъ отношеніяхъ *inter partes* былъ поставленъ въ болѣе широкомъ масштабѣ)¹, — предусматривалъ въ частности случаи нарушенія интересовъ фидуціанта, связанные, въ противоположность незаконному присвоенію вещи, съ неправильнымъ пользованіемъ ею, пока длится отношенія по *fiducia*, чѣмъ и объясняется тотъ фактъ, что по иску отвѣчалъ конкурентъ фидуціанта по праву собственности на нее, — фидуціаръ. Подъ понятіе *furtum usus* легко могъ быть подведенъ и фактъ предоставленія вещи третьему лицу, ибо съ такимъ же основаніемъ, съ какимъ республиканскіе юристы говорили о *furtum usus*, если заинтересованное лицо *jumentum aliorum duxerat quam quo utendum acceperat*, или если оно *longius produxerat, quam in quem locum petierat*, и т. д., они могли говорить о томъ же, если возможность *usus* предоставлялась фидуціаромъ — вопреки уговору — третьему лицу. Отъ этого конечно личный характеръ иска не мѣнялся. Въ результатѣ мы приходимъ къ выводу, что никакихъ притязаній къ третьимъ лицамъ, ни вещныхъ, ни личныхъ, фидуціантъ не имѣлъ. Всѣ притязанія противъ третьихъ лицъ, независимо отъ почвы, на которой они возникали, принадлежали исключительно фидуціару. Дальнѣйшій ходъ событій, связанный съ созданіемъ *actio fiduciae*, въ этомъ отношеніи лишь закрѣпилъ позицію, созданную древнимъ правомъ.

§ 5

Намъ остается подвести итоги.

Д) Картина древнеримской системы имущественныхъ отношеній, которая вырисовывается на почвѣ сопоставленія всѣхъ приведенныхъ нами данныхъ, значительно разнится отъ общепринятой схемы.

Мы видѣли, что древнеримское право, — слѣдуя въ этомъ отношеніи примѣру ряда другихъ правовыхъ системъ, изученныхъ въ соответствующемъ отношеніи, — не знаетъ того рѣзкаго противоположенія формъ полного и неполнаго имущественнаго обладанія, съ которымъ мы встрѣчаемся въ классическомъ правѣ. Отдѣльныя формы обладанія, встрѣчавшіяся въ жизни, рассматривались какъ отгѣнки единаго общаго права господства, права собственности, составляли разные моменты основнаго понятія *meum esse*, въ подлежащихъ случаяхъ сосуществовавшіе другъ съ другомъ, взаимно дополнявшіе и ограничивавшіе другъ друга. Въ результатѣ въ такихъ случаяхъ получалась какая то своеобразная форма совокупной собственности съ измѣчивымъ содержаніемъ, состоящая изъ однородныхъ встрѣчныхъ правъ и не подходящая ни подъ *condominium plurium in solidum*, ни подъ *condominium pro partibus indivisis*. Эта своеобразная форма собственности, весьма напоминающая соответствующія формы, встрѣчающіяся въ древнемъ германскомъ и отчасти еще въ современномъ англійскомъ правѣ, возникала частью *ipso jure*, силою закона или вѣрнѣе обычая, на почвѣ особыхъ отношеній семейно-имущественнаго права, частью — въ связи съ зарожденіемъ и постепеннымъ ростомъ общаго оборота, — на почвѣ сдѣлокъ оборота, которая частью являлись сдѣлками на наличныя, (какъ первоначальная манципация), частью сдѣлками кредитными, въ смыслѣ сдѣлокъ, направленныхъ на возвратъ полученнаго по истеченіи извѣстнаго срока, наступленіи извѣстныхъ обстоятельствъ и т. п. (какъ фидуціарная манципация и заемъ въ формѣ *pecunia*).

¹ Ср. Oertmann, ук. соч., стр. 176 сл.

По содержанію своему, иначе говоря, по объему правомочій, предоставляемыхъ ими, возникавшіе на указанной почвѣ отдѣльные отгѣнки права собственности отличались крайнимъ разнообразіемъ. Въ частности, съ этой точки зрѣнія можно различать три главныя группы: 1) полную, неограниченную никакими встрѣчными правами собственность, (прототипъ: собственность дѣеспособнаго *paterfamilias*, не имѣющаго *sui heredes*); 2) *nudum jus* въ чистомъ видѣ, лишенную всякаго реального содержанія, чисто экспективную собственность, (прототипъ — собственность *sui heredes* при жизни *paterfamilias*), которой соответствуетъ вполнѣ реальная, фактически свободная встрѣчная собственность противной стороны, (въ приведенномъ случаѣ — собственность *paterfamilias*, имѣющаго *sui heredes*); 3) ограниченную реальными встрѣчными правами собственность, (прототипъ — взаимныя отношенія опекуновъ и опекаемыхъ, кураторовъ и курандовъ, съ одной стороны, фидуціантовъ и фидуціаровъ съ другой стороны).

Эта измѣчивость содержанія древнеримскаго права собственности, эта его способность включать въ себя разные отгѣнки, по существу своему представляють собою простое отраженіе одного изъ характернѣйшихъ фактовъ, свойственныхъ вообще раннимъ ступенямъ социальной и въ частности хозяйственной жизни, каковымъ является отсутствіе на первыхъ порахъ потребности въ рѣзко дифференцированныхъ формахъ обладанія, а въ дальнѣйшемъ, — по пробужденіи этой потребности, — техническое неумѣніе справиться сразу съ новыми задачами, выдвигаемыми жизнью, иначе какъ путемъ приспособленія къ нимъ привычныхъ уже формъ и представленій.

II. Мы идемъ дальше. Разнообразію отдѣльныхъ отгѣнковъ права собственности въ отношеніи содержанія соответствовало такое же разнообразіе его въ отношеніи объема судебной защиты. Въ этомъ смыслѣ тоже можно различать три группы случаевъ: 1) случаи, когда собственность пользуется абсолютной защитой въ томъ смыслѣ, что она охраняется не только *inter partes*, т. е. противъ лицъ, непосредственно нарушившихъ права собственника, но и противъ третьихъ лицъ, къ которымъ спорный объектъ въ дальнѣйшемъ перешелъ; 2) случаи, когда собственность не пользуется никакой защитой; 3) случаи, когда собственность пользуется только относительной защитой въ томъ смыслѣ, что она ограждается только *inter partes*, но собственникъ теряетъ право иска въ случаѣ дальнѣйшаго перехода спорнаго объекта изъ рукъ того, къ кому онъ непосредственно поступилъ, въ руки третьихъ лицъ. Это дѣленіе права собственности въ зависимости отъ различія въ объемѣ защиты не совпадаетъ съ дѣленіемъ его въ зависимости отъ различія по содержанію. И это потому, что различіе въ объемѣ защиты зависитъ не только отъ общаго характера даннаго вида права собственности, но и отъ специфическаго характера нарушенія его. — Исключеніе составляетъ лишь средняя группа: чисто экспективные права собственности, лишенные реального содержанія, лишены и самостоятельной судебной защиты, пока они сохраняютъ свой характеръ *nudum jus*.

Для надлежащаго освѣщенія всего этого вопроса его необходимо связать съ вопросомъ о моментахъ, повліявшихъ на выработку системы вещныхъ и личныхъ исковъ.

Въ этомъ отношеніи необходимо прежде всего имѣть въ виду, что въ древнемъ правѣ всякое право на вещь, представляя собою тотъ или иной от-

тѣнокъ права собственности, являлось правомъ вещнымъ, а не личнымъ. Уже одно это обстоятельство должно было придать своеобразный характеръ всей системѣ вещныхъ и личныхъ исковъ.

Далѣе, необходимо имѣть въ виду, что самое противоположеніе между вещными и личными исками возникло первоначально на почвѣ деликтной, причемъ два момента сыграли рѣшающую роль: съ одной стороны различіе въ характерѣ главныхъ имущественныхъ деликтовъ, которые подраздѣлялись на двѣ основныя группы случаевъ, условно обнимаемыхъ нами терминами *furtum* и *damnum injuria datum*¹, съ другой стороны различіе въ характерѣ объектовъ, являющихся предметами имущественныхъ правонарушеній, въ составѣ которыхъ въ свою очередь нужно различать двѣ группы: вещи индивидуальныя, замѣнимыя, и вещи индивидуальныя, замѣнимыя. Въ группу вещныхъ исковъ входили иски, возникавшіе по поводу незаконнаго присвоенія незамѣнимыхъ вещей, — притомъ безотносительно къ тому, являлись ли означенные иски штрафными (какъ *actio furti*) или реинтерсекторными (какъ виндикація); къ группѣ личныхъ исковъ отошли съ одной стороны иски, возникавшіе по поводу поврежденія и уничтоженія чужихъ вещей, съ другой стороны, — иски, возникавшіе по поводу незаконнаго присвоенія замѣнимыхъ вещей.

Разъ возникши, различіе между вещными и личными исками естественно должно было проявляться и въ тѣхъ случаяхъ, когда конфликты возникали не на чисто деликтной почвѣ между собственникомъ и посторонними лицами, а между собственниками, обладающими подлежащими встрѣчными правами собственности по отношенію къ даннымъ объектамъ, связанными съ семейнымъ характеромъ древняго имущества. Подобнаго рода конфликты могли возникать до и во всякомъ случаѣ независимо отъ конфликтовъ, порождаемыхъ оборотомъ: сюда относятся конфликты между *paterfamilias* и *sui heredes*, между опекунами и опекаемыми, между *curator*омъ и курандомъ. Означенные конфликты не всегда, по чисто формальнымъ основаніямъ, доходили до суда, а часто рѣшались внѣсудебнымъ, домашнимъ порядкомъ, какъ конфликты между *paterfamilias* и *sui heredes*, когда напр. подвластный сынъ не выдавалъ или не возвращалъ какой нибудь полученной отъ *paterfamilias* вещи. Но тамъ, гдѣ эти дѣла доходили до суда, напр. когда опекунъ малолѣтняго по окончаніи опеки не возвращалъ вещей, входящихъ въ составъ имущества, надъ которымъ была учреждена опека, соответствующіе конфликты приводили частью къ предьявленію реинтерсекторнаго вещнаго иска — виндикаціи, частью къ созданію особыхъ личныхъ исковъ штрафнаго типа, (какъ напр. *actio de rationibus distrahendis*).

Новая почва для конфликтовъ создалась въ связи съ появленіемъ сдѣлокъ оборота. Съ одной стороны появились конфликты, связанные съ невыполненіемъ тѣхъ обязанностей, которыя стороны, — и въ частности сторона, въ реальное обладаніе которой поступилъ данный объектъ, — приняли на себя открыто или молчаливо въ результатъ вступленія въ данную сдѣлку; съ другой стороны, стали возможны конфликты на той почвѣ, что вещь, сначала отошедшая отъ собственника ея на почвѣ деликта, въ дальнѣйшемъ переходила къ третьимъ лицамъ въ порядкѣ нормальнаго отчужденія. — Въ связи съ

¹ См. объ этомъ Труды русск. учен. загр. т. I, стр. 56 сл.

этими возникъ вопросъ о созданіи новыхъ личныхъ исковъ и о дальнѣйшемъ расширеніи въ подлежащихъ случаяхъ сферы дѣйствія вещныхъ исковъ и въ частности реинтерсекторнаго вещнаго иска — виндикаціи.

Что касается перваго пункта — появленія новыхъ личныхъ исковъ, — то мы будемъ очень коротки и ограничимся лишь указаніемъ на *actio auctoritatis*, *actio de modo agri*, *actio furti ex furto usus*; всѣ эти иски носятъ штрафной характеръ.

Что же касается расширенія сферы дѣйствія виндикаціи, то здѣсь работали довольно своеобразныя правила. Необходимо различать въ этомъ отношеніи три категоріи случаевъ. Перечень ихъ даетъ вмѣстѣ съ тѣмъ отвѣтъ на вопросъ о томъ, когда защита собственности носила абсолютный, и когда только относительный характеръ.

а) Къ первой группѣ принадлежатъ тѣ случаи, въ которыхъ вещь первоначально выбыла изъ владѣнія собственника помимо его воли, на основаніи деликта. Въ такомъ случаѣ собственникъ имѣетъ право виндипировать ее у всякаго третьяго лица, независимо отъ того, какимъ путемъ она къ нему дошла, (на основаніи ли новаго деликта или на основаніи нормальнаго акта отчужденія), и независимо отъ того, черезъ сколько рукъ она успѣла пройти. Иными словами, право первоначальнаго собственника здѣсь является болѣе сильнымъ, чѣмъ право третьяго приобретателя, опирающагося, непосредственно или черезъ посредство третьихъ лицъ, на *auctor*а деликвента.

б) Ко второй группѣ относится тѣ случаи, когда вещь была первоначально отчуждена лицомъ, хотя и имѣвшимъ (конкурирующее съ встрѣчнымъ правомъ другого лица) право собственности на вещь, но вмѣстѣ съ тѣмъ не имѣвшимъ самостоятельнаго права отчужденія ея; сюда относится, напр., случай отчужденія вещи пушиломъ *sine tutoris auctoritate*, или отчужденіе вещи опекуномъ безъ участія опекаемаго, (пока опекуну право самостоятельнаго отчужденія еще не было предоставлено); сюда же относится случай отчужденія вещи фидуціантомъ (до истеченія срока *usureceptio ex fiducia*). Въ такомъ случаѣ встрѣчный (по отношенію къ отчуждателю) собственникъ имѣетъ право (въ частности, если это опекаемый, то *finita tutela*, если опекунъ — *durante tutela*) виндипировать вещь какъ у перваго приобретателя, такъ и у всякаго третьяго лица, къ которому вещь въ дальнѣйшемъ перешла.

в) Наконецъ, къ третьей группѣ относятся случаи, когда вещь была первоначально отчуждена лицомъ, которое имѣло самостоятельное право отчужденія ея, хотя бы съ его правомъ на вещь конкурировало чье нибудь встрѣчное право; сюда относится, не говоря о *paterfamilias* въ отношеніи *sui heredes* и о завѣщателѣ въ отношеніи *familiae emptor*, фидуціаръ въ отношеніи фидуціанта. Въ такомъ случаѣ встрѣчный по отношенію къ отчуждателю собственникъ либо вовсе не пользовался запитой, (разъ его собственность имѣла чисто экспектативный характеръ), либо онъ могъ предьявить виндикацію только противъ отчуждателя, (пока тотъ продолжалъ владѣть вещью по прекращеніи соответствующаго отношенія), но во всякомъ случаѣ онъ не могъ ее предьявлять противъ третьихъ приобретателей: таково именно положеніе фидуціанта. — Приведенныя правила можно свести къ слѣдующимъ двумъ простымъ положеніямъ: 1) въ случаѣ незаконнаго захвата вещи противъ воли собственника, на основаніи деликта, собственникъ пользуется абсолютной защитой въ смыслѣ

права предъявления виндикации противъ всякого, у кого вещь окажется; 2) въ случаѣ установленія на вещь — *ipso jure* или по соглашенію съ даннымъ собственникомъ ея — встрѣчнаго права собственности другого лица, первоначальный собственникъ, отъ котораго вещь перешла въ реальное обладаніе встрѣчнаго собственника, пользуется только относительной защитой въ томъ смыслѣ, что онъ сохраняетъ въ подлежащихъ случаяхъ право предъявленія виндикаціи противъ встрѣчнаго собственника, но не можетъ предъявлять этого иска къ третьимъ лицамъ, къ которымъ вещь перешла отъ встрѣчнаго собственника, если только для дальнѣйшаго перехода соответствующихъ вещей не требовалось совмѣстнаго акта обоихъ собственниковъ — первоначального и встрѣчнаго.

Этимъ окончательно опредѣляется сфера примѣненія вещныхъ притязаній въ древнемъ правѣ.

Что касается личныхъ исковъ, то они, на основаніи всего вышесказаннаго, въ древнемъ правѣ всѣ носятъ штрафной характеръ, и возникаютъ: 1) на чисто деликтной почвѣ, поскольку рѣчь идетъ либо о штрафѣ за уничтоженіе и поврежденіе чужихъ вещей, либо о возвратѣ въ соответственнo увеличенномъ размѣрѣ незаконно присвоенныхъ чужихъ вещей, индивидуальнo-нераспознаваемыхъ; 2) на почвѣ невыполненія обязанностей, лежащихъ на той или другой сторонѣ либо въ силу возникшихъ между ними *ipso jure* встрѣчныхъ правъ собственности, либо въ силу особыхъ условій, открыто или молчаливо вытекающихъ изъ факта вступленія въ данную сдѣлку. Въ этомъ отношеніи тоже необходимо различать двѣ категоріи случаевъ: съ одной стороны сюда относятся невыполненіе обязанностей, непосредственно не связанныхъ съ вопросомъ о возвратѣ вещи, (случаи, обнимаемые *actio auctoritatis, actio de modo agri, a. furti ex furto usus*); съ другой стороны, сюда относятся невыполненіе обязанностей, связанныхъ съ возвратомъ полученнаго, (случаи, обнимаемые *actio de rationibus distrahendis, actio ex causa depositi*), въ каковыхъ случаяхъ личные иски эвентуально конкурируютъ съ виндикаціей; 3) на почвѣ обязательствъ, приводящихъ къ возникшимъ ранѣе отношеніямъ, что имѣло мѣсто въ особенности во время процесса, путемъ привлеченія заложниковъ или поручителей въ обезпеченіе исполненія принимаемыхъ стороною на себя процессуальныхъ обязательствъ по своевременной явкѣ, по уплатѣ композиции взаменъ отказа противной стороны отъ права таліона и т. д.

III) Сопоставляя изложенную нами схему съ схемой древнегерманскаго права, нельзя не констатировать поразительнаго сходства въ концепціи обѣихъ правовыхъ системъ. Достаточно привести нѣсколько цитатъ изъ Институцій Германскаго Права Heusler'a, — который самъ въ этомъ отношеніи исходитъ изъ традиціоннаго представленія о рѣзкомъ различіи точекъ зрѣнія римскаго и германскаго права, — чтобы убѣдиться въ правильности сказаннаго.

Вотъ что Heusler говоритъ по поводу различія между вещными и личными правами¹: „мы не можемъ отказать германскому праву въ томъ, что ему знакомо противоположеніе вещныхъ и личныхъ (обязательственныхъ) правъ, а должны, напротивъ, признать, что это различіе прямо таки лежитъ въ основѣ всей его системы имущественныхъ правъ. Слѣдуетъ, однако, сказать, что

¹ ук. соч., I, стр. 377.

распредѣленіе отдѣльныхъ правъ по этимъ двумъ рубрикамъ не вполне совпадаетъ съ соответствующей группировкой римскаго права“. Нѣсколько ниже онъ замѣчаетъ²: „прежде всего, и это составляетъ главную особенность, во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ вещь подлежитъ реальному воздѣйствію другого лица, право послѣдняго вещное“. И дальнѣе³: „фактическое господство надъ вещами именуется... *Gewehre*; она принадлежитъ всякому, кто обладаетъ вещью для себя и для своей пользы, и кто въ силу своего обладанія ею въ состояніи независимо отъ чужой воли проявить свое господство въ соответствующихъ своихъ дѣйствіяхъ“. Наоборотъ „вторую разновидность права образуютъ тѣ права, содержаніе которыхъ исчерпывается дѣйствіями или пассивнымъ состояніемъ другого лица, гдѣ слѣдовательно нѣтъ объекта, который могъ бы быть подчиненъ длительному господству, *Gewehre*. Это ничто иное какъ личные, (обязательственные) права.“⁴

Переходя дальнѣе къ противоположенію между вещными и личными исками, Heusler исходитъ изъ положенія, еще до него формулированнаго *Land'om* и *Plank'om*, что необходимо различать двѣ основныя группы исковъ — *Klagen auf Gut* и *Klagen um Schuld*, т. е., иски о возвратѣ имущественныхъ благъ и иски объ исполненіи долга.⁵ Первые соответствуютъ вещнымъ искамъ, а вторые — личнымъ. Вотъ какъ онъ обосновываетъ это утвержденіе.⁶ „Исковыя формулы франкскаго времени распадаются на два типа... Типомъ *Klage auf Gut* служитъ формула: *malo ordine possides*; типомъ *Klage um Schuld* — формула: *vadia dedisti de solvendo mihi decem solidos; occidisti fratrem meum* и т. д. (смотри по роду факта, обосновывающаго притязаніе). Въ первомъ случаѣ основаніемъ иска всегда является только неправомѣрное владѣніе...; во второмъ случаѣ основаніемъ иска служитъ личная обязанность къ доставленію чего либо (*persönliche Verpflichtung zu einer Leistung*).“ Въ частности, поясняетъ Heusler,⁶ „искъ съ формулой *malo ordine possides* примѣняется: 1) во всѣхъ тѣхъ многочисленныхъ случаяхъ, когда истецъ утверждаетъ, что вещь противъ его воли выбыла изъ его владѣнія, что одинаково примѣнимо какъ къ недвижимостямъ, такъ и къ движимостямъ. Кто имѣетъ въ своей *Gewehre* насильственно отнятый у истца участокъ или украденную у него или потерянную имъ движимую вещь, владѣетъ *malo ordine*... 2) Когда истецъ требуетъ возврата вещи, которую онъ самъ (или его правопреемникъ) отдалъ во временное пользованіе, въ залогъ и т. п. Это примѣнимо какъ къ недвижимостямъ, такъ и къ движимостямъ, ... но съ тѣмъ различіемъ, что въ отношеніи движимаго имущества искъ можетъ быть направленъ только противъ самаго довѣреннаго лица, но не противъ третьяго владѣльца, ... въ отношеніи же недвижимостей и противъ всякаго третьяго лица, независимо отъ титула, на которомъ оно владѣетъ вещью“. Въ противоположность указаннымъ случаямъ, говоритъ дальнѣе Heusler,⁷ „формула *malo ordine possides* не примѣ-

¹ тамъ же, стр. 376.

² тамъ же, стр. 377.

³ тамъ же, стр. 378.

⁴ тамъ же, стр. 387.

⁵ тамъ же, стр. 388.

⁶ тамъ же, стр. 389.

⁷ тамъ же, стр. 390.

няется: 1) въ тѣхъ случаяхъ, понятно, когда требуется уплата денежнаго долга или причиненнаго деликтомъ убытка... 2)... искъ покупателя противъ продавца о доставленіи купленной вещи не является ни въ отношеніи недвижимостей, ни въ отношеніи движимостей искомъ съ формулой *malò ordine possideo*, а искомъ (съ формулой) *dare debes*. — Отмѣтивъ заснмъ, что основное противоположеніе искомъ *auf Gut* и искомъ *im Schuld* проявляется въ процессуальномъ отношеніи въ смыслѣ различія въ способахъ защиты отвѣтчика, который при искахъ перваго рода можетъ ограничиваться простымъ отрицаніемъ и очиститься присягой,¹ — Heusler заканчиваетъ свои разсужденія слѣдующимъ образомъ²: „изъ сказаннаго само собою вытекаетъ тотъ выводъ, что въ противоположеніи искомъ *auf Gut* — искомъ *im Schuld* дѣйствительно содержится противоположеніе между вещными и личными исками; оно проявляется не только формально самымъ опредѣленнымъ образомъ въ исковой формулѣ: *malò ordine possides* и *conventasti mecum, dare debes*, но оно сказывается и матеріально въ различіи процессуальной постановки: тамъ отстаивается собственное право на вещь, здѣсь имѣется утвержденіе о несуществованіи долговаго обязательства. При всѣхъ искахъ о возвратѣ имущественныхъ благъ имѣется въ виду вещное, при всѣхъ искахъ объ исполненіи долга обязательственное правоотношеніе.“

И такъ, въ конечномъ выводѣ оказывается, что въ древнегерманскомъ правѣ, какъ и въ древнеримскомъ, нѣтъ дифференцированныхъ формъ имущественнаго обладанія: всѣ они разсматриваются какъ разнообразныя отбѣнки единаго права господства: въ связи съ этимъ всякое право на вещь, открывающее возможность реального воздѣйствія на нее, является вещнымъ правомъ; по объему защиты это вещное право носить въ однихъ случаяхъ абсолютный, въ другихъ — относительный характеръ, причемъ случаи того и другого рода въ общемъ въ обѣихъ правовыхъ системахъ совпадаютъ, если не считать того, что принципъ *Hand wahre Hand* въ германскомъ правѣ не распространяется на недвижимости; однако, и это различіе, какъ выше было показано, не имѣло большаго практическаго значенія.

Всѣ эти совпаденія нельзя конечно объяснять одною игрою случая или простымъ заимствованіемъ, которое въ данномъ случаѣ, къ тому же, безусловно исключается. Причина сходства обѣихъ правовыхъ системъ на первыхъ стадіяхъ развитія той и другой кроется въ извѣстныхъ общихъ свойствахъ всякаго первобытнаго права, которое и по существу выдвигаемыхъ передъ нимъ задачъ, и по условіямъ правовой техники стоитъ всюду на приблизительно одинаковомъ уровнѣ, что неизбежно отражается на общей структурѣ правовыхъ институтовъ и непосредственно проявляется въ сходствѣ элементарныхъ формъ и приемовъ обработки правового матеріала.

Римское право не составляетъ въ этомъ отношеніи, какъ мы видѣли, исключеніе отъ общаго правила и подчиняется общимъ законамъ хозяйственнаго развитія и правовой техники. Въ соответствіи съ этимъ первоначальный обликъ римскаго имущественнаго права далеко не тотъ, какимъ мы привыкли представлять его себѣ, исходя изъ представлений о немъ, заимствованныхъ изъ классическаго римскаго права.

(Окончаніе слѣдуетъ.)

¹ тамъ же, стр. 391.

² тамъ же, стр. 393.

О преодолѣніи зла

(Къ систематикѣ общественныхъ явленій и къ теоріи идеала.)

Григорія Ландау

I. Культура, какъ система преодоленія зла

§ 1. Въ пониманіи социальнаго процесса будемъ исходить, какъ изъ основнаго, изъ общаго факта бѣдствій и трудностей, въ которыя погружено человѣческое существованіе. Незачѣмъ этому общему факту придавать абсолютно исчерпывающаго значенія. Пусть не всегда и не всѣмъ тягостно; конечно, не всегда и не всѣ несчастны и страдаютъ. Бываютъ возрастные періоды, когда полнота силъ и непочатость надеждъ перевѣшиваетъ тяготы; быть можетъ, бываютъ историческіе періоды, когда положительная окраска перевѣшиваетъ отрицательную. Тѣмъ не менѣе едва ли возможно отрицать — какъ положеніе, если и не общее, то во всякомъ случаѣ, частное — наличность широчайшихъ по объему охваченныхъ лицъ и по времени, и величайшихъ по интенсивности человѣческихъ бѣдствій.

Для уясненія вспомнимъ нѣкоторыя черты человѣческаго бытія. Крайнюю небезопасность и бѣдственность физическаго бытія человѣка на тысячелѣтнемъ протяженіи его первобытнаго существованія; небезопасность отъ голода, холода, дикихъ звѣрей, отъ себѣ подобныхъ, отъ болѣзней, отъ всѣхъ страховъ дикарскаго и полудикарскаго существованія. Сравнительной длительности подобной стадіи въ жизни человѣчества уже самой по себѣ достаточно, чтобы оправдать законность разсмотрѣнія ея, какъ нѣкоего основополагающаго факта человѣческаго бытія. Присоединимъ сюда бѣдственное положеніе низшихъ угнетенныхъ слоевъ и группъ даже и въ обществахъ, давно вышедшихъ изъ первобытной безпомощности. Присоединимъ сюда затрудненія и давленія болѣе духовнаго порядка, которыя, быть можетъ, съ особенной силой даютъ себя знать именно тогда, когда затихаютъ бѣдствія элементарныя. Можно было бы изъ органическаго строенія человѣка и его духовности вывести неудовлетворимость и страданія неотъемлемо ему присущія. Ограничусь еще только намекомъ на два неизмѣнныхъ источника глубочайшихъ неизбывныхъ страданій — смерть и необратимость теченія жизни. Этими замѣчаніями я нисколько не хочу установить пессимистическаго пониманія жизни въ отличіе отъ оптимистическаго. Пусть въ синтезѣ со страданіями переживаются и великія радости, освѣщающія и въ нѣкоторомъ смыслѣ снимающія ихъ. Пусть возможно поправіе бѣдствій; но и этимъ утверждается бѣдствіе попираемое. Какія бы проблемы ни ставило человѣческое горе, оно прежде всего ставитъ

Исторія русского коллизіоннаго права¹

Бар. Б. Э. Нольде

Профессора Петроградскаго университета,
Члена Постоянной Палаты Третьякаго Суда въ Гаагѣ

1. Коллизіонныя нормы — правила, разрѣшающія столкновѣніа разномѣстныхъ гражданскихъ законодательствъ, — имѣютъ въ Россіи двойное происхожденіе. Съ одной стороны, наше гражданское законодательство, никогда систематически не задававшееся задачей кодификаціи права о коллизіахъ, все же по временамъ затрогивало эти проблемы и постепенно, какъ бы эпизодически, создало довольно длинный рядъ опредѣленій, которыя, благодаря консервативнымъ эффектамъ Свода Законовъ, тщательно въ немъ сохранялись, несмотря на разновременность своего происхожденія и свою внутреннюю несогласованность. Съ другой стороны, практика кассационнаго Сената освѣтила рядъ нормъ, частью опиравшихся на законодательныя опредѣленія, частью совершенно отъ нихъ не зависѣвшихъ, которыя покрыли пробѣлы закона и позволяютъ говорить о существованіи въ Россіи самостоятельной системы международнаго частнаго права, формально покоящейся частью на законодательныхъ велѣніяхъ, частью же на судебныхъ преюдиціяхъ.

Въ свою очередь законодательныя велѣнія по вопросамъ коллизіоннымъ, разбѣяныя во многихъ частяхъ Свода и восходящія къ узаконеніямъ разныхъ эпохъ, начиная съ 30-хъ годовъ прошлаго вѣка, были созданы подъ вліяніемъ двухъ разныхъ факторовъ: съ одной стороны, возникала потребность разрѣшать вопросы, выдвигавшіеся судебной практикой старыхъ годовъ, а съ другой, при систематическомъ изложеніи отдѣльныхъ крупныхъ частей русскаго законодательства, интересы полноты изложенія приводили къ усвоенію содержавшихся въ чужихъ образцахъ правилъ, посвященныхъ конфликтамъ. Иногда результаты обоихъ процессовъ созданія конфликтныхъ нормъ въ русскомъ правѣ сходились въ томъ смыслѣ, что вытекшая изъ вопросовъ практики наличная норма коллизіоннаго права служила толчкомъ къ перенесенію съ запада, при составленіи новыхъ кодексовъ, обобщенныхъ выраженій той же нормы.

Первый законъ, затронувшій въ Россіи конфликтные вопросы, относится къ 1817 г. До того, насколько можно судить по отрывочнымъ указаніямъ стараго законодательства, предполагалась подвѣдомственность иностранцевъ

¹ Часть содержанія настоящей статьи была отпечатана мной въ работѣ: Международное частное право въ Уставѣ Гражданскаго Судопроизводства, которая должна была войти въ сборникъ статей въ честь А. С. Посникова; сборникъ до выхода въ свѣтъ погибъ въ 1917 г.; сохранились лишь авторскіе оттиски отдѣльныхъ статей.

русскому закону. Уже Уложеніе царя Алексѣя Михайловича прямымъ постановленіемъ подчиняло „пріѣзжихъ иноземцевъ и всякихъ прибыльныхъ людей, которые въ Московскомъ государствѣ будутъ“ русскому суду, а эта подсудность, повидимому, предполагала въ то время примѣненіе и русскаго закона (X, I). Рядъ указовъ 18-го и начала 19-го вѣковъ свидѣтельствуютъ, что подчиненіе иностранцевъ русскому закону провести въ жизнь было не такъ легко. Петровскій указъ Августа 1703 г. (П. С., З. 1941) настойчиво призывалъ ихъ „не писать между собою всякихъ крѣпостей своими руками, мимо подъячихъ палатки крѣпостныхъ дѣлъ“; другой указъ того же Петра 10 Марта 1709 г. „заказываетъ накрѣпко, дабы иноземцы — часто обращавшіеся къ пасторамъ — духовныхъ и никакихъ крѣпостей не у крѣпостныхъ дѣлъ не писали“ (П. С. З. 2226)¹; что уклоненіе отъ подчиненія русскому закону существовало и гораздо позднѣе, видно изъ указа 13 Марта 1803 г. гдѣ по поводу уголовной подсудности крымскихъ татаръ, сославшихся на свое турецкое подданство, пришлось напоминать, что „по принятому во всѣхъ европейскихъ государствахъ правилу, всѣ иностранцы подвергаются дѣйствію законовъ той страны, гдѣ они жительство имѣютъ“; приведенныя слова этого указа формулировали начало примѣненія къ иностранцамъ русскаго права несравненно лучше, чѣмъ во всемъ остальномъ дословномъ законодательствѣ и, мы увидимъ, лучше, чѣмъ въ самомъ сводѣ (П. С. З., 20. 663). Наблюдалось и другое явленіе — уклоненіе иностранцевъ отъ примѣненія русскихъ законовъ путемъ обращенія по всѣмъ своимъ гражданскимъ дѣламъ къ дипломатическому вмѣшательству своихъ посланниковъ; сенатъ рекомендовалъ судамъ во избѣжаніе такихъ обращеній вести дѣла иностранцевъ „безъ всякой проволочки на ряду съ прочими частными людьми“ (П. С. З., 20. 524, ук. 24 Нолб. 1802 г.).

Въ свою очередь, международныхъ договоровъ, которые содержали бы начала частнаго международнаго права, въ 18-мъ столѣтіи и первой половинѣ 19-го Россіей не заключалось. Договоры о коммерціи и дружбѣ ограничивались или общей ссылкой на покровительство мѣстнаго права, или прямо провозглашали начало дѣйствія мѣстнаго права въ отношеніи отдѣльныхъ институтовъ, напр. наслѣдованія. Примѣромъ вторыхъ можетъ служить договоръ съ Австріей 1785 г., гдѣ въ ст. 26 было сказано, что наслѣдство обоюдныхъ подданныхъ доходитъ къ наслѣдникамъ „по законамъ и уставамъ земскимъ“.

Несмотря на многообразіе мѣстныхъ гражданскихъ правъ въ предѣлахъ Россіи, конфликты ихъ равнымъ образомъ не возникали. Законодательство ихъ не предусматривало до конца 30-хъ годовъ 19-го столѣтія, а судебная практика, примѣрно до того-же времени, стояла на точкѣ зрѣнія исключительности дѣйствія закона суда въ каждой мѣстности съ самостоятельнымъ гражданскимъ правомъ. Я не нахожу въ обнародованныхъ довольно многочисленныхъ по

¹ То же правило принято регламентомъ Коммерцъ Коллегіи 3 Марта 1719 г. (П. С. З., 3318), ст. 25, подчинившимъ иностранныхъ купцовъ суду этой коллегіи, и подтверждено послѣдующими указами 1720 и 1732 гг. (П. С. З. 3696 и 5987). Впрочемъ, Петръ Великій былъ иногда чуждъ яснаго сознанія принципиальной необходимости примѣненія русскаго права къ иностранцамъ. Приглашая манифестомъ 16 Апрѣля 1702 г. иностранцевъ на русскую службу, онъ обѣщалъ чинить имъ правосудіе „во первыхъ по законамъ Божескимъ, а потомъ по Римскому гражданскому праву и другимъ народнымъ обычаямъ.“ П. С. З., 1910.

примѣненію мѣстныхъ правъ судебныхъ рѣшеніяхъ сената и государственнаго совѣта до судебной реформы 1864 г. провозглашенія въ прямой и сознательной формѣ начала, что всякій судъ примѣняетъ свое матеріальное гражданское право, но ни въ одномъ изъ нихъ тогдашнимъ высшимъ судебнымъ мѣстамъ не приходило въ голову мысль, что судъ западнаго края, судъ прибалтійскихъ губерній, Бессарабіи, Грузія можетъ примѣнять что-либо иное, кромѣ Литовскаго Статута, остзейскихъ законовъ, законовъ Арменочуло и Донича, законовъ Вахтанга.¹

Первый слѣдъ конфликтныхъ правилъ въ русскомъ законодательствѣ появляется въ Уставѣ Государственной комиссіи погашенія долговъ 16 Апрѣля 1817 г. (И. С. З., 26. 791), въ случайной, лишенной всякаго принципиальнаго значенія, связи съ крупной реформой въ исторіи русскаго государственнаго долга, осуществленной въ этомъ Уставѣ. Уставъ имѣлъ въ виду привлечь иностранцевъ къ кредитованію Россіи: онъ ихъ приглашалъ участвовать „въ составѣ“ безсрочнаго долга, обѣщая непрерывный доходъ „и въ мирное время, и въ военное время безо всякаго различія, къ дружественной ли, или непріязненной націи принадлежить вкладчикъ“ (§§ 21 и 22). Въ числѣ льготъ для иностранцевъ Уставъ намѣчалъ и слѣдующее: „Въ случаѣ смерти иностраннаго вкладчика безъ завѣщанія, безсрочный долгъ имѣеть принадлежать его наслѣдникамъ по порядку и правамъ наслѣдія той націи, къ которой онъ принадлежалъ“ (§ 23). Такимъ образомъ въ первый разъ устанавливалось, что въ Россіи къ иностранцамъ можетъ примѣняться иное право, нежели мѣстное, и принималось начало дѣйствія, въ довольно узкихъ, конечно, предѣлахъ, національнаго закона въ вопросахъ наслѣдованія.

Второе, появившееся въ русскомъ правѣ, конфликтное правило есть старинное западно европейское начало *locus regit actum*. Въ 1831 г. оно было принято для завѣщаній, совершаемыхъ русскими подданными за границею, а въ 1832 г. для заграничныхъ актовъ вообще. Тѣ два закона, въ которыхъ правило о формѣ актовъ нашло себѣ выраженіе, относятся къ одному и тому же типу законодательныхъ памятниковъ, являвшихся косвеннымъ отраженіемъ кодификаціонныхъ работъ Сперанскаго. Какъ извѣстно, при работѣ Свода Законовъ, Сперанскаго не покидала мысль о замѣнѣ стараго, помѣщавшагося имъ въ сводѣ, законодательнаго матеріала новымъ, мысль о „преобразовательныхъ уложеніяхъ“, по его выраженію. Намѣреніе это въ полнотѣ не осуществилось, но оставило слѣды, прежде всего, на методѣ обработки стараго законодательства въ кодификаціонныхъ цѣляхъ, а затѣмъ и въ томъ, что параллельно съ разработкой Свода Сперанскій велъ и законодательныя работы чистаго типа, имѣвшія цѣлью восполненіе слишкомъ ясныхъ пробѣловъ стараго права, работы, которыя почти прямо съ законодательнаго станка попадали въ сводѣ. Таково происхожденіе Положенія о духовныхъ завѣщаніяхъ 1 Октября 1831 г. (И. С. З., 4844) и Устава судопроизводства коммерческихъ судовъ 14 Мая 1832 г. (И. С. З., 5360). Въ первомъ заключался § 47, освящавшій правило *locus regit actum* для завѣщаній русскяхъ за границей, а во второмъ — § 223, примѣнявшій его къ обряду совершенія заграничей актовъ вообще.

¹ Старая судебная практика въ „Архивѣ Государственнаго Совѣта“, III, 2 (1878), 1—422, Сборникъ выс. угл. мѣстной государственнаго совѣта по гражданскимъ дѣламъ, I—II, (1867) и Сборникъ рѣшеній Правительствующаго Сената, I, II, 1—2, 3—4, 1864—1866.

Уже М. М. Винаверъ замѣтилъ, что разсматриваемому типу законодательныхъ актовъ эпохи составленія свода свойственны заимствованія изъ западнаго права. „Не находя никакого матеріала въ законахъ или находя лишь матеріаль негодный, пишетъ М. М. Винаверъ, опасаясь вмѣстѣ съ тѣмъ слишкомъ много переписывать изъ иностранныхъ кодексовъ, Сперанскій прибѣгалъ къ слѣдующему приему. Въ теченіе 7 лѣтъ составленія свода была издана цѣлая рядъ законовъ, охватывающихъ весьма крупныя отдѣлы гражданского права... Законы эти издавались по всей вѣроятности по почину Сперанскаго и, во всякомъ случаѣ, по его непосредственнымъ указаніямъ. такъ какъ онъ былъ предсѣдателемъ всѣхъ комитетовъ, назначаемыхъ для ихъ составленія. Эти то законы не только копировались съ иностранныхъ образцовъ, но въ нихъ вводились еще и общія начала, свойственныя тому роду отношеній, къ которому данный случай относился... Затѣмъ законы эти торжественно вводились въ Полное Собраніе Законовъ, получали тамъ свой номеръ и число и затѣмъ уже оттуда попадали въ Сводъ какъ вполне законнорожденныя дѣти отечественнаго права.“¹

Обращаясь сначала къ § 47 Положенія о духовныхъ завѣщаніяхъ 1831 г. Его текстъ таковъ: „Россійскій подданный за границею можетъ совершать домашнее духовное завѣщаніе по обряду той страны, гдѣ оно будетъ писано, съ надлежащею явкой онаго при Россійской Миссіи или Консульствѣ“. Это постановленіе дополнялось въ слѣдующемъ § 48 такого содержанія: „Духовное завѣщаніе, совершенное за границею объ имуществѣ, находящемся въ Россіи, приводится въ исполненіе не иначе, какъ по предъявленіи онаго въ томъ Судебномъ мѣстѣ, въ вѣдомствѣ коего состоитъ или жительство завѣщателя, или завѣщанное имущество“. Западноевропейское происхожденіе этихъ двухъ правилъ несомнѣнно. Весь раздѣлъ (V) положенія 1831 г. объ особенныхъ завѣщаніяхъ, въ составъ котораго введены правила §§ 47 и 48, есть передѣлка и приспособленіе соотвѣтствующаго отдѣла кодекса Наполеона (кн. III, тит. II, гл. V, отд. II, Особія правила о формахъ нѣкоторыхъ завѣщаній). § 47 соотвѣтствуетъ ст. 999 кодекса, § 48 — ст. 1000.² Основное отступленіе отъ французскаго образца въ томъ, что русскій законодатель считалъ возможнымъ примѣнять форму закона мѣста совершенія завѣщанія къ завѣщаніямъ не крѣпостнымъ, а лишь домашнимъ, между тѣмъ какъ французскій распространялъ мѣстную форму и на соотвѣтствовавшія нашимъ старымъ крѣпостнымъ завѣщаніямъ французскія завѣщанія публичныя.

Почти одновременно правило *locus regit actum* въ русскомъ правѣ оказалось воспринятымъ въ § 223 выс. утв. 14 Мая 1832 г. устава Судопроизвод-

¹ Изъ области цивилистики, 1908, 12 сл.

² Русскій переводъ статей: 999. Французъ, находящійся въ иностранномъ государствѣ, можетъ сдѣлать свои завѣщательныя распоряженія посредствомъ частнаго акта, какъ предписано въ статьѣ 970, или же посредствомъ официальнаго акта, съ соблюденіемъ формъ, употребляемыхъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ этотъ актъ будетъ совершенъ. — 1000. Завѣщанія, совершенныя въ иностранномъ государствѣ, не подлежатъ исполненію относительно имущества, находящагося во Франціи, пока не будутъ внесены въ официальные реестры по мѣсту жительства завѣщателя, если таковое имъ удержано; въ противномъ случаѣ, по послѣднему извѣстному мѣсту его пребыванія въ семь краѣ; въ случаѣ же, когда завѣщаніе содержитъ распоряженія о недвижимостяхъ, находящихся въ краѣ, оно должно быть, сверхъ того, внесено въ официальные реестры по мѣсту нахождения этихъ недвижимостей, но безъ вторичнаго взиманія пошлинъ.

ства коммерческих судов, где было сказано: „Если акт составлен и совершен в иностранном государстве по тамошнему обычаю и несходно с образом составления и совершения подобных актов в России: то тем не менее признается законным актом, когда к опровержению подлинности его не будет представлено доказательств“.

§ 223 устава коммерческих судов был заимствован из прусского судопроизводственного кодекса. Устав 1832 г. в целом представлял собой любопытный памятник русского законодательного творчества. В 1827 г. Сперанскому повелено было „собрать и приготовить“ в первую очередь ту часть гражданских законов, которая касалась „ограждения частного кредита и доброй веры должговых обязательств“. Хотя работа должна была, по повелению императора Николая I, производиться „на основании общих правил, данных II Отделению“, однако, на самом деле уставы о торговом судопроизводстве, векселях и торговой несостоятельности, явившиеся результатом, были построены иначе, чем другие части будущего свода. В именном указе, при котором были обнародованы Учреждение коммерческих судов и устав их судопроизводства, было сказано, что комитет, приготовивший эти акты, прежнее русское право „исправил и дополнил все, что к лучшему устройству торговли признано было наиболее нужным и полезным“. При такой более широкой, чем в своде, постановке дела, устав коммерческих судов 14 мая 1832 г., тотчас же целиком попавший в Свод первого издания — в отступление от общего правила, по которому туда включались лишь правила закона, последовавшие до 1 января 1832 г. — оказался в значительной степени построенным по европейским образцам. В числе этих образцов, между прочим, существенную роль играл прусский судопроизводственный кодекс — *Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten 1793*. В бумагах архива государственного совета находится таблица русских и западных источников устава 1832 г. Против § 223 сдана ссылка на прусский кодекс.

Таким образом источник § 223 устанавливается вполне точно¹: это § 115 X-го титула прусского общего судебного учреждения, в котором говорилось: „Когда относительно действительности акта в отношении формы происходит спор и законы места, где он получил обязательную силу, отличаются от законов места, где происходит процесс, то решают первые“.²

2. В таком состоянии застает русское право кодификация Сперанского, первое издание свода законов. Вполне понятно, что в Свод попали законы 1831 и 1832 гг., составлявшие часть законодательной работы, нарочито продуманной для пополнения материала свода, равно как и определенное и ясное правило закона 1817 г. о применении национального права к наследованию в бесспорных государственных долгах. Важнее другое обстоя-

¹ Сверх того, цитируется кодекс Наполеона. В нем правила *locus regit actum* на самом деле нет. Надо полагать, что составители имели в виду французскую юриспруденцию, выросшую на почве толкования *code civil*. Арх. Гос. Сов., Дело Деп. Законов, 1832 г., № 16.

² Л. В. Шаландь. О формах актов и сделок, совершенных за границей, по русскому законодательству и судебной практике, Ж. М. Ю., 1902, 6, 48 сл., указав, что уже в проектах гражданского уложения 1809 и 1814 гг. начало *locus regit actum* было воспринято.

тельство. Сперанский, опирающийся при составлении гражданских законов на западные кодексы, без сомнения, знал из них о существовании конфликтных вопросов и должен был, согласно усвоенной им методике насильственного обобщения старого законодательного материала, искать общих положений для решения этих конфликтных вопросов. И они на самом деле оказались в составе первого издания свода 1832 г., частью в законах гражданских, а частью в законах о состояниях, в числе правил об иностранныхцах.

Сперанский в общем правильно обобщил господствовавшее в старом законодательстве течение в пользу признания обязательности для иностранцев в России местного права. Он изложил свое учение в трех основных правилах: общем положении о подчинении иностранцев русским законам и особым правилам того же содержания относительно обязательности и относительно наследования. В редакции каждого из них он, однако, мало считался с старым правом, которое, правда, было отрывочно, но иногда умело изложено принятым сводом начало более удовлетворительно, чем то делал Сперанский.

Основное правило гласило: „Иностранцы, находясь в России, как физично, так и по имуществу их подлежат действию Российских законов и пользуются общою защитою и покровительством“ (ст. 902 Зак. о сост.). Если сопоставлять первую часть приведенного правила с выражениями и формулами старого права, то оно, конечно, несравненно определеннее и точнее. Но эта определенность и точность едва ли большой выгоды для последующих судеб русского коллизионного права. Я уже указывал, что в старом праве только раз законодатель, по поводу частного случая, высказал общее положение об обязательности русского закона для иностранцев; по указу 1803 г. говорил гораздо лучше и осторожнее, что „по принятому во всех европейских государствах правилу, все иностранцы подвергаются действию законов той страны, где они жительство имеют“. Если бы Сперанский воспроизвел в 902 статье этот текст, то получилось бы провозглашение начала действия закона местожительства; ссылаясь на указ 1803 г. в другой связи в свод законов гражданских Сперанский здесь предпочел, опираясь на совершенно не относящиеся к делу правила устава таможенного 14 декабря 1819 г. („неведением закона, никто, Российский подданный, ни иностранный, оправдываться не может“, § 446), выразить мысль о безусловном и неограниченном господстве русского права в отношении всех находящихся, а не только — имеющих местожительство, в России иностранцев. Благодаря такой формулировке, общее, совершенно правильное территориальное течение старого законодательства, не устранявшее возможности проникновения в Россию начал коллизионного права путем судебной практики, превратилось в принципиальное отрицание этих начал, с которыми можно было бороться только последующим законодательством, а не судебной практикой, скованной жестокостью ст. 902.

Правило первого свода об обязательствах было изложено так: „Иностранцы могут вступать во всякие договоры, обязательства и условия, в пределах выше сего в статьях 902—911 означенных, как между собою, так и с Российскими подданными; но для доставления актам сим надлежащей силы в России, они должны соблюдать в них, как по су-

ществу, такъ и по формѣ, всѣ правила, Россійскими узаконеніями предписанныя“ (Ст. 912 Зак. о сост.). Статья эта, какъ и 902-ая, ничего общаго съ источниками, на которые она ссылалась, не имѣетъ, но она выражена и изложена гораздо осторожнѣе. Вмѣсто того, чтобы сказать, какъ того требовало послѣдовательное примѣненіе начала ст. 902, что иностранцы безусловно подчинены русскому обязательственному праву, разъ они находятся на русской территоріи, 912 ст. IX тома подчиняетъ русскому праву только акты, которые приводятся въ дѣйствіе въ Россіи, притомъ, однако, совершенно независимо отъ того, гдѣ актъ возникъ. Освящается такимъ образомъ, — можетъ быть впрочемъ, и не совсѣмъ ясно — мысль о законѣ мѣста исполненія обязательства, какъ управляющемъ обязательствомъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ этой связи забывается существованіе помѣщеннаго въ другомъ томѣ Свода, — въ уставѣ коммерческихъ судовъ, — правила уже извѣстнаго намъ § 223 о подчиненіи формы обязательства закону мѣста его совершенія.

Правило о наслѣдованіи помѣщено въ ст. 914 Зак. о сост. и гласитъ: „Порядокъ наслѣдства иностранцевъ въ имѣніи, въ Россіи остающемся, опредѣляется общими правилами, для коренныхъ подданныхъ существующими . . .“ Правило это (ст. 835 по изд. 1899 г.) было взято составителями Свода изъ ст. 26 соглашенія между Россіей и Австріей 1785 г., гдѣ было сказано: „Остающееся по смерти австрійскихъ подданныхъ въ областяхъ Нашихъ движимое и недвижимое имѣніе будетъ доходить свободно и безпрепятственно наслѣдникамъ, отъ нихъ духовною учрежденнымъ или слѣдующимъ безъ заѣщанія по законамъ и уставамъ земскимъ . . .“ (П. С. З., 16. 284). Кодификаторъ произвелъ такимъ образомъ весьма энергическое обобщеніе. Кромѣ указаннаго общаго положенія, Законы Гражданскіе перваго изданія въ ст. 656 и 657 воспроизводили §§ 47 и 48 положенія о духовныхъ заѣщаніяхъ 1831 г. и въ ст. 746 — § 23 устава комиссіи погашенія долговъ 1817 г., а въ ст. 679 говорили, что „отъ права наслѣдованія не устраниются иностранцы“. Изложеніе это, конечно, съ точки зрѣнія коллизіоннаго права, мало систематично, но оно довольно точно и вразумительно.

Если считать Сводъ перваго изданія итогомъ развитія въ Россіи коллизіоннаго права до 1832 г., то справедливо будетъ сказать, что итогъ этотъ не великъ. За малыми и лишними принципіальнаго значенія исключеніями, международнаго частнаго права у насъ нѣтъ, а поскольку есть, оно случайнаго происхожденія, получено въ процессѣ заимствованія западноевропейскихъ нормъ.

3. Но потребность въ конфликтномъ правѣ должна была ощущаться, ибо сношенія съ чужими странами и русскими губерніями съ особымъ гражданскимъ правомъ неминуемо должны были выдвигать на очередь соотвѣтствующіе вопросы. Къ сожалѣнію, у насъ довольно мало данныхъ, чтобы судить о практикѣ нашихъ судовъ до судебной реформы 1864 г., но то немногое, что можно было собрать, свидѣтельствуетъ, что въ этой практикѣ собственно международные конфликтные вопросы ставятся, начиная съ второй половины 18-го столѣтія. Въ П. С. З. помѣщенъ указъ сената 13 мая 1775 г. по дѣлу Вахерахта съ „Жамесъ Перентъ“, въ которомъ приводится представленіе Коммерцъ-Коллегіи, великолѣпно излагающее теорію автономіи при разрѣшеніи конфликтовъ обязательственныхъ законовъ. Рѣчь шла о векселяхъ, выданныхъ въ Англіи, причѣмъ обѣ стороны сдѣлки въ моментъ выдачи проживали въ Ан-

гли: русскіе законы давали одно рѣшеніе, англійскіе — другое. „Но какъ оба сія обстоятельства въ разсужденіи правъ Россійскихъ съ Англійскими между собою состоятъ разногласны, то Коллегія остается въ сомнѣніи, по какому оное рѣшить здѣшнему или англійскому закону, и для того представляетъ, что она за справедливое почитаетъ въ рѣшеніи сего дѣла послѣдовать Англійскому праву . . . для того, что все происхожденіе, равно займо-и векселедавцы были въ Англіи, слѣдовательно, одинъ другому давая деньги и векселя съ распискою, думать не могли, что въ случаѣ неплатежа со стороны векселедавца судимы будутъ въ Петербургѣ и Россійскимъ правомъ, а произошло разбирательство тамъ случайно . . .“ Сенатъ эту образцовую мотивировку не принялъ, и, само по себѣ, ученіе коммерцъ-коллегіи объ автономіи сторонъ прошло безслѣдно для развитія русскаго коллизіоннаго права. Тѣмъ не менѣе сенатскій указъ 1775 г. достаточно доказываетъ, что потребность разбираться въ конфликтахъ разномѣстныхъ гражданскихъ законодательствъ на лицо, начиная съ 18-го вѣка.

Новеллы въ нашемъ законодательствѣ, послѣдовавшія за первымъ изданіемъ Свода и посвященныя вопросамъ конфликтнаго права, вплоть до судебной реформы 1864 г., всѣ, за однимъ только исключеніемъ, выросли изъ потребностей судебной практики. Я имѣю въ виду два закона 1838 г., о формѣ завѣщаній и объ обязательствахъ, законы 1840, 1843 и 1844 гг., о междуобластныхъ конфликтахъ наслѣдственныхъ и вещныхъ и законъ 1845 г. о давности. Разсмотримъ эти новеллы въ порядкѣ ихъ изданія. Надо замѣтить, что послѣ своего изданія, эти акты включались въ продолженія Свода и его новыя изданія и болѣею частью въ Сводѣ послѣднихъ изданій сохранились.

12 января 1838 г. послѣдовалъ законъ о подсудности обывателей Имперіи и Царства Польскаго въ дѣлахъ тяжёбныхъ (П. С. З., 10. 881). Ст. 5 этого закона заключала въ себѣ слѣдующее правило: „Дѣйствительность долгового обязательства, договора или иного акта, опредѣляется на основаніи законовъ того края, по узаконеніямъ и формамъ коего акты были совершены. Если же актъ предъявленъ будетъ ко взмыканію не въ томъ краѣ, гдѣ оный совершенъ, и со стороны отвѣтчика возникнетъ о формальности совершенія акта споръ, то истецъ обязанъ представить удостовѣреніе, что актъ составленъ сообразно съ законами и формами другого края. Удостовереніе таковое выдается тѣмъ судебнымъ мѣстомъ, которому непосредственно подвѣдомственъ судъ, самый актъ совершавшій; если же актъ совершенъ не въ судѣ, а у нотаріуса или маклера, — то гражданскимъ судомъ первой степени. Въ предупреденіе подлога, свидѣтельство подлинности удостовѣренія судебного мѣста производится порядкомъ, въ слѣдующей статьѣ означеннымъ“. Исторія закона 1838 г. и приведеннаго его правила, подчиняющаго обязательства законамъ мѣста ихъ совершенія и отступающаго въ своей идеѣ отъ ст. 912 Зак. о сост. 1832 г., такова. Въ 1827 г. министерство юстиціи обратило вниманіе на возникающія въ судахъ недоумѣнія относительно подсудности преступныхъ дѣяній, въ которыхъ совмѣстно участвовали и русскіе, и поляки, и внесло подробное представленіе въ государственный совѣтъ для разграниченія вѣдомства судовъ двухъ государствъ по уголовнымъ дѣламъ. Государственный Совѣтъ не успѣлъ еще рассмотреть этого представленія, когда въ министерствѣ юстиціи возникъ вопросъ, опять-таки поста-

вленный на очередь судами, могут ли исполняться въ Россіи гражданскія рѣшенія судебныхъ мѣстъ Царства Польскаго и какъ разграничивается между Россіей и Польшей подсудность дѣлъ гражданскихъ. По этому поводу въ 1830 г. было сдѣлано новое представленіе въ государственный совѣтъ, и на основаніи двухъ представлений составленъ проектъ обширнаго закона, который былъ рассмотрѣнъ въ 1834 г. въ соединенныхъ департаментахъ законовъ и дѣлъ Царства Польскаго, а затѣмъ въ общемъ собраніи. Проектъ, въ части гражданской стоялъ на томъ, что рѣшенія судовъ Царства Польскаго въ Россіи въ исполненіе не приводятся. По этому поводу возникъ споръ, и выдвинуто предложеніе, составившее впоследствии изучаемую статью 5 закона 1838 г. Журналъ государственнаго совѣта¹ содержитъ слѣдующее изложеніе преній: „Министръ Внутреннихъ Дѣлъ..., а согласно съ нимъ Министры Финансовъ и Народнаго Просвѣщенія изъяснили, что, по мнѣнію ихъ, невозможно допустить положеннаго въ § 25 правила (неисполненіе рѣшеній). Они замѣчали, что и неудобно и неблагоприятно, составлявшее частный споръ дѣло, рассмотрѣнное и рѣшенное уже по законамъ одного края, иногда даже въ высшихъ судилищахъ, подвергать новому пересмотру низшихъ судебныхъ мѣстъ другой страны, по существующимъ въ ономъ законамъ... Нѣтъ сомнѣній, что исполненіе приговоровъ судебныхъ должно быть дѣлаемо въ каждомъ краѣ по законамъ, которые въ ономъ существуютъ, но правильность иска, окончательно признанная въ одномъ краѣ, не можетъ уже быть подвергаема пересмотру въ судебныхъ мѣстахъ другого края. Для избѣжанія всякихъ при томъ затрудненій и недоразумѣній, нужно лишь постановить, чтобы дѣйствительность долгового, договорнаго или иного подобнаго акта и послѣдствія онаго, были опредѣляемы по узаконеніямъ того края, въ которомъ и по узаконеніямъ и формамъ котораго, сей актъ былъ совершенъ. Таковой порядокъ не представляетъ неудобствъ; въ нѣкоторыхъ государствахъ, какъ напримѣръ въ Австріи, слѣдуютъ оному даже въ отношеніи къ приговорамъ иностранныхъ судебныхъ мѣстъ; тѣмъ болѣе, по мнѣнію Министровъ Финансовъ и Народнаго Просвѣщенія и Внутреннихъ Дѣлъ, онъ естественъ и необходимъ въ двухъ краяхъ, хотя и имѣющихъ особыя управления и законы, но соединенныхъ не случайно, а на вѣчныя времена и по существу основныхъ установленій своихъ подъ скипетромъ одного монарха.“ На эти доводы возражали, и Государственнымъ Совѣтомъ было рѣшено принять лишь уголовную часть законопроекта, а гражданскую отложить для новыхъ сношеній съ Намѣстникомъ Царства Польскаго. Въ 1837 г. гражданская часть законопроекта была поставлена вторично на обсужденіе Государственнаго Совѣта, который на этотъ разъ принять мысль, высказанную меньшинствомъ въ 1834 г., и внесъ въ законъ о подсудности обывателей имперіи и Царства Польскаго въ дѣлахъ тяжёбныхъ уже извѣстный намъ текстъ ст. 5, который оказался выдѣленнымъ изъ правила объ исполненіи гражданскихъ рѣшеній и сталъ та-

¹ Соед. Департаменты 7 и 10 февраля и 9 марта и общ. собраніе 14 мая 1834 г. Даныя по исторіи закона 1838 г. извлечены изъ трехъ дѣлъ Гос. Совѣта: № 45/20 Деп. Зак. 1827/1834 г. о подсудности жителей Россійской Имперіи по дѣламъ возникающимъ въ царствѣ польскомъ и обывателей царства по дѣламъ открывающимся въ Россіи; № 51/20 Деп. Зак. 1830/1834 г. по вопросу, гдѣ надлежитъ разсматривать дѣла, къ коимъ прикосновены жители Россійской Имперіи и Царства Польскаго; № 17 и 19 Деп. дѣлъ Царства Польскаго 1837 г. о подсудности обывателей Россійской Имперіи и Царства Польскаго въ дѣлахъ тяжёбныхъ

кимъ образомъ совершенно самостоятельной нормой чисто коллизіоннаго содержанія. Никакихъ аргументовъ по существу въ защиту созданнаго коллизіоннаго правила въ государственномъ совѣтѣ на этотъ разъ высказано не было, и только министръ юстиціи въ особомъ мнѣніи указывалъ, что „общее непрѣбное исполненіе судебными мѣстами туземныхъ законовъ всегда было почитаемо у насъ ненарушимымъ“, но его возраженія не помѣшали утверженію мнѣнія государственнаго совѣта.

Законъ 12 января 1838 г. былъ внесенъ въ сводъ изданія 1842 г. въ видѣ приложенія къ ст. 2221 Зак. Гр.; ст. 5 составила п. 5 этого приложенія. Позднѣ статья подверглась частичному измѣненію въ законодательномъ порядкѣ. 11 Юля 1852 г. послѣдовалъ обширный законъ о порядкѣ свидѣльствованія подлинности актовъ, совершаемыхъ въ Царствѣ Польскомъ и Великомъ Княжествѣ Финляндскомъ и приводимыхъ въ дѣйствіе въ Имперіи и обратно (И. С. З., 26. 441). Этотъ законъ отсѣкъ отъ ст. 5 закона 1838 г. ея вторую часть, посвященную порядку свидѣльствованія актовъ, и замѣнилъ эту вторую часть подробными, отдѣльно изложенными правилами. Оставшаяся въ силѣ часть п. 5 приложенія къ ст. 2221 т. X приобрѣла слѣдующій видъ: „Дѣйствительность долгового обязательства, договора или иного акта, опредѣляется на основаніи законовъ того края, по узаконеніямъ и формамъ коего акты были совершены“. Въ изданіи свода 1857 г. это правило, укороченное и уже окончательно коллизіонное по своему внѣшнему виду и содержанію, составило ст. 5 приложенія къ ст. 202 Зак. Суд. Гр., но въ слѣдующемъ изданіи 2 ч. X т. 1876 г. правила закона 1838 г. въ новой ихъ редакціи воспроизведены не были, а въ примѣчаніи къ ст. 180 2 ч. X т. было сказано лишь: „Въ 1838 году были изданы особыя правила о подсудности по дѣламъ тяжёбнымъ и исковымъ между обывателями Имперіи и Царства Польскаго и о порядкѣ судопроизводства по симъ дѣламъ“. Въ изданіи 1892 г. и это упоминаніе было исключено, такъ что съ тѣхъ поръ ст. 5 закона 1838 г. въ редакціи закона 1852 г. найти можно было только непосредственно въ Полномъ Собраніи Законовъ.

Второй конфликтный законъ 1838 г. — гораздо болѣе скромнаго значенія — тоже судебного происхожденія. Пожалуй, точнѣе было бы даже сказать, что дѣло идетъ не о законѣ, а о судебномъ рѣшеніи. Если взять второе изданіе свода, то тамъ этотъ актъ читается слѣдующимъ образомъ: „Явка, въ Россійской Миссіи или Консульствѣ духовныхъ завѣщаній, совершаемыхъ за границей, замѣняетъ совершеніе духовныхъ завѣщаній у крѣпостныхъ дѣлъ, и сія завѣщанія, если они установленнымъ порядкомъ явлены въ Миссіи или Консульствѣ, признаются въ силѣ крѣпостныхъ актовъ“ (ст. 898 т. X). Въ такой редакціи ст. 898 Зак. Гр. (ст. 1078 Зак. Гр. изд. 1914 г.), представляетъ чисто законодательную по внѣшнему виду новеллу къ §§ 47 и 48 положенія о завѣщаніяхъ 1831 г., намъ уже извѣстнымъ и составляющимъ ст. 1077 и 1079 т. X ч. I. изд. 1914 г. Но въ своемъ первоначальномъ текстѣ актъ 1838 г. есть выс. утв. 7 ноября 1838 г. мнѣніе государственнаго совѣта по частному судебному дѣлу о духовномъ завѣщаніи штабъ-лекаря Карла Анерта (И. С. З., 11. 721a¹). Споръ шелъ о томъ, имѣетъ ли силу копія духовнаго завѣщанія, совершеннаго русскимъ подданнымъ за границей

¹ И. С. З., т. XIV (1839), прибавленіе къ XIII т., стр. 24.

и явленного въ консульствѣ, въ случаѣ утраты подлинника. Вопросъ рѣшался въ зависимости отъ того, есть-ли совершаемое въ порядкѣ § 47 закона 1831 г., т. е. по мѣстнымъ законамъ, съ явкой въ консульствѣ, завѣщаніе, съ точки зрѣнія русскаго права, крѣпостное или домашнее: въ первомъ случаѣ отсутствіе подлинника могло быть восполнено представленіемъ копій. Рѣшеніе изложено слѣдующимъ образомъ: „Въ заключеніе сего Государь Императоръ, признавая, что духовныя завѣщанія, совершаемыя за границею, если они установленнымъ порядкомъ явлены въ Консульствѣ, не могутъ быть признаваемы въ силѣ крѣпостныхъ актовъ, что отстраняетъ примѣненіе къ подобнымъ актамъ общаго правила объ утраченныхъ крѣпостныхъ документахъ, значило бы Россійскихъ подданныхъ, находящихся за границею, часто и по дѣламъ службы, лишитъ увѣренности въ твердости ихъ духовныхъ завѣщаній, даже и въ случаѣ утраты по какимъ либо причинамъ подлинныхъ; что съ сею собственно цѣлью установлена явка подобныхъ актовъ въ Консульствахъ, и слѣдовательно, она должна замѣнять совершеніе духовныхъ завѣщаній у крѣпостныхъ дѣлъ, такъ какъ у Россійскихъ подданныхъ за границей нѣтъ средства отражать и обезпечивать исполненіе своихъ распоряженій объ имуществѣ, Высочайше повелѣтъ соизволить: признать завѣщаніе Штабъ-Лекаря Анерта неподверженнымъ сомнѣнію, все оставшееся послѣ него имѣніе отдать, по силѣ сего завѣщанія, лицамъ, въ ономъ означеннымъ“.

Опять такъ изъ потребностей судебной практики вытекло изданіе трехъ законовъ 1840, 1843 и 1844 гг. о разрѣшеніи русскихъ междуобластныхъ конфликтовъ по дѣламъ наследственнымъ и отчасти вещнымъ, законовъ, заживающихъ особаго вниманія, такъ какъ можно сказать, что въ нихъ русскій законодатель единственный разъ вполне сознательно и во всей полнотѣ, поставилъ передъ собой проблему коллизіоннаго права и попытался дать ей полное и законченное рѣшеніе.

Три закона, о которыхъ я говорю суть: 1) выс. утв. 3 апрѣля 1840 г. мн. гос. сов. о подсудности по наследству въ имуществѣ, остающемся послѣ уроженцевъ великороссійскихъ губерній, въ губерніяхъ и областяхъ, состоящихъ на особыхъ правахъ (И. С. З., 13341); 2) выс. утв. 8 апрѣля 1843 г. мн. гос. сов. о порядкѣ подсудности въ движимомъ имуществѣ послѣ лицъ, водворенныхъ въ Имперію, временно пребывающихъ въ Финляндіи, и послѣ Финляндцевъ, временно пребывающихъ въ Имперіи (И. С. З., 16717) и 3) выс. утв. 5 Іюля 1844 г. мн. гос. сов. о порядкѣ подсудности въ движимомъ имуществѣ послѣ лицъ, водворенныхъ въ Имперію и временно пребывающихъ въ Царствѣ Польскомъ, а также послѣ лицъ, водворенныхъ въ Царствѣ, а временно пребывающихъ въ Имперіи (И. С. З., 18058). Всѣ три указанныхъ закона построены въ общемъ на одной и той же основной мысли о необходимости подчинить вопросъ о наследованіи въ случаяхъ конфликтовъ дѣйствию личнаго закона наследодателя.

Законы 40-хъ годовъ до послѣдняго времени сохранили силу; они были изложены въ законахъ Гражданскихъ — въ несущественной переработкѣ, вызванной сліяніемъ въ одно цѣлое двухъ послѣднихъ законовъ, по своему содержанию совпадающихъ, о Польнѣ и Финляндіи. Въ X т. изданія 1914 г. законъ 1840 г. составлялъ ст. 1279—1286, а законы 1843 и 1844 гг. — ст. 1287—1295.

Правила законовъ 1840—1844 гг., поскольку они касаются коллизій наследственныхъ, покоятся на двухъ основныхъ началахъ: во первыхъ, наслед-

дованіе въ недвижимостяхъ подчиняется дѣйствию законовъ мѣста нахождения этихъ недвижимостей, совершенно независимо отъ того, къ какому краю принадлежалъ наследодатель; во вторыхъ, наследованіе въ движимостяхъ подчиняется дѣйствию личнаго закона наследодателя, независимо отъ мѣста, гдѣ эти движимости находятся. Первое положеніе — дѣйствіе legis rei sitae въ отношеніи наследованія въ недвижимостяхъ — прямо не выражено въ законахъ, но съ несомнѣнностью вытекаетъ изъ отдѣльныхъ, находящихся въ нихъ указаній. Второе положеніе — дѣйствіе legis personalis въ отношеніи наследованія въ движимостяхъ — составляетъ основное содержаніе актовъ наследованія въ движимостяхъ — нормы, законы 40-хъ годовъ 1840, 1843 и 1844 гг. Наряду съ коллизіонными нормами, законы 40-хъ годовъ заключаютъ въ себѣ и правила чисто процессуальныя. Большая часть этихъ процессуальныхъ нормъ была отмѣнена Уставомъ Гражданскаго Судопроизводства. Исключеніе составили лишь постановленія, касающіяся Финляндіи. Они касались: подсудности наследственныхъ исковъ, подсудности дѣлъ о раздѣлѣ наследства и утвержденіи завѣщаній, подсудности дѣлъ объ охраненіи наследства и производства этихъ дѣлъ.

Важность и богатство темъ, затронутыхъ законами 40-хъ годовъ, дѣлаетъ ихъ наиболѣе замѣтнымъ фактомъ въ исторіи русскаго конфликтнаго права. Архивныя данныя позволяютъ довольно полно возстановить процессъ возникновенія этихъ трехъ законовъ. Постараюсь передать его, опираясь на журналы государственнаго совѣта по каждому изъ законовъ въ отдѣльности.¹

„Въ 1835 году, гласитъ журналъ 20 января 1840 г., Государственный Совѣтъ, разрѣшивъ частное дѣло о правѣ наследства къ имѣнію дворянина одной изъ Великороссійскихъ губерній (Генераль-Маіора Рыкова), умершаго въ Кіевѣ, гдѣ находилось тогда и движимое его имѣніе, признавъ возникшій отсюда и выше сего изложенный общій вопросъ, сколько важнымъ, столько же и въ подробностяхъ его многосложнымъ, ибо здѣсь надобно опредѣлить подсудность не только въ отношеніи къ мѣсту вѣдомства, но и въ отношеніи къ самымъ законамъ, коимъ долженъ слѣдовать порядокъ наследства, законамъ въ привилегированныхъ губерніяхъ², какъ извѣстно, весьма разнствующихъ отъ дѣйствующихъ въ губерніяхъ Великороссійскихъ, и, сверхъ того, нужно предусмотрѣть и различать случаи полнаго водворенія, жительства по службѣ, постоянного или временнаго, случайнаго проѣзда и пр. По сему Государственный Совѣтъ предоставилъ означенный вопросъ подробному соображенію и разсмотрѣнію II Отдѣленія Собственной Его Величества Канцеляріи, такъ какъ въ ономъ составляются Сводъ Законовъ для всѣхъ губерній, на особыхъ правахъ состоящихъ“. Постановка вопроса, данная государственнымъ совѣтомъ, широка и правильна. Дѣло Рыкова заставляетъ его, въ ясномъ и точномъ изложеніи, формулировать проблему выбора суда и выбора закона для разрѣшенія столкновенія различныхъ по содержанію русскихъ мѣстныхъ законодательствъ.

Второе Отдѣленіе, которому поручалось изученіе вопроса въ этой широкой постановкѣ, не могло найти никакихъ указаній въ сводѣ законовъ или другихъ источникахъ русскаго права и естественно обратилось къ западно-европейскому

¹ Дѣло архива Гос. Совѣта № 7. Деп. Зак. 1840 г.

² О терминѣ привилегированныхъ губерній и о понятіи ихъ мои Очерки русскаго государственнаго права, 1911, 277 сл. Надо помнить, что въ 1840 г. въ Украйнѣ дѣйствовалъ еще Литовскій Статутъ.

праву. Воспроизвожу цѣликомъ даваемое журналомъ изложеніе заключенія Второго Отдѣленія въ части, касающейся выбора закона для разрѣшенія конфликтовъ. „Второе Отдѣленіе, не находя по настоящему предмету, ни въ отечественномъ законодательствѣ, ни въ мѣстныхъ законахъ привилегированныхъ губерній никакихъ правилъ, обратилось къ законамъ другихъ державъ и вошло въ слѣдующія соображенія: . . . 2) О подсудности въ отношеніи къ самимъ законамъ, коимъ долженъ слѣдовать порядокъ наслѣдства въ движимомъ имуществѣ. а) О подсудности въ личныхъ гражданскихъ отношеніяхъ. Законы государства обязательны для всѣхъ его членовъ безъ различія ихъ состоянія (Общ. Прус. Улож. введ. § 22). Они дѣйствуютъ или единообразно въ общей ихъ силѣ или съ мѣстными въ нѣкоторыхъ ихъ частяхъ измѣненіями. Измѣненія таковыя именуется законами мѣстными, дѣйствіе коихъ, простираясь на извѣстныя только губерніи и области, объемлетъ одна лишь опредѣленные случаи, во всѣхъ же другихъ дѣлахъ общіе законы Имперіи сохраняютъ и въ сихъ губерніяхъ и областяхъ полную свою силу (Сводъ мѣстн. зак. Зап. губ. §§ 1 и 2). Гражданскія права и обязанности лица опредѣляются законами того мѣста, гдѣ оно имѣетъ настоящее свое жительство (Общ. Прус. Улож. введ. § 23). Чиновники, гдѣ либо имѣющіе временное пребываніе по службѣ, сохраняютъ прежнее свое мѣстожительство, буде не изъявятъ именно намѣренія перемѣнить оное (Франц. Гражд. Зак. ст. 106). Простая отлучка изъ своего вѣдомства, при которой не было ясно видно желанія избрать другое мѣсто жительства, не измѣняетъ правъ и обязанностей лица (Общ. Прус. Улож. § 24). Когда лицо не имѣетъ постоянного мѣста жительства, то всѣ его права и обязанности опредѣляются законами, дѣйствующими въ мѣстѣ его пребыванія (тамъ же § 25). Если мѣсто происхожденія лица вовсе неизвѣстно, или находится внѣ государства, то прилагаются общіе дѣйствующіе законы, или же особенные законы мѣста его пребыванія, смотря по которымъ изъ нихъ можетъ быть удобнѣе разрѣшено предпринятое имъ дѣйствіе (тамъ же, § 26). Если лицо имѣетъ двойное мѣсто жительства, то право его на какое либо дѣйствіе разсматривается по законамъ того вѣдомства, которое наиболѣе ему благопріятствуетъ (тамъ же, § 27). б) О подсудности по распоряженію движимымъ имуществомъ въ особенности. Движимое имущество лица, независимо отъ его пребыванія, подлежитъ распоряженію по законамъ постоянного мѣста его жительства или водворенія (тамъ же, § 28 и Сводъ мѣст. Зак. Остз. губерній § 2130). При двойной подсудности лица, законы того мѣста, гдѣ находятся вещи, имѣютъ преимущество (Общ. Прус. Улож. § 29). Но если въ такомъ случаѣ движимое имущество, оставшееся безъ распоряженія, будетъ находиться въ третьемъ мѣстѣ, то примѣняются общіе законы Имперіи (тамъ же § 30). Движимое имущество лица, не имѣющаго постоянного мѣста жительства, подлежитъ законамъ его мѣста пребыванія, по правамъ личнаго его состоянія (тамъ же § 31)“.

Намѣреніе Второго Отдѣленія положить въ основаніе своего заключенія „законы другихъ державъ“, какъ видно изъ приведенной выдержки, свелось къ ссылкамъ на прусскій ландрехтъ 1794 г.¹, законодательный памятникъ, котораго вліяніе на русское право было вообще очень значительно, но къ со-

¹ Кромѣ не имѣющей значенія попутной ссылки на ст. 106 кодекса Наполеона, не относившейся собственно къ конфликтному вопросу, II Отдѣленіе цитировало, сверхъ ландрехта, еще проектъ Западнаго Свода 1837 г. (перезданъ въ 1910 г. М. Я. Пергаментомъ и Вар.

жалѣнію еще мало изучено.¹ Прусскій ландрехтъ въ статьяхъ, посвященныхъ конфликтамъ гражданскаго права, стоялъ на теоріи статутовъ, но излагалъ ее самостоятельно, дѣля всѣ вопросы конфликтнаго права на четыре — о личномъ состояніи, о движимостяхъ, о недвижимостяхъ и о формѣ актовъ. Второе Отдѣленіе оставило въ сторонѣ недвижимости и форму актовъ, а указывало на правило ландрехта о личномъ состояніи и о движимостяхъ, но въ его передачѣ, весьма не точной, правила ландрехта, которыми оно хотѣло подражать, были существенно искажены. Это явствуетъ изъ слѣдующаго сопоставленія. Основные двѣ статьи закона 1840 г. гласятъ такъ: „Гражданскія права и обязанности уроженцевъ губерній, состоящихъ на общихъ безъ мѣстныхъ изыятій правахъ, когда сіи уроженцы временно пребываютъ въ губерніяхъ и областяхъ, на особыхъ правахъ состоящихъ, опредѣляются общими законами Имперіи“ (ст. I закона, ст. 1279 ч. I т. X изд. 1914 г.) и „На основаніи сего, во всѣхъ распоряженіяхъ . . . о движимомъ при ихъ находящемся, какъ при жизни, такъ и на случай смерти, означенныя лица обязаны руководствоваться законами Имперіи“ (ст. 3 закона, ст. 1279, ч. 3 т. X изд. 1914 г.). Соотвѣтствующія статьи прусскаго ландрехта въ точномъ переводѣ постановляютъ: „Личныя свойства и права человека (Die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen) опредѣляются по законамъ судебной территоріи, въ которой онъ имѣетъ свое настоящее мѣстожительство“ (§ 23) и „Движимое имущество человека, независимо отъ мѣста пребыванія послѣдняго, обсуждается на основаніи его обычной подсудности“ (§ 28). Если второе правило передано въ законѣ 1840 г. правильно, то зато первое — съ прямою ошибкою: вмѣсто подчиненія личному закону „личныхъ свойствъ и правъ“, противопоставляемыхъ въ Ландрехтѣ правамъ на движимости и формамъ актовъ, русскій законъ подчиняетъ ему „гражданскія права и обязанности“. Благодаря этой ошибкѣ получалось впечатлѣніе, будто первая статья закона 1840 г. устанавливаетъ рѣшеніе всѣхъ конфликтовъ въ пользу личнаго закона, что невѣрно уже потому, что изъ смысла самого закона несомнѣнно вытекаетъ подчиненіе недвижимостей не личному закону, но закону мѣста.

Законы 1843 и 1844 гг. представляютъ собой передѣлку основного закона 1840 г., первый для Финляндіи и второй для Царства Польскаго, передѣлку, вызванную рѣшеніемъ Государственнаго Совѣта, при слушаніи проекта 1840 г., установить, сношеніями съ мѣстной властью, „въ какой силѣ могутъ быть сіи постановленія примѣнены“ къ этимъ двумъ территоріямъ. При разработкѣ новыхъ законовъ вызвала критику, главнымъ образомъ, приведенная выше ст. I закона 1840 г., созданная ошибочнымъ пересказомъ § 23 введенія къ прусскому общему уложенію. Замѣчанія финляндскаго сената и министра статсъ-секретаря Царства Польскаго почти совпадаютъ. Въ журналахъ² госу-

А. Э. Нольде) и проектъ Остзейскаго свода 1839 г. Объ этихъ проектахъ подробнѣе свѣдѣн я у Вар. А. Э. Нольде, Очерки по исторіи кодификаціи мѣстныхъ гражданскихъ законовъ, I—II, 1906, 1914.

¹ Я отмѣчалъ уже это вліяніе въ статьѣ Законы основные въ русскомъ правѣ, Труды Юрид. Общ. при Спб. Univ., VII (1913), 21.

² Дѣла архива государственнаго совѣта: № 17 Деп. Зак. 1843 г. о порядкѣ подсудности въ движимомъ имуществѣ послѣ уроженцевъ Имперіи, временно пребывающихъ въ Финляндіи, и финляндскихъ уроженцевъ, временно пребывающихъ въ Имперіи; № 9 Деп. дѣлъ Ц. Польск. 1844 г. по проекту правилъ о порядкѣ подсудности въ движимомъ имуществѣ послѣ лицъ, водворенныхъ въ Имперіи и временно пребывающихъ въ Царствѣ Польскомъ, и послѣ лицъ, водворенныхъ въ Царствѣ Польскомъ и временно пребывающихъ въ Имперіи.

дарственного совѣта эти замѣчанія изложены такъ: „Финляндскій сенатъ находитъ полезнымъ принять правила, постановленныя въ мнѣнїи государственнаго совѣта 3 апрѣля 1840 года, только въ отношенїи къ наслѣдству въ движимомъ имуществѣ, не подвергая онымъ другихъ упоминаемыхъ въ томъ мнѣнїи правъ гражданскихъ“; министръ статсъ-секретарь отозвался, что упомянутыя правила, по его мнѣнїю, могли бы быть съ удобностью примѣнены къ жителямъ Царства Польскаго, въ Имперїи временно пребывающимъ, и обратно, съ измѣненїемъ одного только перваго пункта, который, опредѣляя подсудность законамъ Имперїи уроженцевъ Великороссійскихъ губерній, временно пребывающихъ въ губерніяхъ на особыхъ правахъ состоящихъ, по всѣмъ вообще гражданскимъ правамъ и обязанностямъ безъ исключенія, можетъ быть поводомъ къ примѣненїю правила сего въ такихъ дѣлахъ, къ которымъ настоящее узаконеніе не относится. Правила, въ мнѣнїи государственнаго совѣта, изложенныя, касаются, собственно, до порядка подсудности по наслѣдству движимаго имѣнїа, а потому къ примѣненїю сихъ правилъ къ жителямъ Царства Польскаго, въ Имперїи пребывающимъ, и обратно, слѣдовало бы, по мнѣнїю министра статсъ-секретаря Царства Польскаго, или вовсе исключить 1-ый пунктъ, какъ выраженный гораздо опредѣленнѣе и яснѣе въ пунктѣ 3-мъ тѣхъ же правилъ, или изложить его, собственно, въ отношенїи къ наслѣдїю движимаго имущества, дабы отклонить всякій поводъ къ превратному толкованїю сего узаконенїа. Государственный совѣтъ принялъ эти поправки въ обоихъ законахъ, болѣе или менѣе сознавшись въ погрѣбности, которую онъ допустилъ въ 1840 г.; журналъ говоритъ по этому поводу: „главною цѣлью изданнаго въ 1840-мъ году положенїа было опредѣлить права на наслѣдство въ движимомъ имуществѣ; о прочихъ-же гражданскихъ правахъ упомянуто въ самомъ мнѣнїи 1840-го года лишь въ общихъ выраженїяхъ, какъ о главномъ господствующемъ юридическомъ началѣ, которое, можетъ быть, необходимо принять въ основанїе и при разсмотрѣнїи настоящаго вопроса, не входя, однако, въ подробное опредѣленїе правилъ, требующихъ по ихъ важности и обширности особыхъ соображенїй“.

Послѣдній, изданный до устава гражданскаго судопроизводства 1864 г. и содержащїй правило о конфликтѣ гражданскихъ законодательствъ, законъ, который выросъ изъ потребностей старой судебной практики, есть ст. 1549¹ Зак. Гражд. включенная въ I ч. X т. впервые въ изданїи 1914 г., а до того дѣйствовавшая какъ 65 ст. Законовъ Судопроизводства Гражданскаго изд. 1892 г., (ст. 671 тѣхъ же законовъ въ изд. 1876 г. и ст. 1000 ихъ въ изд. 1-57 г.). Ст. 1549¹ Зак. Гражд. гласитъ: „Русскіе подданные, заключившіе обязательства и договоры въ какомъ либо иностранномъ государствѣ на основанїи узаконенїй того края, не могутъ по возвращенїи въ Россїю уклоняться отъ исполненїа ихъ подъ предлогомъ истеченїа срока земской давности, если сїи обязательства и по минованїи сего срока сохраняютъ свою силу по законамъ того государства, въ коемъ оныя составлены“. Прежде — въ ст. 65 Зак. Суд. Гражд. — этотъ текстъ дополнялся еще словами, позднѣе признанными кодификаторомъ отмѣненными: „Для устраненїа затрудненїй, могущихъ возникнуть въ судебныхъ мѣстахъ отъ незнанїа постановленїй иностранныхъ, дѣла сего рода рѣшаются не иначе, какъ съ утвержденїа Сената“. Эта статья есть часть очень извѣстнаго въ исторїи русскаго гражданскаго права закона 1845 г. о давности (выс. утв. 23 апрѣля 1845 г. мн. гос. сов. о силѣ и дѣй-

ствїи земской давности, П. С. З., 18. 952)¹, въ которомъ былъ разрѣшенъ рядъ частныхъ вопросовъ, касавшихся давности по русскому праву; кодификаторъ распредѣлилъ установленныя имъ рѣшенїа частныхъ вопросовъ по разнымъ частямъ Свода, отнеся нѣкоторыя къ материальному праву, а другія къ процессу; въ Законахъ судопроизводства гражданскаго 1857 г. послѣднія попали въ составъ особой главы о земской давности для начатїа тяжбъ и исковъ (ст. 213—226), но спеціальное постановленїе о давности для обязательствъ, возникшихъ за границей, было помѣщено въ содержавшей правила сборнаго характера объ иностранцахъ и чужихъ земляхъ, главѣ „о судопроизводствѣ по дѣламъ иностранцевъ“, въ качествѣ, очевидно, особаго извѣтїа изъ общихъ процессуальныхъ правилъ о давности.

Происхожденїе приведеннаго правила о давности по обязательствамъ, возникшимъ за границей, то же, что и происхожденїе другихъ законовъ 30-хъ и 40-хъ годовъ: оно представляетъ собой отвѣтъ на недоумѣнїе судебной практики. Нѣкіе Шестерниковъ и Шавелькинъ уклонялись отъ уплаты по векселю, писанному ими за границей, ссылаясь на то, что русская давность по векселямъ истекла. По дѣлу, доходившему до сената, послѣдовалъ указъ 28 декабря 1825 г., который установилъ, что „россійскій законъ о десятилѣтней давности не можетъ быть распространяемъ на такіа дѣйствїа, которыя происходили за границей“. При работахъ по исправленїю перваго изданїа Свода возникла рѣчь о томъ, чтобы этотъ указъ ввести въ законы гражданскіе, но Государственный Совѣтъ въ 1836 г. отклонилъ это предложенїе, сославшись на то, что не ясно, распространяется ли указъ 1825 г. на „одни дѣйствїа, происшедшія за границею между русскими и иностранцами, или на тѣ дѣйствїа, которыя происходили между русскими“. Въ связи съ работами по установленїю другихъ правилъ о давности вопросъ былъ поставленъ вновь на очередь. Министръ Юстиціи, ссылаясь на указъ 1825 г. и на другое судебное дѣло, ближе имъ не указанное, высказался за то, чтобы указъ растолкованъ былъ въ смыслѣ признанїа обязательности закона мѣста совершенїа обязательства при опредѣленїи давности по такому обязательству. Государственный Совѣтъ принялъ это мнѣнїе, добавивъ еще ссылку на необходимость утвержденїа рѣшенїй по примѣненїю иностраннаго закона о давности сенатомъ, такъ какъ другія судебныя мѣста, по его мнѣнїю, не могли справиться съ задачей примѣненїа чужого права.² Такимъ образомъ, дѣло Шестерникова и Шавелькина, первое извѣстное мнѣ въ исторїи русской судебной практики дѣло, поднявшее конфликтный вопросъ, послужило поводомъ къ созданїю одной изъ раннихъ нашихъ законодательныхъ конфликтныхъ нормъ. Я покажу ниже, что правило закона 1845 г. о давности послужило поводомъ къ внесенїю въ русское законодательство и того болѣе общаго постановленїа относительно выбора за-

¹ Объ этомъ законѣ Энгельманъ, О давности по русскому гражданскому праву, 1866, 85 сл.: онъ особенно памятенъ тѣмъ, что при его выработкѣ впервые было построено общее ученїе русскаго права о давности.

² Свѣдѣнїа по исторїи закона 1845 г. почерпнуты изъ двухъ дѣлъ Арх. Гос. Сов., а именно Дѣла Деп. Зак. по замѣчанїямъ на нѣкоторыя статьи Свода Зак., 1838 г., № 6 и дѣла Гос. Сов. Соед. Деп. Гражд. и Зак. О силѣ и дѣйствїи десятилѣтней давности, 1844—1845 № 53 и 11. Относительно разсмотрѣнїа вопроса во время работъ по исправленїю перваго изданїа Свода есть указанїе у Блосфельда, „Законналъ“ сила Свода Законовъ въ свѣтѣ архивныхъ данныхъ, 1917, 177.

кона, управляющаго обязательствами, которое содержалось въ ст. 707 Уст. Гр. Суд.

Единственная за этотъ періодъ времени коллизіонная норма въ русскомъ законодательствѣ, не имѣвшая корней въ потребностяхъ судебной практики есть § 27 Правилъ 13 марта 1859 г. о государственныхъ непрерывно доходныхъ билетахъ, аналогичный соответствующему правилу закона 1817 г. и гласящій: „Въ случаѣ смерти иностранца, владѣющаго непрерывно доходнымъ билетомъ, капиталъ по сему билету и доходъ съ онаго поступаютъ къ его наслѣдникамъ, по порядку и правамъ наслѣдія того государства, къ которому владѣлецъ принадлежалъ“. (И. С. З., 34. 243).

Къ тому же періоду относятся первыя конвенціи, заключенныя Россіей съ иностранными государствами, по вопросамъ международнаго частнаго права. Онѣ касались вопроса объ иностранныхъ наслѣдствахъ въ Россіи.¹

4. Слѣдующій крупный шагъ въ развитіи русскаго коллизіоннаго права совершенно неожиданно былъ сдѣланъ Судебными Уставами Имп. Александра II.

Даже при поверхностномъ знакомствѣ съ кассационными рѣшеніями по вопросамъ о столкновеніи разномѣстныхъ гражданскихъ законовъ можно замѣтить, что, въ дѣлѣ разрѣшенія этихъ конфликтовъ, громадное значеніе принадлежало нѣсколькимъ статьямъ устава гражданскаго судопроизводства, въ особенности же двумъ изъ нихъ — 464-ой и 707-ой.

Ихъ текстъ гласитъ:

„464. Акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ по существующимъ тамъ законамъ, хотя бы и несходно съ обрядомъ совершенія подобныхъ актовъ въ Россіи, признаются законными актами, если только не опровергается ихъ подлинность.“

„707. Договоры и акты, совершенные за границею, обсуждаются на основаніи законовъ того государства, въ предѣлахъ коего они совершены и признаются дѣйствительными, если только заключающаяся въ нихъ сдѣлка не противна общественному порядку и не воспрещается законами Имперіи.“

Спрашивается, откуда взялись эти правила въ процессуальномъ кодексѣ и почему составители Устава 1864 г. нашли необходимымъ взять на себя рѣшеніе вопросовъ, съ процессомъ мало связанныхъ, сложныхъ и притомъ въ моментъ составленія устава не ставившихся на очередь?

Ясно, что никто не имѣлъ въ виду, составляя ст. 464 и 707 устава, заняться специально международнымъ частнымъ правомъ и его, хотя бы частичной, кодификаціей. Это наглядно доказывается уже положеніемъ двухъ статей въ уставѣ. Въ самомъ дѣлѣ, первое правило, повторяющее старинное положеніе *locus regit actum*, помѣщено въ ученіи о письменныхъ доказательствахъ (гл. IX кн. II); второе, устанавливающее разрѣшеніе конфликтовъ разномѣстныхъ законовъ объ обязательствахъ путемъ примѣненія закона мѣста совершенія обязательства, включено въ ученіе о судебномъ рѣшеніи (гл. XII кн. II). Такимъ образомъ, очевидно, оба вопроса были затронуты попутно, въ качествѣ подробностей хода процесса, случайно приуроченныхъ къ двумъ различнымъ его статьямъ. По существу дѣла, правило *locus regit actum*, конечно, такъ же мало относится къ статьямъ о доказательствахъ, какъ пра-

вило о примѣненіи къ обязательствамъ закона мѣста совершенія — къ статьямъ о судебномъ рѣшеніи. И это, прежде всего, потому, что конфликтныя нормы вообще никакъ не являются нормами процессуальными.

Хорошо извѣстно, что судебные уставы составлены были въ два приема: сначала обсуждались въ государственномъ совѣтѣ проекты, выработанные предсѣдателемъ департамента законовъ графомъ Блудовымъ въ 1857 и слѣдующихъ годахъ; затѣмъ въ 1861 г. вся эта, частью завершенная, работа была приостановлена, и въ государственный совѣтъ были внесены „основныя положенія“ судебной реформы, высочайше утвержденныя въ 1862 г.; на основіи этихъ „положеній“ комиссіей, подъ предсѣдательствомъ государственнаго секретаря Буткова, были кореннымъ образомъ переработаны блудовскіе проекты уставовъ и новые проекты внесены въ государственный совѣтъ, гдѣ были рассмотрѣны въ теченіе 1864 г. и 20 ноября этого года высочайше утверждены. Такимъ образомъ, при изученіи происхожденія текста устава гражданскаго судопроизводства надо имѣть въ виду два наслоенія: проекты блудовскіе и проекты бутковскіе.

Исторія составленія коллизіонныхъ нормъ, содержащихся въ ст. 464 и 708 устава, въ обоихъ стадіяхъ работъ по составленію устава сводится къ слѣдующему. Въ іюнѣ 1857 г. въ государственный совѣтъ былъ внесенъ блудовскій проектъ устава судопроизводства гражданскаго: въ немъ заключалась будущая ст. 464; она была принята соединенными департаментами законовъ и гражданскихъ дѣлъ и помѣщена въ ихъ проектѣ устава 1859 г. Будущей ст. 707 ни въ этомъ блудовскомъ проектѣ, ни въ внесенномъ въ мартѣ 1861 г. проектѣ статей о судопроизводствѣ по особннымъ родамъ тяжбъ и исковъ не содержалось; отмѣчая этотъ второй проектъ потому, что въ старыхъ Законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ — 2 ч. X т. свода изд. 1857 г. въ раздѣлѣ объ особнныхъ родахъ тяжбъ и исковъ имѣлась глава о судопроизводствѣ по дѣламъ иностранцевъ, а это, при переработкѣ старыхъ статей, могло дать, какъ впоследствии и дало, поводъ намѣтить правило будущей статьи 707. Во второй стадіи работъ по составленію устава слѣдовали въ общемъ тѣмъ же путемъ, что и въ первой. Сначала былъ разработанъ и внесенъ въ декабрѣ 1863 г. въ государственный совѣтъ проектъ устава гражданскаго судопроизводства, въ числѣ статей котораго была, какъ и раньше, помѣщена будущая ст. 464. Позднѣе былъ разработанъ и внесенъ въ государственный совѣтъ въ апрѣлѣ 1864 г. проектъ VI книги устава объ особнныхъ родахъ судопроизводства, гдѣ оказалась будущая ст. 707, появившаяся, какъ результатъ пересмотра статей свода о судопроизводствѣ по дѣламъ иностранцевъ. Такимъ образомъ, при составленіи устава гражданскаго судопроизводства, ст. 464 вырабатывалась совершенно отдѣльно отъ ст. 707, и обѣ входили въ составъ двухъ разныхъ законопроектвъ, слившихся въ одно дѣло лишь подъ самый конецъ работъ. Очевидно, о систематическомъ рѣшеніи вопросовъ коллизіоннаго права рѣчи не было.

Исторія выработки двухъ разсматриваемыхъ статей свидѣтельствуетъ не только объ отсутствіи подобнаго систематическаго замысла; болѣе того, она безспорно доказываетъ, что каждая изъ нихъ, взятая отдѣльно, появилась въ уставѣ совершенно случайно. Первую составили потому, что аналогичное правило нашлось въ одномъ изъ русскихъ источниковъ блудовскаго проекта устава судопроизводства гражданскаго; вторая была составлена въ бутковскомъ про-

¹ Исторія этихъ конвенцій въ моей статьѣ: Русское наслѣдственное конфликтное право. Конфликты междугосударственные въ Трудахъ русскихъ ученыхъ за границей I (1921), 133—177.

ектъ объ особенныхъ родахъ тяжбъ и исковъ заново, но лишь потому, что въ источникахъ нашелся нѣкоторый поводъ къ ея выработкѣ.

Обращаюсь сначала къ правилу о формѣ сдѣлокъ, изложенному въ ст. 464. Въ проектѣ устава судопроизводства гражданскаго, составленномъ на основаніи блудовскаго проекта 1857 г. департаментами законовъ и гражданскихъ дѣлъ¹, текстъ статьи помѣщенъ въ главѣ о доказательствахъ и гласитъ: „439. Акты, составленные и совершенные въ иностранномъ государствѣ по тамошнему обычаю, хотя и несходно съ обрядомъ составленія и совершенія подобныхъ актовъ въ Россіи, признаются актами въ законной формѣ совершенными“.

Построеніе совокупности правилъ этого проекта, касающихся письменныхъ доказательствъ, довольно близко, въ подробностяхъ, къ ученію о письменныхъ доказательствахъ въ Законахъ судопроизводства гражданскаго 1857 г., который проектъ имѣлъ въ виду замѣнить. Но конфликтнаго правила о законѣ, управляющемъ формой актовъ, въ Сводѣ нѣтъ. Невольно возникаетъ предположеніе, что Блудовъ почерпнулъ его изъ тѣхъ западныхъ кодексовъ, которыми онъ вдохновлялся, сардинскаго кодекса 1855 г., женеваго 1819 г. и французскаго. На дѣлѣ такое предположеніе не оправдывается. Оказывается, что конфликтное правило о формѣ сдѣлокъ извлечено имъ изъ русскаго источника, а именно извѣстнаго намъ § 223 устава коммерческаго судопроизводства 1832 г., воспроизведенномъ въ Сводѣ учреждений и уставовъ торговыхъ изд. 1857 г., изъ котораго рядъ правилъ служилъ исполненіемъ скуднаго общаго процессуальнаго законодательства и числился частью и въ Законахъ судопроизводства гражданскаго 1857 г.

Обращеніе составителей блудовскаго проекта черезъ Сводъ къ уставу 1832 г. легко себѣ объяснить. Въ самомъ Сводѣ, какъ отмѣчено выше, пробѣлы общаго процессуальнаго законодательства восполнялись за счетъ этого акта; Блудовъ еще разъ использовалъ его и внесъ въ свой проектъ, между прочимъ, и заключавшееся въ немъ правило о формѣ сдѣлокъ. Вызывалось это обращеніе тѣмъ, давно уже указаннымъ въ литературѣ фактомъ, что уставъ коммерческихъ судовъ 1832 г. представлялъ по тому времени лучшее, что было въ нашемъ судопроизводственномъ законодательствѣ. Изъ блудовскаго проекта правило о законѣ, опредѣляющемъ форму сдѣлокъ, было перенесено въ проектъ бутковскій. Въ существенно переработанныхъ, сравнительно съ проектомъ 1861 г., правилахъ бутковскаго проекта относительно письменныхъ доказательствъ была, какъ и прежде, помѣщена статья (316) о формѣ сдѣлокъ, въ слѣдующей редакціи: „Акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ по существующимъ тамъ законамъ, хотя и несходно съ обрядомъ совершенія подобныхъ актовъ въ Россіи, признаются законными актами, если только не опровергается ихъ подлинность“. Какъ видно, это постановленіе составлено путемъ легкой перефразировки § 223 устава 1832 г., несовпадающей буквально съ перефразировкой того же параграфа въ проектѣ 1861 г., но по существу ничѣмъ отъ нея не отличающейся. Единственно, что составители бутковскаго проекта внесли отъ себя, было дополнительное постановленіе слѣдующей за указанной статьи проекта устава гражданскаго судопроизводства (317): „Если представлены къ дѣлу акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ, то

¹ Въ самомъ блудовскомъ проектѣ та же редакція.

сторона, противъ коей они представлены, имѣеть право требовать удостовѣреніе русскаго посольства, миссіи или консульства, что акты эти дѣйствительно составлены по законамъ иностраннаго государства“. Оба приведенныхъ постановленія не вызвали въ разсматриваемой второй стадіи работъ по составленію устава никакихъ споровъ. Основная статья о формѣ актовъ осталась неизмѣнною и составила уже приведенную выше ст. 464 дѣйствующаго устава, а дополнительная статья объ удостовѣреніи соответствія формы законамъ страны была нѣсколько передѣлана, и такое удостовѣреніе было признано обязательнымъ, независимо отъ требованія противной стороны въ процесѣ. Въ Уставѣ это дополнительное правило составляетъ ст. 465 и изложено такъ: „Акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ, могутъ быть представлены къ дѣлу не иначе, какъ съ удостовѣреніемъ русскаго посольства, миссіи или консульства, что они дѣйствительно составлены по законамъ того государства“.

Такимъ образомъ, изслѣдуя происхожденіе правила устава гражданскаго судопроизводства о законѣ, которымъ опредѣляется форма актовъ мы упираемся въ § 223 устава коммерческихъ судовъ 1832 г. Первая изъ коллизіонныхъ нормъ устава есть, слѣдовательно, результатъ механическаго заимствованія изъ болѣе ранняго русскаго законодательства.

Какъ появилась другая коллизіонная норма устава, посвященная опредѣленію закона, примѣняемаго къ обязательственнымъ конфликтамъ? Ея происхожденіе, пожалуй, еще болѣе случайно, нежели происхожденіе ст. 464.

Уже Блудовъ отнесся весьма критически ко всей главѣ 2 ч. X т. 1857 г., посвященной судопроизводству по дѣламъ иностранцевъ, не находя въ собранныхъ тамъ постановленіяхъ оправданія построенію особаго судопроизводства по этимъ дѣламъ. Правило земской давности, которое было установлено закономъ 1845 г. на основаніи рѣшенія 1825 г. по дѣлу Шестерникова и Шавелькина и которое входило, какъ ст. 1000, въ главу 2 ч. X т. о судопроизводствѣ по дѣламъ иностранцевъ, Блудовъ отнесъ къ общимъ процессуальнымъ правиламъ о давности, а остальные статьи призналъ или вообще ненужными, или также подлежащими распредѣленію по другимъ частямъ устава гражданскаго судопроизводства. Соответственно блудовскому проекту въ редакціи устава 1861 г. взятая изъ закона 1845 г. ст. 1000 зак. суд. гражд. давности по обязательствамъ, возникшимъ за границей, составила, помѣщенную въ главѣ о земской для начатія исковъ давности, ст. 57, гдѣ говорилось: „Если обязательства, или договоры, совершены русскими подданными въ какомъ либо иностранномъ государствѣ на основаніи узаконеній того края, то судебныя мѣста, при разсмотрѣніи споровъ по такимъ договорамъ, обязаны, въ случаѣ существованія различныхъ сроковъ давности въ Россіи и въ томъ государствѣ, гдѣ договоръ совершенъ, принимать всегда въ основаніе рѣшеній болѣе продолжительный срокъ давности. Для предупрежденія затрудненій, кои могли бы возникнуть въ мѣстахъ судебныхъ отъ незнанія постановленій иностранныхъ, тяжущіеся обязаны, въ случаѣ ссылки на сіи постановленія, представлять при исковомъ прошеніи засвидѣтельствованную въ министерствѣ иностранныхъ дѣлъ выписку изъ оныхъ.“

Въ бутковскихъ проектахъ статью о давности по совершеннымъ за границей актамъ постигла нѣсколько иная судьба. Основной проектъ устава не воспроизводилъ вообще правилъ о давности въ процесѣ, въ этомъ отношеніи отстывая отъ образца законовъ судопроизводства гражданскаго и блудовскаго

проекта. Некуда было поэтому перенести и правила о давности для заграничных сдѣлокъ. Къ нему, однако, пришлось вернуться при обсужденіи правилъ свода 1857 г. объ особыхъ родахъ производства.

Въ проектѣ шестой книги устава гражданскаго судопроизводства, дополнительно внесенномъ въ Государственный Совѣтъ, составители его естественно должны были остановиться на правилахъ свода 1857 г. о судопроизводствѣ по дѣламъ иностранцевъ. Эти статьи вызвали въ общемъ столь же критическое отношеніе съ ихъ стороны, что и со стороны составителей проектовъ блудовскихъ. Въ объяснительной запискѣ доказывалась ненужность и безсодержательность однихъ и необходимость переработки и размѣщенія въ другой связи остальныхъ. Составители столкнулись при этомъ со ст. 1000 о давности по возникшимъ за границей обязательствамъ, но не могли уже, какъ составители блудовскихъ проектовъ, сослаться на то, что статья эта должна быть помѣщена въ общихъ правилахъ устава о земской давности. Ихъ разсужденіе совершенно иное, можно сказать, неожиданное. Его слѣдуетъ воспроизвести цѣликомъ. „Статья 1000... содержать въ себѣ... правило о томъ, что русскіе подданные, заключившіе обязательство за границею на основаніи иностранныхъ законовъ не могутъ и по возвращеніи въ Россію уклоняться отъ ихъ исполненія подъ предлогомъ истечения срока земской давности, если сн обязательства и по минованіи сего срока сохраняютъ свою силу по законамъ того государства, гдѣ они составлены. По одному изъ коренныхъ правилъ международнаго права всякій актъ обсуждается по законамъ того государства, въ которомъ онъ совершенъ. Этому правилу не противорѣчатъ и наше законодательство, какъ это видно изъ приведенной 1000 ст. 2 ч. X т. и изъ ст. 916 и 1077 ч. I т. X. Вслѣдствіе сего не представляется препятствій удержать 1000 ст. въ новомъ уставѣ съ измѣненною редакціей, выразивъ, что всѣ акты и договоры, совершенные за границею не только русскими подданными, но и иностранцами, обсуждаются по законамъ того государства, гдѣ они составлены и признаются дѣйствительными, если только заключающаяся въ нихъ актахъ и договорахъ сдѣлка не противна общественному порядку и не воспрещается законами Имперіи.“

Такъ появилась ст. 707 и рядомъ съ ней ст. 708, напоминавшая о ст. 1000 ч. 2 X т., какъ о поводѣ ея составленія, и гласившая: „Договоры, заключенные за границей по иностраннымъ законамъ, не теряютъ своей силы въ Россіи по истеченіи земской давности, если по законамъ того государства, гдѣ они совершены, устанавливается болѣе продолжительная давность.“

Нельзя, конечно, отрицать внутренней связи ст. 707 устава гражданскаго судопроизводства, съ одной стороны, и ст. 708 устава и ея источника ст. 1000 ч. 2 X т., съ другой. Разъ къ давности по обязательствамъ примѣняется законъ мѣста ихъ возникновенія, то, очевидно, потому, что этотъ законъ вообще управляетъ обязательствами въ случаѣ конфликта разномѣстныхъ законовъ. Но составители ст. 707 не довольствовались этимъ разсужденіемъ, а старались подвести подъ нее еще и другой фундаментъ. Какъ видно изъ объяснительной записки, они полагали, что подчиненіе акта законамъ страны, гдѣ онъ совершается, представляло собой „одно изъ коренныхъ правилъ международнаго права“. Если при составленіи ст. 464 устава о формѣ сдѣлокъ опирались на русскій законодательный прецедентъ, то здѣсь, при составленіи ст. 707, русскій прецедентъ заслонялся чистой доктриной.

Ст. 707 была речецирована прямо изъ литературы. Составители устава

въ тѣхъ западно-европейскихъ кодексахъ, къ которымъ они обращались, не могли найти правила о столкновеніи законовъ о существѣ обязательствъ, ибо въ этихъ образцахъ такого правила не было. Они и отмѣтили это, указавъ, какъ я уже говорилъ, что взяли ст. 707 изъ общепризнанныхъ началъ международнаго права. Правильна ли была эта ссылка и не сдѣлали ли составители ошибку, сказавъ, что обязательства, согласно этимъ началамъ, по существу своему — о формѣ говорила уже ст. 464 — подчинены дѣйствию закона мѣста ихъ возникновенія?

Въ настоящее время часто забывается, что во время составленія устава господствующимъ взглядомъ въ доктринахъ международнаго частнаго права объ обязательствахъ было дѣйствительно признаніе, что, какъ форма ихъ, такъ и существо подчинены закону ихъ совершенія. Правило *locus regit actum* казалось поэтому относящимся не только къ формѣ, какъ мы обычно думаемъ, но и къ существу обязательственныхъ отношеній. Нѣтъ надобности изучать здѣсь, какъ сложилось такое пониманіе; достаточно сказать, что оно въ серединѣ прошлаго вѣка представляется болѣе распространеннымъ во всѣхъ безъ исключенія большихъ европейскихъ странахъ.

Здѣсь не мѣсто изслѣдовать историческое происхожденіе возрѣній, сводящихся къ признанію за правиломъ *locus regit actum* значеніе нормы, касающейся и формы, и существа обязательства. Достаточно сказать, что въ нихъ сказывается влияніе одного изъ распространенныхъ пониманій такъ называемаго смѣшаннаго статута статутарной доктрины. Составители устава гражданскаго судопроизводства были правы, когда говорили, что подчиненіе обязательствъ закону мѣста ихъ совершенія представляетъ собой „одно изъ коренныхъ правилъ международнаго права“. Правда, ко времени составленія устава складываются и другія возрѣнія. Однако, все же несомнѣнно, что господствовало правило о законѣ мѣста совершенія обязательствъ, т. е. въ конечномъ счетѣ то самое начало, которое, примѣнительно къ формѣ сдѣлокъ, было уже помѣщено въ уставѣ гражданскаго судопроизводства въ ст. 464 и взято опять-таки чрезъ посредство устава коммерческихъ судовъ Сперанскаго съ запада.

Едва ли можетъ быть сомнѣніе, что изъ западной доктрины взята и та оговорка объ общественномъ порядкѣ и о запретительныхъ законахъ, которая содержится въ ст. 707 устава. М. И. Брунъ¹ пытался изслѣдовать вопросъ о происхожденіи упоминанія о публичномъ порядкѣ въ ст. 707. Онъ говоритъ: „Понятіе — „общественный порядокъ“ — могло быть взято изъ иностраннаго источника, гдѣ говорилось объ *ordre public*. Правда, слова „общественный порядокъ“ встрѣчались уже въ ст. 1528 1 ч. X т. изд. 1857 г., которой соответствовала ст. 966 изд. 1832 г. Но источники этой статьи по П. С. З. этихъ словъ не знаютъ, такъ что, по всей вѣроятности, они сочинены были Сперанскимъ, который могъ взять ихъ изъ 6 ст. *code civil*. Такимъ образомъ взялъ ли составитель 707 ст. „общественный порядокъ“ изъ иностраннаго источника непосредственно или справившись съ 1528 ст. 1 ч. X т. — во всякомъ случаѣ, эти слова вошли въ наше дѣйствующее законодательство благодаря существованію 6 ст. *code civil*.“ Я думаю, что гипотеза М. И. Бруна слишкомъ сложна. Отмѣчу, прежде всего, что, если даже ее принять для понятія „общественнаго порядка“, останется не объясненнымъ происхожденіе

¹ Брунъ. Публичный порядокъ въ международномъ частномъ правѣ, 1916, 94.

въ той же 707 ст. словъ: „если... не воспрещается законами Имперіи“. Сочетаніе обѣихъ идей станетъ понятнымъ, разъ, какъ это явствовало изъ предшествующихъ наблюдений, надо считать всю статью заимствованной изъ западной доктрины. Въ той литературѣ, съ которой были знакомы составители ст. 707 и изъ которой взяли ея текстъ, дѣйствіе закона мѣста въ отношеніи обязательствъ ограничивалось именно въ обѣихъ изъ указанныхъ ст. 707 направленій — одни ссылались на общественный порядокъ, другіе на освященный Савиньи вариантъ той же идеи — „запретительные законы“.

5. Вся послѣдующая за 1864 г. исторія русскаго конфликтнаго права исчерпывается практикою гражданскаго кассационнаго департамента сената, за тремя исключеніями, о которыхъ ниже. Законодатель перестаетъ интересоваться конфликтами, и ничего подобнаго тому, что представляла собой, на примѣръ, работа по составленію законовъ 40-хъ годовъ о наследственныхъ конфликтахъ или, хотя бы даже, ст. 464 и 707 уст. гр. суд., мы не видимъ. Но зато совершается крупнѣйшей важности работа кассационнаго суда. Сводъ свято храниль всѣ отрывки по вопросамъ конфликтнаго права, которые дало старое законодательство вплоть до судебныхъ уставовъ включительно. Изъ этихъ отрывковъ приходилось строить систему, и кассационная практика съ этой задачей въ общемъ справилась и справилась довольно успѣшно. Результаты ея работы до сихъ поръ не сведены въ одно цѣлое и въ изслѣдованіи ихъ — одна изъ самыхъ настоятельныхъ и очередныхъ задачъ русской юриспруденціи. Но обзоръ итоговъ этой судебной практики не мѣсто въ исторіи русскаго коллизіоннаго права. Здѣсь уже область его догмы.

Я упомянулъ о трехъ случаяхъ, когда русскій законодатель послѣ 1864 г. нарушилъ свое молчаніе по вопросамъ международнаго частнаго права. Первый изъ нихъ — законъ 14 іюня 1888 г. (П. С. З., 5353), опредѣлившій подсудность по дѣламъ о расторженіи браковъ православныхъ русскихъ гражданъ, совершенныхъ за-границей. Второй — законъ 22 февраля 1894 г. (П. С. З., 10. 380) объ измѣненіи и дополненіи узаконеній, касающихся порядка вызова наследниковъ послѣ умершихъ иностранцевъ изъ турецкихъ и персидскихъ подданныхъ и вообще азіатцевъ, установившій особые правила о наследованіи послѣ турокъ. Третій законъ, коснувшійся конфликтовъ, имѣетъ гораздо болѣе принципиальное значеніе. При составленіи Устава о векселяхъ 27 мая 1902 г. (Св. Зак. т. XI, ч. 2 изд. 1903 г.) въ него включенъ былъ, составленный по иностраннымъ образцамъ, особый отдѣлъ о примѣненіи иностранныхъ и мѣстныхъ законовъ (ст. 82—85, ср. ст. 126), въ которомъ нашли себѣ разрѣшеніе конфликтные вопросы о векселеспособности, формѣ вексельной сдѣлки и протестѣ.

Къ періоду послѣ Судебныхъ уставовъ относится возникновеніе ряда международныхъ конвенцій между Россіей и отдѣльными иностранными государствами по вопросамъ частнаго международнаго права. Въ первую очередь таковы наследственные конвенціи 70-хъ и 80-хъ годовъ съ главными европейскими государствами, которыми въ Россіи для международныхъ конфликтовъ усвоено начало подчиненія наследованія закону личному, начало, которое, какъ мы знаемъ, для конфликтовъ междуобластныхъ было принято у насъ еще въ 40-хъ годахъ прошлаго столѣтія. Кромѣ этихъ сепаратныхъ конвенцій, Россія приняла участіе и въ общей договорной кодификаціи международнаго частнаго права.

Опытъ языческой реставраціи при Владимірѣ

А. Погодина

Славяне поднялись на сѣверъ, къ Балтійскому морю, задолго до основанія русскаго государства. Это должно было происходить въ ту лингвистическую эпоху, которая совпадаетъ со славянскими словарными заимствованиями изъ готскаго языка, т. е. не позже IV вѣка послѣ Р. Х. Въ это время о заимствуемыхъ словъ передавалось черезъ славянское у (букос-вѣкѣс, др.-нѣм. *buoh*; Сумь-др. фин. *Sōmi*, соврем. фин. *Suomi*-Финляндія). Славяне разселились среди тѣхъ же лѣсовъ и болотъ, гдѣ жили и западно-финскія племена; они находились въ тѣхъ же бытовыхъ условіяхъ, что и финскія племена или южнѣе ихъ жившія литовско-латышскія. Связи между этими тремя группами племенъ восходятъ къ очень старому времени; онѣ не могутъ быть позже самаго начала нашей эры, какъ показываютъ совершенныя всѣми ими заимствования изъ праготскаго языка, восходящія къ первому вѣку послѣ Р. Х. Первые попытки ихъ государственнаго объединенія принадлежатъ также германцамъ, сначала готамъ, создавшимъ въ IV в. славное царство Германариха, потомъ скандинавамъ. Государственность всѣхъ ихъ шла по великому водному пути „изъ Варягъ въ Греки“; она поддерживалась съ помощью германскихъ укрѣпленій — градовъ, укрѣпленныхъ пунктовъ, куда сносились дань („по бѣлой веверицѣ отъ мира“, по даннымъ нашихъ начальныхъ лѣтописныхъ сводовъ). Къ югу отъ этого сѣвернаго района варяжскихъ владѣній простирался другой районъ съ центромъ въ Апуле (въ Ковенской губ.).

Повидимому, въ половинѣ IX вѣка между всѣми этими подчиненными варягамъ различными племенами, а, можетъ быть, и дальше на Западъ, къ Вислѣ, начинается броженіе. Литовцы свергаютъ варяжское владычество, а у насъ „всташа Словѣне и Кривичи и Мера и Чюдъ на Варягы, и изгънаша я за море, и начаша владѣти сами себѣ“¹. По освобожденіе было не на долго: собравъ новыя силы, скандинавы опять подчинили себѣ Апуле, а владычество ихъ у Финскаго залива, гдѣ освободившіяся племена успѣшили „владѣти сами себѣ“, было восстановлено на почвѣ взаимной борьбы племенъ. И на этотъ разъ скандинавы рѣшили, повидимому, обосноваться здѣсь въ серьезъ, и занять своими гарнизонами всѣ важнѣйшіе пункты. Когда Константинъ Багрянородный перечисляетъ русскіе города, то онъ имѣетъ въ виду, конечно,

¹ Не имѣя подъ руками русской лѣтописи, пользуюсь здѣсь и въ дальнѣйшемъ „Разысканіями о древнѣйшихъ русскихъ лѣтописныхъ сводахъ“ А. А. Шамагова.

Періодизація въ исторіи права

Проф. Ө. В. Тарановскаго

I

Историческій процессъ, какъ и процессъ органическаго развитія, подобно всякому процессу движенія, слагается изъ непрерывнаго ряда безконечно малыхъ измѣненій. Измѣненія эти въ ихъ непосредственной данности незамѣтны и неуловимы для наблюдателя, сколь бы онъ ни совершенствовалъ средства и приемы наблюденія. Только прогрессивное наростаніе безконечно малыхъ измѣненій даетъ возможность наблюдателю время отъ времени констатировать наличность накопившихся болѣе крупныхъ и потому уже замѣтныхъ измѣненій, свидѣтельствующихъ о совершающемся процессѣ развитія. Поэтому наблюденіе эволюціоннаго процесса оказывается поневолю прерывистымъ и заключается въ установленіи такихъ моментовъ, сопоставленіе которыхъ наглядно обнаруживаетъ происшедшія измѣненія и такимъ образомъ вскрываетъ наличность развитія, неуловимаго въ его непрерывности. Эти показательные моменты отдѣлены другъ отъ друга извѣстными промежутками времени, болѣе или менѣе продолжительными, въ зависимости отъ свойствъ объекта, качества средствъ и характера приѣмовъ наблюденія. Какъ бы то ни было, при изученіи эволюціоннаго процесса приходится разбивать его на хронологическія части уже въ первоначальной стадіи наблюденія для простаго установленія факта поддающихся учету измѣненій.

Указанная необходимость и неизбежность прерывистости въ наблюденіи эволюціоннаго процесса и вытекающія изъ нея послѣдствія проявляются съ особенной наглядностью въ изученіи исторіи, такъ какъ при этомъ имѣетъ дѣло съ прошлымъ, и показательныхъ моментовъ не приходится поджидать, а нужно лишь ихъ выбирать изъ числа совершившихся и устанавливаемыхъ по источникамъ фактовъ.

Въ области исторіи права показательными моментами эволюціи служатъ многообразныя проявленія нормативныхъ и юридическихъ фактовъ, въ особенности — прецеденты, законы, кодексы, акты судебной и внѣсудебной юридической практики *secundum legem*, *praeter legem* и *contra legem*, такіе же акты государственной практики, узурпаціонныя дѣйствія, бунты и возстанія, поскольку въ послѣднихъ неправомѣрныхъ актахъ сказываются борьба новаго права съ старымъ и сдвиги въ коллективной психикѣ повиновенія дѣйствующему праву. Внѣ всякаго сомнѣнія, конечно, стоитъ показательное значеніе крутыхъ правительственныхъ реформъ, государственныхъ переворотовъ и народныхъ движеній, или революцій сверху и снизу.

Установивъ показательные моменты и констатировавъ такимъ образомъ наличность эволюціонныхъ измѣненій, историкъ по даннымъ прерывистаго наблюденія восстанавливаетъ ходъ непрерывнаго развитія. Показательные моменты отдѣлены какъ бы пробѣлами въ ходѣ развитія, эти своего рода пробѣлы восполняются всѣми данными о бытѣ соответственнаго времени, какія только историку удастся добыть изъ источниковъ. Онъ воссоздаетъ такимъ образомъ возможно полную картину жизни того времени. Въ ней, какъ и во всякой жизни, можно различать двѣ стороны: извѣстнаго рода самодовлѣніе въ предѣлахъ настоящаго и подготовленіе будущаго. Вторая сторона привлекаетъ къ себѣ особенное вниманіе историка, такъ какъ именно путемъ изученія ея уясняются и восполняются промежутки и пробѣлы, отдѣляющіе одинъ показательный моментъ развитія отъ другого. По состоянію историческихъ источниковъ далеко не всегда удается наполнить указанные пробѣлы конкретными эмпирическими данными. Въ виду недостатка соответственнаго матеріала приходится въ такихъ случаяхъ прибѣгать къ замѣчаніямъ общаго характера и говорить, что измѣненія подготавливались „мало по малу“ и происходили „постепенно“. Такого рода замѣчанія и заявленія вызываютъ нерѣдко проницательное отношеніе къ себѣ со стороны критиковъ историческаго познанія. Необходимо поэтому подчеркнуть, что такія замѣчанія и заявленія вынуждаются состояніемъ источниковъ, и съ точки зрѣнія теоретико-познавательной не заслуживаютъ ни малѣйшей прони. Въ нихъ сказывается апріорное для данныхъ случаевъ признаніе непрерывности процесса развитія, подтверждаемой въ цѣломъ рядѣ другихъ случаевъ и *a posteriori*. Возстановивъ такъ или иначе непрерывный ходъ развитія, историкъ устраняетъ периодизацію по показательнымъ моментамъ какъ болѣе ненужную и затѣмъ имѣетъ дѣло съ единымъ послѣдовательнымъ рядомъ измѣненій.

Для того, чтобы послѣдовательный рядъ измѣненій выступалъ какъ непрерывный ходъ эволюціоннаго процесса, недостаточно установить чередованіе этихъ измѣненій и необходимо вскрыть ихъ взаимообусловленность въ смыслѣ причинно-слѣдственной связи между ними. Мы не станемъ входить въ подробное обсужденіе вопроса о причинности при изученіи историческихъ явленій. Это отвлечло бы насъ чересчуръ далеко отъ нашей непосредственной темы. Ограничимся лишь общимъ указаніемъ на специфическій характеръ исторической причинности, существенно отличающій ее отъ закона причинности въ естествознаніи. Въ причинно-слѣдственномъ ряду историческихъ явленій, въ противоположность такому же ряду явленій естественныхъ, *causa non aequat effectum, sed effectus exsuperat causam*, такъ что слѣдствіе вноситъ неизмѣнно нѣчто большее по сравненію съ породившей его причиной. Въ такомъ своеобразномъ проявленіи принципа причинности сказывается основная особенность общественной эволюціи, понимаемой въ смыслѣ созиданія и накопленія культурныхъ цѣнностей.

II

Отборомъ показательныхъ моментовъ, ихъ сопоставленіемъ и расположеніемъ обнаруженныхъ этимъ путемъ измѣненій въ причинно-слѣдственный рядъ осуществляется только первая задача историческаго изученія, заключающаяся въ выявленіи и причинно-слѣдственномъ связываніи фактовъ эволюціи. За нею необходимо слѣдуетъ вторая задача, заключающаяся въ осмы-

сленіи эволюціоннаго процесса. Подъ осмысленіемъ историческаго эволюціоннаго процесса мы понимаемъ приложеніе къ нему общіиныхъ сужденій, направленное на опредѣленіе и учетъ культурныхъ цѣнностей, создаваемыхъ и накапливаемыхъ въ процессѣ общественной эволюціи.

Осмысленіе и вытекающее изъ него уразумѣніе эволюціоннаго процесса достигается путемъ установленія поворотныхъ пунктовъ, знаменующихъ собою принципиальное измѣненіе хода развитія и вступленіе его на новые пути. Выдѣленіе поворотныхъ пунктовъ приводитъ къ новому дѣленію непрерывнаго эволюціоннаго процесса на хронологическія части, или на періоды. Дѣленіе это по существу отлично отъ указаннаго выше хронологическаго дробленія эволюціоннаго процесса по показательнымъ моментамъ замѣтныхъ измѣненій.

Первоначальное дробленіе непрерывнаго развитія по показательнымъ его моментамъ вызывается техническими условіями наблюденія и опредѣляется, съ одной стороны, состояніемъ средствъ и приемовъ наблюденія, съ другой стороны, — свойствами матеріала наблюденія, напримѣръ, характеромъ историко-юридическихъ источниковъ, ихъ количественнымъ обиліемъ или скудностью, большими или меньшими промежутками, отдѣляющими ихъ другъ отъ друга во времени, и т. п. Дѣленіе историческаго процесса по поворотнымъ пунктамъ развитія вызывается стремленіемъ къ уразумѣнію развитія и опредѣляется, съ одной стороны, тѣми вопросами, съ которыми изучающій подходит къ установленному причинно-слѣдственному ряду измѣненій, съ другой стороны, — объективными свойствами не матеріала наблюденія, въ частности, не историко-юридическихъ источниковъ, а самаго процесса развитія, предварительно уже выявленнаго изъ обследованнаго матеріала, по изслѣдованнымъ источникамъ.

Дробленіе непрерывнаго историческаго процесса на хронологическія части, отдѣляемыя другъ отъ друга показательными моментами развитія, носитъ предварительный временный характеръ и по минованіи технической надобности устраняется, какъ убираются леса по окончаніи постройки. Наблюденіе историческаго процесса завершается установленіемъ (быть можетъ, можно бы сказать, — восстановленіемъ) непрерывнаго причинно-слѣдственнаго ряда замѣтныхъ измѣненій, въ которомъ нѣтъ больше мѣста дробленію и дѣленію на части.

Прямо противоположными чертами характеризуется значеніе и судьба дѣленія историческаго процесса, производимаго въ порядкѣ осмысленія послѣдняго. Дѣленіе это носитъ не предварительный, но заключительный характеръ. Оно направлено на установленіе послѣдовательныхъ стадій развитія, къ чему сводится конечная цѣль историческаго изученія. Поэтому дѣленіе это не устраняется по завершеніи подготовительной работы наблюденія, но остается въ качествѣ результата цѣлокупнаго изученія, являя собою формулу нашего уразумѣнія историческаго процесса, дѣйствительную въ предѣлахъ признанія принятыхъ нами критеріевъ научно-историческаго сужденія и до тѣхъ поръ, покада не подвергнутся эволюціонному измѣненію самые эти критеріи.

Изъ сказаннаго, надѣемся, ясно, сколь разнородны и потому по существу различны два указанныхъ нами приема и вида исторической періодизаціи. Чтобы наглядно подчеркнуть ихъ разнородность и существенное различіе наименованіями, назовемъ первый приемъ и видъ технической періодизаціей, второй — рациональной. Первое наименованіе производится

отъ техники наблюденія, второе — отъ того „разсужденія“ (raisonnement, ratiocinatio), которое слѣдуетъ за наблюденіемъ и, правильно сочетаясь съ послѣднимъ, приводитъ насъ къ историческому познанію.

Только рациональная періодизація представляеть собою то дѣленіе, въ которомъ, по незабвенному выраженію В. И. Сергѣевича, весь смыслъ исторіи, вся философія ея хода и перемѣнъ.

III

Что же полагается въ основу рациональной исторической періодизаціи? По какому признаку выдѣляются поворотные пункты въ развитіи и устанавливаются послѣдовательныя стадіи эволюціи?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ дается въ различныхъ специальныхъ областяхъ историческаго изученія въ зависимости отъ точки зрѣнія, свойственной каждой изъ нихъ въ отдѣльности. Исторія матеріальной культуры, экономическая исторія, исторія духовной культуры, исторія религіи, церкви, философіи, науки, литературы, искусства, исторія права, — всякая изъ этихъ историческихъ дисциплинъ подходитъ къ единому историческому процессу со своей особой точки зрѣнія и примѣнительно къ ней устанавливаетъ свои критеріи рациональной періодизаціи. Въ исторіи права выдѣленіе поворотныхъ пунктовъ развитія и установленіе стадій эволюціи производится по признаку смѣны правовыхъ принциповъ социальной и политической жизни.

Правовые принципы это тѣ общія идеи, которыя отвлекаются отъ эмпирическаго правового матеріала. Добываются онѣ путемъ индукціи. Добытыя, онѣ служатъ отправной точкой для систематизаціи правового матеріала въ порядкѣ дедуцированія всѣхъ его отдѣльныхъ положеній изъ нѣкоторыхъ общихъ началъ. Такого формальное значеніе правовыхъ принциповъ. Въ матеріальномъ отношеніи правовые принципы представляють собою рѣшеніе основныхъ проблемъ юридической регламентаціи человѣческаго общежитія. Такими основными проблемами являются опредѣленія отношеній между личностью, обществомъ и властью. Разсматриваемые съ формальной стороны, правовые принципы выступаютъ въ качествѣ логическихъ категорій юридическаго мышленія и познанія. Взятые со стороны матеріальной, правовые принципы составляютъ морально-культурныя цѣнности, создаваемые въ процессѣ историческаго развитія права.

Покуда правовой матеріалъ наводитъ насъ на одни и тѣ же принципы и въ свою очередь можетъ быть изъ нихъ дедуцированъ, мы имѣемъ дѣло съ единой системой права, съ проявленіемъ одинаго юридическаго мышленія, съ дѣйствіемъ однихъ и тѣхъ же культурныхъ цѣнностей и, слѣдовательно, съ одной стадіей правового развитія, съ однимъ періодомъ въ исторіи права. По мѣрѣ констатированія юридическихъ нормъ и юридическихъ отношеній, представляющихъ собою явно замѣтныя данныя для новой индукціи и не поддающихся болѣе дедуцированію изъ положеній, добытыхъ прежнимъ обобщеніемъ, мы отмѣчаемъ поворотный пунктъ въ развитіи, констатируемъ наступившую смѣну правовыхъ принциповъ, выдѣляемъ новый періодъ, новую стадію въ исторической эволюціи права.

IV

На первый взгляд может показаться, что, полагая в основу периодизации смѣну правовых принциповъ, историки-юристы находятъ послѣдніе готовые въ догматической юриспруденціи время минувшихъ, и что такимъ образомъ самая исторія права превращается въ исторію юридической догматики. Такое представленіе не правильно.

Догматическая юриспруденція, методически разработанная и доходящая до осознанія и формулированія общихъ правовыхъ принциповъ, является сравнительно позднимъ продуктомъ развитія правовой жизни и въ теченіе долгаго времени совершенно отсутствуетъ. Слѣдовательно, для древнѣйшихъ и раннихъ періодовъ историкъ-юристъ не располагаетъ готовымъ догматическимъ матеріаломъ, современнымъ изучаемой имъ эпохѣ. Здѣсь историкъ-юристу приходится вполне самостоятельно и обобщать конкретный правовой матеріалъ, и, если угодно, догматизировать его на основѣ индуктивно добытыхъ общихъ принциповъ. Но и примѣнительно къ тѣмъ періодамъ, въ которые догматическая юриспруденція уже надлежащимъ образомъ сложилась и отъ которыхъ она дошла до насъ, работа историка-юриста по установленію правовыхъ принциповъ и систематизации права прошлаго является не менѣе самостоятельной.

Догматическая юриспруденція въ тѣсномъ смыслѣ этого слова служить цѣлямъ практическаго примѣненія права въ судѣ и другихъ государственныхъ учрежденіяхъ. Стремясь къ признанію своихъ построеній въ учрежденіяхъ государственныхъ догматическая юриспруденція пользуется для своихъ построеній, если не исключительно, то въ значительно преобладающей степени матеріаломъ официального права и проходитъ мимо права неофициальнаго или же привлекаетъ его только въ самыхъ незначительныхъ размѣрахъ. Обслуживая практику, догматическая юриспруденція оцѣниваетъ юридическія нормы и юридическія отношенія съ точки зрѣнія ихъ статической, если такъ можно выразиться, а не динамической дѣятельности. Для догматики важно лишь то, что норма дѣйствуетъ и отношеніе практикуется сейчасъ, въ данное время. Для него совершенно безразличенъ вопросъ о томъ, является ли эта дѣйствующая норма и это практикуемое отношеніе остаткомъ отъ принциповъ, которые въ настоящемъ уже изжиты, или, напротивъ того, въ нихъ зарождается новая культурно-правовая цѣнность, вытекаютъ ли они изъ правовыхъ началъ, составляющихъ, такъ сказать, жизненный нервъ и историческій смыслъ данной эпохи, или же представляютъ собою нѣчто для даннаго времени статически дѣйствительное, но въ динамическомъ отношеніи совершенно недѣйственное и, слѣдовательно, съ исторической точки зрѣнія безразличное. Каково бы ни было динамическое значеніе нормъ и отношеній, юристъ-догматикъ разрабатываетъ и систематизируетъ ихъ съ одинаковымъ интересомъ, опредѣляемымъ ихъ статической дѣятельностью. Вслѣдствіе этого и тѣ общіе принципы, которые юристъ-догматикъ отвлекаетъ отъ конкретнаго правового матеріала своего времени, носятъ исключительно статическій характеръ. И если даже юристъ-догматикъ вноситъ въ свои построенія и систему нѣкоторый элементъ динамической оцѣнки, то послѣдняя выходитъ у него весьма несовершенной и почти исключительно субъективной. Стоя въ центрѣ

совершающихся событій, не удаленный отъ нихъ на надлежащее разстояніе исторической перспективы, онъ не въ состояніи учесть происходящее движеніе.

Только что данная характеристика догматической юриспруденціи въ достаточной, надѣмся, мѣрѣ показываетъ, что историкъ-юристъ не можетъ довольствоваться готовыми данными юридической догматики прошлыхъ временъ ни для цѣлей наблюденія, ни, тѣмъ болѣе, для цѣлей осмысленія историческаго процесса развитія права. Въ порядкѣ наблюденія историкъ-юристъ не ограничивается однимъ официальнымъ правомъ, но неизмѣнно привлекаетъ и право неофициальное, ибо характеръ и объемъ приложения неофициальнаго права и уголъ его расхожденія съ правомъ официальнымъ опредѣляютъ степень жизненности и дѣйственной мощности официального права и въ то же время показательны, какъ для живучести отмѣненной официальнымъ правомъ старины, такъ и для наростанія не учитываемой официальнымъ правомъ новизны, которая все же пробивается въ правовомъ оборотѣ и намѣчаетъ пути дальнѣйшаго развитія права, въ томъ числѣ и официального. Въ порядкѣ осмысленія историческаго процесса развитія права историкъ-юристъ руководится, само собою разумѣется, не статической, а динамической точкой зрѣнія, причемъ имѣетъ дѣло не съ возможнымъ движеніемъ отъ настоящаго къ будущему, а съ совершившимся уже движеніемъ отъ прошлаго къ настоящему. Такимъ образомъ догматическая юриспруденція прошлаго времени не даетъ историкъ-юристу критерія для сужденія объ этомъ прошломъ. Она является только матеріаломъ для историческаго наблюденія. Матеріалъ этотъ весьма цѣненъ, ибо весьма важно знать не только юридическія нормы и юридическія отношенія, дѣйствовавшія и практиковавшіяся въ ту или другую эпоху, но и то, какъ догматизировали ихъ современники, къ какимъ общимъ правовымъ принципамъ ихъ сводили, и какую усматривали для себя въ послѣднихъ морально-культурную цѣнность. Историкъ-юристъ учитываетъ догматическую юриспруденцію прошлыхъ временъ какъ правовое осознаніе той или иной эпохи, сопоставляетъ ее съ непосредственными фактами правовой жизни и затѣмъ на основаніи всего изученнаго историко-юридическаго матеріала выводитъ самостоятельно тѣ правовые принципы, смѣны которыхъ образуютъ поворотные пункты въ исторіи права.

V

Движеніе и наблюденіе историческаго процесса идетъ отъ прошлаго къ настоящему, но осмысленіе и уразумѣніе его достигается путемъ движенія познающей мысли какъ разъ въ обратномъ направленіи. Историческое изученіе, въ концѣ концовъ, есть ничто иное, какъ отысканіе въ прошломъ корней и объясненія настоящаго. Только отираясь отъ той точки, до которой дошло историческое движеніе въ настоящее время, мы постигаемъ ходъ этого движенія въ прошломъ. Только имѣя въ виду современное состояніе, мы можемъ учесть, что въ прошломъ было динамически дѣйственно, и что такого значенія не имѣло. Только производя такой учетъ, мы переходимъ изъ области древностей, воспроизводящихъ статическое состояніе той или иной эпохи во всѣхъ ея деталяхъ съ фотографической неподвижностью, въ область исторіи, изображающей развитіе динамически дѣйственныхъ началъ съ кинематографической жизненностью.

Сообразно этому, индуцируя общіе правовые принципы изъ конкретнаго правового матеріала прошлаго, историкъ-юристъ вводитъ въ кругъ подлежа-

цихъ обобщенію явленій не всѣ данныя историко-правового матеріала, а только тѣ, которыя оказались динамически дѣйственными. Это придаетъ особый характеръ устанавливаемымъ имъ правовымъ принципамъ прошлаго. Особенность заключается здѣсь въ томъ, что формулируются эти правовые принципы прошлаго не иначе, какъ по сравненію съ правовыми принципами настоящаго времени. Полагаемая въ основу періодизаціи смѣна правовыхъ принциповъ представляетъ собою ничто иное, какъ генетическое происхождение правовыхъ принциповъ современности. Послѣдніе, въ качествѣ объекта для сравненія, берутся историкомъ-юристомъ не изъ одной лишь догматической юриспруденціи въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, но и изъ той болѣе широкой области, посвященной выявленію современнаго права и правосознанія, которую въ послѣднее время называютъ социологической юриспруденціей или даже юридической социологіей.

Ориентированіе прошлаго на настоящемъ составляетъ необходимый путь историческаго познанія, но не единственный. Взятое само по себѣ, оно можетъ привести къ двумъ ошибкамъ: къ признанію настоящаго конечною цѣлью развитія и къ возведенію всей эмпирической данности настоящаго въ абсолютный критерій сужденія.

Во избѣжаніе указанныхъ ошибокъ, оцѣнка прошлаго съ точки зрѣнія настоящаго восполняется оцѣнкою того и другого съ точки зрѣнія общезначимыхъ нормативныхъ идей, опредѣляющихъ тѣ основныя проблемы отношеній между личностью, обществомъ и властью, эмпирическимъ рѣшеніемъ которыхъ въ эволюціонномъ историческомъ процессѣ являются смѣняющіе другъ друга правовые принципы послѣдовательныхъ стадій развитія, или историческихъ періодовъ.

Путемъ оцѣнки съ точки зрѣнія общезначимыхъ нормативныхъ идей устанавливаемая съ помощью періодизаціи стадія развитія достигаютъ той свойственной общественнымъ наукамъ моральной законности, въ которой должно сочетаться съ необходимымъ. Указанная оцѣнка представляетъ собою приравненное къ особенностямъ общественнаго приложенія общаго приема дедукціи, помощью котораго добытыя индукціей эмпирическіе законы превращаются въ законы научные.

Привлеченіе оцѣнки съ точки зрѣнія общезначимыхъ нормативныхъ идей въ качествѣ повѣрочной дедукціи отноду не имѣетъ въ виду дедуктивнаго построения хода эволюціи *a priori*. Такое построение на самомъ дѣлѣ не осуществимо. Изъ идеи могутъ быть дедуцируемы только положенія абстрактныя. Эмпирическое ихъ осуществленіе мыслимо въ видѣ разныхъ конкретныхъ возможностей. Какая изъ этихъ возможностей стала реальнымъ фактомъ, это разрѣшается непосредственно въ области эмпирической и дается въ исторіи, по существу неповторяемой. Установленіе исторической данности производится путемъ наблюденія и индукціи. Наведенія послѣдней повѣряются дедукціей и приобрѣтаютъ, благодаря этой повѣркѣ, характеръ законности.

VI

Устанавливаемые индуктивнымъ путемъ правовые принципы, по смѣнѣ которыхъ выдѣляются стадіи развитія, формулируются, какъ это мы указали выше, по сравненію съ правовыми принципами современности. Отсюда слѣ-

дуетъ, что періодизаціи исторіи права, выработанная въ данное время, подвергается съ теченіемъ времени измѣненію въ связи съ измѣненіемъ тѣхъ правовыхъ принциповъ современности, по сравненію съ которыми она была построена. Такой выводъ является несомнѣнно правильнымъ. Всякое принципиальное измѣненіе въ процессѣ общественнаго развитія неизбежно отражается на историческомъ изученіи въ смыслѣ измѣненія различаемыхъ имъ стадій эволюціи со стороны длительности и характера послѣднихъ. Такія измѣненія, имѣвшія мѣсто въ прошломъ и ожидаемыя въ будущемъ, не представляютъ собою чего либо произвольнаго и случайнаго. Они находятъ себѣ причинное объясненіе въ свойствахъ объекта общественныхъ наукъ, въ идиографической неповторяемости исторіи и въ социальной функціи исторической науки. Общественныя явленія не поддаются научному экспериментированію и допускаютъ лишь примѣненіе наблюденія. Въ сложной массѣ общественныхъ явленій далеко не всѣ ихъ стороны улавливаются наблюдателемъ. Онъ ихъ замѣчаетъ часто только тогда, когда при обостреніи тѣхъ или иныхъ отношеній какая либо одна сторона обнажится и станетъ легко распознаваемой. Впрочемъ понятно, что наблюденіе, сдѣланное надъ современностью, переносится на прошлое, и исторія подвергается переисслѣдованію съ новой точки зрѣнія. Такъ, напримѣръ, всплывшій къ половинѣ XIX столѣтія на самую поверхность общественной и государственной жизни социальный вопросъ далъ толчокъ къ переисслѣдованію исторіи (даже древняго міра) съ этой новой точки зрѣнія. Къ такимъ же послѣдствіямъ ведетъ дальнѣйшее развертываніе клубка эволюціи, такъ какъ оно устанавливаетъ новый взглядъ на соотношеніе между прошедшимъ и настоящимъ, устанавливаетъ новую историческую перспективу, подъ влияніемъ которой измѣняется и пониманіе прошлаго. Наконецъ, осмысленіе и уразумѣніе исторіи, кромѣ чисто познавательнаго значенія, является и извѣстной социальной функціей, именно, — воспріятіемъ культурныхъ цѣнностей прошлаго настоящимъ, т. е. проявленіемъ того постояннаго и все возрастающаго вліянія однихъ поколѣній на другія, которымъ вообще характеризуется процессъ социальный. Это вліяніе выражается, между прочимъ, въ томъ, что всякое новое поколѣніе заново и по своему воспринимаетъ и переживаетъ культурное наслѣдіе прошлаго. Однимъ изъ проявленій этого прогрессивнаго ряда воспріятій культурнаго наслѣдія являются и измѣненія въ историческомъ пониманіи прошлаго. Измѣненія эти укладываются такимъ образомъ въ общій закономѣрный ходъ социальной эволюціи.