

6. А. а. 62

О ЧЕРКИ

ОБЩЕЙ ТЕОРИИ

ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА

СЕРГЪЯ МУРОМЦЕВА

10. 1498

Часть первая

Введеніе. — О научно-историческомъ изученіи гражданскаго права. — Объ образованіи гражданскаго права

МОСКВА

Типографія А. И. Мамонтова и К<sup>о</sup>. Леонтьевскій пер., № 5

1877

6 А2 62

Съ разрѣшенія Юридическаго факультета Императорскаго Московскаго Университета печатать дозволяется. 1877 года, Ноября 4 дня.

За декана Юрид. фак. орд. проф. Викторъ Леоновичъ.



191247



mp 95

mp 86

## Оглавленіе.

	Стран.
Введеніе. . . . .	1
ОТДѢЛЪ I. Къ вопросу о научно-историческомъ изученіи гражданскаго права. . . . .	9
I. О господствующемъ въ современной наукѣ отношеніи къ римскому праву. . . . .	13
II. Объ изслѣдованіи скрытыхъ историческихъ фактовъ. . . . .	53
II*. Приложенія: къ ученію о владѣніи по римскому праву. . . . .	123
III. Значеніе историко-философскаго изученія гражданскаго права. . . . .	180
ОТДѢЛЪ II. Къ ученію объ образованіи гражданскаго права. . . . .	203
I. Идея закономѣрнаго развитія. . . . .	205
II. Идея психическаго труда. . . . .	230
III. Естественное право (jus naturale). . . . .	241
IV. Предметъ дальнѣйшаго изслѣдованія. . . . .	317

ношеніе къ предмету своего изслѣдованія. Удовлетворить этому требованію значитъ не только эманципироваться изъ-подъ гнета стремленій и задачъ, обладающихъ непосредственно - практическимъ интересомъ, чему начало, и притомъ въ довольно рѣзкой формѣ, положено дѣятелями, причислявшими себя къ исторической школѣ,—но, относясь къ своему дѣлу сознательно, избѣгнуть крайностей и односторонности при распределеніи научнаго труда, опредѣлить, согласно современному состоянію науки, соотношеніе различныхъ научныхъ задачъ и вопросовъ, и найти посредствующія звенья между теоретическими задачами правовѣдѣнія и практическими потребностями современной гражданской жизни. Понятое такимъ образомъ объективно-научное отношеніе къ предмету изслѣдованія въ сферѣ гражданского правовѣдѣнія отклонить цивилиста отъ невинной, но бесполезной и, по меньшей мѣрѣ, странной тратѣ времени, каковая, по довольно справедливому мнѣнію, выражается въ большинствѣ историко-юридическихъ трудовъ, руководимыхъ стремленіемъ обогатить, во что бы то ни стало, науку открытіемъ крупныхъ и мелкихъ явленій прошедшаго, но взаменъ того обогащающихъ одинъ спорный элементъ ея, и обнаружить большую практическую полезность теоретическихъ изслѣдованій, какъ скоро они ведутся надлежащимъ образомъ. Дѣло науки, какъ каждое другое дѣло, требуетъ для своего успѣха правильной организаци. Существенная принадлежность этой послѣдней состоитъ въ вышеозначенномъ сознательномъ регулированіи научной дѣятельности, опредѣляющемъ ея планъ; существенное выраженіе—въ присущемъ каждому ученому дѣятелю сознанію объ отношеніи, въ которомъ состоятъ интересующія его задачи къ прочимъ задачамъ науки. Элементъ научной дѣятельности, всегда существующій и правящій ею безсознательно, долженъ, по возможности, быть приведенъ въ сознаніе. Сознательное от-

ношеніе къ нему сообщить его вліанію надлежащую силу и вызоветъ всестороннее развитіе науки.

Что касается до расширенія круга идей, то цивилисту слѣдуетъ, не ограничиваясь однимъ формальнымъ признаніемъ права за одну изъ сторонъ исторической жизни человѣческихъ обществъ, болѣе, чѣмъ когда-либо, освоиться съ этою мыслью и дать ей реализацію, которою такъ долго пренебрегали вопреки всѣмъ торжественнымъ заявленіямъ, утверждавшимъ существованіе глубокой исторической связи права съ прочими элементами „народной жизни“. Отчасти вина въ помянутомъ пренебреженіи не лежитъ исключительно на юристахъ. Несмотря на безспорно признанное тѣсное родство различныхъ областей историческихъ явленій, въ наукѣ онѣ продолжаютъ еще быть въ нѣкоторомъ взаимномъ отчужденіи, потому что не существуетъ такихъ убѣдительныхъ обобщеній, которыя объединили бы весь разнородный матеріалъ общественныхъ наукъ и тѣмъ дали бы общую исходную точку частнымъ работамъ. Чувствуя родство отдѣльныхъ „сторонъ“ народной жизни, наука не опредѣлила пока съ достаточною полнотою, въ чемъ именно оно заключается. Вслѣдствіе этого изысканіямъ въ сферѣ того или другаго историческаго отдѣла приходится вращаться въ границахъ традиціонныхъ рамокъ въ ожиданіи гениальныхъ открытій, которыя сломятъ ихъ и начертятъ новую программу историческаго изслѣдованія. Но въ нѣкоторой долѣ юристы должны принять на себя тяжесть вышеозначенной вины. Для объясненія юридическихъ явленій они далеко не вполне воспользовались успѣхами другихъ наукъ, близкихъ къ юриспруденціи. Этотъ упрекъ справедливъ не только относительно частныхъ, болѣе или менѣе спеціальныхъ приобрѣтеній другихъ наукъ, но также относительно общихъ идей, которыя, волнуя послѣднія, не всегда находятъ быстрый и свободный доступъ въ область гражданского правовѣдѣ-

Natura enim juris explicanda nobis est  
eaque ab hominis repetenda natura.

Cic. de leg. I. 5.

Важный результат отчасти уже происшедшаго, отчасти еще продолжающагося взаимнаго сближенія отдельных отраслей историческаго знанія заключается въ томъ, что приемы изслѣдованія и идеи, возникшіе въ одной его отрасли, перестаютъ составлять исключительную принадлежность одной такой науки, но, ставясь достояніемъ другихъ отраслей, руководятъ ихъ разработкой. Составляя въ своемъ послѣднемъ источникъ результатъ однихъ и тѣхъ же факторовъ, — природы человѣка и общественнаго организма, явленія исторической жизни человѣчества однородны, и ихъ объясненіе и форма изученія, если только они не относятся къ особенностямъ одной какой-либо группы явлений, должны искать свое оправданіе на всемъ пространствѣ исторіи. Изобрѣтеніемъ новыхъ способовъ изслѣдованія и формулированіемъ новыхъ идей не исчерпывается возможная заслуга изслѣдователя. Перенесеніе извѣстныхъ способовъ и идей въ новую для нихъ сферу, ихъ примѣненіе къ изученію и объясненію новаго круга фактовъ составляетъ дѣло, достойное труда многихъ поколѣній ученыхъ.

Для гражданскаго правовѣдѣнія настало время ускорить рѣшительнымъ отказомъ отъ прежней изолированности и принять дѣятельное участіе въ общемъ научномъ движеніи. Что касается до способовъ изученія гражданскаго права, то здѣсь цивилисту предстоитъ, прежде всего, усвоить вполнѣ объективно-научное от-



нія. Нерѣдко идея, давно установленная и развитая въ какой-либо другой сферѣ общественныхъ наукъ, игнорируется совершенно цивилистомъ, а затѣмъ наивно воспроизводится имъ какъ нѣчто, имѣющее значеніе особенной новизны; нерѣдко разногласіе въ научныхъ воззрѣніяхъ, успѣвшее въ другихъ сферахъ привести къ образованію самостоятельныхъ и опредѣленныхъ направлений, отзывается въ юриспруденціи только въ формѣ неясныхъ и отрывочныхъ пререканій.

Посвященнымъ гражданскому праву таѣмъ-называемымъ историко-философскимъ трудамъ принадлежитъ та заслуга, что они стремились разрушить цеховую замкнутость гражданской юриспруденціи и успѣвали въ томъ, насколько заключали въ себѣ плоды серьезнаго научнаго размышленія. Продолженіе работъ этого рода должно составить первенствующую задачу современной юриспруденціи. Слѣдуетъ только понимать вѣрно, въ чемъ заключается сущность историко-философскаго изслѣдованія. Первые историко-философскія сочиненія о правѣ были посвящены весьма общимъ вопросамъ и обнимали часто очень обширный фактический матеріалъ. Такая форма не есть единственная возможная. Историко-философское изслѣдованіе вообще не исчерпывается непосредственно разработкой высшихъ обобщеній и, во всякомъ случаѣ, не состоитъ, вопреки слышному иногда мнѣнію, въ простомъ подведеніи итоговъ положительнаго изслѣдованія или въ суммированіи отдѣльныхъ фактовъ. Сущность историко-философскихъ трудовъ заключается въ анализѣ фактовъ, произведенномъ чрезъ введеніе въ изслѣдованіе какого либо даннаго, относящагося къ природѣ человѣка, или къ существу общества. Историко-философское изслѣдованіе раскрываетъ связь, существующую между историческими явленіями и природою человѣка, или общества. Оно не потеряетъ своихъ существенныхъ качествъ, когда его предметомъ послу-

жить какой-нибудь отдѣльный институтъ, или небольшая группа фактовъ, если только къ нимъ приложится помянутый анализъ; и, наоборотъ, какъ скоро онъ будетъ исключенъ изъ изслѣдованія, оно потеряетъ свойства историко-философскаго, хотя бы обнимало огромную область фактовъ. Вообще, успѣхъ многихъ историческихъ изслѣдованій зависитъ отъ количественнаго богатства сопоставляемыхъ въ немъ однородныхъ фактовъ въ гораздо меньшей степени, нежели отъ тщательности, соблюденной при анализѣ ихъ. Къ тому же безъ частныхъ историко-философскихъ работъ невозможно удачное осуществленіе общихъ трудовъ той же категоріи; и въ этомъ послѣднемъ обстоятельстве кроется причина, въ силу которой общіе труды, остававшіеся исключительно на почвѣ однихъ общихъ соображеній, имѣли мало успѣха, а напротивъ труды, достигшіе важныхъ результатовъ, должны были прибѣгать къ частнымъ изслѣдованіямъ, доставлявшимъ данныя для общихъ выводовъ, рискуя подчасъ обратиться чрезъ то въ собраніе специальныхъ изысканій, ходъ которыхъ нарушалъ и ихъ цѣльность и предварительно начертанную программу.

Руководясь сказанными мыслями, я приступилъ къ работѣ надъ предстоящими очерками. Не будучи плодомъ претензіи развить всецѣло общую теорію гражданского права, они содержатъ въ себѣ только рядъ опытовъ, назначенныхъ къ уясненію нѣкоторыхъ вопросовъ изъ числа многихъ, имѣющихъ отношеніе къ обще-теоретическимъ задачамъ гражданского правовѣдѣнія. Очерки перваго отдѣла посвящены разъясненіямъ касательно научнаго преобразования гражданского правовѣдѣнія. Читатель найдетъ тамъ подтвержденіе и дальнѣйшее развитіе взглядовъ, намѣченныхъ выше. Очерки втораго отдѣла относятся къ теоріи образования гражданского права. Стимуль къ этому послѣднему труду заключался въ желаніи сдѣлать предме-

томъ обстоятельной разработки общія мысли, положенныя въ основаніе моего сочиненія о консерватизмѣ римской юриспруденціи (М. 1875 г.). Но сначала мнѣ казалось возможнымъ осуществитъ означенное желаніе въ предѣлахъ помянутаго сочиненія, второе издание котораго должно было, по предположенію, содержать обширную вступительную главу, посвященную теоріи образованія права. Казалось, что задача изслѣдователя, желающаго отнестись сознательно къ руководящимъ идеямъ современной теоріи права, сводится только къ устраненію нѣкоторыхъ недоразумѣній и къ примиренію нѣсколькихъ разногласій, существующихъ между возрѣніемъ германской исторической школы, пріобрѣтшимъ въ глазахъ юриста, склоннаго къ обожанію старыхъ авторитетовъ, значеніе, освященное временемъ, и болѣе молодыми взглядами, проникающими въ юриспруденцію извнѣ, подъ давленіемъ современныхъ философскихъ идей. Цѣль изслѣдователя была бы въ такомъ случаѣ достигнута, если бы онъ показалъ, что новое ученіе, сохраняя хорошія стороны старыхъ взглядовъ, устраняетъ ихъ очевидные недостатки. Оно вноситъ въ юриспруденцію идею, которая рядомъ съ нѣкоторыми другими великими идеями совершенствуетъ историческое міровозрѣніе, но вслѣдствіе недоразумѣній встрѣчаетъ со стороны юристовъ пріемъ, далеко не соответствующій ни ея значенію, ни современному состоянію самой юридической науки. Усвоеніе наукою идеи о психическомъ трудѣ человѣка, какъ необходимомъ и постоянномъ факторѣ процесса образованія права, составитъ для науки только чистый выигрышъ, который дастъ ключъ къ объясненію многихъ важныхъ явленій въ области права.—Однако ограничиться указаннымъ примиреніемъ значило бы оставить задуманное дѣло въ самомъ его началѣ. Новые взгляды по существу своему таковы, что они не только исправляютъ ошибки старыхъ возрѣній и бросаютъ новый свѣтъ на области,

казавшіяся загадкой, но открываютъ новыя сферы, возбуждая вопросы, неизвѣстные старому ученію. Ученіе объ образованіи права получаетъ новый интересъ, расширяя значительно свои предѣлы, и то, чѣмъ прежде исчерпывалось содержаніе этого ученія, становится только однимъ изъ его отдѣловъ. Формы образованія права, или, какъ обыкновенно называютъ ихъ, источники права, перестаютъ составлять исключительный предметъ его; сюда должно отнести и широкую область процесса образованія самого содержанія права,—процесса образованія гражданскихъ институтовъ. Въ связи съ этимъ возникаютъ вопросы еще болѣе общаго свойства, отнесенные въ настоящемъ сочиненіи въ первый отдѣлъ его. Такимъ образомъ „вступительная“ глава разрослась въ особое сочиненіе, первый выпускъ котораго появляется теперь въ печати.

Въ послѣдующихъ выпускахъ предполагается какъ продолжать работу по обоимъ, начатымъ здѣсь отдѣламъ, такъ и открыть новыя отдѣлы.

I.

КЪ ВОПРОСУ

О НАУЧНО-ИСТОРИЧЕСКОМЪ ИЗУЧЕНІИ

ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

- I. О господствующемъ въ наукѣ отношеніи къ римскому праву.
- II. Объ изслѣдованіи скрытыхъ историческихъ фактовъ.
- II\*. Приложенія: къ ученію о владѣніи по римскому праву.
  - A. О природѣ института владѣнія.
  - B. О принципѣ права владѣнія.
  - C. Объ основаніи защиты владѣнія.
- III. Значеніе «историко-философскаго» изученія гражданскаго права.

Какъ отдѣльный человѣкъ въ его личной сферѣ, такъ и наука достигаетъ полноты своего развитія только путемъ самосознанія. Но въ обоихъ случаяхъ оно приобретается не легко и не быстро. Болѣе полустолѣтія прошло съ тѣхъ поръ, какъ въ гражданское правовѣдѣніе проникли вопросы о задачахъ и методѣ этой научной отрасли; однако до сихъ поръ они не получили вполне опредѣленнаго разрѣшенія. Усовершенствованіе методовъ гражданского правовѣдѣнія совершается по преимуществу путемъ полусознательнаго приспособленія къ требованіямъ времени и къ обстоятельствамъ; опредѣленіе задачъ еще не достигло достодолжной широты. По обимъ вопросамъ научное самосознаніе отстаетъ отъ дѣйствительнаго состоянія науки, задерживая ея поступательное движеніе.

Изученіе и критика состоянія юриспруденціи съ этой стороны, и именно юриспруденціи германской, какъ стоящей наиболѣе близко къ методическому движенію, приводитъ къ поучительнымъ выводамъ.

Оно показываетъ, что на развитіе наиболѣе научной, исторической отрасли гражданского правовѣдѣнія вліяли стремленія и взгляды, воспитанные старою исторіею юриспруденціи и по существу своему чуждые назначенію исторической науки. Вслѣдствіе такого вліянія свойства догмы, образованныя условіями рецепціи римскаго права, были переданы исторіи права, хотя и не согласовались съ ея задачами.

Оно показывает также, что задача, которая вследствие того считалась всегда главной задачей истории права, не может быть осуществлена успешно при пренебрежении выполнением другой задачи, рассматриваемой обыкновенно отдельно от первой. Возстановление фактов истории права зависит от успехов того рода исследования, которое известно под именем историко-философского и считается чуждым исследованию первого рода. В приемах исследования исторического правоведения существует таким образом некоторое внутреннее противоречие, подлежащее устранению.

Помянутое изучение убеждает наконец в том, что „историко-философское“ изучение гражданского права, придавая гражданскому правоведению вполне научный характер и содействуя усовершенствованию гражданской практики, вообще имеет важное теоретическое и практическое значение и заслуживает первенствующего места в нашей науке.

Три нижеследующие очерка посвящены развитию сказанных трех положений.

## I.

### О господствующем в современной науке отношении к римскому праву.

Влияние обстоятельств рецепции римского права на строй римско-германской догмы. — Влияние старых догматических приемов на новую догму и на историческую разработку римского гражданского права.

Рецепции римского права принадлежит видная роль в истории германской юриспруденции. В богатом наследии, оставшемся после древнего мира, новой Европе достался обширный свод правовых положений, проникнутых началом личности, осуществивших в строгих формах принцип частной собственности и принаровленных к оживленному торговому обороту. Отчасти авторитет, которым вообще пользовалась классическая цивилизация в европейском быту в период его сложения, отчасти самостоятельное развитие в нем потребностей, сходных с теми, которые создали правовую жизнь Рима, частью же ряд других влияний и интересов, указали на римское право, как на источник, из которого можно было черпать юридические определения, сокращая труд самостоятельного творчества в праве. Соответственно тому сложились своеобразные черты юридического мышления в странах, вошедших в область рецепции. В Германии, где рецепция имела наибольшее развитие, юридическое творчество вступило в замѣтную коллизію съ усвоением

и применениемъ выработанныхъ вчуждъ юридическихъ опредѣлений. Свободная творческая способность, — способность формулировать новыя юридическія опредѣленія съ особенностями каждаго отдѣльнаго случая, полагаемая главнымъ образомъ на достоинство собственныхъ силъ, стала гложуть въ нѣмецкихъ юристахъ. Взаимнѣе ея выработались въ юридическомъ мышленіи качества иного рода. Они были результатомъ дѣятельности, руководимой двумя противоборовавшимися стремленіями. Съ одной стороны юриспруденція стремилась подчиниться римскимъ понятіямъ; съ другой — пониманіе ихъ и подчиненіе имъ ограничивались условіями кругозора и быта времени, которые давали основаніе желать до извѣстной степени обратнаго хода вещей. Дѣйствіе перваго импульса выражалось сознательнымъ образомъ, влияние же втораго происходило путемъ болѣе скрытымъ и обнаружилось уже послѣ того, какъ совершило свое дѣло. Въ результатъ ихъ вѣковаго совокупнаго дѣйствія образовалась обширная система толкованій на римское право, которая, обладая внутреннею строгостью, не даетъ вѣрнаго изображенія источниковъ. Чужеземность римскаго права и одностороннее отношеніе къ нему, какъ источнику, долженствовавшему имѣть практическое значеніе, принесли соотвѣтственные результаты.

Какъ извѣстно, римляне оставили намъ свое право въ формѣ объемистыхъ сборниковъ, содержащихъ разрѣшеніе многочисленныхъ казусовъ и изложенныхъ въ порядкѣ, малоудобномъ для изученія. Этотъ порядокъ представляетъ искусственное и случайное, часто неловкое сочетаніе рамокъ, имѣвшихъ историческое значеніе, съ первыми пробами догматической классификаціи. Ему почти совершенно чуждо распредѣленіе матеріала на основаніи общихъ понятій и принциповъ, составляющее характеристическое свойство догматической классификаціи. Однородные предметы являются въ римскихъ

сборникахъ разбросанными или раздѣленными, разнородные же соединяются вмѣстѣ. Такой характеръ имѣла система всѣхъ юридическихъ сочиненій римлянъ<sup>1)</sup>. Въ сочиненіяхъ, въ которыхъ, благодаря особенностямъ ихъ назначенія, догматическій способъ изложенія про-

<sup>1)</sup> Ср., напримѣръ, описаніе распространенной сабиніанской системы у Voigt'a, *Ueber das Aelius- und Sabinus System*, 1875, стр. 37 (355) и сл., въ общихъ чертахъ сходное съ описаніями ея, находящимися въ другихъ попыткахъ возстановить древнія системы, каковы: Leist, *Versuch einer Geschichte d. röm. Rechtssystem*, 1850, стр. 44—56; Pernice, *Marcus Antistius Labeo*, 1873, I, стр. 75 и сл. По Фойгту во главѣ сабиніанской системы поставлено наследственное право, при чемъ наследство ab intestato не выдѣлено особо, но изложено вмѣстѣ съ наследствомъ по завѣщанію; семейственное право разбито на двѣ части, размѣщенные въ двухъ различныхъ мѣстахъ; подобно тому разбито изложеніе о bonae fidei negotia, о stricti juris contractus, и въ связи съ этимъ разбито и разбросано все обязательственное право, и т. п. — Нѣтъ ничего невѣроятнаго въ предположеніи Фойгта о томъ, что первыя зерна приведенной классификаціи слѣдуетъ искать въ законахъ XII таблицъ. Но, вообще, исторія римской юридической системы, за неимѣніемъ достаточныхъ положительныхъ данныхъ, должна, кажется, остаться малоизвѣстною. Сознваемая изслѣдователями неспособность сохранившихся фрагментовъ различныхъ юридическихъ сочиненій служить доказательствомъ тому, что отдѣлъ, къ которому отнесенъ фрагментъ, былъ посвященъ именно тому предмету, о которомъ идетъ рѣчь въ данномъ фрагментѣ, подрываетъ увѣренность въ основательности предпринимаемыхъ на этотъ счетъ возстановленій. Съ другой стороны, продолжающееся до сихъ поръ и усложненное Фойгтомъ разнорѣчіе по такому, напримѣръ, вопросу, каковъ вопросъ о системѣ не дошедшаго до насъ сборника tripartita, весьма опредѣленно описаннаго Помпоніемъ (см. Leist, ук. соч., стр. 10 сл.; Ihering, *Geist*, II, стр. 638, прим. 880; Voigt, указ. соч., стр. 9 (327) сл.) утверждаетъ въ мысли о слабости возможныхъ свидѣтельствъ источниковъ о способѣ изложенія сборниковъ, какъ скоро не существуетъ возможности познаться съ этимъ способомъ непосредственно и не желаютъ довольствоваться одними общими соображеніями. Въ настоящее время за каждое изъ различныхъ возможныхъ значеній тройственности содержанія tripartita высказано столько аргументовъ, что подъ перомъ любителя сомнительныхъ историческихъ изысканій вопросъ о томъ могъ бы послужить предметомъ большаго изслѣдованія.

16 отд. I. оч. 1. ОТНОШЕНІЕ УКИ КЪ РИМСК. ПР.

явился наиболѣе,—обстоятельство, побудившее современнѣхъ юристовъ счесть этотъ родъ сочиненій болѣе совершеннымъ въ систематическомъ отношеніи,—именно въ институцияхъ, классификація руководится еще довольно внѣшними признаками, представляя мало единства. Только общія подраздѣленія, не всегда выведенныя, притомъ, изъ существа предмета, а внесенныя въ юриспруденцію извнѣ<sup>2)</sup>, приведены въ нѣкоторую связь; дальнѣйшій же распорядокъ носитъ случайный характеръ<sup>3)</sup>. Вообще, внутреннее родство институтовъ и опредѣленій, насколько оно вліяло на классификацію ихъ, руководило римскими юристами преимущественно бессознательнымъ образомъ; они подчинялись скрытому вліянію ассоціаціи юридическихъ идей, но не могли отрѣшиться открыто отъ сочетанія формъ, въ которыя облеклись послѣдовательно идеи въ продолженіе своего историческаго развитія. Нося руководящія принципы въ своемъ правовомъ чувствѣ, воспитанномъ тою

<sup>2)</sup> Каково, наиримѣрь, извѣстное раздѣленіе на *res, verba, litterae, consensus*, не ограничившееся одною областью контрактовъ, см. Schloßmann, *Der Vertrag*, 1876, стр. 21, прим.; ср. стр. 213 и 214.

<sup>3)</sup> Pichth, *Kleine civilistische Schriften*, стр. 221—239, видитъ въ системѣ Гая совершенство въ своемъ родѣ, приписывая ей и общую исходную точку зрѣнія: большую выдержанность, но все-таки оканчиваетъ пожеланіемъ лучшей системы для современной юриспруденціи, считая несовременнымъ систематическое основаніе Гая. — По мнѣнію Пухты, за исключеніемъ нѣкотораго вниманія, которое удѣлено Гаемъ различію вещныхъ и обязательственныхъ отношеній, римскій юристъ положилъ въ основаніе своей системы различіе способовъ происхожденія и прекращенія правоотношеній. Соглашаясь съ этимъ до извѣстной степени (ср. предъид. примѣчаніе), слѣдуетъ сказать, что избранный Гаемъ масштабъ, какъ весьма конкретный, и, благодаря особенностямъ историческаго развитія формы юридич. сдѣлокъ въ Римѣ, случайный, придаетъ такой же характеръ всей системѣ. Юридическія послѣдствія сдѣлки въ сущности всегда важнѣе ея формы; и если въ системѣ они не выступаютъ на первый планъ, то въ этомъ нельзя видѣть ничего другаго, кромѣ ея несовершенства.—Ср. также Savigny, *System*, I, стр. 394—407.

же жизнью, изъ которой выросло самое право, римскіе юристы не нуждались особенно ни въ правильномъ порядкѣ, ни въ сосредоточеніи массы конкретныхъ правоположеній вокругъ меньшаго числа общихъ опредѣленій. Римскіе юридическіе сборники бѣдны поэтому догматическими обобщеніями, и нерѣдко, въ очень важныхъ случаяхъ, обобщенія, внесенныя туда, имѣютъ произвольный характеръ и не соответствуютъ казуальнымъ разрѣшеніямъ затронутого ими вопроса.—Соблазнъ, заключавшійся въ подобныхъ готовыхъ опредѣленіяхъ для новыхъ юристовъ, содѣйствовалъ не мало образованію ложнаго толкованія на римскіе источники. Точно также подобныя обобщенія имѣли вліяніе на новое законодательство<sup>4)</sup>.

Неосторожныя обобщенія находятся почти въ каждомъ отдѣлѣ дигестъ. Не всегда бываетъ одинаково легко разрѣшить вопросъ о томъ, въ какой степени сами римскіе юристы думали выдавать ихъ за общія правила. Слѣдуетъ замѣтить только, что иногда приписываютъ римскимъ юристамъ слишкомъ много ловкости, утверждая, что извѣстное обобщеніе, оказавшееся справедливымъ только отчасти, понималось самими составителями его только въ этомъ частномъ смыслѣ. Было бы болѣе основательно судить о томъ, что думалъ юристъ, по тому, что онъ сказалъ. Во всякомъ случаѣ, съ большою увѣренностью можно сказать, что уже составители дигестъ преувеличивали вообще значеніе находившихся въ ихъ распоряженіи общихъ правилъ; новые же юристы почти всегда были особенно склонны полагаться на нихъ. Примѣры представляетъ рядъ опредѣленій, относящихся къ ученію объ ошибкѣ. Такъ, сюда принадлежитъ правило: *errantis voluntas nulla est*, выраженное неосмотрительно въ общей формѣ<sup>5)</sup>, но по господствующему признаку вѣрное только въ извѣстномъ частномъ смыслѣ<sup>6)</sup>,

<sup>4)</sup> Какъ, наирим., на прусское *Landrecht*, см. Bethmann—Hollweg, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1876, стр. 21 и слѣд.

<sup>5)</sup> Ср. Savigny, *System*, III, стр. 441, прим. d.

<sup>6)</sup> Ср. Savigny, *System*, III, стр. 342—344, 440—447; Vangerow, *Lehrbuch*, I, § 83, стр. 118 сл. (1863); Baron, *Pandekten*, § 51, стр. 83 (1876), и друг.

которому, въ свою очередь, грозятъ ограниченіемъ, руководясь соображеніями справедливости <sup>7)</sup>. Сюда же относится *regula juris*, по которой ошибка о правѣ не принимается въ уваженіе, ошибка фактическая, напротивъ, извиняется (... *juris ignorantiam cuique pro tere, facti vero ignorantiam non posere*) <sup>8)</sup>. Обзоръ частныхъ рѣшеній по этому предмету показываетъ, что они не придерживаются такого строгаго различія двухъ видовъ ошибки, но въ известныхъ случаяхъ извиняють ошибку о правѣ и, наоборотъ, не прощаютъ ошибки фактической. Изученіе условий, при которыхъ происходитъ то и другое, привело догматиковъ (Мюленбрухъ, Савиньи) къ мысли, что не существуетъ никакого основнаго различія въ отношеніяхъ права къ различнымъ видамъ ошибки, что въ известныхъ границахъ право караетъ вообще каждую ошибку, насколько она произошла отъ неизвинительной неосмотрительности, но что на практикѣ, въ результатъ, фактическая ошибка извиняется чаще, нежели ошибка о правѣ, потому что условія извинительности ошибки осуществляются чаще и потому допускаются легче въ первомъ случаѣ, нежели во второмъ <sup>9)</sup>. Такимъ образомъ „правило“ римскихъ юристовъ есть правило только въ томъ смыслѣ, что обозначаетъ, къ какимъ результатамъ приходитъ практика въ большинствѣ случаевъ; но оно вовсе не выражаетъ содержанія принципа, которымъ она руководится при юридической оцѣнкѣ послѣдствій ошибки. Тѣмъ не менѣе римскіе юристы приводятъ нерѣдко свое правило въ качествѣ мотива своихъ частныхъ рѣшеній; и это обстоятельство свидѣтельствуетъ только о ихъ невзыскательности въ дѣлѣ сознательнаго мотивированія собственныхъ мнѣній. Въ недавнее время Гессе <sup>10)</sup> представилъ попытку опровергнуть общепринятое мнѣніе о степени извинительности ошибки, какъ масштабъ юридической оцѣнки послѣдствій ея. Здѣсь не мѣсто входить въ обсужденіе этой попытки. Но слѣдуетъ замѣтить только, что

7) См. Schlossmann, *Der Vertrag*, (1876), стр. 113—117.

8) *Dig. 22. 6 de jur. et fac. ignor. fr. 9 pr.*; ср. *fr. 9 § 5 i. f.* и др.

9) Ср. Mühlenthal, въ *Arch. f. d. civ. Prax.*, II, стр. 378—386, Savigny, *System*, III, стр. 332—336; Vangerow, *Lehrbuch*, I, § 83; стр. 120—122, и друг.

10) Hesse, *Eine Revision der Lehre vom Irrthum* (Jahrb. Ihering's, XV, стр. 62 сл., 206 сл.).

кто, вмѣстѣ съ Гессе, сочтетъ господствующее воззрѣніе неправильнымъ, а принципиальное разграниченіе двухъ вышеозначенныхъ видовъ ошибки справедливымъ, тотъ будетъ долженъ признать весьма относительную истину за указаніями римскихъ юристовъ на помянутый масштаб <sup>11)</sup>, и принять, что господствующее воззрѣніе увлеклось излишне общими выраженіями римскихъ юристовъ относительно руководящаго принципа ученія объ ошибкахъ <sup>12)</sup>. Взамѣнъ одного ложнаго обобщенія, объявленнаго въ такомъ случаѣ за близкое къ истинѣ <sup>13)</sup>, догма найдетъ другое ошибочное воззрѣніе, признаваемое, хотя и не безусловно, за истину воззрѣніемъ, господствующимъ теперь. Изъ области ученія объ ошибкахъ слѣдуетъ указать еще на известныя правила Папиніана <sup>14)</sup>, которыя, противорѣча многимъ казуальнымъ рѣшеніямъ, ставили въ затрудненіе всѣхъ толкователей римскаго права отъ Куяція до догматиковъ нашего времени, высказавшихъ массу несогласныхъ между собою мнѣній. Большинство мнѣній старается сохранить за правилами Папиніана значеніе вѣрнаго принципа, болѣе или менѣе общаго <sup>15)</sup>, тогда какъ, по убѣдительному воззрѣнію Савиньи <sup>16)</sup>, было бы цѣлесо-

11) См. *Dig. 22. 6 h. t. fr. 3... ignorantiam ita accipiendam: non deperditi et nimium securi hominis.—Ib fr. 6... scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit neque delatoria curiositas exigatur*, и др.

12) См. Hesse, ук. соч., особ. стр. 217 и слѣд.—Впрочемъ должно сказать, что разногласіе между Гессе и господствующимъ воззрѣніемъ не касается въ данномъ случаѣ принципиальныхъ пунктовъ. Гессе измѣняетъ не столько самый масштабъ, по которому оцѣнивается извинительность ошибки, сколько способъ примѣненія этого масштаба. Такъ, онъ утверждаетъ, что ошибка извинительна въ такомъ случаѣ, когда она произошла при обстоятельствахъ, при которыхъ ошнблясь бы и другіе люди (стр. 218 сл.). Вмѣсто давнаго лица, внававшего въ отдѣльномъ случаѣ въ ошибку, здѣсь предлагается принимать средній типъ челоѣка и на основаніи этого типа разрѣшать отдѣльные случаи.

13) Хотя не вполне и съ точки зрѣнія Гессе, ср. тамъ же, стр. 122—123.

14) *Dig. 22. 6. fr. 7* и 8.

15) Ср. Glück, XXII, стр. 316 сл.; Mühlenthal, указ. соч., стр. 408 сл.; Vangerow, указ. соч., стр. 122—126; Hesse, указ. соч., стр. 123 сл.

16) Savigny, *System*, III, стр. 344 сл.



образѣе признать открытое противорѣчіе между „принципами“ Папиніана и казуальными опредѣленіями. — Въ извѣстномъ сочиненіи Іеринга о владѣніи разоблачается важный случай неосторожнаго обобщенія. Провѣривъ извѣстное правило юриста Павла о потерѣ владѣнія <sup>17)</sup>, Іерингъ показываетъ, что это правило не согласуется съ казуальными рѣшеніями того же вопроса <sup>18)</sup>. По утвержденію Павла, владѣніе, разѣе приобретенное, не терлется, пока элементы его: *animus* и *corpus* не измѣнились въ противоположное, состояніе (*in contrarium actum*), потому что *quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus*. Между тѣмъ въ источникахъ разсѣяны случаи, гдѣ владѣніе признается потеряннымъ, какъ скоро владѣлецъ, вовсе не думая отказываться отъ него, выказываетъ въ той или другой формѣ пренебреженіе къ нему. Простое пренебреженіе уничтожаетъ владѣніе, хотя и не сопровождается никакимъ рѣшительнымъ измѣненіемъ въ его элементахъ. Ранѣе Іеринга вѣрность правила Павла была заподозрѣна Барономъ <sup>19)</sup>, теперь вообще склоннымъ стать на сторону ученія Іеринга о владѣніи <sup>20)</sup>. Лейстъ <sup>21)</sup> сдѣлалъ попытку возвратиться на прежній путь, — признать правило Павла за вѣрное. Онъ отрицаетъ за этимъ юристомъ намѣреніе высказать общій принципъ и приписываетъ высказанному имъ опредѣленію частный смыслъ, не выражающій притомъ никакого правила. Аргументація Лейста (стр. 42—44) слаба въ томъ отношеніи, что основана на гадательномъ предположеніи о связи отдѣльныхъ фрагментовъ дигестъ и приписываетъ составителямъ послѣднихъ черезъ чуръ много осмотрительности. Но, въ свою очередь, Лейстъ <sup>22)</sup> по-

<sup>17)</sup> Dig. 50. 17 *de reg. jur.*, fr. 153; 41. 2 *de a. v. a. p.* fr. 8; ср. 50. 17 *de reg. jur.* fr. 35 Ульпіана.

<sup>18)</sup> Ihering, *Grund des Besitzschutzes*, стр. 209 — 221 (2 изд.).

<sup>19)</sup> Baron, *Die Gesamtrechtsverhältnisse*, 1864, стр. 94 — 107. Баронъ предполагаетъ, что правило Павла и Ульпіана сохранилось и по практическому побужденію: примѣняя его, давали отсутствующему владѣльцу возможность сохранить свое владѣніе однимъ *animus*.

<sup>20)</sup> Baron, *Pandekten*, §§ 112, 114—118 (1876); ср. его же въ *Münch. Kriet. Viert.*, 1877, стр. 309—311.

<sup>21)</sup> Leist, *Ueber die Wechselbeziehung etc.*, 1876, стр. 30—48.

<sup>22)</sup> Тамъ же, стр. 6—27.

казываетъ несостоятельность правила Ульпіана и Павла, какъ общаго принципа относительно прекращенія обязательствъ (*fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur*). Не безъ основанія Лейстъ даетъ ему условное историческое значеніе и не признаетъ однороднаго масштаба при примѣненіи этого принципа къ отдѣльнымъ видамъ обязательствъ. Древнее римское право требовало по принципу, чтобы форма прекращенія правоотношенія соответствовала формѣ установленія его. Обобщая это требованіе и не понявъ его формальнаго значенія, позднѣйшіе юристы пытались выработать изъ него правило съ матеріальнымъ содержаніемъ <sup>23)</sup>. Въ примѣненіи къ обязательствамъ послѣднее могло получить нѣкоторую мнимую реальность только благодаря разнообразію руководящаго масштаба. Обязательство, устанавливаемое передачей вещи (*re*) прекращается посредствомъ возврата ея; обязательство, установленное соглашеніемъ, — посредствомъ разногласія. При этомъ не было замѣчено, что въ первомъ случаѣ обязательство выполняется, во второмъ же отменяется. — Ульпіановское опредѣленіе эксцепціи <sup>24)</sup> составляетъ также примѣръ неправильнаго обобщенія. Эксцепція представляется здѣсь искомъ, противоположнымъ иску истца, основаннымъ на самостоятельномъ правѣ отвѣтчика. Соответствуя первоначальному историческому значенію эксцепціи, этотъ взглядъ оказывается устарѣвшимъ какъ для времени составленія дигестъ, такъ и для времени Ульпіана, когда подъ эксцепціей разумѣлась вообще всякая оговорка въ пользу отвѣтчика, безъ различія происхожденія ея <sup>25)</sup>. Въ этомъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, неточность римскихъ юристовъ въ составленіи общихъ правоопредѣленій сохранила въ нихъ лишнее указаніе на исторію римскаго права. — Еще примѣръ находимъ у Шлоссмана <sup>26)</sup>. „Въ противоположность господствующему (какъ кажется) мнѣнію“, говоритъ онъ, „полагающему, что относительно вопроса о наслѣдственности правоотношеній и другихъ родственныхъ ему вопросовъ римское право слѣдовало строго

<sup>23)</sup> Ср. Ihering, *Geist*, II, стр. 626 сл. (3 изд.).

<sup>24)</sup> Dig. 44. 1. *de exc.* fr. 1.

<sup>25)</sup> См. Муромцевъ, *О консерватизмѣ*, 1875, стр. 127 сл., и Lenel, *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876.

<sup>26)</sup> Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876, стр. 42 прим.

ясному принципу, надо сказать, что въ римской юриспруденціи царствовала по этому предмету величайшая запутанность мнѣній. Относящіяся сюда принципы недостаточны по ихъ неопредѣленности. Съ одной стороны колебаніе мнѣній объясняется запутанностью понятія о контрактѣ. Съ другой стороны, хотя правоопредѣленіе, гласящее, что *actiones reeales ex maleficio*, притязанія, имѣющія своею цѣлью наказаніе, не наследственны съ пассивной стороны, содержитъ въ себѣ ясный принципъ; однако, при тѣсной связи уголовного и имущественнаго права, замѣчаемой у римлянъ, во многихъ, даже въ большинствѣ случаевъ было совершенно невозможно рѣшить, состоитъ ли главная цѣль даннаго обязательства въ наказаніи виновнаго, или въ вознагражденіи потерпѣвшаго за вредъ.... Потому, какъ и слѣдуетъ ожидать, мы находимъ часто въ этомъ ученіи непоследовательность и контрроверзы. Дѣйствительное же состояніе этого вопроса у римлянъ заключалось въ томъ, что юристы руководились при разрѣшеніи каждаго отдѣльнаго случая своимъ чувствомъ справедливости и старались подвести продиктованное такимъ образомъ рѣшеніе подъ одну изъ числа принятыхъ догматическихъ рубрикъ.— Когда для поясненія вышесказаннаго приведенными здѣсь примѣрами я пересматривалъ догматическія изслѣдованія по римскому праву, тогда не безъ нѣкотораго удивленія пришлось замѣтить, что вышеприведенная характеристика юриспруденціи раздѣляется гораздо большимъ числомъ авторовъ весьма различныхъ направленій, чѣмъ то можно было предполагать сначала, судя по степени еще сохранившагося вліянія относящихся сюда школьныхъ истинъ. Съ тѣмъ большимъ изумленіемъ прочелъ я энергическій протестъ, (основанный, правда, на большимъ недоразумѣніи), направленный противъ характеристики римскихъ юристовъ, сдѣланной мною въ другомъ мѣстѣ. Въ моей статьѣ о *владѣніи* <sup>27)</sup> я сказалъ между прочимъ: „руководясь здравымъ практическимъ чувствомъ, римскіе юристы хороши о разрѣшали предлагаемые имъ практическіе вопросы, но, не обладая даромъ сознательно относиться къ процессу своего мышленія, они не умѣли вѣрно мотивировать своихъ рѣшеній“. Почтенный профес.

<sup>27)</sup> Журн. гр. и уг. пр. 1876, кн. 4, стр. 11.

Митюковъ <sup>28)</sup> замѣтилъ въ этихъ словахъ великое уничиженіе римской юриспруденціи. Сославшись на всѣмъ извѣстныя и ни къ мѣ неоспариваемыя достоинства ея, г. Митюковъ заключаетъ: „по состоянію права во время римскихъ юристовъ“ (но вѣдь это право было продуктомъ ихъ же дѣятельности?) „по средствамъ, которыми располагали они“, (т. е. по свойствамъ ихъ умственной дѣятельности?) „эта работа“ (т. е. возведеніе права къ принципамъ и въ систему) была, какъ говорятъ, не по плечу“ (т. е. не по способностямъ?) „римской юриспруденціи“. Но это вовсе не значить, чтобы римскіе юристы не обладали даромъ сознательно относиться къ процессу своего мышленія“. Но относиться сознательно къ процессу своего мышленія значить отдавать себѣ отчетъ объ источникѣ каждаго своего слова и мысли, знать почему именно данный казусъ рѣшенъ такъ, а не иначе, а знать это „почему“ значить знать основныя общіе принципы и понятія права. Всѣ великія достоинства римскаго права, — очевидная справедливость и практичность казуальныхъ рѣшеній, точность и ясность ихъ формулированія, мѣткое разграниченіе отдѣльныхъ понятій (всегда частныхъ, или общихъ въ примѣненіи къ частному случаю) — все это суть выраженія замѣчательныхъ принциповъ, понятій, порядка, сознанныхъ въ формѣ безчисленнаго множества конкретныхъ представленій. Если позволительно охарактеризовать однимъ словомъ дѣятельность римской юриспруденціи, то всѣ высказанныя ею рѣшенія по существу свосму суть не столько выводы, сколько сопоставленія, замѣчательныя по ихъ тонкости и отчетливости и составляющія продуктъ безсознательнаго вывода. Пытаясь дѣйствовать самосознательно, римскій юристъ обыкновенно только искажалъ источникъ своихъ рѣшеній, принимая за источникъ то, что на самомъ дѣлѣ имъ не было, и сила чувства справедливости римскаго юриста ни въ чемъ не рисуется такъ сильно, какъ въ томъ обстоятельствѣ, что, формулируя кажушіяся основанія своихъ рѣшеній онъ въ большинствѣ случаевъ произносилъ все-таки вѣрныя рѣшенія. Отъ этого терпѣла, конечно, весьма сильно правильность конструкціи сознательнаго вывода, но сохранилась практичность рѣшеній. Такъ было въ періодъ „интерпретаціи“; такъ было и во

<sup>28)</sup> Киев. унив. извѣст. 1877, № 3, стр. 107 сл.

время классической юриспруденции, строившей *actiones utiles* вмѣсто новыхъ исковыхъ формулъ, создававшей невыполнимыя „*regulae juris*“ и съ особенною свободою вращавшейся въ хаосѣ нагроможденныхъ одно на другое отжившихъ, полуотжившихъ и современныхъ понятій. И не къ униженію римской юриспруденции, а къ возвышенію цѣнности продукта ея дѣятельности ведетъ подобная характеристика, такъ какъ, зная, что римскій юристъ руководился чувствами справедливости и практической цѣлесообразности, мы можемъ съ большею смѣлостью довѣрять его рѣшеніямъ, усматривая въ нихъ дѣйствительное жизненное явленіе, нежели рѣшеніямъ современнаго юриста, относительно котораго никогда нельзя поручиться, что вслѣдствіе своего подчиненія отвлеченнымъ идеаламъ и умственной изолированности отъ среды, имъ регулируемой, онъ не навязываетъ ей чего либо, совершенно неподходящаго къ ней.

Для юристовъ новаго времени доступъ къ римскому праву былъ труденъ, какъ къ продукту чуждаго имъ правосозерцанія, которое слѣдовало понять для того, чтобы усвоить. Въ формальномъ отношеніи выполненіе этой задачи, выпавшее на долю догматиковъ, сводилось на то, что, ради успѣшнаго ориентированія въ области частныхъ правилъ, требовалось привести ихъ въ правильный порядокъ, а затѣмъ свести ихъ къ сравнительно меньшему числу общихъ принциповъ, изъ которыхъ было бы возможно выводить частныя положенія, какъ слѣдствія. Догматики не разсуждали ни о мотивахъ, вызвавшихъ римскія опредѣленія, ни о современномъ значеніи ихъ. Принимая рецепцію римскаго права въ его цѣломъ (*in complexu*) за совершившійся фактъ, они были озабочены тѣмъ, чтобы уложить юстиніанову компиляцію въ извѣстное число главъ и параграфовъ книги, игравшей одновременно роли учебника и полуофициальнаго разъясненія закона. Дѣло изслѣдователя сводилось къ правильной въ логическомъ отношеніи группировкѣ римскихъ постановленій, а вмѣстѣ съ тѣмъ къ отвлеченію общихъ понятій, ихъ логическому анализу и сопоставленію. Отъ глоссатор-

скихъ сводовъ (*summa*) до пандектъ „могущественнаго систематика“ Пухты догматическою юриспруденціе править одно и то же стремленіе. Уже *summa*, связанная первоначально подраздѣленіемъ юстиніановыхъ сборниковъ на титулы, какова знаменитѣйшая *summa Azon'a* представляетъ замѣтный прогрессъ въ систематическомъ отношеніи. По поводу cadaго титула, служащаго предметомъ объясненія, авторъ суммы старается обыкновенно собрать вмѣстѣ всѣ относящіяся къ данному предмету опредѣленія юстиніанова законодательства и излагаетъ ихъ въ правильномъ порядкѣ, начиная съ объясненія главныхъ понятій и переходя постепенно къ частностямъ; выказывается также желаніе привести отдѣльные титулы въ связь болѣе крѣпкую, нежели та, которая сообщена имъ юристами Юстиніана. Вмѣстѣ съ тѣмъ движется впередъ анализъ общихъ понятій. Въ суммѣ мы находимъ, напримеръ, попытку отрѣшиться отъ процессуальной концепціи гражданскихъ правъ, имѣвшей значеніе для римскихъ юристовъ благодаря особенностямъ историческаго образованія ихъ права и потерявшей его во время, когда римское право предстало предъ юристами въ законченной формѣ готоваго кодекса. Глоссаторы различаютъ между юридическимъ отношеніемъ и вытекающимъ изъ него искомъ, при чемъ первенствующее значеніе приобрѣтаетъ первый моментъ, искъ же приближается къ типу общаго средства выраженія различныхъ правъ<sup>29)</sup>. Тамъ же находимъ мы, далѣе, не

<sup>29)</sup> Ср. Rosshirt, *Dogmen-Geschichte*, 1833, стр. 186. У Azo, *Summa codicis*, II, 1, de edendo (блбл. моск. унв. изд. 1596, стр. 68): § 2. nam et ideo te possum convenire, quia haeres sum, vel bonorum possessor: non tamen te convenio hereditate, vel bonorum possessione, sed hereditatis petitione: utrumque jus est: sed unum propter quod, alterum quo quid restitui petitur, vel quo debitum exigitur supponit. Ergo actio hic ponitur pro quodam jure civili, vel praetorio, a quibus proditae sunt actiones. — § 3. Liqueat ergo ex praedictis quod edere actionem nihil aliud est, quam dicere vel denotare jus, quo quis petat sibi debitum,

утратившую значенія по сіе время классификацію договоровъ, которая объединяетъ однимъ общимъ понятіемъ римскія формы контрактовъ и основывается на различіи ихъ юридическаго дѣйствія<sup>30)</sup>. Тамъ находится также начало общаго преобразования гражданской системы, усовершенствовавшаго порядокъ институцій<sup>31)</sup>, или не лишенная интереса попытка опредѣлить особенности юридическаго мышленія, — особенности юридическаго отношенія къ фактамъ жизни и толкованія закона и сдѣлокъ<sup>32)</sup>. Такимъ образомъ систематическая работа сопутствовала первому рѣшительному шагу въ дѣлѣ усвоенія чуждаго права. Многія столѣтія и сила многихъ поколѣній были потрачены на дальнѣйшее продолженіе ея. Съ XVI вѣка въ связи съ стремленіемъ улучшить юридическое преподаваніе, — обстоятельство, имѣвшее всюду одинаковое вліяніе, — систематическая переработка римскаго права пріобрѣтаетъ значеніе въ Германіи<sup>33)</sup>, которая становится вслѣдъ затѣмъ классическою странною доматики.

vel rem sibi restitui. — ср. *ibid.* IV. 10 *de oblig. et action.*, § 2 (стр. 111): *consensu partium nascitur obligatio, de qua loquimur. Ex tali obligatione nascitur jus quoddam sive formula, quae contra obligatum ad exigendam rescipiam in judicio proponitur.* Понятіе *jus* вообще применяется къ иску, но употребленное въ этомъ смыслѣ противопоставляется понятію о юридическомъ отношеніи. Изъ приведенныхъ и другихъ мѣстъ очевидно, что, отличая юридич. отношеніе отъ иска, Azo не совсемъ ясно различаетъ между правомъ въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ. — Ср. изложеніе суммы Плацентина *de varietate actionum* у Bethman-Hollweg'a, *Der Civilprocess*, VI, 1874, стр. 21—23. Эта сумма есть первый выдающийся примѣръ свободной систематики, см. Savigny, *Geschichte des röm. Rechts*, IV, стр. 269; Bethman-Hollweg VI, стр. 19, прим. 3.

<sup>30)</sup> Rosshirt, стр. 153 сл. — У Azo II, 3 *de pactis* (стр. 78 сл.) § 4 *Et est hoc nomen pactum generale ad omnia quae aguntur inter partes causa obligationis contrahendae vel tollendae...* Раздѣленіе *pacta* по ихъ юрид. силѣ (*pactorum vires quae*) см. § 14.

<sup>31)</sup> Rosshirt, стр. 186; Bethman-Hollweg, VI, стр. 23—24.

<sup>32)</sup> Azo, *de codicis inscriptione* §§ 3, 9—19 (стр. 3—5).

<sup>33)</sup> Ср. новое сочиненіе Muther'a, *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter*, 1876, стр. 308—319.

Систематика придала римскимъ сборникамъ несвойственный имъ характеръ. Они не содержатъ гармонически цѣльнаго ученія, потому что ихъ содержаніе не принадлежитъ одному автору, или одному времени. Обширность матеріала, находившагося въ распоряженіи компиляторовъ, и относительная быстрота ихъ работы, а также, можетъ быть, и нѣкоторое механическое отношеніе къ предпринятому дѣлу не дозволили имъ замѣтить всѣ противорѣчія, которыя попадаются въ юстиниановой кодификаціи довольно часто. Но значеніе, приписанное новыми юристами римскимъ сборникамъ, требовало устраненія противорѣчій, потому что присутствіе ихъ не могло быть терпимо въ дѣйствующемъ законодательствѣ. Вслѣдствіе того возникли стремленіе и искусство толковать римское право такъ, какъ будто бы оно во всѣхъ частяхъ своихъ было проникнуто одними началами. Въ ущербъ исторической правдѣ старались и продолжаютъ еще стараться согласить противорѣчивыя опредѣленія римскихъ юристовъ.

До сихъ поръ не угасло это стремленіе. Недостатокъ объективности еще характеризуетъ современное отношеніе къ римскому праву. Свойственное нашему времени стремленіе къ обобщенію юридическихъ нормъ и къ подчиненію частныхъ общимъ принципамъ, въ связи съ представленіемъ объ объективномъ правѣ, какъ о системѣ единой и цѣльной, не оставляетъ юриста при толкованіи римскаго права и мѣшаетъ ему видѣть многія римскія опредѣленія и классификаціи въ ихъ истинномъ свѣтѣ. Нѣкоторый навыкъ, пріобрѣтенный юриспруденціею въ дѣлѣ различенія „догматическаго“ и „историческаго“ элементовъ римскаго права, все еще недостаточенъ въ сравненіи съ дѣйствительною степенью развитія противорѣчій въ римскихъ сборникахъ. Въ любомъ догматическомъ изслѣдованіи можно найти ненужныя проявленія примирительнаго стремленія. Крупные образцы по этой части представляютъ, напримѣръ, вышеупомянутыя попытки согласовать, во чтобы то ни стало, общія „правила“ римскихъ юристовъ съ ихъ казуальными рѣшеніями. Какъ весьма характерный, хотя и мелкій образецъ въ томъ же родѣ я приведу вышедшую не-

давно брошюру Грюбера, посвященную специально тому, чтобы согласить два противорѣчивыя опредѣленія, относящіяся къ приданому<sup>34)</sup>. Въ одномъ опредѣленіи Ульпіанъ не признаетъ возможнымъ переходъ права собственности на имущество, переданное кѣмъ-либо кому-нибудь въ приданое, если бракъ осуществится послѣ смерти лица передавашаго, и согласуется на таковой переходъ только послѣ нѣкотораго колебанія и какъ на особое исключеніе, не *mulier maeneat indotata*. Иначе рѣшаетъ Юліанъ въ сходномъ случаѣ. Онъ, не колеблясь, признаетъ переходъ права собственности по назначенію. Въ книжкѣ Грюбера приведено до девяти различныхъ попытокъ объясненія этого противорѣчія; изъ ихъ числа древнѣйшая находится въ глоссѣ (стр. 9), а новѣйшая принадлежитъ Іерингу. Взглядъ этого послѣдняго ученаго, принимающаго существованіе противорѣчія между обоими мѣстами, кажется болѣе правильнымъ потому, конечно, что не ищеть, во чтобы то ни стало, полнаго единогласія между римскими юристами. Напротивъ, отъ объясненія Грюбера, усматривающаго исходъ въ грамматическомъ пониманіи мѣста, отличномъ отъ общепринятаго пониманія его, вѣдетъ искусственностью старыхъ догматиковъ, возраженія же его противъ Іеринга не лишены наивности. Весь приведенный споръ характеристиченъ въ томъ отношеніи, что самое противорѣчіе касается не практическаго исхода казуса (о чемъ Ульпіанъ и Юліанъ мыслятъ одинаково, отдавая право собственности тому, кому оно было предназначено), а только юридической конструкции его, т. е. вопроса, въ какомъ юридическомъ видѣ желаемое рѣшеніе должно быть дано. Такимъ образомъ сторонники единства простираютъ свои притязанія не только на единогласіе римскихъ юристовъ относительно чувства справедливости во всѣхъ мелкихъ проявленіяхъ его, но и на единомысліе относительно мелочей юридической техники, — какъ будто ихъ техническое знаніе было чѣмъ-то въ родѣ *deus ex machina* и какъ будто сами юристы стояли внѣ закона историческаго прогресса! — Въ свою очередь не слѣдуетъ упускать

<sup>34)</sup> Grueber, *Versuch einer Erklärung der L. 9 § 1. D. de jure dotum.* (Ulp.) 1874. Примиреніе отсыливается относительно D. 39. 5 de donat. fr. 2 § 5 (Jul.).

изъ виду изслѣдованія, исполненныя въ противоположномъ направленіи, т. е. разоблачающія ошибки, происшедшія отъ излишняго стремленія къ объединенію. Извѣстный, капитальный трудъ Фойгта объ естественномъ правѣ, отличающійся если не полною ясностью и доступностью въ своей конструкціи, то, во всякомъ случаѣ, необыкновеннымъ богатствомъ сведеннаго въ немъ историческаго матеріала, убѣдительно показываетъ, какое широкое поле дѣятельности открывается предъ изслѣдователемъ, коль скоро онъ руководится сознательнымъ образомъ идею о постепенности историческаго образованія юридическихъ идей и старается потому возстановить ихъ въ ихъ исторической послѣдовательности. Между работами этого рода заслуживаютъ особеннаго вниманія такія, которыя, показавъ реальность противорѣчій, обнаруживаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ необходимость отказаться, за недостаткомъ фактическихъ данныхъ, отъ всякихъ дальнѣйшихъ розысканій относительно точнаго смысла всѣхъ противорѣчивыхъ опредѣленій. Среди литературы послѣдняго времени къ подобному результату приводятъ, между прочимъ (хотя безъ сознанія въ томъ со стороны самихъ авторовъ), изслѣдованія Ленеля и Эйзеля по вопросу о смыслѣ распространеннаго въ дигестахъ и играющаго важную роль выраженія *ipso jure* вообще, и выраженія *ipso jure compensatur* въ частности. На эти изслѣдованія я позволю себѣ сослаться здѣсь, какъ на примѣръ, ради объясненія сказаннаго. Ленель<sup>35)</sup> оспариваетъ мнѣніе, по которому выраженіе *ipso jure* имѣетъ въ источникахъ всюду одно опредѣленное значеніе. Ленель показываетъ, что во всѣхъ случаяхъ употребленія этого термина неизмѣннымъ остается только общій отрицательный смыслъ его: *ipso jure* обозначаетъ собою отсутствіе нѣкотораго другаго признака. Положительное же значеніе выраженія *ipso jure* весьма разнообразится. Къ предмету второй части названнаго изслѣдованія, посвященной выраженію *ipso jure compensatur*, относится изслѣдованіе Эйзеле<sup>36)</sup>. Повидимому, оно расходится съ выводами Ленеля; но насколько Эйзеле не устраняетъ означеннаго выраженія изъ системы классической юриспруденціи, (въ двухъ мѣстахъ онъ принимаетъ *ipso jure* за интерполяцію<sup>37)</sup>,

<sup>35)</sup> Lenel, ук. соч. (прим. 25), стр. 86—98 и 139—151.

<sup>36)</sup> Eisele, *Die Compensation*, 1876, стр. 151—174.

<sup>37)</sup> Тамъ же, стр. 151, 153, 164.

онъ характеризуетъ *ipso jure* также съ отрицательной стороны, хотя и не одинаково съ Ленелемъ<sup>38)</sup>. Такой, по характеру своему согласный результатъ двухъ изслѣдованій, вышедшихъ одновременно, составляетъ естественный исходъ изъ путаницы старыхъ воззрѣній<sup>39)</sup> и обнаруживаетъ всю бесплодность тяжелой работы, направленной къ открытію единаго понятія *ipso jure*. Но, конечно, онъ ослабляетъ силу фактическаго матеріала. Разрозненныя въ источникахъ такія нибудь шесть мѣстъ, упоминающія „*ipso jure compensatur*“ и обладавшія нѣкоторымъ признакомъ силы при предположеніи ихъ полнаго согласія, лишаются этого призрака теперь, когда изслѣдование объ *ipso jure* съ достаточною убѣдительною обнаруживаетъ, что это выраженіе имѣетъ въ устахъ римскихъ юристовъ различный смыслъ. Шестъ мѣстъ превращаются въ шесть разрозненныхъ обрывковъ нѣсколькихъ неизвѣстныхъ формъ нѣ котораго юридическаго понятія, и за немногочисленностью и неясностію обрывковъ историкъ приходится отказаться отъ надежды обнаружить всѣ разнообразныя формы этого понятія, ихъ соотношеніе и приложенія. Заслуга изслѣдованій, подобныхъ изслѣдованіямъ Ленеля и Эйзеле, состоитъ уже въ томъ, что они показываютъ истинное достоинство сохранившагося историческаго матеріала и предостерегаютъ отъ смѣлыхъ попытокъ создавать изъ него что-либо, не соответствующее его силѣ.

Въ связи съ стремленіемъ къ объединенію юстиніановскіи кодификаціи развилось стремленіе къ разъясненію ея темныхъ мѣстъ и пополненію ея дѣйствительныхъ и мнимыхъ пробѣловъ, поглотившее на долгое время почти весь запасъ любознательности романистовъ. Своимъ происхожденіемъ оно обязано съ одной стороны тому обстоятельству, что вслѣдствіе весьма понятныхъ причинъ кодификація, при всей ея массивности, не могла предвидѣть по разсмотрѣннымъ ею предметамъ всѣхъ возможныхъ казусовъ, въ особенности же казусовъ германской юридической практики; съ другой же — то-

38) Тамъ же, стр. 169—173

39) Подробный обзоръ ихъ см. у Ubbelohde, *Ueber den Satz: ipso jure compensatur*, 1858.

му, что, разъ подчинясь авторитету римскихъ юристовъ, ихъ новые послѣдователи были склонны искать у нихъ отвѣтовъ и на свои собственные вопросы. Въ чуждыхъ юридическихъ опредѣленіяхъ, возведенныхъ на степень абсолютнаго „написаннаго разума“ (*ratio scripta*), видѣли источникъ всего возможнаго права и искали въ этомъ источникѣ освященіе существующихъ въ дѣйствительности отношеній. Формулированныя понятія и готовыя рубрики открывали возможность избѣгать самостоятельнаго труда и примѣнялись въ ущербъ истинному своему смыслу къ объясненію предметовъ, которые римскій юристъ не затруднился бы отбросить въ сторону, какъ нѣчто совершенно несоответствующее имъ. Такимъ образомъ, не замѣчая въ настоящемъ свѣтѣ важнаго для развитаго гражданскаго оборота (каковъ былъ оборотъ Рима) института добросовѣстнаго владѣнія (*bonae fidei possessio*), глоссаторы признали въ римской системѣ вещныхъ правъ отраженіе средневѣковыхъ поземельныхъ отношеній и, построивъ извѣстное ученіе о совмѣстномъ правѣ поземельной собственности нѣсколькихъ лицъ, какъ, напр., сюзерена и вассала (*dominium directum et utile*), истолковали римскія опредѣленія въ превратномъ смыслѣ<sup>40)</sup>. Руководясь тою же склонностью, какъ и въ предъидущемъ случаѣ, подводили постоянное внѣбрачное сожитіе подъ понятіе конкубината, который въ Римѣ имѣлъ значеніе брачной формы, распространяли постановленія о *milites* на рыцарей<sup>41)</sup>, положеніе слугъ приравнивали къ положенію либертиновъ, спорили о примѣнимости постановленій, относящихся къ рабству, и т. п. Особенности средневѣковаго воззрѣнія на присягу, обусловленныя строемъ средневѣковаго процесса

40) Ср. Thibaut, *Versuche*, II, стр. 77—90; Rosshirt, стр. 188; Brinz, *Zum Rechde d. bonae fidei possessio* (Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Dr. Ludwig Arndts, 1875), стр. 73—76.

41) См. Fitting, *Castrense peculium*, стр. 532.

съ примѣсью вліянія каноническихъ идей, были приписаны римскому праву, вслѣдствіе чего, напримѣръ, за неизвѣстнымъ римской юриспруденціи раздѣленіемъ присяги на виды по качеству свидѣтельства, подкрѣпляемаго ею) *juramentum veritatis, j. credulitatis, j. ignorantiae*), было признано римское происхождение<sup>42)</sup>. Вообще „большое число институтовъ германскаго права, практическое значеніе которыхъ не могло оспариваться теоретикомъ - романистомъ, было подведено подъ ученія римскаго права, на видъ родственныя или аналогичныя, и, по меньшей мѣрѣ, снабжено римскими именами и исками“<sup>43)</sup>. Съ измѣненіемъ, происшедшимъ за послѣднее столѣтіе въ практическомъ положеніи римскаго права, и съ образованіемъ сознанія о различіи, существующемъ между дѣйствительнымъ и „современнымъ римскимъ правомъ“, и, въ свою очередь, между этимъ послѣднимъ и національно-германскимъ правомъ, заблужденія этого рода отчасти обнаружены и брошены, отчасти продолжаютъ обнаруживаться и устраняются съ большимъ или меньшимъ успѣхомъ; но нельзя признать угаснувшей самую склонность освящать идеи и явленія современнаго происхожденія покровомъ вѣковаго авторитета римскаго права. Ученіе объ отвѣтственности по ничтожнымъ договорамъ, или о такъ называемой *culpa in contrahendo*, ставшее въ послѣднее время привлекательнымъ предметомъ догматическихъ изслѣдованій, можетъ служить подтвержденіемъ сказаннаго<sup>44)</sup>. Это ученіе занимается, какъ извѣстно, вопросомъ о томъ, ка-

<sup>42)</sup> См. Zimmermann, *Glaubenseid*, 1863, особ. стр. 3 сл., 45 — 51 79 сл., 197 вн., и др.; ср. Savigny, *System*, VII, стр. 74 — 76.

<sup>43)</sup> Zoepfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 56 (3 изд. 1858 г., стр. 211)

<sup>44)</sup> См. въ особен.: Ihering, въ *Jahrbücher f. Dogmatik*, IV, стр. 1—112; Vangerow, *Lehrbuch*, § 109; Windscheid, *Lehrbuch*, § 307, пр. 5, § 315 пр. 7; Drechsler, *Ueber d. Schadenersatz bei nichtigen Verträgen*, 1873.

кую отвѣтственность долженъ нести контрагентъ, предложившій обязательственный договоръ, когда по принятіи его другою стороною онъ окажется ничтожнымъ, вслѣдствіе недостатка необходимыхъ условій со стороны предложившаго контрагента. Практической интересъ, связанный съ разрѣшеніемъ приведеннаго вопроса, настолько великъ, что, безспорно, уполномочиваетъ современную юриспруденцію на тщательную и оригинальную разработку его. Съ другой стороны относящіяся къ нему фрагменты римскихъ источниковъ настолько не полны, немногочисленны и противорѣчивы, что не даютъ возможности вывести изъ нихъ что-либо помимо общихъ и неопредѣленныхъ заключеній. Они противорѣчатъ взаимно относительно юридической конструкции принадлежащаго сюда отношенія; не даютъ указанія на мотивъ, въ силу котораго возлагается на контрагента отвѣтственность за ничтожность договора; съ излишнею краткостью и неясностью они говорятъ наконецъ о размѣрѣ этой отвѣтственности. Тѣмъ не менѣе догматики считаютъ за существенное показать, что ихъ собственныя возрѣнія согласуются въ данномъ случаѣ съ предполагаемымъ принципомъ сохранившихся фрагментовъ. Не только предположеніе о полной однородности потребностей римскаго и современнаго гражданскаго оборота и взглядовъ на справедливость, но и увѣренность въ томъ, что каждая отдѣльная часть римской системы представляется, если не законченною, то все-таки достаточно отдѣланною, живутъ еще въ юриспруденціи. Они правила безусловно юриспруденціею прошлаго времени.

Недостатокъ историческаго чутья сопровождалъ ихъ и въ свою очередь поддерживался ими. Отсутствіе многихъ важныхъ историческихъ свѣдѣній (какъ, напримѣръ, свѣдѣній, касающихся исторіи римскаго процесса), дѣлавшее правильное пониманіе невозможнымъ даже въ томъ случаѣ, если бы существовало желаніе достиг-



нута его, не останавливало толкователей. Имъ было чуждо различіе формальной стороны римскихъ опредѣленій и ихъ дѣйствительнаго содержанія, вслѣдствіе чего они не оцѣнили по достоинству многихъ историческихъ анахронизмовъ, удержанныхъ въ *corpus juris*, и многому, обладающему однимъ формальнымъ значеніемъ, придали значеніе реальное, либо наоборотъ въ дѣлѣ уничтоженія отжившихъ древнихъ рамокъ шли далѣе компиляторовъ Юстиніана. Такъ, глоссаторы догматизировали на новый ладъ ученіе объ экцепціяхъ, въ юстиніановомъ правѣ уже потерявшее свою опредѣленность. Изъ своеобразнаго преторскаго средства экцепція превратилась въ строго очерченное догматическое понятіе, которое имѣетъ до сего времени несомнѣнную практическую цѣну, но не соответствуетъ римскому взгляду на этотъ предметъ<sup>45)</sup>. Догматизируя понятіе объ экцепціи, глоссаторы и ихъ послѣдователи вновь сообщили ему жизненную силу, придавшую ему и новое содержаніе. Подобнымъ же путемъ пришли, на примѣръ, къ заключенію, что соглашеніе объ уничтоженіи обязательства (*pactum de non petendo*) пользуется преимуществомъ предъ другими видами соглашеній (*p. de petendo*): римское право, какъ извѣстно, допускало иногда относительно перваго вида дѣйствіе *ipso jure*, тогда какъ другіе виды проявляли свое дѣйствіе чрезъ *exceptio*. Формальное, вызванное историческими условіями развитіе приобрѣло такимъ путемъ догматическое значеніе. Еще недавно обнаруженный примѣръ въ томъ же родѣ представляется раздѣленіемъ процентовъ на два вида, изъ которыхъ одинъ можетъ быть предметомъ самостоятельнаго обязательства, другой же напротивъ требуется только при искѣ по главному обязательству. Въ римскомъ правѣ, насколько

<sup>45)</sup> См. Bethmann Hollweg, *Der Civilprocess*, VI, § 122. — Держась самъ догматическаго воззрѣнія на экцепцію, Бетманъ-Гольвегъ усматриваетъ въ теоріи глоссаторовъ реставрацію римскихъ взглядовъ.

можно судить по сохранившимся фрагментамъ, это раздѣленіе было обусловлено нѣкоторыми процессуальными особенностями и, во всякомъ случаѣ, не было выдержано строго. Между тѣмъ новая теорія не затруднилась возвести его на степень строго-опредѣленнаго догматическаго принципа (отождествивъ римское раздѣленіе съ раздѣленіемъ процентовъ на условные и законные) съ извѣстными важными въ практическомъ отношеніи послѣдствіями, при чемъ очевидно перешла за границы, установленныя римскими юристами<sup>46)</sup>.—Во всѣхъ названныхъ случаяхъ интерпретація двигала юстиніаново право назадъ, воскресня и развивая уже отжившія его части. Наоборотъ въ другихъ случаяхъ она опережала его въ дѣлѣ уничтоженія древнихъ рамокъ, не успѣвшихъ еще сгладиться ко времени Юстиніана. Стипуляція не отличалась строго отъ консенсуальныхъ контрактовъ; двѣ формы защиты владѣнія въ области наследственнаго права, — *interdictum quorum bonorum* и *missio Hadriana*, — слились въ одинъ институтъ (*Ein-satz*<sup>47)</sup>), и т. п. Въ современной литературѣ еще живутъ подобные приемы.

Въ результатъ, стремленіе сдѣлать римское право своимъ привело къ общему измѣненію римскихъ опредѣленій въ духѣ новой жизни, — измѣненію, вызванному безсознательно для самихъ юристовъ преобладаніемъ въ нихъ практическаго чувства надъ теоретическимъ умѣньемъ стать на чуждую точку зрѣнія. Туда же вело

<sup>46)</sup> См. Carnus, *Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen*, 1876; ср. Regelsberger, въ Мюнхен. Kritisches Vierteljahr. 1877, стр. 303—305.

<sup>47)</sup> Leist, *Die bonorum possessio*, II, 1848, § 190 сл.; его же, *Das praetorische Erbsystem*, 1873, стр. 431 сл. — У Rosshirt'a, *Dogmen-Geschichte*, находится много примѣровъ, поясняющихъ наглядно сказанное въ текстѣ. Для примѣровъ приведенныхъ ср. сверхъ указаннаго стр. 61, 106 сл., 161, 162, 296 сл., 298 и др. См. также литерат. указанія у Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, II, стр. 122, прим. 3\*



и вліяніе идей новаго происхожденія, измѣнявшихъ римское право въ духъ средневѣковыхъ воззрѣній. Интересный, относящійся сюда примѣръ представляетъ вліяніе, которое имѣла каноническая идея о незаконности полученія процентовъ съ капитала. Развившись въ общее ученіе о незаконности ростовщичества или наживы съ капитала, отданнаго въ чужія руки (Wucherlehre), эта идея вліяетъ съ 14 вѣка на цивилистовъ<sup>48)</sup> и преобразуетъ между прочимъ римское ученіе о товариществахъ. Форма товарищества употребляется какъ суррогатъ займа, запрещеннаго господствующею догмой; отношеніемъ соучастниковъ, изъ которыхъ одинъ даетъ капиталъ, а другой вноситъ въ предпріятіе свой трудъ, маскируется недозволенное отношеніе кредитора и должника<sup>49)</sup>. Такое практическое значеніе этой формы руководило, естественно, интерпретаціей относящихся къ ней правоположеній, видоизмѣняя соотвѣствующимъ образомъ ихъ содержаніе. Цивилисты увлекались въ этомъ отношеніи менѣе канонистовъ, но не могли остаться вполнѣ свободными отъ вліянія ходячихъ взглядовъ. Такимъ путемъ выработалось, на примѣръ, своеобразное воззрѣніе, согласно съ которымъ товарищъ, получившій деньги (должникъ), разсматривался по всѣмъ веденнымъ имъ дѣламъ предпріятія, какъ представитель (institor) своего сотоварища (кредитора); это воззрѣніе допускало, что должникъ de facto, будучи de jure только членомъ товарищества, могъ свободно вести свои дѣла, не привлекая сотоварища-кредитора къ участию въ нихъ. Необходимость же оградить товарища-кредитора отъ неотносящихся къ нему требованій третьихъ лицъ, вступившихъ въ сдѣлки съ хозяиномъ предпріятія, привела къ различному опредѣленію раз-

<sup>48)</sup> См. капитальное изслѣдованіе Endemann'a, *Studien in der romanisch-canonistischen Werthschafts und Rechtslehre*, I, 1874, стр. 26 сл., 347.

<sup>49)</sup> Тамъ же, стр. 360—371.

мѣровъ отвѣтственности товарищей. Позднѣ эти и другія, примыкающія къ нимъ опредѣленія (каково, на примѣръ, правило, по которому иски третьихъ лицъ предъявляются къ лицу, руководящему предпріятіемъ), привели къ идеѣ о высшей самостоятельности товарищества, какъ такового, — къ его олицетворенію<sup>50)</sup>. — Удовлетворяя такъ или иначе требованіямъ судебной практики и упражняя юридическое мышленіе въ извѣстномъ, одностороннемъ направленіи, вышеописанный процессъ искусственной интерпретаціи не могъ, конечно, споспѣшествовать правильному пониманію римскаго права. Имѣя несомнѣнное практическое значеніе, она не содержала въ себѣ исторической правды. Общепринятая толкованія римскаго права исказили значительно его содержаніе. Часто они были основаны на обрывкахъ мыслей римскихъ юрисконсультовъ, на ихъ недомолвкахъ и возникали путемъ сложной перетасовки римскихъ понятій. Не чуждыя тенденціи казаться истинными и объективными, эти объясненія оказываются нерѣдко произвольными и субъективными.

Указанныя свойства римско-нѣмецкой догмы обратили на себя вниманіе Штейна въ его послѣднемъ сочиненіи<sup>51)</sup>. Штейнъ распространяется объ игнорированіи догматиками историческаго характера сборниковъ Юстиніана, о систематической переработкѣ пандектъ нѣмецкими юристами и объ измѣненіи римскихъ опредѣленій въ духъ германской жизни; но, черезъ чуръ увлекаясь критическимъ отношеніемъ къ современному состоянію преподаванія на юридическихъ факультетахъ Германіи, Штейнъ неправильно опредѣляетъ значеніе этихъ свойствъ. Такъ, онъ отказывается признать рецепцію римскаго права въ обще-германской догмѣ (das gemeine Recht)<sup>52)</sup>. Если даже согласиться съ тѣмъ весьма одностороннимъ воззрѣніемъ Штейна, что произведенія римскихъ юри-

<sup>50)</sup> Тамъ же, стр. 387—395 и слѣд.

<sup>51)</sup> Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften*, 1876, стр. 51—76.

<sup>52)</sup> Тамъ же, стр. 61.

стовъ не были дѣйствующимъ римскимъ правомъ въ настоящемъ значеніи этого слова <sup>53)</sup>, то эта пере- мѣна въ названіяхъ не измѣнить существа дѣла. Мысль римскихъ юристовъ управлялась принципами, руководившими римскою жизнью, и нѣмецкіе юри- сты, изучая идеи своихъ римскихъ предшественни- ковъ, вносили эти принципы въ жизнь германскую. Нѣтъ, конечно, нужды говорить о рецепціи римскаго права во всей его совокупности; но культурно-истори- ческое значеніе процесса рецепціи должно измѣрять- ся не столько количествомъ усвоенныхъ Германіей детальныхъ опредѣленій, сколько вліяніемъ, оказан- нымъ основными началами римскаго права на исто- рическое развитіе германскаго права, при чемъ не представляется необходимости усматривать въ есте- ственной философіи преимущественное орудіе вліянія этого рода (какъ поступаетъ Штейнъ) <sup>54)</sup>. Степень влі- янія еще не опредѣлена точно; однако самый фактъ его существованія врядъ ли можетъ подлежать сомнѣнію. Штейнъ далѣе неправъ, когда, ставя въ непосред- ственную связь систематическую переработку пан- дектъ съ измѣненіемъ ихъ содержанія, придаетъ осо- бенное значеніе этому послѣднему моменту въ ущербъ моменту заимствованія <sup>55)</sup>. Какъ ни отличны нѣмецкія толкованія на римскія опредѣленія отъ дѣйстви- тельнаго смысла этихъ послѣднихъ, это отличіе не пе- реходитъ за извѣстный предѣлъ, который заставляетъ насъ признавать въ нѣмецкой догмѣ толкованіе все- таки римскаго права, а не чего-либо другаго. Если бы римское право даже всегда имѣло значеніе только авторитетнаго подтвержденія сужденій, полученныхъ изъ другаго источника, каковое значеніе, по вѣрному замѣчанію Штейна, оно имѣетъ въ настоящее вре- мя <sup>56)</sup>, то сужденія все-таки не могли бы идти тѣмъ пу- темъ, какимъ они шли бъ, если-бы не были стѣсне- ны никакимъ авторитетомъ. Многое изъ области рим- скихъ идей сдѣлалось теперь своимъ для нѣмецкихъ юристовъ, многія изъ ихъ собственныхъ идей полу- чили особое развитіе только благодаря содѣйствию

<sup>53)</sup> Тамъ же, стр. 57 сл.

<sup>54)</sup> Тамъ же стр. 66, 67.

<sup>55)</sup> Тамъ же, стр. 62 сл., ср. стр. 71 сл. Осужденіе того же взгляда съ другой точки зрѣнія высказываетъ Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876 стр. 191, примѣч.

<sup>56)</sup> Тамъ же стр. 71 сл.

римскаго права; но юристы позабыли о томъ и стали склонны умалять значеніе рецепціи. X

Догма римскаго права не утратила по сіе время вышеописаннаго характера своего, образованнаго исто- рическими условіями рецепціи, хотя практическое по- ложеніе римскаго права теперь далеко не походить на практическое положеніе его въ прежнее время. Въ исторіи германскаго гражданскаго правовѣдѣнія повто- рилось явленіе, обладающее по своему существу обще- историческимъ значеніемъ. Порядокъ, необходимый на извѣстной ступени развитія всего общества, или ка- кой либо среды его, вводится и поддерживается упор- но со стороны руководящихъ обществомъ или средою силъ, воспитывая наклонности и привычки, благопрі- ятныя своему существованію. Развитіе такихъ наклон- ностей и привычекъ служитъ залогомъ прочности опи- рающагося на нихъ порядка. Но, образовавшись од- нажды, онѣ продолжаютъ существовать и тогда, когда жизнь переступаетъ связанную съ ними черту исто- ріи и, отрѣшаясь постепенно отъ установившагося строя идей и сопряженнаго съ ними образа дѣйствій, переходитъ къ новому строю. Тогда измѣняется зна- ченіе старыхъ привычекъ. Ихъ усиленное развитіе становится вреднымъ, оказываясь помѣхой прогрессу; борьба съ ними, когда-то сосредоточенная въ рукахъ консервативной партіи, дѣлается обязанностью для сто- ронниковъ развитія. Измѣняя свою форму сообразно свойствамъ сферы, въ которой онѣ происходятъ, этотъ процессъ наблюдается при извѣстныхъ условіяхъ во всѣхъ областяхъ нравственной и умственной дѣятель- ности человѣчества. Исторія наукъ богата указані- ями на то, какъ разъ установившіяся понятія и од- нажды выработанные приемы переживаютъ свое время и какъ много надо потратить силы, чтобы парали- зировать и устранить ихъ вредное вліяніе. Граждан- ская юриспруденція Германіи представляетъ примѣръ

науки, въ средѣ которой самыя лучшія стремленія не въ силахъ побѣдить сразу подобнаго вліянія. Рецепція римскаго права выработала въ нѣмецкой юриспруденціи вышеуказанные научныя приемы. Деятельность вѣкъ измѣнилъ и расширилъ требованія, обращенныя къ юриспруденціи. Ей слѣдовало, сообразуясь съ ними, раздвинуть рамки своей дѣятельности, задаться достиженіемъ новыхъ цѣлей и овладѣть новыми приемами изслѣдованій. Не столько путемъ сознательнаго развитія, сколько путемъ полусознательнаго приспособленія къ обстоятельствамъ нѣмецкіе юристы дѣйствительно начали реформу въ этомъ направленіи; но на первыхъ же порахъ ея ходъ натолкнулся на противодѣйствіе старыхъ приемовъ. Переплетеніе новыхъ стремленій наклонностями, завѣщанными отъ стараго времени, и медленная побѣда первыхъ надъ вторыми составляютъ сущность дальнѣйшаго развитія германско-юриспруденціи.

Съ конца прошлаго вѣка въ Германіи сталъ укрѣпляться протестъ противъ господства римскаго права, свидѣтельствующій, что правовая жизнь страны выросла къ тому времени до даннаго ей образца и почувствовала необходимость, ставъ на свои ноги, опередить его путемъ свободнаго развитія. Возстановленіе заглушенной способности творить право собственными силами помимо непосредственнаго заимствованія сдѣлалось предметомъ насущной необходимости. Догмѣ римскаго права, въ старомъ ея видѣ, приходилось лишиться непосредственно-практическаго значенія, сохраняя значеніе педагогическаго орудія. Теряя свою силу *de jure*, римское право продолжало служить *de facto* основаніемъ главнѣйшихъ институтовъ нѣмецкаго законодательства, и это обстоятельство въ связи съ удивительнымъ развитіемъ у римскихъ юристовъ искусства „юридической логики“ дозволяло и обязывало пользоваться римскимъ правомъ въ качествѣ превосходнаго школьнаго сред-

ства. Благодаря тому отношенію юристовъ къ римскимъ источникамъ сдѣлалось болѣе правильнымъ, чѣмъ было прежде: замѣченное уже въ прошломъ столѣтіи различіе между примѣняемымъ въ Германіи и дѣйствительнымъ римскимъ правомъ приобрѣло наиболѣе опредѣленную форму и первое, подъ именемъ современнаго римскаго права, было отдѣлено отъ втораго. Но вначалѣ этимъ и ограничилась реформа догмы. Сведеніе значенія римскаго права къ школьнымъ интересамъ и соединенное съ этимъ увлеченіе систематикой, теперь не связанное практическими стремленіями, только поощрили дальнѣйшее развитіе формальной догмы. Между тѣмъ съ точки зрѣнія интересовъ практики устраненіе раболѣпнаго подчиненія реципированному праву должно было вызвать критическое отношеніе къ нему. Для успѣха критики надо было выяснить практическое значеніе заимствованныхъ правоположеній, т.-е. опредѣлить мотивы, ихъ породившія, послѣдствія, производимыя ихъ примѣненіемъ, и степень соотвѣтствія тѣхъ и другихъ потребностямъ времени. Подобное изслѣдованіе могло бы принести пользу не только законодателью, но и суду, осмысливъ значительно судебную дѣятельность: вмѣсто формальнаго масштаба судья получилъ бы масштабъ болѣе глубокой и вѣрный, измѣряющій значеніе закона его отношеніемъ къ интересамъ гражданской жизни и современнымъ требованіямъ справедливости. Однако нѣмецкіе юристы долго не могли достигнуть сознанія о необходимости подобнаго изученія закона. Болѣе полустолѣтія они оставались еще подъ всецѣлымъ господствомъ старинныхъ приемовъ и придерживались логическихъ конструкцій; романисты занимались при этомъ тонкимъ, но бесполезнымъ процессомъ примиренія разнорѣчій, оставшихся отъ римскихъ юристовъ, или разрѣшеніемъ неразрѣшенныхъ въ *corpus juris* казусовъ. Отстранившись отъ критической дѣятельности, научныя силы остались чуждыми

дѣлу, еще болѣе трудному и полезному, — дѣлу самостоятельнаго формулированія новаго права, которое искали потребности жизни, шагавшей впередъ. Такимъ образомъ въ этотъ новый періодъ литературной разработки римскаго права, — періодъ по существу своему переходный, догма римскаго права приобрѣла въ научномъ отношеніи какое-то среднее, неопредѣленное положеніе. Съ одной стороны она не могла еще удовлетворить вполне чисто-научнымъ требованіямъ, — возстановить настоящее римское право, такъ какъ не разставалась съ прежними цѣлями и приемами изслѣдованія, неспособными служить раскрытію исторической истины. Съ другой, — чуждаясь критики и самостоятельнаго творчества, разработывая не дѣйствующее въ Германіи право, хотя бы римскаго происхожденія, а только формулы римскихъ юристовъ<sup>57)</sup>, догма не могла пользоваться практическимъ значеніемъ; и, конечно, заслуживаетъ вниманія то характерическое обстоятельство, что моментъ высшаго развитія формальной догмы совпалъ съ временемъ, когда въ практическихъ сферахъ начиналась живая дѣятельность по преобразованію права.

Не получая помощи со стороны науки, тамъ приступили къ реформамъ помимо ея, что навлекло на науку справедливый упрекъ въ отсталости и односторонности. Не легко было юриспруденціи научиться тому, отъ чего она отвыкала въ продолженіе столѣтій. Только медленнымъ путемъ она приобрѣла новые взгляды на свои задачи и еще медленнѣе, въ послѣдніе двадцать-тридцать лѣтъ, проникли въ нее новые приемы, такъ что догма усвоила наконецъ элементы критики и сознательнаго творчества, общающіе создать дѣйствительно современную систему права и подготовить

<sup>57)</sup> Ср. по этому поводу Leist, *Ueber die dogmatische Analyse*, 1854, стр. 5—8.

поле для теоретической политики гражданскаго права. Въ настоящее время процессъ низведенія догмы изъ области логическихъ конструкцій на почву практической жизни можетъ похвастаться упроченнымъ. Много сдѣлано уже для того, чтобы разоблачить реальный смыслъ олицетвореній и туманныхъ отвлеченностей, насаженныхъ щедрою рукою въ теорію гражданскаго права и придавшихъ многимъ ея вопросамъ какую-то священную таинственность; — и эта работа привела не къ грубой матеріализации правовыхъ идей, но подарила намъ рядомъ весьма интересныхъ обобщеній, историко-философское значеніе которыхъ стоитъ не ниже ихъ догматической важности. Юриспруденція отрѣшается отъ своей цеховой, ремесленной замкнутости: изъ искусства она становится наукой. Это стремленіе осуществляется, во первыхъ, вышеозначеннымъ прогрессомъ въ догмѣ<sup>58)</sup>. Его сущность состоитъ въ томъ, что въ юриспруденціи сложилось сознаніе о полноправности инаго догматическаго приема, нежели приемъ формально-логическій, и инаго отношенія къ юридическимъ опредѣленіямъ, нежели пассивное воспроизведеніе ихъ. Формально-логическій приемъ оперируетъ готовыми юридическими опредѣленіями, возводя ихъ къ логическому единству и слагая ихъ въ возможно стройную систему, основанную на логическомъ родствѣ понятій. Слѣдуя этому приему, догма совершенствуетъ юридическую систему въ томъ отношеніи, что перерабатываетъ конкретное въ абстрактное, отъ опредѣленій восходитъ къ институтамъ и понятіямъ; но здѣсь она не выходитъ за предѣлы даннаго ей круга идей и обрабатываетъ не столько современное дѣйствующее, сколько положительное право. Противоположное получается при пользованіи приемомъ критико-созидающимъ. Въ при-

<sup>58)</sup> Ср. для нижеслѣдующаго богатую идеями статью Ihering's, *Unsere Aufgabe*, въ *Jahrb. f. Dogm.*, I (1857), стр. 1—52.

мѣненіи къ изображенію уже выработанныхъ юридическихъ опредѣленій онъ ведетъ къ уясненію мотивовъ каждаго опредѣленія и къ толкованію ихъ смысла сообразно мотивамъ; догма опирается въ этомъ случаѣ на историческую почву и разсматриваетъ правоопредѣленіе, какъ живое явленіе въ процессѣ развитія даннаго общества. При догматическомъ изслѣдованіи этого рода система должна принять во вниманіе классификацію мотивовъ и не можетъ руководиться исключительнымъ стремленіемъ къ абсолютному формальному единству, но основывается на реальномъ соотвѣтствіи изображаемыхъ ею институтовъ. Въ примѣненіи къ опредѣленію степени обязательности названный приемъ приводитъ къ критикѣ положительнаго права, опредѣляя, что въ немъ есть и должно быть правомъ дѣйствующимъ, т. е. примѣняемымъ въ гражданской жизни. Критика имѣетъ своимъ предметомъ цѣлесообразность юридическихъ опредѣленій и притомъ въ двойномъ отношеніи. Она оцѣниваетъ степень соотвѣтствія опредѣленій ихъ мотивамъ, иначе говоря—степень удачи, достигнутой законодателемъ при формулированіи нормы сообразно своимъ стремленіямъ; она оцѣниваетъ также цѣлесообразность самихъ этихъ стремленій съ точки зрѣнія общихъ культурныхъ задачъ даннаго времени. Критика ведетъ юриста къ дальнѣйшему шагу. Отрицательнымъ выводамъ критики юристъ долженъ противопоставить собственные положительныя заключенія. Признавая формулированіе опредѣленій неудачнымъ, онъ совершенствуетъ его. Признавая мотивы, руководившіе въ прошломъ образованіемъ той или другой части положительнаго права, устарѣвшими вполнѣ или отчасти, онъ устраняетъ или сокращаетъ въ соотвѣтствующей степени ихъ вліяніе на дѣйствующее право. Напротивъ, замѣчая необходимость дать большее развитіе тому, что заключается уже въ положительныхъ опредѣленіяхъ, догматикъ осуществляетъ такое развитіе. Здѣсь мы встрѣ-

чаемся съ „конструктивнымъ“ приемомъ. Онъ принимаетъ за исходную точку разрозненныя выраженія какой-либо впервые пробивающейся юридической идеи и развиваетъ ихъ въ цѣлый институтъ сообразно современнымъ потребностямъ гражданского оборота и воззрѣніямъ на справедливость. Римское право можетъ служить богатымъ источникомъ для подобныхъ работъ, во многихъ случаяхъ съ бѣльшимъ преимуществомъ предъ другими возможными источниками. Но всѣмъ этимъ не ограничивается дѣятельность юриста-догматика. Кромѣ толкованія, критики и развитія положительныхъ опредѣленій, онъ уполномоченъ къ свободному творчеству на самостоятельной почвѣ. Судебная практика, обязанная найти всегда необходимый законъ, хотя бы онъ не былъ написанъ въ законахъ, даетъ реальную опору такому творчеству. Въ его сферѣ догматикъ достигаетъ возможности осуществлять высшее „право юриспруденціи“, которое блистательно осуществлялось полусознательнымъ образомъ римскими юристами, о которомъ мечтали сознательно юристы девятнадцатаго вѣка, но съ которымъ до сихъ поръ они не успѣли освоиться какъ слѣдуетъ. Научная, теоретическая догма права должна воспроизвести въ себѣ всѣ перечисленные приемы, сохраняя между ними разумное соотвѣтствіе и отражая въ своей системѣ дѣйствительное соотношеніе отдѣльныхъ институтовъ и опредѣленій.

Во-вторыхъ, прогрессъ юриспруденціи выражается въ образованіи и постоянномъ развитіи историческаго изученія гражданского права.

Историческое изученіе гражданского права было другимъ важнымъ результатомъ отрѣшенія Германіи отъ авторитета римскихъ юрисконсультовъ, стоявшимъ первоначально въ непосредственной связи съ реформою догмы, но быстро пріобрѣтшимъ самостоятельное значеніе. Хотя эта новая отрасль правовѣдѣнія обязана своимъ гражданствомъ главнымъ образомъ случайному

противнику юридической эманципации Германіи, однако назначеніе новой науки вполне гармонировало съ прогрессивными стремленіями страны. Какъ ни неопредѣленно были формулированы на первый разъ задачи исторіи права, въ ихъ выраженіи слышалась ясно сознанная необходимость открыть связь, существующую между правомъ и жизнью. Дозволительно было бы ожидать, что достиженіе этой цѣли окажется успешнѣе въ сферѣ новой науки, нежели оно оказалось въ сферѣ догмы. Но произошло иначе, и исторія заявила себя состоятельною не болѣе догмы. <

Сравнивая историческіе труды нѣмецкихъ юристовъ съ ихъ догматическими произведеніями, легко найти между сочиненіями обоихъ родовъ замѣчательное сходство относительно характеристическихъ чертъ, составляющихъ ихъ недостатки. Въ особенности это обнаруживается на литературѣ, посвященной римскому праву. Вышеуказанныя черты, характеризующія догматическія системы романистовъ, повторяются въ ихъ историческихъ работахъ. Долгое время царствуетъ въ нихъ взаимнѣе живаго отношенія къ предмету изслѣдованія отношеніе формальное; вмѣсто изображенія права, какъ элемента народнаго быта, мы находимъ въ исторіи искусственное обособленіе гражданскихъ институтовъ отъ ихъ житейской основы и стремленіе связать ихъ нитками одной логики понятій. Руководящія идеи Савиньи потеряли свою ясность въ устахъ послѣдователей славнаго учителя, затемнились плохими метафизическими уподобленіями и олицетвореніями и омертвѣли. Онѣ повторились какъ святая истина, какъ девизъ школы, но оставались лишь въ одномъ внѣшнемъ отношеніи къ содержанію историческихъ трудовъ. Исторія права была логическимъ сдѣлениемъ понятій, а не отраженіемъ взаимодействія реальныхъ фактовъ. Подобно догмѣ и прямо вопреки своему назначенію она мало знала о процессѣ прогрессивнаго развитія человѣческихъ об-

ществъ, примѣняла одинъ и тотъ же масштабъ къ объясненію и оцѣнкѣ явленій различныхъ временъ и народовъ и придерживалась такого воззрѣнія на происхожденіе права, согласно которому человѣчество уже въ началѣ своего существованія оказывается одареннымъ всеми основными правовыми идеями. Вмѣстѣ съ тѣмъ исторія стремилась, во что бы то ни стало, возстановить все подробности и мелочи прошлой правовой жизни, останавливаясь неохотно предъ молчаніемъ источниковъ, цѣплялась за двусмысленные намеки, или за все, что могло быть принято за намекъ, и злоупотребляла вспомогательными средствами, какъ напр. этимологіей. Въ результатѣ въ науку двинулась груда произвольныхъ и шаткихъ предположеній, которыя толпятся подъ громкимъ именемъ гипотезъ вокругъ любаго спорнаго историческаго факта. <

Во всемъ этомъ отразилось, конечно, общее состояніе науки. Будучи свойствами несовершеннаго философскаго мышленія, формализмъ и догматизмъ (понимая подъ догматизмомъ вѣрованіе въ неизмѣнность существующаго порядка) только недавно стали вытѣсняться рѣшительнымъ образомъ изъ области общественныхъ наукъ, при чемъ на Германію выпала далеко не первая роль. Не составляя исключенія, историческая юриспруденція платила дань времени, понимая плохо сущность историческаго развитія и приписывая слову и мысли значеніе, независимое отъ ихъ реальной основы. Но общее вліяніе нашло въ юриспруденціи мѣстное поощреніе, и въ немъ-то слѣдуетъ видѣть ближайшій источникъ невыгодныхъ особенностей нашей науки. Положеніе, созданное рецепціей римскаго права, воспитало ихъ въ догмѣ; юристы, воспитанные на этой послѣдней, перенесли ихъ въ исторію. Такимъ образомъ догма служитъ звеномъ, чрезъ которое на юриста историка переходило съ усиленною энергіею вліяніе общаго

міровоззрѣнія. Справедливо предполагаетъ Iердингъ<sup>59)</sup>, что исторія римскаго права выиграла бы значительно въ своемъ исполненіи, если бы она была написана не юристомъ, а историкомъ по специальности, и его собственные труды, равно какъ труды Мэна, стоящаго внѣ вліянія германскихъ условій, свидѣлствуютъ убѣдительно въ пользу преимущества сочиненій, написанныхъ авторами, знакомыхъ съ областями, лежащими за предѣлами тѣсныхъ рамокъ юридическаго кругозора.

Вообще въ настоящее время обстоятельства во многомъ измѣняются къ лучшему, и завязавшееся знакомство юристовъ съ посторонними для нихъ сферами, открывая двери юриспруденціи новымъ вліяніямъ, съ каждымъ днемъ все болѣе и болѣе освѣжаетъ ее живымъ отношеніемъ къ дѣлу. Но рыться въ хламъ противорѣчивыхъ и неполныхъ историческихъ свидѣтельствъ съ цѣлью добыть какой-нибудь, хотя бы въ высшей степени натянутый выводъ о неизвѣстномъ фактѣ еще до сихъ поръ почитается одною изъ насущнѣйшихъ обязанностей цивилиста, въ особенности романиста. Замѣчаніе (примѣнимое ко многимъ историческимъ наукамъ), утверждавшее, что исторія римскаго права стремится быть кладовой, гдѣ съ одинаковою заботливостью вполнѣ ничтожное сохраняется рядомъ съ полнымъ значеніемъ<sup>60)</sup>, нисколько не утратило своей силы для настоящаго времени. Однако пора было бы убѣдиться въ ненормальности подобнаго стремленія. Если наукою должна двигать чистая любознательность, то этимъ не оправдывается безграничное поощреніе фантазіи. Научная любознательность, въ интересахъ своего собственнаго дѣла, должна остерегаться переступать далеко за границы достовѣрнаго матеріала, рискуя отда-

<sup>59)</sup> *Geist des röm. Rechts*, I, стр. 36 и прим. 26 (3 изд.).

<sup>60)</sup> *Ihering, Geist*, I, стр. 59, примѣч. 27 (3 изд.).

ваться отъ выводовъ, возможно близкихъ къ дѣйствительной жизни. Не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что изслѣдованіе древнѣйшихъ состояній весьма полезно и въ извѣстномъ смыслѣ даже незамѣнимо. Но вся польза, имъ приносимая, рискуетъ исчезнуть, если при его примѣненіи будутъ задаваться цѣлями, достиженіе которыхъ переступаетъ за границы возможнаго. Слѣдуетъ помнить, что заключеніе о скрытомъ отъ насъ историческомъ фактѣ, т. е. о фактѣ, не засвидѣтельствованномъ съ полною очевидностью памятниками прошедшаго, всегда покоится на выводахъ изъ нѣкоторыхъ общихъ предложеній, которыхъ качества отражаются на достоинствѣ заключенія. Такъ какъ количество прочныхъ предложеній, способныхъ послужить ключомъ къ выводамъ этого рода, весьма ограничено и недостаточно, то прежде всего надо озаботиться умноженіемъ достовѣрныхъ положеній общаго свойства, а затѣмъ уже будетъ позволительно освѣщать ими скрытую отъ нашего взора старину. Урокъ, пережитый въ этомъ отношеніи филологіей, весьма поучителенъ для историка. Было время, когда филологи не знали предѣла при этимологическомъ объясненіи исторіи понятій, и въ результатъ получали выводы, хотя подробные, но основанные главнымъ образомъ на не доказанныхъ апріорныхъ положеніяхъ, которыя принимались за истину, такъ какъ изслѣдователи были заранѣе расположены вѣрить въ нихъ. Теперь скептицизмъ и осторожность замѣнили тамъ мѣсто прежней ретивости, и дѣло науки осталось отъ того вовсе не въ накладѣ.

Слѣдующій очеркъ долженъ показать справедливость высказаннаго выше положенія о родѣ общихъ предложеній въ процессѣ изслѣдованія скрытыхъ историческихъ фактовъ.

Среди крупныхъ произведеній по исторіи римскаго права за послѣднее время трудъ Эйзеле о компетен-



саціи <sup>61)</sup> имѣть ту выгодную для себя особенность, что авторъ его не всегда гонится за восстановленіемъ, во чтобы то ни стало, всѣхъ скрытыхъ фактовъ, ср. стран. 10, 11, 15, 29, 52; но затѣмъ и это сочиненіе не чуждо обычныхъ недостатковъ. Взявшись за не совсѣмъ благодарную задачу, — на основаніи немногихъ, не вполнѣ ясныхъ фрагментовъ о компенсаціи восстановить исторію этого института, не смотря на все потраченное остроуміе, Эйзеле не даетъ твердыхъ выводовъ. Уже необходимость въ рѣшительныхъ случаяхъ призывать на помощь интерполяцію (стр. 68 сл., 72 сл., 155 сл., 164 сл.) не внушаетъ особеннаго довѣрія; неубѣдительно и нѣкоторыя общія предположенія. Дѣйствительно ли, на примѣръ, нельзя допустить, что уже во время классической юриспруденціи началось уклоненіе отъ строгаго понятія эксцепціи, замѣчаемое, несомнѣнно, въ позднѣйшее время (стр. 61—67)? На недоказанныхъ предположеніяхъ о строгомъ проведеніи принципа эксцепціи и объ интерполяціи двухъ рѣшительныхъ мѣстъ дигестъ основано у Эйзеле толкованіе реформы Марка Аврелія, которое даетъ тонъ дальнѣйшимъ выводамъ. — Не болѣе благодарную задачу, — восстановить исторію купли-продажи въ Римѣ, принялъ Бехманъ <sup>62)</sup>. Мѣстами онъ обнаруживаетъ цѣлесообразные методическіе приемы; такъ, на стр. 13, онъ констатируетъ невозможность достовѣрнаго отвѣта на вопросъ, разрѣшеніе котораго не могло бы опереться на достаточныя для того данныя источниковъ; на стр. 18 онъ довѣряетъ этимологическимъ розысканіямъ, такъ какъ они приводятъ всегда къ результатамъ болѣе или менѣе сомнительнымъ; на стр. 82 не видитъ необходимости пересаживать на римскую почву первоначальныя фазы купли-продажи и т. п. Но слѣдующій примѣръ характеризуетъ степень требовательности Бехмана относительно доказательности выводовъ, назначенныхъ служить точкою отправленія въ дальнѣйшемъ ходѣ изслѣдованія. На стр. 437—439 онъ разбираетъ постановленія международныхъ договоровъ, въ которыхъ, повидимому, заключаются намеки на юридическое признаніе договора купли, и приходитъ къ отрицательному выводу: рассмотрѣнные договоры не содержатъ въ себѣ указаній на куплю-продажу; вслѣдъ затѣмъ, на стр. 457, безъ

<sup>61)</sup> Eisele, *Die Compensatio*, I, 1876.

<sup>62)</sup> Bechmann, *Der Kauf*, 1876.

всякихъ дополнительныхъ разсужденій, этому отрицательному выводу придается положительное значеніе и утверждается, что происхожденіе договора купли не можетъ быть отнесено на счетъ *jus gentium*. Это послѣднее положеніе, рядомъ съ двумя другими, изъ числа которыхъ одно выведено исключительно дедуктивнымъ путемъ (стр. 417 и слѣд.), служить опорю дальнѣйшаго изслѣдованія. Согласно терминологіи, принятой мною ниже, Бехману вообще слѣдуетъ сдѣлать тотъ упрекъ, что при изслѣдованіи скрытыхъ фактовъ онъ черезъ-чуръ полагается на одні большія посылки и слишкомъ легко относится къ отсутствію матеріала, годнаго для построенія малыхъ посылокъ. — Что касается далѣе до книги Гушке <sup>63)</sup>, то я ограничусь тѣмъ, что приведу здѣсь отзывъ одного изъ ея критиковъ: „этотъ трудъ“, говоритъ Фойгтъ <sup>64)</sup>, „страдаетъ отсутствіемъ единства и округленности, исторической группировки и историческаго изображенія матеріала, а также бездоказательнаго изображенія положеній, относящихся къ древнѣйшимъ временамъ. Ибо, если и согласиться съ тѣмъ, что, только не понимая состоянія источниковъ, возможно требовать непремѣнно прямое доказательство тамъ, гдѣ источники допускаютъ одни косвенныя доказательства, и, только руководясь одною придирчивостью, возможно отрицать пользу подобныхъ доказательствъ для исторіи римскаго права, — что наконецъ было бы неосновательно требовать, чтобы при отсутствіи прямыхъ доказательствъ исторія римскаго права удовлетворилась бы, остановившись спокойно предъ неизвѣстностью, то съ другой стороны слѣдуетъ признать, что научную цѣну могутъ имѣть только такія утвержденія, которыя имѣютъ въ источникахъ болѣе или менѣе близкую объективную опору; цѣлямъ науки не могутъ служить положенія, которыя (какъ это случается часто въ сочиненіи Гушке) опираются исключительно на субъективныя представленія“.... Далѣе рецензентъ обвиняетъ Гушке въ неясности изложенія его общихъ взглядовъ, невѣрностяхъ при передачѣ фактовъ, фантастичности возрѣвній и наконецъ тяжеломъ слогѣ, весьма затрудняющемъ пониманіе сказаннаго въ книгѣ. Извѣстно, что перечисленные качества свойственны всѣмъ сочиненіямъ Гушке. Особенно имъ присуще стремленіе, не останавливаясь

<sup>63)</sup> Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, 1871.

<sup>64)</sup> Kriegl. *Viertelj.*, 1877, стр. 141—142.



ни передъ какими трудностями, разрѣшать безапелляционно всѣ спорные вопросы, начиная съ вопросовъ о причинахъ появленія и историко-философскомъ значеніи того или другаго института и кончая пререканіями о способѣ чтенія какого-либо испорченнаго въ концѣ мѣста источниковъ. Представляя интересъ въ качествѣ психологической загадки, подобные труды приносятъ мало пользы исторической наукѣ. — Заслуживаетъ вниманія постоянно возрастающая толщина специальныхъ историческихъ трудовъ по римскому праву. Въ книгѣ Эйзеле исторія компенсаціи занимаетъ 207 стран., книга Гушке имѣетъ 599 стр., Бехмана — 692 стр. Недостаетъ новаго Глюка, который предпринялъ бы въ области исторіи римскаго права то, что въ области догмы началъ старый Глюкъ и чего до сихъ поръ не докончили его ревностные преемники. Можно смѣло сказать, что исторія римскаго права приблизилась къ состоянію, когда приложеніе старыхъ методовъ, какъ исчерпанное, перестаетъ давать плодотворные результаты, и когда, избѣгая приложенія новыхъ методовъ, можно рисковать толчась безконечно на одномъ мѣстѣ безъ всякой перспективы лучшаго исхода.

## II.

### Объ изслѣдованіи скрытыхъ историческихъ фактовъ

въ примѣненіи къ исторіи гражданскаго права.

Общія замѣчанія, въ связи съ анализомъ примѣровъ изслѣдованія. — Очеркъ важнейшихъ правилъ: 1. Опредѣленіе скрытаго факта. — 2. Констатированіе скрытаго факта. — 3. Скрытые факты, не засвидѣтельствованные источниками. Изслѣдованіе казуальныхъ рѣшеній и юридическихъ принциповъ. Указаніе относящихся сюда заблужденій. — 4. Скрытые факты, указанные источниками. — 5. Таблица. Характеръ изслѣдованія скрытыхъ фактовъ. — 6. Классификація данныхъ изслѣдованія. — 7. Логическій строй изслѣдованія. Роль обобщенія. Историческая аналогія. — 8. Выборъ между обобщеніями. — 9. Малая посылка. — Заключение.

Уже въ первомъ приступѣ къ изслѣдованію скрытыхъ историческихъ фактовъ, направленномъ обыкновенно къ оцѣнкѣ достоинства источниковъ, сохранившихъ для насъ какія-либо относящіяся къ нимъ указанія (буде такіе источники существуютъ), играютъ большую роль соображенія общаго свойства. Историкъ руководится понятіями о мифѣ, какъ обще-исторической формѣ народныхъ преданій, о неспособности лѣтописцевъ относиться къ мифу критически, о склонности лѣтописцевъ переносить современную имъ точку зрѣнія на времена болѣе древнія и т. п., и опредѣляетъ качество источниковъ соотвѣтственно тѣмъ признакамъ достовѣрности и недостовѣрности, присутствіе которыхъ онъ находитъ въ нихъ. Какимъ бы путемъ ни

сложилось въ прошедшемъ науки предварительное знаніе этихъ признаковъ, при современномъ состояніи ея оно представляется необходимымъ условіемъ каждаго историческаго изслѣдованія. Результаты изслѣдованія могутъ бросить новый свѣтъ на установившійся въ наукѣ путь къ оцѣнкѣ источниковъ и измѣнить его въ томъ или другомъ отношеніи; но, во всякомъ случаѣ, первый шагъ изслѣдованія не можетъ быть совершенъ помимо примѣненія уже готовыхъ положеній объ отношеніи тѣхъ или другихъ признаковъ источниковъ къ ихъ достовѣрности. Съ перваго знакомства съ извѣстіемъ устанавливается степень довѣрія къ нему со стороны изслѣдователя, который заранѣе считаетъ необходимымъ относиться иначе, наприм., къ повѣствованію поэта, нежели къ разсказу историка, или юриста, соображаясь кромѣ того со свойствами предмета, къ которому относится разсказъ, и со множествомъ другихъ обстоятельствъ, сопровождавшихъ его возникновеніе. Дальнѣйшая провѣрка извѣстія заключается въ исторической оцѣнкѣ его содержанія. Это составляетъ второй шагъ изслѣдованія. — Логическій разборъ любого воззрѣнія, относящагося къ старинѣ, обнаруживаетъ его зависимость отъ предположеній съ общимъ содержаніемъ, установленныхъ самостоятельнымъ путемъ.

Когда не вѣрятъ разсказамъ историковъ вследствие невѣроятности или неправдоподобности передаваемыхъ ими извѣстій, тогда, конечно, имѣютъ въ виду вѣроятный ходъ историческихъ событій, руководятся выведенными изъ прежнихъ наблюденій понятіями о томъ, какъ событія могутъ происходить. Не вѣря тому, что Римъ со всѣмъ его населеніемъ и государственнымъ устройствомъ былъ основанъ въ короткій промежутокъ времени двумя братьями — близнецами, что причиною рецепціи римскаго права въ Европѣ было увлеченіе болонца Ирнерія, по случайному поводу углубившагося въ чтеніе юстиніанова свода, или что век-

сель былъ плодомъ остроумной находчивости евреевъ, желавшихъ выручить свои капиталы изъ Франціи, откуда евреи были изгнаны, мы руководимся прежде всего плодами научной наблюдательности, удостоверяющими, что не въ силахъ одного или нѣсколькихъ лицъ безъ всякой исторической подготовки къ тому народа или общества создать цѣлое государство съ сложнымъ механизмомъ, или произвести умственный переворотъ, или пустить въ ходъ какую-либо новую форму юридическихъ отношеній. Какую бы роль ни играли во всемъ этомъ тѣ или другія лица, мы знаемъ, что кромѣ ихъ дѣятельности для образованія вышеназванныхъ результатовъ было необходимо содѣйствіе многихъ другихъ условій, хотя и не можемъ назвать ихъ въ точности. Подобнымъ образомъ разсуждаютъ и тогда, когда, довѣряя лѣтописи, желаютъ возстановить вполнѣ смыслъ ея разсказа и дополнить его. Когда ссылаются при этомъ на необходимость согласоваться въ воззрѣніяхъ на скрытые факты съ фактами извѣстными, относящимися къ тому же народу, тогда основываются, конечно, на нѣкоторыхъ общихъ положеніяхъ, указывающихъ на то, что извѣстнымъ историческимъ фактамъ могли сопутствовать, или предшествовать только факты извѣстнаго рода. — Остановимся на примѣрахъ изъ исторіи римскаго права.

Римскій юристъ оставилъ намъ извѣстіе о томъ, что въ древности завѣщаніе совершалось въ Римѣ не иначе какъ въ присутствіи народа, созваннаго въ собраніе (*testamentum comitiis calatis*), или построенаго въ войско (*t. in procinctu*)<sup>1)</sup>. Возникъ вопросъ о роли, игранный въ данномъ случаѣ народомъ. По мнѣнію лучшихъ авторитетовъ<sup>2)</sup>, народъ выказывалъ активное

1) Gaj. II § 101; cp. Inst. 2. 10. *de test. ord.* § 1.

2) Ihering, *Geist*, I, стр. 145 сл., 204 сл., (3 изд.); Mommsen, *Römische Geschichte*, I, стр. 153 (6 изд.); Мэнъ (Maine), *Древнее право*, стр. 156 слѣд., (рус. пер.); Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, т. II,

участіе, одобряя, или отстраняя распоряженія завѣщателя. Идея присутствія народа при совершеніи завѣщанія, несомнѣнно, очевидно, съ идеею объ индифферентномъ отношеніи народа къ соверженію этого послѣдняго. Вездѣ, гдѣ отдѣльный человѣкъ становится лицомъ къ лицу къ окружающей его общественной средѣ, тамъ она оказываетъ относительно него известное давленіе, котораго избѣгнуть онъ никогда не можетъ безнаказанно. Чѣмъ менѣе развито общество и его члены, чѣмъ малочисленнѣе оно и чѣмъ наконецъ болѣе сплочено, тѣмъ сильнѣе вліяніе общественнаго мнѣнія. Древняя римская община удовлетворяла всѣмъ перечисленнымъ условіямъ, и потому мы въ правѣ предполагать существованіе въ средѣ ея большой зависимости отдѣльных лицъ отъ ея мнѣнія. Въ дѣлѣ завѣщаній зависимость должна была быть особенно велика, такъ какъ осуществленіе завѣщанія отдавалось неизбѣжно во власть общины. Кромѣ того, какъ замѣчаетъ Мэнъ съ другою цѣлью, нѣтъ основаній приписывать слишкомъ большую точность дѣйствіямъ древняго народнаго собранія. Если бы римскія комиціи даже въ древнѣйшія времена призывались только для засвидѣтельствованія завѣщаній, какъ онѣ собирались для того во времена позднѣйшія (*comitia calata*), то и тогда онѣ не были бы способны воздержаться отъ выраженія одобренія или осужденія завѣщательнымъ распоряженіемъ, а, разъ мнѣніе общины оказывалось высказаннымъ, оно не могло остаться безразличнымъ для ея членовъ. Въ этомъ отношеніи весьма характеристично то обстоятельство, что развитіе свободы завѣщаній шло рука объ руку съ устраненіемъ ихъ совершенія изъ вѣдомства комицій. Впадаютъ въ нѣкоторую несообразность, допуская, что позднѣе дѣятельность собраній ограничивалась строго

гл. VII, 1. См. также Gans, *Das Erbrecht*, II, 46 сл. 69 сл.; Vering, *Römisches Erbrecht*, I, стр. 121 сл., 157 сл., и друг. (см. у Vering'a указ. соч. стр. 132, прим.; у Gans'a, стр. 40 и слѣд.).

выслушиваніемъ завѣщаній. Она могла ограничиваться этимъ *de jure*, но не *de facto*. Пока въ комиціяхъ собирались представители римской общины, завѣщатель не могъ чувствовать себя предъ ними вполне свободнымъ и въ той или другой стѣпени долженъ былъ въ своихъ распоряженіяхъ стѣсняться ихъ мнѣніемъ. Другія соображенія подкрѣпляютъ приведенное. Утверждаютъ, что совершеніе завѣщанія въ иной формѣ, нежели вышеуказанная, не согласовалось бы съ характеромъ древне-римскаго общественнаго строя. Такимъ образомъ насъ обращаютъ къ вопросу о возможныхъ мотивахъ древне римскаго завѣщанія. Вообще завѣщаніе способно выполнять двѣ различныя функціи. Въ развитомъ гражданскомъ быту оно служитъ обыкновенно средствомъ уклониться въ той или другой стѣпени отъ порядка, предписаннаго закономъ, или обычаемъ. Но многимъ ученымъ свобода посмертнаго распоряженія имуществомъ кажется несомнѣнною съ принципомъ, руководившимъ древними родовыми и семейными отношеніями, при существованіи которыхъ завѣщаніе должно было служить къ поддержанію, а не къ разрушенію установленнаго общественнаго строя. Главную опору этого мнѣнія составляютъ доводы, почерпнутые изъ сравнительнаго изученія исторіи права. Въ странахъ съ развитымъ патріархальнымъ бытомъ продолженіе семьи составляетъ главную религіозную и политическую заботу отдѣльных лицъ, и назначеніе наследника со стороны является лишь средствомъ восполнить недостатокъ естественнаго потомства. Такимъ образомъ преемство по обычаю и закону было когда-то исключительною системою наследованія, а завѣщаніе,—если только назначеніе указаннаго рода можетъ быть названо этимъ именемъ,—служило къ искусственному поддержанію необходимаго порядка въ тѣхъ случаяхъ, когда его осуществленію препятствовали какія-либо обстоятельства. При политическомъ значеніи, ко-

торымъ обладали родовые и семейные союзы въ качествѣ составныхъ единицъ государства, назначеніе наследника имѣло характеръ не только частный, но и общественный, тѣмъ болѣе, что часто оно вело къ коллизіи интересовъ цѣлыхъ родовъ и отдѣльныхъ членовъ рода, такъ какъ наследникъ и наследодатель могли принадлежать къ различнымъ родамъ; назначеніе же наследника подрывало интересы родственниковъ, долженствовавшихъ въ противномъ случаѣ занять его мѣсто. Участіе всей общины въ совершеніи завѣщаній представляется лучшимъ средствомъ дать подобной коллизіи мирный и прочный исходъ. Въ такомъ именно смыслѣ, хотя не безъ варіантовъ, толкуется участіе римскаго народа въ составленіи завѣщаній. Терингъ, не относя своихъ словъ прямо къ завѣщанію въ комментахъ, выражаетъ мысль о томъ, что древніе римляне могли пользоваться завѣщаніемъ для привлеченія къ участію въ наследствѣ когнатовъ, устраненныхъ по закону агнатами, и, очевидно, не придерживается мнѣнія, по которому завѣщаніе имѣло мѣсто только въ случаѣ отсутствія прямыхъ потомковъ. Основаніе же для активнаго участія народа Терингъ, кромѣ вышеуказанной коллизіи интересовъ, находитъ еще и въ древнемъ значеніи свидѣтелей, роль которыхъ исполнялась въ данномъ случаѣ, въ виду его особенности, цѣлою общиною. Какъ извѣстно, по мнѣнію Теринга, свидѣтель въ древности былъ не пассивнымъ воспріимникомъ видѣннаго и слышаннаго, а пособникомъ лицъ, совершавшихъ сдѣлку; онъ одобрялъ ея содержаніе и содѣйствовалъ ея осуществленію своимъ авторитетомъ и силою.

Приведенное показываетъ съ достаточною ясностью, отъ какого рода предложеній съ общимъ содержаніемъ зависитъ опредѣленіе смысла какого-нибудь неполнаго историческаго свидѣтельства. Очевидно, что историкъ не владѣетъ въ подобныхъ случаяхъ никакими другими средствами помимо выводовъ изъ готовыхъ ис-

торическихъ знаній. Само по себѣ свидѣтельство о скрытомъ фактѣ, буде такое сохранилось, нѣмо и получаетъ значеніе только при освѣщеніи его съ помощью ясныхъ и установленныхъ понятій. Въ разсказанномъ примѣрѣ для разрѣшенія вопроса о характерѣ участія римской общины при составленіи завѣщаній мы судимъ о немъ на основаніи нашихъ понятій объ общей природѣ отношеній отдѣльнаго лица къ окружающему его обществу, а затѣмъ на основаніи свѣдѣній объ историческомъ отношеніи института завѣщанія къ семейно-родовому быту и къ институту наследованія по закону. Если такой способъ разсужденія приводитъ нѣсколькихъ ученыхъ къ различнымъ и нерѣдко къ противорѣчивымъ выводамъ, то подобный результатъ свидѣтельствуется не о негодности избраннаго пути, а только объ отсутствіи должной рачительности при слѣдованіи имъ. Главное требованіе, соблюденіе котораго существенно необходимо, состоитъ въ томъ, чтобы выборъ посылокъ не былъ случаенъ или произволенъ, но по возможности полонъ; во всякомъ случаѣ слѣдуетъ опасаться идти въ выводахъ далѣе достовѣрныхъ предѣловъ и не пускаться въ гадательныя предположенія. Слѣдуетъ обращать вниманіе какъ на положенія, содержащіе своимъ близкія къ предмету изслѣдованія такъ и на болѣе отдаленныя. На это уполномочиваетъ сложность правовыхъ явленій; благодаря ей, историкъ всегда въ правѣ ожидать, что существенныя черты скрытаго факта окажутся наиболѣе родственными такой сферѣ, въ которой онъ всего менѣе могъ бы искать указаній на нихъ, основываясь на своемъ первомъ знакомствѣ съ историческимъ свидѣтельствомъ. — Приемы изслѣдованія измѣняются смотря по тому, изучаютъ ли извѣстный правовой институтъ только какъ принадлежность извѣстной стадіи общественнаго развитія вообще, или желаютъ опредѣлить его частное отношеніе къ исторіи права даннаго народа. Въ послѣднемъ

случаѣ (онъ преимущественно интересуеъ насъ въ настоящее время) предложенія, касающіяся общихъ формъ правовыхъ явленій, получаютъ одинаковое значеніе съ предложеніями, опредѣляющими какъ общія, такъ и частныя отношенія правовыхъ институтовъ. Свѣдѣнія этого рода необходимы для успѣшнаго пользованія данными сравнительной исторіи права при примѣненіи ихъ къ объясненію исторіи права отдѣльныхъ народовъ и при опредѣленіи того момента изысканія, который слѣдуетъ назвать этнологическимъ моментомъ. Забота о продолженіи семьи и стремленіе поддержать естественнымъ, или искусственнымъ путемъ извѣстный порядокъ наслѣдованія свойственны быту, господствовавшему, на примѣръ, въ древней Индіи; но древній Римъ не былъ вполнѣ сходенъ съ нею и зналъ въ числѣ факторовъ своей культуры многое совершенно въ иномъ видѣ, нежели то было въ Индіи. Не могло ли такое различіе породить различіе во взглядахъ на наслѣдованіе? Если въ нѣкоторыхъ чертахъ римскаго права, (обратившихъ на себя вниманіе Фюстель де Куланжа и Мэна) содержится выраженіе первоначальнаго взгляда, то не справедливѣе ли видѣть въ нихъ не остатки древнѣйшей римской культуры, а слѣды до-римскаго быта, удержавшіеся долгое время въ качествѣ переживаній, поддержанныхъ, можетъ быть, какими-нибудь новыми интересами? При разрѣшеніи подобнаго вопроса общая теорія переживаній, равно какъ общія данныя о свойственной людямъ склонности пользоваться старыми формами для осуществленія новыхъ цѣлей, должны были бы играть одинаковую роль съ болѣе частными свѣдѣніями о способности семейнаго принципа сохранять свою живучесть при измѣняющихся обстоятельствахъ. Вообще сравнительное изученіе исторіи какого-либо института открываетъ въ лучшемъ случаѣ возможность опредѣлить фазы его послѣдовательнаго развитія, обусловленныя общими, не національ-

ными причинами. Предполагая о данномъ народѣ, напр. о римлянахъ, на основаніи уже имѣющихся знаній, что условіями своего развитія онъ не отличался существенно отъ многихъ другихъ народовъ, и опираясь на сохранившіяся свѣдѣнія о состояніи изучаемаго института въ Римѣ, исследователь позволяетъ себѣ заключить, что историческій ходъ развитія этого института на римской почвѣ былъ подобенъ его ходу у другихъ народовъ. Но вслѣдъ затѣмъ исследователю предстоитъ нелегкая задача указать, съ какого именно момента началось это развитіе въ Римѣ. Историки римскаго права нерѣдко сильно грѣшили противъ истины, не замѣчая въ римской исторіи нѣкотораго продолженія исторіи предшествующей и стараясь отыскать среди первыхъ временъ Рима корень и полный цвѣтъ учрежденій, которыхъ остатки наблюдались въ позднѣйшія времена. Происхожденіе всего римскаго старались объяснить одними мѣстными условіями, впадая такимъ образомъ въ ошибку, въ которой обвиняли римскихъ анналистовъ. Помянутый приемъ примѣнялся одинаково къ изученію значительныхъ и незначительныхъ отношеній и событій, и не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что исторія римскаго права обязана ему многими увлеченіями. Сравнительный методъ ослабляетъ ихъ возможность; но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ осложняетъ опредѣленіе положенія; которое занимала древнѣйшая римская культура среди окружавшихъ ее и примыкавшихъ къ ней культуръ.

Слѣдующій примѣръ покажетъ наглядно, отъ какихъ общихъ соображеній можетъ зависѣть отвѣтъ на вопросъ о существованіи того или другаго института въ данное время и въ данномъ мѣстѣ. Римское право до стовѣрной стадіи своего развитія удержало нѣкоторыя формы общаго пользованія землею, вымиравшія уже подъ давленіемъ института частной собственности. Наиболѣе извѣстные юристы были склонны утверждать,

что древнѣйшія поземельныя отношенія въ Римѣ не выходили за предѣлы общиннаго владѣнія и что институтъ частной поземельной собственности былъ тамъ позднѣйшаго происхожденія. Убѣжденіе въ глубокой противоположности, существовавшей между патриціанскими и плебейскими юридическими воззрѣніями, которое (замѣтимъ мимоходомъ) само держалось благодаря главнымъ образомъ тому обстоятельству, что существовала нужда имѣть подъ рукою средство для объясненія происхожденія различныхъ противоположностей въ римскомъ правѣ ссылкой на мѣстныя причины, — это убѣжденіе открывало легкій путь къ разъясненію дуализма въ имущественномъ правѣ. Къ патриціямъ относили институтъ общаго владѣнія, а въ плебеяхъ видѣли обладателей индивидуальной собственности. Новѣйшія экономическія изслѣдованія, построенныя на сравнительно-историческомъ методѣ, показываютъ, что общее владѣніе и частная собственность суть общехисторическія явленія, сохраняющія всюду одинаковое отношеніе между собою: древнѣйшее состояніе культуры представляетъ исключительное господство общиннаго начала, которое видоизмѣняется и рушится съ дальнѣйшимъ ходомъ исторіи подъ ударами индивидуализирующаго принципа. Съ точки зрѣнія общаго масштаба, буде онъ правиленъ, римскія имущественныя отношенія не составляютъ въ исторіи чего-либо изолированнаго и выражаютъ только одну изъ фазъ повсемѣстнаго развитія. Такимъ образомъ устраняется необходимость признавать непремѣнную связь между возникновеніемъ имущественнаго дуализма въ Римѣ и мѣстными условіями римской цивилизаціи. Будущіе римляне могли поселиться на берегахъ Тибра уже съ пошатнувшимся общиннымъ бытомъ, продолжая борьбу, начавшуюся задолго до того. „Исходя изъ политическаго значенія родового имущества“, говоритъ Герингъ, „нѣкоторые увлеклись до полнаго отрицанія

частной поземельной собственности въ древнемъ римскомъ государствѣ, замѣняя ее чрезъ *ager publicus*. Наши источники противорѣчатъ этому воззрѣнію болѣе, чѣмъ подкрѣпляютъ его; но и помимо того необходимо имѣть особенно настоятельныя общія основанія для отрицанія важнѣйшаго вида собственности, — собственности поземельной, относительно такого народа, у котораго гражданскій принципъ выступаетъ съ самаго начала болѣе рѣзко и опредѣленно. Ко времени XII таблицъ институтъ поземельной собственности является уже въ развитомъ видѣ; въ таблицахъ не находится ни одного слѣда отъ предполагаемаго болѣе ранняго состоянія, ни малѣйшаго намека на него. Неужели „плебейскій принципъ“, на счетъ котораго относятъ частную поземельную собственность, успѣлъ до XII таблицъ одержать побѣду надъ принципомъ патриціанскимъ столь полно и столь задолго до нихъ, что онѣ не сохранили никакого воспоминанія о томъ? И такъ должно было случиться съ недвижимою собственностью и во время процвѣтанія родового патриціанскаго государства? — двухъ учрежденій относительно которыхъ извѣстная консервативная сила римскихъ правовыхъ идей должна была бы выказаться гораздо болѣе, чѣмъ гдѣ-либо. И далѣе все это было совершено плебеями, занимавшими еще очень скромное и стѣсненное положеніе и не имѣвшими никакого интереса въ томъ, чтобы навязать извѣстный имъ однимъ (согласно предположенію) институтъ частной собственности патриціямъ?“<sup>3)</sup> Общія соображенія о неспособности основныхъ институтовъ измѣняться черезъ-чуръ быстро, о зависимости ихъ измѣненій отъ характера юридическаго мышленія и отъ интересовъ общества приводятъ въ выписанномъ разсужденіи къ признанію за древнѣйшимъ строемъ римскихъ имущественныхъ

<sup>3)</sup> Ihering, *Geist*, I, стр. 198—199 (3 изд.).

отношеній такого характера, который отдаляет его значительно отъ строя первобытнаго. Кто пожелалъ бы найти выходъ изъ противорѣчія между воззрѣнiемъ Геринга и противными ему мнѣнiями, тотъ долженъ разрѣшить рядъ общихъ вопросовъ. Какія причины обуславливаютъ паденiе общиннаго владѣнiя? Возможно ли существованiе государственнаго союза двухъ общинъ съ существенно различными взглядами на имущественныя отношенiя? Въ какой мѣрѣ и при какихъ условiяхъ возможно влiянiе одной общины на другую? Отъ какихъ причинъ зависитъ болѣе или менѣе быстрое измѣненiе въ формахъ имущественнаго права? Въ какихъ формахъ могли бы сохраниться тѣ воспоминанiя отъ древней эпохи, на которыя намекаетъ Герингъ? Отъ какихъ условiй зависитъ болѣе или менѣе продолжительное существованiе ихъ? Отвѣтить на вопросы о древней формѣ имущественнаго права въ Римѣ значитъ отвѣтить и на всѣ означенные вопросы. И на подобное соотношенiе между частнымъ и общими отвѣтами мы наталкиваемся каждый разъ, какъ только рѣчь заходитъ объ констатированiи какого-либо скрытаго юридическаго факта.

Обратившись отъ общей характеристики къ частностямъ и прослѣдивъ шагъ за шагомъ, въ послѣдовательности отдѣльныхъ актовъ, процессъ изслѣдованiя скрытыхъ историческихъ фактовъ, не трудно убѣдиться въ первостепенной важности дедуктивнаго элемента его.

1. Опредѣлимъ сначала съ болѣею точностью самое понятiе о скрытыхъ историческихъ фактахъ.

Подъ скрытыми фактами разумѣются здѣсь всѣ явленiя исторiи, относительно которыхъ изслѣдователь, руководясь непосредственнымъ выводомъ изъ существующихъ данныхъ, имѣетъ основанiе дѣлать предположенiя съ меньшею или болѣею, но не полною опредѣленностью. Отсутствiе въ данномъ случаѣ полной опредѣленности, отличаетъ скрытый фактъ отъ

извѣстнаго; присутствiе же нѣкоторой опредѣленности отдѣляетъ его отъ факта вовсе неизвѣстнаго. Полная опредѣленность недоступна здѣсь потому, что скрытый фактъ или совсѣмъ не засвидѣтельствованъ въ памятникахъ, или же засвидѣтельствованъ съ недостаточною точностью. Это послѣднее различiе опредѣляетъ характеръ неизвѣстности скрытаго факта и имѣетъ, во-первыхъ, то практическое значенiе, что во второмъ случаѣ для возбужденiя мысли о скрытомъ фактѣ, или иначе для его констатированiя, требуется вообще менѣе усилiй, нежели въ первомъ случаѣ. Неполное свидѣтельство памятника само наводитъ изслѣдователя на первую мысль о скрытомъ фактѣ; напротивъ при отсутствiи всякаго свидѣтельства изслѣдователь долженъ самъ напасть на мысль о скрытомъ фактѣ. Такимъ образомъ неполное извѣстiе о совершенiи тестаментовъ въ народныхъ собранiяхъ наводитъ на мысль о нѣкоторомъ участiи римскаго народа при составленiи завѣщанiя, тогда какъ предположенiе о существованiи въ древнѣйшiя времена Рима формы распредѣленiя имущества, отличной отъ формы, господствовавшей впоследствии, есть выводъ изъ данныхъ, не относящихся спеціально къ этому предмету и введенныхъ въ изслѣдованiе по инициативѣ изслѣдователя. Во-вторыхъ, практическое значенiе сказаннаго различiя состоитъ еще въ томъ, что въ первомъ случаѣ констатированiе возможно въ несравненно болѣе частной формѣ нежели во второмъ. Тогда какъ въ первомъ случаѣ, благодаря непосредственнымъ указанiямъ источниковъ, часто бываетъ возможно указать очень мелкую черту скрытаго факта, во второмъ — констатированiе принуждено вращаться въ сферѣ однихъ, наиболѣе общихъ признаковъ, потому-что при современномъ состоянiи науки только такiе признаки скрытыхъ фактовъ могутъ быть сочтены за находящiеся въ достовѣрной связи съ тѣми или другими признаками извѣстныхъ фактовъ.



2. Констатированіе скрытаго факта есть первый, вступительный актъ изслѣдованія. Отличіе его отъ дальнѣйшаго процесса изслѣдованія заключается въ томъ, что констатированіе образуется выводами только изъ данныхъ, говорящихъ непосредственно о скрытомъ фактѣ, тогда какъ изслѣдованіе состоитъ изъ комбинацій этихъ выводовъ съ выводами, которые возможно сдѣлать изъ другихъ данныхъ, состоящихъ въ болѣе или менѣе посредственномъ отношеніи къ предмету изслѣдованія. Такъ, въ вышеприведенныхъ примѣрахъ предположенія о нѣкоторомъ участіи народа въ совершеніи завѣщаній, безъ дальнѣйшаго опредѣленія характера этого участія, и о существованіи нѣкоторой своеобразной формы распредѣленія имущества въ древнѣйшемъ Римѣ образуются путемъ непосредственныхъ выводовъ: первое—изъ свидѣтельства источниковъ, не возбуждающаго сомнѣній въ своей правдивости, второе — изъ общепризнаннаго положенія, что состоянія правовыхъ институтовъ въ исторіи не образуютъ чего-либо неизмѣннаго. Когда же изслѣдователь идетъ далѣе, характеризуя помянутое участіе народа, какъ активное, или приписывая древнѣйшему Риму общинное владѣніе, тогда онъ уже изслѣдуетъ скрытый фактъ, призывая на помощь различныя сложныя комбинаціи; но если бы, напримѣръ, до того, какъ былъ поднятъ вопросъ о древнѣйшихъ формахъ имущественныхъ отношеній въ Римѣ, было доказано вполнѣ, что вообще институту частной собственности предшествуетъ въ исторіи болѣе ограниченная форма владѣнія, то при помощи непосредственнаго вывода изъ этого положенія, можно было бы констатировать подробнѣе скрытый фактъ, сказавъ въ первомъ примѣрѣ, — что народъ своимъ участіемъ въ актѣ составленія завѣщаній ограничивалъ свободу посмертнаго распоряженія имуществомъ, и во второмъ, — что вообще личное обладаніе имуществомъ было въ римской древности болѣе

ограничено, нежели позднѣе. Изслѣдованіе направилось бы тогда къ разъясненію дальнѣйшихъ подробностей, какъ, напримѣръ, размѣровъ ограниченій, или того, что выше было названо хронологическимъ вопросомъ, и т. п. Изъ сказаннаго видно, между прочимъ, что граница между данными, непосредственно относящимися къ скрытому факту, и данными, относящимися къ нему посредственно, способна измѣняться по мѣрѣ развитія науки. Но та или другая граница всегда существуетъ и должна быть опредѣлена относительно каждаго скрытаго факта и при каждомъ положеніи въ наукѣ вопроса о немъ.

Приведенное различіе между двумя видами данныхъ можетъ быть выражено еще слѣдующимъ образомъ: связь однихъ данныхъ съ скрытымъ фактомъ не требуетъ никакихъ доказательствъ, такъ какъ она или очевидна, или доказана уже предшествующими изслѣдованіями; относительно другихъ данныхъ необходимо подобное доказательство. Такимъ образомъ данныя перваго рода уже вначалѣ стоятъ внѣ изслѣдованія. Необходимость же въ точномъ опредѣленіи ихъ состава и строгомъ раздѣленіи между данными обоихъ видовъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ между непосредственными выводами и актомъ констатированія скрытаго факта съ одной стороны и посредственными выводами и дальнѣйшимъ процессомъ изслѣдованія съ другой, вытекаетъ изъ необходимости имѣть для изслѣдованія прочное фактическое основаніе. Говоря выраженіями, которыя будутъ разъяснены ниже, констатированіе скрытаго факта даетъ изслѣдованію пунктъ отправленія и матеріалъ для малой посылки. Значеніе этихъ элементовъ процесса изслѣдованія настолько существенно, что требуется наблюдать тщательнымъ образомъ за тѣмъ, чтобы констатированіе приводило къ твердымъ выводамъ, что можетъ быть только тогда, когда непо-



средственныя заключенія дѣлаются правильно и изъ данныхъ, достаточно основательныхъ.

Потому при констатированіи скрытаго факта слѣдуетъ точно различать его черты, вытекающія съ достоверностью изъ основательныхъ данныхъ, отъ чертъ, которыя навязываются, такъ сказать, сами собой вслѣдствіе какой-либо ассоціаціи идей, но не представляются достоверными. Пренебреженіе сказаннымъ различіемъ всегда можетъ повести къ ошибкѣ, состоящей въ томъ, что въ началѣ исследования будетъ принято за непремѣнную черту факта нѣчто, на самомъ дѣлѣ не бывшее ею, вслѣдъ за чѣмъ легко можетъ послѣдовать и игнорированіе другихъ чертъ, удостовѣренныхъ источниками. Такимъ образомъ ошибка грозитъ направить все исследование въ ложную сторону, такъ что объясненія будутъ отыскиваться вовсе не тамъ, гдѣ они находятся.

Различіе между фактомъ, констатированнымъ правильно, и фактомъ, констатированнымъ неправильно, сводится къ тому, что въ первомъ случаѣ неизвѣстность скрытаго факта обуславливается обстоятельствами объективнаго свойства, т. е. обстоятельствами, не находящимися во власти исследователя при современномъ состояніи науки (наличностью только данныхъ источниковъ, или только данныхъ выводовъ науки, способныхъ послужить основаніемъ для констатированія скрытаго факта), во второмъ же она образуется и условіями субъективными, устранить которыя могъ бы исследователь при болѣе тщательной работѣ. Въ первомъ случаѣ фактъ скрытъ настолько, насколько памятники дѣйствительно молчатъ, либо не договариваютъ о немъ; во второмъ же — еще и настолько, насколько они кажутся неполными, что можетъ проистекать изъ многочисленныхъ причинъ, начиная отъ простаго просмотра вслѣдствіе невнимательнаго изученія памятниковъ, ошибки въ выводахъ и т. п., и кончая одностороннимъ выбо-

ромъ данныхъ, или вліяніемъ ложныхъ взглядовъ на свойства и значеніе самихъ источниковъ (буде скрытый фактъ указывается ими). Ошибка, происшедшая при констатированіи скрытыхъ фактовъ, не вліяетъ на существо исследования, на его приемы. Въ обоихъ случаяхъ, — при правильномъ и неправильномъ констатированіи, исследуется неизвѣстный фактъ на основаніи извѣстныхъ данныхъ, для чего нѣтъ нужды спрашивать, почему извѣстны только эти данныя и неизвѣстно что-либо другое. Какъ скоро мы убѣждены, что намъ дано только то-то, исследование идетъ своимъ порядкомъ, все равно вѣрно или ложно это наше убѣжденіе. Но, не измѣняя приемовъ исследования, ошибка вліяетъ на успѣхъ его. Потому очень важно избѣгать ея въ самомъ началѣ.

Въ области гражданскаго правовѣдѣнія опытъ многихъ историческихъ исследований свидѣтельствуетъ, что констатированіе скрытыхъ фактовъ происходило тамъ подъ значительнымъ вліяніемъ субъективныхъ условій. Полный неуспѣхъ этихъ исследований, испробованныхъ во всевозможныхъ направленіяхъ, обнаруживаетъ настоятельную необходимость провѣрить правильность установки самого исходнаго пункта ихъ. Провѣрка должна обнаружить вліяніе субъективныхъ условій неизвѣстности факта и свести ее на одну объективную неизвѣстность. Повѣрка удалить элементъ, препятствующій успѣшному ходу исследования; въ случаяхъ же, гдѣ неизвѣстность имѣла исключительно субъективный характеръ, она замѣнитъ скрытый фактъ достовернымъ и устранитъ необходимость въ дальнѣйшемъ исследованіи.

Для поясненія обратимся къ примѣру. Предварительно слѣдуетъ замѣтить, что черта скрытаго факта, констатированная неправильно, можетъ быть обусловлена какимъ-нибудь частнымъ недоразумѣніемъ, разнообразясь въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; или же состав-

ляетъ результатъ заблужденія, имѣющаго значеніе для многихъ однородныхъ случаевъ, и во всѣхъ нихъ находитъ себѣ мѣсто. Примѣръ изъ послѣдней категоріи представляеть болѣе интересъ: Мы находимъ его въ тѣхъ историко-догматическихъ изслѣдованіяхъ, которыя посвящены разъясненію противорѣчій, встрѣчающихся въ опредѣленіяхъ римскихъ юристовъ.

Какъ показано выше <sup>4)</sup>, въ источникахъ римскаго права попадаютъ часто противорѣчивыя рѣшенія одного и того же вопроса. Въ однихъ случаяхъ противорѣчія существуютъ между казуальными рѣшеніями, принадлежащими обыкновенно разнымъ юристамъ; въ другихъ случаяхъ казуальныя рѣшенія во всей ихъ совокупности не согласуются съ общими правилами, высказанными нерѣдко тѣмъ же юристомъ, который принималъ участіе и въ формулированіи рѣшеній. Казалось бы, что относительно рѣшеній и правилъ, смыслъ которыхъ выраженъ въ источникахъ съ полною ясностью, свидѣтельство источниковъ (если только нѣтъ поводовъ заподозрѣвать его подлинность) должно быть принято за безспорное данное, и тогда непосредственный выводъ изъ него удостовѣрилъ бы реальность противорѣчій. Очевидный смыслъ противорѣчивыхъ правилъ и рѣшеній съ самаго начала былъ бы признанъ за достовѣрный фактъ. Но вѣра въ совершенство римской юриспруденціи отклонила романистовъ отъ такого заключенія. Не сомнѣваясь въ полномъ умѣньѣ римскихъ юристовъ выражать точно свои воззрѣнія, какъ въ общей, такъ и въ частной формѣ, романисты не допускали мысли о возможности ошибки въ общихъ правилахъ и ихъ несоотвѣтствія частнымъ рѣшеніямъ. Не сомнѣваясь затѣмъ въ кодификаціонной способности составителей юстиніанова свода, не хотѣли допускать возможности противорѣчій вообще. Оба заключенія по-

<sup>4)</sup> См. выше, стран. 17 и 27.

лучились чрезъ непосредственные выводы изъ недоказанныхъ данныхъ, обусловленныхъ ассоціаціею идей, завѣщанной ненаучнымъ отношеніемъ къ римскому праву въ прошедшемъ. Какъ невѣрныя, эти данныя образовали субъективны элементъ изслѣдованія. Согласно съ ними источники показались неполными, и очевидный смыслъ противорѣчивыхъ опредѣленій долженъ былъ подвергнуться сомнѣнію. Такимъ образомъ истинный смыслъ перешелъ въ разрядъ скрытыхъ фактовъ. По мнѣнію изслѣдователей, долженъ былъ существовать нѣкоторый одинаковый смыслъ всѣхъ рѣшеній, относившихся къ данному предмету, какъ общихъ, такъ и частныхъ. Признакъ „одинаковый“ былъ внесень въ эту формулу субъективными условіями неизвестности факта и устранялъ противоположный признакъ, удостовѣренный источниками. Затѣмъ начиналось изслѣдованіе скрытаго факта, констатированнаго означеннымъ образомъ. Изобрѣтался какой-нибудь общій смыслъ, и путемъ всевозможныхъ натяжекъ, — перетолкованія словъ, предположенія неточностей и опущеній въ редакціи мѣста и т. п. пытались показать вѣрность этого смысла. За общій смыслъ принимался часто точный смыслъ одной части данныхъ мѣстъ; и въ такомъ случаѣ натяжки относились къ остальной ихъ части. Въ другихъ же случаяхъ натяжекъ не избѣгало ни одно мѣсто. Существенный недостатокъ всѣхъ относящихся сюда построеній состоялъ въ томъ, что имъ не доставало фактической основы. Устранивъ основу, заключающуюся въ очевидныхъ свидѣтельствахъ источниковъ, изслѣдователь не имѣлъ средствъ замѣнить ее другою, не менѣе твердою. Вслѣдствіе того не было критерія, способнаго опредѣлить выборъ между нѣсколькими апіорными предположеніями о предметѣ изслѣдованія. Силлогизмъ изслѣдованія страдалъ отсутствіемъ, либо крайнею непрочностью малою посылки (ср. ниже).

Не имѣя никакихъ основаній предполагать, что римская юриспруденція достигла такой степени совершенства, которая составляла бы чудесное исключеніе въ исторіи юридическаго мышленія, мы должны допустить, что римскіе юристы, подобно юристамъ другихъ странъ, подчинялись необходимымъ условіямъ умственной дѣятельности, и потому вырабатывали свои мнѣнія не вдругъ, а постепенно, имѣя и дополняя ихъ отъ поколѣнія до поколѣнія; вслѣдствіе нѣкоторой невнимательности и небрежности, въ извѣстной долѣ неизбежной во всякомъ родѣ дѣятельности, они могли впасть въ противорѣчія; отдавая все свое вниманіе практической сторонѣ дѣла и поглощаясь разрѣшеніемъ юридическихъ казусовъ, они не могли приобрѣсти привычки къ отвлеченію и систематикѣ. Отрицать это значило бы отрицать, что умственная дѣятельность римскихъ юристовъ находилась внѣ вліянія условій, которыя всегда воздѣйствуютъ на умственную дѣятельность всякаго рода. Вслѣдствіе этого слѣдуетъ признать неосновательною исходную точку зрѣнія вышеприведенныхъ изслѣдованій. Она неосновательна тѣмъ болѣе, что, держась ея, мы принуждаемся къ необъяснимому противорѣчію: признавая за римскими юристами небывалое совершенство въ дѣлѣ отвлеченій и единства мнѣній, должно, въ виду очевидныхъ противорѣчій ихъ рѣшеній; приписать имъ большое неумѣнье выражать свою мысль, — качество, дѣйствительное присутствіе котораго сдѣлало бы невозможностью всё другія достоинства. — Такимъ образомъ въ констатированіе скрытыхъ фактовъ, составлявшихъ предметъ помянутыхъ изслѣдованій, были введены выводы изъ ложныхъ данныхъ. Такъ какъ существованіе противорѣчій въ мнѣніяхъ юристовъ есть дѣло само по себѣ возможное, и въ извѣстной степени даже неизбежное, то нѣтъ основаній заподозрѣвать его, какъ скоро противорѣчія засвидѣтельствованы прямо съ достаточною очевидностью; и ис-

ходящая изъ этого взгляда новая точка зрѣнія, постепенно, хотя и туго, проникающая въ историко-догматическую литературу римскаго права, возбуждаетъ къ себѣ полное сочувствіе.

Здѣсь представляется удобный случай показать на новомъ примѣрѣ, какъ по мѣрѣ успѣховъ науки измѣняется граница между непосредственно и посредственно относящимися къ предмету изслѣдованія данными и въ связи съ тѣмъ — содержаніе результатовъ констатированія скрытаго факта. Пока вопросъ о возможности противорѣчивыхъ рѣшеній не разъясненъ, констатированіе скрытаго факта по поводу каждаго отдѣльнаго случая противорѣчій возможно только въ слѣдующей общей формулѣ: „существовало нѣкоторое неизвѣстное соотношеніе смысла рѣшеній, на видъ противорѣчивыхъ“, при чемъ предполагается, что противорѣчіе могло быть, или не быть. Какъ скоро съ достаточною ясностью обнаружена полная возможность и естественность противорѣчій, получается новая формула: „существовало такое-то противорѣчіе между такими-то рѣшеніями“. Эта формула констатируетъ уже не скрытый, а извѣстный фактъ. Такимъ образомъ приобрѣтеніе новыхъ данныхъ измѣнило характеръ факта. Еще новыя данныя могутъ пролить на него новый свѣтъ и открыть за нимъ новые, сначала скрытые, а потомъ извѣстные факты. Соображая, на примѣрѣ, какъ было бы ненормально, если бы рѣшенія (какъ бы небрежно составлены они ни были), относившіяся къ одному и тому же предмету и принадлежація одному періоду развитія юридическихъ идей, не имѣли между собою ничего общаго, мы въ правѣ констатировать такой скрытый фактъ: „существовало нѣкоторое единство противорѣчивыхъ опредѣленій“, или, въ частности, относительно общихъ правилъ: „существовалъ смыслъ общаго правила, въ той или другой степени соприкасающійся со смысломъ казуальныхъ рѣшеній.“

Скрытые факты этого рода принадлежали бы уже къ разряду фактовъ, незасвидѣтельствованныхъ источниками. — Изъ всего этого видно, что по мѣрѣ успѣховъ одного изслѣдованія выигрываетъ констатированіе факта въ другомъ, слѣдующемъ за нимъ и сходномъ по предмету изслѣдованія. То, что въ первомъ было предметомъ и результатомъ изслѣдованія, во второмъ служитъ для констатированія и т. д. На практикѣ почти никогда не разграничиваютъ подобнымъ образомъ относящійся сюда матеріалъ. Но бессознательно попытки такого разграниченія проявляются всегда въ видѣ оглядыванія назадъ, обзоръ установленныхъ результатовъ, предпринимаемаго по временамъ по мѣрѣ хода изысканія. Оглядываніе этого рода и есть не что иное, какъ не приведенный въ порядокъ и совершенный безъ должной осмотрительности актъ констатированія предмета изслѣдованія, составляющій необходимый элементъ его.

3. Какъ замѣчено выше, скрытые факты, совершенно незасвидѣтельствованные источниками, констатируются по собственной инициативѣ изслѣдователя. Въ такихъ случаяхъ онъ разсуждаетъ посредствомъ выводовъ изъ извѣстныхъ ему, болѣе или менѣе общихъ положеній, ставя ихъ въ связь съ находящимся въ его распоряженіи фактическимъ матеріаломъ. Зная, что право есть совокупность явленій не случайныхъ, а закономѣрныхъ (въ историко-философскомъ смыслѣ), подлежащихъ развитію по закону причинности и связанныхъ между собою „органически“, изслѣдователь предполагаетъ то же относительно каждаго засвидѣтельствованнаго предъ нимъ института и, безъ дальнѣйшихъ указаній, спрашиваетъ о причинахъ его образованія, предшествующемъ и послѣдующемъ ходѣ развитія и объ отношеніи къ другимъ институтамъ. Зная, что извѣстный институтъ можетъ выработаться только изъ извѣстнаго другаго и находя свидѣтельство о существованіи гдѣ-либо перваго института, изслѣдователь

спрашиваетъ уже не просто объ учрежденіяхъ, предшествовавшихъ данному институту, а о томъ, въ какихъ формахъ существовалъ до него именно такой-то институтъ. Данные болѣе конкретнаго свойства ведутъ къ болѣе опредѣленной постановкѣ вопроса. Такъ-называемые случаи переживаній открываютъ возможность еще болѣе опредѣленности. Рѣшивъ, что существованіе извѣстнаго явленія не можетъ быть объяснено никакими обстоятельствами того времени, въ которое мы наблюдаемъ его, изслѣдователь, руководясь общими свѣдѣніями о переживаніяхъ, предполагаетъ, что это явленіе есть остатокъ другаго, весьма близкаго къ нему явленія. Вопросъ о скрытомъ фактѣ представляется въ такомъ случаѣ въ слѣдующей формѣ: „какому назначенію могла удовлетворять прежде форма, подобная той, которая признана за переживаніе?“ Если бы въ какомъ либо случаѣ названаго рода вопросъ оказался бы отнесеннымъ къ несуществующему факту, то виной тому былъ бы не способъ постановки вопроса, а нѣкоторая ошибка, допущенная относительно исходныхъ данныхъ, какъ, на примѣръ, излишняя увѣренность во всеобщей примѣнимости ихъ, или вообще ихъ неосновательность. Кажется, впрочемъ, что результаты разрѣшенія подобныхъ вопросовъ рѣдко бываютъ способны указать на неудовлетворительность посылокъ, служившихъ формулированію вопроса. Отрицательный результатъ изслѣдованія заключается въ этихъ случаяхъ по большей части только въ томъ, что не оказывается возможности дать какой-либо опредѣленный отвѣтъ на заданный вопросъ. Для повѣрки же справедливости общихъ посылокъ представляется болѣе опредѣленная почва достовѣрныхъ фактовъ, или же и скрытыхъ фактовъ, но засвидѣтельствованныхъ источниками.

Въ разрядъ скрытыхъ фактовъ, и притомъ раскрываемыхъ съ большимъ трудомъ, слѣдуетъ отнести, между прочимъ, казуальныя разрѣшенія различныхъ юри-

дическихъ вопросовъ, не передаваемые источниками. Содержание такихъ разрѣшеній восстанавливается посредствомъ выводовъ изъ сохранившихся общихъ догматическихъ опредѣленій, относящихся къ тѣмъ же вопросамъ, и посредствомъ аналогіи съ другими, родственными казуальными рѣшеніями. Если бы относительно практической юриспруденціи было извѣстно, что она руководится всегда только однимъ способомъ примѣненія нормъ къ отдѣльнымъ случаямъ (напр., приемомъ чисто-логическаго развитія юридическихъ понятій, либо какою-нибудь опредѣленною и постоянною комбинаціею этого приема съ другими), которымъ притомъ владѣть безукоризненно, если бы можно было быть увѣреннымъ также въ томъ, что высказанное юристами общее опредѣленіе вѣрно выражаетъ руководившее ими юридическое правило и наконецъ въ томъ, что данный казусъ дѣйствительно возникалъ въ той самой формѣ, которую мы придаемъ ему въ нашемъ воображеніи, то тогда легко было бы восстановить неупомянутыя источниками казуальныя рѣшенія и затѣмъ исключить ихъ изъ области скрытыхъ фактовъ, потому что путь, которымъ мы узнавали бы объ нихъ, представлялся бы вполне достовѣрнымъ. Но пока не доказано, что перечисленные выше условія всегда существуютъ въ дѣйствительности вполне на лицо, пока напротивъ мы предполагаемъ всѣми данными для того, чтобы предполагать существованіе обратнаго порядка вещей, до тѣхъ поръ мы можемъ судить о неизвѣстныхъ намъ рѣшеніяхъ только съ извѣстною степенью вѣроятности. Всегда возможно предполагать, что какой-нибудь посторонній интересъ отклонилъ юриста, разрѣшавшаго казусъ, съ избраннаго имъ пути; что юристъ впалъ въ какую-нибудь невольную ошибку; что какія-нибудь неизвѣстныя намъ причины помѣшали возникновенію казуса въ предположенной нами формѣ; что не существовало совсѣмъ фактическихъ условій возникновенія казуса. Вслѣдствіе

всего этого путь изслѣдованія не обладаетъ въ данномъ случаѣ полною достовѣрностью и неизвѣстныя казуальныя разрѣшенія по большей части не перестаютъ быть скрытыми фактами. Слѣдуетъ остерегаться отъ ошибки придавать историческую цѣну принадлежащимъ сюда догматическимъ изслѣдованіямъ. Ради практическихъ цѣлей масса казусовъ, не упомянутыхъ въ источникахъ, была рѣшена новыми юристами по римскому праву. Но отсюда не слѣдуетъ еще, чтобы сами римскіе юристы рѣшали эти казусы такимъ же образомъ.

Постановка вопроса о казуальныхъ рѣшеніяхъ въ такой формѣ, которая направлена къ выясненію господствовавшаго типа рѣшеній, а не содержанія каждаго отдѣльнаго рѣшенія, говоря иначе, которою спрашиваютъ не о томъ, какія именно рѣшенія были высказаны юристами во всѣхъ казусахъ извѣстнаго рода, но о томъ, какое рѣшеніе высказывалось обыкновенно въ казусахъ этого рода, облегчаетъ изслѣдованіе, но все-таки не дѣлаетъ его вполне достовѣрнымъ. Съ большою вѣроятностью можно предполагать, что характеръ разрѣшенія извѣстныхъ случаевъ сохранялся и въ разрѣшеніи неизвѣстныхъ намъ, но близкихъ имъ случаевъ. Успѣхъ изслѣдованія зависитъ здѣсь, слѣдовательно, отъ успѣха формулированія общаго правила, руководившаго переданными намъ казуальными рѣшеніями.

Совокупность сохранившихся казуальныхъ рѣшеній, относящихся къ какому-либо предмету, образуетъ собою слѣды скрытаго факта, когда требуется опредѣлить общее юридическое понятіе, или правило, касающееся того же предмета. Понятіе и правило остаются скрытыми даже тогда, когда источниками переданы попытки того или другаго выраженія ихъ. Довѣряя свидѣтельству источниковъ, когда они съ достаточною ясностью и опредѣленностью передаютъ смыслъ частныхъ рѣшеній, мы не должны относиться къ нимъ столь же довѣрчиво, когда они приводятъ, хотя бы въ формѣ не менѣе ясной и опре-

дѣленной, смыслъ общихъ понятій и правилъ. Это различіе основано на различіи природы тѣхъ и другихъ. Частное рѣшеніе, относится ли оно къ случаю, бывшему дѣйствительно, или къ случаю вымышленному, есть рѣшеніе, назначенное реализоваться во всей полнотѣ своей. Оно предвидитъ особенности даннаго случая и предлагаетъ формулу, непосредственно на нихъ рассчитанную; оно есть рѣшеніе на случай такихъ-то, опредѣленныхъ обстоятельствъ. Постановляя рѣшеніе, юристъ ничего не отвлекаетъ и не договариваетъ; онъ приводитъ въ немъ право въ непосредственную связь съ жизнью, предписываетъ жизни извѣстный порядокъ: въ частномъ рѣшеніи мы знакомимся съ юридическою идеею въ дѣйствительномъ примѣненіи ея къ жизни. Если даже рѣшеніе высказано по поводу вымышленнаго случая, то нѣтъ основаній сомнѣваться въ примѣнимости рѣшенія: рассчитанное на конкретный случай, оно должно примѣниться при его возникновеніи. Въ частномъ рѣшеніи юридическая идея представляется вполне въ своихъ практическихъ результатахъ, устанавливаемый имъ порядокъ обрисовывается вполне: очевидность результатовъ убѣждаетъ, что, высказывая казуальное рѣшеніе, юристъ высказывалъ то право, котораго онъ дѣйствительно желалъ и которое примѣнял; онъ не могъ бы высказать своего рѣшенія, если бы не сочувствовалъ предписанному въ немъ порядку, котораго не предвидѣть и не оцѣнить онъ не могъ по его очевидности и наглядности. Что не предусмотрѣно въ частномъ рѣшеніи, того юристъ почему-либо не зналъ, или не хотѣлъ знать, — то, во всякомъ случаѣ, не вошло въ право. Въ иномъ свѣтѣ представляются общія юридическія понятія и правила. Они суть продуктъ отвлеченія: въ своихъ фактическихъ условіяхъ — отъ условій конкретныхъ казусовъ, въ своемъ содержаніи — отъ содержанія частныхъ рѣшеній. Сформулированныя вѣрно, они въ качествѣ отвлеченій указываютъ не всѣ,

а только болѣе общія черты даннаго правоваго порядка и условій его примѣненія, содержатъ такимъ образомъ только условную истину и находятся въ посредственной связи съ дѣйствительною жизнью. Умолчанное въ общихъ опредѣленіяхъ не есть еще тѣмъ самымъ умолчанное въ дѣйствующемъ правѣ. Общія опредѣленія не указываютъ намъ права, дѣйствительно реализованнаго, а только нѣкоторыя общія свойства этого права. Но надо имѣть очень много искусства, опытности и предусмотрительности для того, чтобы соотвѣтственно дѣйствительности очертить въ правилѣ взаимное отношеніе этихъ общихъ свойствъ. Какъ скоро допущена ошибка въ опредѣленіи ихъ соотношенія, правило проигрываетъ значительно въ своемъ достоинствѣ. Потому прямое свидѣтельство источниковъ о существованіи какого-либо юридическаго понятія, или правила можетъ быть принято на вѣру только подъ большимъ опасеніемъ. Избѣгнуть его не можетъ даже правило, написанное въ законѣ, потому что, какъ показываетъ опытъ, законъ, руководя юридическою практикою въ качествѣ обязательнаго авторитета, служить въ то же время для практики постояннымъ предметомъ переработки. Теорія толкованія закона постоянно эксплуатируется на практикѣ, какъ средство исправленія его ошибокъ. Не оставаясь совершенно безъ вліянія, правило закона не совпадаетъ вполне съ правиломъ юридической практики и необходимо ознакомиться съ послѣднею, чтобы опредѣлить, насколько законодательное постановленіе близко къ дѣйствующему праву. Тѣмъ менѣе основаній представляется къ безусловному довѣрію правиламъ, составленнымъ какъ бы мимоходомъ, не ради цѣлей примѣненія и не заслужившимъ довѣрія даже со стороны самихъ составителей, — каковы правила римскихъ юристовъ. Каждое подобное правило, находящееся въ источникахъ, есть только опытъ того или другаго юриста передать со-

держаніе современной ему практики по истинному вопросу, — опытъ необязательный для позднѣйшаго изслѣдователя.

Не слѣдуетъ смѣшивать историческаго изслѣдованія юридическихъ понятій и принциповъ или систематики исторической, о чемъ идетъ здѣсь рѣчь, съ изслѣдованіемъ догматическимъ, или догматическою системою права. Общія правила или юридическія принципы, точно также какъ и юридическія понятія, могутъ служить предметомъ изысканія съ двойною цѣлью. Формулированіе принциповъ и установленіе понятій входитъ, во первыхъ, въ цѣли догматическаго изслѣдованія права. Догматикъ, разработывая свое право ради вящаго примѣненія и развитія его въ жизни, нуждается въ обобщеніяхъ, которые доставили бы ему полную возможность ориентироваться въ массѣ частныхъ правоопредѣленій и, сдѣлавъ его ихъ господиномъ, послужить исходнымъ моментомъ ихъ дальнѣйшаго развитія. Въ силу этого послѣдняго назначенія догматическій принципъ есть не только сокращенная формула извѣстнаго обширнаго матеріала, юридическое понятіе—не только терминъ, упрощающій запоминаніе существующаго права; но вмѣстѣ съ тѣмъ они являются новыми юридическими нормами, служащими самостоятельнымъ источникомъ новыхъ правоопредѣленій<sup>5)</sup>. Какъ скоро, въ силу вліянія тѣхъ или другихъ условій развитія, юриспруденція достигла ступени, на которой ей нельзя довольствоваться разрѣшеніемъ казусовъ путемъ непосредственныхъ выводовъ изъ чувства справедливости, она нуждается въ дополненіе къ нему въ сознательно установленныхъ исходныхъ пунктахъ, которые служили бы ей мѣриломъ ея дальнѣйшей дѣя-

<sup>5)</sup> Ср. Ihering, *Geist*, I, § 3, стр. 39 сл. (3 изд.). — Весьма односторонне и поверхностно возражаетъ противъ этого воззрѣнія Schlossmann, *Der Vertrag*, стр. 235—245.

тельность законовыми и являются юридическіе принципы и понятія. Полученные путемъ отвлеченія отъ нѣсколькихъ казуальныхъ рѣшеній, они возбуждаютъ въ юриспруденціи стремленіе распространить выраженную въ нихъ ассоціацію фактическихъ условій съ юридическими послѣдствіями на другіе случаи, подобные тѣмъ, которые послужили первоначальною основою правилъ и понятій. Готовая формула имѣетъ свою прелесть, способствуя сбереженію труда. Кромѣ того, способствуя вящему различенію важнаго и второстепеннаго, она приводитъ въ ясность юридическіе идеалы. Несомнѣнно, что въ случаяхъ противорѣчія понятій и принциповъ съ чувствомъ справедливости имъ грозитъ реакція со стороны этого послѣдняго. Но несомнѣнно также, что въ извѣстныхъ предѣлахъ сами они реагируютъ на это чувство. Регулируемые имъ въ моментъ своего образованія (насколько воздѣйствіе чувства не стѣсняется другими агентами) понятія о должномъ, разъ они установились, всегда оказываютъ обратное вліяніе на самое чувство, и сознанные нами идеалы воспитываютъ наше чувство, можетъ быть, настолько же, насколько и сами питаются имъ. Юридическіе принципы и понятія имѣютъ по отношенію къ практической юриспруденціи значеніе авторитетныхъ идеаловъ, и чѣмъ высшей ступени самосознанія достигаетъ она, тѣмъ сильнѣе становится ея подчиненіе ихъ вліянію и тѣмъ болѣе творческая функція принциповъ и понятій выдвигается впередъ въ ущербъ функціи чисто-систематической. Потому догматикъ поступитъ разумно, когда, формулируя ихъ, будетъ смотрѣть болѣе впередъ, нежели назадъ, имѣя въ виду не столько передачу существующаго права, сколько удовлетвореніе потребностей ближайшаго будущаго. Догматическая система выражаетъ не столько дѣйствующій порядокъ, сколько систему правовоззрѣній, руководящую этимъ порядкомъ, въ ея типическихъ чертахъ.—Иначе



долженъ относиться къ формулированію понятій и принциповъ историкъ права. Задача историческаго изслѣдованія состоитъ въ вѣрномъ изображеніи права, дѣйствовавшаго когда-то въ извѣстномъ мѣстѣ. Обобщеніе должно здѣсь выразить точнымъ образомъ общія свойства данныхъ правоопредѣленій и степень проявленія ихъ на практикѣ. Оно содержитъ въ себѣ объединенное описаніе извѣстнаго фактическаго матеріала, необходимое въ интересахъ его классификаціи. Каждое уклоненіе отъ истины, сдѣланное въ какомъ бы то ни было направленіи, только послужитъ къ ущербу исторической правдѣ и подлежитъ потому строгому осужденію. Такимъ образомъ въ области историческаго изслѣдованія за понятіями и принципами должно быть оставлено исключительное терминологическое и систематическое значеніе. Не слѣдуетъ забывать только, что терминологія и систематика далеко не лежатъ внѣ процесса научно-историческаго изслѣдованія, но, будучи связаны глубоко съ прочими его частями, не должны разсматриваться внѣ связи съ ними <sup>6)</sup>. Терминологіей и систематикой констатируются пріобрѣтенные наукой результаты и указывается основаніе и цѣль ея дальнѣйшаго движенія. Въ строѣ всей науки означенные два процесса играютъ роль, подобную той, которая, по отношенію къ каждому отдѣльному изысканію, приписана выше акту констатированія предмета изслѣдованія.

Изъ сказаннаго очевидно между прочимъ, что догматическое изслѣдованіе гражданскаго права умѣстно только по отношенію къ современному дѣйствующему праву (или такому, примѣненіе котораго въ данное время желательно), но не къ праву прошедшаго времени. Такимъ образомъ, напримѣръ, право римлянъ должно быть предметомъ систематическаго изученія съ

<sup>6)</sup> Что забываетъ Schlossman n, I. c.

историческими цѣлями, а „современное римское право“ предметомъ догматическаго изученія. Современныя системы пандектнаго права, съ одной стороны заняты только тѣми частями римскаго права, которыя были причастны образованію современнаго права, съ другой стороны въ своемъ построеніи строго придерживающіяся буквы источниковъ, основаны на внутреннемъ противорѣчьи, такъ какъ стремятся соединить въ себѣ два несовмѣстимые элемента <sup>7)</sup>.

Смѣшеніе двухъ точекъ зрѣнія, — догматической и научно-исторической, составляетъ въ нашей наукѣ результатъ ложно направленаго стремленія примѣнить къ ней требованія высшаго научнаго метода. Гражданскому правовѣдѣнію недостаетъ многого, что создать можно только при помощи метода, болѣе совершеннаго, чѣмъ примѣнявшійся доселѣ; но этимъ вовсе не отрицается цѣна всего выработаннаго при посредствѣ прежняго метода. Прежняя юриспруденція, какъ бы несовершенна она ни была, и въ какихъ бы улучшеніяхъ ни нуждались ея пріемы, оставила намъ прочное основаніе догматики, не допускающее черезъ-чуръ небрежнаго обхожденія съ собою. Реформа, въ которой

<sup>7)</sup> О другой сторонѣ названнаго противорѣчія см. выше, стр. 42. Въ виду педагогическихъ интересовъ было бы желательно согласиться о способѣ разработки римскаго права на русскихъ университетскихъ кафедрахъ. Систематика историческая, представляя собою важный научный интересъ, во всякомъ случаѣ не должна быть опускаема. Кромѣ того не менѣе систематики догматической она способна удовлетворить одной изъ обычныхъ практическихъ цѣлей изученія римскаго права: воспитанію юридическаго мышленія. — Что же касается до другой цѣли: способствовать рецепціи римскаго права на русской почвѣ, то она можетъ быть достигнута только посредствомъ введенія въ университетскій курсъ догматической систематики. Но кажется, что эта послѣдняя съ большими удобствами можетъ быть излагаема въ связи съ курсомъ русскаго гражданскаго права, нежели независимо отъ него, такъ какъ съ нею сопряженъ непремѣнно и критическій разборъ и сопоставленіе дѣйствующаго русскаго гражданскаго права съ римскимъ правомъ.



нуждается юриспруденція, состои не въ отрицаніи старыхъ цѣлей, которыя всегда были и будутъ конечными цѣлями ея, но въ дополненіи этихъ цѣлей ради болѣе успѣшнаго достиженія ихъ новыми цѣлями и соотвѣтственными средствами. Все, что касается до построения „науки“ гражданскаго права въ строгомъ значеніи этого имени, приходится созидать прежде всего не внутри догматики, а вѣдъ ея и притомъ рядомъ съ нею. Догматика, какъ была, такъ и останется искусствомъ; „наука“ же должна образоваться самостоятельно (какъ будетъ показано ниже, на почвѣ исторіи и философіи права). Не оставаясь, конечно, безъ вліянія на старые приемы изслѣдованія, новые приемы не устраняютъ ихъ. Потому весьма ошибочно находить въ каждой чертѣ старой догматики предметъ для осужденія съ точки зрѣнія новыхъ требованій, въ сущности относящихся часто къ совершенно иной сферѣ; и еще болѣе ошибочно полагать, что новые методы должны найти для себя всецѣлое примѣненіе въ тѣсныхъ границахъ области догматики. — Отрицаніе творческой силы за юридическими понятіями и принципами было однимъ изъ слѣдствій такого недоразумѣнія<sup>8)</sup>. Еще

<sup>8)</sup> Названному заблужденію родственно другое, привести которое здѣсь будетъ уместно потому, что оно имѣетъ близкое отношеніе къ предмету, о которомъ говорилось уже выше и будетъ говорить еще въ одномъ изъ послѣдующихъ очерковъ. По мнѣнію Leist'a, высказанному въ его *Bonorum possessio*, II, 2, 1848, стр. 352—362, и *Ueber die dogmatische Analyse*, 1854, стр. 12—19, слѣдуетъ признать неосновательнымъ известное правило, по которому въ мѣстностяхъ, гдѣ дѣйствуетъ „общее“ (т. е. римское) право, реценція каждаго его отдѣльнаго правоположенія, поскольку оно вообще принадлежитъ къ разряду подлежащихъ реценціи нормъ, предполагается сама собою, пока противное не будетъ доказано. Исходя изъ того предположенія, что римское право рецепировано *in complexu*, поминутое правило не замѣчаетъ, по мнѣнію Лейста, того, что на самомъ дѣлѣ многія опредѣленія римскаго права, входящія въ разрядъ подлежащихъ реценціи нормъ, не были рецепированы вовсе, или не повсемѣстно. Лейстъ предлагаетъ

образецъ въ томъ же родѣ представляетъ смѣшеніе понятія о юридическомъ принципѣ съ понятіемъ о законѣ историческаго образованія или развитія права.

Наука различаетъ строго между явленіями и ихъ законами. Подъ явленіями разумѣются вообще измѣненія въ положеніи, или состояніи предметовъ, подъ законами — постоянство отношеній, существующее между явленіями. Явленія суть проявленія закона, который неизмѣняемъ и постояненъ; онъ можетъ быть парализованъ въ своихъ проявленіяхъ, но не можетъ быть устраненъ, какъ скоро присутствуютъ предметы, къ которымъ онъ относится. Въ области человѣческихъ дѣйствій каждое дѣйствіе составляетъ явленіе; установленное дѣйствіемъ отношеніе (напр., правоотношеніе) есть явленіе; правило (правоопредѣленіе), руководящее дѣйствіемъ челоѣка, и порядокъ (правопорядокъ), въ который сложились правоотношенія, тоже суть явленія. Служа обобщеннымъ описаніемъ или выраженіемъ совокупности общихъ свойствъ („общаго смысла“) дѣйствительно существовавшихъ въ исторіи юридическихъ опредѣленій (—правопорядка, —правоотношеній, —дѣйствій), юридическій принципъ выражаетъ собою явленіе исторіи права, или точнѣе известную совокупность однородныхъ историческихъ явленій. Юриче-

проверитъ фактъ реценціи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Не говоря о практическихъ неудобствахъ подобнаго порядка, (сознанныхъ самимъ авторомъ его и побудившихъ его смягчить свои требованія, см. *Bonorum possessio*, стр. 363 — 367), слѣдуетъ сказать, что въ немъ не существуетъ никакой крайней необходимости. Приведеніе въ полную ясность того, что именно изъ римскаго права рецепировано, должно имѣть великую цѣну въ глазахъ историка, но не догматика, для котораго римское право обязательно не потому, что оно когда-то было принято, но потому, что и теперь съ нимъ связанъ большой жизненный интересъ. Какъ справедливо замѣчали, процессъ реценціи еще не конченъ, но продолжается по сію пору. Ошибка же Лейста коренится вообще въ неправильномъ, черезъ-чуръ формальномъ воззрѣніи на дѣятельность судебной власти, свойственномъ господствующей догмѣ.

скій принципъ есть формула, обозначающая такъ или иначе известную группу правоотношеній и соответствующихъ имъ правоопредѣленій. Напротивъ законъ въ историко-философскомъ, научномъ смыслѣ есть формула, обозначающая отношеніе этихъ правоопредѣленій, какъ историческихъ фактовъ, между собою, или къ другимъ историческимъ фактамъ. Формула, утверждающая, на примѣръ, что юридическіе акты влекутъ за собою установленныя послѣдствія, какъ скоро соблюдена ихъ форма, или что обманувшій кого-либо обязанъ вознаградить его за вредъ, причиненный ему обманомъ, или что каждый предполагается добросовѣстнымъ, пока противное не будетъ доказано — есть известное историческое явленіе. Напротивъ формулы, утверждающія, что въ исторіи каждаго народа періоду полного и свободнаго развитія юридическихъ идей всегда предшествуетъ періодъ формализма; что такія-то измѣненія въ гражданскомъ оборотѣ сопровождаются признаніемъ наказуемости обмана; что юриспруденція всѣхъ образованныхъ народовъ склоняется къ предположенію въ пользу добросовѣстности отдѣльныхъ лицъ, выражаютъ собою (эмпирическіе) законы. Въ первомъ примѣрѣ законъ обозначаетъ, что известный родъ явленій (формализмъ) всегда предшествуетъ другому ихъ роду; въ двухъ другихъ, — что известные явленія сопровождаются всегда другими известными явленіями. Юридическій принципъ указываетъ, что должно быть по мнѣнію людей; законъ, — что есть въ силу природы человека, общества и міра. Юридическій принципъ — продуктъ человѣческой дѣятельности, законъ стоитъ надъ нею. И принципъ и законъ могутъ быть неизвѣстны историкѣ. Но неизвѣстный принципъ есть скрытый историческій фактъ въ установленномъ выше смыслѣ; неизвѣстный законъ принадлежитъ къ величинамъ совершенно иной категоріи. Между тѣмъ, перенося въ юриспруденцію идею объ объективно-научномъ изуче-

ніи права съ цѣлью опредѣлить законы его историческаго развитія, изслѣдователи усматриваютъ обыкновенно эти законы въ томъ, что на самомъ дѣлѣ относятся къ разряду юридическихъ принциповъ и въ качествѣ таковыхъ составляетъ, слѣдовательно, историческія явленія, но вовсе не законы ихъ. Книга Шлоссмана о договорѣ, которая представляетъ для насъ особый интересъ, какъ первое значительное произведеніе, написанное нѣмецкимъ цивилистомъ подъ очевиднымъ вліяніемъ понятій о наукѣ, господствующихъ въ англійской положительной школѣ, заключаетъ въ себѣ образецъ сказаннаго недоразумѣнія. „Наука“, говоритъ Шлоссманъ, „разрѣшаетъ свою задачу относительно предложенной ей проблемы, какъ скоро открываетъ законы, правящіе явленіями, къ которымъ относится проблема“<sup>9)</sup>. Рядомъ съ этимъ онъ полагаетъ, что высшая задача правовѣдѣнія заключается въ изслѣдованіи *элементовъ* нашего правовозрѣнія и между прочимъ въ раскрытіи *принциповъ* идеальнаго правовозрѣнія, изъ которыхъ дедуктивно можно было бы вывести всѣ частныя принципы права<sup>10)</sup>; задача высшей *истории* права осуществится путемъ сознательнаго воспроизведенія руководящихъ *идей* права и ихъ *критики*<sup>11)</sup>. Шлоссманъ примѣняетъ къ догматическимъ объясненіямъ правило, относящееся къ гипотезамъ о *причинахъ* явленій<sup>12)</sup>, а разрѣшеніе проблемы о договорѣ, составляющей предметъ его изслѣдованія, видитъ въ слѣдующемъ положеніи: кто виноватъ въ причиненіи вреда другому лицу, тотъ обязанъ вознаградить его за этотъ вредъ<sup>13)</sup>. Этимъ „закономъ“ должны объясниться всѣ правоопредѣленія, принадлежащія къ области договорнаго пра-

9) Schlossmann, *Der Vertrag*, стр. 332.

10) Тамъ же, стр. 197.

11) Тамъ же, стр. 205, ср. стр. 182.

12) Тамъ же, стр. 100 сл.

13) Тамъ же, стр. 289.

ва. Шлосманъ не замѣчаетъ, что понятіе о законѣ имѣетъ совершенно отличное содержаніе отъ понятія о принципѣ или идеѣ, не допускающее ихъ отождествленія; что, напримѣръ, законъ не можетъ подлежать критикѣ, а долженъ быть принятъ, какъ нѣкоторое неизмѣнное данное исторіи; что установленный имъ самъ „законъ“ есть въ сущности только юридическій принципъ. Допуская правильность обобщенія, сдѣланнаго Шлосманомъ, слѣдуетъ сказать, что онъ вовсе не разрѣшилъ своей проблемы въ томъ смыслѣ, какъ онъ самъ понимаетъ задачу подобнаго дѣла, но остановился на пунктѣ, съ котораго, собственно, только должно начаться ея разрѣшеніе. Показавъ, что смыслъ всѣхъ частныхъ рѣшеній о договорѣ сводится къ вышеприведенному правилу, Шлосманъ долженъ былъ бы приступить къ изслѣдованію условій историческаго образованія и развитія этого правила и его вліянія на образованіе и развитіе другихъ историческихъ явленій, и только по точномъ опредѣленіи принадлежащихъ сюда отношеній онъ имѣлъ бы право говорить объ найденныхъ имъ законахъ договорнаго права; установленный же имъ принципъ представился бы тогда результатомъ взаимодействія этихъ законовъ. — Въ статьѣ о преобразованіи юриспруденціи Меркель, полагая первую задачу юриспруденціи не отысканіе идеальнаго права, а изслѣдованіе историческаго права, какъ оно есть, видитъ существенную часть выполненія этой задачи въ образованіи „общей части“ юридическихъ наукъ, которая должна разработывать юридическія *понятія*, общія всѣмъ отраслямъ правовѣдѣнія, и вообще не упоминаетъ о какомъ-либо другомъ предметѣ науки права помимо юридическихъ понятій и принциповъ, хотя въ концѣ указываетъ на то, что существуетъ известная связь между правоопредѣленіями, такъ что правоопредѣленія данного времени у даннаго народа не образуютъ какого-либо механическаго соединенія,

равно какъ въ исторіи они не идутъ въ безсвязной послѣдовательности <sup>14)</sup>. — Повторяя известную формулу Монтескье (и пользуясь ею неправильно), Баронъ утверждаетъ, что „правоположенія суть необходимыя отношенія, обусловленныя природою вещей <sup>15)</sup>, т. е. даетъ правоположеніямъ опредѣленіе, пригодное только для закона природы. — Лейбъ конструируетъ для права собственности *Substantialprincip*, состоящій въ томъ, что собственникъ, обладая правомъ на субстанцію вещи, а не на *species* ея, имѣетъ вообще право на все, образовавшееся изъ этой субстанціи <sup>16)</sup>, и называетъ этотъ принципъ закономъ природы <sup>17)</sup>. Ближе къ правильной

<sup>14)</sup> Merkel, въ *Zeitschr. f. d. P. u. O. R.*, 1874, стр. 1 и 402; см. особ. стр. 8—10 и 417—421.

<sup>15)</sup> Baron, *Pandekten*, § 4, I, стр. 10 (2 изд.) Ср. Oudot, *Conscience et science du Devoir* стр. 63 сл.

<sup>16)</sup> Leist, *Ueber die Natur des Eigenthums*, 1859, стр. 131 — 135.

<sup>17)</sup> Leist, *Naturalis ratio*, 1860, стр. 22. Интересно, что, занимаясь „природою вещей“ или „законами природы“, лежащими въ основаніи права, Лейбъ рѣшительно отрицаетъ за своими трудами философскій характеръ; см. указ. соч., стр. 35 и *Ueber die dogmatische Analyse*, стр. 25 сл. Насколько я могъ замѣтить, въ заблужденіе, одинаковое съ только что рассмотрѣннымъ, впалъ и мой почтенный критикъ г. Митюковъ. Въ моей статьѣ *Римское право, какъ предметъ науки* (журн. гражд. и уг. пр., 1875, № 6), я указалъ на необходимость изученія *законовъ* историческаго развитія гражданскаго права, — изученія, долженствующаго образовать собою *общую науку* этого права. Г. Митюковъ (см. Киев. унив. изв., 1877, № 3, стр. 116), понялъ это указаніе въ томъ смыслѣ, что я ищу *современной теоріи гражданскаго права, имѣющей замѣнить право римское*. Я указывалъ на римское право, какъ на объектъ научнаго изученія, имѣющій стать рядомъ съ другими объектами его, а изъ словъ критика выходитъ, что научное изученіе должно *замѣнить* эти объекты. Изъ того, что *наука* права не должна ограничиваться изученіемъ права какого-либо одного народа и что политика права должна основывать свои выводы на данныхъ науки, вовсе не слѣдуетъ того, что римское право должно быть отброшено, подобно тому, какъ изъ того, что законы теплоты слѣдуетъ изучать не на одномъ огнѣ, а на всѣхъ тепловыхъ явленіяхъ, и изъ того, что пользованіе теплотой должно руководиться результатами научнаго изученія теплоты, не слѣ-

терминологіи стоитъ Постъ, утверждающій въ началѣ своего сочиненія о происхожденіи права, что задача юриспруденціи состоитъ въ раскрытіи законовъ образованія и развитія общественныхъ организмов<sup>18)</sup>, и оканчивающій его указаніемъ на законъ прогрессивной индивидуализаціи, какъ основной законъ вселенной и исторіи<sup>19)</sup>. Постъ не замѣчаетъ лишь, что этотъ законъ, буде онъ справедливъ, по существу своему можетъ быть только производнымъ, а не основнымъ. Этотъ законъ указываетъ на совершающееся въ исторіи постепенное и постоянное наростаніе извѣстныхъ свойствъ человѣческихъ учрежденій, — свойствъ, способствующихъ тому, что мы называемъ индивидуализмомъ, — опредѣляетъ такимъ образомъ извѣстное отношеніе, существующее между дѣйствіями причинъ, руководящихъ исторію, но не опредѣляетъ самихъ причинъ и ихъ законовъ. Признаніе закона индивидуализаціи за основной, какъ это дѣлаетъ Постъ, обращаетъ исторію въ процессъ, необходимый самъ по себѣ, и напоминаетъ тѣ философскіе принципы исторіи, осуществленіе которыхъ составляетъ, по мнѣнію многихъ, ея сущность. Во всякомъ случаѣ эти принципы имѣютъ мало общаго съ законами, которые подразумѣваетъ самъ Постъ, повторяя въ началѣ своего сочиненія извѣстныя формулы положительной школы.

дуетъ ео ipso того, что не надо пользоваться огнемъ. Только полнымъ отчужденіемъ догматической юриспруденціи отъ научно-историческаго міросозерцанія объясняется то, что такое въ сущности простое и очевидное различіе, каково различіе между закономъ въ историко-философскомъ смыслѣ и юридическимъ принципомъ, ускользаетъ отъ вниманія цивилистовъ. По отношенію къ научно-методическимъ требованіямъ пропсходитъ въ гражданскомъ правовѣдѣніи своего рода *interpretatio in fraudem legis*: новыя требованія принимаются, но толкуются въ духѣ старыхъ взглядовъ на тотъ же предметъ, и въ результатѣ получается только одна путаница основныхъ понятій.

<sup>18)</sup> Ровъ, *Ursprung des Rechts*, 1876, стр. 7.

<sup>19)</sup> Тамъ же, стр. 137.

По поводу сдѣланнаго выше упрека за примѣненіе правилъ, относящихся къ провѣркѣ гипотезъ о причинахъ, къ порядку изслѣдованія скрытыхъ фактовъ, слѣдуетъ припомнить въ объясненіе, что такая гипотеза, опредѣляя собою выраженіе закона природы, величины абсолютной, не допускающей исключеній для отдѣльных случаевъ, должна согласоваться со всеми извѣстными намъ фактами. Законъ природы постояненъ и несовмѣстимъ, хотя бы только въ одномъ случаѣ, съ порядкомъ вещей, отрицающимъ его. Напротивъ принципы, руководящіе юридическою дѣятельностью человѣчества, по существу своему релятивны. Не представляется никакого основанія утверждать, что всѣ принадлежащія исторіи казуальныя разрѣшенія по какому-либо предмету непременно заключаютъ въ себѣ тождественный смыслъ. Мысли и дѣятельность одного юриста не могутъ оставаться постоянно свободными отъ какихъ-либо уклоненій отъ существеннаго направленія ихъ. Принадлежатъ различнымъ лицамъ, или даже различнымъ эпохамъ развитія юридическаго мышленія, казуальныя рѣшенія тѣмъ болѣе могутъ находиться во взаимномъ несогласіи, или даже прямомъ противорѣчій. Это обстоятельство, съ одной стороны облегчая изслѣдованіе общихъ принциповъ и понятій, — такъ какъ въ силу его мы освобождаемся отъ трудной обязанности искать непременно полного единогласія конкретныхъ данныхъ, — съ другой стороны создаетъ соответствующее затрудненіе. Чтобы не впасть въ весьма соблазнительный произволъ при констатированіи противорѣчій, существующихъ въ источникахъ, и не приписывать этимъ противорѣчіямъ болѣе реального значенія, нежели они обладаютъ имъ въ дѣйствительности, необходимо имѣть какую-либо мѣрку, которая давала бы возможность судить о характерѣ противорѣчій по его очевиднымъ свойствамъ и вообще указывала бы предѣлы, въ которыхъ можетъ быть основательно пред-

положеніе о существованіи дѣйствительнаго противорѣчія. Но по недостаточной испытанности пріемовъ относящагося сюда рода изслѣдованій, не представляется возможнымъ дать по этому предмету какія-либо ближайшія разъясненія, и только слѣдующее замѣчаніе будетъ, кажется, умѣстно при настоящемъ положеніи разсматриваемаго вопроса. Только сравнительная оцѣнка различныхъ возможныхъ объясненій противорѣчивыхъ на видъ мѣстъ источниковъ можетъ указать на объясненіе, наиболѣе совершенное. Каждое объясненіе должно быть сопоставлено со всѣми другими данными, имѣющими то или другое отношеніе къ предмету изслѣдованія, и подвергнуто критикѣ съ точки зрѣнія общихъ историческихъ данныхъ, — и выдержавшее наиболѣе хорошо такое испытаніе, должно быть предпочтено другимъ. Нѣтъ основанія пренебрегать объясненіемъ, сводящимъ разнообразныя и на первый взглядъ противорѣчивыя рѣшенія къ полному единству, если оно оказалось сильнѣе другихъ при названномъ испытаніи; въ противномъ случаѣ необходимо предпочесть историческія объясненія. При построеніи этихъ послѣднихъ главное искусство должно быть направлено къ тому, чтобы вѣрно отдѣлить отъ существеннаго элемента данныхъ рѣшеній элементъ второстепенный; первый не можетъ подлежать въ исторіи большимъ колебаніямъ, второй наиболѣе близокъ къ случайностямъ. Такъ, напримѣръ, въ рѣшеніяхъ такой юриспруденціи, какова была юриспруденція римская, къ существенному относится практическое назначеніе института, къ второстепенному — сознательно выражаемое юристами воззрѣніе на юридическую сущность его. Поэтому, если среди значительнаго количества односмысленныхъ казуальныхъ рѣшеній найдется одно, или нѣсколько такихъ, которыя, расходясь на первый взглядъ съ прочими, объясняются успѣшно особенностями собственнаго взгляда римскихъ юристовъ на предметъ, — взгля-

да, въ очевидныхъ недостаткахъ котораго мы успѣли уже убѣдиться, то предъ нами возникаетъ возможность двоякаго предположенія. Могло быть, что эти нѣсколько рѣшеній входили въ схему принципа, управлявшаго остальными рѣшеніями. Но могло быть также, что они стояли изолированно отъ другихъ и произошли вслѣдствіе односторонняго вліянія ложной теоріи, усвоенной римскими юристами. Потому будетъ разумнѣе въ дальнѣйшемъ ходѣ изслѣдованія постоянно имѣть въ виду такую альтернативу и прикидывать каждое объясненіе къ обѣимъ сторонамъ ея. Собственное воззрѣніе практической юриспруденціи на сущность института, хотя бы ошибочное и принадлежащее юриспруденціи, обладавшей наибольшимъ практическимъ тактомъ, по природѣ своей способно имѣть нѣкоторое вліяніе на ея казуальныя рѣшенія. Отсюда вообще вытекаетъ необходимость непремѣнно провѣрять справедливость такого воззрѣнія, какъ скоро въ источникахъ встрѣчаются рѣшенія, имъ мотивированныя, и затѣмъ въ случаѣ открытой ошибки отстранять отъ изслѣдованія эти рѣшенія, пока не обнаружится, что они связаны съ ложнымъ общимъ воззрѣніемъ только внѣшнею связью.

Примѣръ, поясняющій сказанное, приводится ниже въ приложеніи къ этому очерку подъ лит. А.

Общее юридическое понятіе, или юридическій принципъ, выражающіе собою существо какого-либо института, слѣдуетъ отличать далѣе отъ основанія (Grund) или исторической причины его. Причина каждаго института разлагается на рядъ какихъ-либо дѣйствительныхъ, или мнимыхъ потребностей гражданскаго оборота, или юридическаго мышленія (юрид. техники), и на стремленіе удовлетворить этимъ потребностямъ; а такъ какъ самый институтъ служитъ средствомъ (въ свою очередь дѣйствительнымъ, или мнимымъ) ихъ удовлетворенія, то между принципомъ и причиною института можетъ существовать извѣстное соотвѣтствіе во внѣш-

94 УД. I ОЧ. 2. ИЗСЛѢДОВАНІЕ СКРЫТЫХЪ ФАКТОВЪ.

нихъ формахъ. Это бываетъ иногда настолько близко, что способствуетъ ихъ смѣшенію въ представленіи изслѣдователя. Благодаря такому смѣшенію часто считаютъ открытою причину гражданского института, открывъ только его принципъ (какъ, напримѣръ, Шлоссманъ въ вышеприведенномъ случаѣ). Въ другихъ случаяхъ, не отождествляя принципа съ причиною, полагаютъ, что причина должна состоять въ непосредственной, виѣшней связи съ содержаніемъ принципа, — что содержаніе этого послѣдняго характеризуетъ прямо и причину института. Такое предположеніе составляетъ плодъ вліянія помянутаго соотвѣтствія, которое, не составляя явленія рѣдкаго, не есть однако что либо неизбѣжное. Догматическая конструкція гражданскихъ институтовъ можетъ подлежать при своемъ образованіи воздѣйствію такихъ техническихъ соображеній, которыя способны совершенно отдалить (на видъ) содержаніе принципа отъ причины института. Наиболѣе рѣзкій примѣръ игнорированія этого обстоятельства представляется мнѣніемъ, до сихъ поръ находящимъ на стойчивыхъ сторонниковъ и утверждающимъ, что известный догматическій принципъ римскихъ юристовъ: „владѣніе не имѣетъ ничего общаго съ собственностью“, устраняетъ всякую мысль объ историческомъ родствѣ обоихъ институтовъ. Насколько это мнѣніе ищетъ своихъ основаній въ непосредственномъ содержаніи приведенной формулы, оно совершенно неосновательно, такъ что если случится, что известная попытка связать историческимъ родствомъ владѣніе съ собственностью окажется неудачною, то такой исходъ ея никакъ не можетъ быть обусловленъ тѣмъ обстоятельствомъ, что ея авторъ не обратилъ вниманія на вышеприведенную формулу римскаго ученія о владѣніи.

Въ виду особой поучительности названнаго примѣра онъ приводится и разбирается съ нѣкоторою подробностью ниже, въ приложеніяхъ подъ лит. В и С.

Въ заключеніе этого параграфа еще одно замѣчаніе. Выше <sup>20)</sup> факты, предполагаемые на основаніи анализа такъ называемыхъ случаевъ переживаній, были причислены къ числу скрытыхъ фактовъ. Между тѣмъ обыкновенно случается, что изслѣдованіе, предпринятое на основаніи изученія переживаній, относящихся къ какому либо институту, оканчивается не только разоблаченіемъ какихъ-либо фактовъ, но и утвержденіемъ известнаго постоянства отношеній послѣдовательности, существующей между фактами, входящими въ область изслѣдованія. Такъ, изслѣдуя переживанія, относящіяся къ праву собственности, или къ семейному быту, ученые въ результатъ своихъ трудовъ не только заключаютъ, что эти переживанія свидѣлствуютъ объ общинномъ владѣніи и общеніи женъ, когда-то существовавшемъ, но нерѣдко присоединяютъ къ этимъ заключеніямъ обобщенія, утверждающія, что названныя формы составляютъ въ общемъ ходѣ человѣческой культуры необходимое историческое звено, предшествующее современнымъ формамъ, т. е. пытаются установить нѣкоторый законъ историческаго развитія. Но фактъ существованія коммунальнаго быта въ тѣхъ или другихъ формахъ его можетъ быть доказанъ съ достаточною убѣдительною для даннаго мѣста, времени и народа помимо того, чтобы это вело, какъ къ необходимому послѣдствію, — къ признанію какого-либо причиннаго соотношенія обнаруженнаго факта съ другими фактами. И дѣйствительно, истинное состояніе современныхъ изслѣдованій объ общинномъ владѣніи и общеніи женъ именно таково, что, утверждая съ большою доказательностью множество отдѣльныхъ фактовъ этого рода, эти изслѣдованія не опредѣлили еще съ достаточною ясностью и основательностью ихъ значеніе для исторической философіи. Открытіе относящихся сюда исто-

<sup>20)</sup> Стр. 75.

рическихъ законовъ можетъ быть только результатомъ особаго научнаго процесса, веденнаго по правиламъ соответствующаго научнаго метода. Труды же по названымъ и другимъ подобнымъ имъ предметамъ обыкновенно совмѣщаютъ въ себѣ стремленія къ достиженію обихъ цѣлей, — разоблаченію скрытыхъ фактовъ и построенію объясняющихъ ихъ законовъ, и потому плоды обоихъ стремленій принимаются за произведеніе одного научнаго процесса. На самомъ же дѣлѣ подобныя труды совмѣщаютъ въ себѣ два изслѣдованія, различныя по цѣлямъ и свойствамъ ихъ. Это различіе будетъ пояснено ниже, въ п. 5. и слѣд.

4. Обращаясь къ скрытымъ фактамъ, указаннымъ въ источникахъ, надо сказать, что указаніе на нихъ можетъ находиться какъ въ свидѣтельствахъ достовѣрныхъ, такъ и въ свидѣтельствахъ, которыя почему-либо возбуждаютъ недовѣріе къ себѣ. Это — свидѣтельства мнимо-достоверныя. Факты, сообщенные въ нихъ (мнимо-достоверные факты), не тождественны съ фактами скрытыми. Скрытый фактъ есть неизвѣстный дѣйствительный фактъ. Что же касается до мнимо-достовернаго факта, то можетъ случиться, что онъ дѣйствительно существовалъ, и послѣднее обнаруживается съ извѣстною вѣроятностью по надлежащемъ изслѣдованіи, но также можетъ случиться, что мнимо-достоверный фактъ вовсе не былъ и, слѣдовательно, повѣствованіе о немъ не свидѣтельствуетъ о дѣйствительномъ фактѣ. Въ послѣднемъ случаѣ мнимый фактъ можетъ заключать въ себѣ или видоизмѣненіе дѣйствительности, или полное измышленіе анналиста. Полная оцѣнка отношенія мнимо-достовернаго свидѣтельства къ истинѣ можетъ быть только результатомъ изслѣдованія. Въ приступѣ же къ нему „критикѣ“ источниковъ надлежитъ сдѣлать предварительное опредѣленіе значенія мнимо-достовернаго свидѣтельства для предстоящаго изслѣдованія. На основаніи имѣющихся данныхъ о признакахъ достовѣрно-

сти и недостоверности источниковъ критикѣ констатируетъ недостоверность ихъ разсказа. вмѣстѣ съ тѣмъ разсматривается, не представляется ли основаній предполагать въ означенномъ разсказѣ прямое указаніе, или намекъ на какіе-нибудь дѣйствительные, но еще неясные факты. Разрѣшеніе послѣдняго вопроса въ утвердительномъ смыслѣ ведетъ къ констатированію скрытаго факта.

Заслуживаетъ вниманія первый изъ названныхъ видовъ отношенія мнимо-достовернаго факта къ факту скрытому. Случается, что при предварительномъ анализѣ свидѣтельства, возбуждающаго недовѣріе къ себѣ, мы приходимъ къ убѣжденію, что въ этомъ свидѣтельствѣ не заключается никакого прочнаго указанія на дѣйствительный фактъ; между тѣмъ, приступивъ къ изслѣдованію на основаніи другихъ данныхъ, мы можемъ прійти къ выводу, который подтверждаетъ недостоверный фактъ совершенно въ той самой формѣ, въ которой онъ сообщенъ источниками. Такой исходъ не показываетъ вовсе, что мы поступили неправильно, отбросивъ въ сторону свидѣтельство источниковъ. Предположимъ для примѣра, что мы задались цѣлью изслѣдовать происхожденіе въ Римѣ института давности. Въ источникахъ находится нѣсколько фрагментовъ, касающихся этого предмета; всѣ они принадлежатъ юристамъ, жившимъ не ранѣе втораго вѣка по Р. Х. По мнѣнію этихъ юристовъ давность введена въ видахъ общественнаго блага съ тою цѣлью, чтобы права на вещи не оставались постоянно въ неизвѣстности, чтобы существовалъ какой-нибудь предѣлъ тяжбамъ<sup>21)</sup>. Несмотря

21) Dig. 41. 3 de usurp. et usuc. fr. 1 (Gajus). Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium; cp. Gaj. II § 44. — Dig. 41. 10 pro suo, fr. 5 (Neratius): Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut



на всю определенность, съ которою высказано это мнѣніе, оно не можетъ быть признано за достовѣрное свидѣтельство. Нельзя предположить, чтобы до юристовъ имперіи дошли какія-нибудь положительныя свѣдѣнія о происхожденіи давности, которыми они и руководились бы при произнесеніи своего сужденія объ этомъ предметѣ. Давность существовала въ Римѣ уже во время изданія законовъ XII таблицъ, т. е. за пять и болѣе вѣковъ до названныхъ юристовъ. Первоначальное происхожденіе давности могло быть, слѣдовательно, явленіемъ еще болѣе далекимъ отъ нихъ. Въ какой бы формѣ ни образовались первоначальныя юридическія опредѣленія о давности,—въ формѣ ли закона, или вошедшихъ въ обычай судебныхъ рѣшеній,—мотивы постановленій должны были плохо сознаваться въ такое древнее время и врядъ ли могли быть выражены открыто. Еще менѣе основаній ожидать, что они могли дойти по традиціи до юристовъ имперіи. Вышеприведенное сужденіе юристовъ о причинахъ давности есть, слѣдовательно, не болѣе, какъ ихъ личное мнѣніе объ этомъ предметѣ. Нельзя предположить даже, что, высказывая его, они руководились какими-нибудь, хотя не относящимися прямо къ предмету изслѣдованія, но особенными, неизвѣстными намъ данными. Все, что извѣстно намъ о характерѣ дѣятельности римскихъ юристовъ, не позволяетъ приписывать имъ особенной исторической проницательности. Ихъ время вообще отличалось отсутствіемъ этой способности; ей не могли благоприятствовать самыя условія дѣятельности римской юриспруденціи, преслѣдовавшей одни практическія цѣли. Наконецъ во многихъ другихъ случаяхъ римскіе юристы высказали большія заблужденія относительно причинъ

*aliquis litium finis esset; ep. Dig. 39. 3 de aq. et aq. pluv. arc. fr. 2 pr. (Paulus).*—Юстиніанъ *Inst. 2, 6 de usucap.* пр. указываетъ другой мотивъ: *... ne domini maturius suis rebus defraudentur.*

различныхъ историческихъ явленій, особенно относительно причинъ образованія юридическихъ институтовъ. Все, что слѣдуетъ допустить въ пользу основательности разсматриваемаго здѣсь мнѣнія юристовъ, заключается въ томъ, что въ немъ должны были отразиться потребности, поддерживающія давность въ гражданскомъ бытѣ, современномъ юристамъ. Но и здѣсь мы не имѣемъ полного основанія безъ дальнѣйшихъ разсужденій признать отзывъ юристовъ за безспорное свидѣтельство о назначеніи давности въ ихъ время. Отъ такого заключенія воздерживаетъ насъ извѣстная неспособность римскихъ юристовъ относиться сознательнымъ образомъ къ руководившимъ ими основнымъ принципамъ права. Потому въ результатѣ мы признаемъ, что мнѣнія, по которымъ назначеніе давности заключается въ ограниченіи числа тяжбъ о собственности и въ обезпеченіи спокойствія владѣльцевъ, имѣютъ для современнаго имъ права значеніе свидѣтельствъ о скрытомъ фактѣ, но не обладаютъ никакою цѣною относительно времени болѣе древняго. Приступивъ вслѣдъ за тѣмъ къ разрѣшенію, на иныхъ достовѣрныхъ основаніяхъ, вопроса о происхожденіи въ Римѣ института давности, мы можемъ прійти къ заключенію, что мотивъ, указанный римскими юристами, дѣйствительно игралъ извѣстную роль какъ въ первоначальной, такъ и въ позднѣйшей исторіи давности, такъ что они не совсѣмъ ошибались, приписывая ему ея происхожденіе. Но изъ этого, конечно, не слѣдуетъ, что мы поступили неправильно, отвергнувъ свидѣтельство юристовъ. Все-таки оно остается простою догадкою, не обладающею авторитетомъ свидѣтельства, хотя, какъ можетъ оказаться, и счастливою.

Граница между свидѣтельствомъ о скрытомъ фактѣ и свидѣтельствомъ совершенно недостовѣрнымъ не всегда одинаково легко поддается опредѣленію. Допуская въ приведенномъ примѣрѣ, что римскіе юристы отчасти



выразили въ своемъ мнѣніи современные имъ мотивы давности, мы дѣлаемъ это съ нѣкоторымъ рискомъ. Когда юристы свидѣтельствуютъ единогласно о какомъ-нибудь событіи, или о существованіи какой-нибудь формы отношеній, хотя и не опредѣляютъ ихъ точно, тогда, конечно, нѣтъ разумныхъ основаній не вѣрить совсѣмъ ихъ разсказу. Но когда они говорятъ о причинахъ событій и институтовъ, тогда довѣріе къ сужденіямъ должно быть болѣе осмотрительно. Могло быть, что, говоря о назначеніи давности, юристы были введены въ заблужденіе какимъ-нибудь постороннимъ обстоятельствомъ (напримѣръ, принимали послѣдствіе института за мотивъ его), такъ что ихъ мнѣніе не скрываетъ за собою никакого факта, кромѣ простой ошибки. Въ данномъ случаѣ приведенная комбинація имѣетъ, конечно, мало вѣроятія; но вообще она встрѣчается не очень рѣдко. Въ одной изъ слѣдующихъ главъ будетъ показано относительно цѣлаго ученія римскихъ юристовъ (о *jus naturale*), что, выражая собою не болѣе, какъ простое мнѣніе, оно есть плодъ сложнаго заблужденія. Въ виду подобныхъ фактовъ, какъ скоро представляются затрудненія относительно того, къ какой категоріи слѣдуетъ отнести извѣстное свидѣтельство памятниковъ, будетъ разумно не настаивать въ стремленіи видѣть въ источникахъ непремѣнно указанія на скрытые факты. Въ этомъ отношеніи сдержанность полезнѣе смѣлости.

Каждое, вполне или отчасти недостоверное свидѣтельство ведетъ къ вопросу о причинахъ заблужденія источниковъ. Эти причины составляютъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ скрытый фактъ, относящійся согласнo съ установленною выше терминологіею къ числу скрытыхъ фактовъ, не засвидѣтельствованныхъ источниками.

5. Слѣдующая таблица поясняетъ наглядно вышеприведенную классификацію историческихъ фактовъ:

I. Факты, сообщенные въ источникахъ:	1) съ полною достоверностью	и опредѣленно . . . . .	Извѣстные факты.
		но неопредѣленно . . . . .	Скрытые факты, указанные источниками.
II. Факты, умолчанные въ источникахъ.	2) недостоверно: опредѣленно, или неопредѣленно. (мнимо-достоверные факты).	Вначалѣ изслѣдованія обнаруживается нѣкоторое соотвѣтствіе дѣйствительности . . . . .	Тоже.
		Только въ концѣ изслѣдованія обнаруживается полное, или нѣкоторое соотвѣтствіе дѣйствительности . . . . .	При достаточной проникаемости изслѣдователя и б. скрытыми фактами, не указанными источниками.
		Совершенно несоотвѣтственно дѣйствительности . . . . .	Не существовавшие факты.
			При достаточной проникаемости изслѣдователя могутъ стать скрытыми фактами, не указанными источниками.

Скрытыми могутъ быть событіе, институтъ, отдѣльное его свойство, или же отдѣльные моменты его историческаго существованія, какъ, напримѣръ, его возникновеніе, измѣненія, исчезновеніе. Скрытыми бываютъ факты какъ отдаленнаго, такъ и ближайшаго къ намъ времени. Всѣ эти различія не имѣютъ вліянія на способъ изслѣдованія. Ихъ практическое значеніе отражается только на большей или меньшей трудности изслѣдованія и большей или меньшей успѣшности его. Показать существованіе института вообще легче, не-

жели (при равной степени и качествѣ неизвѣстности) опредѣлить образъ его происхожденія, или доказать какое-нибудь отдѣльное событіе; изслѣдовать позднѣйшій фактъ вообще легче, нежели изслѣдовать фактъ болѣе ранній и т. п. Но установить на этотъ случай твердыя правила, кажется, не представляется возможнымъ. Легкость и трудность, успѣхъ и неудача изслѣдованія скрытаго факта зависятъ отъ столь разнообразныхъ причинъ, что качества самого факта могутъ играть среди нихъ весьма подчиненную роль.

Противорѣчіе источниковъ относительно какого-нибудь обстоятельства переноситъ его въ разрядъ скрытыхъ (указанныхъ или неуказанныхъ). Если источники описываютъ институтъ только въ извѣстный періодъ его существованія, то предыдущая исторія его, равно какъ и послѣдующая, есть неуказанный скрытый фактъ. Институтъ, отъ котораго сохранилось одно имя безъ означенія его содержанія, принадлежитъ къ числу указанныхъ скрытыхъ фактовъ.

Вопросъ о причинѣ возникновенія даннаго института въ данномъ мѣстѣ, или вообще вопросъ о причинѣ какого-либо даннаго историческаго событія есть вопросъ о скрытомъ фактѣ, въ томъ смыслѣ, какъ употребляется здѣсь этотъ терминъ. Напротивъ вопросы о причинномъ соотношеніи какихъ-либо событій, поставленные въ общей формѣ, каковы вопросы: взаимодействие какихъ условій можетъ привести къ данному событію? къ какимъ результатамъ должна вести данная комбинація событій? — эти вопросы относятся къ разряду вопросовъ объ историческихъ законахъ. Различіе двухъ названныхъ случаевъ состоитъ въ томъ, что въ первомъ случаѣ неизвѣстное есть единичное историческое явленіе, опредѣляемое посредствомъ выводовъ изъ извѣстныхъ историческихъ законовъ; во второмъ же — неизвѣстное заключаетъ въ законъ, а единичные факты играютъ роль извѣстныхъ величинъ. Это различіе

оставляетъ отпечатокъ на характерѣ самого изслѣдованія въ томъ и другомъ случаѣ. Второй случай есть не что иное, какъ одинъ изъ видовъ общаго научнаго изслѣдованія законовъ явленій, основаннаго на взаимодействіи индукціи съ дедукціей, насколько это изслѣдованіе приложимо къ явленіямъ исторіи человѣчества. Первый же случай есть своеобразный процессъ, названный здѣсь изслѣдованіемъ скрытыхъ историческихъ фактовъ. Этотъ послѣдній родъ изслѣдованія по существу своему примѣнимъ также и къ другимъ областямъ помимо исторической области. Его особенность состоитъ въ его исключительно-дедуктивномъ характерѣ. Не стремясь обогатить науку познаніемъ того, какъ происходятъ историческія событія, онъ имѣетъ цѣлью раскрыть, что именно произошло во время и въ мѣстѣ, скрытыхъ отъ наблюденія историка. Эта цѣль достигается путемъ выведенія изъ извѣстныхъ намъ историческихъ соотношеній (законовъ). Фактическій матеріалъ, играющій здѣсь роль, то-есть тѣ извѣстные факты, съ которыми должно быть согласовано предположеніе о фактѣ неизвѣстномъ, играетъ роль регулятора, опредѣляющаго выборъ между положеніями, служащими источникомъ для означеннаго выведенія. Для успѣха изслѣдованія необходимо показать, что предполагаемая форма скрытаго факта совмѣщается съ фактами извѣстными; и для этого приходится выводить изъ положеній, указывающихъ соотношеніе извѣстныхъ фактовъ съ другими возможными фактами, въ предположеніи узнать скрытый фактъ среди этихъ возможныхъ фактовъ. Нѣтъ сомнѣнія, что изслѣдованіе скрытаго факта часто можетъ дать поводъ (и въ дѣйствительности даетъ его) къ изслѣдованію историческихъ законовъ; но въ такомъ случаѣ такое изслѣдованіе играетъ роль предварительнаго акта, не измѣняющаго существа главнаго акта <sup>22)</sup>. Изслѣдованіе скры-

<sup>22)</sup> Обратный случай см. выше, стр. 95 и слѣд.

тыхъ фактовъ есть приложение результатовъ, выработанныхъ общимъ научнымъ методомъ, совершенное ради специальной научной цѣли.

Изъ сказаннаго о существѣ этого способа изслѣдованія слѣдуетъ, что неправильно называть фактическое основаніе его — его индуктивнымъ основаніемъ<sup>23)</sup>.

6. Констатированіе скрытаго историческаго факта и дальнѣйшій ходъ его изслѣдованія предполагаютъ классификацію матеріала, предлагаемаго источниками въ распоряженіе изслѣдователя. Всѣ свидѣтельства памятниковъ, такъ или иначе относящіяся къ предмету изслѣдованія, должны быть разбиты на группы соотвѣтственно ихъ достовѣрности. Результатъ этого акта представляютъ три группы. Первую группу образуютъ вполне достовѣрные свидѣтельства, вторую — свидѣтельства о скрытомъ фактѣ, третью — остальные свидѣтельства, относительно которыхъ невозможно уловить никакой определенной связи съ явлениями, о которыхъ они говорятъ (второй и третій разряды мнимо-досто- вѣрныхъ свидѣтельствъ по таблицѣ).

Свидѣтельства послѣдней группы не имѣютъ никакой цѣны для изслѣдователя. Во все продолженіе изслѣдованія они остаются чуждыми ему. Только тогда, когда оно приведетъ къ определеннымъ результатамъ, и обнаружится, что изъ среды третьей группы согласуется съ дѣйствительностью и что напротивъ идетъ въ разрѣзъ съ нею, открывается поводъ къ постановкѣ вопросовъ, способныхъ составить достойный предметъ новаго изслѣдованія: какія условія благопріятство-

<sup>23)</sup> Эту ошибку дѣлаетъ, напримѣръ, Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, стр. 1—3. Имѣя въ виду возстановить исторію юридическихъ понятій германцевъ, Гирке указываетъ, какъ на непосредственный способъ къ достиженію этой цѣли, на взаимодѣйствіе дедукціи съ „индукціей“. — Я сдѣлалъ такую же ошибку въ своей статьѣ о *владннн* (Журн. гр. и уг. пр. 1876, кн. 4), назвавъ фактическое основаніе теоріи Геринга „индуктивнымъ“ основаніемъ ея.

вали анналы, когда, не имѣя никакого непосредственнаго знанія о данномъ фактѣ, онъ передалъ его вѣрно? или, — наоборотъ: какія условія привели его къ заблужденію? Второй вопросъ раскрываетъ болѣе широкую перспективу, нежели первый; постановка его указала, напримѣръ, на такое богатое послѣдствіями явленіе, каково перенесеніе позднѣйшихъ понятій на болѣе древнюю исторію. Но и первый вопросъ не заслуживаетъ полнаго пренебреженія. Было бы интересно узнать, напримѣръ, отъ одной ли только случайности происходитъ то, что соображенія анналистовъ, не основанныя ни на какихъ положительныхъ данныхъ, находятся иногда въ большомъ согласіи съ дѣйствительностью.

Свидѣтельства второй группы, буде они существуютъ, служатъ для констатированія предмета изслѣдованія.

Наконецъ свидѣтельства первой группы составляютъ оплотъ изслѣдованія. Факты, указанные ими, бросаютъ первый свѣтъ на скрытую область и служатъ затѣмъ главнымъ критеріемъ выработанныхъ результатовъ. На неизмѣренномъ и не нанесенномъ на планъ пространствѣ исторіи они образуютъ точно установленные астрономическіе пункты, къ которымъ должна стянуться сѣть произведенныхъ измѣреній. Важное значеніе этихъ фактовъ обязываетъ къ крайней разборчивости при ихъ квалификаціи. Всегда будетъ благоразумнѣе исключить свидѣтельство, возбуждающее хоть небольшое сомнѣніе, изъ разряда свидѣтельствъ достовѣрныхъ, нежели вѣрить ему безусловно. Но отсутствіемъ такой разборчивости именно и грѣшитъ историческая литература римскаго права. Особенно заслуживаетъ порицанія одинъ, весьма распространенный приемъ. Растолковавъ (и обыкновенно съ большими натяжками) въ извѣстномъ смыслѣ какой-либо скрытый фактъ, пользуются имъ въ дальнѣйшемъ изслѣдованіи, какъ фактомъ безспорнымъ, способнымъ служить

наравнѣ съ другими достовѣрными явленіями исходнымъ пунктомъ и критеріемъ. Чѣмъ далѣе подвигается изслѣдованіе, тѣмъ болѣе растетъ искусственное, вѣроятное, но не достовѣрное основаніе его, и, выигрывая въ остроуміи и находчивости, изслѣдованіе теряетъ въ своей основательности <sup>21)</sup>. Нельзя было бы ничего возразить противъ такого хода изысканія, если бы изслѣдователь различалъ сознательно степень основательности употребленныхъ имъ посылокъ и достовѣрности пріобрѣтенныхъ результатовъ. Но такъ какъ обыкновенно этого не дѣлается, то часто вмѣсто того, чтобы обогатить науку, изслѣдованіе рискуетъ только умножить ученый хламъ. Соблюдать перспективу необходимо въ изслѣдованіи точно такъ же, какъ и въ изложеніи.

Когда изслѣдуется такой скрытый фактъ, окончательное рѣшеніе вопроса о которомъ зависитъ отъ предварительнаго разрѣшенія вопросовъ о другихъ скрытыхъ фактахъ, или, что тоже, когда предметомъ изслѣдованія служатъ цѣлый рядъ состоящихъ въ связи скрытыхъ фактовъ (какъ, напримѣръ, при изслѣдованіи исторіи какого-либо института), тогда, по мѣрѣ успѣховъ изслѣдованія, необходимо нѣсколько разъ, именно по поводу каждаго новаго факта, констатировать предметъ изслѣдованія и пересматривать классификацію матеріала. Пересмотръ классификаціи можетъ повести къ ея измѣненіямъ. Причина измѣненій заключается въ пріобрѣтеніи новыхъ данныхъ въ предыдущей стадіи изслѣдованія. Такъ, могутъ открыться указанія на новые скрытые факты. Съ другой стороны могутъ обнаружиться обстоятельства, бросающія новый свѣтъ на разсмотрѣнные прежде факты, вслѣдствіе чего свидѣтельства мнимо-достовѣрныя становятся достовѣрными, факты отброшенные получаютъ то или другое по-

<sup>21)</sup> Примѣры см. выше, стр. 49 и слѣд.

ложительное значеніе. Подобный исходъ не указываетъ непременно ошибки предварительной квалификаціи, такъ какъ нельзя назвать ошибкой отнесеніе какого-либо свидѣтельства въ низшую по достоинству группу, сдѣланное за неимѣніемъ данныхъ, которыя позволяли бы причислить его къ группѣ высшей. Но, какъ скоро такія данныя раскрываются, нѣтъ основанія не воспользоваться ими. Также можетъ обнаружиться необходимость сдѣлать измѣненіе классификаціи въ обратномъ направленіи, т. е. перенести свидѣтельства изъ высшей по достовѣрности группы въ низшую. Этотъ послѣдній исходъ гораздо чаще, нежели предыдущій, свидѣтельствуетъ объ ошибкахъ первоначальной классификаціи. Если отсутствіе данныхъ должно служить помѣхою высокой оцѣнкѣ того или другаго свидѣтельства, то оно не можетъ воспрепятствовать его низкой оцѣнкѣ. Слѣдовательно, какъ скоро обнаружится, что свидѣтельство было оцѣнено вначалѣ черезчуръ высоко, остается предполагать, что невѣренъ масштабъ, которымъ руководились при оцѣнкѣ, — все равно, въ чемъ ни заключалась бы такая невѣрность: въ неосновательности конкретныхъ данныхъ, въ неправильности общихъ посылокъ, или просто въ отсутствіи должной осмотрительности и осторожности. Определить точно источникъ ошибки необходимо какъ для пользы дальнѣйшаго изслѣдованія, такъ и для того, чтобы не упустить удобнаго случая къ проверкѣ установленныхъ приемовъ и общихъ положеній науки.

7. Скрытый фактъ опредѣляется посредствомъ умозаключеній, исходящихъ изъ возможной связи его съ фактами извѣстными. Опираясь на готовые знанія о томъ, съ какими вообще явленіями могутъ находиться въ связи извѣстные намъ факты, изслѣдователь опредѣляетъ, какая именно комбинація вѣроятнѣе всего могла имѣть мѣсто въ данномъ случаѣ. Этотъ процессъ представляется въ сущности построеніемъ силло-

гидма. Большая посылка его, выбранная соответствен-  
но случаю изъ числа возможныхъ большихъ посылокъ,  
утверждаетъ ~~этотъ~~ либо возможную комбинацію; ма-  
лая же посылка утверждаетъ, что въ данномъ случаѣ  
существуетъ достаточно признаковъ, которые подво-  
дятъ его подъ категорію случаевъ, предусмотрѣнныхъ  
большою посылкою. Оба названные акта строятся на  
одномъ и томъ же фактическомъ основаніи и произво-  
дятся совместно, при чемъ каждый изъ нихъ представ-  
ляетъ по большей части цѣлую цѣпь отдѣльныхъ умо-  
заключеній.

Послѣ всего сказаннаго не представляется особой  
нужды распространяться о томъ, что обобщенія, опредѣ-  
ляющія историческія отношенія юридическихъ явленій  
между собою, къ другимъ социальнымъ явленіямъ, къ свой-  
ствамъ человеческой природы и вообще къ условіямъ  
историческаго развитія права, служатъ необходимымъ  
исходнымъ пунктомъ въ изслѣдованіи скрытыхъ фак-  
товъ, давая содержаніе его большой посылкѣ. Здѣсь не  
мѣсто говорить о томъ, какимъ путемъ вообще выра-  
батываются эти обобщенія и насколько можетъ содѣй-  
ствовать тому самое изслѣдованіе скрытыхъ фактовъ.  
Но, какимъ бы образомъ ни выработались названныя  
обобщенія и какую бы роль въ этомъ ни игралъ родъ  
изслѣдованія, занимающій насъ, — пользование ими  
является существенно необходимымъ моментомъ этого  
последняго. Въ самомъ дѣлѣ, чтобы признать удовле-  
творительнымъ какое-нибудь объясненіе, относящееся  
къ скрытому факту, необходимо убѣдиться, что оно:

1) не заключаетъ въ себѣ ничего неправдоподобнаго,  
т. е. не противорѣчитъ общимъ понятіямъ о томъ, какъ  
совершаются и могутъ совершаться процессы, подоб-  
ные тому, который предполагается въ данномъ случаѣ.  
Означенныя же понятія основаны на обобщеніяхъ,  
опредѣляющихъ характеръ историческихъ процессовъ

вообще и въ частности процессовъ, принадлежащихъ  
къ соответствующей области социальныхъ явленій;

2) согласуется совсѣми сопутствующими скрытому  
факту, предшествующими ему и послѣдующими за  
нимъ фактами, насколько эти послѣдніе представляются  
извѣстными, или только гипотетически-уясненными.  
Здѣсь приходится руководиться свѣдѣніями о томъ, что  
называютъ законами со существованія и преемственно-  
сти историческихъ явленій, т. е. свѣдѣніями, составляю-  
щими плодъ большихъ или меньшихъ обобщеній.

За недостаткомъ точныхъ свѣдѣній названнаго рода,  
въ изслѣдованіи скрытыхъ фактовъ получаетъ значе-  
ніе историческая аналогія. Ея сущность заключается  
въ томъ, что, владея съ одной стороны неполными  
указаніями на существованіе какого-либо института у  
одного народа, и съ другой — болѣе полными свѣдѣніями  
о томъ же институтѣ у другаго народа, изслѣдователь  
предполагаетъ полное, или по крайней мѣрѣ большое  
сходство этихъ институтовъ у обоихъ народовъ, и су-  
дитъ о неизвѣстномъ институтѣ по тому, что онъ знаетъ  
объ извѣстномъ. Нибуру, которому юристы обязаны  
вообще не менѣ историковъ, принадлежитъ заслуга  
широкаго примѣненія аналогіи къ исторіи римскаго  
права. Въ своей римской исторіи Нибуръ считалъ ее  
значительнымъ подспорьемъ, и почти нѣтъ ни одного  
сколько-нибудь важнаго вопроса изъ исторіи римскихъ  
учрежденій, при разрѣшеніи котораго Нибуръ не вос-  
пользовался бы въ той, либо другой степени данными  
сравнительнаго изслѣдованія. Какія бы возраженія ни  
нашлись противъ основательности нибуровскихъ ана-  
логій, вѣвъ возраженій должно остаться то, что при  
совершенной бѣдности исторической науки въ твердо  
установленныхъ историческихъ законахъ аналогія  
остается почти единственнымъ могучимъ средствомъ  
историческаго изслѣдованія, которымъ историкъ поль-  
зуется въ значительной степени, несомнѣнно, даже и

тогда, когда самъ не замѣчаетъ того. Каждое соображеніе историка, утверждающее или отрицающее возможность какого-либо порядка историческихъ явленій,—соображеніе, играющее роль въ каждомъ историческомъ изслѣдованіи, какъ окончательный его критерій, основано на рядѣ общихъ и частныхъ аналогій, вызвать которыя наружу всегда было бы согласно съ интересами изслѣдованія. Въ виду такой роли исторической аналогіи остается только сожалѣть о томъ, что примѣръ Нибура встрѣтилъ со стороны историковъ права относительно весьма слабое подражаніе. До сихъ поръ въ историческихъ трудахъ по римскому праву аналогія примѣняется какъ бы въ видѣ исключенія. Иногда такія исключенія принимаютъ видные размѣры, какъ въ первомъ томѣ „Духа римскаго права“,—этого лучшаго произведенія среди того, что произвела въ нашъ вѣкъ нѣмецкая романистическая литература,—гдѣ авторъ не разъ прибѣгаетъ къ ссылкамъ на первоначальное право какъ древнихъ, такъ и новыхъ народовъ въ поясненіе аналогичныхъ институтовъ древнѣйшаго Рима<sup>25)</sup>; но чаще подобныя ссылки ограничиваются мимолетными замѣчаніями, довольствуясь подчасъ однимъ повтореніемъ нибуровскихъ аналогій<sup>26)</sup>.

<sup>25)</sup> Нѣтъ сомнѣній, что у Іеринга мы не встрѣчаемъ всеисчерпывающаго примѣненія сравнительнаго метода къ исторіи римскаго гражданскаго права, который могъ-бы быть примѣненъ еще во многихъ случаяхъ съ равнымъ успѣхомъ. Подтвержденіе можно найти у Леббока. Этотъ ученый, очевидно незнакомый съ трудомъ Іеринга, высказываетъ тождественное съ его взглядомъ мнѣніе о происхожденіи различія въ наказаніяхъ за *furtum manifestum* и *f. nec manifestum*, но (чего нѣтъ у Іеринга) подтверждаетъ это различіе аналогіей обычая многихъ другихъ народовъ: Ср. *Ihering, Geist*, I, § 11, и Леббокъ, *Происхожденіе цивилизаціи*, послѣд. глава.—Ср. также многочисленные сопоставленія римскаго права съ другими правами въ сочиненіяхъ Мэна.

<sup>26)</sup> Какъ въ недавней статьѣ Brinz'a, *Der Begriff Obligatio*, въ *Zeitschr. f. P. u. O. R.*, 1874, стр. 24 сл., ср. Niebuhr, *Römische Geschichte*, I, гл. *die Gemeinde vor der Auswanderung*.

Счастливіѣ представляется исторія германскаго права, такъ какъ сравнительно-историческое изслѣдованіе достигло въ ея области значенія нормальнаго явленія. Но вслѣдствіе нѣскольکو узкаго пониманія задачъ сравнительнаго изученія оно почти не выходитъ здѣсь за границы права германскаго племени. Если нибуровскія работы не могутъ служить въ качествѣ безспорнаго авторитета противъ подобнаго ограниченія аналогіи, то новые опыты широкаго пользованія этимъ приѣмомъ изслѣдованія, заключающіеся въ трудахъ Мэна, гдѣ римскіе институты поясняются сходственными институтами правъ англійскаго, ирландскаго, индусскаго должны бы разувѣрить въ его негодности. Аналогія получаетъ особую важность, когда подтверждаемое ею сходство распространяется на причины происхожденія и взаимное отношеніе правовыхъ институтовъ. Въ замѣчательномъ сочиненіи Россбахъ о римскомъ бракѣ, соединяющемъ широту воззрѣній съ основательностью изслѣдованія, содержится интересный примѣръ примѣненія аналогіи съ указанною цѣлью, оставшіяся, къ сожалѣнію, безъ должнаго подражанія. Показавъ при посредствѣ тщательнаго разбора бездоказательность попытокъ распредѣленія трехъ формъ римскаго брака между тремя племенами, образовавшими первоначальное римское населеніе<sup>27)</sup>, Россбахъ переходитъ къ критикѣ общихъ предположеній, служащихъ основаніемъ этихъ попытокъ. Главная роль принадлежитъ среди нихъ предположенію, утверждающему, что одинъ и тотъ же народъ не можетъ имѣть для одного и того же отношенія, въ данномъ случаѣ для брака, трехъ столь разнообразныхъ формъ. Обращаясь къ сравнительно-историческому изслѣдованію<sup>28)</sup>, Россбахъ показываетъ неосновательность этого предположенія и взамѣнъ него

<sup>27)</sup> Rossbach, *Die römische Ehe*, стр. 162—185.

<sup>28)</sup> Тамъ же, стр. 191—239.

предлагаетъ иное, составляющее выводъ изъ разсмотрѣннаго имъ историческаго матеріала. Исторія брака подлежитъ закону измѣняемости, развитія; великія историческія событія и перемѣны вызываютъ измѣненія въ брачныхъ формахъ, но вновь образованныя формы не вытѣсняють непременно формъ старыхъ, которыя могутъ существовать еще долгое время рядомъ съ новыми формами. Одинъ и тотъ же народъ можетъ имѣть по нѣскольку формъ заключенія брака, и разнообразіе брачныхъ формъ есть результатъ внутренняго развитія, а не внѣшняго, искусственнаго соединенія ихъ. Кромѣ того сравненіе показываетъ, что формы заключенія брака у всѣхъ индо-германскихъ народовъ построены изъ одинаковыхъ элементовъ. Такимъ образомъ Россбахъ получаетъ общія положенія, которыя даютъ ему основаніе утверждать относительно происхожденія брачныхъ формъ римскаго права, что многочисленность этихъ формъ есть результатъ развитія, пройденнаго институтомъ брака наравнѣ съ прочими институтами, и что было бы противно даннымъ аналогіи принимать принципиальное различіе брачныхъ формъ у различныхъ италійскихъ племенъ. — По аналогіи далѣе возможно предполагать, что извѣстному институту сопутствовали, предшествовали, или послѣдовали другія явленія, состоящія съ нимъ въ той же связи въ другомъ мѣстѣ. — Во всѣхъ этихъ случаяхъ аналогія является суррогатомъ историческихъ законовъ и даетъ матеріалъ для ихъ построенія. Таково именно ея значеніе въ разсматриваемомъ здѣсь родѣ изслѣдованія. Дальнѣйшіе же вопросы о разумныхъ предѣлахъ и способѣ употребленія ея не интересуютъ насъ въ настоящемъ случаѣ.

8. При выборѣ подходящихъ обобщеній для образованія большой посылки слѣдуетъ избѣгать одного распространеннаго и весьма соблазнительнаго заблужденія. Нерѣдко, остановившись на какомъ нибудь от-

ношеніи, состоящемъ въ нѣкоторой связи съ изслѣдуемыми фактами, думаютъ объяснить исключительно имъ однимъ всѣ относящіяся сюда явленія. Обобщенія, исходящія изъ свойствъ человѣческой природы, представляютъ наиболѣе удобную почву для такихъ увлеченій. Ихъ обыкновенная форма заключается въ томъ, что какое-нибудь свойство человѣка признается за исключительно господствующее въ характерѣ даннаго народа вообще, или извѣстнаго періода, и, слѣдовательно, за источникъ всѣхъ отношеній, существовавшихъ у этого народа всегда, или въ данный періодъ. Въ такихъ случаяхъ не желаютъ знать, что общественный строй никогда не бываетъ и не можетъ быть продуктомъ какого нибудь одного стимула изъ среды тѣхъ, которые употребляются для объясненія, но есть продуктъ комбинаціи многихъ стимуловъ. Впервыхъ, рядомъ съ стимулами простыми дѣйствуютъ стимулы сложные; такъ, социальныя отношенія регулируются не только индивидуальными свойствами и настроеніями людей, но и требованіями, вытекающими непосредственно изъ природы общественнаго организма, и въ частности особенностями той социальной сферы, которая служитъ въ данномъ случаѣ предметомъ изслѣдованія: Ввторыхъ, нѣсколько однородныхъ стимуловъ могутъ дѣйствовать одновременно.

Извѣстныя попытки придать патриціанскому строю строго религіозный характеръ должны быть отнесены къ числу помянутыхъ заблужденій. Во второй книгѣ извѣстнаго сочиненія Фюстель-де-Куланжа о древней общинѣ вся совокупность гражданскихъ отношеній изображается продуктомъ первобытнаго религіознаго настроенія. Изъ религіи вышли всѣ учрежденія, все частное право древнихъ. Благодаря ей одной семья, или родъ составляютъ единое тѣло; древняя семья есть общество болѣе религіозное, нежели естественное. Религія установила бракъ и всѣ брачныя обряды, въ томъ



числѣ даже похищеніе невѣсты женихомъ. Религія требуетъ, чтобы не угасала семья и связанный съ нею культъ, откуда вытекаетъ необходимость въ потомствѣ,—институтъ усыновленія. Единство культа связываетъ мужчинъ и создаетъ агнатство. Въ религіи заключалась далѣе идея частной собственности. Съ большою наивностью утверждаетъ Фюстель-де-Куланжъ, что идея собственности легко распространилась отъ насыпи, подъ которой почивали мертвые, на поле, окружавшее эту насыпь; души мертвыхъ распространяли благотворное свое дѣйствіе, а съ нимъ вмѣстѣ и право собственности, до самыхъ рубежей усадьбы. Связь культа съ семейною объясняетъ неотчуждаемость древней собственности. Непрерывность культа ведетъ къ институту наслѣдства. Сынъ, какъ природный и законный продолжатель культа, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и наслѣдникъ имѣнія; изъ религіи вытекаетъ преимущество сына предъ дочерью и „тутъ мы видимъ, до какой степени древнее право попирало природу, сообразуясь прежде всего съ религіозными вѣрованіями“. Власть мужа надъ женою происходила не отъ большей силы послѣдняго, но, какъ и все частное право, отъ религіозныхъ вѣрованій, ставившихъ мужчину выше женщины. Власть отца надъ дѣтьми была дальнѣйшимъ атрибутомъ хозяина домашняго культа. Учредивъ отеческую власть, религія удерживаетъ ея проявленіе въ должныхъ границахъ. Религія выставила первую идею о винѣ и наказаніи и опредѣлила всю семейную нравственность, и т. д.

Не легко изобрѣсти болѣе одностороннее и натянутое объясненіе.

Допуская, что древнѣйшая римская культура перешла въполнѣ за предѣлы первоначальнаго состоянія (предположеніе, которое на самомъ дѣлѣ нуждается и въ доказательствахъ и въ ограниченіяхъ), когда нравственные понятія развиваются самостоятельно отъ ре-

лигіи<sup>29)</sup>, слѣдуетъ противопоставить воззрѣнію Фюстель-де-Куланжа не мало возраженій. Когда назначеніе религіи состоитъ въ освященіи и оправданіи въ глазахъ вѣрующихъ существующаго строя общественныхъ отношеній, тогда первоначальный и дѣйствительный источникъ этого строя находится внѣ религіи. Не вѣрованія сами по себѣ, но потребности жизни ведутъ къ тѣмъ или другимъ юридическимъ предписаніямъ и институтамъ; религія же подтверждаетъ выработанное жизнью. Она можетъ быть источникомъ извѣстнаго порядка съ точки зрѣнія лицъ, живущихъ въ немъ; но не такую она является для посторонняго наблюдателя. Съ точки зрѣнія этого послѣдняго религіозныя вѣрованія, относящіяся къ нравственному и юридическому порядку, представляются по большей части только теоретизированіемъ его. Производящимъ факторомъ религія выступаетъ лишь со второстепеннымъ значеніемъ. Такъ, возможно, что въ дальнѣйшемъ своемъ ходѣ религіозно-моральныя (или юридическія) вѣрованія, развиваясь самостоятельно, такъ сказать въ силу инерціи, окажутъ нѣкоторое давленіе на практическую жизнь.—Затѣмъ религіозное теоретизированіе увеличиваетъ консервативную силу институтовъ, къ которымъ оно относится. Что касается наконецъ до вліянія нравственныхъ идеаловъ, выставленныхъ религіей, то слѣдуетъ ограничиться по крайней мѣрѣ тѣмъ замѣчаніемъ, что жизненный интересъ ихъ не можетъ быть исключенъ вовсе изъ числа ихъ причинъ<sup>30)</sup>.—Если бы даже пойти на болѣшую уступ-

<sup>29)</sup> Тейлоръ, *Первобытная культура* гл. 17 і. f.; его же, въ *Ausland* 1874, №№ 1, 2, 4 (нѣмец. пер.) — Леббокъ, *Происхожденіе цивилизаціи*, гл. 7 и 8.

<sup>30)</sup> Замѣчанія, родственныя высказаннымъ, слѣдовало бы сдѣлать такъ же относительно воззрѣнія Геринга, по которому римское государственное устройство вытекло изъ идеи договора, см. *Geist*, I, § 15. Допуская, что договоръ дѣйствительно служилъ самымъ римлянамъ для объясненія



ку и признать въ религіи дѣйствительно образующій факторъ, то и въ такомъ случаѣ не представляется никакихъ основаній устранять параллельное вліяніе другихъ факторовъ на древнѣйшую римскую культуру. Спрашивается, чѣмъ можетъ быть оправдано, напри- мѣръ, устраненіе экономическихъ и военныхъ интере- совъ, или интересовъ силы и самовольной расправы, столь обычныхъ въ каждомъ обществѣ, недостижемъ высшихъ ступеней цивилизаціи? Неужели экономиче- скія причины менѣе способны объяснить древнѣйшія формы имущественныхъ отношеній, военныя—заботу о потомствѣ, господство силы—власть домовладыки, или обрядъ похищенія невѣсты, чѣмъ религіозныя вѣро- ванія? Если же рядомъ съ религіей дѣйствовали дру- гіе, не менѣе сильныя дѣятели, то ради чего стремиться, во что бы то ни стало, объяснить религіозными воззрѣ- ніями происхождение всѣхъ институтовъ?—Самый ис- ходъ, къ которому приводитъ теорія Фюстель-де-Ку- ланжа, обнаруживаетъ ея несостоятельность. Чтобы объяснить позднѣйшія формы римскаго права (начиная со времени изданія XII таблицъ), значительно чуждыя первоначальнымъ религіознымъ принципамъ, Фюстель- де-Куланжъ ссылается на плебеевъ, которые внесли въ Римъ совершенно новые элементы, своимъ вліяніемъ быстро преобразовавшіе старое право, т. е. прибѣ- гаетъ къ обветшалому приему, имѣющему характеръ историческаго *deus ex machina*.

Передъ тѣмъ, какъ объяснить явленія древнѣйшаго права съ точки зрѣнія религіозныхъ вѣрованій, слѣ-

ихъ древнѣйшей государственной формы, слѣдуетъ возбудить вопросъ о томъ, соответствовало ли объективной дѣйствительности это субъек- тивное представленіе, т. е. могло ли римское государство возникнуть пу- темъ договора, хотя бы и безмолвнаго, — если только подъ безмолвнымъ договоромъ (формой, упоминаемой Терригомъ) не понимать чего-либо столь неопредѣленнаго, что оно будетъ примѣнимо одинаково къ объ- ясненію образованія каждаго государства.

довало бы опредѣлить сущность этого фактора и его отношеніе къ прочимъ факторамъ культуры.

Памятное романистамъ сочиненіе Шмидта о различіи между принципами римскаго и германскаго права <sup>31)</sup>, заслуживаетъ упоминанія въ качествѣ другаго рельеф- наго образца тѣхъ одностороннихъ историко-философ- скихъ построеній, въ которыхъ одинъ психическій сти- муль призывается объяснить всю сущность римскаго права. Въ противоположность праву германскому, по- строенному на идеѣ объективнаго нравственнаго поряд- ка, римское правовоззрѣніе представляется, по Шмидту, осуществленіемъ субъективизма; оно исходитъ изъ идеи личной воли и строить на ней всѣ юридическія воззрѣ- нія и институты. Такое правовоззрѣніе есть, по Шмидту, дѣйствительный источникъ права, такъ что, характе- ризуя первое, этотъ ученый полагаетъ опредѣлить и особенности втораго. Основное заблужденіе, въ которое впадаетъ онъ, состоитъ въ томъ, что онъ не различаетъ субъективнаго элемента правовоззрѣнія отъ его объ- ективной сущности. Какъ религія, національное пра- вовоззрѣніе есть не столько производящій, сколько производный элементъ. Могущественнымъ производя- щимъ факторомъ оно можетъ сдѣлаться лишь тогда, когда, будучи сознано и обобщено, приметъ форму опредѣленныхъ идей, чего, по собственному заявленію Шмидта, не было въ Римѣ. Обыкновенно національное правовоззрѣніе есть отголосокъ, выраженіе дѣйстви- тельныхъ факторовъ развитія права, но выраженіе одно- стороннее. Самохарактеристика въ этомъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, не есть синонимъ вѣрной ха- рактеристики. Представляемое національною самохарак- теристикой безусловнымъ на самомъ дѣлѣ условно и можетъ быть понято только въ связи съ его условіями.

<sup>31)</sup> Schmidt, *Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte*, 1833.

Поэтому, если національное правовоззрѣніе приписываетъ какому-либо юридическому элементу особое значеніе и выражаетъ это въ рядѣ юридическихъ опредѣленій, то изъ сего не слѣдуетъ еще, что сущность этихъ послѣднихъ исчерпывается выдвинутыми на первый планъ свойствами ихъ. Въ субъективизмъ римскаго правовоззрѣнія могъ отразиться индивидуализмъ, присущій римлянамъ; но, если римляне дѣйствительно полагали основное руководящее начало своего права въ субъективной волѣ и согласно съ тѣмъ видѣли въ волѣ народа конечный источникъ закона, или въ волѣ отдѣльнаго лица — источникъ обязательности договора, то изъ этого не слѣдуетъ еще, что обязательность изданныхъ ими законовъ и совершенныхъ договоровъ не обуславливалась на самомъ дѣлѣ ничѣмъ, кромѣ одной воли. Юридическія опредѣленія должны были вытекать въ Римѣ, какъ и всюду, изъ всей совокупности условій, представляемыхъ нравственнымъ развитіемъ и бытомъ римскаго общества и другими обыкновенными факторами исторіи права. Если римское правовоззрѣніе не указываетъ на зависимость права отъ нравственнаго порядка и вообще на объективную закономерность перваго, то изъ этого нельзя заключить, что означенной зависимости и закономерности не существовало въ римскомъ правѣ на самомъ дѣлѣ. Здѣсь не мѣсто разсуждать, насколько вѣрно передалъ Шмидтъ самое правовоззрѣніе римлянъ. Но, — удалось это ему, или нѣтъ, — значеніе ошибки, допущенной имъ въ конструкціи его воззрѣнія, остается неизмѣннымъ. Избранный имъ психическій моментъ по природѣ своей вовсе не таковъ, чтобы могъ объяснить происхожденіе права; онъ можетъ играть въ этомъ процессѣ только роль производнаго фактора и уступаетъ въ значеніи другимъ факторамъ психическимъ и социальнымъ, выражая съ извѣстною долею истины только общій характеръ ихъ комбинацій. Такимъ образомъ и въ разобранномъ случаѣ возможно-точное опредѣленіе при-

роды избраннаго фактора и его отношенія къ другимъ факторамъ должно было бы предшествовать самому изслѣдованію.

9. Малая посылка не требуетъ особыхъ замѣчаній, кромѣ, можетъ-быть, одного. Она должна совмѣщать въ себѣ достаточно признаковъ для того, чтобы съ увѣренностью можно было подвести данный скрытый фактъ подъ тѣ, или другія общія утвержденія. Иначе заключеніе не получить должной твердости. Несомнѣнно, что множество шаткихъ заключеній о скрытыхъ фактахъ произошло сколько отъ неразборчивости и неосмотрительности въ выборѣ большихъ, столько же отъ излишней смѣлости при формулированіи малыхъ посылокъ, и несомнѣнно также, что рѣдко отличаютъ такія смѣлыя, но неосновательныя „гипотезы“ отъ доказанныхъ, или, по крайней мѣрѣ, достаточно вѣроятныхъ предположеній. Своимъ характеромъ подобныя „гипотезы“ мало отличаются отъ тѣхъ воззрѣній на происхожденіе государства и права, которыми награждала науку естественная философія прошлыхъ столѣтій и главный недостатокъ которыхъ состоялъ въ томъ, что лежавшая въ основаніи ихъ дедукція изъ извѣстныхъ свойствъ природы человѣка и права не подкрѣплялась никакими фактическими данными. Что тогда совершалось по отношенію къ наиболѣе общимъ вопросамъ исторіи права, теперь случается относительно частныхъ вопросовъ ея; и съ измѣненіемъ предмета апріорныхъ историческихъ сужденій, не измѣнилась ихъ сущность.

Въ своихъ изслѣдованіяхъ Савиньи имѣлъ обыкновеніе раздѣлять соображенія, приводившія его къ данному предположенію о какомъ-либо фактѣ, на два рода, — соображенія апріорныя и соображенія, основанныя на непосредственныхъ историческихъ свидѣтельствахъ. Такъ, утверждая, что въ новыхъ государствахъ, основанныхъ германцами на развалинахъ римской имперіи, сохранилось римское городское устройство, Савиньи приводитъ въ пользу этого утвержденія прежде всего то обстоятельство, что вооб-

ще римскіе элементъ сохранились хорошо въ новомъ обществѣ. Это видно, во первыхъ, изъ того, что во вновь образовавшихся языкахъ римскій элементъ имѣлъ рѣшительный перевѣсъ; во вторыхъ, изъ того, что для римлянъ, населявшихъ германскія государства, продолжало дѣйствовать римское право. Последнее обстоятельство даетъ пищу для новаго аргумента: оно предполагаетъ сохраненіе римскаго устройства, такъ какъ иначе оставалось бы непонятнымъ, какимъ путемъ старое право могло дѣйствовать безъ сохраненія старыхъ судовъ. Показавъ затѣмъ, какимъ образомъ это могло быть согласовано съ условіями германскаго завоеванія, Савиньи переходитъ къ даннымъ, свидѣтельствующимъ болѣе непосредственнымъ образомъ въ пользу существованія утверждаемаго имъ факта<sup>32)</sup>. Въ другомъ мѣстѣ онъ раздѣляетъ подобнымъ же образомъ свою аргументацію, когда оспариваетъ мнѣніе, приписывающее систему личныхъ правъ особенной любви германцевъ къ личной свободѣ. Показавъ, что существованіе названной системы несогласуемо съ свойствами древне-германскаго общественнаго быта, и построивъ затѣмъ комбинацію, по которой ей придается позднѣйшее происхожденіе, Савиньи приводитъ послѣ того данныя, говорящія непосредственно въ пользу порядка, вытекающаго изъ такого происхожденія<sup>33)</sup>. Повидимому, такое раздѣленіе соображеній на два разряда имѣетъ нѣкоторое сходство съ раздѣленіемъ силлогизма изслѣдованія на большую и малую посылку. Но при ближайшемъ разсмотрѣніи этого предмета оказывается, что въ основаніе раздѣленія положено различіе данныхъ, далѣе и ближе стоящихъ къ изслѣдуемому факту, но что каждая изъ двухъ частей аргументаціи одинаково содержитъ въ себѣ элементы обѣихъ посылокъ. Въ самомъ дѣлѣ, утверждая, что римское право не могло бы сохранить своего дѣйствія при отсутствіи соответствующаго процессуальнаго порядка, Савиньи утверждаетъ, во 1-хъ, что если при условіяхъ государственнаго переворота, совершившагося при разрушеніи римской имперіи, право побѣжденных сохраняется свое дѣйствіе, то сохраняется и ихъ судоустройство

<sup>32)</sup> Savigny, *Geschichte der röm. R. im Mittelalter*, I (1834), стр. 291—296 и слѣд., ср. подобное же раздѣленіе аргументаціи по поводу изслѣдованія устройства городовъ Ломбардіи, стр. 416—418 и 421 слѣд.

<sup>33)</sup> Тамъ же, стр. 117—125 и слѣд.

(большая посылка); и во 2-хъ, что въ данномъ случаѣ право римлянъ осталось въ своей силѣ (малая посылка), слѣдовательно сохранилось и судоустройство. На тѣ же два элемента разлагаются всѣ прочіе пункты аргументаціи Савиньи какъ въ первой, такъ и во второй ея части. Но затѣмъ слѣдуетъ замѣтить, что интересъ раздѣленія, употребленнаго Савиньи, обусловленъ различіемъ отношеній, въ которыхъ состоятъ близкіе и далекіе факты къ большой и малой посылкамъ. Построеніе первой сосредоточивается главнымъ образомъ на почвѣ фактовъ, не столь приближенныхъ къ изслѣдуемому факту; построеніе же второй на фактахъ, болѣе близкихъ къ предмету изслѣдованія, и, въ случаѣ изслѣдованія скрытаго факта, засвидѣтельствованнаго источниками, — на принадлежащихъ сюда данныхъ. Поэтому въ аргументахъ, основанныхъ на фактахъ первой категоріи, выдается ихъ апіористическая сторона, а въ аргументахъ, основанныхъ на фактахъ второй категоріи, ихъ непосредственное фактическое основаніе. Это различіе, очевидно, и побудило Савиньи къ соответствующему раздѣленію его аргументаціи. — Иногда раздѣленіе, вытекающее изъ того же источника, представляется въ нѣсколько иной формѣ. Такъ, Франклинъ дѣлитъ одно изъ своихъ изслѣдованій, относящееся къ исторіи рецепціи римскаго права<sup>34)</sup>, на двѣ части. Задача изслѣдованія состоитъ въ томъ, чтобы опредѣлить, относится ли одно изъ распоряженій Людвига Баварскаго отъ 1342 г. къ примѣненію въ высшемъ королевскомъ судѣ римскаго права, или нѣтъ. Франклинъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно между прочимъ и потому, что предположеніе о введеніи римскаго права въ практику высшаго королевскаго суда въ срединѣ XIV столѣтія находилось бы въ рѣшительномъ противорѣчій съ общимъ юридическимъ состояніемъ Баваріи того времени. Сообразно съ этимъ первая часть сочиненія посвящается изслѣдованію того, какихъ предѣловъ достигла къ половинѣ XIV столѣтія въ Баваріи рецепція римскаго права; вторая же часть обращается спеціально къ исторической оцѣнкѣ названнаго распоряженія. При такомъ распредѣленіи назначеніе первой части состоитъ въ подготовленіи извѣстнаго отдѣла фак-

<sup>34)</sup> Franklin, *Beiträge zur Geschichte der Reception des röm. R. in Deutschland*, 1873, см. предисл.

тического матеріала, принадлежащаго, по вышеприведенной классификаціи, къ первому разряду.

Ограничимся сказаннымъ. Его достаточно для непосредственной цѣли настоящаго очерка, — показать, что наиболее распространенный и на первый взглядъ весьма элементарный видъ историческаго изслѣдованія, — изслѣдованіе скрытыхъ фактовъ прошедшаго есть сложный процессъ, въ теченіи котораго существенная роль принадлежитъ комбинаціямъ на основаніи обобщеній, принадлежащихъ юридической или вообще исторической наукѣ. „Анализъ, раскрывающій предъ нами данныя какой-либо науки, не можетъ быть произведенъ безъ постоянныхъ ссылокъ на тотъ агрегатъ, въ который слагаются анализируемыя явленія“<sup>33)</sup>. Потому, если даже признавать главною цѣлью историческаго правовѣдѣнія раскрытіе подробностей скрытаго отъ насъ прошедшаго (какъ поступаетъ господствующая въ Германіи школа), то и въ такомъ случаѣ нельзя обойтись безъ тѣснаго союза съ историко-философскимъ изученіемъ права. На необходимость внимательнаго отношенія къ нему указываютъ, какъ увидимъ ниже, и другія задачи историческаго правовѣдѣнія.

<sup>33)</sup> Спенсеръ, *Основанія социологіи*, I, стр. 455 (рус. пер. 1876 г.).

Иа.

### Приложенія: къ ученію о владѣннхъ вещами по римскому праву.

...ein Versuch, die herrschende Lehre über den Besitz nicht bloss in einzelnen Punkten zu berichtigen, sondern in ihren Grundlagen zu erschüttern und völlig neu aufzuführen, auf hartnäckigen Widerstand gefasst sein muss; handelt es sich doch bei meinem Versuch nicht um eine blosse Verschiedenheit der Ansicht, sondern der ganzen Anschauungsweise.

Ihering, *Grund des Besitzschutzes*, стр. VI (1869).

Для поясненія на примѣрахъ нѣкоторыхъ частей сказаннаго выше о способѣ изслѣдованія юридическихъ понятій, принциповъ и причинъ историческаго образованія гражданскихъ институтовъ здѣсь предлагаются три изслѣдованія, относящіяся къ римскому ученію о правѣ владѣнія<sup>1)</sup>. Эти изслѣдованія послужатъ вмѣстѣ

<sup>1)</sup> Ср. мою статью о владѣннхъ въ Журн. гр. и уг. пр., 1876, кн. 4, стр. 1 слѣд. Она повторяется здѣсь съ нѣкоторыми дополненіями и измѣненіями. Въ своемъ первоначальномъ видѣ она вызвала два критическіе отзывы, которые не должны быть пройдены здѣсь молчаніемъ. Г. Митюкову я обязанъ обстоятельнымъ разборомъ ея, помѣщеннымъ въ Киев. унив. извѣст. 1877, № 2, стр. 29—47 и № 3, стр. 96—116. Съ одной стороны я получилъ въ этомъ разборѣ указаніе недосмотровъ, нашедшихъ себя и въ моемъ изложеніи; съ другой — своими возраженіями почтенный критикъ обнаружилъ пункты защищаемаго мною воззрѣнія, нуждающіеся въ наибольшемъ освѣщеніи. Доводы г. Митюкова не могли убѣдить меня въ неправильности этого воззрѣнія, но они окончательно убѣдили меня въ томъ, что и въ области ученія о владѣннхъ успѣхъ изслѣдованія зависятъ прежде всего отъ успѣховъ, которыхъ наука имѣетъ достигнуть въ дѣлѣ разрѣшенія болѣе общихъ вопросовъ. Печатаю настоящій очеркъ, я сознаю поэтому, что, можетъ быть, было бы болѣе уместно заняться вмѣсто того полнымъ изслѣдо-

съ тѣмъ къ наглядному подтвержденію справедливости выставленнаго выше общаго положенія о дедуктивномъ характерѣ изслѣдованій скрытыхъ фактовъ. Примѣры изслѣдованія, содержащіеся въ нижеслѣдующихъ очеркахъ, представляютъ тотъ особый интересъ, что принадлежатъ всецѣло къ области спеціальнаго вѣдѣнія цивилиста. Они относятся къ той сферѣ гражданскаго правовѣдѣнія, которая разумѣется обыкновенно подъ именемъ догматики римскаго права и которую вѣрнѣе было бы назвать историко-систематическимъ описаніемъ это-

ваніемъ вопросовъ этого рода. Но цѣль моей работы будетъ достигнута, если знакомство съ нею усилитъ въ читателѣ сознание необходимости обратить особенно серьезное вниманіе на элементъ нашей науки, долженствующій дать содержаніе общимъ послылкамъ ея. Въ нижеслѣдующихъ примѣчаніяхъ я по возможности старался отнестись къ замѣчаніямъ г. Мятюкова съ достоюльнымъ вниманіемъ.—Я могъ бы быть только доволенъ, если бы пришлось удѣлять подобное же вниманіе и замѣчаніямъ г. Азаревича. Но къ сожалѣнію г. Азаревичъ какъ бы задался спеціальною мыслью поражать меня замѣчаніями, рѣзкость которыхъ можетъ соперничать развѣ только съ ихъ голословностью, или неосновательностью. Въ своемъ сочиненіи: *Патриции и плебеи*, II, стр. 156, примѣч., г. Азаревичъ укорилъ меня въ томъ, что я будто бы присвоилъ себѣ чужое мнѣніе о *ges mancipii* (см. мое сочин. о *консерватизмѣ*), и просмотрѣлъ при этомъ, что на стр. 33 моего сочиненія, той самой страницы, которая цитована г. Азаревичемъ, какъ основаніе къ моему обвиненію, я прямо указалъ, что я не высказываю основныхъ положеній своего мнѣнія впервые, и назвалъ, какъ предшественниковъ, авторовъ, мнѣмое незнакомство съ которыми г. Азаревичъ желаетъ поставить мнѣ въ упрекъ. Въ своемъ сочиненіи: *Прекариумъ*, стр. 233, примѣч., г. Азаревичъ мечетъ громы въ мою статью о владѣніи. Я предоставляю собственному усмотрѣнію г. Азаревича разрѣшить вопросъ о степени благовоспитанности тона, въ которомъ сдѣлана его замѣтка; съ своей же стороны я могу посоветовать г. Азаревичу повнимательнѣе прочесть книги Крюгера и Эка, и справиться о времени выхода въ свѣтъ книги Мейшейдера для того, чтобы рѣшить, заключается ли у Крюгера и Эка что-либо, относящееся къ сторонамъ теории Геринга, подлежащимъ рассмотрѣнію въ моей статьѣ, и могла ли книга Мейшейдера быть рассмотрѣна въ статьѣ, отосланной въ редакцію журнала еще въ началѣ 1876. Последняго обстоятельства г. Азаревичъ могъ бы не знать; но онъ долженъ былъ бы знать, что Мей-

го послѣдняго, сохраняя слово догматика для обозначенія совершаемой ради практическихъ цѣлей систематики современнаго дѣйствующаго положительнаго права<sup>2)</sup>.

#### А. О природѣ института владѣнія<sup>3)</sup>.

Говоря о владѣніи, римскіе юристы высказываютъ неоднократно тотъ взглядъ, что владѣніе есть не право, а фактъ, и мотивируютъ этимъ взглядомъ нѣсколько частныхъ рѣшеній. Они признаютъ, что жена пріобрѣтаетъ владѣніе на вещи, полученныя ею въ подарокъ отъ мужа<sup>4)</sup>, что малолѣтній (*pupillus*), состоящій подъ опекой, можетъ при извѣстныхъ условіяхъ пріобрѣсти<sup>5)</sup> и потерять<sup>6)</sup> владѣніе безъ участія опекуна, что возвратившійся изъ плѣна и возстановленный во всѣхъ своихъ правахъ (*jus postliminii*) не пріобрѣтаетъ обратно владѣнія<sup>7)</sup>, что къ владѣнію

шейдеръ въ своемъ существеннѣйшемъ возраженіи противъ Геринга былъ предупрежденъ другими, возраженія которыхъ были рассмотрѣны мною. Къ сожалѣнію г. Азаревичъ не читаетъ ни сочиненій, которыми онъ критикуетъ, ни трудовъ, которые цитуетъ, довольствуясь однимъ бѣглымъ обзоромъ ихъ заглавій и читая; и я назвалъ бы его искаженія умышленными, если бы не былъ убѣжденъ въ томъ, что они простекаютъ просто изъ его неумѣнья обращаться съ источниками и пособиями, разительныя доказательства чего уже представлены въ изобиліи въ его *Патриции и плебеи*,—этомъ по истинѣ диковинномъ произведеніи по части ученой неразборчивости и неряшливости, идущимъ вполне наперекоръ простому, но мудрому правилу: *non numerandae sed perpendendae observationes*, высказанному въ научной сферѣ, не могущей, конечно, сослаться на бѣдность принадлежащаго ей фактическаго матеріала.

2) Ср. выше стр. 44 сл. и 82 сл.

3) Ср. въ особенности Büchel, *Ueber die Natur des Besitzes*, 1868, и Randa, *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, 1876 (2 изд.), стр. 32—43. Подробныя указанія на литературу см. у Büchel'я, стр. 2 и 3, примѣч.; Randa, l. c. въ примѣч. и особ. прим. 7. и Savigny, *Das Recht des Besitzes* (7 изд. Рудорфа), §§ 5—6 и стр. 576—592.

4) Dig. 41. 2 de a. v. a. p. fr. 1 § 4.

5) Dig. eod. fr. 1 § 3; ср. fr. 32 § 2.

6) Dig. eod. fr. 29.

7) Dig. 4. 6 ex q. c. maj. fr. 19; Dig. 49. 15 de capt. fr. 12 § 2.

непримѣнимо универсальное преемство<sup>8)</sup>, и мотивируютъ всё эти положенія, уклоняющіяся отъ положеній, приложимыхъ въ показанныхъ случаяхъ къ другимъ правамъ, тѣмъ, что владѣніе есть не право, а фактъ. Этому мнѣнію слѣдуютъ, какъ извѣстно, многіе современные догматики и, развивая его далѣе, находятъ новыя особенности владѣнія въ отличіе отъ правъ. Такъ, на примѣръ, Бюхель, въ послѣднее время посвятившій этому вопросу наиболѣе обстоятельное обзорѣніе<sup>9)</sup> и полагающій, что владѣніе есть не право, а простая *causa facti*, кое что заимствующая у права<sup>10)</sup>, — положеніе, которое раздѣляется въ сущности всѣми противниками владѣнія — права, расширяетъ вслѣдъ за другими практикой римскихъ юристовъ, подводя подъ фактическую природу владѣнія конкретныя рѣшенія, приведенныя въ источникахъ, но не мотивированныя тамъ подобнымъ образомъ, куда относится непримѣнимость къ владѣнію сингулярнаго преемства, резолютивнаго условія и реституціи<sup>11)</sup>. вмѣстѣ съ тѣмъ, не ограничиваясь простымъ переложеніемъ римскихъ рѣшеній, обобщаютъ ихъ и въ полученныхъ выводахъ усматриваютъ подтвержденіе фактической (не юридической) природы владѣнія. Такъ, Бюхель же утверждаетъ, что каждое право можетъ пользоваться судебною защитою лишь до тѣхъ поръ, пока оно не потеряно для правообладателя; напротивъ, владѣніе защищается тогда, когда оно исчезло (*int. rescip. poss.*). Каждое вещное право, за исключеніемъ случаевъ исчезновенія вещи изъ числа предметовъ природы, или гражданскаго оборота, теряется не иначе, какъ по волѣ правообладателя; владѣніе же считается потеряннымъ, когда оно отнимается у насъ противъ нашей воли<sup>12)</sup>. Другое обобщеніе Бюхеля утверждаетъ, что владѣніе, защищая вора и разбойника, противорѣчитъ тому основному принципу права, что недозволенные дѣйствія не должны влечь за собою юридическое укрѣпленіе принесенной ими выгоды<sup>13)</sup>. Ниже будутъ указаны еще подобныя ссылки на общія свойства института владѣ-

<sup>8)</sup> Dig. 47. 4 *si is qui test. fr.* 1 § 15; ср. Dig. 41. 2 *de a. v. a. p.* fr. 23 pr.

<sup>9)</sup> См. примѣч. 3.

<sup>10)</sup> Указ. соч., стр. 62.

<sup>11)</sup> Тамъ же, стр. 14 и 15.

<sup>12)</sup> Тамъ же, стр. 32—34, 9—11.

<sup>13)</sup> Тамъ же, стр. 8 сл.

нія, приводимыя обыкновенно въ подтвержденіе его фактической природы. — Мы имѣемъ такимъ образомъ три группы данныхъ, назначенныхъ подтвердить воззрѣніе на владѣніе, какъ на фактъ. Первую группу образуютъ казуальныя рѣшенія римскихъ юристовъ, ими самими подведенныя подъ означенное воззрѣніе; вторую — казуальныя же рѣшенія ихъ, подведенныя подъ него современною догмою; и наконецъ указанія этой послѣдней на общія свойства владѣнія, будто бы свидѣтельствующія въ пользу фактической природы его. Данныя первыхъ двухъ группъ суть дѣйствительныя правоопредѣленія, которыя римская юриспруденція примѣняла на дѣлѣ въ качествѣ таковыхъ, или по крайней мѣрѣ была готова примѣнить ихъ. Они имѣютъ для насъ значеніе фактовъ, отвергать которые мы не имѣемъ права, къ какому бы заключенію ни пришли относительно общей природы владѣнія<sup>14)</sup>. Напротивъ, данныя третьей группы образуются обобщеніями, принадлежащими притомъ юриспруденціи не практической, а теоретической, и выражаютъ не засвидѣтельствованный непосредственно и безспорно фактъ исторіи права, а только предположеніе о немъ. Всѣ перечисленныя данныя входятъ въ общій составъ фактическаго матеріала ученія о владѣніи; самое же утвержденіе фактической природы этого института есть не болѣе, какъ характеристика одной изъ сторонъ означеннаго матеріала, утвержденіе одного изъ свойствъ его (и, какъ таковое, скрытый историческій фактъ)<sup>15)</sup>. Потому предварительная провѣрка справедливости этого утвержденія составляетъ условіе дальнѣйшаго историческаго изслѣдованія института владѣнія. Только по провѣркѣ правильности предлагаемой намъ характеристики фактическаго матеріала будетъ возможно положить его въ основаніе дальнѣйшихъ выводовъ.

Провѣрка должна привести въ ясность два обстоятельства: во-первыхъ, какія именно свойства составляютъ характеристическія особенности правъ, отличающихъ ихъ отъ не-правъ или фактовъ; и, во-вторыхъ, — обладаетъ ли владѣніе какими-либо качествами, которыя исключили бы примѣненіе къ нему понятія о правѣ. Разсуждая о томъ, составляетъ ли владѣніе право, или фактъ, необходимо опредѣлить точно и ясно общій смыслъ названнаго противоположенія. Пренебреженіе

<sup>14)</sup> См. выше, стр. 78 сл.

<sup>15)</sup> См. выше, стр. 101.

этимъ требованіемъ и служило главнымъ образомъ причиною многочисленныхъ споровъ о природѣ владѣнія.

I. Сторонники провѣряемаго здѣсь воззрѣнія утверждаютъ, что владѣніе есть только фактическое отношеніе, съ которымъ положительное право соединяетъ извѣстныя юридическія послѣдствія, именно, ограниченную извѣстными предѣлами судебную защиту его; что юридическій элементъ владѣнія состоитъ только въ томъ, что оно пользуется означенною защитою. Въ противоположность этому слѣдуетъ сказать, что каждое отношеніе, которое называютъ правомъ, есть не что иное, какъ нѣкоторое фактическое отношеніе, сопровождаемое юридическою защитою, и что юридическій элементъ каждаго такого отношенія состоитъ только въ томъ, что оно имѣетъ эту защиту. Слѣдовательно, владѣніе ничѣмъ не отличается отъ прочихъ правъ и есть потому право.

Для разъясненія сказаннаго о существѣ права обратимся къ частному примѣру, выбравъ для этой цѣли право собственности, съ одной стороны какъ совершеннѣйшій и безспорнѣйшій типъ гражданскихъ правъ, а съ другой—какъ отношеніе, по виду своему наиболѣе близкое къ владѣнію. Опредѣлимъ, въ чемъ именно состоитъ юридическій элементъ того отношенія, которое называется собственностью, — въ чемъ именно состоитъ право собственности. Для этой цѣли слѣдуетъ сравнить отношеніе собственности съ такимъ отношеніемъ, которое было бы во всемъ подобно ему, за исключеніемъ тѣхъ признаковъ, присоединеніе которыхъ дѣлаетъ его правомъ. Для удобства предпринимаемаго анализа предположимъ, что кромѣ собственности объективное право совсѣмъ не защищаетъ никакого другаго полного господства надъ вещью, что не существуетъ институтовъ, ни добросовѣстнаго владѣнія, ни владѣнія вообще, такъ что право собственности служитъ единственнымъ представителемъ вещныхъ правъ на „свою“ вещь (въ противоположность правамъ на чужую вещь). Это состояніе само по себѣ не имѣетъ ничего неправдоподобнаго и, несомнѣнно, существовало въ свое время какъ въ римскомъ, такъ и въ другихъ правахъ. При такомъ состояніи искомое нами фактическое отношеніе должно заключаться въ томъ, что обыкновенно называется владѣніемъ и что мы назовемъ здѣсь естественнымъ владѣніемъ вещь, т. е. въ вытекающемъ изъ стремленія человѣка освоить вещь полномъ господствѣ его надъ нею, обусловленномъ одними фактическими обстоятель-

ствами, понимая подъ послѣдними естественныя свойства человѣка и окружающаго его міра. Эти свойства суть факты, соотношеніе которыхъ опредѣляется законами матеріальной и духовной природы. Такимъ образомъ естественное обладаніе составляетъ всецѣло продуктъ законовъ матеріальной и духовной природы, опредѣляющихъ дѣятельность человѣка. Если, наприм., я имѣю естественное обладаніе какимъ-либо участкомъ земли, то это значитъ, что я господствую надъ нимъ настолько, насколько въ моихъ личныхъ силахъ, какъ человѣка вообще и какъ субъекта съ извѣстными личными качествами въ особенности, лежитъ справляться со всѣми обстоятельствами, препятствующими моему господству, — понимая подъ силами какъ мою физическую силу, такъ и способности умственные и нравственныя, а подъ препятствіями — какъ давленіе естественныхъ явленій, такъ и дѣйствія постороннихъ лицъ, нарушающихъ мое обладаніе. Если наводненіе покрываетъ мой участокъ, если разбойникъ выгоняетъ меня отсюда, то я теряю свое естественное обладаніе; если же я смогу и съумѣю посредствомъ тѣхъ или другихъ мѣръ, путемъ искусственныхъ средствъ, насилія, хитрости и т. п., при достаточной силѣ воли, энергіи, смѣлости удержать наводненіе, или удалить разбойника, то мое естественное обладаніе не нарушается. Естественное обладаніе предметомъ есть соединенная съ намѣреніемъ освоить предметъ естественная возможность совершать по отношенію къ объекту акты, выражающіе это освоеніе. Эта естественная возможность есть естественное отношеніе. Естественное отношеніе формируется двумя элементами: моимъ естественнымъ положеніемъ относительно вещи и другихъ предметовъ; способныхъ имѣть вліяніе на мое отношеніе къ ней, и моимъ положеніемъ относительно лицъ, окружающихъ меня; но въ обоихъ случаяхъ это отношеніе есть естественное. Предположимъ теперь, что тотъ же самый участокъ земли становится предметомъ моего права собственности. Отношенія мои къ вещи и по поводу ея къ другимъ предметамъ остаются тѣ же самыя, такъ какъ они опредѣляются исключительно естественными законами, правовая же санкція исходитъ, очевидно, не изъ этого источника, а изъ того, что называется правовымъ сознаніемъ общества, которое безсилно измѣнить законы природы. Моя сила къ сохраненію участка отъ наводненія и т. п., мое отношеніе къ вещи, какъ таковое, не измѣняется отъ того, что я сталъ собственникомъ вещи. Если теперь я могу проявлять мое



господство въ болѣе широкихъ размѣрахъ, нежели при естественномъ обладаніи, то такое расширение обусловлено не измѣненіемъ моего отношенія къ вещи, а измѣненіемъ моего отношенія къ окружающимъ меня лицамъ. Юридическое обладаніе отличается отъ обладанія естественнаго тѣмъ, что расширяется кругъ дѣятельности обладателя по отношенію къ прочимъ лицамъ, которыя сдерживаются отъ нарушенія его обладанія. Такъ какъ отношеніе къ вещи, какъ таковое, и вообще естественныя условія обладанія не измѣнились, то означенное расширение должно быть отнесено на счетъ какого-либо новаго фактора, способнаго вліять на дѣятельность отдѣльныхъ лицъ въ вышеуказанномъ направленіи. Этотъ факторъ мы находимъ во вліяніи, которое обнаруживаетъ правовое сознание общества на одно изъ условій моего обладанія, — на волю окружающихъ лицъ, употребляя относительно нихъ средства внѣшняго принужденія ради сохраненія моего обладанія. Въ силу этого вліянія названныя лица теряютъ вполнѣ, или въ значительной мѣрѣ возможность уничтожить мое господство. Измѣненіе, совершающееся при преобразованіи естественнаго обладанія въ правовое, состоитъ въ томъ, что это обладаніе становится въ той или другой степени менѣе уничтожаемымъ, насколько его уничтоженіе можетъ быть произведено другими лицами. Если кто-либо отнимаетъ у собственника вещь, то право, въ лицѣ своихъ органовъ, отбираетъ эту вещь у нарушителя и возвращаетъ ее собственнику. Окружающія меня лица по прежнему могутъ препятствовать моему обладанію; но направленные къ тому старанія ихъ теряютъ для нихъ свою цѣну, или даже становятся прямо невыгодными. Правовой элементъ собственности образуется своеобразными отношеніями собственника къ другимъ лицамъ, созданными по поводу отношенія его къ вещи покровительствомъ, которое правовое сознание общества оказываетъ этому отношенію. Присутствіе этихъ своеобразныхъ отношеній, устраняя тѣхъ препятствія къ господству, которыя по природѣ своей наименѣе подлежатъ предвидѣнію и контролю со стороны обладателя, сообщаетъ его дѣятельности по отношенію къ вещи особую увѣренность и вслѣдствіе того развитіе, и въ этомъ смыслѣ измѣняетъ его отношеніе къ вещи. Лицо, имѣющее увѣренность въ томъ, что никто не помѣшаетъ ему обладать вещью, дѣйствуетъ иначе, нежели лицо, не обладающее такою увѣренностью. — Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что правовое обладаніе вещью или право слагается изъ совокуп-

ности частныхъ отношеній, среди которыхъ надо различать два рода отношеній: 1) естественное отношеніе лица къ вещи, защищаемое правомъ, и 2) отношенія субъекта этого отношенія къ другимъ лицамъ, образованныя правомъ, силою давленія правоваго сознания на волю отдѣльныхъ лицъ, и назначенныя служить средствомъ защиты перваго отношенія. Оба рода отношеній одинаково составляютъ предметъ разсмотрѣнія права. Право опредѣляетъ, какія отношенія предписываются соблюдать подчиненнымъ ему лицамъ ради вѣщаго поддержанія защищаемаго отношенія; оно опредѣляетъ далѣе, какое именно естественное отношеніе пользуется его покровительствомъ. Последняя задача осуществляется чрезъ опредѣленіе содержанія и способовъ происхожденія этого отношенія. Какъ предметъ подобнаго опредѣленія, защищаемое естественное отношеніе называется юридическимъ. Но это не значитъ, что квалифікація его въ качествѣ юридическаго измѣняетъ чѣмъ-либо его естественную сущность. Квалифікація содержитъ въ себѣ не болѣе, какъ выборъ между естественными отношеніями, различіе среди нихъ достойныхъ защиты отъ незаслуживающихъ ея. Когда право (въ объект. см.) говоритъ, что собственность есть такое-то отношеніе, приобретаемое такими-то средствами, тогда это не значитъ, что право создаетъ новое отношеніе къ вещи; но значитъ только, что такое-то естественное отношеніе къ вещи, установленное такимъ-то образомъ, будетъ защищаться юридическими средствами въ отличіе отъ того же отношенія, установленнаго инымъ образомъ, или отъ другихъ отношеній.

Такимъ образомъ право или юридическое отношеніе къ какому-либо объекту есть естественное отношеніе лица къ этому объекту, сопровождаемое своеобразными отношеніями между лицами, выражающими покровительство этому отношенію со стороны правоваго сознания общества. Когда объектомъ права служитъ не вещь и не человекъ, разсматриваемый какъ вещь, а лицо, тогда это лицо является одновременно предметомъ и естественнаго и юридическаго отношенія. — На основаніи сказаннаго въ каждомъ отношеніи, входящемъ въ область права, слѣдуетъ различать два элемента: его естественный элементъ или реальность, и его юридическій въ вышеустановленномъ смыслѣ. Реальность права составляетъ необходимое условіе его существованія, но не исчерпываетъ собою всего содержанія права. Въ немъ заключается еще нѣчто, образуемое исключительно юридическимъ элементомъ его, который



проявить свое дѣйствіе скрыто, доставляя юридическимъ отношеніямъ ихъ особую рочность, и открыто, когда реальность права разрушается посторонними лицами. Когда наша вещь исчезаетъ изъ нашего обладанія не по естественнымъ причинамъ, а вслѣдствіе произвола лицъ, или должникъ не исполняетъ принятыхъ имъ, или возложенныхъ на него обязательствъ, тогда съ затрудненіемъ, возникшимъ для осуществленія реальности права, оно само не теряется; съ удаленіемъ естественныхъ, фактическихъ отношеній остается отношеніе юридическое, выраженное въ искѣ. Далѣе, когда вещь исчезаетъ изъ нашего естественнаго обладанія, хотя и по естественнымъ причинамъ, но на время, такъ что предвидится скорое возстановленіе нашего фактическаго господства, — на примѣръ, нашъ участокъ земли становится недоступнымъ для насъ по переходящимъ естественнымъ причинамъ, тогда „право“ на участокъ не прекращается, потому что этотъ перерывъ обладанія не влечетъ самъ собою никакого измѣненія въ тѣхъ отношеніяхъ къ окружающимъ лицамъ, которое повліяло бы на наше юридическое положеніе предъ вещь, временно недоступной для насъ. Подобно этому юридическій элементъ права можетъ возникнуть ранѣе возникновенія реальности его, какъ скоро это послѣднее не представляется невозможнымъ. — Всѣ особенности юридическаго отношенія, какъ такового, — *юридическая конструкция* понятія о его существованіи (и въ частности способъ установленія и прекращенія) и *юридическій способъ согласованія* и комбинаціи его съ другими юридическими и фактическими отношеніями и событіями, — всѣ эти особенности составляютъ результатъ сообщенія данному фактическому отношенію юридической защиты.

Отъ вопроса, что такое право, слѣдуетъ отличать другой вопросъ — о томъ, вслѣдствіе чего правовое сознаніе превращаетъ данное естественное отношеніе въ право и каковы вообще тѣ условія, при которыхъ естественное отношеніе получаетъ юридическую защиту. Каковы бы они ни были, заключаются ли они всегда въ извѣстномъ отношеніи, которое существуетъ между свойствами защищаемаго отношенія и потребностями даннаго общества въ данное время, или же существуютъ такія свойства отношеній, которыя сами по себѣ, безотносительно ведутъ къ юридической защитѣ, — разрѣшеніе перваго изъ названныхъ вопросовъ должно быть поставлено внѣ зависимости отъ разрѣшенія втораго вопроса и предшествовать ему. Прежде

нежели говорить объ источникѣ права, надо условиться, что именно мы разумѣемъ подъ правомъ, а идя этимъ путемъ, мы не можемъ формулировать другаго разграниченія права и не-права („факта“), кроме сдѣланнаго выше. Мы должны предполагать, что каковы ни были бы причины права, какъ скоро онѣ наступаютъ, слѣдуетъ юридическая защита; и съ другой стороны, если извѣстное отношеніе пользуется этою послѣднею и не существуетъ очевидныхъ данныхъ, чтобы предполагать въ этомъ явленіи присутствіе чего-либо случайнаго, ненормальнаго, то надо думать, что въ данномъ случаѣ существуютъ эти условія. Неправильно ставить вопросъ, когда спрашиваютъ, есть ли искъ слѣдствіе права, или право слѣдствіе иска. Право и искъ (судебная защита) суть различныя выраженія для одного и того же явленія. Первое выраженіе охватываетъ собою всю совокупность признаковъ этого явленія, второе же называетъ главный признакъ этого явленія, — признакъ, присутствіе котораго вызываетъ непременно и другіе признаки. Слѣдуетъ спрашивать: при какихъ обстоятельствахъ данное отношеніе становится правомъ, то есть получаетъ искъ, и разрѣшать этотъ вопросъ на почвѣ всѣхъ фактовъ, гдѣ дарованіе иска является съ признаками нормальнаго историческаго явленія<sup>16)</sup>.

<sup>16)</sup> Г. Митюковъ является выразителемъ возрѣнія (ср. также Randa, I. с.), которое ставитъ первый изъ указанныхъ вопросовъ въ ложную зависимость отъ втораго. Г. Митюковъ, стр. 31, полагаетъ, что „всякое право въ силу того, что оно есть право, необходимо имѣетъ при себѣ защиту. Понятенъ вопросъ: есть ли владѣніе право? Но какъ только вопросъ этотъ рѣшенъ въ смыслѣ утвердительно, то тѣмъ самымъ рѣшается и вопросъ объ основаніи защиты владѣнія. Только при отрицательномъ отвѣтѣ на первый вопросъ выступаетъ самъ собою второй.“ Слѣдовательно, существуютъ нормы и отношенія, которыя сами по себѣ, безъ всякаго отношенія къ условіямъ гражданскаго быта, пользуются судебною защитою, и эти нормы и отношенія собственно и образуютъ область права. Но все это нуждается въ доказательствахъ, а чтобы доказать, надо изслѣдовать историческій матеріалъ, а для этого надо отдѣлять его точно, опредѣлять предметъ изслѣдованія. По признакамъ, которые могутъ быть положены въ основаніе такого опредѣленія, владѣніе не отличается ничѣмъ отъ другихъ правъ. Если бы даже дальнѣйшее изслѣдованіе показало, что это право обязано своимъ происхожденіемъ причинамъ, несходнымъ по своему характеру съ причинами другихъ правъ, то тогда слѣдовало бы сказать, что различныя причины ведутъ къ одному результату, что, на примѣръ, отношенія бываютъ правами или въ силу своихъ абсолютныхъ, или въ силу относительныхъ свойствъ; и отрицаніе свойствъ права за послѣднею группою отношеній означало бы, что отношенія этого рода не всегда и не при всякомъ историческомъ состояніи юридическаго быта находятся подъ покровительствомъ правового сознанія. Кажется, имѣя въ виду подобное различіе, при современномъ состояніи исторіи права недока-

Обратимся къ владѣнію.

Если общій признакъ, отличающій права отъ другихъ влѣній общественной жизни, состоитъ въ томъ, что права суть отношенія лицъ къ лицамъ и предметамъ, защищенные своеобразнымъ образомъ авторитетомъ общественной власти противъ произвольныхъ нарушеній со стороны отдѣльных лицъ; если юридическое отношеніе есть естественное отношеніе, защищенное судомъ, т. е. гарантированная имъ возможность извѣстнаго рода актовъ со стороны отдѣльных лицъ, то подѣ

занное (и врядъ-ли когда-либо имѣющее быть доказаннымъ), г. Митюковъ, стр. 48, указываетъ безъ объясненій на различіе между правомъ и юридическимъ отношеніемъ, утверждая, что эти два понятія не тождественны. Далѣе, стр. 99 сл., онъ спрашиваетъ: „Но развѣ искъ есть право на вещь? Развѣ возможно право на вещь, все содержаніе котораго исчерпывается искомъ?... И развѣ вѣрно то, что собственность есть право только потому что оно защищается правомъ, что содержаніе собственности состоитъ только въ искѣ собственника, что при собственности, какъ и при другихъ правахъ, *искъ есть не послѣдствіе, а основаніе права?*“ Конечно, вѣрно, беру я смѣлость отягчить почтенному критику. Изъ всего приведеннаго для меня очевидно, что причина моего разногласія съ г. Митюковымъ заключается прежде всего не въ различіи частныхъ основаній нашихъ воззрѣній, а въ принципиальномъ различіи нашего общаго историко-философскаго воззрѣнія, т. е. (употребляя предложенную выше терминологию) въ различіи большихъ посылокъ, принимаемыхъ нами за исходный пунктъ въ силлогизмъ нашего изслѣдованія. Для г. Митюкова право есть право потому, что оно есть право, въ силу присущихъ ему особыхъ свойствъ, безъ всякаго отношенія къ условіямъ мѣста и времени. Съ моей точки зрѣнія право есть право потому, или точнѣе право есть то, что защищается судомъ; защищается же оно потому, что въ данный моментъ общество считаетъ необходимымъ покровительствовать даннымъ отношеніемъ въ виду собственныхъ цѣлей и стремленій. *Искъ есть послѣдствіе не права, а обусловленнаго извѣстными причинами общественнаго стремленія общества покровительствовать данному отношенію; это же отношеніе ставится тѣмъ, что мы называемъ правомъ, вслѣдствіе того, что ему дается искъ.* Собственность есть правовой общественной жизни требуетъ покровительства этому роду отношеній. Сравнительно-историческое изслѣдованіе съ каждымъ днемъ обнаруживаетъ все яснѣе и яснѣе отсутствіе вѣчно-годныхъ институтовъ, и въ частности собственность когда-то не была правомъ и стала имъ потому, что общество сочло необходимымъ защищать ее въ ущербъ прежнимъ формамъ владѣнія. Вопросъ объ основаніи защиты собственности имѣетъ такое же значеніе, какъ и вопросъ объ основаніи защиты владѣнія, такъ какъ, вопреки мнѣнію почтеннаго киевскаго романиста, тѣмъ, что собственность *есть* право, вовсе не разрѣшается, почему она есть право. Г. Митюковъ чувствуетъ себя неловко отъ того, что ему приходится повторять самыя основныя понятія гражданского права (вѣрнѣе было бы сказать философіи права). Признаюсь, но отношенію къ основнымъ понятіямъ общественныхъ наукъ существуетъ двойственность воззрѣнія, обуславливающая собою таковую же двойственность по всѣмъ частнымъ вопросамъ, при разрѣшеніи которыхъ играетъ роль дедукція изъ воззрѣнія основнаго.

это опредѣленіе подходитъ вполне и владѣнію. Такъ, прежде всего владѣніе есть отношеніе. Акты владѣльца по отношенію къ вещи интересуютъ юриста не сами по себѣ, а какъ выраженіе извѣстнаго отношенія, извѣстной естественной возможности обладать вещью. Такъ, собственникъ земли, удалившійся временно съ своего участка, домохозяинъ, отдавшій свой домъ вънаймы, рассматриваются какъ владѣльцы. Далѣе владѣніе есть отношеніе, пользующееся защитой гражданского суда и отражающее на себѣ всѣ необходимыя послѣдствія этой защиты. Такъ, во первыхъ, юридическая продолжительность владѣнія не совпадаетъ съ его естественною продолжительностью. Римскій юристъ считаетъ владѣльцемъ хозяина рощи, недоступной временно по физическимъ причинамъ<sup>17)</sup>. Если бы юридическое отношеніе владѣнія было бы въ дѣйствительности только „фактомъ“, то владѣніе не признавалось бы существующимъ въ случаѣ прекращенія естественнаго отношенія къ вещи. Оно не признавалось бы также за корпорациями, сумасшедшими и дѣтми, за которыхъ съ юридической точки зрѣнія дѣйствуютъ представители. —Вовторыхъ, право, покровительствуя этому отношенію, указываетъ признаки, по которымъ дается возможность отличать его отъ другихъ отношеній и нормируетъ акты установленія и прекращенія владѣнія сообразно его признакамъ.

Затѣмъ единственное отличіе владѣнія отъ другихъ правъ заключается въ томъ, что способъ согласованія его защиты съ способомъ защиты другихъ правъ, отличается нѣкоторымъ своеобразіемъ. Это обстоятельство вызываетъ на изслѣдованіе причинъ такого своеобразія, но не даетъ никакого основанія къ принципиальному выдѣленію владѣнія изъ области права.

Сверхъ указанныхъ не существуетъ никакихъ другихъ общихъ признаковъ, на которыхъ возможно было бы построить критерій, отличающій право отъ факта. Споръ, извѣстный философіи права, о принципиальномъ отличіи права отъ морали не относится сюда, потому что здѣсь дѣло идетъ объ отличіи юридическихъ отношеній не только отъ моральныхъ, но вообще отъ не-юридическихъ. Точно также здѣсь не можетъ возникнуть вопросъ о томъ, не составляетъ-ли юридическая защита владѣнія аномальнаго историческаго явленія. Направленное въ эту сторону предположеніе опровергается наблюденіемъ, свидѣтельствующимъ о большой

<sup>17)</sup> Dig. 41. 2. de a. v. a. p. fr. 44 § 2.

распространенности и настойчивости исторического развития права владѣнія, — свойствъ, исключających всякую мысль о случайности или несогласуемости его съ общимъ ходомъ развитія права. — И сказаннымъ можно было бы ограничиться, если бы доводы, приводимые обыкновенно въ защиту фактической природы владѣнія, не давали повода къ предположенію, что предложенныя для разрѣшенія настоящаго вопроса общія послышки нуждаются, ради большей убѣдительности ихъ, еще въ нѣкоторыхъ дополнительныхъ разъясненіяхъ. Какъ увидимъ, означенные доводы или характеризуютъ неправильнымъ образомъ понятіе о правѣ въ отличіе отъ факта, или же приписываютъ владѣнію несуществующія свойства.

II. Указываютъ на то, что хотя владѣніе и пользуется судебною защитою, однако ея способъ отличается существенно отъ способа защиты прочихъ гражданскихъ правъ. Именно, по общему правилу владѣніе защищается *какъ таковое: possessor eo ipso, quod possidet, plus juris habet, quam is, qui non possidet*, откуда слѣдуетъ, что въ отдѣльномъ случаѣ владѣніе можетъ быть защищено и противъ собственника, т. е. противъ лица, которое должно бы имѣть перевѣсъ предъ владѣльцемъ. — Это замѣчаніе продиктовано свойственною догматикамъ склонностью видѣть въ правовыхъ принципахъ нѣчто абсолютное, составляющее результатъ привычки къ чисто логическому построению догмы безъ должной провѣрки ея путемъ наблюденія и анализа юридическихъ фактовъ. Съ точки зрѣнія исключительно логической многимъ кажется ненормальнымъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ владѣнію приходится уступать такое сильное право, каково право собственности, тогда какъ въ иныхъ случаяхъ имѣетъ мѣсто обратное отношеніе. Потому предпочитаютъ, не приписывая обоимъ ставляющимся отношеніямъ юридической природы, считать одно изъ нихъ за простой фактъ. Но способность быть примѣняемыми, во что бы то ни стало, вовсе не составляетъ необходимаго качества юридическихъ принциповъ, а, какъ показываетъ наблюденіе надъ гражданскою жизнью, столкновеніе принциповъ и ихъ взаимное ограниченіе есть напротивъ явленіе самое обыкновенное. Такъ, напримѣръ, право собственности, составляющее сравнительно наиболѣе абсолютную форму частнаго владѣнія вещами, должно иногда, къ ущербу послѣдовательнаго развитія основнаго начала своей юридической конструкціи, жертвовать своею полнотою въ виду постороннихъ ему

интересовъ<sup>18)</sup>. Припомнимъ хоть *exemptio rei venditae et traditae*. Рядомъ съ правомъ собственности существуютъ другія формы юридического владѣнія вещи, менѣ совершенныя и борящіяся между собою съ различнымъ успѣхомъ. Такъ, римское право въ развитомъ своемъ видѣ знало въ качествѣ самостоятельныхъ институтовъ кромѣ собственности: добросовѣстное (давностное) владѣніе и владѣніе вообще. Современная практика склонна прибавить къ этому ряду и детенцію вещи<sup>19)</sup>, а, можетъ быть, это было предначертано уже римскою юриспруденціею<sup>20)</sup>. Каждому изъ трехъ видовъ владѣнія соответствовали особые средства судебной защиты, имѣвшія ту или другую силу противъ третьихъ лицъ, и такъ или иначе стѣснявшія одно другое, когда споръ шель между двумя претендентами на владѣніе вещью. Въ концѣ концовъ право собственности побѣждало всѣ виды владѣнія и детенцію, давностное владѣніе одерживало верхъ надъ владѣніемъ вообще, законное владѣніе надъ незаконнымъ, и наконецъ детенція, господствуя надъ простымъ фактическимъ владѣніемъ вещью, была принуждена уступать всѣмъ прочимъ юридическимъ притязаніямъ на полное владѣніе вещью<sup>21)</sup>. Судебная защита, сообщенная какому-

<sup>18)</sup> Г. Митюковъ, стр. 101, замѣчаетъ по поводу этого мѣста: „изъ области юридическихъ отношеній авторъ статьи о владѣніи вводитъ насъ здѣсь уже въ область юридическихъ принциповъ, хотя послѣдняя его мысль опять дѣлаетъ поворотъ къ отношеніямъ“. Въ чемъ же именно желаетъ упрекнуть меня почтенный критикъ? Въ настоящемъ мѣстѣ текста и долженъ объяснить удовлетворительнымъ для защищаемаго мною воззрѣніемъ образомъ то явленіе, что отношеніе, называемое владѣніемъ, защищается и тогда, когда его субъектомъ является не-собственникъ вещи. Это явленіе есть результатъ реализаціи принципа: *possessor eo ipso, quod possidet etc.* Его реализація ограничиваетъ реализацію принципа права собственности, гласящаго, что право собственности охраняется, въ чьихъ бы рукахъ вещь ни находилась. Область юридическихъ отношеній есть область реализаціи принциповъ, и я говорю здѣсь только о способности принциповъ реализовываться тѣмъ, или другимъ способомъ.

<sup>19)</sup> Ср. Bruns, *Die Besitzklagen*, стр. 236; Bekker, въ *Kriet. Vierteljahrsschrift*, 1876, № 1, стр. 19.

<sup>20)</sup> Примыкая къ мнѣнію Іеринга, весьма обстоятельно развитому имъ на своихъ лекціяхъ, я надѣюсь въ другомъ мѣстѣ показать, что детенція защищалась въ римскомъ правѣ посредствомъ *actio injuriarum*, при чемъ этотъ искъ основывался не на оскорбленіи, нанесенномъ детентору нарушеніемъ его детенціи, а именно на стремленіи права защитить детенцію.

<sup>21)</sup> Подъ вліяніемъ гегеліанской философіи мысль о существованіи релятивныхъ правъ была высказана уже Гансомъ, но неопредѣленно и не совсемъ ясно. Г. Митюковъ, стр. 102, ставитъ мнѣ въ упрекъ то, что я, поддерживая индукцію въ догмѣ, вывожу въ свѣтъ мысль философа-идеалиста. Неужели же принадлежность мысли философу-идеалисту осуждать ее eo ipso?

либо отношенію и возводящая его на ступень юридическаго; не существует ради себя самой, а ради сопряженной съ нею практической пользы для гражданскаго быта, и потому ограничивается предѣлами этой пользы. Интересы жизни, охраняемые правомъ, имѣютъ по большей части только относительную цѣну и безпрестанно отступаютъ одинъ передъ другимъ. Это отражается и на свойствахъ юридическихъ нормъ, которыя не обладаютъ безусловнымъ значеніемъ и значатъ предѣлы своему примѣненію. Присутствіе такого качества въ институтѣ и въ отношеніи къ нему другихъ институтовъ не можетъ стало-быть считаться отличительною чертою именно этого института и не уполномочиваетъ насъ на его исключеніе изъ области правъ<sup>22)</sup>.

III. Полагаютъ, что слѣдуетъ раздѣлять отношенія на юридическія и неюридическія на основаніи присутствія въ первыхъ и отсутствія во вторыхъ еще другаго признака, именно — правомѣрности приобрѣтенія. Владѣніе есть полное обладаніе вещью. Право указываетъ пути къ приобрѣтенію такого обладанія: эти пути суть способы приобрѣтенія права собственности, и отношеніе, ими установленное, есть право собственности. Наличие этихъ способовъ не составляетъ необходимаго условія для бытія владѣнія; приобрѣтеніе владѣнія можетъ происходить и путями неправомѣрными; слѣдовательно, и самое владѣніе не есть право: „Право“, говоритъ Бюхель, „можетъ быть приобрѣтено всегда только правомѣрнымъ путемъ, и никогда путемъ незаконнаго дѣйствія... а между тѣмъ воръ, разбойникъ и лицо, насильственно захватившее недвижимость, приобрѣтаютъ владѣніе на законномъ основаніи и законнымъ образомъ<sup>23)</sup>“. Какъ извѣстно, приведенное мнѣніе играетъ важную роль въ теоріи владѣнія. Правомѣрность приобрѣтенія считается столь рѣшительнымъ признакомъ праваго достоинства института, что, какъ скоро доказано отсутствіе его во владѣніи, послѣднее eo ipso исключается изъ области правъ, и самая защита его объясняется „двусторонними“ причинами. Въ свою

<sup>22)</sup> „Неужели изъ этого свойства юридическихъ принциповъ слѣдуетъ, что владѣніе есть право на вещь?“, спрашиваетъ г. Митюковъ. Но что же иное должно слѣдовать изъ этого свойства, и неужели же изъ того, что нѣкоторый подрывъ владѣніемъ абсолютности собственности согласуется съ общимъ характеромъ юридическихъ принциповъ, не слѣдуетъ, что это обстоятельство не можетъ составлять препятствія къ признанію владѣнія за право?

<sup>23)</sup> Büchel, указ. соч., стр. 8.

очередь это послѣднее заключеніе обращается въ мотивъ фактической природы владѣнія. Такъ какъ владѣніе защищается не ради себя самого, а ради другихъ цѣлей, то оно есть не право, а фактъ.

Въ сущности же такое заключеніе содержитъ въ себѣ приведеніе къ абсурду всего изложеннаго мнѣнія. Ни одно право не защищается ради самого себя; но во всѣхъ случаяхъ данная форма отношенія, называемая правомъ, пользуется судебною защитою потому, что огражденіе этой формы способствуетъ достиженію извѣстныхъ гражданскихъ цѣлей. Какое право ни взять, оно всегда окажется средствомъ удовлетворенія тѣхъ или другихъ нравственныхъ, экономическихъ и др. потребностей. Съ другой стороны ни одна изъ теорій владѣнія не приписываетъ ему никакого другаго значенія, помимо средства къ удовлетворенію гражданскихъ, государственныхъ, нравственныхъ, или чисто практическихъ требованій. Слѣдовательно, въ этомъ отношеніи владѣніе представляетъ полное сходство съ прочими правами. — Но, скажутъ, характеръ цѣли, ради которой владѣніе защищается, въ чемъ бы она ни заключалась, не можетъ парализовать той аномаліи, что во владѣніи оказывается защита неправомѣрному обладанію и вводится такимъ образомъ коренное противорѣчіе въ область руководящихъ принциповъ права.

Дѣло въ томъ, что самое мнѣніе о существованіи этой аномаліи построено на двоякомъ заблужденіи. Понятія о природѣ права и владѣнія, положенныя въ основаніе этого мнѣнія, не отвѣчаютъ изображаемой ими дѣйствительности.

Съ одной стороны покровительство незаконному способу приобрѣтенія, противорѣча цѣлямъ права, не исключается совершенно изъ области отдѣльныхъ случаевъ юридической практики въ качествѣ возможнаго результата ея. Насколько контролирующая власть не въ состояніи услѣдить за злоупотребленіями, которымъ подвергаются на практикѣ правовыя формы, настолько право оказываетъ покровительство дѣйствіямъ неправомѣрнымъ. Кромѣ того самая конструкція правовыхъ институтовъ никогда не можетъ достигнуть такого совершенства, чтобы закрыть всѣ пути къ злоупотребленіямъ, и обыкновенно правоопредѣленія сами заключаютъ въ себѣ источникъ злоупотребленій, устраняютъ которыхъ судья не властенъ, такъ какъ они составляютъ непосредственное приложение порядка, санкціонированнаго объективнымъ правомъ. Принципъ относительной пользы правитъ конструкцію всѣхъ гражданскихъ институтовъ. Какіе бы справедливые мотивы ни лежали

въ основаніи права собственности,—будутъ ли то интересы труда, или убѣжденіе, что въ порядкѣ, основанномъ на частной собственности, заключается вообще болѣе задатковъ къ экономическому и нравственному благосостоянію общества, нежели въ какомъ либо другомъ порядкѣ, — въ отдѣльныхъ случаяхъ проведение принципа собственности можетъ при извѣстныхъ условіяхъ оказаться въ противорѣчій со всѣми требованіями справедливости. Но такъ какъ такіе случаи составляютъ исключеніе, и такъ какъ право не располагаетъ никакими средствами, способными устранить вредъ, отъ нихъ происходящій, то поневолѣ приходится мириться съ ними. Сказанное относительно основнаго принципа всего института примѣнимо и къ его частностямъ. Такъ, правило, по которому вещь, передѣланная въ другую форму (*specificatio*), переходитъ въ собственность спеціалиста, имѣетъ своимъ основаніемъ справедливыя требованія интересовъ труда; но иногда возможно воспользоваться имъ и ради не-благовидныхъ цѣлей. Тоже можно было бы повторить и относительно всѣхъ другихъ институтовъ. Принципы обязательственнаго, семейственнаго, наследственнаго права основаны не на абсолютной, а на относительной справедливости. Какъ на рельефный примѣръ, Іерингъ ссылается на бумаги на предъявителя. Онъ обязаны своимъ происхожденіемъ желанію упростить и облегчить процессъ доказыванія. Качество лица, какъ кредитора, доказывается простымъ предъявленіемъ документа; но та же самая выгода доставляется этимъ не только настоящему кредитору, но вору и разбойнику,— учреждение, введенное ради интересовъ дѣйствительнаго правообладателя, обращается противъ него. Судебное рѣшеніе сохраняетъ свою силу и тогда, когда оно обращаетъ право въ неправо и неправо въ право. Право помилованія можетъ избавить преступника отъ заслуженнаго наказанія. Извѣстное правило, гласящее, что осуществляющій предоставленное ему право не нарушаетъ правъ другихъ лицъ, оправдывается только съ точки зрѣнія принципа относительной пользы. Оно противорѣчитъ высшимъ соображеніямъ справедливости и допускается только вслѣдствіе невозможности установить иной, болѣе совершенный порядокъ вещей. Мы находимъ принципъ относительной пользы въ процессуальномъ и въ публичномъ правѣ, также какъ и въ гражданскомъ. Уже Цицеронъ, обсуждая римскій трибуналъ, замѣтилъ: „думаю, что въ этой власти заключается нѣчто дурное, но безъ этого дурнаго мы не

имѣли бы и того хорошаго, что содержится въ ней <sup>21)</sup>, и разсуждать такимъ образомъ слѣдуетъ по отношенію ко всѣмъ правовымъ институтамъ, о чемъ помнитъ важно потому, что въ противномъ случаѣ легко впасть въ ошибку при исторической оцѣнкѣ институтовъ: возможные вредныя послѣдствія института легко тогда отождествить съ цѣлями, основными мотивами его.

Съ другой стороны ничто въ юридической конструкціи владѣнія не изобличаетъ того, что назначеніе этого института заключается въ преднамѣренномъ покровительствѣ неправомѣрному приобрѣтенію вещей. Впервыхъ, вопросъ о законности владѣнія не устраняется отсюда вовсе. Неправомѣрный владѣлецъ получаетъ защиту только противъ третьихъ лицъ, но не противъ пострадавшаго отъ него владѣльца, который всегда останется побѣдителемъ при столкновеніи съ лицомъ, незаконно отнявшимъ у него владѣніе. Такимъ образомъ, если В. отнял у А. незаконнымъ путемъ владѣніе, которое по отношенію къ В. было законно, то у А. остаются всѣ средства къ возвращенію потеряннаго и В. имѣетъ судебную защиту противъ всѣхъ третьихъ лицъ, С., Д., Е., но ни въ какомъ случаѣ противъ А; какимъ бы неправомѣрнымъ ни представлялось намъ владѣніе В., во всякомъ случаѣ третьи лица С., Д., Е., имѣютъ на него еще менѣе права. Повторныхъ, появленіе неправомѣрныхъ владѣльцевъ возможно только тамъ, гдѣ они претендуютъ на вещь, какъ на свою; претензія же на чужую вещь, какъ таковая, защищается лишь тогда, когда желанію владѣть сопутствуетъ еще законное основаніе къ тому. Втретьихъ, хотя съ догматической точки зрѣнія положенія собственника и вора представляются вполне равными, но въ дѣйствительности, на практикѣ, воровское владѣніе есть весьма слабое исключеніе. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ, какъ разъяснилъ Іерингъ, владѣлецъ есть или собственникъ, или лицо, управомоченное отъ собственника; число же случаевъ неправомѣрнаго обладанія представляется сравнительно невеликимъ. Въ особенности такое отношеніе имѣетъ мѣсто при недвижимостяхъ, на которыхъ главнымъ образомъ и сосредоточивается интересъ владѣнія, такъ какъ обладаніе движимыми вещами охраняется помимо виндикаціи и владѣльческихъ интердиктовъ рядомъ деликтныхъ исковъ съ облегченною процедурою доказыванія (*condictio furtiva*, *actio*

<sup>21)</sup> Ihering, *Grund des Besitzschutzes*, стр. 55 сл. (1869).

legis Aquiliae, и др.). По предположению Теринга, весьма вероятно, число неправомѣрныхъ земле- и домовладѣльцевъ не превышаетъ сотой, а, можетъ быть, даже тысячной доли числа всѣхъ обладателей недвижимыми вещами. Поэтому при защитѣ владѣнія существуетъ всегда большая вѣроятность въ пользу его правомѣрности. Наконецъ, вчетвертыхъ, предписывая судѣ не добираться во владѣльческихъ процессахъ до послѣднихъ юридическихъ основаній владѣнія, но судить на основаніи самого факта владѣнія, и открывая такимъ образомъ возможность покровительства неправомѣрному обладанію вещами, право сообщаетъ судебнымъ приговорамъ о владѣніи временный характеръ и тѣмъ даетъ средство къ пересмотру ихъ, и въ случаѣ ихъ несоотвѣтствія высшимъ правовымъ цѣлямъ, къ отмѣнѣ. Если во владѣніи защищается иногда не-собственникъ противъ собственника, то это происходитъ не такимъ образомъ, что судъ, зная, что именно въ данномъ случаѣ покровительства ищетъ неправомѣрный владѣлецъ, даетъ ему защиту, но такъ, что, откладывая вопросъ о правомѣрности до другаго раза, разрѣшаетъ споръ по другимъ даннымъ. Всѣ эти обстоятельства, вмѣстѣ взятая, свидѣлствуютъ, что во владѣніи покровительство неправомѣрному обладанію составляетъ возможное послѣдствіе юридической конструкции этого института. Но они не содержатъ никакого признака, который говорилъ бы въ пользу того, что она образована ради этихъ послѣдствій. Напротивъ, не зная ея практическаго назначенія, по всѣмъ видимымъ признакамъ мы имѣемъ полное право утверждать, что, каково бы ни было это назначеніе, оно во всякомъ случаѣ не заключается въ стремленіи оказать правовую защиту ворами и разбойникамъ<sup>25)</sup>.

25) Г. Митюковъ не удовлетворяется подобными объясненіями и замѣчаетъ, что „наука имѣетъ другія, существенныя и прочныя основанія для рѣшенія вопроса о природѣ владѣнія и собственности, а не случайный практической перевѣсъ перваго надъ послѣднею, или послѣдней надъ первою“, — какъ будто весь споръ о природѣ владѣнія не возникъ изъ-за того, что иногда „можетъ случиться“, что владѣлецъ не есть собственникъ! Если не ошибаюсь, то подъ прочными основаніями г. Митюковъ понимаетъ извѣстные положенія римской юриспруденціи, гласящія, что *possessor eo ipso quod possidet etc.*, что владѣніе должно быть отдѣлено отъ собственности, и т. п. (ср. стр., 36 сл.). Но позволительно ли, толкуя юридическій принципъ, отрывать его отъ совокупности бытовыхъ условій, среди которыхъ онъ возникъ? Индуктивная догма, надъ которой мой почтенный критикъ не прочь и подтрунить, эта догма, толкуя принципъ владѣнія, не упускаетъ изъ виду того обстоятельства, что право владѣнія возникло при томъ фактическомъ усло-

IV. Въ ученіи о владѣніи существуютъ частныя положенія, которыя обязаны своимъ происхожденіемъ вліянію основнаго взгляда на владѣніе, какъ на фактъ, но которыя употребляются иногда, какъ самостоятельные аргументы, говорящіе въ пользу этого взгляда. По мнѣнію Бюхеля, приведенному выше, каждое право можетъ пользоваться судебною защитою лишь до тѣхъ поръ, пока оно не потеряно для правообладателя; напротивъ владѣніе защищается тогда, когда оно исчезло (*interdicta rescipereandae possessionis*). Каждое вещное право, за исключеніемъ случаевъ исчезновенія вещи изъ числа предметовъ природы, или гражданскаго оборота, теряется не иначе, какъ по волѣ правообладателя; владѣніе же считается потеряннымъ, когда оно отымается у насъ противъ нашей воли. — Эти различія между владѣніемъ и другими правами могли бы имѣть большой вѣсъ, если бы сами въ себѣ были справедливы; но именно этого качества нельзя признать за ними. Бюхель исходитъ изъ общепринятаго воззрѣнія на приобрѣтеніе и потерю владѣнія, не замѣчая, что въ основаніи этого воззрѣнія лежитъ нѣкоторое смѣшеніе во владѣніи его фактическаго элемента съ элементомъ юридическимъ, обусловленное именно предвзятымъ взглядомъ на владѣніе, какъ на фактъ.

Вышеуказанныя двѣ стороны права, — чисто юридическую и фактическую (реальность), слѣдуетъ различать и во владѣніи, такъ какъ присутствіе юридической стороны обуславливается исключительно присутствіемъ судебной защиты, а владѣніе, подобно всѣмъ другимъ правамъ, имѣетъ таковую. Между тѣмъ общепринятое воззрѣніе смѣшиваетъ всегда реальность владѣнія съ правомъ владѣнія, отождествляя установленіе и прекращеніе первой съ установленіемъ и прекращеніемъ послѣдняго. Въ отношеніи къ приобрѣтенію владѣнія такое смѣшеніе не имѣетъ вредныхъ послѣдствій,

въ, что владѣлецъ въ большей части случаевъ есть и собственникъ. Врядъ-ли можно оспаривать существованіе существенной связи между владѣніемъ и этимъ условіемъ. Если же принять, какъ то дѣлаетъ г. Митюковъ (стр. 43), что защита владѣнія должна быть объяснена вліяніемъ самостоятельной силы, то получимъ, что владѣніе защищалось бы, если бы численное отношеніе владѣльцевъ - собственниковъ къ владѣльцамъ не-собственникамъ не было бы столь благоприятно, какъ то существуетъ на самомъ дѣлѣ. Прочныя основанія, о которыхъ говорить г. Митюковъ и въ которыхъ онъ видитъ достойный предметъ истинно-научной юриспруденціи сводятся въ сущности къ объективированію юридическихъ принциповъ, — приемъ, имѣющій, правда, сдѣкую древность, но мало согласный съ требованіями науки въ настоящемъ значеніи этого слова.



такъ какъ право владѣнія возмѣкаетъ всегда не иначе, какъ съ возникновеніемъ его реальности<sup>26)</sup>. Но когда рѣчь идетъ о потерѣ владѣнія, тогда означенное отождествленіе сказывается нѣкоторыми неудобствами. Право владѣнія не всегда теряется съ уничтоженіемъ его реальности: въ иныхъ случаяхъ потеря обладанія вещью служитъ поводомъ къ предъявленію владѣльческаго иска объ его возвратѣ<sup>27)</sup>. Такимъ образомъ не слѣдуетъ отождествлять подобные случаи нарушенія владѣнія съ его потерей, а слѣдуетъ видѣть въ нихъ лишь нарушеніе осуществленія права, какъ видятъ это въ отношеніи къ праву собственности, когда нарушается владѣніе собственника, и въ отношеніи къ обязательственному праву, когда должникъ уклоняется отъ исполненія своихъ обязанностей. То обстоятельство, что въ подобныхъ случаяхъ возстановленіе естественнаго вла-

<sup>26)</sup> Если бы относительно *int. adip. possessionis* пришлось придти къ тому заключенію, что эти интердикты принадлежатъ къ области ученія о владѣніи и суть притомъ иски вещьны, то названное смѣшеніе оказалось бы вреднымъ и по отношенію къ пріобрѣтенію владѣнія, такъ какъ тогда слѣдовало бы связать, что при названныхъ интердиктахъ право владѣнія возникаетъ ранѣе факта владѣнія. Я не предвижу, что могло бы быть ес ообразнымъ въ подобномъ выводѣ. По мнѣнію г. Митюкова, стр. 104, означенное въ текстѣ смѣшеніе „не только безвредно, но даже полезно и, еще болѣе, оно необходимо. Иначе пришлось бы допустить происхожденіе права владѣнія до происхожденія владѣнія“. Г. Митюковъ не потрудился объяснить однако, въ какихъ же именно случаяхъ пришлось бы допустить это и почему это было бы чѣмъ-то несообразнымъ.

<sup>27)</sup> Г. Митюковъ, стр. 103, говоритъ по поводу этого мѣста текста: „Итакъ, здѣсь г. Муромцевъ смотритъ уже на право владѣнія, какъ на основаніе иска по владѣнію, тогда какъ прежде (см. выше, п. I) онъ считалъ этотъ искъ причиною того, что владѣніе есть право“. Въ этомъ случаѣ существуетъ между мною и моимъ почтеннымъ критикомъ большое недоразумѣніе, и чтобы устранить его я считаю необходимымъ повторить еще разъ употребленную мною терминологию (такъ какъ недоразумѣніе сводится на отсутствіе одинаковаго пониманія терминовъ). Обладаніе вещью, какъ таковое, есть фактъ. Въ силу тѣхъ или другихъ соображеній, ради тѣхъ или другихъ практическихъ результатовъ, общество даетъ этому факту юридическую защиту, чрезъ что владѣніе становится правомъ. Причина этого права заключается въ потребностяхъ и соображеніяхъ, приведшихъ общество къ защитѣ владѣнія. Не искъ есть причина права, а дарованіе, установленіе иска составляетъ его причину; искъ же есть атрибутъ отношенія, характеризующій его, какъ право,—подобно тому, какъ не четыре стѣны съ крышей составляютъ причину; зданія, а актъ возведенія этихъ стѣнъ и крыши; стѣны же и крыша суть элементы зданія. Сущность иска состоитъ въ томъ, что онъ уничтожаетъ по возможности вредъ, происходящій отъ нарушенія фактическаго отношенія лицамъ; и значило бы отрицать искъ совершенно, сказавъ, что право (т. е. искъ) теряется, какъ скоро уничтожается фактическое отношеніе. Право, т. е. юридическая квалификація отношенія и назначена на случай такого уничтоженія.

дѣнія не всегда можетъ оказаться осуществимымъ, не служитъ противъ нашего вывода подобно тому, какъ оно не препятствуетъ считать виндицирующаго собственника собственникомъ, или ищущаго кредитора кредиторомъ, хотя и они рискуютъ не возратить себѣ потеряннаго<sup>28)</sup>.

Помянутое смѣшеніе юридическаго и естественнаго элементовъ владѣнія отразилось еще на другомъ положеніи, касающемся этого института. Отвлекая отъ естественнаго элемента, римскіе юристы справедливо утверждали, что отъ природы невозможно, чтобы одно лицо владѣло тою же самою вещью, которую владѣетъ другое лицо. Но затѣмъ это положеніе было распространено на юридическую сторону владѣнія<sup>29)</sup>, хотя эта послѣдняя вовсе не обладаетъ въ данномъ случаѣ качествами, соответствующими качествамъ его естественнаго элемента. Характеристическое свойство права владѣнія состоитъ въ томъ, что не спрашивается, *an justa vel injusta sit possessio adversus ceteros*. Отсюда слѣдуетъ, что лицо, противъ котораго направляется рекуператорный интердиктъ, т. е. владѣлецъ, незаконный по отношенію къ истцу, пользуется владѣльческими интердиктами противъ третьихъ лицъ. Такимъ образомъ можетъ существовать два права владѣнія на одну вещь. Другими словами, условія владѣнія *in abstracto* таковы, что *при извѣстныхъ обстоятельствахъ* въ отдѣльномъ конкретномъ случаѣ они ставятъ нѣсколькихъ лицъ въ положеніе субъектовъ владѣнія одною и тою же вещью.

<sup>28)</sup> При предложенной постановкѣ предмета устраняется необходимость въ предварительномъ разрѣшеніи вопроса о томъ, принадлежатъ ли владѣльческіе интердикты къ разряду исковъ вещьныхъ, или личныхъ. А *propter* обѣ конструкции представляются одинаково возможными. Направленные подобно первымъ къ возстановленію обладанія вещью, они подобно вторымъ прилагаются только противъ перваго нарушителя. Можно признать ихъ личными исками, подобными нѣкоторымъ деликтнымъ искамъ; но можно также признать ихъ вещьными, и тогда ограниченіе однимъ отвѣтчикомъ истолковывается, какъ результатъ того свойства владѣнія, что вопросъ о немъ рѣшается по внѣшности, съ устраненіемъ конечнаго разрѣшенія вопроса объ основаніяхъ владѣнія. Если В отнимаетъ вещь у А, и она попадаетъ затѣмъ въ руки С, то А не имѣетъ интердикта противъ С, потому что начальный моментъ владѣнія С связанъ съ личностью В, а разыскивать о правахъ другихъ лицъ на вещь значило бы подымать вопросъ о правомѣрности. Извѣстно однако, что до Юстиніана *int. utrobi* имѣлъ силу и противъ С, и отсюда видно, какъ условно можетъ быть пониманіе характеристической особенности владѣльческаго процесса. Что же касается до самой этой потребности то, какъ слѣдуетъ изъ сказаннаго въ п. II, она не составляетъ ничего неправомѣрнаго.

<sup>29)</sup> *Dig. 41. 2 de a. v. a. p. fr. 3 § 5; ср. Dig. 13. 6. commod. fr. 5 § 15.*



Это послѣдствіе весьма своеобразно; но такъ какъ согласно съ сказаннымъ выше оно не есть преднамѣренный результатъ судебной защиты владѣнія, то во всякомъ случаѣ оно не можетъ имѣть рѣшающее значеніе при характеристикѣ этого института.

V. Существенный признакъ фактической природы владѣнія замѣчаютъ въ томъ обстоятельстве, что къ владѣнію не примѣняется будто бы преемство лицъ въ правѣ. Несостоятельность этого мнѣнія будетъ обнаружена нѣсколько ниже по другому поводу. Тамъ будетъ показано, что относительно владѣнія существуютъ всѣ тѣ юридическія послѣдствія, совокупность которыхъ совмѣщается въ понятіи о преемствѣ. Эти послѣдствія или допускаются юриспруденціею прямо, не называясь только соответствующимъ именемъ; или же возбраняются юриспруденціею, но на практикѣ реализуются необходимыми путями, чѣмъ обнаруживается вся нецѣлесообразность запрета, обусловленнаго предвзятымъ воззрѣніемъ на владѣніе, какъ на фактъ.

Такимъ образомъ мы видимъ, что отрицающіе юридическую природу владѣнія или опираются на ложное понятіе о правѣ, неспособное вмѣстить въ себя понятіе о владѣніи (какъ въ п. II), или исходятъ изъ несуществующихъ признаковъ института владѣнія (какъ въ п. IV и V), или же соединяютъ въ своихъ разсужденіяхъ обѣ эти ошибки (какъ въ п. III). Разоблаченіе этихъ ошибокъ ведетъ къ тому заключенію, что не существуетъ препятствій къ признанію права во владѣніи. Но помимо всѣхъ частныхъ разъясненій къ тому же заключенію должно вести слѣдующее общее соображеніе. Не существуетъ никакихъ основаній расширять область признаковъ, характеризующихъ юридическое отношеніе и отличающихъ его отъ отношеній фактическихъ, за границы двухъ признаковъ, указанныхъ въ п. I настоящаго очерка. Первый характеристическій признакъ юридическаго отношенія состоитъ въ томъ, что оно защищается авторитетомъ общественной власти въ извѣстныхъ, своеобразныхъ формахъ; второй — въ томъ, что подобная защита сопровождается въ исторіи всѣми признаками явленія нормальнаго и не случайнаго въ томъ особенномъ значеніи этого послѣдняго атрибута, при которомъ случайное означаетъ нѣчто мимолетное и мало гармонирующее съ общимъ ходомъ развитія. Каждое отношеніе, обладающее двумя названными признаками, должно быть признано правомъ. Затѣмъ дѣло дальнѣйшаго изслѣдованія — отправиться отъ сказаннаго внѣшняго опредѣленія внутрь предмета

и разрѣшить вопросъ: какія причины ведутъ къ тому, что общество принимаетъ подъ свое покровительство тѣ или другія частныя отношенія. Эти причины должны заключаться не въ содержаніи отношеній, какъ таковыхъ, а въ характерѣ отношенія ихъ содержанія къ потребностямъ жизни даннаго времени. Слѣдуетъ опредѣлить, при какихъ историческихъ условіяхъ частное фактическое отношеніе, приобретающее судебную защиту, становится отношеніемъ юридическимъ. — Весь споръ о природѣ владѣнія есть въ концѣ концовъ споръ терминологическаго свойства, но споръ весьма важный, такъ какъ, не установивъ твердымъ образомъ терминологіи, легко запутаться въ дальнѣйшемъ изслѣдованіи. Утверждать, что владѣніе есть фактъ, а не право, значитъ вмѣстѣ съ тѣмъ отрицать предложенное выше опредѣленіе права въ отличіе отъ факта, потому что владѣніе-фактъ свидѣтельствуетъ, что защищаться судомъ въ качествѣ нормальнаго института можетъ и не юридическое отношеніе. Но такъ какъ наука права не должна быть лишена одного изъ наиболѣе ясныхъ и общихъ понятій, то отрицаніе юридической природы владѣнія можетъ быть допущено не иначе, какъ подъ условіемъ установленія другаго общаго понятія о правѣ взамѣнъ устраняемаго такимъ отрицаніемъ, — при чемъ должно быть доказано, что новое понятіе построено на признакахъ, не менѣе существенныхъ, чѣмъ понятіе старое<sup>30)</sup>. Если правовѣдѣніе должно быть наукой, то дѣятелямъ его слѣдуетъ соблюдать и научные приемы, а къ числу такихъ принадлежатъ безспорно и разумная экономія въ распоряженіи имѣющимися на лицо продуктами научной разработки предмета. Ни одинъ терминъ, ни одно понятіе, ни объясненіе не должны быть отбрасываемы безъ яснаго доказательства ихъ негодности и безъ замѣны ихъ другими. Неразумно устанавливать какое-либо частное положеніе такимъ образомъ, что послѣдствіемъ того возникаетъ необходимость пожертвовать общимъ понятіемъ, не замѣняя его чѣмъ-либо другимъ. Такъ какъ не существуетъ никакихъ самостоятельныхъ поводовъ къ устраненію вышепредложеннаго общаго понятія о правѣ и такъ какъ вопросъ о природѣ владѣнія можетъ быть разрѣшенъ въ смыслѣ, согласномъ съ этимъ понятіемъ, тѣмъ положеніемъ, что владѣніе есть право, отличающееся отъ другихъ правъ извѣст-

<sup>30)</sup> Г. Митюковъ всюду предполагаетъ подобное понятіе, но къ сжалѣнію нигдѣ не уясняетъ его хоть сколько-нибудь.

ными характеристическими особенностями, то нѣтъ пока нужды искать какого-либо другаго разрѣшенія этого вопроса. Въ области ученія о владѣнн эта нужда можетъ возникнуть, если дальнѣйшее изслѣдованіе приведетъ къ заключенію о невозможности объяснить особенность владѣнн удовлетворительнымъ для права образомъ. Почтенный критикъ, къ которому я не разъ уже относился въ примѣчаніяхъ къ предшествующимъ страницамъ, заключаетъ, что юридическій элементъ владѣнн состоитъ только въ искѣ<sup>31)</sup>. Но юридическій элементъ всѣхъ правъ состоитъ только въ искѣ, а потому владѣнн есть право.

Возвратимся теперь къ особенной цѣли этого очерка. Спрашивается, какое вліяніе на оцѣнку фактическаго матеріала ученія о владѣнн должно оказать полученное нами заключеніе о его природѣ? Если мнѣніе о томъ, что владѣнн есть фактъ, невѣрно, то какъ слѣдуетъ отнестись къ тѣмъ фактамъ, которые приводятъ въ защиту этого мнѣнн? Выше эти факты были раздѣлены на три разряда, и слѣдуетъ отвѣтить на поставленный вопросъ отдѣльно по каждому разряду. Вопервыхъ, казуальныя рѣшенія римскихъ юристовъ, ими самими подведенныя подъ воззрѣніе на владѣнн, какъ на фактъ, составляя дѣйствительные историческіе факты, могли быть порождены непосредственнымъ вліяніемъ названнаго воззрѣнн и потому не всегда согласоваться съ общимъ характеромъ института, вслѣдствіе чего будетъ основательно отдѣлить ихъ при дальнѣйшемъ изслѣдованн отъ прочаго фактическаго матеріала и не придавать рѣшительнаго значенія противорѣчію ихъ съ полученными нами выводами, буде таковое окажется. Напротивъ вторая группа, — казуальныя рѣшенія римскихъ юристовъ, подведенныя подъ отчужденное воззрѣніе современной догмою, должна играть роль, равноправную съ ролью прочаго фактическаго матеріала. Наконецъ третья группа, — свойства владѣнн, свидѣтельствующія, по мнѣнію современныхъ догматиковъ, въ пользу фактической природы владѣнн, должна быть включена въ основаніе изслѣдованн настолько, насколько подтвердилось существованіе этихъ свойствъ.

### В. О принципѣ права владѣнн.

Формула, назначенная выразить основной принципъ владѣнн по римскому праву, должна объединить ха-

<sup>31)</sup> Митюковъ, стр. 106.

рактеристическія особенности владѣнн и по возможности большее число казуальныхъ рѣшеній, принадлежащихъ къ области приложенія этого института. Условіе: „по возможности большее число“, поставленное взамѣнъ обычнаго „всѣ“ казуальныя рѣшенія имѣетъ свои основанія. Обыкновенно требуютъ, чтобы догматическая теорія, предпринимающая объяснить какую-либо группу рѣшеній, объясняла всѣ таковыя рѣшенія, и малѣйшее несогласіе теоріи съ однимъ изъ нихъ охотно принимаютъ за свидѣтельство о несостоятельности самой теоріи. Выставляя подобное требованіе, забываютъ, что рѣшенія, заключенныя въ римскихъ сборникахъ права, были сформулированы людьми, которые, какъ бы совершенны ни были ихъ юридическія способности и познанія, не могли быть вполне свободны отъ свойственныхъ людямъ недостатковъ и потому не были въ состоянн сохранить абсолютную послѣдовательность въ высказанныхъ ими положеніяхъ. Полная послѣдовательность и единство судебной практики въ сферѣ какаго-либо института, если только оно осуществимо, было бы явленіемъ въ несравненной степени болѣе страннымъ и замѣчательнымъ, нежели нѣкоторая незначительная непослѣдовательность и разнорѣчіе. Потому несогласіе догматической теоріи съ ея фактическими основаніями только тогда должно быть обращено къ ущербу самой теоріи, когда оно переходитъ извѣстные предѣлы, касаясь части фактическаго матеріала настолько важной, или обширной, что было бы неосновательно предполагать о подобномъ несоотвѣтствн то, что оно могло ускользнуть отъ вниманія юриспруденціи. Ближайшее опредѣленіе критерія, указывающаго, гдѣ слѣдуетъ искать помянутые предѣлы, должно быть предоставляемо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ такту самого изслѣдователя. Во всякомъ случаѣ теорія, имѣющая за себя не меньшую правдоподобность, чѣмъ кака-либо другая теорія, и допускающая при объясненн даннаго института меньше значительныхъ противорѣчій, нежели эта послѣдняя, должна быть предпочтена предъ нею.

Руководясь сказаннымъ, слѣдуетъ сравнить двѣ извѣстныя попытки формулировать принципъ владѣнн, — именно, попытки Савиньи и Иеринга.

Савиньи опредѣлилъ владѣнн, какъ физическую возможность господствовать непосредственно въ данный моментъ надъ вещью и исключать всякое чуждое воздѣйствіе на нее. Согласно съ этимъ владѣнн начинается съ приобрѣтеніемъ такой возможности и теряется съ прекращеніемъ ея. Иерингъ показалъ, что опредѣленіе

Савиньи не согласуется съ нѣкоторыми частными случаями, въ которыхъ римскіе юристы признають пріобрѣтеніе и потерю владѣнія. Такъ, въ мое владѣніе поступаетъ вещь, принесенная въ мое отсутствіе въ мой домъ; подобно этому охотникъ получаетъ владѣніе надъ животными, попавшими въ поставленный имъ капканъ. Въ этихъ случаяхъ владѣніе пріобрѣтается безъ вѣдома владѣльца и независимо отъ его присутствія, — двухъ условій, необходимыхъ, по мнѣнію Савиньи и его послѣдователей, для установленія „физической возможности непосредственно воздѣйствовать на вещь въ каждый данный моментъ“. Значеніе двухъ приведенныхъ случаевъ не умаляется, когда замѣчаютъ, что Савиньи, не ошибаясь въ существѣ своего воззрѣнія, ошибся нѣсколько при формулированіи опредѣленія, даннаго имъ пріобрѣтенію владѣнія, и что присутствіе наше при вещи не требуется для пріобрѣтенія владѣнія, если приготовленія, сдѣланныя нами для основанія фактическаго господства таковы, что оно можетъ быть пріобрѣтено нами въ наше отсутствіе<sup>32)</sup>. Чтобы фактическое господство могло быть пріобрѣтено въ наше отсутствіе, для того необходимо, чтобы дѣйствіе сдѣланныхъ для такой цѣли приготовленій было обезопасено противъ противодѣйствія, возможнаго со стороны третьихъ лицъ, такъ какъ при фактическомъ отношеніи невозможность подобнаго противодѣйствія есть необходимое условіе существованія самаго отношенія. Однако изъ обстановки обоихъ случаевъ, принимаемой догматиками и описанной римскими юристами, явствуетъ, что именно это обстоятельство не принимается здѣсь въ соображеніе<sup>33)</sup>. Слѣдовательно, форма установленія владѣнія въ этомъ случаѣ копируется не съ формы установленія фактическаго, но съ формы установленія юридическаго господства, при которомъ воздержаніе постороннихъ лицъ отъ противодѣйствія, составляя цѣль, ради которой учреждено юридическое господство (т. е. защита фактическаго господства), не есть непремѣнное условіе его существованія. — Далѣе „не теряется владѣніе мѣстомъ

<sup>32)</sup> См. Randa, стр. 281 и примѣч. 4а; стр. 286, 288 слѣд.

<sup>33)</sup> Относительно перваго случая Randa, стр. 302, говорятъ, что пріобрѣтеніе владѣнія совершается чрезъ помѣщеніе вещи въ жилищѣ, или другомъ подобномъ мѣстѣ, „недоступномъ для третьихъ лицъ безъ нашего дозволенія“. Но отсутствіе нашего дозволенія вовсе не можетъ гарантировать нашего фактическаго господства. — О другомъ случаѣ читаемъ въ Dig. 41. 1 de a. r. dom. fr. 55: Laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et si in alieno, utrum permissu ejus cujus fundus erat, an non permissu ejus posuerim etc.

въ горахъ, оставленнымъ владѣльцемъ осенью и недоступнымъ зимою; не теряется владѣніе утонувшею вещью, заблудившимся животнымъ, какъ скоро вещь тотчасъ же вытаскивается изъ воды, а животное тотчасъ же находится; не теряется владѣніе убѣжавшимъ дикимъ звѣремъ, пока не затруднена его обратная поимка; владѣніе животными, имѣющими привычку возвращаться домой, не теряется вслѣдствіе ихъ временнаго удаленія отъ дома; владѣніе дикими звѣрями и рыбой, содержимыми въ паркѣ, или сажалкѣ продолжается непрерывно, хотя бы вслѣдствіе большой величины парка или сажалки было невозможно произвольное воздѣйствіе на известное животное; не прекращается владѣніе вещью, которая затерялась; владѣніе вещью, закопанной въ землю, не теряется, если закопанная забываетъ временно мѣсто, гдѣ она скрыла свою вещь; владѣніе рабомъ, который начинаетъ вести себя, какъ свободный человекъ, теряется не сейчасъ, а лишь въ томъ случаѣ, если означенное поведеніе раба продолжается достаточно долгое время. Наоборотъ владѣніе можетъ быть потеряно вопреки тому, что существуетъ возможность непосредственнаго воздѣйствія на вещь; такъ, теряется владѣніе поземельнымъ участкомъ, когда владѣлецъ не заботится долгое время объ его культурѣ, — все равно, происходить ли это по небрежности его, или вслѣдствіе извинительнаго отсутствія; далѣе, теряется владѣніе поземельнымъ участкомъ, когда послѣ смерти арендатора владѣлецъ долгое время оставляетъ этотъ участокъ безъ призора<sup>34)</sup>.

Такимъ образомъ въ источникахъ существуетъ рядъ казуальныхъ рѣшеній, несогласныхъ съ теоріей Савиньи. Этотъ рядъ настолько великъ, что представляетъ достаточное основаніе для сомнѣнія въ справедливости теоріи. Но кромѣ того противъ воззрѣнія Савиньи слѣдуетъ поднять нѣкоторыя другія, важныя возраженія. Стремясь объединить отдѣльные казуальные рѣшенія, относящіяся къ владѣнію, принципъ Савиньи не поставленъ въ связь съ общими характеристическими свойствами этого института. Если изъ того, что владѣніе есть не болѣе, какъ физическая возможность воздѣйствовать на вещь, можетъ быть выведенъ относительный характеръ владѣнія, т. е. правило, гласящее, что судебное рѣшеніе, состоявшееся по спору о владѣніи, имѣетъ относительную силу, то другое правило,

<sup>34)</sup> Baron, Pandekten, § 118, стр. 190 сл. (2 изд.); ср. Ihering, Grund des Besitzschutzes, стр. 167 и слѣд.

утверждающее, что при владѣльческомъ спорѣ разрѣшеніе вопроса о правомѣрности владѣнія ограничивается отношеніемъ спорящихъ лицъ, остается внѣ связи съ основнымъ принципомъ. Вообще остается непонятнымъ, какимъ образомъ съ принципомъ Савиньи согласуется допущеніе во владѣльческой процессъ вопроса о правомѣрности; тѣмъ менѣе понятно ограниченіе этого вопроса извѣстными предѣлами. Если владѣніе есть возможность непосредственнаго физическаго господства надъ вещью, то почему же прошлая возможность законнаго владѣльца предпочитается настоящей возможности владѣльца незаконнаго? Конечно, возможно объяснить это правило влияніемъ какого-либо другаго, самостоятельнаго принципа. Но въ такомъ случаѣ придется признать въ рекуператорныхъ интердиктахъ не владѣльческіе интердикты, а особый родъ исконъ, хотя защищающій владѣніе, однако основанный на самостоятельномъ началѣ, подобно тому, напр., какъ *condictiones sine causa* возвращаютъ намъ собственность, или владѣніе на вещь, руководясь особеннымъ соображеніемъ справедливости. А *rigori* противъ подобной конструкціи нельзя возразить ничего. Но если представляется возможность другаго объясненія, при которомъ устраняется необходимость означеннаго дуализма, при чемъ избранный принципъ объединяетъ также несравненно большее число казуальныхъ рѣшеній, нежели принципъ Савиньи, то несомнѣнно слѣдуетъ предпочесть такое объясненіе объясненію этого послѣдняго. — Ирингъ опредѣляетъ владѣніе, какъ реальность (*Thatsächlichkeit*), видимость (*Sichtbarkeit*) права собственности. Владѣніемъ слѣдуетъ признать всѣ тѣ отношенія лица къ вещи, о которыхъ по видимости ихъ слѣдуетъ предполагать, что въ нихъ выражается право собственности; на основаніи видимости каждый скажетъ, что мнѣ принадлежатъ вещи, находящіяся въ моей квартирѣ, и животныя, попавшія въ мои сѣти, но затруднитесь сказать меня за лицо, имѣющее притязаніе на кладь, если я не интересуюсь отыскать его, зная, что онъ лежитъ въ моемъ саду. Лѣтними дачами пользуются только въ томъ, и никто не удивится, узнавъ, что я не стараюсь проникнуть къ моей дачѣ во время снѣжныхъ заносовъ. Вопросъ о существованіи владѣнія долженъ разрѣшаться согласно съ экономическимъ назначеніемъ вещей<sup>33)</sup>; одна и та же форма отношенія къ вещи

<sup>33)</sup> Потому признаки владѣнія недвижимостями отличаются отъ признаковъ владѣнія движимостями, насколько видимость недвижимой собственности или поведеніе собственниковъ недвижимостей, отличается отъ видимости движимой собственности или поведенія собственниковъ движимыхъ вещей. Сказать же, основываясь на этомъ различіи, что владѣніе недвижимостями не можетъ подойти подъ понятіе видимости собственности (какъ говоритъ это Randa, стр. 294, 295) значило бы сказать что къ недвижимостямъ непринятима видимость собственности, — какъ будто онѣ не могутъ быть предметомъ права собственности!

признается въ одномъ случаѣ за владѣніе, а въ другомъ — не признается. Я остаюсь владѣльцемъ бревенъ, когда оставляю ихъ на берегу безъ призора, но потеряю владѣніе драгоцѣнностями, если поступлю съ ними такимъ же образомъ: никто не усомнится въ принадлежности мнѣ бревенъ, сваленныхъ подъ открытымъ небомъ, но не признаетъ мою цѣнную вещь, видя, что я оставляю ее валяться на чистомъ полѣ. Для того, чтобы быть владѣльцемъ, надо вести себя по отношенію къ вещи такъ, какъ ведетъ себя собственникъ. Владѣніе начинается съ возникновеніемъ подобнаго образа дѣйствій и уничтожается съ его прекращеніемъ.

Формула Иринга, примѣняясь удобно къ объясненію всѣхъ перечисленныхъ выше казуальныхъ рѣшеній, стоящихъ въ разрѣзъ съ формулою Савиньи, находитъ подтвержденіе своей справедливости еще въ открытомъ Ирингомъ же сходствѣ, существующемъ между конструкціей владѣнія и конструкціей права собственности *in abstracto*. Владѣніе совпадаетъ съ собственностью въ отношеніи объективныхъ границъ ихъ распространенія; владѣніе идетъ параллельно собственности. Ирингъ показываетъ, что въ римскомъ правѣ владѣніе, во первыхъ, не простирается далѣе собственности: гдѣ невозможна собственность, тамъ невозможно и владѣніе, и, во вторыхъ, оно распространено настолько же, насколько и собственность: гдѣ допускается эта послѣдняя, тамъ мыслимо и владѣніе.

Гдѣ нѣтъ собственности, тамъ нѣтъ и владѣнія. Римское право исключаетъ возможность владѣнія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ существуютъ субъективныя, или объективныя препятствія къ праву собственности. Такъ, дѣти, подчиненныя главѣ семейства и лишеныя по общему правилу имущественной правоспособности, не могутъ пріобрѣтать владѣніе. Поэтому подвластный сынъ, купившій и получившій вещь въ отсутствіе своего отца, вслѣдъ затѣмъ умершаго, становится ея владѣльцемъ лишь съ момента этой смерти, потому что только съ этого момента онъ получаетъ право собственности. Напротивъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ подвластныя дѣти, благодаря исключительности своего положенія,

свои обязанности или поведеніе собственниковъ недвижимостей, отличается отъ видимости движимой собственности или поведенія собственниковъ движимыхъ вещей. Сказать же, основываясь на этомъ различіи, что владѣніе недвижимостями не можетъ подойти подъ понятіе видимости собственности (какъ говоритъ это Randa, стр. 294, 295) значило бы сказать что къ недвижимостямъ непринятима видимость собственности, — какъ будто онѣ не могутъ быть предметомъ права собственности!

имѣють въ извѣстныхъ предѣлахъ доступъ къ собственности, способность къ владѣнію признается за ними въ соответствующихъ размѣрахъ, не исключаясь ихъ подвластнымъ состояніемъ; подвластный сынъ, состоящій на военной, или гражданской службѣ и потому имѣющій свое отдѣльное имущество (*resulium castrense, quasi castrense*), пользуется въ отношеніи къ нему правами какъ собственности, такъ и владѣнія. Рабъ находится во владѣніи своего господина, потому что онъ состоитъ въ его собственности; напротивъ, владѣніе немисливо по отношенію къ сыну, такъ какъ власть отца надъ сыномъ не имѣетъ имущественнаго характера. Вещи, исключенныя изъ числа предметовъ частной собственности и принадлежащія государству и общинамъ на правѣ общаго пользования (*usus publicus*), и вообще всѣ тѣ вещи, обладаніе которыми трактуется совершенно отъ собственности, не считаются также объектами владѣнія. — Совпаденію обоихъ институтовъ въ отрицательномъ отношеніи соответствуетъ ихъ положительный параллелизмъ: гдѣ признается собственность, тамъ имѣетъ мѣсто и владѣніе. Въ частности это представляетъ интересъ въ отношеніи случаевъ ограниченной дѣеспособности субъектовъ права. Ихъ недѣеспособность не служитъ препятствіемъ къ признанію за ними владѣнія. Лица, подвергшіяся сумасшествію, не теряютъ своихъ правъ и могутъ пріобрѣтать таковыя вновь чрезъ посредство попечителя; то же примѣняется къ владѣнію. Положенію сумасшедшихъ подобно положеніе дѣтей. Въ одномъ случаѣ (при дареніи) ребенокъ пріобрѣтаетъ собственность безъ посредства опекуна; дѣйствіе этого случая распространяется на владѣніе. Наконецъ юридическія лица пользуются владѣніемъ наравнѣ съ физическими. Сначала подъ вліяніемъ взгляда на владѣніе, какъ на фактъ, юристы не относились сочувственно къ такому распространенію сферы владѣнія, но потомъ нашли необходимымъ допустить его въ виду практическихъ нуждъ оборота <sup>36)</sup>.

Изъ того, что владѣніе есть видимость права собственности, слѣдуетъ совпаденіе объективныхъ условій владѣнія и собственности. Но именно потому, что владѣніе есть не болѣе какъ видимость собственности, это совпаденіе не можетъ быть проведено вполне. Принадлежащія сюда исключенія разсматриваются часто какъ доказательства неосновательности возрѣнія Іеринга;

<sup>36)</sup> Ihering, стр. 143—160.

тогда какъ на самомъ дѣлѣ они только подтверждаютъ его справедливость. Они будутъ указаны ниже (см. п. II).

Наконецъ формула Іеринга открываетъ возможность подвести подъ основной принципъ владѣнія и характеристическія особенности этого института. Если требуется рѣшить относительно двухъ спорящихъ лицъ, кто изъ нихъ по видимости кажется собственникомъ спорной вещи, и если оказывается, что передъ тѣмъ одно изъ этихъ лицъ отняло незаконнымъ образомъ эту вещь у другой стороны, то такой актъ безспорно входитъ въ составъ видимости, лежащей въ основаніи нашего сужденія, какъ одинъ изъ моментовъ поведения лица относительно вещи, и говорить не въ пользу его совершителя, такъ какъ обыкновенно присваиваютъ незаконнымъ образомъ вещи только лица, не имѣющія права на нихъ. Понятно, что этотъ моментъ устраняется изъ области сужденія, когда онъ присутствуетъ одинаково съ обѣихъ сторонъ, уравновѣшивая такимъ образомъ ихъ юридическое положеніе. — Изложенное построеніе сохраняетъ значеніе и для тѣхъ случаевъ, гдѣ реператорный интердиктъ дается владѣльцу и противъ добросовѣстнаго нарушенія его обладанія (*a. momentanea possessionis*). Когда обнаруживается, напримеръ, что владѣніе перешло отъ меня къ другому лицу вслѣдствіе его ошибки, или незаконнаго распоряженія третьяго лица, тогда это событіе характеризуетъ видимость въ томъ же направленіи, какъ и вышеупомянутый незаконный захватъ вещи одною изъ сторонъ. — Что касается далѣе до релятивного значенія судебного рѣшенія о владѣніи, то оно вытекаетъ изъ принципа Іеринга съ не меньшею, если не съ большею убѣдительностью, чѣмъ и изъ принципа Савиньи. Такъ какъ владѣльческій процессъ воздерживается отъ разбора послѣднихъ основаній обладанія вещью, то его результаты должны естественно отступить предъ результатами процесса, не ограниченнаго подобнымъ образомъ. Теперь обратимся къ важнѣйшимъ возраженіямъ, предъявленнымъ противъ возрѣнія Іеринга <sup>37)</sup>.

<sup>37)</sup> Наиболѣе обстоятельный сводъ этихъ возраженій см. у Randa, стр. 285—296 и 436—439; ср. также Meischeider, *Besitz und Besitzerschutz*, 1876, стр. 22—25. Дальнѣйшія литературныя указанія см. у Randa, стр. 296, примѣч. 11-1. Возраженія, высказываемыя противъ юридической природы владѣнія, нерѣдко также должны быть разсматриваемы, какъ возраженія и противъ владѣнія—видимости собственности, такъ какъ обстоятельства, говорища противъ того, что владѣніе есть право, тѣмъ болѣе должны говорить противъ того, что оно есть подобіе права собственности.

I. Находятъ, что положеніе, опредѣляющее владѣніе, какъ видимость права собственности, не согласуется съ нѣкоторыми казуальными рѣшеніями вопросовъ о пріобрѣтеніи и потерѣ владѣнія, содержащимися въ римскихъ сборникахъ. Именно:

1. Кто воздерживается отъ воздѣлыванія своего участка изъ страха предъ кѣмъ-либо, тотъ не теряетъ владѣнія<sup>38)</sup>.—Но такимъ образомъ поступаетъ навѣрное большинство собственниковъ, и потому несправедливо усматривать въ приведенномъ актѣ видимый признакъ не-собственности.

2. Кто зарываетъ дорогіе предметы въ предѣлахъ чужаго участка, тотъ не теряетъ владѣнія ими даже тогда, когда забываетъ на время ихъ мѣстонахожденіе<sup>39)</sup>.—Выше это рѣшеніе было приведено въ подтвержденіе теоріи Іеринга и нѣтъ нужды отказываться отъ такого толкованія. Почему непременно собственникъ долженъ зарывать свои вещи въ свою землю? Какъ поступить ему, напримѣръ, тогда, когда онъ не имѣетъ своей земли, а желаетъ скрыть какія-либо драгоценности? Не естественно ли, напримѣръ, что арендаторъ зароеетъ свои вещи въ предѣлахъ участка, который онъ арендуетъ? Что касается до временной забывчивости, то трудно понять, почему она не идетъ собственнику. Разъ вещь зарыта въ землю на болѣе или менѣе продолжительное время, мѣстонахожденіе ея можетъ быть забыто благодаря особеннымъ условіямъ этого случая и независимо отъ того,—собственникъ, или кто другой скрылъ ее.

3. Кто не пожелаетъ владѣть, тотъ сейчасъ же лишается владѣнія, хотя бы находился относительно вещи въ положеніи собственника<sup>40)</sup>.—Ссылку на это рѣшеніе, какъ на противорѣчіе теоріи Іеринга, слѣдуетъ объявить наиболѣе неосмотрительною и неосновательною. По общему правилу, кто отказывается отъ обладанія какимъ-либо гражданскимъ правомъ, тотъ лишается этого права, хотя бы продолжали существовать всѣ другія условія, необходимыя для его существованія, и владѣніе не составляетъ и не можетъ составлять въ этомъ отношеніи исключенія<sup>41)</sup>.

<sup>38)</sup> Cod. 7. 32 de acq. et ret. poss. fr. 4.

<sup>39)</sup> Dig. 41. 2. de a. v. a. p. fr. 44 pr.

<sup>40)</sup> Dig. eod. fr. 3. § 6.

<sup>41)</sup> Въ однородную ошибку впадаетъ, напримѣръ, Randa, стр. 291, утверждая, что, называя владѣніемъ извѣстное положеніе вещи относительно владѣльца, пришлось бы признать владѣніе за лицами, неспособными къ владѣнію, напримѣръ, за конями. Здѣсь просто забы-

4. Кто теряетъ вещь, но помнитъ мѣсто, гдѣ она находится, тотъ не лишается владѣнія ею<sup>42)</sup>. При этомъ предполагается, конечно, что владѣлецъ желаетъ удерживать вещь за собою. Потерять вещь можетъ и собственникъ; и только тогда, когда потерявшій не вернется за нею, (потому ли, что не хочетъ, или потому, что не можетъ) онъ перестаетъ вести себя, какъ собственникъ.

5. Мужъ, неспособный, по римскому праву, подарить женѣ что-либо въ собственность, можетъ тѣмъ не менѣе перенести на нее владѣніе<sup>43)</sup>.—Жена, обладая вещью, хотя бы полученною ею въ подарокъ отъ мужа, ведетъ себя по отношенію къ ней, какъ собственница, представляется по видимости собственницею ея. Кромѣ того слѣдуетъ замѣтить, что помянутое рѣшеніе отнесено римскими юристами на счетъ фактической природы владѣнія и могло возникнуть исключительно подъ влияніемъ возрѣнія на владѣніе, какъ на фактъ.

6. Римскій гражданинъ, возвратившійся изъ плѣна, возстановляясь во всѣхъ правахъ, принадлежавшихъ ему до плѣна, не получаетъ обратно владѣнія<sup>44)</sup>.—Видимость собственности имѣетъ значеніе только для своего времени и нѣтъ интереса возстановлять въ настоящемъ времени владѣніе, существовавшее въ далекомъ прошедшемъ. Подобно предыдущему и это рѣшеніе мотивируется въ источникахъ фактическою природою владѣнія.

7. Владѣніе убѣжавшимъ животнымъ теряется, если животное не находится, несмотря на предпринятый безъ замедленія тщательный розыскъ<sup>45)</sup>. Изъ этого выводятся, что заботливость о вещи не сохраняетъ владѣнія, коль скоро невозможно господство надъ вещью. Такое заключеніе, конечно, вѣрно; но изъ него вовсе не слѣдуетъ, что владѣніе, насколько оно возможно, не есть обращеніе съ вещью, какъ съ предметомъ собственности, подобно тому, какъ изъ того факта, что право собственности теряется съ уничтоженіемъ, или исчезновеніемъ объекта, не слѣдуетъ ничего о со-

вается, что отношеніе лица къ вещи, какъ къ предмету собственности, или иначе видимость собственности распадается на два элемента: 1) объективный, — объективныя условія возможности владѣнія, какъ видимость собственности, и 2) субъективный, — форма отдѣльнаго отношенія въ каждомъ данномъ случаѣ, и что при отсутствіи одного изъ этихъ элементовъ не можетъ образоваться владѣніе.

<sup>42)</sup> Dig. eod. fr. 25 pr.

<sup>43)</sup> Dig. eod. fr. 1 § 4.

<sup>44)</sup> Выше, примѣч. 7.

<sup>45)</sup> Dig. eod. fr. 3 § 13.



держаніи самого права, собственности. Всѣ права, въ чемъ бы они ни состояли, существуютъ въ предѣлахъ физической возможности, и права на вещь, въ чемъ бы ни заключалось ихъ содержаніе, не могутъ существовать при отсутствіи самой вещи <sup>46)</sup>.

II. Находить также, что источники содержать указанія, несогласуемая съ предположеніемъ о параллелизмѣ владѣнія и собственности относительно границъ ихъ распространенія. Такъ:

1. Свободный человекъ, не знающій о своей свободѣ и состоящій у кого либо на положеніи раба, получаетъ право собственности на приобретенныя имъ вещи, но не получаетъ на нихъ права владѣнія <sup>47)</sup>. Въ этомъ случаѣ границы владѣнія и собственности не совпадаютъ. Но это несопаденіе есть результатъ строгаго логическаго развитія понятія о владѣніи, какъ видимости права собственности. Лицо, состоящее въ положеніи раба, кажется по видимости рабомъ, хотя бы оно было свободно, а потому вещи, принадлежащія этому лицу кажутся принадлежащими его мнимому хозяину, *quia nec possidere intellegitur, qui ipse possideretur*. Предполагать, что и въ этомъ случаѣ владѣніе должно сопровождать право собственности, значило бы допускать разбирательствъ не на основаніи одной видимости, а вопреки ей на основаніи скрытыхъ „внутреннихъ“ отношеній. Свободное лицо, считающее себя рабомъ, не ведетъ себя относительно своихъ вещей, какъ собственникъ, а потому не приобретаетъ права владѣнія. Какъ собственникъ ведетъ себя въ этомъ случаѣ хозяинъ мнимаго раба, а потому онъ и есть владѣлецъ, и такъ какъ онъ есть настоящій владѣлецъ, то этимъ послѣднимъ не можетъ быть никто другой.

<sup>46)</sup> Указываютъ также на случаи современной практики, которые должны бы лишиться владѣльческой защиты при слѣдованіи теоріи Іеринга. Такъ, напримеръ, *Rapida*, стр. 291, говорятъ: „Очень часто владѣніе признается, хотя вещь не находится въ нормальномъ положеніи. Такъ, владѣніе не теряется, конечно, если въ обѣденное время собственникъ оставляетъ безъ призора на луку коней изъ подъ плуга, или, убывая отъ непогоды, оставляетъ на улицѣ экипажъ, кладь, повозку, или при пожарѣ складываетъ свои вещи на площади, выгоняетъ свой скотъ на свободу, и т. д.“ (ср. также стр. 292). Но спрашивается: почему же при всѣхъ означенныхъ обстоятельствахъ описанное обращеніе съ вещью ненормально? При этихъ обстоятельствахъ такое обращеніе есть наиболее нормальное; оно выражаетъ собою видимость собственности, и потому есть владѣніе. Напротивъ съ точки зрѣнія физическаго господства эти случаи далеко не могутъ быть объяснены столь же удачно, потому что именно физическое господство подвергается въ нихъ большому риску.

<sup>47)</sup> *Dig. 41. 1. de a. r. d. fr. 54 § 4.*

2. *Filius familias*, купившій вещь, не зная о смерти своего отца, и потому считающій купленное за *resculium profecticium*, приобретаетъ владѣніе <sup>48)</sup>. — Іерингъ приводитъ это мѣсто въ подтвержденіе совпаденія границъ владѣнія съ границами собственности, такъ какъ въ данномъ случаѣ *filius familias*, въ качествѣ правоспособнаго, приобретаетъ и собственность, буде продавецъ вещи самъ имѣлъ ее <sup>49)</sup>, и Мейшейдеръ замѣчаетъ, что ничего нельзя было бы возразить противъ толкованія Іеринга, если бы только можно было согласовать съ его возрѣніемъ предшествующій случай. Выше это согласованіе осуществлено. Что же касается до соглашенія обоихъ случаевъ между собою, то взаимное противорѣчіе ихъ (въ первомъ случаѣ при незнаніи о своей правоспособности лицо не получаетъ владѣнія, во второмъ же — получаетъ) объясняется тѣмъ, что въ первомъ случаѣ существуетъ лицо, именно, хозяинъ мнимаго раба, которое ведетъ себя, какъ собственникъ, и заблужденіе мнимаго раба находитъ, слѣдовательно, подтвержденіе во внѣшней обстановкѣ его отношенія къ вещи, въ притязаніяхъ и интересахъ другаго лица; напротивъ во второмъ случаѣ *pater familias* не существуетъ совсѣмъ, заблужденіе мнимаго *filius familias* исчерпывается исключительно его личною ошибкою. Не признавая *filius familias* въ этомъ случаѣ за владѣльца, юристу пришлось бы тѣмъ самымъ признать, что въ данномъ случаѣ никто не состоитъ владѣльцемъ вещи, и отнять у *filius familias* выгоду, хотя это не требуется ни какими-либо справедливыми соображеніями, ни интересами другихъ лицъ. Въ первомъ случаѣ конкретныя условія казуса дѣлаютъ невозможнымъ приложеніе полнаго параллелизма владѣнія и собственности безъ ущерба основному принципу владѣнія: во второмъ — конкретныя условія благопріятствуютъ приложенію параллелизма, принося тѣмъ выгоду одному лицу и не затрогивая правъ прочихъ лицъ и, слѣдовательно, не нанося существеннаго ущерба основному принципу, — ибо существенно только такое уклоненіе отъ принципа, которое нарушаетъ права, вытекающія изъ него, а не такое, которое состоитъ только въ нѣкоторой логической измѣнѣ принципу, сопряженной съ положительною пользою для кого-либо. Юриспруденція, относящаяся къ гражданской жизни съ живымъ участіемъ, всегда найдетъ по-

<sup>48)</sup> *Dig. 41. 3. de usurp. fr. 44 § 4.*

<sup>49)</sup> *Ihering*, стр. 149.



добную измѣну логическому формализму вполне цѣлесообразною и справедливою.

3. Свободный человекъ можетъ быть предметомъ владѣнія, если владѣющій не знаетъ о его свободѣ<sup>30)</sup>.—Для возможности такого случая, конечно, необходимо также, чтобы и самъ мнимый рабъ не зналъ о своемъ свободномъ состояніи, или по крайней мѣрѣ не выражалъ своего знанія о томъ. А въ такомъ случаѣ онъ представляется по видимости рабомъ, а его хозяинъ — собственникомъ его.

4. Къ владѣнію непримѣнима универсальная сукцессія, оно не передается по наслѣдству, наслѣдникъ долженъ самъ приобрести владѣніе вещами, которыми владѣлъ наслѣдодатель, если желаетъ пользоваться владѣльческими исками<sup>31)</sup>. Дѣйствительно, римскіе юристы утверждаютъ это, ссылаясь на фактическую природу владѣнія, и попытка показать, что принципъ непримѣнимости къ владѣнію универсальнаго преемства парализовался примѣнимостью иска о наслѣдствѣ (*hereditatis petitio*) къ защитѣ владѣнія<sup>32)</sup>, не достигла своей цѣли<sup>33)</sup>. Важность сказаннаго ограниченія владѣльческой защиты могла бы дать не незначительную опору противникамъ сходства владѣнія съ правомъ собственности, если бы не существовало данныхъ предполагать ненормальность римскаго принципа. Будучи перенесенъ въ новыя законодательства, онъ обнаружилъ на практикѣ свою несостоятельность. „Наслѣдство и наслѣдникъ имѣеть (по австрійскому законодательству) до *arrehensio* только петиторныя, но не владѣльческіе иски. Фигурованное владѣніе наслѣдства и приобретене владѣнія наслѣдникомъ безъ *arrehensio* могли бы, можетъ быть, быть рекомендованы положительному праву по практическимъ соображеніямъ (и практика вполне высказалась бы за это), но ни одинъ изъ названныхъ институтовъ не упомянутъ въ законѣ. Въ гражданскомъ же оборотѣ происходящій отъ того мнимый пробѣлъ въ защитѣ владѣнія остается мало чувствителенъ потому, что наслѣдство скоро приобретаетъ владѣніе чрезъ представителя<sup>34)</sup>. Изъ этого, весьма авторитетнаго свидѣтельства мы узнаемъ, что римское правило не удовлетворяетъ потребностямъ практики, и что практика находитъ свои пути къ обходу

<sup>30)</sup> Dig. 41. 2. *de a. v. a. p.* fr. 1 § 6, fr. 23 § 2; Inst. 2. *9 per quas*, § 4.

<sup>31)</sup> Выше, прим. 8 Ср. новое соч.: Cosack, *Der Besitz des Erben*. 1877.

<sup>32)</sup> Ihering, стр. 85 слѣд.

<sup>33)</sup> Bruns, *Besitzklagen*, 1874, стр. 15—17.

<sup>34)</sup> Randa, стр. 353 сл.

неудобнаго для нея постановленія. Однородность условій современнаго гражданскаго быта съ условіями римскаго гражданскаго быта въ данномъ случаѣ столь велика, что нѣтъ основаній полагать, что тамъ не существовало подобнаго же диссонанса между положительнымъ и дѣйствительнымъ правомъ. Современные юристы отрицаютъ универсальную сукцессію владѣнія, подчиняясь авторитету римскихъ юристовъ; эти послѣдніе поступали такимъ же образомъ подъ вліяніемъ предвзятаго воззрѣнія на владѣніе, какъ на фактъ. Изучая институтъ владѣнія, мы должны возсоздать его въ томъ видѣ, какимъ онъ былъ въ дѣйствительности, а не на страницахъ только писанныхъ источниковъ права. Современная догма со времени Савиньи и Пухты распространяется много о правѣ, какъ о живомъ организмѣ, но когда дѣло идетъ объ описаніи какого-либо института, существовавшаго, или даже еще существующаго, тогда удовлетворяются обыкновенно однимъ описаніемъ института въ томъ видѣ, какъ его представилъ въ законѣ законодатель, или въ своихъ сочиненіяхъ юристы, не спрашивая о томъ, осуществлялась ли буква писанныхъ постановленій въ жизни. Какъ часть живаго организма, правовой институтъ есть система отношеній, существующихъ дѣйствительно, а не предполагаемыхъ на бумагѣ; юридическая норма есть норма, дѣйствительно осуществляемая жизнью, а не только правило, предписанное закономъ. Если, на примѣръ, законъ запрещаетъ дареніе родовыхъ имуществъ, а частныя лица, нестысясь, дарятъ ихъ подъ видомъ купли-продажи, то юристы должны сказать, что существуетъ институтъ даренія, примѣнимый и къ родовымъ имуществамъ, несмотря на враждебную этому волю законодателя. Право есть отношеніе, защищенное авторитетомъ общественной власти<sup>35)</sup> не на бумагѣ, но въ дѣйствительности. Если юристы или законодатель говорятъ, что универсальная сукцессія непримѣнима къ владѣнію, а дѣйствительный правовой порядокъ обнаруживаетъ въ тѣхъ или другихъ формахъ противное, то слѣдуетъ заключить, что владѣніе составляетъ предметъ наслѣдства, хотя юристы и законодатель думаютъ иначе. При открытой для нихъ возможности вмѣшательства въ гражданскую жизнь ихъ мнѣніе можетъ до нѣкоторой степени реализоваться; но при этомъ сейчасъ же возникаетъ борь-

<sup>35)</sup> Подъ общественною властью здѣсь слѣдуетъ понимать не только законодательную власть, но всякую вообще силу, способную своимъ авторитетомъ вынуждать внѣшнимъ образомъ подчиненіе покровительствуемымъ ею нормамъ.

ба съ жизнью, въ концѣ которой юристъ, если онъ не уступить, бываетъ принужденъ открыть для достиженія запрещенной имъ цѣли другія средства, первоначально не предназначенныя для этого, и такимъ образомъ стать въ странное положеніе лица, котораго слушаютъ, но слова котораго обходятъ, пользуясь его же покровительствомъ.

6. Владѣніе не можетъ быть предметомъ сингулярной сукцессіи, оно не передается изъ рукъ въ руки между живыми. Это положеніе нигдѣ не высказано римскими юристами, но составляетъ плодъ отвлеченія новой догмы, не пользующійся въ ней всеобщимъ сочувствіемъ. Въ источникахъ въ одномъ мѣстѣ даже упоминается о традиціи владѣнія. Не признавая сингулярнаго преемства, догма, руководясь казуальными рѣшеніями римскаго права, допускаетъ тѣмъ не менѣе такой порядокъ вещей, который въ сущности равносильнъ сингулярному преемству. Сингулярное преемство въ правѣ состоитъ въ томъ, что съ согласія и при участіи правообладателя другое лицо становится въ его юридическое положеніе, приобрѣтая всѣ правомочія и обязательства, связанныя съ этимъ положеніемъ, насколько они не зависятъ отъ личныхъ условій. Между тѣмъ относительно владѣнія возможно, что „одно лицо отказывается отъ владѣнія ради приобрѣтенія его другимъ лицомъ“. Но форма, въ которую облакаются эти два акта, такова, что она не была бы иною, если бы они были сочтены за передачу владѣнія. Такъ, по римскому праву достаточно для этого простаго изъясненія воли со стороны обоихъ лицъ даже при отсутствіи вещи, и вообще традиція владѣнія по конструкции своей не отличается отъ традиціи собственности. Кромѣ того не мѣшаетъ припомнить, что въ древнемъ римскомъ правѣ и передача собственности разсматривалась, какъ два самостоятельные односторонніе акта, что однако не препятствуетъ видѣть въ квинтиской собственности право, а не фактъ, и говорить о манципаціи, какъ о способѣ передачи собственности. То обстоятельство, что ради овладѣнія вещь другимъ лицомъ отказывается отъ нея можетъ и детенторъ, не говоритъ противъ возможности передачи владѣнія. Здѣсь мы встрѣчаемся съ особымъ случаемъ. Владѣніе можетъ приобрѣтаться и первообразнымъ способомъ, и детенторъ отказывается отъ вещи, чтобы сдѣлать возможнымъ такое приобрѣтеніе владѣнія, подобно тому, какъ онъ можетъ отказаться отъ нея, чтобы открыть другому лицу возможность оккупации, — случай рѣдкій на практикѣ, но согласный

съ теоріей<sup>56)</sup>. — Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ сказать, что собственно вопросъ о преемствѣ во владѣніи не имѣетъ практической цѣны для этого института, а, слѣдовательно, и для его теоріи, такъ какъ правомочія, связанныя съ владѣніемъ, обусловлены исключительно фактомъ существованія владѣнія независимо отъ рода его происхожденія. По общему признанію единственное юридическое послѣдствіе владѣнія, образующее все содержаніе этого института, есть его защита, какъ таковаго. По конструкции интердиктовъ въ Юстиніановомъ правѣ это послѣдствіе вовсе не поставлено въ зависимость отъ владѣнія предшественника, а потому для Юстиніанова права безразличенъ исходъ пререканія по вопросу о томъ, составляетъ ли мое владѣніе только мое право, или же оно есть продолженіе права моего предшественника. До Юстиніана же интердиктъ *ut rubi* былъ обусловленъ продолжительностью владѣнія, и тогда право признавало мое владѣніе въ отношеніи продолжительности его за продолженіе владѣнія моего предшественника<sup>57)</sup>, т. е. сингулярное преемство во владѣніи признавалось настолько, насколько была потребность въ немъ. Если не встрѣчается какого-либо другаго примѣненія сингулярнаго преемства къ владѣнію, то это произошло отъ того, что самое содержаніе права владѣнія въ томъ видѣ, какъ оно выработалось исторіею, не давало къ тому никакого повода, а не потому, что въ сущности этого права лежали какія-либо непреодолимая препятствія къ примѣненію къ нему сингулярной сукцессіи<sup>58)</sup>.

7. Къ владѣнію непримѣнимо дѣйствіе резолютивнаго условія<sup>59)</sup>. — Это положеніе не столько, можетъ быть, говоритъ противъ защищаемаго здѣсь воззрѣнія, сколько противъ самого себя, и объясняется общимъ неудовлетворительнымъ состояніемъ ученія о резолютивномъ условіи въ римскомъ правѣ.

III. Замѣчаютъ, что воззрѣніе Іеринга возбуждаетъ противъ себя нѣкоторыя соображенія общаго свойства. Теорія Іеринга ставитъ будто бы вопросъ о владѣніи въ зависимость отъ вопроса о собственности, то-

<sup>56)</sup> Рѣдкій потому, что для осуществленія его необходимо, чтобы предметомъ детенціи была ничья вещь.

<sup>57)</sup> Gaj. IV § 151.

<sup>58)</sup> Возраженіе, которое дѣлаетъ противъ теоріи Іеринга Randa, стр. 294, легко устраняется признаніемъ сукцессіи. Слѣдуетъ замѣтить, впрочемъ, что самъ Іерингъ (на лекціяхъ) отрицаетъ возможность сингулярнаго преемства во владѣніи.

<sup>59)</sup> Büchel, стр. 14.

гда какъ римскіе юристы прѣ утверждаютъ, что не слѣдуетъ смѣшивать владѣніе съ собственностью. Случай, по поводу которыхъ римскіе юристы высказываютъ это извѣстное правило, не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что его смыслъ состоитъ въ указаніи на необходимость отдѣлять въ каждомъ отдѣльномъ казусѣ вопросъ о существованіи права собственности отъ вопроса о существованіи владѣнія. Такъ, вчинаніе иска о собственности не препятствуетъ предъявленію тѣмъ же лицомъ иска о владѣніи, принадлежность владѣнія вещи одному лицу не мѣшаетъ другому лицу имѣть узурфруктъ на нее, и т. п.<sup>60</sup>). Но ничто не свидѣтельствуетъ въ пользу необходимости распространить дѣйствіе вышеозначеннаго правила за предѣлы названнаго смысла. Будучи же ограниченъ этими предѣлами, онъ нисколько не противорѣчитъ воззрѣнію Іеринга. Это послѣднее, опредѣляя владѣніе, какъ видимость собственности, вовсе не соединяетъ разрѣшенія двухъ, должствующихъ быть раздѣленными вопросовъ о существованіи въ данномъ случаѣ владѣнія и собственности, но только утверждаетъ, что разрѣшеніе вопроса о владѣніи находится въ зависимости отъ нашего общаго понятія о томъ, какъ вообще, безъ отношенія къ какому-либо отдѣльному случаю, обнаруживается нормальное отношеніе собственника къ вещи, и на основаніи этого понятія разрѣшается вопросъ о присутствіи въ данномъ случаѣ видимыхъ признаковъ собственности. Но существуетъ-ли здѣсь собственность на самомъ дѣлѣ, — разрѣшеніе этого вопроса всецѣло оставляется до другаго раза.

Такимъ образомъ приведенный разборъ показываетъ, что тогда какъ принципъ владѣнія, предложенный Савиньи, не согласуясь со многими казуальными рѣшеніями источниковъ, не вмѣщаетъ въ себя одного изъ характеристическихъ свойствъ этого института, несостоятельность принципа, формулированнаго Іерингомъ, ограничивается его несогласіемъ съ нѣсколькими казуальными рѣшеніями, изъ числа коихъ большинство обязано своимъ происхожденіемъ вліянію особаго предубѣжденія римско-германской юриспруденціи, усмотрѣвшейся во владѣніи не право, а фактъ. Руководясь сказанными выше замѣчаніями о способѣ образованія и изслѣдованія юридическихъ принциповъ, мы съ больш-

<sup>60</sup>) Dig. 41. 2 de a. v. a. p. fr. 12 § 1, fr. 52 pr.; 43. 17 uti possid. fr. 1 § 2.

пою вѣроятностью не ошибиться имѣемъ право склониться на сторону воззрѣнія Іеринга.

Ленг. стр. 239.

### С. Объ основаніи юридической защиты владѣнія.

При изслѣдованіи основанія защиты какого-либо института необходимо имѣть въ виду слѣдующія предварительныя соображенія, констатирующія факты общаго свойства:

1. Основаніе юридической защиты гражданскаго института должно заключаться въ болѣе или менѣе ясномъ сознаніи полезности института для гражданскаго оборота, понимая подъ полезностью вообще способность удовлетворить какимъ-либо потребностямъ, входящимъ въ область вѣдѣнія гражданскаго права.

2. Означенная полезность можетъ быть или только предполагаемая, или же вмѣстѣ съ тѣмъ и осуществившаяся въ той или другой степени на дѣлѣ.

3. Въ первомъ случаѣ, т. е. когда происхожденіе защиты института основано только на предполагаемой и не осуществившейся пользѣ, болѣе или менѣе продолжительное историческое существованіе его (въ качествѣ элемента дѣйствительнаго правопорядка, а не одной мертвой буквы закона) возможно только при томъ условіи, что институтъ оказываетъ другую пользу, хотя не ожидавшуюся отъ него, но настолько важную, что сознание ея побуждаетъ юриспруденцію оставить институтъ въ его силѣ. Это сознание выдвигаетъ на первый планъ новое основаніе защиты, первоначальное же основаніе ея отходитъ въ область прошедшаго.

4. Во второмъ случаѣ, т. е. когда защита института основана на пользѣ, ожидавшейся и осуществившейся, къ этой пользѣ могутъ присоединиться еще нѣкоторыя другія полезныя дѣйствія института, сознание которыхъ создаетъ въ подкрѣпленіе главному основанію вторичное основаніе юридической защиты института. — Степень каждаго изъ полезныхъ дѣйствій, какъ главнаго, такъ и второстепенныхъ, можетъ съ теченіемъ времени измѣняться; точно также можетъ измѣняться и значеніе, придаваемое юриспруденціею каждому изъ отдѣльныхъ полезныхъ дѣйствій, — и въ результатъ возможно болѣе или менѣе медленное, частное или полное измѣненіе основанія защиты, сопряженное съ меньшимъ или большимъ измѣненіемъ самого института.

На основаніи сказаннаго (п. 3 и 4), необходимо имѣть въ виду, что основаніе юридической защиты

института, существующее въ периодъ, значительно отстоящій отъ момента его первоначальнаго происхожденія, можетъ быть инымъ, нежели оно было въ этотъ самый моментъ.

5. Предполагая, что отъ сознанія, хотя бы инстинктивнаго, развитой и обладающей большимъ практическимъ смысломъ юриспруденціи не можетъ ускользнуть дѣйствительное соотношеніе различныхъ полезныхъ дѣйствій даннаго института, мы должны предположить, что то дѣйствіе института, которое въ данное время наиболѣе гарантировано юридическою конструкціею его, должно служить и основаніемъ юридической защиты его, т. е., что юриспруденція, придавая институту данный видъ его, поступаетъ такъ потому, что стремится оказать покровительство сильнѣйшему изъ дѣйствій, обусловленныхъ этимъ видомъ. Но при этомъ не надо упускать изъ виду и слѣдующія двѣ возможности: вопервыхъ, что вниманіемъ и покровительствомъ юриспруденціи могутъ пользоваться и другія, второстепенныя дѣйствія института; и, вовторыхъ, что при недостаточно ясномъ сознаніи основаній института, на его конструкцію могутъ имѣть нѣкоторое вліяніе также различныя побочныя воззрѣнія юриспруденціи въ родѣ, на примѣръ, разсмотрѣннаго выше воззрѣнія на владѣніе, какъ на фактъ, — два замѣчанія, дающія возможность объяснить нѣкоторыя отсутствія отъ господствующаго типа юридической конструкции института безъ вреда основанію его, выраженному этимъ типомъ.

Прилагая все сказанное къ изслѣдованію основанія защиты владѣнія въ римскомъ правѣ, слѣдуетъ формулировать задачу этого изслѣдованія такимъ образомъ:

Имѣя въ виду, что только отъ времени классической юриспруденціи сохранились достаточно полныя свѣдѣнія о конструкціи института владѣнія, должно ограничиться на первый разъ изслѣдованіемъ основанія, дѣйствовавшаго въ названное время, допуская, что первоначальное основаніе могло отличаться отъ основанія, имѣвшаго мѣсто въ классическій періодъ. Имѣя въ виду далѣе высокія достоинства римской практической юриспруденціи этого періода, слѣдуетъ принять, что основаніемъ юридической защиты владѣнія служило въ то время сознаніе полезности того дѣйствія ея на гражданскій оборотъ, которое въ наибольшей степени проистекало изъ юридической конструкции владѣнія. И чѣмъ болѣе теоріею, объясняющей основаніе защиты владѣнія, юридическая конструкція его будетъ

представлена приравненной къ требованіямъ самой теоріи, тѣмъ болѣе данныхъ будетъ существовать въ пользу ея основательности. Потому господствующая критика поступаетъ основательно, когда отвергаетъ многочисленныя теоріи владѣнія на томъ основаніи, что онѣ не могутъ быть согласованы со многими частностями римскаго ученія о владѣніи. Но затѣмъ не слѣдуетъ упускать изъ виду и другой стороны дѣла, — именно твердости дедуктивныхъ опоръ, которою должна обладать каждая теорія. Кромѣ вышеприведенныхъ общихъ соображеній надо обратить вниманіе на общія соображенія съ болѣе спеціальнымъ содержаниемъ и потребовать отъ теоріи владѣнія, чтобы она опиралась на какія-либо вѣроятныя общія положенія о способѣ образованія гражданскихъ институтовъ.

Оба эти качества совмѣщаетъ въ себѣ объясненіе основанія владѣнія, предложенное Іерингомъ. (По мнѣнію Іеринга, судебная защита владѣнія есть (въ римскомъ правѣ) необходимое довершеніе защиты собственности, средство облегчить собственнику доказываніе своего права; интересы собственности требуютъ владѣнія, какъ необходимаго дополненія къ ней. Можно представить правовой быть, основанный исключительно на владѣніи, то есть такой, въ которомъ обладатель вещи получаетъ защиту только противъ непосредственнаго нарушителя его права и не имѣетъ виндикаціи противъ третьихъ лицъ; тогда юридическое положеніе *всѣхъ* вещей было бы такимъ, каково теперь положеніе одного изъ важнѣйшихъ предметовъ гражданскаго оборота — денегъ. Но нельзя признать *практически осуществимымъ* правовое состояніе, основанное исключительно на институтѣ римской собственности безъ владѣнія, т. е. такое, гдѣ въ каждомъ случаѣ, представляющемъ необходимость въ защитѣ обладанія вещью, правообладатель былъ бы обязанъ приводить доказательства своего права собственности на вещь. Известно, что подобная обязанность не принадлежитъ къ числу легкихъ. Наложеніе ея на истца имѣетъ значеніе въ томъ случаѣ, гдѣ отвѣтчикъ самъ претендуетъ на право собственности; но гдѣ собственность нарушаютъ воръ и разбойникъ, или вообще лица, не имѣющія на то никакого права, требовать тамъ отъ истца доказательствъ его собственности значило бы безъ нужды обременять собственниковъ; благодаря такому требованію истецъ во многихъ случаяхъ былъ бы поставленъ въ беззащитное положеніе въ виду, можетъ быть, явнаго правонарушенія. Несправедливость подобнаго

исхода очевидна. Поэтому в случаях указанного рода право дозволяет истцу ссылаться на владѣніе, какъ на видимость собственности, и даетъ ему защиту, довѣряя видимости до тѣхъ поръ, пока отвѣтчикъ не докажетъ неосновательности довѣрія. Отвѣтчикъ предъявляетъ свои доказательства или немедленно въ формѣ возраженій, или же можетъ употребить для этой цѣли самостоятельный искъ, выбирая тотъ, или другой путь по своимъ личнымъ соображеніямъ. Но представляется интересъ въ виду облегченія и ускоренія процесса обязательно исключить изъ него ссылку отвѣтчика на свои права. Истецъ ссылается только на свое владѣніе, и споръ его съ отвѣтчикомъ ограничивается этимъ предметомъ; совокупность такихъ случаевъ образуетъ институтъ владѣнія. Право предполагаетъ въ каждомъ владѣльцѣ вѣроятнаго собственника, и это довѣріе къ видимости покоится на житейскомъ опытѣ, составляя результатъ, выведенный изъ наблюдения дѣйствительнаго отношенія собственности къ владѣнію въ гражданскомъ быту (ср. выше, стр. 141 сл.) Но понятно, что, какъ скоро возбуждена судебная защита владѣнія на основаніи видимости, неправомѣрный владѣлецъ получаетъ защиту наравнѣ съ правомѣрнымъ даже противъ собственника. Это возможное слѣдствіе сообщаетъ владѣнію своеобразность, которая даетъ ему значеніе института, самостоятельнаго въ догматическомъ отношеніи. Имѣя это въ виду, римскіе юристы говорятъ, что владѣніе не имѣетъ ничего общаго съ собственностью, и что не слѣдуетъ смѣшивать владѣнія съ собственностью. Но другое слѣдуетъ сказать съ точки зрѣнія историко-философской. Въ теоріи положенія собственника и вора представляются вполне равными, но въ дѣйствительности воровское владѣніе есть не болѣе, какъ очень слабое исключеніе изъ правила, по которому выгоды владѣнія совпадаютъ съ интересами собственности. Защита неправомѣрнаго владѣнія есть не преднамѣренная цѣль института, но лишь необходимое зло, цѣною котораго покупаются его выгоды стороны<sup>61)</sup>.

61) Г. Мятюкова, стр. 38 сл., не удовлетворяетъ это объясненіе, хотя изъ того, какъ онъ самъ на стр. 114 отзывается объ идеѣ относительнаго совершенства, нельзя заключить, чтобы эта идея не пользовалась уваженіемъ со стороны почтеннаго критика. На стр. 38 сл. онъ усматриваетъ недоразумѣніе въ томъ, что историческая точка зрѣнія даетъ иное отношеніе между владѣніемъ и собственностью, нежели точка зрѣнія догматическая. Но въ чемъ же заключается различіе? Историческая точка зрѣнія утверждаетъ, что защита владѣнія, какъ

### I. Возражаютъ<sup>62)</sup>:

1. Если можно представить правовой бытъ, основанный исключительно на владѣніи, то какимъ образомъ владѣніе есть не болѣе, какъ видимость собственности?— Владѣніе въ правовомъ бытѣ, основанномъ исключительно на владѣніи, и владѣніе въ правовомъ бытѣ, подобномъ римскому, т. е. владѣніе, существующее рядомъ съ собственностью, суть два совершенно различные института, которые не слѣдуетъ смѣшивать. При отсутствіи права собственности владѣніе есть самостоятельный, основной институтъ, замѣняющій собственность, и вопросъ, что такое владѣніе, подлежитъ при такомъ порядкѣ самостоятельному разрѣшенію. Напротивъ, рядомъ съ правомъ собственности владѣніе есть вспомогательный для собственности институтъ, конструкція котораго подчиняется конструкціи права собственности. Образование владѣнія въ формѣ видимости собственности не есть единственная возможная конструкція его; но изъ того, что владѣніе можетъ играть самостоятельную роль безъ существованія собственности не слѣдуетъ, что, какъ скоро оно выступаетъ рядомъ съ собственностью, его конструкція не можетъ приобрести своеобразности, соответствующей его новой роли. Владѣніе есть во всякомъ случаѣ обладаніе вещами. Но это обладаніе можетъ быть конструировано или по типу высшихъ проявленій права собственности, или же по какому-либо другому, самостоятельному типу.

2. Если право владѣнія существуетъ ради интересовъ собственности, то къ чему ограниченіе владѣльческаго процесса однимъ вопросомъ о владѣніи и абсолютное исключеніе ссылокъ на другія права?— Выше

таковаго, вслѣдствіе краткости ея необходима въ интересахъ собственниковъ. Ради сохраненія краткости процесса,—существеннѣйшаго свойства владѣльческаго процесса, изъ спора о владѣніи исключается вопросъ о собственности. Въ этомъ смыслѣ образуется догматическое различіе между обоими институтами; но это различіе, удовлетворяя условіямъ практической реализаціи исторической идеи владѣнія, насколько не вредитъ самой идеѣ, такъ какъ, несмотря на теоретико-догматическое различіе обоихъ институтовъ, на практикѣ оно не обнаруживается, потому что въ громаднѣйшемъ большинствѣ случаевъ въ лицѣ владѣльцевъ защищаются именно собственники, т. е. историческая идея реализуется настолько, насколько это допускаетъ вообще природа гражданского оборота и процесса. Каюсь въ томъ, что я просто не понимаю, какимъ образомъ въ данномъ случаѣ можетъ быть заподозрена нормальность отношенія философскаго взгляда къ догматическому.

62) См. R a n d a, стр. 245—247 и его литерат. указ. на стр. 246; также Liebe, *Der Besitz als Recht in thesi* 1876, стр. 15.

указано, что такая конструкция процесса есть необходимое условие его легкости и быстроты. Но почему бы не допустить ссылок на право собственности со стороны ответчика по крайней мере в тех случаях, где доказательства этого права могли бы быть приведены скоро, или где право собственности ответчика очевидно; несколько не замедляя процесса, мы получили бы тогда возможность уменьшить число побед незаконных обладателей вещи над законными? На этот вопрос, в свою очередь, следует ответить вопросом же: какое существует мерило для того, чтобы заранее определить легкость и трудность, краткость и продолжительность процесса доказывания и где лежит граница между очевидным и неочевидным? То и другое относительно и обнаруживается с полною ясностью только под конец процесса. Всякое уклонение, основанное на соображениях противоположного свойства, было бы практически неосуществимо и повело бы к большому произволу, а потому в его отсутствии не заключается преднамеренного подрыва служебному значению владения в отношении к праву собственности<sup>63)</sup>.

3. Если защита владения назначена облегчить собственникам охранение их права, то она должна бы быть направлена против всех детенторов вещи, тогда как она существует только против первых нарушителей владения. — В интересах сохранения краткости владельческого процесса требуется ограничение процесса известными лицами подобно тому, как он ограничен известными вопросами. Предель же ограничения во всяком случае условны. До Юстиниана индикт utrobi имело приложение против всех обладателей; при Юстиниане этот порядок был отменен.

4. „Статистический“ аргумент Иеринга, указываю-

63) Г. Митюковъ, стр. 113, говоритъ: «очевидно, что законъ, устраняющій безусловно эксценцію собственности, не имѣетъ въ виду легкости и т. д. процесса доказыванія, а беретъ за основаніе владѣльческихъ исковъ нѣчто иное, независимое отъ права истца и отвѣтчика на предметъ владѣнія». Возмется ли почтенный критикъ доказать, что облегченіе доказыванія не составляетъ все-таки важнаго послѣдствія владѣнія? Думаю — нѣтъ. И затѣмъ, въ чемъ же именно обнаруживается *безусловное* устраненіе эксценціи? Эксценція устраняется изъ процесса владѣнія, но сейчасъ же можетъ быть осуществлена въ формѣ самостоятельнаго иска. Вопросъ состоитъ не въ томъ, почему она устраняется *in forma* отвѣтчика на собственность, а въ томъ, почему она устраняется *in forma* истца. Догматическое раздѣленіе собственности и владѣнія вовсе не составляетъ противорѣчія служебному положенію владѣнія относительно собственности; но это служебное положеніе можетъ быть осуществлено съ успѣхомъ только при означенномъ раздѣленіи.

щей на численное превосходство правомѣрныхъ владѣльцевъ предъ неправомѣрными и на основанное на немъ предположеніе собственности во владѣнии, вызвалъ слѣдующее возраженіе со стороны Брунса: „связь владѣнія и собственности есть фактическое правило. Но какимъ образомъ изъ него можетъ слѣдовать то, что во владѣльцѣ защищается именно собственникъ? Когда собственность подвергается спору и сомнѣнію, какимъ образомъ можно видѣть собственника во владѣльцѣ? Умѣстна ли въ этомъ случаѣ та презумпція, что владѣлецъ есть обыкновенно собственникъ? Иерингъ ссылается на то, что въ жизни владѣніе находится обыкновенно въ рукахъ собственника, что едва  $\frac{1}{10}$  (?) всѣхъ существующихъ вещей находится во владѣнии не собственниковъ. Я готовъ признать это для обыкновенныхъ мирныхъ отношеній, но если примѣнить это къ случаямъ, гдѣ собственность спорна, то въ результатѣ получится, что  $\frac{9}{10}$  всѣхъ виндикацій неосновательны, и мы придемъ къ бессмысленному предположенію, что при виндикаціяхъ истцы оказываются обыкновенно неправы. Уже потому, что при спорахъ о собственности бываетъ сомнительно дѣйствительное положеніе самого владѣнія... нельзя основывать вѣроятности собственности на случайностяхъ, представляемыхъ этимъ положеніемъ“<sup>64)</sup>.

Остроуміе приведеннаго разсужденія значительно выше его основательности. По мнѣнію Брунса, презумпція, имѣющая своимъ назначеніемъ направить судебное рѣшеніе въ опредѣленную сторону, должна быти построена на основаніи не всѣхъ относящихся къ ея содержанію фактовъ гражданской жизни, а только тѣхъ, которые сдѣлались предметомъ судебного разбирательства. Но такое мнѣніе не оправдывается прежде всего проверкою его на другихъ предположеніяхъ<sup>65)</sup>. Возьмемъ для примѣра презумпціи: мужъ матери предполагается отцомъ ребенка; разорванная росписка свидѣ-

64) Brun s, *die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*. 1874, стр. 11, ср. Митюковъ, стр. 39—41.

65) «Сравненіе», замѣчаетъ г. Митюковъ стр. 113, «не есть доказательство». Но здѣсь предлагается не простое сравненіе. Чтобы рѣшить, вѣрно ли представленіе Брунса о способѣ происхожденія презумпціи собственности во владѣнии, я предлагаю опредѣлить, изъ какого источника образуются презумпціи. Это должно быть сдѣлано на почвѣ презумпцій, не возбуждающихъ сомнѣнія. Послѣ разбора фактовъ приводятся общія соображенія, которыя говорятъ въ пользу того, что презумпціи вообще не могутъ образовываться инымъ способомъ; а такъ какъ нѣтъ указаній на какія-либо особенныя условія происхожденія презумпціи собственности во владѣнии, то нѣтъ основанія и къ выдѣленію ея изъ среды прочихъ презумпцій.



тельствуетъ объ уплатѣ долга; слѣдчикъ по *condictio indebiti*, отрицающій передачу вещи, коль скоро передача доказана, предполагается получившимъ вещь безъ законнаго основанія. Всѣ презумпціи составлены только на случай судебного спора. Пока никто не оспариваетъ законности рожденія, не ищетъ по разорванной роспискѣ, не отрицаетъ получения вещи, до тѣхъ поръ презумпція не имѣетъ юридическаго значенія; примѣненная же въ процессѣ, она взваливаетъ всю тяжесть доказательствъ на лицъ, утверждающихъ такое положеніе вещей, которое противорѣчитъ предполагаемому положенію. Но лежитъ ли источникъ презумпцій въ томъ, что во всѣхъ подобныхъ процессахъ истцы обыкновенно бываютъ неправы, или же онъ заключается въ гармоніи презумпціи съ житейскою дѣйствительностью? Утвердительный отвѣтъ во второмъ смыслѣ не подлежитъ, кажется, сомнѣнію. Въ жизни въ громадномъ большинствѣ случаевъ мужъ матери есть отецъ ребенка, уничтоженіе росписки происходитъ при удовлетвореніи по ней<sup>66)</sup>, а опирается отъ получения вещи лишь тотъ, кто опасается, чтобы ее не отобрали у него обратно. Въ процессѣ предметомъ изслѣдованія служатъ житейскія отношенія: тяжущійся утверждаетъ существованіе какого-либо факта въ жизни, и дѣло судьи отнестись къ нему и установить его согласно съ его житейскимъ значеніемъ. Процессъ назначенъ для жизни и долженъ происходить сообразно съ жизнью. Презумпція, какъ одно изъ процессуальныхъ средствъ, опредѣляется тѣмъ же критеріумомъ. Отрѣшиться отъ него значило бы освободить притязанія тяжущихся отъ ихъ гармоніи съ природою юридическихъ отношеній и внести въ судъ господство произвола и злоупотребленій со стороны личныхъ стремленій. Сказанное примѣняется одинаково и къ предположенію собственности во

<sup>66)</sup> Г. Митюковъ, стр. 113 сл., замѣчаетъ: «возможно-ли сравненіе этой презумпціи съ презумпціей собственности во владѣніи? Первая изъ этихъ презумпцій опирается на *несомнѣнный, безспорный фактъ*, вторая—выводится изъ отношенія спорнаго». Какимъ образомъ,—«несомнѣнный», и «безспорный» фактъ? Разорвать росписку можетъ и не кредиторъ, и не при уплатѣ долга, и не въ намереніи уничтожить долгъ, но такъ какъ въ большинствѣ случаевъ росписка рвется въ знакъ уничтоженія долга, то и дается мѣсто соответствующей презумпціи. Въ основаніи ея также какъ въ основаніи всѣхъ презумпцій лежитъ фактъ не безспорный, а вѣроятный. Если бы этотъ фактъ былъ безспоренъ, то здѣсь мы имѣли бы дѣло не съ презумпціей, а прямо съ средствомъ доказательствъ.—Слова г. Митюкова, слѣдующія непосредственно за выписанными, остались для меня непонятны. Я не понимаю также, откуда именно видно, что я выдвигаю «статистическій моментъ» на первый планъ въ ущербъ правильному отношенію его къ другимъ моментамъ защищаемой мною теоріи.

владѣніи, почему слѣдуетъ отвергнуть сомнѣнія, выраженные Брунсомъ.

II. То, что разумѣется подъ юридическою конструкціей владѣнія, обнимаетъ фактическій матеріалъ, который долженъ быть *объясненъ* теоріею этого института. Но ученіе Іеринга имѣетъ кромѣ того твердыя *дедуктивныя* опоры. Три идеи, которыя необходимо должны быть выведены по отношенію къ праву изъ общихъ нашихъ знаній о формѣ развитія дѣятельности человѣка въ обществѣ, предполагаются теоріею Іеринга, какъ необходимыя условія ея справедливости. Это — идея *относительнаго совершенства*, идея *вѣроятности* и идея *вспомогательнаго института*. Всѣ онѣ сводятся на свойство человѣческой природы — несовершенство и ограниченность силъ человѣка въ дѣлѣ наблюденія и регулированія явленій гражданской жизни.

Юридическіе нормы и институты, насколько ихъ форма и содержаніе образованы этими идеями, входятъ въ составъ *практическаго* или *техническаго* элемента права. Въ той или другой степени онѣ проникаютъ всю область права и свойственны ему въ его двойномъ смыслѣ: объективномъ и субъективномъ<sup>67)</sup>.

Юридическое мышленіе, создавая и примѣняя норму, неспособно знать и предвидѣть всѣ факты, подлежащіе и имѣющіе подлежать ея господству, а потому не въ состояніи дѣйствовать такимъ образомъ, чтобы всегда рассчитывать на полную основательность и непогрѣшимость своихъ актовъ. Отсюда юриспруденція должна прибѣгать къ нѣкоторымъ искусственнымъ путямъ и приемамъ, доставляющимъ ей возможность обойти трудности и пополнить пробѣлы въ процессахъ творчества и примѣненія права.

Такъ, не будучи въ состояніи обнять нормою всѣхъ индивидуальныхъ свойствъ лицъ и отношеній, для которыхъ норма назначена, юристъ формулируетъ ее, рассчитывая на ихъ средний, господствующій типъ. Отсюда между нею и *правовымъ чувствомъ*, которое соизнается по поводу каждаго отдѣльнаго случая примѣненія нормы, возникаетъ разладъ, воспринимаемый нами, какъ несправедливость. Задача справедливости заключается въ индивидуализированіи права, и чѣмъ далѣе умножается и развивается общество, и усложняют-

<sup>67)</sup> Полный обзоръ техническаго элемента граждан. права войдетъ въ составъ одного изъ слѣдующихъ выпусковъ этого сочиненія. Здѣсь же я касаюсь этого предмета лишь настолько, насколько это необходимо для разъясненія юридическаго существа института владѣнія, пользуясь очеркомъ, написаннымъ мною уже ранее.



ся гражданскія отношенія, тѣмъ болѣе выполнение этой задачи дѣлается настоятельною необходимостью; для ея удовлетворенія право выдвигаетъ рядъ средствъ. Сюда принадлежитъ, на примѣръ, образованіе параллельныхъ формъ одной и той же сдѣлки, допускающихъ выборъ между ними, — а затѣмъ юридическое признаніе такъ-называемыхъ безорменныхъ сдѣлокъ, т. е. такихъ, для заключенія которыхъ закономъ не устанавливается опредѣленной формы; сюда же относится постепенное возрастаніе независимости судьи отъ заранѣе формулированныхъ предписаній при юридической квалификации извѣстныхъ фактовъ (на примѣръ, *dolus, culpa, diligentia* и т. д.) и при опредѣленіи объема ихъ юридическихъ послѣдствій. Особенное право (*ius singulare*) служить той же цѣли. Внимательное изслѣдованіе могло бы открыть еще другіе виды индивидуализирующихъ средствъ. Всѣ они въ значительной мѣрѣ устраняютъ несправедливость, но не могутъ достигнуть этого вполне. Такъ, особенное право создаетъ исключенія не для каждаго отдѣльнаго лица и случая, а для цѣлой категоріи однородныхъ, но не тождественныхъ между собою лицъ и отношеній, и поэтому не уничтожаетъ несправедливости, а лишь умѣряетъ ее. При всей свободѣ относительно формы сдѣлокъ, все-таки надо имѣть въ виду могущую представиться необходимость доказывать существованіе сдѣлки, а, слѣдовательно, пользоваться нѣкоторыми формальностями, хотя и произвольными, но не всегда одинаково легкими. Наконецъ слѣдуетъ положить извѣстныя предѣлы власти судьи растагивать по своему убѣжденію правовыя нормы: иначе она совершенно устранила бы собою эти нормы. Это послѣднее средство — индивидуализированіе права судебною властью — представляетъ собою одно изъ интереснѣйшихъ явленій въ исторіи объективнаго права, — явленіе, на которое обыкновенно обращаютъ гораздо менѣе вниманія, нежели оно заслуживаетъ. Оно свидѣтельствуетъ, что постоянно развивающееся стремленіе отдѣлить законодателя отъ судьи и подчинить послѣдняго первому не уничтожаетъ необходимости оставить за судьей долю законодательныхъ функций, хотя въ измѣненномъ видѣ. Если бы наука признала надлежащимъ образомъ все значеніе этого явленія, то ученію о примѣненіи и толкованіи права пришлось бы потерпѣть не малыя измѣненія. — Ограниченіе примѣненія индивидуализирующихъ средствъ извѣстными предѣлами составляетъ одно изъ приложеній принципа относительнаго совершенства,

описаннаго выше на стр. 9, въ примѣненіи къ владѣнію.

Индивидуализирующія средства устраняютъ тотъ недостатокъ правовыхъ нормъ, который образуется вслѣдствіе неспособности юридическаго мышленія обнять нормою всѣ случайности гражданской жизни. Другой недостатокъ обусловленъ невозможностью обнять всѣ случайности процесса примѣненія права. Здѣсь выступаетъ наружу разладъ, который на обыкновенномъ языкѣ разсматривается, какъ результатъ столкновенія теоріи съ практикою, и даетъ основаніе мнѣнію, что прекрасное въ теоріи можетъ оказаться часто негоднымъ на практикѣ. Примѣненіе права ставится въ зависимость отъ извѣстныхъ условій, необходимость выполнения которыхъ со стороны заинтересованныхъ лицъ и суда слѣдуетъ логически изъ общихъ основаній правосудія; но практическое выполнение этихъ условій можетъ встрѣчаться со стороны постороннихъ обстоятельствъ такия препятствія, которыя дѣлаютъ процессъ правосудія настолько затруднительнымъ, что въ той или другой мѣрѣ умаляютъ его цѣнность. Пока это явленіе не переходитъ извѣстныя границы, его неблагоприятныя послѣдствія терпятся, какъ необходимое зло; но съ возрастаніемъ зла образуется правовой противовѣсъ ему.

Правосудіе требуетъ, чтобы судъ примѣнялъ правовую норму не иначе, какъ удостовѣрившись, что дѣйствительно существуютъ условія ея приложенія, т. е. что спорное отношеніе принадлежитъ къ числу такихъ, которыя подлежатъ дѣйствію нормы. Обязанность удостовѣрить въ этомъ судъ лежитъ, согласно съ основнымъ принципомъ гражданскаго права, на тяжущихся. Судъ не можетъ вѣрить тяжущимся на слово, и отсюда возникаетъ для этихъ послѣднихъ необходимость доказывать суду справедливость своихъ притязаній. Но процессъ доказыванія есть дѣло далеко не легкое. Первая невыгодная сторона его заключается въ его трудности; другая — въ возможной его медленности, и для устраненія этихъ двухъ неудобствъ право выдвигаетъ два соответствующія средства.

Исходную точку для обоихъ даетъ принципъ сужденія по вѣроятности. Юриспруденція наблюдаетъ взаимную связь различныхъ фактовъ и отношеній, возникающихъ въ гражданской жизни, и пользуется результатами этого наблюденія ради облегченія процесса доказыванія. Отъ лица доказывающаго требуется только, чтобы оно сдѣлало первый шагъ, убѣдило судъ въ

существованіи нѣкоторыхъ фактовъ, а затѣмъ судъ уполномоченъ предположить, что въ данномъ случаѣ этимъ фактамъ сопутствуютъ тѣ, которые въ большинствѣ случаевъ обыкновенно связываются съ ними. Такимъ образомъ формулируются многочисленныя презумпціи, въ той или другой формѣ и количествѣ имѣющія мѣсто въ каждомъ процессѣ.

Божіе грандіозный характеръ имѣетъ другая форма выраженія принципа вѣроятности. Она состоитъ въ томъ общемъ предположеніи, что дѣйствительно существующій порядокъ гражданскихъ отношеній согласуется съ требованиями права. Въ основаніи этого предположенія лежитъ очень глубокой смыслъ. Оно есть не столько результатъ непосредственнаго наблюденія, сколько выводъ изъ гармоніи, существующей между объективнымъ правомъ и интересами жизни. Право не навязывается обществу извнѣ, а создается его жизнью. Оно есть выраженіе жизни; господствующее въ жизни есть обыкновенно господствующее въ правѣ. Поэтому писанное, или вообще формулированное право есть живое право лишь постольку, поскольку оно согласуется съ потребностями гражданского быта, а, слѣдовательно, съ господствующимъ порядкомъ дѣйствительныхъ отношеній. Диссонансъ между правовымъ предписаніемъ и потребностями быта не подрываетъ значенія права только тогда, когда составляетъ явленіе случайное, исключительное: дѣлаясь же нормальнымъ, онъ умерщвляетъ юридическую норму. Въ такомъ отношеніи права къ дѣйствительности лежитъ корень вышеуказаннаго предположенія. Дѣйствительныя отношенія предполагаются скорѣе правомѣрными, чѣмъ неправомѣрными. Склониться къ противоположному рѣшенію значило бы допустить, что требованія дѣйствующаго права расходятся съ требованіями жизни, и что господствующіе интересы права не отвѣчаютъ господствующимъ потребностямъ жизни. Такъ думаютъ часто богословъ и строгій моралистъ, склонные видѣть въ жизни царство грѣха, полное противорѣчій законамъ истинной морали. Но такъ не можетъ думать юристъ, ибо право стоитъ на положительной почвѣ.

Въ силу предположенія правомѣрности существующаго порядка отъ истца требуется, чтобы онъ доказалъ свой искъ. Это основное правило гражданского процесса формулируется въ очень раннюю эпоху его развитія. Изъ того же источника, но позднѣе образуются вспомогательныя институты.

Сущность вспомогательныхъ институтовъ заключает-

ся въ судебной защитѣ видимости права; ихъ назначеніе и практическое достоинство—въ сокращеніи сложнаго процесса доказыванія права. Возможность существованія вспомогательныхъ институтовъ обусловливается гармоніей между видимостью и правомъ и основывается на предположеніи законодателя, что въ значительномъ большинствѣ случаевъ защиты видимости защиту будетъ получать право. Названіе „вспомогательныя“ эти институты заслуживаютъ потому, что, не преслѣдуя никакой самостоятельной цѣли, они служатъ къ вѣщему облегченію осуществленія цѣлей другихъ институтовъ. Владнѣніе (какъ видимость собственности), представляя собою главную форму вспомогательныхъ институтовъ, не исчерпываетъ всей ихъ области. Рядомъ съ владнѣніемъ существуетъ въ римскомъ правѣ, какъ особый институтъ, добросовѣстное (квалифицированное) владнѣніе, назначенное также въ помощь праву собственности. Затѣмъ мы встрѣчаемъ защиту праву собственности. Затѣмъ въ правахъ на чужую вещь. Одни изъ этихъ послѣднихъ (залогъ, эмфитевзисъ) включались ради этой цѣли въ сферу владнѣнія, для другихъ (сервитуты, суперфициесъ) римскіе юристы образовали „какъ-бы владнѣніе правами“ (juris quasi possessio). Здѣсь не мѣсто изслѣдовать различіе обоихъ институтовъ и мотивы, руководившіе разграниченіемъ ихъ областей. Слѣдуетъ замѣтить только, что переносъ владнѣнія въ сферу правъ на чужую вещь служитъ очень вѣскимъ подтвержденіемъ справедливости мысли о служебномъ значеніи владнѣнія. Его сфера не ограничивается, далѣе, вещными правами. Вездѣ, гдѣ содержаніемъ правъ является внѣшнее отношеніе лица къ объекту, гдѣ существуетъ видимость права, тамъ чувствуется необходимость въ провизорной защитѣ. Такъ, мы встрѣчаемся съ подобною защитой въ наследственномъ и семейномъ правѣ.

Отличительная черта вспомогательныхъ институтовъ заключается въ томъ, что ихъ цѣли не идутъ далѣе цѣлей главныхъ институтовъ; поэтому, коль-скоро обнаруживается, что сужденіе по видимости права обращается въ ущербъ самому праву, вспомогательный институтъ отступаетъ предъ главнымъ правомъ. Судебному рѣшенію, постановленному на основаніи видимости, не дается окончательнаго значенія, и дѣйствіе его уничтожается судебнымъ рѣшеніемъ о правѣ. Временное значеніе судебныхъ рѣшеній слѣдуетъ необходимо изъ назначенія вспомогательныхъ институтовъ и отличаетъ ихъ отъ другихъ, весьма сходныхъ съ ними,

правъ, гдѣ видимости дается окончательная защита<sup>68)</sup>. Защищенная такимъ образомъ видимость становится или самостоятельнымъ институтомъ, или же дополнительнымъ къ другому, но безъ свойствъ вспомогательнаго. Примѣры перваго рода представляютъ бумаги на предъявителя; примѣры втораго рода даетъ давность, поскольку она служитъ собственнику дополнительнымъ средствомъ при доказываніи права собственности.

Не хватывая, конечно, всѣхъ безъ исключенія возраженій, которыя приждаются обыкновенно противъ защищаемыхъ здѣсь взглядовъ на природу, содержаніе и назначеніе института владѣнія, предложенный очеркъ обнаруживаетъ значительную несостоятельность наиболѣе существенныхъ изъ числа этихъ возраженій и тѣмъ предрасполагаетъ въ пользу означенныхъ взглядовъ. Помимо того онъ удостовѣряетъ, что успѣхъ ученія о владѣнии зависитъ главнымъ образомъ отъ успѣха въ разработкѣ большихъ посылокъ этого ученія. Чтобы разрѣшить вопросъ о томъ, есть-ли владѣніе право или фактъ, слѣдуетъ прежде всего согласиться относительно общаго понятія о правѣ въ отличіе отъ факта, и въ частности относительно дѣйствительнаго соотношенія между существованіемъ судебной защиты какого-либо отношенія и другими свойствами его, характеризующими его, какъ право. Чтобы дойти до какого-либо опредѣленнаго взгляда на содержаніе владѣнія, необходимо условиться точнымъ образомъ въ общемъ понятіи о юридическомъ принципѣ въ отличіе отъ казуальныхъ рѣшеній въ сферѣ даннаго института. Чтобы рѣшить вопросъ о назначеніи владѣнія, какъ

<sup>68)</sup> Г. Митюковъ не даетъ никакой цѣны тому обстоятельству, что судебное рѣшеніе о владѣнии обладаетъ только временнымъ значеніемъ и потому замѣчаетъ на стр. 114: „понимать такъ (какъ сказано въ текстѣ) вспомогательные институты и относить къ нимъ владѣніе, допуская защиту этого послѣдняго въ ущербъ собственности,—это, я думаю, очень видное противорѣчіе.“ Сдѣланная мною характеристика вспомогательнаго института вполне согласна съ институтомъ владѣнія и „очень видное противорѣчіе“ есть, мнѣ кажется, только плодъ нѣсколько невнимательнаго чтенія моихъ словъ.

юридическаго института, приходится обратиться къ цѣлому ряду соображеній общаго свойства. Въ ихъ главѣ стоитъ соображеніе, обладающее одинаковымъ значеніемъ для всѣхъ перечисленныхъ вопросовъ и сохраняющее таковое относительно всѣхъ вопросовъ исторической систематики гражданскаго права. Это соображеніе указываетъ на способъ образованія гражданскихъ правоопредѣленій съ точки зрѣнія отношенія ихъ содержанія къ сознанию вырабатывающей ихъ среды общества (юриспруденціи). Требованіе, гласящее, что при характеристикѣ и возсозданіи какого-либо гражданскаго института, существовавшаго въ прошедшемъ, необходимо удѣлить *одинаковое* вниманіе *всѣмъ* изреченіямъ юристовъ, создававшихъ или разработывавшихъ этотъ институтъ, выходитъ изъ извѣстнаго, опредѣленнаго воззрѣнія на процессъ образованія гражданскихъ правоопредѣленій; и противоположное приведенному требованіе, утверждающее существованіе различій въ отношеніи сознательно-выраженныхъ правоопредѣленій къ существенному источнику и существеннымъ послѣдствіямъ института, къ области котораго принадлежатъ помянутыя правоопредѣленія,—и указывающее потому на необходимость отказаться отъ однообразнаго критерія при исторической оцѣнкѣ ихъ,—это требованіе опирается на другое, соответствующее ему воззрѣніе на происхожденіе права. Такимъ образомъ каждое, самое небольшое и неважное систематическое изслѣдованіе оказывается въ зависимости отъ наиболѣе сложнаго и важнаго изысканія о законахъ историческаго образованія гражданскаго права. Съ различныхъ сторонъ мы получаемъ удостовѣреніе въ пользу необходимости перемѣстить центръ тяжести гражданскаго правовѣдѣнія, передвинувъ его отъ области мелочныхъ фактическихъ изысканій къ сферѣ такъ-называемаго историко-философскаго изслѣдованія.

## III.

Значеніе „историко-философскаго“ изученія  
гражданскаго права.

..... wozu so lange Erörterung und Begründung für Dinge, die sich so völlig und zweifellos von selbst verstehen? Gewiss, ich bin weiter als irgend ein Mensch von der Meinung entfernt, dass diese Grundsätze theoretisch einem Zweifel unterliegen könnten. Aber die wiederholte Discussion erhält dennoch heute wie früher ihre Rechtfertigung durch die wissenschaftliche oder unwissenschaftliche Praxis, welcher die feste Bestätigung jener Sätze fort und fort unendlich schwer fällt.

Sybel, *Ueber die Gesetze des historischen Wissens*, 1861, стр. 17 сл.

Взаимное отношеніе сравнительно-историческаго и философскаго изученія гражданскаго права.—Научно-историческое изученіе гражданскаго права въ современной немецкой литературѣ.—Его теоретическое положеніе.—Его отношеніе къ практическимъ задачамъ гражданской юриспруденціи.—Заключеніе.

Многое изъ сказаннаго въ предыдущемъ очеркѣ представится, можетъ быть, не новымъ и излишнимъ, такъ какъ относится къ разряду тѣхъ предметовъ, которые имѣютъ способность казаться очевидными сами собою, а потому какъ-бы извѣстными. Но судьба всего „извѣстнаго“ обыкновенно такова, что рѣдко оно обращаетъ на себя подобающее вниманіе. Очевидно, на примѣръ, что предварительное знаніе общихъ условій развитія права собственности существенно полезно при изслѣдованіи состояніе этого института въ Римѣ; однако рѣдкій историкъ права останавливается на нихъ. Онъ, конечно, такъ или иначе пользуется ихъ знаніемъ, какъ и вообще онъ пользуется весьма разнообразными общими соображеніями; но выборъ ихъ бываетъ слу-

чаенъ, неполонъ, сдѣланъ наудачу, безъ достаточной провѣрки ихъ основательности и примѣнимости къ данному случаю. Историкъ права сосредоточиваетъ обыкновенно вниманіе на второмъ шагѣ своего изслѣдованія въ явный ущербъ его первому шагу. Предположеніе о соотвѣтствіи будто бы такого приѣма требованіямъ современнаго „индуктивнаго“ метода <sup>1)</sup>, основанное на одностороннемъ и весьма поверхностномъ пониманіи сущности научнаго метода, санкціонируетъ иногда названный приѣмъ и ведетъ къ полному игнорированію необходимости перваго шага. Предполагая, что для успѣха изслѣдованія ничего не требуется, кромѣ непосредственнаго знакомства съ фактами, на самомъ же дѣлѣ не имѣя возможности отрѣшиться отъ помощи дедукціи изъ обобщеній, изслѣдователь скрытыхъ фактовъ замѣняетъ ихъ подчасъ самыми произвольными предположеніями, впадая въ субъективизмъ, ограниченіе котораго предоставляется исключительно собственному такту изслѣдователя и свободно отъ режима какой-либо объективной и сознанный мѣрки. При такихъ условіяхъ не можетъ быть удовлетворительнымъ и состояніе исторической науки права, взятой въ ея цѣломъ. Общія предложенія, которыя играютъ главную роль въ изслѣдованіяхъ скрытыхъ фактовъ исторіи права, по содержанію своему таковы, что лучшій путь къ ихъ формулированію слѣдуетъ искать по большей части на почвѣ сравнительной исторіи, подкрѣпленной философіей права. Только тамъ возможно найти вполне солидный матеріалъ и вѣрный источникъ для заключеній о внѣшнихъ и внутреннихъ соотношеніяхъ, правящихъ областью права, и о порядкѣ развитія правовыхъ институтовъ. Между тѣмъ, прилагаясь съ большимъ успѣхомъ къ изслѣдованію юридическаго матеріала со стороны не-юристовъ, сравнительный методъ

<sup>1)</sup> Ср. выше, стр. 104.

как замечено выше, не пользуется особенным почетом у юристов по специальности. Коренное заблуждение состоит в том, что сравнительное изучение истории права склонны считать особою наукою вместо того, чтобы видеть в нем вообще важный элемент истории права. Задача истории права заключается в определении условий образования, существования и изменения правовых институтов. Она может быть достигнута наиболее успешным образом лишь путем правильного сочетания различных методов. Дедуктивная и индуктивная переработка вполне достоверного исторического материала дает первое основание для обобщений; обобщения проливают свет на скрытые исторические области; результат исследования в скрытых областях в свою очередь освещает исходные общие положения, открывая им доступ к большей полноте и определенности. Сравнительная история права и история права отдельных народов теряют в этой системе свою внешнюю самостоятельность, составляя два момента одного исследования. Различие наук может быть обусловлено различием их предметов или задач; но оно не должно основываться на различии методов, способных вести к одной и той же цели. В этом случае совокупное пользование многими методами полезнее их разделения. Национальная история права может быть выделена в особое изложение в видах художественных, или педагогических; научную самостоятельность имеют исследования о национальных особенностях, представляемых историкою права данного народа, а также предварительные фактические разыскания на почве одного права, — но и в этом случае задача не может быть разрешена без помощи сравнительного изучения. Во всяком случае национальная история права не должна претендовать не только на исключительное господство, но и на научное первенство. Увлечение национальным принципом отслужило свою

службу наук права, содействуя освобождению европейской юриспруденции из-под ига чуждых ей идеалов. Если теперь внешние препятствия принуждают исследователя ограничиваться правовою почвою одного народа, то такое ограничение должно быть допущено лишь под тем условием, что исследование принадлежащего сюда материала будет совершенно в возможно тесной связи с общими задачами науки. В таком случае исследование имеет своею целью эксплуатировать определенный фактический материал в интересах разрешения основных и общих вопросов юридической науки. — Несостоятельно также разъединение исторического правоведения и философии права. Цели истории права одинаковы, или по крайней мере должны быть одинаковы с целями его философии. Философия стремится найти „последние основания“ права и указать его идеалы; если же под историей понимать что-либо выходящее за границы простого собирания материала, то следует приписать ей те же самые задачи. Различие философии и истории основано теперь не на различии задач, а на различии прилагаемых к их разрешению методов. История предпочитает индуктивный метод; философия же следует дедуктивному, объясняет право и дает ему путеводную нить исходя из основных свойств человеческой природы. Было бы полезнее слить оба приема исследования вместе. Образованная таким образом наука представила бы историю, как результат свойств и сил человеческой природы, и априорное построение оснований права проверила бы на положительном материале истории. С тех пор, как юриспруденция отреклась от попыток найти безусловное естественное право, исчезли основания поддерживать дуализм, порожденный этими попытками.

К организации правоведения в вышеозначенном роде, заслуживающем имени научного предпочти-

тельно предъ другими способами изученія права, клонятся требованія, все громче и рѣшительнѣе раздающіяся въ послѣднее время среди нѣмецкой юриспруденціи. Новый юридическій журналъ, сразу занявшій одно изъ самыхъ видныхъ мѣстъ въ ученой литературѣ, открылся статьею, посвященною необходимости образовывать путемъ слиянія философіи права съ положительнымъ правовѣдѣніемъ юридическую науку, отрѣшенную отъ національной изолированности и посвященную разрѣшенію общихъ вопросовъ права на почвѣ историческаго наблюденія<sup>2)</sup>. Въ недавнее время одинъ изъ числа наиболѣе значительныхъ авторитетовъ юриспруденціи выступилъ съ особымъ сочиненіемъ, требуя науки права, изучающей право, какъ продуктъ дѣйствія историческихъ силъ, правящихъ всею общественною жизнью, и связывая это требованіе съ утвержденіемъ необходимости подвергнуть радикальнымъ измѣненіямъ принятую въ Германіи систему юридическаго преподаванія<sup>3)</sup>.—По своему содержанию требованія этого рода не представляютъ, конечно, чего-либо совершенно новаго или неожиданнаго. Въ той или другой формѣ они высказывались въ германской юриспруденціи еще прежде, чѣмъ Савиньи поднялъ научный уровень гражданскаго правовѣдѣнія. Подъ вліяніемъ Кантовыхъ и Шеллинговыхъ воззрѣній на исторію и въ особенности подъ впечатлѣніемъ успѣховъ сравнительнаго языкознанія нѣмецкіе юристы никогда не отказывались отъ мысли о всемірной исторіи права. Протестуя противъ увлеченія принципомъ національности, Фейербахъ писалъ въ 1810 году въ пользу сравнительнаго изученія законовъ и обычаевъ различныхъ народовъ, должен-

<sup>2)</sup> *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, статья Merkel'я въ I т. (1874) стр. I п 402.

<sup>3)</sup> Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft*, 1876, ср. въ особен. стр. 88—146 и 321—339.

ствующаго лечь въ основаніе всеобщей исторіи права<sup>4)</sup>. Фейербаху вторилъ Тибо энергичными словами, выброванными позднѣе Гансомъ, какъ motto къ его всемірной исторіи наследственнаго права. „Нельзя назвать, говорилъ Тибо, настоящею, живою исторіею такую, которая приковываетъ свой взоръ къ исторіи одного народа, скупю выщипывая изъ нея мелочи,—своею микрологіею походить на диссертацию великаго практика о семь и прочемъ... Чтобы быть вполнѣ прагматическою, исторія права должна обнять законодательства всѣхъ древнихъ и новыхъ народовъ. Десять богатыхъ мыслями лекцій о правѣ персовъ и китайцевъ пробудили бы въ слушателяхъ болѣе настоящаго юридическаго смысла, нежели сто чтеній о жалкой пачкотнѣ, которой подвергалось наследственное право въ періодъ отъ Августа до Юстиніана“<sup>5)</sup>. Отъ идеи всемірной исторіи права не отказывался и самъ Савиньи. Отвѣчая на упреки Фейербаха и Тибо, глава исторической школы заявлялъ, что споръ касается только различной степени интереса, съ которымъ слѣдуетъ относиться къ исторіи своего и чужаго права<sup>6)</sup>, чѣмъ обнаружилъ узкое „прагматическое“ пониманіе задачъ науки. Идея всемірной исторіи права возродилась подъ вліяніемъ гегелизма<sup>7)</sup>. Съ тѣхъ поръ появилось нѣсколько попытокъ осуществить эту идею, которая, не переставая повторяться до послѣдняго времени, совершенствовалась постепенно въ томъ отношеніи, что съ возраставшею ясностью и полнотою, воспринимала въ себя идею о сравнительно-историческомъ методѣ.—Каждый разъ, какъ подымалась рѣчь о всемірной исторіи, высказывался протестъ и противъ разъедине-

<sup>4)</sup> Feuerbach въ предисловіи къ Unterholzner, *Juristische Abhandlungen*, 1810, стр. XII—XVII.

<sup>5)</sup> Thibaut, *Civilistische Abhandlungen*, стр. 433.

<sup>6)</sup> Savigny, *Vom Beruf etc.*, 1840 (3 изд.), стр. 166.

<sup>7)</sup> Ср. Lenz, *Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts*, 1834, стр. 19—28.

нія, существующаго между положительною и философскою юриспруденціею. Этотъ протестъ выражалъ Фейербахъ въ началѣ нашего столѣтія; позднѣе мы находимъ мысли въ пользу устранения помянутаго разъединенія у ряда выдающихся писателей по гражданскому правовѣдѣнію<sup>8)</sup>. Книга Тренделенбурга, не оцѣненная по заслугамъ критикой, составляетъ значительный шагъ впередъ на пути примиренія философіи и исторіи права. Нѣкоторыя выдающіяся работы послѣдняго времени, посвященныя исторіи права, имѣютъ то же значеніе. „Духъ римскаго права“, изслѣдующій психическіе стимулы, руководящіе гражданскимъ правомъ, и раскрывшій въ немъ ту область явленій, которая стоитъ въ непосредственной связи съ природою и особенностями юридическаго мышленія, занимаетъ между ними первое мѣсто. — Что касается наконецъ до связи между правомъ и другими элементами культуры, то мысль о томъ, высказанная своеобразно и нѣсколько узко, легла, какъ извѣстно, въ основаніе историческаго воззрѣнія Савиньи, находившагося здѣсь, какъ и относительно другихъ своихъ общихъ взглядовъ, подъ влияніемъ господствовавшихъ въ его время философскихъ воззрѣній. Серьезная рѣчь о правѣ, какъ одномъ изъ элементовъ культуры, при чемъ имѣлось въ виду особенно отношеніе права къ экономическимъ интересамъ, развилась за послѣднее время и сопровождалась болѣе или менѣе успѣшными попытками историко-культурныхъ изслѣдованій о правѣ. Между другими извѣстныя сочиненія Арнольда, несмотря на нѣсколько компилятивный характеръ ихъ, имѣютъ то значеніе для гражданскаго правовѣдѣнія, что многіе общіе взгляды разсматриваются

<sup>8)</sup> Feuerbach, *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, 1804, стр. 42—50; см. также цитату въ прим. 4-мъ; Gans, *Das Erbrecht*, I, 1824, стр. II и слѣд.; Lenz, цит. въ прим. 7-мъ; Lassalle, *Das System der erworbenen Rechte*, 1861, I, предисл.; Trendelenburg, *Naturrecht*, 1868 (2 изд.) стр. 43, стр. 83; Arnold, *Cultur und Rechtsleben*, 1863, стр. XIX и слѣд.

тамъ въ примѣненіи особенно къ гражданскому праву. — Но, не будучи вполне новыми, вышеприведенныя требованія имѣютъ теперь наиболѣе шансовъ къ своему удовлетворенію, такъ какъ разработка необходимаго для того матеріала науки успѣла достигнуть достаточныхъ результатовъ, — обстоятельство, отсутствіе котораго разбивало прежде всѣ попытки поднять научное достоинство юриспруденціи. Немалое значеніе слѣдуетъ приписать также тому обстоятельству, что теперь различныя методическія требованія выражаются въ менѣе разрозненномъ видѣ, нежели прежде, и соединяются въ одно стройное цѣлое. Требованія современныхъ нѣмецкихъ цивилистовъ о методическомъ усовершенствованіи ихъ науки<sup>9)</sup> составляютъ необходимый

<sup>9)</sup> Сверхъ помянутыхъ слѣдуетъ назвать еще нѣсколькихъ. Рѣшительнѣе другихъ высказался Post, *Der Ursprung des Rechts*, 1876, стр. 5 сл., но его взглядъ теряетъ много отъ очевиднаго неумѣнья автора выразить его научнымъ образомъ и принять научно на дѣлѣ (ср. его друг. труды); Amira, *Ueber Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte*, 1876, см. особен. стр. 12, 37 сл., настаиваетъ на научномъ отношеніи къ исторіи права, какъ отрасли культуры вообще и показываетъ неразрывность сравнительныхъ и частныхъ изслѣдованій, но не переступаетъ предѣловъ германской исторіи. За сближеніе философіи съ исторіей и за отрѣшеніе отъ національнаго правовѣдѣнія говорятъ Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876, стр. 11—13, 169—206, 332 сл.; но что касается до научныхъ требованій, обращенныхъ имъ къ юриспруденціи, то, какъ показано выше, Шлосманъ не понималъ сущности взглядовъ школы, слѣдовать которой самъ желаетъ. За введеніе въ гражданское правовѣдѣніе критическаго элемента (*de lege ferenda*) высказывается Вагонъ, въ мюнх. *Vierteljahr*, 1877, стр. 372—379, разбирая первую часть извѣстнаго учебника полит. экономіи Wagner'a. Изъ старой литературы ср. Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848; здѣсь на первыхъ страницахъ ясно проглядываетъ мысль объ объективномъ отношеніи къ изученію права, какъ самостоятельно существующаго «предмета» правовѣдѣнія. Съ конечнымъ заключеніемъ дальнѣйшихъ разсужденій о негодности современной юриспруденціи можно не соглашаться, но отдѣльныя замѣчанія объ ея недостаткахъ заслуживаютъ вниманія. Во французской литературѣ заслуживаетъ вниманія сочиненіе Alex, *Du droit et du positivisme*,



результатъ всего предшествующаго развитія нѣмецкой юриспруденціи и служатъ выраженіемъ потребностей, которыя уже давно чувствуются въ гражданской жизни Германіи. Конечныя цѣли юриспруденціи всегда и всюду остаются одинаковы. Онѣ заключаются въ регулированіи правовой жизни общества, т. е. въ образованіи юридическихъ нормъ, соответствующихъ обстоятельствамъ и въ примѣненіи ихъ къ жизни. Но видоизмѣняются формы, въ которыхъ эти цѣли достигаются. Римская юриспруденція и рядомъ съ нею юриспруденція всѣхъ цивилизованныхъ народовъ въ извѣстный, ранній періодъ своего развитія даетъ образецъ полного соединенія обѣихъ функцій на практической почвѣ. Нормы гражданского права формулируются въ судебной сферѣ по поводу и ради каждаго отдѣльнаго процессуальнаго случая, къ разрѣшенію котораго и примѣняются. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ главный стимулъ, руководящій юридическимъ изслѣдованіемъ, заключается въ необходимости удовлетворить данной практической потребности. Постепенно развивающаяся любознательность еще не измѣняетъ характера правовѣдѣнія и даже способствуетъ развитію его казуальности, прибавляя къ дѣйствительнымъ казусамъ выдуманные. На этой степени юриспруденціи нѣтъ различія между теоріей и практикой, и юриспруденція представляется практическимъ искусствомъ. Такой видъ образованія права предполагаетъ живую, непосредственную связь юриста съ жизнью и самостоятельность его правового чувства относительно возможныхъ постороннихъ вліяній. Эти условія почти не существуютъ въ современной намъ юридической жизни. Юридическое мышленіе каждаго образованнаго народа на-

1876, настаивающее на полномъ отдѣленіи науки отъ искусства въ области правовѣдѣнія и на организаціи правовѣдѣнія, какъ части социологіи, и предлагающее интересныя примѣры научнаго (въ смыслѣ позитивизма) изслѣдованія права.; и нѣкот. друг.

ходится теперь подъ давленіемъ цѣлаго ряда постороннихъ вліяній и теоретическихъ идеаловъ, сковавшихъ европейскую цивилизацію еще въ самомъ ея началѣ. Наше правовое чувство формируется этими идеалами столько же, сколько и потребностями окружающей насъ жизни, и столкновеніе идеаловъ съ реальною дѣйствительностью, столь нерѣдкое, устраняетъ всякую возможность идти въ дѣлѣ юридическаго творчества исключительно путемъ полусознательнаго приспособленія къ обстоятельствамъ, какъ шли римскіе юристы. Не устраняясь совершенно, этотъ путь уступаетъ первенствующее мѣсто сознательной выработкѣ руководящихъ принциповъ права. Философія естественнаго права, принимавшая за исходную точку своего изслѣдованія природу человѣка, заслонившая ее историческая школа, затѣмъ примкнувшее къ этой послѣдней новое философское направленіе, отыскивающее въ природѣ человѣка начало и критерій дѣйствующаго права, и наконецъ новая догма, обратившая свое вниманіе почти исключительно на изслѣдованіе правовыхъ опредѣленій въ ихъ связи съ интересами гражданской жизни,—все это есть рядъ послѣдовательныхъ выраженій стремленія юриспруденціи къ самосознанію. Современныя намъ требованія въ пользу организаціи „науки“ права служатъ дальнѣйшимъ шагомъ въ томъ же направленіи, соединяя вмѣстѣ и обобщая выраженное въ различныхъ формахъ. Сознательное творчество права предполагаетъ полное пониманіе природы этого элемента общественной жизни, дать которое призывается наука.—Такимъ образомъ сознательная дѣятельность юридическаго мышленія распадается на два шага. Первый шагъ отличается объективнымъ характеромъ. Онъ не преслѣдуетъ никакой практической цѣли, кромѣ одной общей цѣли—понять и объяснить право, какъ явленіе общественной жизни, изслѣдовать его законы. Дѣло втораго шага, основываясь на результатахъ перваго, указать практикѣ ру-

ководящие правовые идеалы и создать практическую теорию, способную руководить въ данномъ мѣстѣ и при данныхъ условіяхъ дѣятельностью законодателя и судьи. Сюда входитъ рядъ практическихъ примѣненій, которыя вырабатываются на основаніи положительныхъ знаній о природѣ права, начиная съ критическаго отношенія къ дѣйствующему порядку и кончая указа- ніями на необходимыя реформы и на способы ихъ вы- полненія.

Начало науки права имѣется, несомнѣнно, въ много- численныхъ обобщеніяхъ, достигнутыхъ такъ или иначе историческими, экономическими и философскими тру- дами, касавшимися правовой области. Какъ замѣчено, развитіе сознательнаго отношенія представителей на- уки къ своей дѣятельности отстаетъ отъ развитія са- мой дѣятельности, и возникшему въ настоящее время сознанію о расширеніи задачъ юридической науки предшествовало фактическое расширеніе, давшее из- вѣстные результаты. Систематическая, чуждая всякой односторонности переработка этихъ разрозненныхъ ре- зультатовъ разовьетъ ихъ въ полную науку.—Готовый матеріалъ науки права заключается въ многочислен- ныхъ данныхъ, собранныхъ историческимъ правовѣ- дѣніемъ. Слѣдуетъ усилить этотъ матеріалъ наблюде- ніемъ надъ современною юридическою жизнью, и при- томъ въ двоякомъ направленіи. Наблюденіе надъ пра- вомъ современныхъ намъ низшихъ цивилизацій доста- вить богатые свѣдѣнія къ дополненію нашихъ знаній о прошедшемъ цивилизацій высшихъ; наблюденія же надъ юридическою жизнью этихъ послѣднихъ устра- нить часто слышныи относительно историческаго на- правленія упрекъ въ пристрастіи его къ прошедшему въ ущербъ потребностямъ настоящаго времени. Не- смотря на всю опасность, которая представляется отъ существующей для изслѣдователя невозможности отне- стись къ настоящему праву совершенно объектив-

нымъ образомъ (опасность, трудно устранимая въ сущ- ности и въ дѣлѣ изслѣдованія прошедшаго), пользова- ніе матеріаломъ современной окружающей насъ жизни представляетъ незамѣнимыя выгоды. Назначенію науки права не соотвѣтствуетъ ограничиваться изученіемъ одного прошедшаго<sup>10)</sup>; такое ограниченіе отдалило бы ее отъ ея конечныхъ цѣлей и поддержало бы разладъ между наукой и практикой, за который уже не ма- ло доставалось узкимъ послѣдователямъ исторической школы<sup>11)</sup>. Односторонность исторической школы вы- звала въ послѣднее время не менѣе одностороннее „практическое“ направленіе, отказывающееся глядѣть за предѣлы настоящаго и близкое къ тому, чтобы огра- ничить всю дѣятельность юриспруденціи одною дог- мою. „Настоящій предметъ юридической науки“, го- воритъ одинъ изъ принадлежащихъ сюда писателей, „есть современное дѣйствующее право. Задача юриди- ческой науки заключается въ томъ, чтобы изобразить его въ видѣ, примѣнимомъ практически къ существу- ющимъ отношеніямъ жизни“<sup>12)</sup>. Единственный, но су- щественный недостатокъ этого направленія заклю- чается въ томъ, что оно склонно считать за собою

<sup>10)</sup> Ср. Amira, указ. соч., стр. 12.

<sup>11)</sup> Упрекъ въ этомъ довольно старъ; такъ, напр., его приводятъ Geib, *Die Reform des deutschen Rechtslebens*, 1848, стр. 18; Belime, *Philosophie du droit*, I, кн. 2, гл. 15, (1 изд. 1844, 3 изд. 1869). Въ на- стоящее время его повторяетъ съ особенною энергією Stein, *Gegen- wart und Zukunft etc.*, ср. его же, *Handbuch der Verwaltungslehre*, 2 изд. 1876, стр. VIII сл.; не столь научно Seitz, *Das praktische Bedürfniss der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule*, 1865, и *Zur Kritik der heut. Negat. u. Confessorienklage*, 1873.—При исключительномъ гос- подствѣ одной цѣли—возстановить факты исторіи, не оставалось ни- чего другаго, какъ сосредоточить все вниманіе на древности, такъ какъ факты новаго времени были доступны безъ особеннаго изслѣдованія.

<sup>12)</sup> Schmidt, *Die Reception des röm. Rechts*, 1868, стр. 27. Извѣстно, что въ современной русской литературѣ практическое направленіе поль- зуется особенною популярностью.

право на научное первенство, тогда как на самомъ дѣлѣ мы встрѣчаемся въ немъ съ вышепомянутою возрожденною формою непосредственнаго юридическаго творчества, которая играетъ обособленную роль только благодаря молодости научнаго правовѣдѣнія. Дѣлая иногда уступку въ пользу исторіи права, практическое направленіе вычеркиваетъ изъ области юриспруденціи философское изслѣдованіе, видя въ философіи не болѣе, какъ одно простое суммирование историческихъ фактовъ. Но, завися отъ результатовъ историческихъ изслѣдованій и составляя съ этой точки зрѣнія подведеніе итоговъ ихъ, такъ называемая философія права занимается обобщеніями, сущность которыхъ заключается въ анализѣ фактовъ, произведенномъ чрезъ введеніе въ изслѣдованіе какого-либо даннаго общаго свойства, — обыкновенно даннаго, относящагося къ природѣ чловѣка или къ существу общества. Ни одно историческое, или догматическое изслѣдованіе о правѣ, если только оно не заключается въ простомъ изложеніи фактовъ, въ критикѣ источниковъ или разрѣшеніи казуальныхъ вопросовъ, не можетъ, безъ ущерба для своего успѣха, обойтись безъ помощи такъ называемаго философскаго элемента. Это имѣетъ особенное значеніе теперь, при переходномъ состояніи (отъ степени искусства къ степени науки), въ которомъ находится гражданское правовѣдѣніе, когда совершенно невозможно работать съ успѣхомъ по частнымъ вопросамъ безъ связи съ общими и безъ уясненія основнаго воззрѣнія, которое должно быть принято за точку отправленія. Хотя каждое общее воззрѣніе въ наукѣ, столь несовершенной, какъ юриспруденція, рискуетъ быть въ значительной мѣрѣ условнымъ, — однако его существованіе есть *expeditio sine qua non* ея дальнѣйшаго движенія. Общій анализъ установленныхъ фактовъ обѣщаетъ принести гораздо болѣе пользы, нежели кропотливыя, но не руководимыя какимъ-либо общимъ

планомъ, изслѣдованія въ области исторіи, или догмы. Задача этого анализа не должна стѣсняться цѣлями современной практики. Увеличеніе шансовъ на полученіе благихъ практическихъ результатовъ немного зависитъ отъ того, задумывается-ли наука каждый разъ о непосредственной практической полезности ея изслѣдованія. Развитіе всѣхъ наукъ началось со стадіи, на которой умственная дѣятельность руководится непосредственными практическими побужденіями; но затѣмъ всюду оно стремится къ такой формѣ, гдѣ польза, оставаясь результатомъ, перестаетъ быть исключительнымъ побужденіемъ, уступая мѣсто любознательности. При правильномъ взглядѣ на предметъ устраняется всякая альтернатива въ вопросѣ о томъ, существуетъ-ли наука ради самой себя, или ради жизни. Основаніе и конечная цѣль науки заключается въ жизни; наука вызвана ею и всегда служитъ ей своими результатами. Но на извѣстной ступени развитія жизни и науки назначеніе послѣдней осуществляется съ успѣхомъ только при эманципациі отдѣльныхъ актовъ научной дѣятельности отъ нуждъ времени, — эманципациі, гарантирующей науку отъ односторонностей и близорукости. Эта эманципациа внесена въ гражданское правовѣдѣніе историческою школою, и если научное правовѣдѣніе не принесло до сихъ поръ удовлетворенія потребностямъ современной намъ практики, то причину тому слѣдуетъ искать не въ ложномъ характерѣ научнаго правовѣдѣнія, а въ узкости границъ избраннаго имъ поля изслѣдованія. Вызванное въ правовѣдѣніи самосознаніе не смогло охватить сразу всю область его и выдвинуло одну ея часть въ ущербъ другимъ частямъ ея. Чѣмъ болѣе научное правовѣдѣніе будетъ связывать прошедшее съ настоящимъ и пользоваться его фактами для своихъ выводовъ, тѣмъ скорѣе оно достигнетъ дѣйствительной власти надъ юридическою жизнью. Самое изученіе древности должно выиграть отъ пользованія матеріа-

ломъ, доставляемымъ современною жизнью. Главное достоинство научныхъ обобщеній заключается въ ихъ достовѣрности, которая позволяла бы пользоваться ими, какъ средствомъ изслѣдованія скрытыхъ историческихъ и практическихъ областей. Достовѣрное обобщеніе покоится на достовѣрныхъ фактахъ; доставить же ихъ наиболее способна жизнь, современная изслѣдователю. Кромѣ того представляются и нѣкоторыя другія выгоды. Такъ, на примѣръ, многіе институты, изучаемые нами, какъ принадлежность древнѣйшихъ состояній, наблюдаются въ настоящее время не только въ качествѣ переживаній, но какъ живыя формы, хотя, конечно, не во всѣхъ своихъ атрибутахъ тождественныя съ формами древнѣйшими. Ниже, въ изслѣдованіи первоначальныхъ формъ образованія права будетъ показано на дѣлѣ, какого рода пользу возможно извлекать изъ изученія подобныхъ явленій.

Говоря о научномъ изученіи права, необходимо имѣть въ виду особенно интересы гражданского правовѣдѣнія. Въ сферѣ государственныхъ наукъ самостоятельное историко-философское направленіе, далекое отъ момента своего полного развитія, находится однако на вполнѣ прочной дорогѣ. Политическій интересъ господствуетъ тамъ не менѣе, если не болѣе интереса догматическаго и придаетъ энергію научному изслѣдованію предмета. Тотъ же интересъ оживляетъ криминалистовъ и отчасти процессуалистовъ, не позволяя имъ погрузиться вполнѣ въ безпредѣльное море догматики. Но если справедливо относительно настоящаго столѣтія замѣчаніе Кунтце, что новыя идеи (при чемъ онъ имѣетъ въ виду идеи, касающіяся задачъ и приѣмовъ науки) почти всегда пускали корни впервые въ теоріи гражданского права и распространялись оттуда въ прочіе отдѣлы юриспруденціи<sup>13)</sup>, то не менѣе спра-

<sup>13)</sup> Kuntze, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, 1836, стр. 1. Причину означеннаго явленія Кунтце видитъ въ особыхъ свойствахъ

ведливо, что въ другихъ отдѣлахъ имъ удавалось часто достигнуть большаго развитія, нежели въ сферѣ гражданского правовѣдѣнія. Относительно гражданского права предпочитаютъ обыкновенно ограничиваться догматическою разработкою его и при опредѣленіи задачъ его исторіи не идутъ далѣе первыхъ основателей исторической школы, видя въ исторіи лишь нѣкоторую подготовительную работу къ догмѣ, подчиненную интересамъ этой послѣдней<sup>14)</sup>. Два заблужденія играютъ здѣсь важную роль. Первое состоитъ въ томъ, что цивилисты склонны относить вопросы о преобразованіи гражданскихъ институтовъ за предѣлы своей компетентности. Эта скромность находитъ отголосокъ себѣ въ соответствующихъ ей притязаніяхъ представителей другихъ научныхъ сферъ, на примѣръ, экономистовъ отживающей теперь школы, претендовавшихъ нерѣдко на власть окончательно передѣлывать гражданскіе институты. Обѣ стороны неправы, поступаая односторонне. Конечно, юристъ не въ состояніи разрѣшить насущнѣйшіе вопросы времени, исходя изъ однихъ своихъ обыденныхъ знаній, но и политическая экономія, взятая въ отдѣльности, бессильна отвѣтить на нихъ. Формы гражданскихъ отношеній составляютъ продуктъ совокупнаго дѣйствія многихъ силъ народной жизни. Рядомъ съ экономическими потребностями сюда принадлежитъ такъ или иначе сложившееся воззрѣніе на справедливость, состоящее въ связи со всѣмъ умственнымъ и нравственнымъ строемъ общества; сюда относится далѣе государственный элементъ народной жизни, всегда вліяющей на гражданское право; сюда же слѣдуетъ причис-

явленій, служащихъ предметомъ гражданского правовѣдѣнія, по природѣ своей наиболее пластичныхъ. Вѣрнѣе, кажется, видѣть ее въ историческихъ условіяхъ развитія гражданского и государственнаго правовѣдѣнія.

<sup>14)</sup> См. и о ю статью *Римское право* etc, стр. 73, (1875); Amiga, указ. соч., стр. 5—11 (1876).

литель наконецъ рядъ соображеній технического свойства, родящихся въ правѣ технической элементъ его. Изученіе всѣхъ составныхъ элементовъ гражданского права въ ихъ полнотѣ и взаимодействіи должно быть положено въ основаніе гражданской политики и составить отрасль юридической науки, посвященную гражданскому праву. Она не будетъ переложениемъ какой-нибудь другой отдѣльной науки, напримѣръ, политической экономіи, но совмѣститъ въ себѣ результаты всѣхъ наукъ, имѣющихъ то или другое отношеніе къ составнымъ элементамъ гражданского права. Ея отношеніе къ общей юридической наукѣ подобно отношенію этой послѣдней къ социальной наукѣ вообще; не представляя чего-либо особеннаго относительно цѣлей, или качества силъ, дѣйствіе которыхъ ею изслѣдуется, наука гражданского права останавливается на одномъ, опредѣленномъ классѣ юридическихъ отношеній подобно тому, какъ правовѣдѣніе вообще ограничивается опредѣленнымъ классомъ социальныхъ отношеній. Наука гражданского права есть наука о порядкѣ, въ которомъ происходятъ комбинаціи различныхъ элементовъ народной жизни, производящія въ исторіи гражданскіе институты. Систематическая самостоятельность этой науки—только внѣшняго свойства; она обусловлена опредѣленнымъ отграниченіемъ объекта изслѣдованія <sup>15)</sup>. Что подобное отграниченіе въ данномъ случаѣ возможно и полезно—это врядъ ли возбуждаетъ сомнѣніе; что оно установлено уже въ догмѣ—это сомнительно болѣе, чѣмъ кажется съ перваго взгляда <sup>16)</sup>. Другое заблужденіе заключается въ мнѣніи, полагающемъ, что дѣло „настоящаго“ юри-

<sup>15)</sup> Ср. Stein, указ. соч., стр. 100: «право, какъ таковое, не имѣетъ исторіи; то, что мы называемъ его исторіей, есть исторія жизни въ гѣхъ ея сторонахъ, въ которыхъ она принимаетъ форму юридическихъ понятій». Ср. Merkel, указ. статьи, стр. 415.

<sup>16)</sup> Объ обихъ вопросахъ см. во второмъ отдѣлѣ (слѣд. вып.).

ста можетъ и должно ограничиваться изученіемъ одной технической стороны правовѣдѣнія, обнимающей собою всѣ средства, необходимыя для правильнаго примѣненія закона. Наблюденіе надъ исторіею и жизнью показываетъ полную несостоятельность этого мнѣнія. Оно удостовѣряетъ, что законодательная функція не можетъ быть отдѣлена вполнѣ отъ власти судебной вопреки всѣмъ направленнымъ къ тому мѣрамъ, и что „толкованіе“ закона всегда содержитъ въ себѣ явное или скрытое преобразование его. Современная конструкція догмы гражданского права и лежащее въ ея основаніи ученіе о толкованіи закона игнорируетъ совершенно это обстоятельство и ведетъ къ такому образованію юристовъ, которое не согласуется съ существомъ ихъ практической дѣятельности. Догма, основанная или она исключительно на формальной систематикѣ, или же на раскрытіи связи, существующей между юридическими опредѣленіями и вызвавшими ихъ потребностями, даетъ болѣе или менѣе вѣрное представленіе о содержаніи дѣйствующихъ источниковъ права, но, предоставленная однимъ собственнымъ силамъ, не вырабатываетъ критерія для оцѣнки его историческаго значенія, необходимаго на случай столкновенія закона съ жизнью или безсилія его предъ нею. Каждый разъ, какъ юристу приходится навязывать жизни несоотвѣтствующія ей предписанія объективнаго права, или же за неполнотою этого послѣдняго прибѣгать къ своимъ собственнымъ средствамъ для формулированія новой нормы, онъ не владѣетъ никакимъ указаніемъ на путь, котораго слѣдуетъ держаться. Указаніе на „духъ“ закона само по себѣ есть не болѣе, какъ пустой звукъ. Только историко-философскій анализъ закона способенъ вложить въ него содержаніе. Духъ закона есть его историческое отношеніе къ интересамъ прошедшаго, настоящаго и будущаго; понимать законъ—значитъ понимать его, какъ моментъ историческаго раз-

витія; примѣнять его — значитъ знать историческое соотношение принциповъ, образующихъ его содержаніе, и содѣйствовать реализаціи прогрессивныхъ началъ, удерживая излишнее проявленіе началъ отживающихъ. Такъ вопреки всѣмъ догматическимъ теоріямъ понимаютъ и примѣняютъ законъ на самомъ дѣлѣ. Но въ интересахъ дѣла необходимо, чтобы происходящее скрыто и бессознательно дѣлалось открыто и сознательно, чтобы наука и школа не оставляли практику въ этомъ важномъ дѣлѣ безъ помощи и руководства. Чтобы быть хорошимъ юристомъ, мало владѣть одною техникою правовѣдѣнія, но надо прежде всего быть образованнымъ гражданиномъ. Не безъ удивленія читалось въ прошломъ году публичное заявленіе, сдѣланное представителемъ одной высшей русской юридической школы, усмотрѣвшимъ лишь одинъ вредъ въ знакомствѣ юристовъ съ обобщеніями („потребность въ которыхъ однако существуетъ“) и отрицавшимъ всякую близкую связь, существующую между правовѣдѣніемъ и философіей. По мнѣнію просвѣщеннаго юриста-педагога „метафизика и метаполитика (?) должны быть чужды юристу“, ибо „право не создается въ головѣ даже истиннаго (sic) философа и не поступаетъ своею силою *передъ какою бы то ни было* логикою“; „юридическая школа не можетъ отвлекаться предметами, не входящими *прямо* въ ея область“<sup>17)</sup>. Такъ говорить значитъ поддерживать ремесленный характеръ правовѣдѣнія и поощрять безучастное механическое отношеніе къ гражданской жизни, которымъ отличиться рискуетъ къ сожалѣнію русская практическая юриспруденція. Заслуга Штейна заключается въ томъ, что съ вопросомъ о преобразованіи юридическихъ наукъ онъ связалъ интересы юридическаго преподаванія. Что голосъ Штей-

<sup>17)</sup> Г. Капустинъ въ Временникъ Яросл. Юридич. Лицея, 1876 г.

на не есть изолированное явленіе, — это обстоятельство свидѣтельствуетъ лучше всего другаго въ пользу своевременности дѣла, имъ предпринятаго. Пропаганда въ пользу расширенія юридическаго преподаванія въ смыслѣ развитія государственнаго отдѣла юридическихъ факультетовъ и историко-философскаго изученія права постоянно усиливается въ Германіи<sup>18)</sup>. Со стороны русской школы было бы непрослительною ошибкою стремиться на тотъ путь, бросить который готовится сама выработавшая его страна. Реформѣ подлежить не только теорія, но и практика. Она не можетъ быть изолирована отъ общаго потока исторической жизни, но обязана принимать сознательное участіе въ прогрессивномъ развитіи своего народа.

Такимъ образомъ весьма различныя точки зрѣнія приводятъ къ одному и тому же результату: къ необходимости сближенія отдѣльныхъ отраслей юриспруденціи. Собственные интересы исторіи права вынуждаютъ ее приступить къ историческимъ обобщеніямъ.

<sup>18)</sup> Кроме вышеуказаннаго (примѣч. 3) сочиненія Лоренца Штейна, ср. еще весьма обстоятельный трудъ Kleinwächter'a, *Die rechts- und staatswissenschaftlichen Facultäten in Oesterreich*, 1876, и Gierke, *Die juristische Unterricht*, въ *Jahrb. für Gesetzgebung, Verwaltung etc.* за 1877 г., стр. 1 сл., особ. стр. 14 сл. Оба названные автора даютъ указанія на прочую литературу предмета, весьма обширную: Nasse (1868), Muther (1873), Meyer (1875), Bethmann-Hollweg (1876), и др. Въ этой литературѣ единогласно выражается требованіе въ пользу значительнаго расширенія преподаванія на юридическихъ факультетахъ и обязательнаго слушанія студентами государственныхъ и экономическихъ наукъ, а равно философій права. Это расширеніе рекомендуется, какъ съ точки зрѣнія интересовъ студентовъ, готовящихся къ административному поприщу, такъ и въ интересахъ будущихъ судебныхъ дѣателей. Вместе съ тѣмъ рекомендуютъ продолженіе учебнаго срока съ трехъ лѣтъ на четыре года, или (какъ въ Австріи) съ четырехъ на пять лѣтъ, и устройство университетскихъ экзаменовъ, которые должны предшествовать экзаменамъ государственнымъ и поднять теоретическій уровень юридическаго образованія.

нiямъ, неосуществимымъ безъ соучастiя сравнительнаго и философскаго изученiя фактовъ какъ прошедшей, такъ и современной исторiи права. Отъ соединенiя индукцiи съ дедукцiей должно вытiснить также разрѣшенiе юридико-философскихъ задачъ. Техника права удовлетворитъ лучше своему назначенiю, когда догматическiй анализъ юридическихъ опредѣленiй станетъ въ зависимость отъ анализа историко-философскаго. Путемъ этихъ измѣненiй, не отказываясь вполне отъ прежнихъ формъ разработки права, но совершенствуя ихъ, юриспруденцiя преобразится въ науку въ наиболѣе строгомъ значенiи этого имени. Научная форма изученiя права, образовавшаяся уже отчасти внѣ Германiи главнымъ образомъ подъ влiянiемъ общихъ философскихъ идей о преобразованiи обществовѣдѣнiя, вызывается на германской почвѣ практическими потребностями самой юриспруденцiи. Въ этомъ заключается поучительная сторона современнаго состоянiя нѣмецкаго гражданскаго правовѣдѣнiя. Оно представляетъ примѣръ науки, гдѣ научная реформа руководится не столько влiянiями извнѣ, сколько самостоятельно-сознанными потребностями своего дѣла. — Для счастливаго исхода реформы требуется временно усиленная централизацiя научныхъ силъ. Увлеченiе принципомъ специализацiи научнаго труда опаснѣе для современнаго гражданскаго правовѣдѣнiя другихъ возможныхъ увлеченiй. Строгая специализацiя умѣстна въ такой наукѣ, строй которой сложился твердо, и система которой не возбуждаетъ сомнѣнiй. Въ такомъ случаѣ уже элементарныя, школьныя истины бывають достаточно сильны для того, чтобы руководить изслѣдователемъ въ его специальныхъ трудахъ, не вынуждая его возбуждать каждый разъ безпокойные вопросы объ общей годности употребляемыхъ имъ методовъ и о важности разрѣшаемыхъ имъ задачъ. Но гражданское правовѣдѣнiе потеряло такую опредѣленность. Его приемы изслѣдованiя безсильны предъ его новыми

потребностями. Безсидiе приемовъ отразилось на безсилiи его системы, которая узка и односторонна и подлежитъ преобразованiю вмѣстѣ съ приемами. Когда это дѣло выполнится съ достаточною на первый разъ полнотою, тогда снова раскроется обширное поле предъ специализацiей научнаго труда.



II.

КЪ УЧЕНИЮ

ОБЪ ОБРАЗОВАНИИ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

- I. Идея закономѣрнаго развитія (къ вопросу о значеніи исторической школы).
- II. Идея психическаго труда.
- III. Естественное право (*ius naturale*).
- IV. Предметъ дальнѣйшаго изслѣдованія.

Намъ можетъ казаться, что принципы, составлявшіе торжество предыдущихъ періодовъ знанія, низвергаются и уничтожаются позднѣйшими открытіями, но на дѣлѣ эти принципы входятъ въ послѣдующія ученія той долей истины, какая была въ нихъ.

Уэвель, *Исторія индуктивныхъ наукъ*, I.

## I.

### Идея закономѣрнаго развитія.

#### Къ вопросу о значеніи исторической школы.

Идея закономѣрнаго развитія. — Савиньи. — Пухта. — Безелеръ. — Отношеніе ученія исторической школы къ философіи исторіи. — Романтизмъ — Общее значеніе исторической школы. — Понятіе о народно-правовомъ убѣжденіи въ особенности.

Въ исторіи правовѣдѣнія теорія образованія права составляетъ результатъ взаимодействія двухъ факторовъ. Стимуль, вызывающій ея формулированіе и направляющій затѣмъ ея дальнѣйшее развитіе, заключается въ потребностяхъ юридическаго быта. Содержаніе ея есть одно изъ выраженій общаго возрѣнія на процессъ историческаго развитія человѣчества. Основаніе теоріи образованія права составляетъ совокупностью идей, выработанныхъ историческою философіею и повторенныхъ въ области юриспруденціи. Это отношеніе между обще-философскимъ и юридическимъ возрѣніемъ сохранялось постоянно, какъ во время успѣховъ этого послѣдняго, такъ и въ моментъ уклоненія его съ истинной дороги. Въ своихъ успѣхахъ и ошибкахъ теорія образованія права служила отголоскомъ успѣховъ и ошибокъ исторической философіи, отчасти прямо занимствуя изъ нея тѣ или другія положенія, отчасти же самостоятельнымъ путемъ приходя къ выводамъ, соответствующимъ своимъ свойствамъ господствующему въ данное время духу науки.

Въ такомъ соотношеніи съ жизнью и философіей возникло въ германской юриспруденціи въ началѣ настоящаго столѣтія возрѣніе, которое, исправляясь и развиваясь, привело къ современнымъ взглядамъ на процессъ образованія права. Теченіе юридической жизни выдвинуло вопросъ; господствовавшее философское міросозерцаніе руководило отвѣтомъ. — Къ XIX в. историческая философія формулировала окончательно идеи, правившія основнымъ переворотомъ въ области общественнаго развитія: идею закономѣрнаго движенія исторіи и идею прогресса, слившіяся въ общую идею закономѣрнаго развитія человѣчества. Онѣ разрушили догматизмъ, издревле господствовавшій въ возрѣніяхъ на исторію. Взамѣнъ склонности не замѣчать историческихъ измѣненій въ состояніи человѣка и общества, а замѣченнымъ не придавать особой цѣны, видя въ нихъ случайные результаты человѣческой дѣятельности, онѣ вкоренили въ умахъ ученыхъ убѣжденіе въ постоянномъ и правильномъ движеніи человѣчества впередъ. Существенный результатъ торжества помянутыхъ идей, въ особенности же идеи прогресса, заключался въ примиреніи науки съ дѣйствительностью. Подъ освѣщеніемъ идеи прогресса дѣйствительность стала привлекательнѣе, нежели казалась прежде, потому что открывалась возможность исправленія темныхъ сторонъ ея помимо отрицанія. Отрицательное отношеніе къ существующему порядку вещей, пропитавшее собою политическую философію предшествующаго періода и ставившее дѣйствительность въ разрѣзъ съ требованіями разума, замѣнилось положительнымъ отношеніемъ. Его водвореніе въ науки привело къ изученію исторіи съ новыми цѣлями. Историческая наука приобрѣла новый интересъ и раздвинула свои рамки.

Сюда относится образованіе историческаго правовѣдѣнія. Главное значеніе научной дѣятельности Савиньи и его ближайшихъ послѣдователей состояло въ томъ,

что они осуществили въ юриспруденціи вышеуказанное примиреніе съ дѣйствительностью. Въ направленныхъ къ тому стараніяхъ находится центръ тяжести громаднаго авторитета, которымъ пользовалась историческая школа не только въ Германіи, но и за ея границами. Благодаря авторитету школы уваженіе распространялось и на другія стороны ученой дѣятельности ея представителей, но тамъ оно не имѣло самостоятельнаго основанія. — Почти полное разочарованіе въ полезности выработаннаго предшествующею юридическою жизнью и разъединенность теоріи и практики составляли зло, отъ котораго сильно страдала германская юриспруденція въ концѣ прошлаго и началѣ нынѣшняго столѣтій. Потребность въ реформѣ дѣйствующаго гражданскаго права и отсутствіе какого-либо осуществимаго указанія на выходъ изъ неудовлетворительнаго состоянія приближали практическую юриспруденцію къ тому скептическому застою, въ который впасть всегда бываетъ наклонна мысль, успѣвшая пресытиться старою дѣятельностью и начинающая отчаиваться въ своемъ будущемъ. Возможность лучшаго исхода указала историческая школа. Перенеся въ юриспруденцію идею закономѣрнаго развитія, она сдѣлала возможнымъ такой путь, при слѣдованіи которому надежда на будущее совмѣщалась съ уваженіемъ къ прошедшему. Все совершенное юриспруденціею послѣ толчка, сообщеннаго ей Савиньи, есть не болѣе, какъ дальнѣйшее развитіе основныхъ, руководившихъ имъ идей, и всѣ протесты, которые неоднократно высказывались противъ исторической школы, были только протестами противъ формы, временно ею принятой, и въ сущности заключали въ себѣ дальнѣйшее развитіе дѣла, начатаго Савиньи. <sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Я былъ очень удивленъ, прочитавъ слѣдующія слова г. Карасевича (Юрид. Вѣсти 1877, № 1 и 2, стр. 7): „никакъ не можемъ согласиться съ г. Муромцевымъ, который, разбирая сочиненіе г. Любав-

Савиньи училъ, что право составляетъ подобно языку, нравамъ и государственному устройству продуктъ народной дѣятельности и находится въ нераздѣльной внутренней связи съ прочими проявленіями ея; общее народное убѣжденіе, одинаковое чувство ихъ внутренней необходимости объединяетъ ихъ, устраняя всякую мысль о случайномъ или произвольномъ ихъ происхожденіи. Наравнѣ съ другими проявленіями народной дѣятельности право постоянно движется и развивается, подчиняясь тому же закону внутренней необходимости. Каждый періодъ исторіи народа есть продолженіе предшествующихъ временъ; каждый періодъ творитъ свой бытъ не произвольно, но при соучастіи всего прошедшаго. Вслѣдствіе этого изученіе исторіи представляется единственнымъ вѣрнымъ путемъ къ познанію нашего собственнаго состоянія.—Въ каждомъ изъ этихъ положеній заключается «ли воспроизведеніе, или повтореніе идей, выработанныхъ ко времени Савиньи философій исторіи. Уже Вико видѣлъ основаніе права въ общемъ убѣжденіи, раздѣляемомъ всѣмъ сословіемъ, народомъ, или человечествомъ, и, устраняя случайный характеръ такого убѣжденія, былъ склоненъ смотрѣть на право, какъ на одинъ изъ элементовъ народной жизни<sup>2)</sup>. Шеллингъ утверждалъ, что исторія указываетъ на общій источникъ искусства, науки и

скаго, однимъ почеркомъ пера выбрасываетъ за бортъ *все* ученіе исторической школы». Вотъ мои подлинныя слова: „г. Любавскій находится, очевидно, подъ вліяніемъ пресловутой доктрины о національномъ характерѣ, какъ необходимомъ качествѣ каждаго права, забывая, что эта доктрина даже на своей родной почвѣ обратилась теперь въ историческую ветошь“, и т. д. Но въ ученіи объ исключительной національности права не заключается *ося*, или даже главная суть исторической школы; и за яркими блестками національнаго ученія не трудно замѣтить главное философское содержаніе исторической теоріи.

<sup>2)</sup> Vico, *Science nouvelle*, I, 2, 10—13 (изд. Michelet, I, p. 341—344) ср. Герье, *Очеркъ развитія исторической науки*, 1866, стр. 36.

юридическихъ учреждений<sup>3)</sup>. Кантъ и Шеллингъ, развивая свои мысли о закономѣрномъ ходѣ исторіи человечества, о постоянномъ прогрессѣ и тѣсной исторической связи, существующей между настоящимъ и прошедшимъ, говорили много о государствѣ и правѣ, вращаясь такимъ образомъ въ сферѣ явленій, близкихъ юристу<sup>4)</sup>. Въмѣстѣ съ тѣмъ Шеллингъ, осуждая современное ему состояніе юриспруденціи, прямо рекомендовалъ примѣненіе къ праву философскаго и историческаго изслѣдованія съ цѣлью „конструировать“ государственный организмъ<sup>5)</sup>. Мысли философовъ проникали въ той или другой формѣ и въ юриспруденцію. Въ брошюркѣ Фейербаха, изданной въ 1804 году<sup>6)</sup>, читаемъ, что „все позитивное право подчинено великому и вѣчному закону причинности; какъ нѣчто, имѣющее происхожденіе, оно есть продуктъ времени и связано съ предшествующими событиями неразрывною цѣпью причинъ и слѣдствій. Изъ права, дѣйствовавшаго прежде, выросло право современное; и это послѣднее существуетъ только потому, что старое, отживъ свой вѣкъ, родило новое. Въ глубинѣ прошлыхъ тысячелѣтій лежитъ зерно законодательства, которому мы теперь повинемся... Исторія права должна вывести, объяснить его современное состояніе изъ предыдущихъ состояній на основаніи ихъ внутренней прагматической связи“. Извѣстно, что Гуго находился также подъ вліяніемъ тѣхъ же мыслей, почему не безъ основанія усматриваютъ въ немъ одного изъ первыхъ провозвѣстниковъ исторической школы въ юриспруденціи. Савиньи не формулировалъ впервые высказанныхъ имъ идей, но утвердилъ ихъ по отношенію къ гражданскому праву. Причина, по которой

<sup>3)</sup> Schelling, *Philosophie und Religion*, 1802, стр. 65.

<sup>4)</sup> Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte*, 1784;—Schelling, *System des transcendentalen Idealismus*, 1800, стр. 402—441.

<sup>5)</sup> Schelling, *Vorlesungen über die Methode etc.*, 1803, лекц. 10.

<sup>6)</sup> Feuerbach, *Ueber Philosophie und Empirie etc.*, стр. 42 сл.

торжество этихъ идей въ юриспруденціи соединилось съ именемъ Савиньи, заключается въ томъ, что онъ воспользовался ими для разрѣшенія важнаго практическаго вопроса своего времени и такимъ образомъ реализировалъ ихъ значеніе, показавъ наглядно ихъ цѣнность. Большинству рѣдко бываютъ доступны абстрактныя идеи въ ихъ теоретической отрѣшенности; оно сознаетъ ихъ дѣйствительное значеніе только тогда, когда на дѣлѣ удостовѣряется въ примѣнимости ихъ къ разрѣшенію практическихъ вопросовъ. Савиньи воспользовался идеею закономѣрнаго историческаго развитія права для разрѣшенія вопроса о кодификаціи. Онъ мѣтилъ одновременно противъ рационализма естественной школы, которая, не замѣчая въ дѣйствительности залога къ чему-либо хорошему, возлагала всѣ надежды на мудраго законодателя, и противъ практической юриспруденціи, которая, удовлетворяясь поверхностнымъ наблюденіемъ надъ правою жизнью, принимала законодателя за единственный и конечный источникъ права. — Но правильной *научной* реализаціи основныхъ идей у Савиньи мы не находимъ. Хотя знаменитому основателю исторической школы приходилось неоднократно повторять свои коренныя воззрѣнія, онъ не сдѣлалъ ничего для дальнѣйшей научной разработки ихъ и не пытался формулировать отдѣльные законы образованія права; настаивая на закономѣрности историческаго развитія права, Савиньи не указалъ ея выраженій. Слѣдуетъ сказать даже, что онъ далеко не ясно опредѣлилъ смыслъ закономѣрнаго развитія или закона внутренней необходимости <sup>7)</sup>, и тѣмъ сталъ причастенъ, конечно, образованію недоразумѣній, извратившихъ позднѣе основное положеніе исторической школы. Поэтому нельзя

7) См. Сергѣевичъ, *Задача и метода государственнаго права*, 1871, стр. 149—152.

не сказать, что мнѣніе, приравнявшее недавно значеніе Савиньи къ значенію Дарвина, весьма преувеличено. По мнѣнію Меркеля <sup>8)</sup>, какъ Дарвинъ внесъ въ естествознаніе идею развитія, такъ и Савиньи сдѣлалъ тоже самое въ области юриспруденціи. Противъ такого сопоставленія представляется не мало возраженій. Во-первыхъ, юриспруденція, составляя только одну изъ сферъ обществовѣдѣнія, не идетъ въ сравненіе съ болѣе широкой областью естествознанія. Во-вторыхъ, Савиньи только перенесъ въ юриспруденцію понятіе развитія, уже выработанное въ исторической философіи; Дарвинъ же, не формулировавъ этого понятія впервые въ области естествознанія, въ дѣлѣ его установленія является, несомнѣнно, съ нѣкоторою самостоятельною ролью. Онъ предложилъ тщательно обработанную попытку опредѣлить путь, которымъ совершается самое развитіе, тогда какъ Савиньи ограничился установленіемъ однихъ голыхъ понятій. — Но, конечно, это обстоятельство не отнимаетъ у программы Савиньи ея силы. Такъ или иначе въ ней было высказано основное положеніе новой школы и намѣчено направленіе, въ которомъ должно было идти ея дальнѣйшее развитіе <sup>9)</sup>.

Осуществить его пытался Пухта въ своемъ извѣстномъ сочиненіи объ обычномъ правѣ (1828), но его попытка доказываетъ только, что доброе сѣмя, брошенное Савиньи, пало далеко не на подготовленную

8) Merkel, *Ueber den Begriff d. Entwicklung*, въ Grünhut's Zeitschrift, 1876, стр. 625 сл.

9) Изъ многочисленныхъ брошюръ и статей, имѣвшихъ своимъ предметомъ дѣятельность и воззрѣнія Савиньи, заслуживаютъ вниманія: Laboulaye, *Essai sur la vie et les doctrines de F. C. de Savigny*, 1842; Ihering, *F. C. v. Savigny*, въ его Jahrbücher, 1861; Stinzing, *F. C. v. Savigny*, 1862; Bluntschli, *Die neueren Rechtsschulen etc.* 1839 и 1861; его же, *Geschichte des allgemeinen Staatsrecht*, гл. XVII; Stahl въ его *Geschichte der Rechtsphilosophie*. — На русскомъ языкѣ: Кенигъ, *Савиньи etc.*, въ Рус. Вѣстн. 1863, № 4; Фуксъ и Мандро, во введеніи къ переводу сочин. Савиньи: *Обязательственное право*, 1876.

почв<sup>4</sup>. Корень неудачи Пухты заключается въ особенномъ колоритѣ, приданномъ имъ ученію Савиньи. Этотъ колоритъ укрѣпляетъ положительное отношеніе къ историческому матеріалу права, но вмѣстѣ съ тѣмъ угрожалъ идеѣ прогресса. Последнее обстоятельство не было замѣчено ни самимъ Пухтою, ни примкнувшимъ къ его труду Савиньи<sup>10)</sup>, ни послѣдующею литературою. Напротивъ, первый результатъ сочиненія Пухты никогда не упускался изъ виду, и ему обязано оно тѣмъ грандіознымъ впечатлѣніемъ, которое до сихъ поръ не утратило еще своей силы.

Думая опредѣлить формы образованія права и ихъ историческое соотношеніе, Пухта по недостатку наблюдательности и анализа пришелъ къ заключеніямъ, которыхъ истинный смыслъ клонился къ отрицанію самаго историческаго процесса образованія права. Теорія Пухты была на самомъ дѣлѣ отрицаніемъ необходимости какой-либо теоріи. Онъ указалъ на существованіе нѣсколькихъ формъ, свойственныхъ юридическимъ нормамъ; но онъ принялъ такое отношеніе между ними, которое подрывало совершенно ихъ самостоятельное значеніе. Такъ, слѣдуя Пухтѣ, законодательство есть не болѣе, какъ переписанное обычное право. Тоже говоритъ онъ объ эдиктѣ римскихъ магистратовъ и сохраняетъ въ извѣстной степени тотъ же характеръ за трудами юриспруденціи, утверждая, что она только перерабатываетъ обычное право. Въ свою очередь обычное право есть не болѣе, какъ непосредственное выраженіе народно-правоваго убѣжденія. Такимъ сведеніемъ всѣхъ формъ права къ одному общему источнику безъ указанія какого либо самостоятельнаго интереса, который могла бы представить каждая форма въ отдѣльности, уничтожался интересъ исторіи формъ права. Таже участь грозила и исторіи содержанія права, воплощеннаго въ народно-правовомъ убѣжденіи. Пухта такъ рисуесть

<sup>10)</sup> Savigny, *System*, 1 § 7 и слѣд.

происхожденіе этого послѣдняго: съ возникновеніемъ перваго человѣческаго общества вслѣдствіе естественнаго духовнаго родства его членовъ сложилось общее правовое убѣжденіе. Затѣмъ оно представляется результатомъ народной дѣятельности. Но, по мнѣнію Пухты, дѣятельность народа не есть дѣятельность его членовъ ни въ ихъ отдѣльности, ни въ ихъ совокупности. Народное убѣжденіе вырабатывается независимо отъ дѣятельности отдѣльныхъ лицъ.—Въ этомъ положеніи отразилась одна изъ существеннѣйшихъ идей исторической философіи Канта и Шеллинга. Признавая свободу человѣческихъ дѣйствій, оба философа утверждали, что въ цѣломъ, въ общей совокупности дѣйствія человечества представляютъ правильный ходъ, не подлежащій случаю. У Шеллинга особенно ясно выступаетъ стремленіе согласовать свободу человѣка съ законмѣрностью исторіи и нравственнаго порядка, и онъ видѣлъ разрѣшеніе дилеммы въ томъ, что признавалъ объективное руководство свободныхъ человѣческихъ дѣйствій, реализующееся въ исторіи дѣятельностью всего человѣческаго рода. Исторія есть рядъ происшествій, которыхъ кажутся свободными только субъективно. Но въ исторіи дѣйствуетъ не индивидуумъ, а человѣчскій родъ, и объективное исторіи должно быть одно для всего рода. Съ кажущеюся свободой частныхъ исторіи соединяетъ необходимость цѣлаго. Однако нравственный порядокъ не есть у Шеллинга нѣчто, внѣ людей существующее; онъ составляетъ общее произведеніе всѣхъ умовъ, насколько всѣ посредственно или непосредственно желаютъ такого порядка. Каждый порядокъ существуетъ, насколько всѣ думаютъ одинаково, и каждый осуществляетъ свое божеское право содѣйствовать господству справедливости<sup>11)</sup>. Пухта пошелъ далѣе

<sup>11)</sup> Schelling, цит. въ прим. 4; ср. стр. 427—430. О вліяніи Шеллинга на Пухту упоминаютъ біографы послѣдняго; см. введ. къ Puchta's *Kleine civilistische Schriften*, 1851, стр. VI, XXXVII, XLVII.

Шеллинга и впалъ въ крайность, которой остерегся философъ. У Пухты правовой порядокъ получаетъ само-бытное существованіе, народно-правовое убѣжденіе от-личается рѣзко отъ убѣжденій отдѣльныхъ членовъ народа. Поводомъ къ тому могло послужить извѣстное наблюдение, удостовѣряющее, что дѣятельность общественнаго союза не можетъ быть сведена на сумму дѣятельностей членовъ его, отдѣльно взятыхъ, — что сила каждаго лица, вступившаго въ союзъ, своеобразно увеличивается вслѣдствіе соединенія съ силами другихъ лицъ. Но понятое и выраженное неправильно, оно привело къ совершенно ошибочному представленію о процессѣ образованія права. Этотъ процессъ объективировался. Образованіе права происходитъ какъ бы внѣ отдѣльныхъ лицъ, въ недоступной имъ области олицетвореннаго народнаго духа. Народно-правовое убѣжденіе не есть убѣжденіе конкретнаго народа. Оно дано ему какъ-бы извнѣ, какъ существующее само для себя, самобытною силою; образуясь и развиваясь для людей, оно не создается ими. Таковъ смыслъ, если не буква выводовъ Пухты. Сталою оставалось сдѣлать небольшо-й шагъ въ томъ же направленіи, чтобы, отрицая въ исторіи человѣчества всякій „дѣйствительный“ прогрессъ, указать на Бога, какъ на источникъ права, и въ національномъ различіи правовыхъ убѣжденій народовъ замѣнить различіе ихъ міровыхъ миссій <sup>12)</sup>.

По логическому построенію ученіе Пухты вполне апріорно. За исходную точку онъ принялъ положеніе, служившее девизомъ его школы, придавъ ему своеобразный характеръ и вывелъ оттуда частности своего ученія, не справляясь, насколько онѣ согласуются съ дѣйствительностью. Такимъ образомъ отрицаніе произвола въ процессѣ образованія права было передѣ-

<sup>12)</sup> Stahl, *Rechts und Staatslehre*, B. I § 17, B. II §§ 1, 2, 20, ср. *Geschichte der Rechtsphilosophie*, стр. 370 (1870).

лано въ отрицаніе участія человѣческой дѣятельности, а самый процессъ объективированъ. Этимъ путемъ онъ вырывался окончательно изъ рукъ произвола; правовая дѣйствительность, сложившаяся въ силу исторической необходимости, обусловленной свойствами народнаго духа, становилась внѣ вліянія личной воли. Но благодаря объективированію народно-правовое убѣжденіе представлялось какъ бы изначала готовымъ, вслѣдствіе чего „источники“ права оказывались не формами образованія, а только формами его выраженія. Признанное за основаніе прочихъ источниковъ, обычное право было отождествлено съ народно-правовымъ убѣжденіемъ и рядъ весьма различныхъ формъ и факторовъ былъ смѣшанъ въ одно нераздѣльное (ср. ниже). Послѣдовательное развитіе основныхъ положеній Пухты вело къ признанію того, что наиболѣе истинное выраженіе права должно было существовать на первоначальныхъ ступеняхъ исторіи народа, когда дѣйствуетъ во всей силѣ непосредственное выраженіе народнаго убѣжденія—обычное право. Предъ наукой открывалась въ прошедшемъ перспектива какого-то золотого вѣка, возстановленіе котораго просилось въ число задачъ науки. Самъ Пухта не былъ расположенъ договориться до подобныхъ крайностей. Онъ выступилъ даже противъ нихъ, когда онѣ были высказаны другими <sup>13)</sup>; но тѣмъ не менѣе его теорія давала поводъ къ тому, и мы находимъ эти крайности въ лагерѣ, цѣлямъ котораго со-отвѣтствовало воспользоваться ими.

Ученіе Безелера о народномъ правѣ (*Volksrecht*) составляетъ характеристическое произведеніе объективизма, употребленнаго въ пользу опредѣленныхъ цѣлей извѣстнаго направленія. Нѣкоторыя частныя положенія Безелера даютъ намъ право предполагать, что онъ болѣе Пухты владѣлъ наблюдательностью. Такъ, онъ за-

<sup>13)</sup> См. его рецензію на сочиненіе Безелера, цитов. въ слѣд. прим.



мѣтилъ ускользнувшій отъ вниманія Пухты фактъ, что народно-правовое убѣжденіе не дѣйствуетъ непосредственно чрезъ всю массу народа, но выражается и руководится въ различной степени различными индивидуумами. Въ связи съ этимъ, не ограничивая значенія законодателя однимъ пассивнымъ воспроизведеніемъ обычнаго права, Безелеръ указываетъ на его творческую дѣятельность, не идущую въ разрѣзъ съ народнымъ убѣжденіемъ. Снѣ не придерживается также Пухтовской крайности отношенія обычая, признавая, что обычай не только служитъ выраженіемъ народнаго убѣжденія, но бываетъ нерѣдко и источникомъ этого послѣдняго. Было бы справедливо и отъ общихъ заключеній Безелера ожидать болѣе реальной правды, чѣмъ отъ ученія Пухты. Но небрежность въ обработкѣ выводовъ, — качество, за которое Безелеру не мало досталось отъ его строгаго критика Тѣля, и предвзятая цѣль, которою Безелеръ, въ качествѣ германиста, руководился въ своемъ изслѣдованіи, не позволили ему выбраться на вѣрный путь. Безелеръ искалъ такого воззрѣнія на право, которое осудило бы рецепцію римскаго права въ Германіи, какъ ненормальный фактъ, и содѣйствовало бы возстановленію исключительнаго господства національнаго германскаго права. Это стремленіе не дозволяло Безелеру вывести изъ его наблюденій дальнѣйшія заключенія въ пользу того, что національно-правовое убѣжденіе способно измѣняться чрезъ усвоеніе въ началѣ чуждыхъ для него идеаловъ. Но съ другой стороны: было невозможно игнорировать тотъ фактъ, что чуждое Германіи римское право пользуется уже долгое время несомнѣннымъ преимуществомъ предъ національнымъ. Объективизмъ открывалъ такой путь къ разрѣшенію этой дилеммы, на которомъ сохранялись и примирялись обѣ стороны ея. Безелеръ утверждалъ, что рядомъ съ правомъ, выраженнымъ въ общепризнанныхъ источникахъ—обычаѣ, за-

конѣ и юриспруденціи, которые могутъ идти въ разрѣзъ съ народнымъ убѣжденіемъ (и тѣмъ не менѣе не терять своей силы!), существуетъ особое народное право, — вѣрное выраженіе народнаго убѣжденія. Это народное право продолжаетъ существовать и тогда, когда юристы, судъ, законъ, даже обычай отвергаютъ его; какъ бы велико и упорно ни было ихъ уклоненіе, народное право остается неизмѣннымъ, живя въ непосредственномъ сознаніи народа. На основаніи этого Безелеръ считалъ возможнымъ (несмотря на все вліяніе рецепціи) отыскать чистое народное право Германіи, живущее въ сознаніи нѣмецкаго народа, и возвратиться къ состоянію, сходному по своему характеру съ тѣмъ правомъ, которое существовало въ его странѣ до рецепціи. Но, что „право должно не только познаваться, но и образовываться народомъ, было совершенно упущено Безелеромъ изъ виду“ (Тѣль)<sup>14)</sup>.

Объективизмъ заключается въ наклонности приписывать самобытное существованіе порядку, выработанному умственною и нравственною дѣятельностью людей. Объективизмъ не составляетъ исключительной черты юридическаго мышленія. По своему существу онъ есть видоизмѣненіе наклонности олицетворять абстрактныя понятія и по происхожденію принадлежитъ временамъ, наиболѣе удаленнымъ отъ сознанія идеи прогресса. Объективизмъ—противникъ этой идеи. Прежде всего онъ есть явленіе обыденной жизни. Обыденное міросозерцаніе забываетъ быстро трудъ и борьбу, потраченные на образованіе какого-либо порядка, какъ скоро онъ установился окончательно, и объективируетъ его. Первый источникъ объективизма въ наукѣ заключается въ томъ, что наука принимаетъ обыденное воз-

<sup>14)</sup> Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843; Puchta, *Jahrb. f. wissenschaftl. Kritik*, 1844, № 1—4; Beseler, *V. R. u. J. R. Erster. Nachtrag*, 1844; Thöl, *Volksrecht. Juristenrecht. etc.* 1846. Ср. Schmid, *Theorie und Methodik*, 1848, стр. 173—178.

зрѣніе за дѣйствительное объясненіе предмета, самохарактеристику за вѣрную характеристику, повторяя такимъ образомъ одну изъ наиболѣе распространенныхъ ошибокъ исторической оцѣнки человѣческой дѣятельности. На почвѣ нѣмецкой науки XIX столѣтія мы встрѣчаемся съ остатками вымпрающаго объективизма. Хотя Пухта и Безелеръ шли въ этомъ отношеніи много далѣе господствовавшихъ въ ихъ время философскихъ воззрѣній, однако въ объективизмъ этихъ послѣднихъ не могло не заключаться поощренія присутствію того же качества въ юридическихъ воззрѣніяхъ. По Шеллингу, если мы представимъ исторію въ видѣ драмы, въ которой каждый участвующій выполняетъ свою роль вполне свободно, по своему усмотрѣнію, то разумное развитіе этой спутанной игры объясняется только тѣмъ, что существуетъ одинъ духъ, который дѣйствуетъ во всѣхъ и согласовалъ изначала объективный исходъ цѣлаго со свободною игрою отдѣльныхъ лицъ, такъ что въ концѣ концовъ должно произойти дѣйствительно нѣчто разумное. Въ каждомъ отдѣльномъ разумѣ дѣйствуетъ абсолютное<sup>15)</sup>. По Гегелю, народный духъ есть лишь индивидуумъ въ ходѣ всемірной исторіи. Всемірная исторія есть изображеніе божественнаго, абсолютнаго процесса духа въ его высшихъ формахъ, того послѣдовательнаго процесса, путемъ котораго міровой духъ достигаетъ самосознанія. Формы, въ которыхъ проявляются стадіи этого процесса, мы видимъ въ духѣ отдѣльныхъ народовъ, въ индивидуальности ихъ нравственной жизни, учреждений, искусства, религіи и науки. Реализовать эти стадіи — составляетъ цѣль безконечнаго влеченія міроваго духа, его непреодолимаго стремленія<sup>16)</sup>. По взгляду обоихъ философовъ, источникомъ морали

<sup>15)</sup> Schelling, *System etc.*, 1800, стр. 436—437.

<sup>16)</sup> Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Einleitung, A. (изд. 1848, стр. 66).

и права служить объективная всеобщая воля, и правовые институты существуютъ не для человѣка, но имѣютъ болѣе высшее назначеніе. Ихъ цѣль заключается въ нихъ самихъ, какъ необходимыхъ стадіяхъ, которыхъ достигаетъ абсолютное въ своемъ историческомъ развитіи. — Нѣтъ надобности искать сходство между юридическими и философскими воззрѣніями въ ихъ подробностяхъ; подобіе же ихъ характера не подлежитъ сомнѣнію. — Не даромъ представителей исторической школы называютъ также романтиками юриспруденціи<sup>17)</sup>. Внося въ науку принципы, въ сущности враждебный романтизму, историческая школа тѣмъ не менѣе не сумѣла освободиться отъ вліянія формъ этого послѣдняго. Она идеализировала и поэтизировала жизнь, заслоняя дѣйствительность плодами фантазіи и облачая область самосознанія въ мистическую атмосферу. Строго очерченныя формы исключались неопредѣленностью идей, которыя расплывались въ неясныхъ, безформенныхъ представленіяхъ. Слѣдуя романтикамъ, юристы стремились къ наивному и народному, видя источникъ права въ простодушномъ народномъ убѣжденіи; и относясь недовѣрчиво къ сознательной творческой дѣятельности законодателя и юриспруденціи, были какъ-бы склонны считать высшимъ состояніемъ праздное и безцѣльное прозябаніе. Принципъ національности, сродный и романтизму, служилъ исторической школѣ девизомъ; и германисты, подобные Безелеру, были не прочь искать идеаловъ въ народномъ правѣ Германіи, прозябавшемъ изстари внѣ всякой рефлексіи. Позднѣйшее же укло-

<sup>17)</sup> См., напримѣръ, Lenz, *Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts*, 1854, стр. 6; Ihering, *Kampf um's Recht*; ср. Милль, *Размышленія о представительномъ правленіи*, стр. 10 (рус. пер.). Интересно, что англійскій мыслитель совершенно сошелся съ нѣмецкими критиками. Разбирая воззрѣніе на способъ образованія государственныхъ формъ, своимъ характеромъ весьма однородное съ теоріей нѣмецкой школы, Милль называетъ его сентиментальнымъ.

неніе философіи права, въ лицѣ Сталя, въ сторону религиозныхъ и реакціонныхъ принциповъ гармонировало съ общимъ реакціоннымъ поворотомъ дѣятельности позднѣйшихъ представителей романтической школы<sup>18)</sup>.

Таковъ былъ характеръ возрѣнія исторической школы, если не въ лицѣ ея основателя, то въ лицѣ другихъ главныхъ представителей ея. Не имѣя намѣренія писать литературной исторіи гражданскаго права, дѣлая, я ограничиваюсь разборомъ ученія трехъ выше-названныхъ, наиболѣе популярныхъ корифеевъ нѣмецкой юриспруденціи первой половины настоящаго столѣтія, такъ какъ въ ихъ трудахъ сосредоточились съ полною рельефностью характеристическія черты первыхъ изслѣдованій объ образованіи гражданскаго права. Цѣпь преемства, связующая послѣдователей Савиньи съ достославнымъ учителемъ ихъ, заставляетъ часто относить на его счетъ все высказанное нѣмецкою юриспруденціею по этому предмету. Но, всматриваясь въ историческое развитіе теоріи образованія права, не трудно отличить въ ней ея первоначальный элементъ, принадлежащій основателю исторической школы, отъ элемента, внесеннаго его многочисленными послѣдователями. Въ настоящее время было бы гораздо менѣ поводовъ къ рѣшительному протесту, который мы слышимъ относительно „господствующаго“ ученія, если бы послѣдніе сумѣли сохранить въ чистотѣ мысли своего учителя. Историческое значеніе достигнутыхъ ими результатовъ не превысило значенія плодовъ дѣятельности самого Савиньи. Оно состояло въ томъ, что изъ юриспруденціи удалялась

<sup>18)</sup> Для характеристики романтизма ср. Hettner, *Die romantische Schule*, 1830 Brandes, *Die Hauptströmungen der Literatur etc.*, I in f. и II; Каррьеръ, *Искусство въ связи съ развитіемъ культуры*, V, стр. 373 сл. (рус. пер. Корша).

всякая мысль о произволѣ и случаѣ, какъ объ источникахъ права, и такъ или иначе водворялась идея его закономѣрнаго развитія. Первоначальная теорія не шла далѣе выполненія этой задачи. Она не уклонялась совершенно отъ попытокъ установить частности ученія и развить его въ систему; но относящіяся сюда попытки отличались апріорнымъ происхожденіемъ и неполнотою анализа, породившею неясность идей. Во многихъ выводахъ, напримѣръ, Пухты и Безелера чувствуется нѣкоторое реальное основаніе; но вмѣстѣ съ тѣмъ критика, даже не слишкомъ взыскательная, обнаруживаетъ, что къ нему присоединено много произвольнаго, созданнаго въ духѣ ложно понятой основной идеи, и неразличено многое, различеніе чего было бы важно въ интересахъ истины. Частныя руководящія понятія исторической школы, куда относятся понятія объ общенародномъ правовомъ убѣжденіи, о народномъ духѣ, о правовомъ организмѣ и объ органическомъ развитіи права, не содержа какихъ-либо самостоятельныхъ истинъ, были по большей части только фигуральными выраженіями одной и той же основной идеи. Говоря словами Каррьерера<sup>19)</sup>, было легко создавать дѣйствительность путемъ аналогій, вмѣсто того чтобы изслѣдовать ее тщательно и подробно. Нѣкоторымъ аналогіямъ историческая школа не мало обязана, можетъ быть, распространеніемъ ея основной идеи. Но онѣ же внесли въ юриспруденцію туманъ, который покрылъ детали процесса образованія права и надолго отдалилъ ихъ отъ взора изслѣдователя.

#### Объ общемъ народноправовомъ убѣжденіи.

Утвержденіе закономѣрности историческаго развитія права можетъ и должно имѣть два смысла. Въ одномъ, болѣе отвлеченномъ смыслѣ, употребленномъ Савиньи

<sup>19)</sup> Тамъ же, стр. 385.

и его послѣдователями, его сила заключается въ общемъ отрицаніи противоположнаго воззрѣнія на происхождение права. Въ другомъ, болѣе конкретномъ значеніи, понятіе о закономѣрномъ образованіи права обнимаетъ собою всю совокупность указаній на зависимость права отъ обстоятельствъ, обуславливающихъ его историческое существованіе. Съ этой точки зрѣнія право представляетъ группу явленій среди другихъ группъ явленій общественной жизни, и наукѣ предстоитъ опредѣлить отношенія, въ которыхъ состоятъ явленія этой группы между собою и къ явленіямъ другихъ группъ. Взятая абстрактно, означенныя отношенія представляются неизмѣнными и постоянными, въ формѣ законовъ, коренящихся въ природѣ человѣка и общества. Дѣйствительное право есть историческій продуктъ постоянно развивающихся сочетаній этихъ законовъ. — Одно изъ положеній, выставленныхъ исторической школою, быстро пріобрѣтшее право гражданства въ наукѣ, составляетъ первый, хотя очень отдаленный отъ главной цѣли, шагъ въ дѣлѣ изученія права, какъ явленія закономѣрнаго во второмъ смыслѣ. Какъ у Савиньи, такъ и у его послѣдователей, идея закономѣрности формулировалась въ видѣ указанія на зависимость права отъ общаго народнаго убѣжденія, обусловленнаго характеромъ или, какъ любили выражаться, духомъ народа, и всѣмъ предыдущимъ его исторіи. Однако, несмотря на все значеніе этого указанія, какъ исходнаго момента въ „историко-философскомъ“ изслѣдованіи о правѣ, оно не было уяснено съ надлежащею полнотою. — Понятіе объ убѣжденіи обнимаетъ два момента одного и того же психическаго явленія. Убѣжденіе есть, во первыхъ, психическое состояніе человѣка; во вторыхъ, — содержаніе извѣстной увѣренности. Въ общемъ положеніи о зависимости права отъ народа оба эти смысла умѣстны одинаково. Но въ дальнѣйшемъ развитіи его ихъ различеніе представляется

существенно необходимымъ, на что не было обращено почти никакого вниманія.

1. Юристъ-историкъ называетъ правомъ совокупность только такихъ опредѣленій, которыя, будучи назначены со стороны того или другаго авторитета къ обязательному примѣненію въ средѣ даннаго общества, дѣйствительно достигаютъ этой цѣли. Совокупность принадлежащихъ сюда опредѣленій и составляетъ право дѣйствующее. Дѣйствующее право образуется изъ весьма разнообразныхъ элементовъ. Сюда относится прежде всего право положительное, т. е. правила, получившія внѣшнее, опредѣленное выраженіе въ законѣ, либо обычаѣ. Но положительное право есть дѣйствующее только настолько, насколько оно примѣняется въ гражданской жизни отдѣльными лицами или судебною властью. Положительное право ограничивается, видоизмѣняется и дополняется подъ вліяніемъ нравственныхъ воззрѣній и чувства справедливости, руководящихъ лицами, примѣняющими право. — Наличие примѣненія показываетъ, что въ обществѣ существуетъ расположеніе къ примѣняемымъ правиламъ, сильное настолько, чтобы допустить ихъ обязательность. Но очевидно, что такое расположеніе только въ рѣдкихъ случаяхъ раздѣляется всѣмъ обществомъ во всей его совокупности; несравненно чаще оно исходитъ отъ господствующей части общества, подчиняющей себѣ тѣмъ или другимъ способомъ остальныхъ его членовъ. Правовой порядокъ, дѣйствующій въ данномъ обществѣ есть нѣкоторая середина между порядкомъ, желательнымъ съ точки зрѣнія лучшихъ, передовыхъ членовъ общества, и порядкомъ, соответствующимъ стремленіямъ и желаніямъ членовъ, оставшихся назади по своему нравственному и умственному развитію. Чѣмъ развитѣе и обширнѣе общество, тѣмъ значительнѣе разстояніе между передовою и отсталую частями его. Когда это разстояніе переходитъ извѣстныя границы,

тогда во многихъ отношеніяхъ поле однообразіе права перестаетъ быть цѣлесообразнымъ, и общество распадается на слои, обладающіе каждый особннымъ правомъ. Съ другой стороны нѣсколько обособленныхъ вначалѣ общественныхъ круговъ могутъ соединиться въ одно общество, образуя его слои. Въ такомъ случаѣ каждый слой представляетъ внутри себя подраздѣленіе на элементы, подобное тому, которое существуетъ въ цѣломъ обществѣ относительно общаго права. Сила руководящаго элемента и степень его перевѣса надъ остальными обуславливаются не столько численнымъ отношеніемъ, сколько соотношеніемъ умственного и въ особенности нравственнаго развитія обѣихъ сторонъ<sup>20)</sup>. Степень развитія означенной силы,

<sup>20)</sup> Милль, *Размышленія о представительномъ правленіи*, стр. 14—17 (рус. пер. 1863): «Что разумѣется подъ силой, когда говорить, что самая значительная сила будетъ значительнѣйшей силой и въ правленіи? Не мускулы и не жилы; иначе чистая демократія была бы единственно возможною гражданственною формою. Къ силѣ мускуловъ присоедините двѣ другіе элемента, — собственность и умъ, и мы будемъ ближе къ истинѣ, хотя все еще далеки отъ нея. Не только меньшинство руководитъ большинствомъ. Иногда въ большинствѣ можетъ преобладать собственность и дарованіе, и при всемъ томъ оно бываетъ въ подчиненіи насильственному или какому другому у меньшинства, которое въ томъ или другомъ отношеніи стоитъ ниже его. Чтобы всѣ эти разнообразныя элементы силы могли имѣть политическое вліяніе, они должны быть организованы... Общественная сила, имѣющая стремленіе переходить въ политическую силу, не есть сила инерціи, пассивная, но дѣятельная; другими словами, сила, которую дѣйствительно прилагаютъ на дѣлѣ, есть, собственно говоря, очень небольшая доля существующей силы. Говоря политическимъ языкомъ, большая часть всякой силы состоитъ въ волѣ... Мнѣніе, образуя волю, само по себѣ есть одна изъ значительнѣйшихъ силъ. Одно лицо съ убѣжденіемъ есть социальная сила, равная девятидесяти лицамъ, имѣющимъ только одни интересы... Какъ люди мыслятъ, опредѣляетъ что они дѣлаютъ, и если мнѣнія и убѣжденія обыкновенныхъ людей въ гораздо большей мѣрѣ зависятъ отъ ихъ личнаго положенія, чѣмъ отъ разума, то не малое вліяніе имѣютъ на нихъ мнѣнія и убѣжденія тѣхъ, которые занимаютъ иное положеніе, чѣмъ они, и совокупный авторитетъ образованныхъ людей».

необходимая для всеобщаго примѣненія какого-либо правила, отлична отъ той степени ея, которая требуется только для установленія его въ качествѣ положительнаго предписанія. Часто, обладая достаточнымъ авторитетомъ для того, чтобы предписать что-либо, руководящее большинство оказывается недостаточно сильнымъ, чтобы всегда осуществлять предписанное. Въ средѣ господствующаго элемента расположеніе къ дѣйствующему праву принимаетъ различныя формы, видоизмѣняясь отъ ясно сознанныго убѣжденія въ полезности данной юридической нормы до смутнаго сознанія о ея необходимости, и наконецъ до пассивнаго подчиненія авторитету людей, признанныхъ за руководителей общества. Подобнымъ же образомъ видоизмѣняется и нерасположеніе въ средѣ лицъ, не сочувствующихъ праву. Степень нерасположенія, необходимая для произведенія соответствующихъ результатовъ, видоизмѣняется смотря по свойству этихъ результатовъ. Такъ, менѣе энергіи требуется для ослабленія или даже для замѣны ихъ другими. — Все сказанное не дозволяетъ принять безпрекословно терминъ „общее народно-правовое убѣжденіе“, не разумѣя подъ нимъ того, что не входитъ въ смыслъ составляющихъ его словъ. Впервыхъ, атрибутъ „общее“ не имѣетъ существеннаго значенія. Расположеніе къ нормѣ можетъ въ концѣ концовъ сдѣлаться всеобщимъ, — и такъ, можетъ быть, случилось въ цивилизованныхъ обществахъ относительно наиболѣе элементарныхъ юридическихъ понятій, — но во всякомъ случаѣ подобный исходъ не составляетъ необходимаго условія для признанія за нормою ея юридического качества. Вовторыхъ, не имѣетъ существеннаго значенія и атрибутъ „народное“. Народъ составляетъ одну изъ наиболѣе крупныхъ общественныхъ единицъ, которыя способны развивать въ себѣ право и убѣжденіе о правѣ. Каждый общественный кругъ и союзъ,

связанный общностью интересовъ и условій историческаго развитія, принадлежитъ къ разряду такихъ единицъ, — обстоятельство, болѣе другихъ разсматриваемыхъ здѣсь обстоятельствъ обратившее на себя вниманіе критиковъ Савиньи и Пухты. Встрѣхъ, терминъ убѣжденіе не вполне соответствуетъ сущности обозначаемого имъ явленія. Римскіе юристы ближе подходили къ истинѣ, когда называли его молчаливымъ соглашеніемъ гражданъ (*tacita civium conventio*), и слова: сочувствіе, одобреніе были бы въ данномъ случаѣ болѣе годными; убѣжденіе же можетъ быть удержано для обозначенія высшей степени расположенія къ дѣйствующему праву<sup>21)</sup>. — Это сочувствіе есть извѣстный психи-

21) Когда въ обществѣ своемъ составѣ среда, склоняющаяся къ извѣстному правопорядку, сильна на столько, сколько нужно для того, чтобы установить и поддерживать этотъ правопорядокъ, тогда всѣ формы сочувствія правопорядку сопровождаютъ волею, и общее убѣжденіе есть общая воля. Это именно состояніе имѣла въ виду историческая школа, отождествляя названные два понятія, и потому и считаю несправедливымъ упрекъ, который дѣлаетъ ей по этому поводу г. Метла, *Обычай и Законъ* (Юрид. Вѣстн., 1877, №№ 5 и 6), стр. 38. Если убѣжденіе не совпадаетъ съ волею, если, наприм., существуютъ рабовладѣльцы, убѣжденные въ незаконности рабства и тѣмъ не менѣе продолжающіе жить въ старомъ порядкѣ, то это не значитъ непременно, что степень убѣжденія этихъ рабовладѣльцевъ, взятыхъ въ отдѣльности, сама по себѣ недостаточна для перехода убѣжденія въ волю (хотя это и можетъ быть), но значитъ, что число лицъ, склонныхъ въ той или другой степени къ уничтоженію рабства, вообще недостаточно для совершения реформы, или, иначе, что наклонность къ новому порядку вещей, существующая въ средѣ данного общества, въ общей своей суммѣ не достигла той распространенности, которая необходима при данныхъ условіяхъ для измѣненія существующаго порядка, хотя у нѣкоторыхъ лицъ она могла достигнуть высшей степени своего развитія. О несогласіи убѣжденія съ волею можно говорить по отношенію къ отдѣльнымъ личностямъ. Но «общее» (т. е. принадлежащее руководящему большинству) убѣжденіе есть всегда и общая воля; если бы оно не было волею, то не могло бы быть названо убѣжденіемъ *общимъ*, т. е. убѣжденіемъ большинства, ибо подъ большинствомъ здѣсь понимается такая среда людей, которая всегда въ состояніи реализовать свои

ческій моментъ въ жизни лицъ, составляющихъ общество. Само по себѣ сочувствіе не имѣетъ опредѣленнаго содержанія и не состоитъ въ какомъ-либо особенномъ отношеніи къ отдѣльнымъ формамъ образованія права, но сопутствуетъ каждой юридической нормѣ, какого бы содержанія она ни была и въ какой бы формѣ она ни выражалась. Такимъ образомъ означенный психическій моментъ есть общее условіе образованія юридическихъ нормъ. Это обстоятельство ускользнуло отъ вниманія исторической школы. И Пухта, и Безелеръ, а за ними многіе другіе, говоря о народномъ убѣжденіи въ указанномъ здѣсь смыслѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ приписывали ему нѣкоторое опредѣленное содержаніе, вслѣдствіе чего у перваго получилось поглощеніе всѣхъ формъ права народнымъ убѣжденіемъ, а второй впалъ въ противоположную крайность и создалъ фантастическій дуализмъ народнаго и не-народнаго права.

2. Отъ расположенія къ данной юридической нормѣ слѣдуетъ отличать ея содержаніе, видоизмѣняющееся въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Понятно, что въ дѣйствительности оба эти элемента совпадаютъ: какъ скоро существуетъ расположеніе, то оно есть расположеніе къ чему-либо; и наоборотъ каждая дѣйствующая норма предполагаетъ сочувствіе со стороны поддерживающей ее части общества. Но хотя ихъ обоюдное присут-

юридическія идеи. Это большинство, какого бы состава оно ни было, представляетъ намъ народъ даннаго времени, почему убѣжденіе и воля большинства есть убѣжденіе и воля народа, и я не вижу, почему юристы не должны считаться представителями народа, какъ скоро ихъ убѣжденія реализуются, несмотря на всѣ возможные протесты ихъ противниковъ, — какъ то полагаетъ г. Метла, на стр. 49. Г. Метла, очевидно, имѣетъ два возможныхъ смысла слова народъ: народъ, какъ общество въ его цѣломъ, и народъ, какъ часть общества, противопоставляемая другой его части, напр. юристамъ, или вообще образованнымъ классамъ. Юристы составляютъ часть народа въ первомъ смыслѣ, и если имъ принадлежитъ первенствующая роль въ созданіи права, то они суть и главные представители народнаго правовозврѣнія.

ствіе есть необходимое условіе того, что мы называемъ правомъ, и хотя замѣчается нѣкоторое соотвѣтствіе между родомъ содержанія юридическихъ нормъ и видами сочувствія, на которомъ онѣ основаны, однако представляется цѣлый рядъ вопросовъ, относящихся къ каждой изъ указанныхъ двухъ сторонъ явленія въ отдѣльности. Къ разряду такихъ вопросовъ принадлежалъ и тотъ, который въ особенности интересовалъ историческую школу, когда она заводила рѣчь о народноправовомъ убѣжденіи. Утверждая зависимость права отъ народной жизни, эта школа желала вмѣстѣ съ тѣмъ показать, что содержаніе юридическихъ нормъ обусловлено всѣмъ прошедшимъ ходомъ народной исторіи. Если для достиженія первой цѣли можно было удовлетвориться на первый разъ общимъ указаніемъ на народное убѣжденіе, какъ на форму, въ которой выражается искомая зависимость, то правильное разрѣшеніе второй задачи не было достижимо внѣ различенія двухъ вышеуказанныхъ сторонъ предмета и помимо болѣе частнаго изслѣдованія факторовъ образованія права, которое показало бы, какимъ образомъ жизнь даетъ содержаніе правовому убѣжденію и вытекающему изъ него праву и связываетъ, какъ общій источникъ, ихъ прошедшее съ настоящимъ. Но пренебрегая вполне такимъ различіемъ и изслѣдованіемъ, не подозревая даже ихъ необходимости, юристы признали вмѣсто того въ замѣченномъ уже народномъ убѣжденіи звено, связующее право настоящаго съ правомъ прошедшаго, откуда должно было слѣдовать, что народноправовое убѣжденіе, служа общимъ источникомъ права въ прошедшемъ и настоящемъ, по содержанію своему неподвижно, самобытно и постоянно. Отъ вниманія науки ускользнуло дѣйствительное отношеніе историческихъ видоизмѣненій въ правѣ къ видоизмѣненіямъ содержанія народноправоваго убѣжденія, и вмѣстѣ съ тѣмъ значеніе процесса образованія народнаго убѣжденія въ

каждомъ отдѣльномъ случаѣ до момента, когда убѣжденіе выражается въ формѣ юридической нормы.—Возможность подобной ошибки была обусловлена существованіемъ еще другаго заблужденія. Самое элементарное наблюденіе удостовѣряло въ томъ, что юридическія опредѣленія, принадлежащія одному народу, находятся въ извѣстномъ родствѣ между собою, представляя въ своей совокупности нѣкоторое единство. Если бы наукѣ были извѣстны факторы образованія права, то она не затруднилась бы объяснить это единство постоянствомъ дѣйствующихъ факторовъ. Единство юридическихъ опредѣленій не есть что-либо конкретное, но составляетъ продуктъ отвлеченія; дѣйствительность представляетъ только обширный рядъ отдѣльныхъ нормъ, между которыми анализъ наблюдателя открываетъ характеристическое сходство. Но подобный взглядъ на предметъ не былъ въ характерѣ нѣмецкой юриспруденціи начала настоящаго столѣтія. Воплощеніе единства права въ народномъ духѣ, понимавшемся не какъ символъ, но какъ нѣчто реальное, дало возможность объяснять родство правовыхъ опредѣленій какъ слѣдствіе того обстоятельства, что исторія права есть не болѣе, какъ постоянный процессъ откровенія со стороны народнаго духа, дѣйствующаго чрезъ отдѣльныхъ членовъ народа скрытымъ отъ нихъ путемъ. Существованіе народнаго духа объясняло самобытность и неподвижность народноправоваго убѣжденія, которое вмѣсто того, чтобы постоянно выработываться въ исторіи, проявлялось въ ней путемъ постепеннаго откровенія. Такимъ образомъ ошибка, обусловленная недостаткомъ анализа, гармонировала съ общимъ характеромъ историко-философскихъ воззрѣній того времени, что гарантировало ей прочную будущность.



еть известному порядку какъ внутри себя, такъ и относительно дѣятельности, касающейся другихъ сферъ,—отдѣльные акты дѣятельности общества подчинены известнымъ постояннымъ отношеніямъ, законамъ. Затѣмъ открывается необходимость изслѣдовать проявленіе этой законмѣрности въ отдѣльныхъ частныхъ случаяхъ, общую идею переложить на конкретный языкъ, опредѣляя, какъ именно, въ какомъ порядкѣ происходитъ образованіе права,—понимая подъ порядкомъ выраженіе той обоюдной зависимости, которая связываетъ акты образованія права между собою и со всѣми другими актами дѣятельности человѣка, какъ члена общества. Что же касается до объективизма, то, не ограничиваясь стремленіемъ удовлетворить этой, несомнѣнно весьма широкой задачѣ, онъ поднимаетъ и пытается разрѣшить дальнѣйшій вопросъ объ источникѣ самой законмѣрности исторіи. Право представляется системою принциповъ, существующею самобытно, въ человѣкѣ и человечествѣ находящею органъ для своего реального осуществленія въ мірѣ. Объ актахъ правовой жизни утверждается, что они суть только послѣдовательное и постепенное выраженіе высшихъ юридическихъ идей. Понятіе объ историческихъ законахъ права измѣняется въ этомъ воззрѣніи въ понятіе о самобытныхъ юридическихъ принципахъ, стремящихся къ осуществленію въ человечествѣ. Самъ по себѣ этотъ шагъ, хотя онъ не обнаруживаетъ подъ собою безспорно-прочнаго фундамента, не вноситъ какой-либо неправильности въ ходъ научной мысли. Но неправильность возникаетъ, когда значеніе перваго шага умаляется предъ преувеличеннымъ значеніемъ втораго шага. Какъ скоро предположено, что правовые приципы имѣютъ самобытное значеніе, является потребность познать эти принципы, этотъ объективный правоорганизмъ самъ въ себѣ, и умаляется интересъ изслѣдованія права какъ совокупности результатовъ исторической дѣятельности человѣ-

## II.

### Идея психическаго труда.

Положеніе въ наукѣ вопроса объ объективномъ значеніи правопорядка.—  
Результаты наблюденія надъ процессомъ историческаго образованія права.—Идея психическаго труда.—Ея научное значеніе.

Вредъ, связанный съ присутствіемъ философскаго объективизма въ историческомъ воззрѣніи на право, заключается въ томъ, что вниманіе изслѣдователя отклоняется въ такомъ случаѣ отъ вопросовъ, составляющихъ непосредственный предметъ науки права, и выдвигаются на первый планъ вопросы, разрѣшеніе которыхъ выходитъ за границы юриспруденціи и не можетъ имѣть особой цѣны вслѣдствіе неполноты и неопредѣленности данныхъ, на которыхъ по необходимости оно основывается въ рукахъ юриста. Чтò въ объективизмѣ прочно и полезно, то внесено въ юриспруденцію уже идеєю законмѣрнаго развитія; чтò заключается въ объективизмѣ сверхъ этой идеи, то бросаетъ науку въ область однихъ гадательныхъ предположеній. Первый основной и элементарный фактъ въ процессѣ образованія права состоитъ въ томъ, что появленіе юридическихъ нормъ въ известномъ обществѣ, насколько ихъ возникновеніе доступно наблюденію, бываетъ всегда связано съ дѣятельностью общества, выражающеюся такъ или иначе въ дѣятельности большаго или меньшаго числа членовъ его. Идея законмѣрнаго развитія опредѣляетъ характеръ этой дѣятельности. Дѣятельность общества въ процессѣ образованія права слѣду-

чества. Между тѣмъ не замѣчается, что независимо отъ того, справедливо или нѣтъ объективное правовоззрѣніе, образованіе юридическихъ нормъ въ исторіи,— все равно будетъ ли то дѣйствительное творчество ихъ человѣкомъ, или только познаніе самобытно существующей системы,— всегда соединено, какъ съ непремѣннымъ условіемъ, съ извѣстною затратою психическаго труда. Эта затрата представляется историческою причиною образованія права. Для человѣка и общества формулированіе юридическихъ нормъ, въ какой бы формѣ оно ни происходило, есть въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ результатъ опредѣленнаго психическаго напряженія, опредѣленной психической дѣятельности. Значеніе этой послѣдней въ историческомъ процессѣ образованія права останется неизмѣннымъ, каково бы ни оказалось ея абсолютное значеніе. Поэтому изслѣдованіе условій проявленія ея, ея формъ и послѣдствій существенно важно какъ въ практическомъ, такъ въ научномъ отношеніи, и осуществимо помимо изслѣдованія абсолютнаго философскаго значенія ея. Законы историческаго образованія права составляютъ предметъ юридической науки; раскрытіе же самого источника его закономѣрности, если только оно доступно человѣческому уму, не входитъ въ юриспруденцію. Составляя предметъ высшей философіи, оно не можетъ быть предметомъ теоріи права.

Потому слѣдуетъ привѣтствовать реакцію, направленную противъ пухтовскаго ученія и уже давно подготовлявшуюся въ нѣмецкой юриспруденціи. Въ развитіи теоріи образованія права, слѣдующемъ за корифеями исторической школы, различаются двѣ струи. Съ одной стороны сказывается очень ясно непосредственное вліяніе установленныхъ ими взглядовъ въ той формѣ, какъ эти взгляды были первоначально высказаны. Относящіяся сюда понятія повторяются очень часто почти машинально, безъ всякаго поползновенія къ критикѣ. Такъ обращаются съ понятіемъ о „духѣ“ наро-

да, какъ исходномъ источникѣ права, съ понятіями о народноправовомъ убѣжденіи и правовомъ организмѣ, или съ положеніемъ о трехъ типичныхъ формахъ образованія права. Просмотръ любого учебника гражданскаго права легко обнаруживаетъ, какъ мало измѣнилась за тридцать—сорокъ лѣтъ стереотипная форма основныхъ положеній исторической школы. Съ другой стороны показываются плоды благотворной наблюдательности, развивающейся по отношенію къ дѣйствительному ходу юридической жизни. Мы видѣли, что уже во взгляды Безелера, несмотря на всю ихъ фантастичность, проникли нѣкоторыя частныя поправки пухтовской теоріи, составлявшія плодъ его наблюдательности. Съ тѣхъ поръ наблюденіе не переставало играть роль и привело къ ряду заключеній, противорѣчащихъ общему колориту, приданному Пухтой воззрѣнію исторической школы. Вліяніе исторической философіи Гегеля, давшей почетное мѣсто личной волѣ, дѣйствовало въ томъ же направленіи. Въ видѣ болѣе или менѣе обширныхъ, но все еще разрозненныхъ замѣчаній, помянутыя заключенія разбросаны по литературѣ предмета и нѣкоторыя изъ нихъ проникли даже въ учебники. Ихъ общій смыслъ заключается въ отрицаніи за процессомъ образованія права такой объективности и непосредственности, какая приписывалась ему Пухтой. Они подмѣчаютъ различныя стороны этого процесса, свидѣтельствующія, что онъ происходитъ при болѣе или менѣе дѣятельномъ участіи въ немъ всего общества или отдѣльныхъ его членовъ. Такъ, въ наукѣ подымается вопросъ о происхожденіи самого народноправоваго убѣжденія, при чемъ заговариваютъ, въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ, о роли сознательнаго мышленія въ процессѣ образованія права. Основные понятія права, каковы, на примѣръ, понятія справедливости, собственности, договора, еще считаются изначала данными, но дальнѣйшее образованіе юридическихъ воззрѣній приписывается непосредствен-

ной дѣятельности индивидуумовъ, дѣйствующихъ, конечно, не произвольно, но въ гармоніи со всѣмъ направлениемъ жизни общества. Позднѣе уже смѣло утверждаютъ полную и неограниченную измѣняемость права и признаютъ въ народноправовомъ убѣжденіи результатъ взаимодѣйствія убѣжденій отдѣльных членовъ народа. Въ связи съ сказаннымъ слышится протестъ противъ олицетворенія народнаго духа и вообще противъ объективизма. Народному духу наносится ударъ еще съ другой стороны. Замѣчаютъ, что народъ не представляетъ собою единственнаго возможнаго субъекта образования обычнаго права, — этого „непосредственнаго проявленія народнаго духа“, и полагаютъ, что обычное право можетъ создаваться внутри каждаго „общества“, связаннаго единствомъ какихъ-либо цѣлей. Такимъ образомъ объективное, самобытное правосозерцаніе лишается реальной основы, которую прежде оно имѣло въ народѣ, какъ „естественномъ“ союзѣ. Относительно обычнаго права замѣчаютъ далѣе, что оно не сразу сознается цѣлымъ обществомъ. Принадлежація сюда нормы высказываются первоначально отдѣльными, наиболѣе авторитетными личностями и затѣмъ принимаются постепенно другими; только по окончаніи этого процесса, когда подчиненіе нормъ становится всеобщимъ и не возбуждается сомнѣній относительно ея справедливости, ей подчиняются по обычаю, она дѣлается обыною и объективируется. Обычная норма не дается непосредственно; ее надо найти и убѣдить другихъ въ ея необходимости. Въ свою очередь, сила обычая, разъ установившагося, столь велика, что онъ, какъ таковой, безъ дальнѣйшаго оправданія его чѣмъ-либо, создаетъ право. Признаютъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ обычное право можетъ образовываться путемъ произвольно установленнаго обычая. — Было бы утомительно собирать здѣсь

съ большими подробностями всѣ замѣчанія этого рода <sup>1)</sup>. Ихъ общій недостатокъ состоялъ въ томъ, что, будучи выражены разрозненно и безъ рѣшительной тенденціи повліять на характеръ господствовавшей теоріи, они не были въ состояніи произвести должнаго впечатлѣнія. Общій колоритъ теоріи, установленный Пухтой, не измѣнялся ими, и, принимаясь въ ея составъ, они втѣснялись въ рамки, созданныя ранѣе ихъ и не для нихъ. Но во всякомъ случаѣ они служатъ поучительнымъ свидѣтельствомъ въ пользу того, что увѣнчавшій ихъ открытый и рѣшительный протестъ противъ пухтовской теоріи не былъ чѣмъ-либо, стоящимъ внѣ всякой связи съ предшествовавшею ему разработкою этого предмета. Въ воззрѣніи Геринга получаютъ объединеніе всѣ поправки ученія Пухты. „Положеніе, которое я противопоставляю этому ученію“,

<sup>1)</sup> Подробныя указанія на многія мнѣнія, принадлежація сюда, см. у г. Карасевича, *Гражданское обычное право Франціи*, 1875, стр. 23 сл. Какъ образцы наиболѣе характеристическихъ сужденій см., напримеръ, Schmid, *Theorie und Methodik*, 1848, стр. 167—241; въ особен. 173 сл., 178 сл., 216 сл., 223 сл.; Hagum, *Von der Entstehung des Rechts*, 1863; Stein, *Gegenwart und Zukunft*, стр. 88 сл.; Meyer, *Die Rechtsbildung*, 1861, стр. 17 сл.; Lenz, *Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts*, стр. 64 и сл.; Walter, *Naturrecht und Politik*, § 64; Vangerow, *Lehrbuch*, § 14, стр. 41 (7 изд.); Stobbe, *Geschichte der Rechtsquellen*, I, стр. 638, прим. 83. Самъ г. Карасевичъ въ Юрид. Вѣстн. 1877, кн. 5 и 6, стр. 23 сл. предостерегаетъ снова противъ недоверія къ ученію исторической школы о народномъ духѣ и ссылается при этомъ на слѣдующія слова Reich'a, *Studien über die Volksseele*, 1876: „подобно тому, какъ мы разумѣемъ подъ душею совокупность проявленій умственной и нравственной жизни индивида, такъ точно подъ душею народа разумѣемъ совокупность проявленій умственной и нравственной жизни націи, касты или класса для выраженія совокупности состояній и феноменовъ“. Но воззрѣніе Пухты и его послѣдователей прямо противоположно приведенному воззрѣнію Рейха (см. выше стр. 112 сл.), и вся бѣда въ томъ и состоитъ, что вѣрные ревнители исторической школы не смотрѣли на дѣло такъ какъ, смотреть на него, напр., Рейхъ.

говорить Герингъ, „заключается въ слѣдующемъ: исторія права началась желѣзнымъ періодомъ, тяжелою борьбою и работою человѣческаго разума; намѣреніе, рефлексія, сознание, расчетъ дѣйствовали уже при возникновеніи права, юридическое искусство существовало уже при колыбели его. Какъ теперь понятія не достаются намъ сами собою, но должны пріобрѣтаться нами трудомъ и напряженіемъ, такъ, а не иначе, было также въ ту историческую эпоху, когда образовывались основныя понятія права, и мнѣніе, полагающее, что народы не нуждались во время своего дѣтства въ отысканіи и выработкѣ понятій собственности, обязательства и друг., но нашли эти понятія готовыми, не лучше того мнѣнія, по которому люди должны были получить готовыми изъ рукъ природы свои дома, плуги и т. п. Но, какъ ради полученія этихъ послѣднихъ, надо было думать, работать, допытываться въ продолженіе столѣтій, точно такъ же и потомъ въ несравненно бѣльшей степени приходилось поступать относительно юридическихъ понятій. Всюду долженъ былъ пройти періодъ пробъ и исканій, колебаній и неопредѣленности, прежде нежели эти понятія приняли тѣ опредѣленныя, твердыя формы, въ которыхъ они выступаютъ предъ нами въ доступный для насъ періодъ исторіи“<sup>3)</sup>. Такое воззрѣніе, выработанное путемъ самостоятельнаго изученія исторіи права, гармонируетъ вполне со взглядами на тотъ же предметъ, распространяемыми изъ сферы болѣе широкаго изученія исторіи человѣчества. Новѣйшія изслѣдованія о происхожденіи и дальнѣйшемъ развитіи культуры, по своей глубинѣ принадлежація, безъ сомнѣнія, къ числу лучшихъ „историко-философскихъ“ трудовъ нашего времени, приходятъ къ тому заключенію, что порядокъ общественной жизни, и въ частности правопорядокъ, даже въ своихъ пер-

<sup>3)</sup> Ihering, *Geist*, III, стр. 2 и слѣд. (2 изд.).

выхъ зернахъ, дался людямъ не самъ собою, но пріобрѣтенъ ими посредствомъ долгой и упорной работы.

Какъ извѣстно, въ области гражданскаго правовѣдѣнія и вообще юриспруденціи это новое воззрѣніе не пользуется особою симпатіею, отсутствіе которой чувствуется тѣмъ жестче, что выражается не столько открытою полемикою, сколько, за немногими исключеніями, едва не систематическимъ игнорированіемъ его. Преобладаніе въ догмѣ формальныхъ, и въ исторіи права—антикварныхъ интересовъ въ ущербъ болѣе живому изученію предмета объясняетъ отчасти такое равнодушіе. Главнѣйшія же обстоятельства, ведущія къ нему, заключаются въ нѣкоторыхъ, болѣе близкихъ къ дѣлу недоразумѣніяхъ. Сюда принадлежатъ: во-первыхъ, неправильный взглядъ на то, въ чемъ именно состоитъ вѣрный и основной элементъ теоріи исторической школы, и неразличеніе между нимъ и дальнѣйшими прибавками къ нему; и, во-вторыхъ, неправильное пониманіе новаго воззрѣнія, обусловленное отчасти обыкновенною рѣзкостью его выраженія, отчасти же—непониманіемъ того положенія, которое, согласно съ вышесказаннымъ, должно принадлежать въ наукѣ вопросу объ объективномъ происхожденіи правопорядка. Въ устраненіе этихъ недоразумѣній слѣдуетъ сказать:

1. Новое воззрѣніе не идетъ въ разрѣзъ съ выдвинутымъ историческою школою утвержденіемъ законнаго движенія исторіи права. Напротивъ, оно открываетъ новую область для развитія этого утвержденія. Принимая, что право вырабатывается дѣятельностью человѣка и общества, оно подразумеваетъ, что каждый актъ этой дѣятельности не составляетъ чего либо произвольнаго и изолированнаго, но обусловленъ результатами предшествовавшихъ ему актовъ и всѣми сопровождающими его обстоятельствами, между которыми главное мѣсто принадлежитъ совокупности условій, вытекающихъ изъ природы человѣка и обще-

ства. Не ограничиваясь однимъ общимъ предположе-  
 ніемъ законмѣрности всего историческаго процесса  
 творчества права, новое воззрѣніе вызываетъ на из-  
 слѣдованіе законмѣрности каждаго отдѣльнаго акта  
 этого процесса. — Такимъ образомъ новое воззрѣніе  
 сохраняетъ вполне вѣрную сторону ученія историчес-  
 кой школы. Но вмѣстѣ съ тѣмъ оно даетъ въ наукѣ  
 мѣсто явленію, одностороннее преувеличеніе котораго  
 составляло грѣхъ естественнаго ученія о правѣ, а из-  
 лишнее умаленіе — промахъ „историческаго“ воззрѣнія.  
 Право составляетъ продуктъ человѣческой дѣятельно-  
 сти, хотя и не такой, какая предполагалась въ этомъ  
 случаѣ философами-натуралистами. Современное воз-  
 зрѣніе соединяетъ вмѣстѣ вѣрный элементъ обоихъ уче-  
 ній, — естественнаго и историческаго, и отбрасываетъ  
 ихъ ложный элементъ.

2. Новое воззрѣніе вноситъ въ научное правосозер-  
 цаніе идею постепенности развитія. Этой идеи чуж-  
 далось ученіе, господствовавшее до исторической шко-  
 лы, допуская возможность полнаго произвола муд-  
 раго законодателя. Къ означенной идеѣ не было осо-  
 бенно близко и „историческое“ правовоззрѣніе, такъ  
 какъ вслѣдствіе объективизма право представлялось  
 имъ какъ бы изначала готовымъ и, слѣдовательно, не  
 требовало постепенной выработки. Согласно съ новымъ  
 воззрѣніемъ ничто въ правѣ не дается готовымъ сначала,  
 но и ничто не вносится въ него человѣкомъ вдругъ.  
 Право есть продуктъ постепеннаго историческаго разви-  
 тія направленной къ тому дѣятельности человѣчества.

3. Новое воззрѣніе не предрѣшаетъ вопроса объ аб-  
 солютномъ характерѣ процесса правообразованія. Оно  
 констатируетъ только фактъ, забытый историческою  
 школою, и заключающійся въ томъ, что, каковъ бы ни  
 былъ этотъ характеръ, историческое отношеніе чело-  
 вѣка къ праву таково, что оно дается ему только пу-  
 темъ психическаго труда. Въ этомъ смыслѣ чело-  
 вѣкъ

самъ творить свое право и ничего не получаетъ гото-  
 вымъ. Онъ управляется своимъ правоубѣжденіемъ, на-  
 сколько выработалъ его; онъ знаетъ право настолько,  
 насколько сдумалъ и успѣлъ узнать его. Усматривая  
 въ названномъ фактѣ существенный предметъ истори-  
 ческаго изслѣдованія о правѣ, новое воззрѣніе предо-  
 ставляетъ высшей философіи дать ему оцѣнку, соот-  
 вѣтствующую ея цѣлямъ. Оно не предрѣшаетъ даже  
 болѣе близкаго къ нему вопроса о свободѣ воли. Дѣ-  
 ло психологіи привести процессъ правообразованія,  
 такъ, какъ онъ дается наблюденіемъ, въ согласіе съ те-  
 оріей чело-вѣка. Новое юридическое воззрѣніе, указы-  
 вая на основной фактъ правообразованія, не въ силахъ  
 предрѣшить связанныхъ съ нимъ философскихъ и пси-  
 хологическихъ вопросовъ уже потому, что разработка  
 этого факта не сдѣлана еще съ достаточною для того  
 полнотою. Оно просто предлагаетъ принять то, что  
 очевидно явствуетъ изъ наблюденія исторіи, а это оче-  
 видное удостовѣряетъ, что всюду, гдѣ мы ни находимъ  
 чело-вѣка, нуждающагося въ правѣ, оно не дается ему  
 даромъ.

4. Слѣдуетъ различать между этимъ, основнымъ утвер-  
 жденіемъ новаго воззрѣнія и дальнѣйшимъ развитіемъ  
 его, куда относятся ученія о борьбѣ за право, объ ин-  
 тересѣ, какъ исходномъ моментѣ права, о сознатель-  
 номъ мышленіи, какъ общей формѣ правообразованія.  
 Эти ученія составляютъ дальнѣйшее разъясненіе основ-  
 наго факта; они опредѣляютъ подробности формы пра-  
 вообразованія и нуждаются еще въ подтвержденіяхъ,  
 провѣркѣ и тѣхъ или другихъ исправленіяхъ.

5. Но слѣдующее положеніе вытекаетъ непосредствен-  
 но изъ основнаго утвержденія. Въ процессѣ право-  
 образованія слѣдуетъ различать два элемента его: со-  
 вокупность фактическихъ отношеній внутри общества  
 (въ связи со всѣми обусловливающими ихъ обстоя-  
 тельствами), подлежащихъ регулированію юридически-

ми нормами; и совокупность психической дѣятельности общества (въ связи съ ея условіями), направленной къ отысканію и реализаціи этихъ нормъ, или вообще правопорядка. Въ сферѣ гражданскаго права къ первому элементу примѣнимо названіе гражданскаго оборота, ко второму — юриспруденціи въ широкомъ смыслѣ этого слова. Оба элемента могутъ быть предметомъ самостоятельнаго изслѣдованія. Каждый правопорядокъ есть результатъ взаимодѣйствія обоихъ элементовъ <sup>5)</sup>.

Въ очерченныхъ условіяхъ и съ сказанными оговорками новое воззрѣніе не должно возбуждать сомнѣній въ своей справедливости. — Послѣдующее изложеніе обращается къ разсмотрѣнію фактовъ изъ области гражданскаго права, которые подтверждаютъ и при дальнѣйшемъ анализѣ разъясняютъ его.

<sup>5)</sup> Ср. мое сочин. о консерватизмѣ, стр. 3 сл.: Gierke, *das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, 1873, стр. 1 и 3 сл.

### III.

#### Естественное право (*jus naturale*). <sup>1)</sup>.

Ученіе объ естественномъ правѣ. — Общая критика его. — Римское *jus naturale*. — 1. Правоопредѣленія, ошибочно причисленныя къ этому разряду. — Обзоръ *jus naturale*: 2. Вліяніе логической очевидности. — 3. Вліяніе физическихъ условій. Объ „естественной“ классификаціи вещей. — 4. Вліяніе свойствъ человѣческой природы. — 5. Отношеніе юриспруденціи къ усвоеннымъ нормамъ. — 6. Ея отношеніе къ нормамъ новымъ и старымъ. *Naturalis aequitas*. Творческая сила естественнаго права. (Мнѣнія Фойгта, Гильденбранда и Богольцова). — 7. Противоположность простаго и сложнаго. — Смѣшанные поводы классификаціи — Субъективный характеръ классификаціи. *Possessio naturalis*. — Заключение.

Кромѣ абстрактнаго философскаго выраженія, разсмотрѣннаго въ двухъ предшествовавшихъ очеркахъ, объективизмъ принимаетъ въ теоріи права еще другое, болѣе конкретное выраженіе, которое представляетъ для насъ существенный интересъ, такъ какъ оно не согласуется съ тѣмъ широкимъ обобщеніемъ, которое дано выше идеѣ психическаго труда. Существуетъ мнѣніе, распространенное одинаково какъ въ наукѣ, такъ и внѣ ея предѣловъ, полагающее, что познаніе многихъ юридическихъ опредѣленій дается людямъ само собою, не требуя съ ихъ стороны такого активнаго участія духовной дѣятельности, какое бываетъ необхо-

<sup>1)</sup> Слѣдующія сочиненія будутъ цитоваться по именамъ авторовъ: Voigt, *Jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, I (1856) и IV (1873). — Hildenbrand, *Geschichte und System der Rechts und Staatsphilosophie*, I, (1860). — Богольцовъ, *Значеніе общенароднаго гражданскаго права (jus gentium) въ римской классической юриспруденціи*, (1876). — Leist, *Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts* (1877).

димо въ случаяхъ другаго рода. Совокупность подобныхъ опредѣленій, подъ именемъ естественнаго права, противопоставляется обыкновенно праву историческому, выработанному непосредственно человѣкомъ. Такимъ образомъ вся область права раздѣляется на два, весьма несходные между собою отдѣла, взаимное отношеніе которыхъ опредѣляется различнымъ образомъ. Это раздѣленіе имѣетъ двойной корень. Впервыхъ, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ отраженіемъ неправильно понятаго философскаго объективизма, вліяніе котораго побуждаетъ юристовъ искать въ правѣ непосредственное выраженіе объективнаго правопорядка и находить его въ „естественномъ“ правѣ. Въ вторыхъ, мы встрѣчаемся здѣсь съ продуктомъ слишкомъ поспѣшнаго обобщенія наблюденій надъ правомъ за сравнительно короткій промежутокъ времени. Люди относятся различно къ исторической необходимости или „разумности“ существующихъ юридическихъ нормъ и на основаніи этого раздѣляютъ дѣйствующее право на соответствующія группы, не входя въ дальнѣйшій анализъ своего историческаго отношенія къ нему. Необходимость однихъ нормъ чувствуется почему-либо какъ нѣчто неизбежное или оправдывается при помощи разсужденій, не требующихъ особаго усилія, и нормы этого рода считаются чѣмъ-то естественнымъ, т.-е. образованнымъ самою природою. Естественность получаетъ особое значеніе, когда къ поддержку ей наблюденіе удостоверяетъ въ особой долговѣчности и распространенности или даже всеобщности нормы. Напротивъ, необходимость и разумность другихъ нормъ постигается или только путемъ сложнаго умозаключенія, либо совсѣмъ не можетъ быть постигнута, и потому отвергается чувствомъ. Притомъ онѣ оказываются часто временными или мѣстными. Нормы втораго разряда противопоставляются естественному праву. Естественность принимается въ качествѣ не временнаго, но по-

стояннаго, неизмѣннаго свойства юридическихъ нормъ. Наблюдаемое въ настоящемъ признается достовѣрнымъ относительно всѣхъ временъ. Естественное право предполагается существующимъ самобытно и вслѣдствіе того неизмѣнно и постоянно; оно прирождено человѣку, а потому всеобще. Люди могутъ уклоняться отъ него, но не должны и не могутъ совершенно отрѣшиться отъ него. Въ предполагаемой вѣчности, постоянствѣ и всеобщности принадлежащихъ сюда нормъ усматриваютъ существенное выраженіе ихъ естественности; въ измѣняемости другихъ—ихъ признакъ и существенное качество.

Съ точки зрѣнія философскаго объективизма подобное раздѣленіе области права на двѣ, существенно различныя части непослѣдовательно въ томъ отношеніи, что выдѣляетъ изъ сферы дѣйствія объективнаго правовоззрѣнія обширный рядъ юридическихъ опредѣленій, причисленныхъ къ исторической категоріи, и разрушаетъ такимъ образомъ связь, существующую, по мнѣнію школы, между объективностью правопорядка и процессомъ его постепеннаго выраженія въ исторіи. Абсолютно-объективный правопорядокъ, своимъ стремленіемъ къ своему постепенному выраженію дающей стимулъ исторіи права, низводится на степень простой совокупности неподвижныхъ, конкретныхъ формъ, а движущійся историческій правопорядокъ рискуетъ отдалиться отъ необходимости закономѣрнаго развитія. —Съ точки зрѣнія исторіи приведенное воззрѣніе несостоятельно, потому что не покоится на достаточно доказанныхъ основаніяхъ. Вѣчность правоопредѣленія и неизмѣняемость его во все время его существованія могли бы служить доказательствомъ его естественности, если бы только дѣйствительно существовали. Но ни одно извѣстное намъ правоопредѣленіе не допускаетъ относительно себя подобнаго доказательства. Все, что представляется здѣсь доступнымъ доказатель-



ству, состоитъ обыкновенно только въ томъ, что известный общій принципъ правоопредѣленій остается постояннымъ во весь періодъ, доступный нашему наблюденію. Но, во первыхъ, принципъ самъ по себѣ, пока онъ не сознавъ, не есть реальная величина. Онъ составляетъ продуктъ отвлеченія, сдѣланнаго нами отъ ряда историческихъ правоопредѣленій, и заключаетъ въ себѣ ихъ общіе признаки. Насколько человѣкъ въ существенныхъ чертахъ своей природы и насколько условія, сопровождающія его дѣятельность, остаются неизмѣнными во все продолженіе исторіи, настолько не измѣняются соответствующія имъ общія черты правоопредѣленій. Тѣмъ не менѣе чистый принципъ, который бываетъ обыкновенно тѣмъ одностороннѣе и формальнѣе, чѣмъ большее число правоопредѣленій служатъ основаніемъ для построенія его, не составляетъ дѣйствительной, живой нормы. Эта послѣдняя образуется только посредствомъ соединенія общихъ свойствъ, указанныхъ принципомъ, съ болѣе частными, быстрѣе измѣняющимися свойствами. Только какъ соединеніе всѣхъ этихъ свойствъ, норма есть историческая величина, и, какъ таковая, она подлежитъ постоянному измѣненію. Повторяя, не зная въ точности первоначальной исторіи права, мы не имѣемъ никакого основанія предполагать, что не было времени, когда не существовало даже самыхъ общихъ, известныхъ намъ свойствъ правовыхъ институтовъ, и, слѣдовательно, человечеству было неизвѣстно то, что мы считаемъ вѣчными принципами. По крайней мѣрѣ нашъ опытъ относительно свойствъ менѣе общихъ говоритъ противъ подобнаго предположенія. По мѣрѣ того какъ раздвигались границы нашего историческаго знанія, увеличивалось число правоопредѣленій и принциповъ съ доказаннымъ историческимъ происхожденіемъ ихъ, и ничто не свидѣтельствуетъ, чтобы остальные принципы, моментъ историческаго происхожденія которыхъ

не предсталъ еще предъ нашими глазами, на самомъ дѣлѣ не имѣли нужды переживать его. Ничто не говоритъ, чтобы общія свойства природы человѣка и общія условія, окружающія его, въ первоначальный моментъ своего вліянія на дѣятельность человѣка руководили бы его юридическою дѣятельностью инымъ способомъ, нежели руководятъ ею свойства и условія, менѣе общія. — Что касается до второй будто бы существенной принадлежности естественныхъ правоопредѣленій, — ихъ всеобщности, т. е. такого ихъ качества, въ силу котораго они существуютъ у всѣхъ народовъ, то она была бы неопасна для нашего воззрѣнія даже въ случаѣ своей справедливости. Всеобщность есть, очевидно, необходимое слѣдствіе вѣчности и неизмѣнимости. Но вѣчность и неизмѣнимость не предполагаются непременно всеобщностью. Она объясняется, буде дѣйствительно существуетъ, и другими причинами. Если наблюденіе удостовѣряетъ о присутствіи того или другаго института у многихъ или даже у всѣхъ народовъ, то слѣдуетъ предположить, что въ исторіи этихъ народовъ дѣйствовали одинаковыя историческія условія, которыя и привели къ одинаковымъ послѣдствіямъ. Но ни откуда не слѣдуетъ, чтобы всеобщія условія вели къ непосредственному образованію права преимущественно предъ условіями мѣстными или національными.

Подобное же слѣдуетъ сказать объ исходномъ свидѣтельствѣ въ пользу особой естественности „естественныхъ“ нормъ, т. е. о томъ обстоятельстве, что онѣ чувствуются людьми какъ нѣчто естественное. Это обстоятельство могло бы составлять результатъ первобытности и неизмѣнимости правоопредѣленій, если бы названныя свойства дѣйствительно существовали. Но само оно не предполагаетъ ихъ непрѣменно. Чувства человѣка далеко не всегда выражаютъ правильнымъ образомъ природу обстоятельствъ, которыя произвели ихъ; они показываютъ намъ, чѣмъ кажется человѣку

предметъ, къ которому они относятся, но не даютъ непосредственныхъ свѣдѣній о томъ; что есть онъ на самомъ дѣлѣ. Субъективныя условія образования чувствъ могутъ приводить къ неправильному отраженію въ нихъ существа объективныхъ условій его. При оцѣнкѣ предметовъ, составляющихъ продуктъ человѣческой дѣятельности, бываетъ особенно трудно отрѣшиться отъ вліянія субъективныхъ условій, и крайность сужденія составляетъ здѣсь обычное явленіе. Поэтому, въ виду несостоятельности другихъ доводовъ въ пользу существованія естественнаго права, прежде, нежели приписывать доказательную силу свидѣтельству нашего чувства объ этомъ предметѣ, — заключеніе, которое, какъ мы видѣли, неминуемо станетъ въ разрѣзъ съ другими важными и многочисленными принадлежащими сюда данными, слѣдуетъ рассмотреть внимательно составные элементы помянутаго чувства. Правоопредѣленія, отнесенныя въ разрядъ естественныхъ, обладаютъ такими свойствами, которыя, не свидѣтельствуя о дѣйствительной естественности ихъ, могли при извѣстныхъ субъективныхъ условіяхъ породить увѣренность въ томъ. Обнаружить эти свойства и показать, какимъ образомъ они привели къ идеѣ естественнаго права, составляетъ задачу настоящаго очерка. Для своего разрѣшенія она требуетъ подробнаго изслѣдованія на почвѣ отдѣльныхъ фактовъ. Показать справедливость сказаннаго будетъ значить сохранить цѣлостность воззрѣнія, предложеннаго въ предшествовавшемъ очеркѣ, и избѣгать основныхъ противорѣчій, связанныхъ съ раздвоеніемъ правовой области на двѣ, неравныя въ историческомъ отношеніи части.

Извѣстно, что уже древній міръ былъ знакомъ съ ученіемъ объ естественномъ правѣ, и римскіе юриконсульты особенно потрудились надъ разоблаченіемъ естественнаго элемента отдѣльныхъ правоопредѣле-

ній<sup>2)</sup>. Собранный ими матеріалъ представлялъ удобную опору для дальнѣйшихъ изслѣдованій въ томъ же направленіи, и естественному праву римлянъ всегда придавалось большое значеніе въ новой юридико-философской литературѣ. Въ свою очередь мы воспользуемся здѣсь этимъ историческимъ матеріаломъ для нашихъ цѣлей. Обыкновенно убѣжденіе въ существованіи врожденнаго чувства правды вело къ благосклонному отношенію къ доктринамъ римскихъ юристовъ. При этомъ не замѣчали, что изъ факта существованія тако-го врожденнаго чувства вовсе не слѣдуетъ, чтобы это чувство состояло въ различныхъ отношеніяхъ къ моменту возникновенія различныхъ правоопредѣленій. Если, оставляя въ сторонѣ вопросъ о самомъ фактѣ существованія врожденнаго чувства правды, потребовать только доказательствъ *особенной* врожденности „естественнаго“ права, то будетъ не трудно убѣдиться въ томъ, что отнесенныя сюда нормы могли вслѣдствіе тѣхъ или другихъ мотивовъ казаться римскимъ юристамъ рациональными предпочтительно предъ другими опредѣленіями, но все онѣ, насколько дѣйствительно принадлежали къ разряду нормъ юридическихъ, состояли въ такомъ же точно отношеніи къ психической

2) О понятіи римлянъ объ естественномъ правѣ, совпадающемъ съ вышеописаннымъ понятіемъ въ связи съ названными характеристическими особенностями, см. ближе Voigt, I, стр. 278—282, ср. 297—303; 488—490; Hildenbrand, стр. 605—608; Боголюбовъ, (1876) стр. 42—52. — У Voigt'a, на стр. 324—330, находится изложеніе философскаго смысла ученія римскихъ юристовъ о *ius naturale*, въ сущности представляющее идеализацію его, что сознаетъ отчасти и самъ Фойгтъ. Общее между этою идеализаціею и самимъ ученіемъ заключается въ ихъ фактическомъ субстратѣ. Но надо обладать въ невѣроятно большей степени способностью теоретическаго анализа, нежели обладали ею римскіе юристы, чтобы дойти отъ помянутаго субстрата до воззрѣнія, развѣятаго Фойгтомъ. Дѣйствительное воззрѣніе римскихъ юристовъ гораздо ближе къ вѣрѣ простаго человѣка въ самобытность окружающаго его порядка вещей, нежели къ истинно-философскому объективизму.

дѣятельности человѣка, какъ и опредѣленія, которыхъ историческое происхожденіе не подвергалось сомнѣнію.

Для убѣжденія въ томъ предлагается нижеслѣдующій очеркъ римскаго естественнаго права. Фактической матеріалъ его собранъ главнымъ образомъ при помощи указаній, находящихся въ извѣстномъ капитальномъ сочиненіи Фойгта.<sup>3)</sup>

## 1.

Прежде всего слѣдуетъ исключить изъ области изслѣдованія многое, что имѣетъ только мнимую связь съ нею. Когда обращаются къ римскому естественному праву, тогда нерѣдко причисляютъ сюда безъ разбора всѣ случаи, въ которыхъ римскіе юристы ссылаются по какому-нибудь поводу на природу вещей или на естественный разумъ, между тѣмъ какъ эти ссылки не имѣютъ часто никакого отношенія къ вопросу объ естественномъ правѣ<sup>4)</sup>.—Вопервыхъ, понятіе о *jus naturale*, равно какъ всѣ другія связанныя съ нимъ понятія (*naturalis ratio*, *natura rerum*), обладаютъ научнымъ интересамъ настолько, насколько приводятся римскими юристами въ непосредственную связь съ образованіемъ юридическихъ нормъ. Сюда не относится такого рода словоупотребленіе, гдѣ „природа“, обозначая свойство какого-либо предмета, обращающаго на

<sup>3)</sup> Предстоящій очеркъ имѣетъ своею задачею опредѣлить значеніе атрибута „естественный“ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, соединяясь съ понятіями *ratio*, *aequitas*, или въ какой-либо другой формѣ, онъ употребляется для характеристики происхожденія правоопредѣленій. Различіе въ значеніяхъ: *naturalis ratio* и *aequitas*, интересующее Лейста, не имѣетъ для означенной цѣли непосредственнаго значенія; самая же попытка Лейста опредѣлить это различіе (какъ нѣчто объективное) исходитъ изъ точки зрѣнія, прямо противоположной той, которая принимается здѣсь за исходный пунктъ при объясненіи римскаго естественнаго права.

<sup>4)</sup> Ср., напр. Voigt, I, стр. 270—272, 294 сл., 484, 549 сл.

себя вниманіе юриста; разсматривается имъ внѣ всякаго отношенія къ источнику излагаемой имъ нормы. Такъ, на примѣръ, Гай<sup>5)</sup>, разъясняя опредѣленіе Аквиліева закона о взысканіяхъ за недозволенное убійство чужаго раба или животнаго въ томъ смыслѣ, что подъ послѣднимъ слѣдуетъ разумѣть домашнихъ четвероногихъ, живущихъ стадами, исключаетъ изъ числа животныхъ, предусмотрѣнныхъ закономъ, дикихъ звѣрей, но включаетъ туда слоновъ и верблюдовъ, замѣчая, что они относятся какъ бы къ среднему разряду, потому что они и служатъ вьючнымъ скотомъ и имѣютъ дикую „природу.“ Или, подтверждая мнѣніе о недѣйствительности купли-продажи ядовъ, тотъ же юристъ дѣлаетъ исключеніе относительно тѣхъ ядовъ, которые способны терять свою вредоносную „природу“ и даже становиться полезными въ качествѣ, на примѣръ, лекарства, когда ихъ мѣшаютъ съ другими веществами<sup>6)</sup>. Въ обоихъ примѣрахъ „природою“ обозначается извѣстное фактическое обстоятельство безъ всякаго отношенія его къ происхожденію нормы<sup>7)</sup>.—На томъ же основаніи къ матеріалу естественнаго права не принадлежатъ тѣ случаи, гдѣ юристы говорятъ о „природѣ“ какого-либо юридическаго отношенія. „Природа“ относится здѣсь къ извѣстному понятію, обозначая его содержаніе, но не характеризуетъ его происхожденія.

<sup>5)</sup> Dig. 9. 2. *ad leg. Aquil. fr.* 2 § 2.

<sup>6)</sup> Dig. 18. 1. *de contr. empt. fr.* 35 § 2.

<sup>7)</sup> Ср. еще: Dig. 32 *de leg. fr.* 78 § 4, гдѣ говорится въ подобномъ же смыслѣ о природѣ серебра; Dig. 29. 3. *test. quom. fr.* 10 § 1: *si sui natura tabulae patefactae sunt, apertum videri testamentum non dubitatur*; Dig. 32 *de leg. fr.* 65 § 3, гдѣ на основаніи свойствъ человеческой природы разъясняется одно изъ фактическихъ условій приложенія данной нормы;—Dig. 12. 1. *de reb. cred. fr.* 38, гдѣ въ природѣ человѣка указывается такое же условіе. Тѣмъ менѣе принадлежатъ къ ученію объ естественномъ правѣ мѣста, говорящія о *rerum natura*, какъ совокупности существующихъ лицъ и предметовъ; см. у Leist'a, стр. 5, прим. 1, лит. b и c.

Такъ, о соглашенияхъ, дополняющихъ куплю-продажу, говорится, что недѣйствительны тѣ изъ нихъ, которыя содержать въ себѣ что-либо противное „природѣ“ этого контракта<sup>8)</sup>; упоминается объ условіяхъ, противныхъ „природѣ“ легатовъ<sup>9)</sup>; или о стипуляціяхъ утверждается, что всѣ онѣ по „природѣ“ своей суть *cautionales*<sup>10)</sup>. Объ императорѣ Зенонѣ говорится, что онъ далъ эфитевзису собственную природу, отдѣливъ его отъ купли и найма<sup>11)</sup>, а объ императорѣ Юстиніанѣ, что онъ сообщилъ одну природу всѣмъ легатамъ и фидеикомиссамъ<sup>12)</sup>. Подобно этому о „природѣ“ сервитутовъ говорится, что она не допускаетъ владѣнія ими<sup>13)</sup>. Здѣсь сопоставляются логически два понятія: о сервитутѣ и о владѣніи и выводится соответствующее слѣдствие: съ понятіемъ о сервитутѣ не согласуется примѣненіе къ нему владѣнія. *Actio quod metus causa* предполагаетъ, что принужденіе нанесло пострадавшему отъ него имущественный ущербъ; поэтому „природа“ этого иска не допускаетъ его примѣненія относительно кредитора, употребившаго насиліе надъ своимъ должникомъ ради уплаты послѣднимъ его долга<sup>14)</sup>. „Природѣ“ договора поклажи противно требовать проценты ранѣе просрочки<sup>15)</sup>; подъ природой поклажи разумѣется при этомъ (какъ видно изъ дальнѣйшихъ словъ того же фрагмента) совокупность не только необходимыхъ, но и обыкновенныхъ ея принадлежностей. По „природѣ“ своей обязанности, вытекающія изъ продажи, недѣлимы, и

8) Dig. 2. 14. *de pactis* fr. 7 § 5.

9) Dig. 33. 8 *de pecul. leg.* fr. 6 § 1.

10) Dig. 46. 5. *de stip. pract.* fr. 1. § 4.

11) Inst. 3. 24. *de loc.* § 3.

12) Inst. 3. 27. *de oblig. q. e. cont.* § 7; ср. Inst. 2. 20. *de leg.* §§ 2 и 3, и Cod. 6. 43 *com. de leg.* fr. 2.

13) Dig. 8. 2. *de serv. praed. urb.* fr. 32 § 1. i. f.

14) Dig. 4. 2. *quod metus causa* fr. 12 § 2.

15) Dig. 16. 3. *depositi* fr. 24.

потому должны выполняться *in solidum* наследниками продавца<sup>16)</sup>. Послѣдующее соглашеніе не можетъ измѣнить „природу“ обязательства, по которому былъ установленъ вначалѣ корреалитетъ<sup>17)</sup>. Изъ „природы“ залоговаго иска (*a. pignoratitia*) слѣдуетъ, что по уплатѣ долга заложная вещь должна быть возвращена должнику<sup>18)</sup>. Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ природою того или другаго института обозначается понятіе о немъ; при чемъ въ первыхъ пяти случаяхъ понятія описываются или просто называются, въ остальныхъ же—они развиваются<sup>19)</sup>.

Въ подобномъ же смыслѣ употребляется также, по отношенію къ конкретному праву, выраженіе: *lex naturae ejus*. Такъ, касаясь того случая, когда женщина, договорившись о реституціи приданаго къ назначенному сроку, отмѣнить послѣ того этотъ договоръ и согласится на то, чтобы приданое было реституировано въ срокъ, установленный закономъ, юристъ Павелъ выражается, что по новому соглашенію приданое возвращается *ad jus suum,—ad jus, quod lex naturae eju sribuit*<sup>20)</sup>. Подъ *lex naturae ejus* подразумѣвается здѣсь обычный юридическій строй института, совокупность юридическихъ понятій въ ихъ нормальномъ соотношеніи. Приведенное выраженіе обозначаетъ, что установленный закономъ срокъ реституціи приданаго принадлежитъ къ нормальному юридическому составу этого института.

16) Dig. 45. 1. *de verb. oblig.* fr. 139.

17) Dig. 45. 2. *de duob. reis* fr. 9 § 1.

18) Cod. 4. 24. *de pign. act.* fr. 11.

19) Ср. еще случаи обозначенія юридическихъ понятій: *natura negotii* въ Dig. 22. 5. *de testibus* fr. 21 § 3; *natura dotis* въ Cod. 5. 13 *de rei ux.*, заглав. и fr. 1 § 2;—*natura de dote stipulationis*, ib.; *natura ex stipulatu actionis*, Cod. eod. fr. 1 § 9;—*natura bonae fidei iudicii*, Inst. 4. 6. *de act.* § 29. Случай выводовъ изъ природы исконъ: Dig. 11. 7 *de relig.* fr. 14 § 13 изъ *actionis funerariae natura*;—Cod. 5. 13 *de rei ux.* fr. 1 § 1, 6, 8, 10 изъ *ex stipulatu actionis natura*.

20) Dig. 2. 14 *de pactis* fr. 27 § 2.

Вотрыхъ, слѣдуетъ различать между порядкомъ фактическихъ отношеній чловѣка къ природѣ и юридическими предписаніями. Помянутый порядокъ заключаетъ въ себѣ норму, установленную взаимодействіемъ законовъ природы и умѣнемъ людей пользоваться этими законами. Эта норма измѣняется только по мѣрѣ общаго прогресса знаній, и соблюденіе ея не подлежитъ произволу. Въ каждомъ данномъ состояніи ея она представляется ненарушимой, потому что никто не можетъ нарушить ее. Напротивъ юридическое опредѣленіе установлено обществомъ, основано на его авторитетѣ и наруσιμο со стороны отдѣльныхъ лицъ. Нѣкоторыя выраженія естественнаго порядка состоятъ въ близкомъ отношеніи къ праву и привлекаютъ къ себѣ вниманіе юристовъ. Римскіе юристы были склонны относить ихъ къ разряду естественныхъ *юридическихъ* предписаній; но необходимо отрѣшиться отъ такого смѣшенія понятій. Когда, напримѣръ, говорится, „что по естественному разуму“ стипуляція ничтожна, буде въ ней обѣщано невозможное<sup>21)</sup>, тогда имѣется въ виду отношеніе совершенно иного рода, нежели въ томъ случаѣ, когда видятъ въ естественномъ разумѣ источникъ наследственнаго преемства дѣтей послѣ родителей<sup>22)</sup>. Никакая чловѣческая сила не состояніи осуществить договора съ невозможнымъ содержаніемъ, тогда какъ наследственное право дѣтей послѣ родителей, сколь разумнымъ оно ни казалось бы, имѣетъ за себя относительную силу авторитета общества, покровительствующаго ему, и всегда можетъ страдать отъ произвола отдѣльныхъ лицъ. Правила, подобныя вышеприведенному, относящемуся къ стипуляціи, содержатъ въ себѣ простое констатированіе неизбѣжнаго естественнаго факта, но вовсе не юридическую норму. Поэтому

<sup>21)</sup> Dig. 44. 7 de obl. et act. fr. 1 § 9.

<sup>22)</sup> Dig. 48. 20. de bon. damn. fr. 7 pr.

такія правила не имѣютъ никакого значенія для вопроса о существованіи естественнаго права, если только не расширять безъ нужды смысла послѣдняго выраженія. Констатированіе неизбѣжнаго факта природы въ формѣ правоопредѣленія встрѣчается нерѣдко; припомнимъ общее правило, по которому только возможное можетъ быть предметомъ обязательства<sup>23)</sup>; или правила, по которымъ физическое уничтоженіе вещи влечетъ за собою прекращеніе правъ, такъ или иначе относящихся къ ней<sup>24)</sup>, а возвращеніе „in naturalem libertatem“ пойманнаго дикаго животнаго уничтожаетъ право собственности лица, оккупировавшаго передъ тѣмъ это животное<sup>25)</sup>. Вообще всѣ правила, касающіяся примѣненія оккупаціи къ различнымъ животнымъ, насколько продолженіе и прекращеніе права собственности ставится ими въ зависимость отъ природы животныхъ, относятся къ числу опредѣленій, констатирующихъ фактическія отношенія чловѣка къ внѣшнему міру. Точно также фактическое отношеніе констатируется положеніемъ, по которому нѣкоторые предметы исключаются изъ области гражданскаго оборота природою<sup>26)</sup>, причемъ, по всей вѣроятности, подразумѣвается море<sup>27)</sup>. Общій принципъ, руководящій приведенными правилами, заключается въ томъ, что юридическое владѣчество не имѣетъ мѣста тамъ, гдѣ потеряна или вовсе не существуетъ фактическая возможность господства. Мотивъ такого принципа и другихъ, сходныхъ съ нимъ, высказанъ въ общемъ выраженіи: противное закону природы не можетъ быть установлено никакимъ пред-

<sup>23)</sup> Dig. 45. 1. de verb. obl. fr. 83 § 5; Dig. 44. 7 de O. et A. fr. 1 § 9.

<sup>24)</sup> См., напр., Dig. 46. 3 de solut. fr. 107.

<sup>25)</sup> Dig. 41. 1 de acqu. rer. dom. fr. 3 § 2.

<sup>26)</sup> Dig. 18. 1 de contr. empt. fr. 34 § 1.

<sup>27)</sup> Ср. Dig. 8. 4 comm. praed. fr. 13 pr.; Inst. 2. 1 de rer. div. § 1.

писаниемъ <sup>28)</sup>). Констатирование факта имѣетъ обыкновенно отрицательное назначеніе, опредѣляя предѣлы, далѣе которыхъ не можетъ быть осуществлена та или другая юридическая норма. При примѣненіи нормы, заключающей въ себѣ констатированіе фактического отношенія къ отдѣльнымъ случаямъ, судья, конечно, можетъ ошибиться въ характеристикѣ даннаго случая и счесть, на примѣръ, невозможное обязательство за возможное. Изъ этого не слѣдуетъ однако, что возможность опредѣляется юридическимъ путемъ. Своимъ приговоромъ судья не дѣлаетъ обязательства возможнымъ, а только совершаетъ несправедливость, присуждая отвѣтчика уплатить за неисполненіе невозможнаго, которое по ошибкѣ представляется судѣ возможнымъ.

Какъ замѣчено выше, римскіе юристы причисляли формулы, констатирующія естественные факты, къ числу право-опредѣленій. На основаніи сказаннаго будетъ вѣрнѣе исключить ихъ изъ этой категоріи.

## 2.

Переходя вслѣдъ затѣмъ къ юридическимъ нормамъ, причисленнымъ римскими юристами къ категоріи естественныхъ, слѣдуетъ для достиженія предложенной цѣли опредѣлить скрытый субъективный мотивъ, побудившій юристовъ счесть данныя нормы „естественными“. Какъ увидимъ, мотивъ этотъ былъ во всѣхъ случаяхъ однороденъ, но разнообразились поводы къ образованію его. Нѣсколько поводовъ вели къ одному и тому же результату. Сообразно ихъ различію вся область „естественнаго“ права раздѣляется на соотвѣтствующія группы.

1. Слѣдуя римскому юристу, нельзя имѣть юридическаго владѣнія вещами чрезъ посредство свободнаго лица, захваченнаго насильно, потому что „природа

<sup>28)</sup> Dig. 50. 17 de reg. juris. fr. 188 § 1.

вещей“ не допускаетъ, чтобы можно было владѣть чрезъ посредство такихъ лицъ, которыя не состоятъ въ юридическомъ владѣніи <sup>29)</sup>). Отецъ не можетъ предъявлять къ сыну искъ о воровствѣ; препятствіе къ тому заключается въ природѣ самого предмета, потому что съ лицами, находящимися въ нашей власти, мы не можемъ судиться, точно также какъ и съ самими собою <sup>30)</sup>). Въ первомъ случаѣ „естественное“ правило составляетъ логическій выводъ изъ понятій о владѣніи и о приобрѣтеніи чрезъ подчиненныхъ лицъ; во второмъ—изъ общаго понятія о юридическомъ положеніи подчиненныхъ лицъ (potestas). Выводъ чувствуется, какъ нѣчто очевидное, и ссылка на природу вещей содержитъ въ себѣ указаніе на его логическую очевидность. Правило естественно въ смыслѣ очевиднаго съ логической точки зрѣнія. Но, составляя выводъ изъ понятій объ институтахъ, представляющихъ собою продуктъ исторіи, оно имѣетъ таковое же происхожденіе. Кромѣ того, будучи выводомъ, оно, какъ таковой, есть продуктъ психической дѣятельности, хотя, можетъ быть, слабой и полусознательной.—Тоже слѣдуетъ сказать по поводу другихъ случаевъ, подобныхъ приведенному. Руководясь господствующими понятіями о юридическомъ существѣ права собственности, которое въ качествѣ наиболѣе абсолютнаго права не должно (по возможности) преклоняться ни предъ какими произвольными нарушеніями его, савиніанцы приписываютъ естественному разуму то рѣшеніе вопроса о послѣдствіяхъ спецификаціи, которое оставляетъ передѣланную вещь за собственникомъ матеріала <sup>31)</sup>). Но извѣстно, что этотъ исходъ далеко не есть дѣйствительно „естественный“, и тамъ, гдѣ интересъ труда пользуется болѣшимъ почетомъ, чѣмъ онъ

<sup>29)</sup> Dig. 41. 2. de acqu. v. amit. poss. fr. 23. § 2.

<sup>30)</sup> Dig. 47. 2 de furtis, fr. 16.

<sup>31)</sup> Dig. 41. 1. de acqu. rer. dom. fr. 7 § 7.

пользовался первоначально въ Римѣ, съ не меньшею готовностью сочтуть естественнымъ совершенно противоположное разрѣшеніе того же вопроса. Неопредѣленность, съ которою выражается Гай <sup>32)</sup> объ естественности юридическаго исхода спецификаціи въ связи съ индеферентностью, выказанною имъ относительно обоихъ способовъ разрѣшенія этого вопроса, даетъ основаніе думать, что уже онъ былъ склоненъ признать одинаково естественными оба отвѣта. Юстиніанъ удовлетворился среднимъ отвѣтомъ <sup>33)</sup>; новыя законодательства предпочитали нерѣдко идти противъ „естественнаго“ разрѣшенія сабиніанцевъ и давали по возможности защиту интересамъ труда. Такъ, французскій кодексъ <sup>34)</sup> предоставляетъ передѣланную вещь специфіанту, когда стоимость его труда превышаетъ значительно цѣнность матеріала, и подобно римскимъ юристамъ приписываетъ свое правило естественной справедливости <sup>35)</sup>. То же постановленіе встрѣчаемъ въ прусскомъ <sup>36)</sup> и итальянскомъ <sup>37)</sup> кодексахъ. Въ правилѣ сабиніанцевъ, приписанномъ ими естественному разуму, не было ничего необходимаго. Оно было результатомъ формальнаго отношенія къ затронутому въ немъ предмету, которое гармонировало съ экономическимъ строемъ времени. — Изъ элементарныхъ началъ справедливости, изъ которыхъ одно высказано въ предложеніи: отъ природы справедливо, чтобы никто не обогащался отъ ущерба, понесеннаго другимъ <sup>38)</sup>, слѣдуетъ, что за издержки, сдѣланныя для приобрѣтенія помѣщенія и сохраненія

<sup>32)</sup> Gaj. II § 79.

<sup>33)</sup> Inst. II. 1 de rer. div. § 25.

<sup>34)</sup> Ст. 570 и 571.

<sup>35)</sup> Ср. ст. 565.

<sup>36)</sup> Ст. 304; Ср. Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, I, § 235.

<sup>37)</sup> Ст. 470.

<sup>38)</sup> Dig. 12. 6 de *condict. indebiti*, fr. 14.

вещей, долженъ быть вознагражденъ каждый владѣлецъ вещи, даже разбойникъ <sup>39)</sup>, и что издержки на содержаніе животнаго, отданнаго въ пользованіе (*usus*), должны падать на пользующагося <sup>40)</sup>. Изъ понятія о правѣ собственности слѣдуетъ, что вещь, отданная въ прекарное владѣніе, всегда можетъ быть отобрана собственникомъ ея <sup>41)</sup>; изъ того же понятія слѣдуетъ, что собственность на дерево продолжается и послѣ того, какъ оно срублено <sup>42)</sup>; изъ понятія о корреальномъ обязательствѣ, — что судебная консумпція (черезъ *litis contestatio*) юридическаго отношенія къ одному изъ должниковъ освобождаетъ всѣхъ другихъ <sup>43)</sup>. Всѣ эти выводы приписываются естественной справедливости, или естественному разуму, но ихъ естественность заключается только въ ихъ логической очевидности. По общему правилу юридическое состояніе законнорожденныхъ опредѣляется по условіямъ, существующимъ въ моментъ ихъ зачатія, а состояніе незаконнорожденныхъ по условіямъ момента рожденія. Отсюда въ силу „естественнаго“ ра-

<sup>39)</sup> Dig. 5. 3 de *hered. petit.* fr. 36 § 5.

<sup>40)</sup> Dig. 13. 6 *commod.* fr. 18 § 2; Dig. 7. 1 de *usufr.* fr. 45.

<sup>41)</sup> Dig. 43. 26 de *precario* fr. 2 § 2.

<sup>42)</sup> Dig. 17. 2 *pro socio* fr. 83.

<sup>43)</sup> Dig. 46. 1 de *fidejuss.* fr. 5. (?) Я ставлю здѣсь вопросительный знакъ потому, что ссылка: *quia natura obligationum duarum etc.*, употребленная въ цитованномъ мѣстѣ, имѣетъ характеръ сколько кваліфикаціи даннаго вывода въ качествѣ естественнаго, столько же простаго указанія на понятіе о корреальномъ обязательствѣ. Последнее значеніе принадлежитъ предыдущему §. — Подобное же неопредѣленное значеніе имѣютъ часто ссылки на *actionis natura*, примѣры коихъ приведены выше въ примѣч. 19. Такое же значеніе могутъ имѣть также ссылки на *ipsius rei natura*, какъ, напримѣръ, въ Dig. 45. 1 de *V. O.* fr. 115 § 2. Большая часть ссылокъ Вангерова на *Natur der Sache*, приведенныхъLeistомъ, *Naturalis ratio und Natur der Sache*, 1860, стр. 50 — 59, въ образецъ сужденій современныхъ юристовъ по природѣ вещей и естественному разуму, имѣетъ то же значеніе. Другіе образцы сужденій Вангерова подводятся также подъ рубрики предшествующаго § и только немногіе — подъ рубрики нижеслѣдующія.



зума слѣдуетъ, что женщина, зачавшая въ состояніи рабства и родившая въ состояніи свободы, родитъ свободнаго <sup>41)</sup>. Изъ понятія о юридической сущности согласія (consensus) вытекаетъ по „естественному разуму“, что соглашаться (consentire) могутъ всѣ лица <sup>42)</sup>. Историческое понятіе о consensus, какъ источникъ правоотношеній и возникло ради того, чтобы дать всѣмъ лицамъ возможность вступать въ правоотношенія. Но въ представленіи юриста consensus сдѣлался уже предметомъ самостоятельнаго понятія, изъ котораго выводится въ качествѣ логическаго послѣдствія то, что составляло практическое назначеніе самого понятія. — Логическая естественность сопровождается обыкновенно практической пригодностью; но она можетъ и не гармонировать съ послѣднею и превышать ее. Въ такомъ случаѣ логически-естественныя правила терпятъ на практикѣ ограниченія. Относящійся къ частному случаю, но весьма характеристичный примѣръ въ этомъ родѣ представляетъ одно изъ разсужденій Трифонина. Если мы приняли на сохраненіе сумму денегъ отъ лица, которое приговорено въ ссылку, и имущество котораго конфисковано въ пользу государственной казны, то, спрашивается, кому мы обязаны возратить принятое, — ссыльному, или казнѣ? По мнѣнію Трифонина, здѣсь представляется перспектива двухъ исходовъ. Впервыхъ, основываясь только на естественномъ и общенародномъ правѣ, т. е. поступая согласно съ высшею справедливостью, примѣненіе которой требуется здѣсь, такъ какъ поклада есть договоръ bona fidei, придется отдать деньги, принятыя на сохраненіе, лицу, отдавшему ихъ. Но такой исходъ противорѣчилъ бы положительному праву (jus civile et legum ordo), а по-тому слѣдуетъ передать ихъ казнѣ <sup>43)</sup>. Несогласіе „есте-

<sup>41)</sup> Gaj. I § 89; ср. Ulp. V § 10 и Dig. 50. 1 ad munic. fr. 9.

<sup>42)</sup> Gaj. III § 154. Мѣсто испорчено.

<sup>43)</sup> Dig. 16. 3 depositi fr. 31 pr.

ственного“ права съ „положительнымъ“ получилось здѣсь оттого, что юристъ руководился отвлеченнымъ и произвольнымъ понятіемъ о bona fides и развивалъ его, не сообразуясь съ практическими требованіями жизни. Другимъ, болѣе общимъ примѣромъ въ томъ же родѣ можетъ служить вышеприведенное правило сабиніанцевъ о спецификаціи. Третій примѣръ представляетъ извѣстное правило, гласящее, что ничто такъ ни естественно, какъ уничтоженіе юридическаго отношенія способомъ, однороднымъ съ тѣмъ способомъ, которымъ отношеніе установлено <sup>47)</sup>. Въ послѣднее время, сопоставивъ это общее правило съ многочисленными казуальными разрѣшеніями того же вопроса, Лейстъ <sup>48)</sup> показалъ, что оно вовсе не соответствуетъ дѣйствительной практикѣ римскихъ юристовъ. Лейстъ полагаетъ также, что сами римскіе юристы не выдавали этого правила за общій догматическій принципъ. Но доказанное имъ заключается только въ томъ, что правило не было принципомъ и содержало въ себѣ относительно небольшую долю истины. Что сами римскіе юристы не смотрѣли на него иначе, — это остается недоказаннымъ; и, напротивъ, сохранившаяся форма выраженія разсматриваемаго правила даетъ большую вѣроятность предположенію о неосуществимости такого доказательства. Правило о необходимости формальнаго соответствія между актами установленія и прекращенія правъ можетъ быть разсмотрѣно, какъ результатъ увлеченія римскихъ юристовъ логическою стороною затронутого ими предмета, — увлеченія, которое по всей вѣроятности было неопасно для римскихъ юрисконсультовъ, но которое надѣлало не мало затрудненій для новыхъ догматиковъ. Обобщеніе, имѣющее за себя формальную

<sup>47)</sup> Dig. 50. 17 de reg. juris fr. 35; ср. fr. 153.

<sup>48)</sup> Leist, Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte, 1876.

правильность, всегда дѣйствуетъ привлекательно на умы, и отъ него рѣдко отказываются, не испробовавъ бѣльшаго или меньшаго числа способовъ примиренія его съ дѣйствительностью.

## 3.

2. Нѣкоторое отношеніе, существующее между природою вещей и юридическими предписаніями, также побуждаетъ римскихъ юристовъ придавать имъ колоритъ естественности. Норма, опредѣляющая юридическое отношеніе человѣка къ предметамъ внѣшняго міра, вызывается иногда въ качествѣ самостоятельной нормы известными фактическими обстоятельствами, которыя обусловливаютъ въ данномъ случаѣ неприменимость другихъ, болѣе общихъ нормъ. Фактическія обстоятельства ведутъ къ отклоненіямъ отъ порядка, принятаго за нормальный. Цѣль вызванной ими нормы заключается въ глазахъ юриста въ томъ, чтобы уладить столкновение права и частнаго факта соответственно свойствамъ этого послѣдняго. Но норма не констатируетъ только известнаго фактическаго отношенія, какъ въ случаяхъ, уже разсмотрѣнныхъ выше, но вводитъ въ отношенія человѣка къ внѣшнему міру нѣкоторое новое юридическое содержаніе. Фактъ рождаетъ потребность; дѣло юридическаго мышленія найти подходящее удовлетвореніе ей. Естественное отношеніе человѣка къ предмету играетъ роль обстоятельства, которое есть фактическій поводъ къ образованію юридической нормы и фактическое условіе ея осуществимости. При сравненіи ея съ другими нормами, относящимися къ тому же институту, она кажется обособленною, изолированной, и ея изолированность объясняется особенностью фактическаго отношенія, которымъ она вызвана. Подъ впечатленіемъ такой зависимости нормы отъ существа фактическаго обстоятельства юристъ считаетъ ее естественною. Но изъ этого еще не слѣдуетъ, что уста-

новленная имъ норма естественна въ томъ смыслѣ, что она указана ему естественнымъ разумомъ и произойшла помимо энергіи мышленія; не слѣдуетъ даже и того, что она есть единственная норма, совмѣстная съ данными условіями. Принадлежація сюда нормы возникаютъ и измѣняются подобно другимъ юридическимъ нормамъ. — Примѣры пояснятъ сказанное. Гай <sup>19)</sup> присписываетъ естественному разуму правило, по которому наносъ отъ рѣки принадлежитъ собственнику прибрежнаго участка и опредѣляетъ наносъ, какъ медленное, незамѣтное для глазъ приращеніе берега. Если мы сопоставимъ это опредѣленіе съ свидѣтельствомъ Флорентина <sup>20)</sup>, удостоверяющаго, что *jus alluvionis* не имѣло приложенія относительно *agri limitati*, то мы приобрятемъ нѣкоторое основаніе считать практическимъ соображеніемъ, послужившимъ мотивомъ къ правилу Гаия, невозможность услѣдить за ростомъ наноса. Правило о наносѣ, содержа въ себѣ измѣненіе общихъ правилъ о приобрятеніи собственности, оправдывается своею практическою цѣлесообразностью, своимъ соответствіемъ фактическимъ обстоятельствамъ случая. Римскій юристъ отступаетъ отъ своего любимаго принципа, — принципа оккупации, побуждаемый къ тому „естественною“ необходимостью. Но практическое значеніе фактическихъ обстоятельствъ можетъ пониматься различно, а вмѣстѣ съ тѣмъ измѣняется и содержаніе относящейся къ нимъ нормы. Справедливо обставить право собственности такъ, чтобы предметы его не рисковали безъ необходимости слишкомъ быстрою потерей связанныхъ съ ними выгодъ. Сосѣдство поземельнаго участка съ рѣкою служитъ условіемъ многихъ выгодъ, которыя

<sup>19)</sup> Gai. II § 70, ep. Dig. 41. 1. de acqu. rer. dom. fr. 7 § 1.

<sup>20)</sup> Dig. 41. 1. de acqu. rer. dom. fr. 16; ep. Puchta, *Cursus der Institutionen*, § 242, nota z. — Нѣкоторые, какъ напр. Ortolan, *Explication historique*, II, § 379, думаютъ, что правило Флорентина относилось вообще къ участкамъ, имѣющимъ опредѣленные, точныя границы.

могутъ быть потеряны быстро при отсутствіи права *alluvionis*. Это соображеніе способствовало, конечно, тому расширенію области примѣненія права наноса, которое имѣетъ мѣсто въ современныхъ законодательствахъ, гдѣ обыкновенно не дѣлается различія между участками обмежеванными и необмежеванными. Такимъ образомъ *jus alluvionis* можетъ казаться естественнымъ, но въ исторіи, при существованіи однихъ и тѣхъ же фактическихъ обстоятельствъ, оно является въ различныхъ формахъ. Юристы не сразу и не всегда одинаковымъ образомъ сознаютъ мотивы, руководящія имъ, и подъ вліяніемъ личнаго взгляда на предметъ опредѣляютъ различно его практическое значеніе. Исторія права *alluvionis* на европейской почвѣ показываетъ кромѣ того, что самое образованіе его должно было иногда выдержать борьбу съ противодѣйствующими интересами. Такъ, *jus alluvionis* проникло во Францію благодаря авторитету римскаго права и было признано за владѣльцами только въ XVIII столѣтіи, а до того времени его признаніе встрѣчало упорное противодѣйствіе со стороны государственной казны. Объективно, вѣдь воли человѣка существуетъ только тотъ фактъ, что рѣка дѣлаетъ наносы; юридическое отношеніе къ этому факту вырабатывается юридическимъ мышленіемъ совершенно тому, какъ оно понимаетъ его практическое значеніе. — Подобное же отношеніе между фактическимъ обстоятельствомъ и связаннымъ съ нимъ естественнымъ правоопредѣленіемъ существуетъ въ тѣхъ нормахъ, которыя выражаютъ ограниченія индивидуальнаго господства надъ вещами, происходящія отъ естественнаго отношенія человѣка къ вещамъ. По Ульпіану, море составляетъ предметъ общаго пользованія въ силу своей природы<sup>51)</sup>; естественнаго въ этомъ правилѣ только то, что море не можетъ быть предметомъ индивидуаль-

• 51) Dig. 8. 4 *comm. praed. fr.* 13 pr., и др.

наго обладанія, къ каковой формѣ, т. е. къ формѣ простаго констатированія естественнаго факта, это правило и приближено въ институціяхъ<sup>52)</sup>. Гай упоминаетъ о стѣнѣ зданія, составляющей по естественному разуму общую собственность двухъ сосѣдей<sup>53)</sup>. Юристамъ, стоявшимъ на почвѣ такого права, каково римское, гдѣ индивидуальный принципъ обладанія имуществомъ былъ особенно развитъ, каждое уклоненіе отъ этого принципа должно было казаться исключеніемъ и нуждалось въ объясненіи гораздо болѣе, нежели основной принципъ. Природа предмета и естественный разумъ призывались въ приведенныхъ случаяхъ оправдать содержащееся въ нихъ уклоненіе отъ нормальнаго принципа. Ссылка на естественность убѣждала, что уклоненіе было сдѣлано вслѣдствіе обстоятельства, стоявшаго внѣ воли человѣка. Но положительная сторона юридическаго отношенія, которое должно было существовать въ данномъ случаѣ, не опредѣлялась непосредственно его естественными условіями. Въ виду столкновений, могущихъ произойти по поводу обладанія предметомъ, исключеннымъ изъ области частной собственности, право должно опредѣлить точнымъ образомъ форму совмѣстнаго пользованія имъ. Только возможность столкновений между отдѣльными лицами вызываетъ на юридическое опредѣленіе, содержаніе котораго не дано само собою. Если вѣрить новѣйшимъ изслѣдованіямъ, посвященнымъ исторіи общины, — а не вѣрить имъ трудно, потому что съ каждымъ шагомъ впередъ они выигрываютъ въ своей убѣдительности, — земля состояла первоначально въ общемъ владѣніи и пользованіи. Такое правовое состояніе обуславливалось, конечно, тѣмъ обстоятельствомъ, что при тогдашней

52) Inst. 2. 1 *de rer. div.* § 1; *cp. pr. extra nostrum patrimonium.*  
См. выше, стр. 253.

53) Dig. 8. 2. *de serv. praed. urb. fr.* 8.

степени умственного развитія чловѣка, для него было фактически невозможно владѣть землею обособленно отъ другихъ. Но никто не скажетъ на основаніи этого, что система общиннаго права опредѣлялась безъ дальнѣйшихъ разсужденій этимъ „естественнымъ“ фактомъ. Потребовалось много труда, чтобы умиротворить всѣ столкновенія, возникавшія внутри общины, сообразно и „природѣ вещей“, и интересамъ тяжущихся, и сложившемуся общественному порядку; и на каждомъ частномъ опредѣленіи общиннаго права отражалось умѣнье юриспруденціи приводить къ единству разнообразныя интересы способомъ, наиболее удобнымъ при данномъ фактическомъ положеніи вещей. То же самое происходило и въ другихъ случаяхъ. Исторія общины отличается отъ исторіи морскаго права только тѣмъ, что въ первомъ случаѣ измѣненія фактическаго отношенія происходятъ быстрѣе и въ болышихъ размѣрахъ, нежели во второмъ. Но измѣненія есть и здѣсь; и здѣсь есть также другіе интересы, съ которыми надо считаться. Источники римскаго права сохранили намъ слѣды относящейся сюда борьбы въ видѣ разнорѣчія римскихъ юристовъ по вопросу о принадлежности морскихъ береговъ. Въ то время какъ большинство римскихъ юристовъ считало ихъ общимъ достояніемъ<sup>54)</sup>, Цельзъ видѣлъ въ нихъ государственную собственность<sup>55)</sup>. Положительная сторона правоопредѣленій касательно такого „естественнаго“ предмета, каково море, земля, не давалась сама собою.

Къ разсматриваемой категоріи правоопредѣленій слѣдуетъ причислить еще нѣсколько случаевъ. Физическія условія не дозволяютъ раздѣлить по разнымъ рукамъ обладаніе поверхностью земли и остальными ея частя-

<sup>54)</sup> Dig. 41. 1. *de a. r. d. fr.* 14 pr... nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi...

<sup>55)</sup> Dig. 43. 8. *ne quid*, fr. 3 pr: Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror.

ми, и потому юридическая судьба суперфициеса опредѣляется „по естественному праву“ юридическимъ состояніемъ всего вообще поземельнаго участка<sup>56)</sup>. Подобно этому собственнику земли принадлежитъ посаженное и посаженное на ней другимъ лицомъ, что также приписывается естественному праву<sup>57)</sup>.—О сервитутѣ дороги утверждается, что онъ по природѣ своей предполагаетъ такое пользованіе, которое происходитъ съ перерывами<sup>58)</sup>, и что отъ природы онъ недѣлимъ, вслѣдствіе чего нельзя выполнить по частямъ обязательства объ установленіи его<sup>59)</sup>. Въ этихъ утвержденіяхъ можно видѣть съ нѣкоторымъ основаніемъ простое описаніе юридическаго понятія о сервитутѣ; но вмѣстѣ съ тѣмъ въ нихъ, и въ особенности во второмъ утверженіи, содержится намекъ на физическія условія сервитутнаго права, дающія ему именно такую, а не другую конструкцію. — Подобно этому о владѣніи говорится, что невозможно одновременное существованіе нѣсколькихъ правъ владѣнія на одинъ и тотъ же предметъ, ибо природѣ противно, чтобы одно лицо могло обладать физически вещью, которою обладаетъ другое<sup>60)</sup>. Но изъ приведенной тутъ же контроверзы явствуетъ, что это правило не далось юристу само собою, и что ему пришлось задуматься надъ согласованіемъ столь очевиднаго повидимому факта съ юридическими отношеніями, примыкающими къ владѣнію. — По поводу вопроса о принадлежности острововъ, образовавшихся вновь въ рѣкѣ, замѣчается, что природа рѣки такова, что съ измѣненіемъ ея теченія

<sup>56)</sup> Gaj. II § 73; Dig. 9. 2 *ad leg. Aqu. fr.* 50; Dig. 43. 18 *de superf. fr.* 2.

<sup>57)</sup> Gaj. II §§ 74 и 75.

<sup>58)</sup> Dig. 33. 2 *de usu fr.* 13.

<sup>59)</sup> Dig. 43. 1 *de V. O. fr.* 2 § 1.

<sup>60)</sup> Dig. 41. 2 *de a. v. a. p. fr.* 3 § 5.

измѣняется юридическое положеніе русла <sup>61)</sup>. Естественное событіе создаетъ въ этомъ случаѣ новый фактъ, къ которому нѣтъ примѣниться; но какое именно правоотношеніе установится здѣсь, это не вытекаетъ непосредственно изъ факта. Римское право отдавало новый островъ въ частную собственность прибрежнымъ собственникамъ; другія права поступали иначе.—Какъ мы видимъ, во всѣхъ названныхъ случаяхъ естественный фактъ былъ обстоятельствомъ, съ которымъ надо было сообразоваться, но онъ не былъ только однимъ такимъ обстоятельствомъ; вмѣстѣ съ нимъ приходилось сообразоваться съ змісѣ другихъ обстоятельствъ, и юридическая норма содержала въ себѣ не констатированіе какого-либо одного или нѣсколькихъ изъ этихъ обстоятельствъ, а указаніе на образъ дѣйствій, котораго человекъ долженъ держаться, чтобы съ наибольшимъ удобствомъ для себя и другихъ жить среди нихъ. Образъ же дѣйствій надо найти.

Недоразумѣніе, заставившее римскихъ юристовъ включить въ разрядъ естественнаго права разсмотрѣнныя сейчасъ опредѣленія, повторилось у современныхъ догматиковъ. На его счетъ слѣдуетъ отнести извѣстное подраздѣленіе различныхъ свойствъ вещей на естественныя и юридическія, въ связи съ чѣмъ различается естественная и юридическая классификація вещей. Такъ, раздѣленія вещей на недвижимыя и движимыя, потребляемыя и непотребляемыя, и многія другія считаются принадлежностями естественной классификаціи; раздѣленія же, каковы римское: на *res mancipi* и *res nec mancipi*, или общее: на вещи единичныя и юридическія совокупности вещей (*universitas rerum distantium*), почитаются выраженіями классификаціи юридической.—У римскихъ юристовъ не встрѣчается подобнаго систематическаго разграниченія, но въ источникахъ суще-

<sup>61)</sup> Dig. 41. 1 de a. r. d. fr. 30 § 2.

ствуютъ намеки на него. Институціи замѣчаютъ, на примѣръ, что предметомъ узуфрукта могутъ быть всѣ вещи за исключеніемъ тѣхъ, пользование которыми сопряжено съ быстрымъ уничтоженіемъ ихъ; эти послѣднія составляютъ исключеніе какъ по естественному разуму, такъ и по цивильному праву <sup>62)</sup>. Въ дигестахъ по поводу выполненія обязательствъ по стипуляціи замѣчается, что нѣкоторыя стипуляціи отъ природы полны по частямъ (какъ обѣщаніе дать извѣстную сумму денегъ), нѣкоторыя отъ природы не допускаютъ своего дѣленія (обѣщаніе установить сервитутъ), нѣкоторыя же, хотя дѣлимы отъ природы, но теряютъ свое значеніе, если къ нимъ приложится дѣленіе (напримѣръ, обѣщаніе дать раба) <sup>63)</sup>.—Что касается до общаго догматическаго различенія между естественной и юридической классификаціей вещей, то оно объясняется только субъективными основаніями, изъ которыхъ одно имѣетъ практическое значеніе, а другое обусловлено теоретическимъ недоразумѣніемъ. Раздѣленіе вещей на *mancipi* и *nec mancipi* кажется въ наше время неестественнымъ потому, что оно давно отжило свой вѣкъ; напротивъ раздѣленіе вещей на недвижимыя и движимыя гармонируетъ съ современными юридическими интересами. Объ этомъ, чисто-историческомъ и, очевидно, субъективномъ мотивѣ естественности будетъ говорить ниже. Другой несознанный мотивъ могъ заключаться въ томъ, что на первый взглядъ естественная классификація вещей обусловлена главнымъ образомъ различіями въ физическихъ отношеніяхъ человека, какъ такового, къ вещамъ; напротивъ въ юридической классификаціи преобладаетъ вліяніе отношеній людей въ качествѣ членовъ общества, или, другими словами, вліяніе гражданскихъ отношеній. Вещь

<sup>62)</sup> Inst. 2. 4 de usufructu, § 2; ср. Dig. 7. 5 de usufr. ear. rer. fr. 2 § 1.

<sup>63)</sup> Dig. 45. 1. de V. O. fr. 2 § 1.

остается движимою или недвижимою, потребляемою или непотребляемою, помимо гражданскихъ отношеній; совокупность же отдѣльныхъ вещей, разсматриваемая какъ юридическое цѣлое, (напримѣръ: стадо, библиотека) есть понятіе, обусловленное извѣстными нуждами гражданского оборота. Человѣкъ не можетъ сдвинуть поземельнаго участка, питаться хлѣбомъ, не уничтожая его и т. п.; онъ можетъ, напротивъ, продавать или закладывать стадо поштучно, но не считаетъ этого удобнымъ въ виду своихъ гражданскихъ интересовъ. Такое различіе имѣетъ повидимому объективный характеръ. Но ближайшій анализъ разубѣждаетъ въ этомъ.

Спрашивается, почему стадо или погребъ вина закладывается или страхуется обыкновенно какъ universitas, а не какъ сумма извѣстнаго числа единичныхъ предметовъ; другими словами, почему предпочитаютъ состоять по стаду и по погребу въ одномъ залоговомъ отношеніи, а не въ столькихъ, сколько головъ въ стадѣ или бутылокъ въ погребѣ? Отвѣтъ получается при сличеніи практическихъ послѣдствій того и другаго порядка. Если каждая голова скота или каждая бутылка вина были бы заложены особенно, то кредитору и должнику пришлось бы, впервыхъ, обратить особенное вниманіе на различіе отдѣльныхъ головъ и бутылокъ, чтобы не перемѣшать ихъ, и, ввторыхъ, совершать безпрестанно нескончаемое число гражданскихъ актовъ для того только, чтобы сдѣлать возможнымъ какое-нибудь дальнѣйшее экономическое употребленіе изъ заложенныхъ предметовъ. То и другое стоило бы неимоверныхъ усилій, которыя лишили бы всякой цѣны самый актъ залога; и такъ какъ человѣкъ не въ силахъ обойти легко означенныхъ препятствій, сохраняя индивидуальную форму залога, такъ что легко-осуществимый залогъ въ этой формѣ невозможенъ физически, а трудный никому не нуженъ, то мы вправѣ

будемъ сказать, что въ силу „естественныхъ“ условій обыкновенная форма залога, страхованія и т. п. непримѣнимы къ стаду, погребу и т. п. Форма universitas rerum устраняетъ всѣ затрудненія. При ней хозяинъ стада и погреба можетъ свободно измѣнять ихъ поштучный составъ, напримѣръ, ради продолженія торговли, и обязанъ только наблюдать, чтобы не уменьшалась общая стоимость заложенной совокупности. Въ свою очередь кредиторъ въ случаѣ неисправности должника указываетъ, какъ на предметъ своего права, не на опредѣленную штуку скота или бутылку вина, а вообще на все стадо или весь погребъ. Изъ сказаннаго видно, что въ случаѣ universitas rerum естественное отношеніе человѣка къ вещи, состоящее въ томъ, что человѣкъ не въ состояніи обращаться съ множествомъ вещей съ тою легкостью, которая допущена природою относительно его обращенія съ отдѣльными вещами,— это естественное отношеніе есть фактическое условіе непримѣнимости одной юридической формы и примѣнимости другой.

Но точно такую и притомъ только такую роль играетъ естественное отношеніе и въ тѣхъ случаяхъ раздѣленія вещей, которые въ догмѣ отличаются отъ другихъ названіемъ естественныхъ. Каждую вещь можно отдавать другому съ обязательствомъ его возвратить взаимнѣй полученнаго другую подобную вещь; но только непотребляемыя вещи могутъ быть отданы въ чужое пользованіе такъ, чтобы получить обратно ту же вещь. Не въ силахъ человѣка пользоваться потребляемою вещью, не подвергая ее быстрому уничтоженію,— и это обстоятельство опредѣляетъ предѣлъ приложимости второй изъ названныхъ формъ одолженія вещами (ссуды, найма).— Не въ силахъ вообще человѣка, если тому не способствуютъ какія-либо особые обстоятельства, отличать каждое зерно, крупинку, песчинку, каплю, кирпичъ, монету и т. п., и онъ считаетъ эти

вещи не индивидуально, а въсомъ, числомъ, мѣрой. Это обстоятельство указываетъ предѣлъ приложимости опредѣлений, рассчитанныхъ на предметы индивидуальные. — Не въ силахъ человѣка раздѣлить статую, картину и т. п. на части такъ, чтобы по раздѣленіи вещь доставляла прежнія выгоды, и потому объявляютъ эти вещи нераздѣльными. — Невозможно по произволу заставлять недвижимости мѣнять ихъ мѣста, а потому невозможно ихъ скрыть отъ другихъ, какъ скрываютъ движимости, и нѣтъ нужды при судебномъ процессѣ и при залогѣ принимать мѣры къ обезпеченію противъ утайки недвижимости, и т. д.

Могутъ замѣтить, что кромѣ отрицательнаго значенія названныя свойства вещей обладаютъ еще значеніемъ положительнымъ, такъ какъ, ограничивая приложимость одного института, они вмѣстѣ съ тѣмъ вызываютъ образованіе другаго института, сообразованнаго съ ними. Съ этой точки зрѣнія существуютъ одни институты для движимыхъ, другіе для недвижимыхъ вещей. Во всякомъ случаѣ квалифікація этихъ свойствъ въ исключительно положительномъ или отрицательномъ смыслѣ должна имѣть произвольный характеръ. — Допуская этотъ взглядъ, слѣдуетъ замѣтить, что и при положительномъ отношеніи къ юридическимъ нормамъ значеніе естественныхъ свойствъ вещей не выходитъ за вышеуказанныя границы, т. е. свойство вещи играетъ роль одного изъ фактическихъ условій, съ которыми долженъ сообразоваться юристъ, формулируя норму. Естественное отношеніе, какъ таковое, не интересуется юриста; существованіе одного естественнаго отношенія человѣка къ вещи недостаточно для того, чтобы оно получило юридическое значеніе. Юридическое значеніе есть значеніе для гражданскаго оборота; для возникновенія его, слѣдовательно, необходимо, чтобы кромѣ свойства вещи были въ наличности условія гражданскаго оборота, способныя ввести свойства вещи въ

связь съ гражданскими интересами. Естественное различіе должно быть замѣчено человѣкомъ, а для этого необходимо, чтобы оно такъ или иначе отозвалось на гражданскихъ отношеніяхъ, откуда въ свою очередь вытекаетъ требованіе, чтобы существовали пригодныя для того отношенія. Пока люди не дойдутъ до убѣжденія въ необходимости правильныхъ дѣлежей, обмѣна, одолженій, правильнаго суда и т. д., до тѣхъ поръ не возникнетъ идеи о вещахъ дѣлимыхъ и недѣлимыхъ, опредѣляемыхъ мѣрою и индивидуальными, о различіи ссуды и займа, о различныхъ способахъ судебного охраненія спорной вещи и т. п. Есть нѣкоторое основаніе полагать даже, что при появленіи какого-либо института, имѣющаго отношеніе къ вещамъ, не сейчасъ замѣчается вліяніе, которое должны имѣть на конструкцію этого института естественныя свойства вещей; иначе говоря, юристъ не сразу приравниваетъ свои понятія къ различію вещей. Залоговое право существовало въ Римѣ задолго передъ тѣмъ, какъ узнали, что кромѣ формы *riguus* возможна еще ипотека, если не исключительно, то съ особенными удобствами примѣнимая къ недвижимостямъ. Древне-римское право считало недвижимости предметомъ воровства (*furtum*) наравнѣ съ движимостями. До сихъ поръ обыденное воззрѣніе не различаетъ строго между ссудой и займомъ, и т. п. То обстоятельство, что въ различное время и при различномъ состояніи гражданскаго оборота юридическое значеніе одного и того же свойства вещи опредѣляется различно, свидѣтельствуетъ во всякомъ случаѣ о томъ, что правоопредѣленіе не рождается непосредственно изъ факта существованія свойства. Въ Римѣ различіе недвижимостей и движимостей отражалось на срокахъ давности; въ русскомъ правѣ срокъ давности для всѣхъ вещей полагается одинаковый. Въ Римѣ затѣмъ вліяніе помянутаго различія ограничивалось многими случаями. Оно вліяло на разрѣшеніе вопроса



о владѣніи при интердиктахъ (до Юстиніана), на способъ охраны вещи во время судебного спора <sup>61)</sup>, на разрѣшеніе вопроса о мѣстѣ реституціи вещи при *rei vindicatio* <sup>62)</sup> и на другіе тому подобныя мелкіе вопросы <sup>63)</sup>. Какъ на наиболѣе крупное проявленіе особенностей недвижимостей слѣдуетъ указать на группу правоопредѣленій, регулирующихъ сосѣдскія отношенія и составляющихъ, въ сравненіи съ новымъ правомъ, какъ бы первый зародышъ сосѣдскаго права. Несравненно большихъ размѣровъ достигла та же классификація въ европейскомъ правѣ, сначала подъ вліяніемъ особыхъ политическихъ и экономическихъ отношеній, имѣвшихъ мѣсто въ феодалный періодъ, а затѣмъ подъ вліяніемъ постоянного расширенія и усложненія гражданскаго оборота и увеличенія быстроты его. Состояніе вещнаго права въ средніе вѣка слишкомъ извѣстно для того, чтобы распространяться о немъ. Для характеристики же современнаго намъ гражданскаго права слѣдуетъ припомнить о широкомъ развитіи сосѣдскаго права, о гипотечномъ правѣ и о вопросѣ о предѣлахъ виндикаціи относительно движимостей, — вопросѣ, въ настоящее время только вступившемъ въ фазу полнаго развитія. Какъ ни ясенъ тотъ „естественный“ фактъ, что виндикаціи движимостей нельзя давать при современномъ положеніи вещей такого простора, какой отводится виндикаціи недвижимостей, однако точное опредѣленіе того, при какихъ условіяхъ и въ какихъ именно размѣрахъ должно послѣдовать ограниченіе виндикаціи, представляется и спорнымъ, и не легкимъ. Этотъ споръ, который мы переживаемъ сами, долженъ служить намъ образцомъ тѣхъ споровъ, сомнѣній, колебаній и испытаній, чрезъ которыя про-

<sup>61)</sup> Dig. 2. 8 *qui satisd. cog.* fr. 13. pr.

<sup>62)</sup> Dig. 6. 1 *de R. V.* fr. 19.

<sup>63)</sup> См., напр., Dig. eod. fr. 8 in f.

ходило когда-то каждое правоопредѣленіе о различіи вещей, въ настоящее время точное и крѣпкое, а потому „естественное“.

Еще одно обстоятельство заслуживаетъ вниманія. На способъ юридическаго построенія классификаціи вещей отражается въ значительной степени характеръ всего правосозерцанія. Такъ, въ классификаціяхъ ранняго историческаго происхожденія выражается стремленіе къ общему и абсолютному значенію ихъ. Раздѣленіе вещей на *mançiri* и *non mançiri*, насколько мы можемъ судить о немъ по сохранившимся признакамъ, было раздѣленіемъ, имѣвшимъ значеніе почти для всѣхъ юридическихъ отношеній, касавшихся вещей. Подобный же характеръ имѣло раздѣленіе вещей на недвижимыя и движимыя въ старомъ европейскомъ правѣ, относительно котораго принципиальное раздѣленіе всего гражданскаго права на право недвижимости и право движимости представляется, какъ извѣстно, наиболѣе рациональнымъ. Напротивъ въ новое время выступаютъ классификаціи, практическое значеніе которыхъ ограничивается извѣстною, опредѣленною сферою правоотношеній. Кромѣ того въ этой сферѣ ихъ значеніе не абсолютно. Въ извѣстныхъ предѣлахъ, нерѣдко очень широкихъ, на усмотрѣніе частныхъ лицъ оставляется способъ примѣненія классификаціи. Въ такихъ случаяхъ классификація не раздѣляетъ вещей на двѣ группы, а только указываетъ двѣ формы юридическаго положенія, одинаково примѣнимыя къ однимъ и тѣмъ же вещамъ. Такъ, отъ усмотрѣнія торговца зависитъ заложить свой магазинъ какъ *universitas*, или какъ совокупность единичныхъ предметовъ; отъ усмотрѣнія покупателя и продавца — совершить куплю-продажу на извѣстный товаръ, какъ на *genus*, или какъ на *species*; отъ усмотрѣнія залогодержателя и залогопринимателя заложить извѣстный предметъ (напр. судно по норвежскому праву) какъ движимость, или недвижимость,

или вообще трактовать вещь по одной из этих рубрикъ, и т. п. Выбирая для юридическаго положенія вещи одну изъ указанныхъ формъ, лица подчиняются тѣмъ самымъ и соответствующимъ послѣдствіямъ. Возможность выбора и необходимость такого порядка въ развитомъ гражданскомъ быту свидѣлствуютъ о томъ, что свойство вещи не опредѣляетъ само собою ея юридической участи, и что центръ тяжести при регулировании послѣдней заключается въ гражданскихъ интересахъ, связанныхъ съ вещью. Въ древнемъ правѣ, при относительно меньшей индивидуализаціи потребностей, неподвижныя рамки не представляли особыхъ неудобствъ. Но въ позднѣйшемъ правѣ только при подвижныхъ рамкахъ возможно достигъ съ успѣхомъ основной цѣли классификаціи вещей.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что раздѣленіе вещей, обусловленное въ той или другой степени физическимъ отношеніемъ челоуѣка къ вещи, не можетъ быть отнесено къ *jus naturale* въ римскомъ смыслѣ этого понятія <sup>67)</sup>.

Правоопредѣленія, разсмотрѣнныя въ этомъ параграфѣ, состоятъ въ близкомъ отношеніи къ нормамъ, констатирующимъ естественный фактъ (выше, стр. 252). Но названныя нормы ограничиваются простымъ констатированіемъ самаго факта; приведенныя же здѣсь опре-

<sup>67)</sup> Кроме подраздѣленій вещей, обусловленныхъ физическими отношеніями челоуѣка къ вещи, существуютъ еще подраздѣленія, вызванныя исключительно условіями гражданскаго оборота, — цѣлями, которыми служатъ вещи. Таково, напр., подраздѣленіе вещей на *res divini* и *res humani juris*. Этого рода раздѣленія можно было бы назвать юридическими въ отличіе отъ раздѣленій другаго рода, но очевидно, что тогда оба термина: юридическій и естественный заключали бы въ себѣ противоположеніе весьма условнаго свойства, и во всякомъ случаѣ это противоположеніе относилось бы не къ способу образованія раздѣленій, а только къ условіямъ образованія. Оно означало бы, что въ одномъ случаѣ условія образованія раздѣленія лежали исключительно въ интересахъ гражданскаго оборота, а въ другомъ кромѣ того и въ „естественныхъ“ фактахъ.

дѣленія содержатъ дальнѣйшія юридическія правила, обусловленные естественнымъ фактомъ при сочетаніи его съ другими условіями правообразованія.

## 4.

3. Сообразуясь при постановленіи юридическихъ опредѣленій съ условіями внѣшняго міра, законодатель принужденъ сообразоваться также съ условіями, заключенными въ челоуѣческой природѣ, которыя заранѣе опредѣляютъ собою предѣлы примѣнимости юридическаго опредѣленія. вмѣстѣ съ тѣмъ эти условія играютъ въ процессѣ образованія права и положительную роль. Сущность и назначеніе всего права заключается въ наилучшемъ согласованіи посредствомъ вліянія на волю отдѣльныхъ лицъ ихъ инстинктовъ, стремленій и свойствъ, — въ приведеніи ихъ въ выраженіи въ такую форму и порядокъ, которые наиболѣе способствовали бы прогрессу. Право не можетъ идти въ разрѣзъ съ челоуѣческой природою; оно не передѣлываетъ ея въ разрѣзъ значенія этого понятія, но воспитываетъ ее. Въ силу этого между всѣми правоопредѣленіями съ одной стороны и свойствами челоуѣка съ другой существуетъ причинное соотношеніе, болѣе или менѣе простое или сложное, и относительно всѣхъ правоопредѣленій помянутыя свойства составляютъ фактическое условіе ихъ историческаго образованія. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ эта связь выступаетъ почему-либо яснѣе, нагляднѣе. При слабомъ развитіи критическаго дара эти случаи выдѣляются изъ среды прочихъ и трактуются какъ нѣчто особенное. Субъективное впечатлѣніе объективируется, и происхожденіе выдѣленныхъ случаевъ представляется въ особенномъ свѣтѣ. Римскіе юристы раздѣлили эту ошибку въ той формѣ, что причислили ихъ къ *jus naturale*. Но на самомъ дѣлѣ естественными въ римскомъ смыслѣ здѣсь были

не правоопредѣленія, а обусловившія ихъ свойства чело-вѣческой природы. Правоопредѣленія же составляли, какъ и въ другихъ случаяхъ, продуктъ исторической работы.

Римскіе юристы приписываютъ „природѣ“ правила, по которымъ обязательства, принятыя на себя сумасшедшимъ или малолѣтнимъ, признаются недействительными<sup>68)</sup>, и замѣчаютъ, что съ естественнымъ разумомъ согласуется, чтобы лицо, не достигшее совершеннолѣтія, находилось бы подъ руководствомъ опеки<sup>69)</sup>. „Естественное“ заключается въ этихъ случаяхъ въ томъ, что сумасшедшіе и малолѣтніе неспособны по своимъ душевнымъ качествамъ соблюдать такой образъ дѣйствій, на который рассчитанъ нормальный типъ правоопредѣленій, и поэтому безъ большаго вреда себѣ и другимъ не могутъ оставаться подъ дѣйствіемъ общихъ юридическихъ нормъ. Естественное превосходство взрослыхъ и разумныхъ надъ малолѣтними и неразумными указываетъ далѣе, что первые умѣютъ установить надъ дѣйствіями послѣднихъ надлежащій контроль. Но изъ этого не вытекаютъ сами собою никакія дальнѣйшія правила для правопорядка, который слѣдовало бы учредить для лицъ неспособныхъ. Между состояніемъ полного безправія ихъ и наиболѣе обеспеченнымъ юридическимъ положеніемъ открывается полный просторъ. Достаточно припомнить историческое развитіе института опеки для того, чтобы убѣдиться, что вопросъ, какъ слѣдуетъ согласовать особенности естественнаго положенія лицъ неспособныхъ съ интересами гражданскаго оборота, прошелъ въ своемъ разрѣшеніи длинный рядъ фазъ, при чемъ правоположеніе этихъ лицъ опредѣлялось каждый разъ

<sup>68)</sup> Dig. 44. 7 de O. et A. fr. 1 §§ 12, 13, ср. Dig. 12. 6, de cond. ind. fr. 41.

<sup>69)</sup> Gaj. I § 189; Inst. 1. 20 de At. tut. § 6.

сообразно степени умственнаго и нравственнаго развитія юриспруденціи и всего общества<sup>70)</sup>.

Къ естественному праву причисляются римскими юристами вообще всѣ институты, обусловленные въ явственной формѣ основными инстинктами чело-вѣческой природы. Такъ, сюда принадлежатъ брачный союзъ, рожденіе и воспитаніе дѣтей, — послѣдствія полового инстинкта<sup>71)</sup>; право самозащиты, — результатъ инстинкта самосохраненія<sup>72)</sup>; или, на примѣръ, болѣе частное правило, санкціонирующее взаимныя старанія договаривающихся сторонъ заключить сдѣлку по возможности выгоднѣе для себя и, слѣдовательно, въ ущербъ противной сторонѣ, — послѣдствіе эгоизма, присущаго чело-вѣку<sup>73)</sup>. Въ этихъ случаяхъ „естественное“ заключается въ названныхъ инстинктахъ и въ необхо-

<sup>70)</sup> Leist, стр. 57, усматриваетъ естественную подкладку опеки въ отрицательномъ фактѣ беззащитности лица, но затѣмъ представляетъ дѣло въ такомъ видѣ, что этотъ фактъ ведетъ непосредственно къ установленію попеченія надъ малолѣтними, тогда какъ на самомъ дѣлѣ для установленія опеки необходимо, чтобы выработалось въ обществѣ сознание о принадлежности личности и малолѣтнимъ — Говоря о конкретной формѣ института опеки, римскій юристъ прямо приписываетъ ее цивильному праву, см. Dig. 26. 1 de tutel. fr. 1 pr.: Tutela est vis ac potestas... jure civili data ac permissa.

<sup>71)</sup> Dig. 1. 1 de J. et J. fr. 1 § 3. Какъ извѣстно, въ этомъ мѣстѣ Ульпіанъ распространяетъ дѣйствіе jus naturale на животныхъ. Отличіе Ульпіановаго воззрѣнія отъ воззрѣній другихъ юристовъ, интересное въ видахъ возстановленія взглядовъ римской юриспруденціи (ср. Voigt, I. стр. 286—294; Hildenbrand, стр. 606 сл.; Боголюповъ, стр. 107 сл., 231 сл.), не имѣетъ существеннаго значенія для настоящаго изслѣдованія, такъ какъ касается области распространенія, а не природы естественнаго права. Ср. Voigt, стр. 294—296.

<sup>72)</sup> Dig. eod. fr. 3; Dig. 9. 2 ad leg. Aq. fr. 4; Dig. 43. 16 de vi fr. 1. § 27.

<sup>73)</sup> Dig. 19. 2 loc. cond. fr. 22 § 3, fr. 23. Ср. еще случай, однородный съ приведенными: Cod. 5. 13 de rei ux. 1. 1 § 5 c: Sileat ob liberos retentio, quum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortatur.

дчности ихъ удовлетворенія. Но юридическая форма удовлетворенія ихъ составляетъ продуктъ историческаго развитія и постоянно измѣняется. Съ точки зрѣнія права вопросъ сводится не на существованіе самихъ инстинктовъ—они составляютъ неопровержимый и неизбѣжный фактъ, а на то, какое направленіе и форму ихъ выраженія надо поощрять и какой препятствовать въ видахъ основныхъ цѣлей общежитія; и мы видимъ, напримѣръ, что, какъ ни естественъ брачный союзъ, въ качествѣ правоваго института онъ является въ исторіи въ постоянномъ движеніи, обнаруживающемъ рядъ потраченныхъ на него усилій мысли и дѣла. Распространеніе естественнаго права на животныхъ, встречающееся по поводу брачнаго союза <sup>71)</sup>, указываетъ, что вовсе не юридическая сторона предмета натолкнула въ данномъ случаѣ мысль юриста на идею естественнаго права.

Извѣстно, что запрещеніе брака въ близкихъ степеняхъ составляетъ результатъ долгаго историческаго процесса; между тѣмъ бракъ, совершенный съ нарушеніемъ этого запрещенія, называется противоестественнымъ <sup>72)</sup>,— терминологія, удержавшаяся еще въ современномъ юридическомъ языкѣ. Извѣстно также, что различіе въ наследственныхъ правахъ мужчины и женщины составляетъ одно изъ наиболѣе распространенныхъ историческихъ явленій; между тѣмъ равенство ихъ правъ объявляется въ противоположность иному порядку природнымъ институтомъ, потому что таже природа создала и мужчинъ и женщинъ <sup>73)</sup>. Въ противность древнему праву императорское право допускаетъ переходъ на наследника обязательствъ *in faciendo*, потому что природа всѣхъ людей почти одинакова и, слѣ-

<sup>71)</sup> См. выше, прим. 71.

<sup>72)</sup> Nov. 12, c. 1.

<sup>73)</sup> Cod. 6. 58 *de leg. her.* l. 11 pr.

довательно, наследникъ можетъ исполнить обѣщанное наследодателемъ <sup>77)</sup>. Когда названныя свойства природы человѣка признаны и поняты такимъ образомъ, тогда, конечно, изъ нихъ вытекаетъ по „естественному“ разуму соответствующій правопорядокъ; но для того, чтобы самое пониманіе было возможно, необходимо извѣстное умственное, нравственное и гражданское развитіе.

Далѣе, по мнѣнію одного римскаго юриста, природою вещей установлено, что существуетъ болѣе различныхъ видовъ юридическихъ сдѣлокъ, нежели ихъ названій <sup>78)</sup>. Это обстоятельство приводится въ объясненіе того, что рядомъ съ именными исками существуютъ иски безыменные,—*a. praescriptis verbis* и вообще *a. in factum*. Подъ природою вещей должно разумѣть въ настоящемъ случаѣ неспособность юридическаго мышленія услѣдить вполне за гражданскимъ оборотомъ. Означенная неспособность примиряется съ потребностями оборота посредствомъ созданія помянутыхъ формъ иска.—По словамъ того же юриста, законъ природы таковъ, что незаконнорожденный слѣдуетъ въ своемъ юридическомъ состояніи состоянію матери, буде спеціальнымъ закономъ не постановляетъ иначе <sup>79)</sup>. Это послѣднее указаніе свидѣтельствуетъ, что „естественная“ норма сама по себѣ не абсолютна. Подъ закономъ природы понимается здѣсь вліяніе естественной невозможности (въ громадномъ большинствѣ случаевъ) точнаго опредѣленія личности родителя незаконнорожденныхъ дѣтей. Но положительная сторона приведеннаго правила содержитъ въ себѣ только болѣе или менѣе удобный выходъ изъ затрудненія,— можетъ быть, выходъ весьма доступный, но не абсолютно-необходимый и потому не „естественный“.—По природѣ вещей и есте-

<sup>77)</sup> Cod. 8. 38 *de contr. et comm.* l. 13.

<sup>78)</sup> Dig. 19. 5 *de praeser. verb.* fr. 4.

<sup>79)</sup> Dig. 1. 5 *de statu hom.* fr. 24.

ственному разуму объявляется невыполнимым доказывание справедливости отрицания какого-либо юридического факта<sup>80)</sup>. Это правило констатирует невозможность доказать юридическим путем не-существование чего-либо; но система доказательств, имевшая место в древнейших правах, когда голословное обвинение со стороны истца принуждало ответчика очищаться от обвинения, взводимого на него, свидетельствует, что вышеприведенное правило вовсе не принадлежит к „естественному“ достоянию человечества.—Приведенные правила относятся, первое и третье вполне, а второе отчасти к тому, что составляет в области гражданского права технической элемент его и отличается наибольшей сложностью развития.—Къ техническому же элементу относится, как показано выше, правило, по которому в случае спора о вещи положение владельца представляется болѣе выгоднымъ, нежели положение невладелѣльца. Одновременное отнесение этого постановления какъ на счетъ естественнаго, такъ и на счетъ гражданского разума<sup>81)</sup>, выдаетъ всю двойственность отношенія къ нему, выказаннаго со стороны юриста, который, несмотря на всю устойчивость названнаго правила, все-таки не могъ не замѣтить, что оно есть продуктъ не которой умственной работы.

Ограниченность человеческихъ силъ не позволяетъ услѣдить за родствомъ лицъ до безконечности, а потому „отъ природы вещей“ не принимается существование когнатства далѣе седьмой степени<sup>82)</sup>.

Слѣдуетъ окончить этотъ параграфъ воспоминаніемъ о положеніи, справедливо почитаемомъ за одно изъ лучшихъ украшеній въ вѣнцѣ славы римской юрис-

<sup>80)</sup> Cod. 4. 19 de prob. l. 23; Cod. 4. 30 de non num. pec. l. 10.

<sup>81)</sup> Inst. 4. 15 de interd. § 4: et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat alius a possidente petat.

<sup>82)</sup> Dig. 38. 10 de gradibus fr. 4 pr.

пруденціи, но входившемъ въ составъ не столько дѣйствующаго, сколько идеальнаго права. Съ точки зрѣнія естественнаго права римскіе юристы считали всѣхъ людей равными и отвергали рабство, какъ протівоестественное учрежденіе<sup>83)</sup>. Подъ вліяніемъ умственнаго и нравственнаго склада передовыхъ личностей римской юриспруденціи въ ея міросозерцаніи сложилось извѣстное понятіе о minimum'ѣ условій, безъ которыхъ казалось невозможнымъ и самое представленіе о человеческой личности, и которыя потому не могутъ быть уничтожены никакимъ правомъ<sup>84)</sup>. Означенное понятіе отпалкивало юриспруденцію отъ сочувствія къ рабству и заставляло ее говорить объ „естественныхъ“ правахъ человѣка, какъ говорить о нихъ въ наше время по поводу уничтоженія сословной зависимости, или опредѣленія юридическаго положенія лицъ, лишенныхъ по судебному приговору всѣхъ правъ состоянія. Но, кажется, нѣтъ нужды доказывать того, что въ исторіи эти „естественныя права“ были плодомъ болѣе тяжелой работы и ожесточенной борьбы, такъ что если бы измѣрять ихъ мѣркою, сознательно установленною для естественности въ римской юриспруденціи, то пришлось бы, можетъ быть, считать ихъ самыми неестественными.

<sup>83)</sup> См. Voigt, I, примѣч. 444 и 469; IV, стр. 4—22, 48—52; Боголюбовъ, стр. 248—252.

<sup>84)</sup> Ср., напр.: sed cum natura (servorum et liberorum) communis est, въ Dig. 48. 2 de accus. fr. 12. § 4.—Представленіе объ означенномъ minimum'ѣ примѣняется и къ другимъ случаямъ; изъ него вытекаетъ, напр., сохраненіе „естественныхъ“ правъ послѣ capitis deminutio: см., напр.: jura quae rerum natura tribuerentur, въ Dig. 48. 22 de int. et relig. fr. 3; civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest у Gaj. l. 1 § 158 и др.—Въ Dig. 38. 10 de grad. fr. 4 § 11 находимъ противорѣчащее сужденіе Модестина.—Другіе примѣры примѣненія того же представленія о личности къ разрѣшенію отдѣльныхъ вопросовъ см. въ Dig. de usuris, fr. 28 § 1; Cod. 7. 24 de sc. Claud. l. 1 pr.; Nov. 89, c. 1 pr., 9 pr. и друг.

## 5.

Группа „естественных“ правоопределений, рассмотреть которые нам остается теперь, представляет наименее затруднений. Сюда принадлежат указания на правила и институты, историческое происхождение которых по большей части не может быть заподозрено при современном состоянии истории права. С другой стороны повод, приведший к причислению их к естественному праву, легко поддается объяснению.

Этот повод представляется в трех, близко соприкасающихся между собою формах. В некоторых случаях их действие переплетается и таким путем образуется мотив сложного происхождения.

4. Первая форма заключается в обыкновенной наклонности людей, не проникавших научным взором в отдаленное от них прошедшее, считать принципы и институты, наиболее элементарные, усвоенные, наиболее проникшие в жизнь, за нечто необходимое само по себе, без чего немислима самая гражданская жизнь, — нечто, существующее изначала с тою же самою непоколебимостью, с которою оно существует теперь. Под влиянием такого настроения римские юристы объявляют, что от природы справедливо, чтобы никто не обогащался, пользуясь ущербом другого<sup>85)</sup>; что согласно с природою, чтобы выгода, приносимая вещью, следовала тому, кто несет невыгоды, ею доставляемая<sup>86)</sup>; что естественный разум удостоверяет, что без ведома и желанія другого лица можно улучшить его юридическое положение, но нельзя ухудшить его<sup>87)</sup>. Не касаясь того, как далеко шло применение этих принципов в римском праве, и на-

<sup>85)</sup> Dig. 12. 6 de cond. ind. fr. 14; 50. 17 de R. I. fr. 206.

<sup>86)</sup> Dig. 50. 17 de R. J. fr. 10.

<sup>87)</sup> Dig. 3. 5 de neg. gest. fr. 38 (39).

сколько они соответствуют частным решениям, по поводу которых некоторые из них приводятся в источниках, относительно их „естественности“ следует припомнить сказанное выше о значении принципов для вопроса об естественном праве. — Различные принадлежности семейственного, наследственного и вещного права применяются далее к естественному праву. По естественному разуму брак подчиненного сына неосуществим без согласия на то отца<sup>88)</sup>; по тому же разуму бедный родитель имеет право требовать прокормления от сына<sup>89)</sup>. Естественный разум предоставляет наследство родителей в пользу их детей<sup>90)</sup>; за смертью детей естественная справедливость призывает к наследству рожденных от них внуков<sup>91)</sup>. Естественный разум запрещает воровство и прелюбодеяние, как пороки противоестественные<sup>92)</sup>; он же устанавливает право оккупации: по известной формуле предмет, не составляющий ничьей собственности, принадлежит по естественному разуму первому приобретателю<sup>93)</sup>. Естественная справедливость ввела jus postliminii<sup>94)</sup>. Исследования первобытной культуры обнаружили с достаточною ясностью исторический характер семейного быта и всех связан-

<sup>88)</sup> Inst. 1. 10 de nupt. pr.

<sup>89)</sup> Dig. 25. 3 de agnosc. et alien. fr. 5 § 16.

<sup>90)</sup> Dig. 48. 20 de bon. damn. fr. 7 pr.; Dig. 38. 6. si tabul. test. fr. 7 § 1.

<sup>91)</sup> Dig. 38. 16 de suis et leg. fr. 1 § 4.

<sup>92)</sup> Dig. 47. 2. de furtis fr. 1 § 3; Dig. 50. 16. de V. S. fr. 42, ср. Voigt, I, стр. 245.

<sup>93)</sup> Dig. 41. 1. de a. r. d. fr. 3 pr.; ср. Gaj. II §§ 66—69; Dig. 1. 8. de r. d. fr. 3. К мотиву оккупационного права стоит близко мотив права наследника на кладь, — права, приписанного также естественной справедливости, см. Inst. 2. 1. de r. d. § 39. — Ср. с перечисленными случаями случаи естественного права у Цицерона; см. Voigt, I, стр. 196; Боголюбовъ, стр. 39 сл.

<sup>94)</sup> Dig. 49. 15. de capt. fr. 19 pr.

ныхъ съ нимъ правоотношеній; изслѣдованія историко-экономическія опровергли вѣру въ особую естественность права собственности<sup>95)</sup>. Въ частности относительно оккупации можно привести слѣдующую замѣтку Мэна: „По моему мнѣнію“, говоритъ онъ, „общепринятое убѣжденіе въ важномъ значеніи, принадлежавшемъ будто-бы оккупации въ первые періоды цивилизации, противорѣчитъ истинѣ. Оккупация есть физическій и сознательный захватъ владѣнія; утвержденіе же, что подобный актъ даетъ основаніе для права собственности на предметъ никому не принадлежащій, далеко не согласуясь съ строемъ первобытнаго общества, составляетъ, по всей вѣроятности, произведеніе усовершенствованной юриспруденціи и развитаго права. Когда право собственности было уже освящено продолжительнымъ соблюденіемъ его, и большая часть предметовъ пользованія перешла въ частную собственность, только тогда приписали простому владѣнію способность оставлять вещь, не имѣвшую еще собственника, за первымъ владѣльцемъ ея. Чувство, родившее этотъ взглядъ, совершенно несовмѣстимо съ рѣдкостью и необеспеченностью права собственности, характеризующими начало цивилизации. Кажется, что настоящее основаніе разсматриваемаго правила заключается не въ инстинктивномъ стремленіи къ установленію соб-

<sup>95)</sup> Довольно непонятно мнѣніе Leist'a, стр. 31, въ предположеніи древняго общенія имущества усматривающаго лишь остатокъ стараго вѣрованія въ золотой вѣкъ. Этотъ почтенный ученый, которому романистическая литература обязана, безспорно, многими прекрасными вкладами, считалъ когда-то ловящею признаніе труда за основной источникъ и принципъ права собственности и только послѣ изданія своего сочиненія о собственности узналъ о томъ, что эта идея давно уже была достоинствомъ науки; см. его *Ueber die Natur des Eigenthums*, 1859, ср. *Naturalis ratio*, 1860, стр. 14. И теперь, какъ видно, Лейстъ впалъ въ заблужденіе, по своему характеру однородное съ названными.

ственности, но въ обусловленномъ долгимъ существованіемъ этого института предположеніи, что каждый предметъ долженъ имѣть собственника. Когда дѣло касается владѣнія ничьею вещью, т. е. вещью, которая не имѣетъ или никогда не имѣла собственника, тогда дозволяется владѣльцу ея сдѣлаться собственникомъ, потому что предполагается, что каждый полезный предметъ долженъ служить чьему-либо исключительному пользованію и въ данномъ случаѣ не существуетъ помимо владѣльца другаго лица, которое могло бы быть облечено собственностью. Резюмируя сказанное,—первый владѣлецъ становится собственникомъ ничьей вещи потому, что предполагаютъ, что каждая вещь должна состоять въ чьей-либо собственности, и не замѣчаютъ никого, кто имѣлъ бы на вещь болѣе правъ, нежели владѣлецъ ея“<sup>96)</sup>.—Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ сказать, что въ вѣрѣ въ особую естественность институтовъ подобныхъ семьямъ, наслѣдству, собственности, не заключается никакого свидѣтельства въ пользу дѣйствительной „естественности“ ихъ, во первыхъ, потому, что, насколько эти предметы разсматриваются въ качествѣ общихъ понятій, они подводятся подъ сказанное выше объ этихъ послѣднихъ; во вторыхъ, потому, что если римскіе юристы вѣрили въ „естественность“ такихъ институтовъ, историческое происхожденіе которыхъ совершилось на ихъ почвѣ и почти что предъ ихъ глазами, то тѣмъ болѣе они должны были быть расположены признавать по однимъ субъективнымъ причинамъ естественность институтовъ, начало которыхъ было недоступно для нихъ.

Когда открывается возможность сравнить „естественное“ учрежденіе съ учрежденіемъ, которое не чувствуется подобно ему столь близкимъ къ завѣтнымъ вѣрованіямъ, тогда подобное сравненіе усиливаетъ

<sup>96)</sup> Мэнъ, *Древнее право*, (ср. стр. 201 сл. рус. пер.).



интенсивность убѣжденія въ естественности даннаго учрежденія. Для насъ подобные случаи сравненія представляютъ ту особую выгоду, что на нихъ наглядно обнаруживается субъективный характеръ вѣры въ естественное. Причисляя въ одномъ изъ названныхъ примѣровъ воровство къ числу поступковъ, безчестныхъ по природѣ, римскій юристъ противопоставляетъ имъ неисправное веденіе опеки, которое также безчестно, но лишь по принятому въ государствѣ обычаю (*more civitatis*); оно не можетъ быть причислено къ числу естественныхъ проступковъ потому, что провиниться въ немъ, способенъ и человѣкъ достойный (*idoneus*). Рачительность въ опекунскихъ дѣлахъ представляетъ несомнѣнно добродѣтель, болѣе утонченную и исторически позднѣйшую, нежели воздержаніе отъ воровства. Будучи весьма элементарнымъ условіемъ существованія порядка имущественныхъ отношеній, издревле установившагося въ Римѣ, послѣднее качество съиздавна должно было сдѣлаться тамъ атрибутомъ понятія о честномъ человѣкѣ, тогда какъ необходимость первой добродѣтели не была еще такъ усвоена. Въ глазахъ римскаго юриста, несоблюденіе опекунскихъ обязанностей не затрогиваетъ нравственныхъ обязанностей столь сильно, какъ воровство, и потому не причисляется имъ къ разряду естественныхъ проступковъ. Съ точки зрѣнія современной морали, мы, напротивъ, могли бы съ равнымъ правомъ объявить, что естественный разумъ осуждаетъ небрежное веденіе принятыхъ на себя чужихъ дѣлъ, и приравнять въ этомъ отношеніи къ воровству несоблюденіе опекунскихъ обязанностей.

Другаго рода сопоставленіе тоже обнаруживаетъ субъективный характеръ классификаціи. Утверждая, что сынъ, состоящій подъ властью отца, нуждается въ отцовскомъ согласіи для вступленія своего въ бракъ, юристъ замѣчаетъ, что такъ постановляютъ и ци-

вильный и естественный разумъ. Естественность приписывается здѣсь такому институту, который во многихъ другихъ мѣстахъ признается искусственнымъ, специально римскимъ<sup>97)</sup>, и несогласнымъ съ естественнымъ характеромъ отношеній родителей къ дѣтямъ. Но въ настоящемъ случаѣ атрибутъ этого института, интересующій юриста, настолько близко еще къ его правовому чувству, что онъ относитъ его къ естественному разуму вопреки общему характеру всего института, точно такъ же, какъ относитъ туда же невозможность иска о воровствѣ между отцомъ и подчиненнымъ сыномъ<sup>98)</sup>, хотя съ точки зрѣнія естественнаго права вообще допускаетъ обязательственныя отношенія между главою семьи и подчиненными ему лицами.

## 6.

5. Историческія условія развитія римскаго права благоприятствовали образованію другаго рода побужденія приписывать естественность институтамъ, наиболѣе близкимъ къ правовому чувству даннаго времени. Удержаніе старыхъ, отжившихъ формъ, продолжавшееся въ римской юридической системѣ черезъ долгое время, дало юриспруденціи поводъ къ сравненію съ ними формъ новыхъ. Сравненіе естественно должно было вести къ тому, что пригодность новыхъ учреждений очерчивалась наиболѣе рѣзкимъ образомъ на отжившемъ фонѣ, отталкивавшемъ отъ себя всѣ симпатіи юриста. Субъективному отношенію былъ приданъ объективный характеръ, и естественному разуму приписали произведеніе новыхъ учреждений. Есте-

<sup>97)</sup> *Inst.* 1. 9 *de patria pot.* § 2: *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus (Gaj. I § 35).*

<sup>98)</sup> *Dig.* 47. 2 *de furtis*, fr. 16, см. выше, стр. 255.

ственное обозначало собою близкое къ потребностямъ времени,—новое въ противоположность къ отжившему старому, отнесенному на счетъ гражданского разума (*ratio civilis*). Въра въ первоначальный золотой вѣкъ, когда естественное право не было еще стѣснено проявленіями этого втораго фактора правообразования, заключала въ себѣ средство примирить отсутствіе естественнаго права въ ближайшемъ прошедшемъ съ вѣчностью и первобытностью этого права<sup>99</sup>). Сведеніе новаго права на естественный разумъ удовлетворяло кромѣ того потребности опредѣлить источникъ авторитета новаго права, стоявшаго внѣ области авторитетовъ, открыто признанныхъ за источники права. Въ этомъ отношеніи справедливо мнѣніе Гильденбранда<sup>100</sup>), полагающаго, что въ образованіи общенароднаго права (*jus gentium*) лежало начало пути, приведшаго римскихъ юристовъ къ праву, естественному. Но дальнѣйшая роль, которую Гильденбрандъ приписываетъ естественному разуму въ процессѣ образованія общенароднаго права кажется несогласною съ условіями развитія римской юриспруденціи. Гильденбрандъ думаетъ, что при образованіи *jus gentium* существовала практическая потребность въ изслѣдованіи „природы вещей“, которая должна была послужить основнымъ источникомъ и критеріемъ новыхъ нормъ. „Въ самомъ дѣлѣ“, прибавляетъ названный ученый, „великое событіе образованія *jus gentium* рядомъ съ *jus civile*, — правовой системы, проникнутой единымъ духомъ и наравнѣ съ гражданскимъ правомъ получившей примѣненіе къ Римлянамъ,—это событіе останется непонятнымъ, если мы не примемъ, что оно произошло вслѣдствіе яснаго и

<sup>99</sup>) Dig. 41. 1. *de a. r. d. fr.* 1. Et quia antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est...; Cp. Dig. 1. 1. *de J. et J. fr.* 4 и Dig. 40. 11. *de nat. rest. fr.* 2.

<sup>100</sup>) Hildenbrand, стр. 601—603.

рѣшительнаго признанія новаго праваго принципа въ *naturalis ratio, naturalis aequitas*“. Здѣсь упускается изъ виду прежде всего то обстоятельство, что согласно съ духомъ римской юриспруденціи процессъ творчества новаго права долженъ былъ происходить не дедуктивнымъ, а индуктивнымъ путемъ. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ римскіе юристы приспособлялись къ потребностямъ гражданского быта и оцѣнивали найденный для нихъ юридическій порядокъ, руководясь инстинктивно чувствомъ практической цѣлесообразности, совершенствовавшемся по мѣрѣ возраставшей практики и опытности. Чуткіе въ высшей степени къ конкретнымъ различіямъ и особенностямъ юридическихъ казусовъ, они даже въ лучшее время своей исторіи обнаруживали полное отсутствіе подобной способности по отношенію къ общимъ мотивамъ своихъ рѣшеній. Тѣмъ менѣе основанийъ представляется для ожиданія встрѣтиться съ нею на первыхъ ступеняхъ образованія новой системы. Когда главная часть реформы была уже совершена, и въ юриспруденціи возникло стремленіе отдать себѣ отчетъ въ пройденномъ пути, только тогда могъ потребоваться общій принципъ для теоретическаго оправданія всего сдѣланнаго. Естественный разумъ и естественная справедливость послужили средствомъ къ такому оправданію. Авторитетомъ природы, стоящимъ выше всѣхъ возможныхъ человѣческихъ авторитетовъ, покрывалась произвольная дѣятельность претора, подкопавшагося подъ освященный вѣками сводъ стараго закона и обычая.

Квалификація новыхъ учреждений въ качествѣ естественныхъ выразилась въ случаяхъ, гдѣ римскіе юристы причисляютъ къ естественному праву отдѣльные институты новаго происхожденія, противопоставляя ихъ обыкновенно институтамъ стараго права. Такъ, естественному праву приписывается принципъ когнатства со многими его послѣдствіями (между которыми главнос

мѣсто принадлежитъ наследственному праву когнатовъ), противопоставляемый старому принципу агнатства<sup>101)</sup>; туда же относится опека надъ лицами, недостигшими 25-ти лѣтняго возраста<sup>102)</sup>; туда же принадлежатъ далѣе многія сдѣлки, лишенныя обязательной и торжественной формы, каковы: традиція<sup>103)</sup>, наемъ и купля<sup>104)</sup>, *constitutum*<sup>105)</sup>, вообще *раста*<sup>106)</sup>; вмѣстѣ съ тѣмъ къ естественному праву относятся принципы *bonae fidei* и свободнаго толкованія сдѣлокъ, служащія душою новаго договорнаго права и чуждыя старому Риму<sup>107)</sup>; *exsertio doli mali*<sup>108)</sup>; смягченіе рабства<sup>109)</sup>; вещный искъ жены противъ мужа относительно приданаго<sup>110)</sup>. Исторія свидѣтельствуетъ съ полною очевидностію, что всѣ названныя институты и принципы составляютъ произведеніе извѣстныхъ умственныхъ и соціальныхъ условій, наступившихъ въ Римѣ въ послѣдніе три вѣка республики, и до того времени не были извѣстны юриспруденціи. Ихъ гармонія съ означенными условіями отразилась въ юридическомъ сознаніи въ формѣ признанія ихъ естественности.

Въ этой области естественнаго права надо искать центръ отождествленія понятій о справедливомъ (*aequum*, *aequitas*) съ понятіемъ объ естественномъ (*aequitas naturalis*), слѣды чего въ достаточномъ количествѣ разсѣяны по источникамъ. Какъ замѣчено Фойг-

<sup>101)</sup> Dig. 38. 10 *de grad. fr.* 4 § 2; Gaj. I § 158; Dig. 38. 8 *unde cogn. fr.* 2 и др., см. Voigt, I, прим. 443 и стр. 321; ср. стр. 368.

<sup>102)</sup> Dig. 4. 4 *de minor. fr.* 1 pr.

<sup>103)</sup> Gaj. II § 65.

<sup>104)</sup> Dig. 19. 2 *loc. fr.* 1.

<sup>105)</sup> Dig. 13. 5 *de pec. const. fr.* 1 pr.

<sup>106)</sup> Dig. 2. 14 *de pactis fr.* 1 pr.

<sup>107)</sup> См. у Voigt'a, I, стр. 321—323.

<sup>108)</sup> Dig. 44. 4 *de dol. mal. fr.* 1 § 1.

<sup>109)</sup> См. выше, стр. 281.

<sup>110)</sup> Cod. 5. 12 *de j. dot.* l. 30.

томъ, уже въ возрѣніи Цицерона существовала внутренняя связь между естественнымъ правомъ и справедливостію, обусловленная тѣмъ, что въ *aequitas* нашло свое выраженіе правосозерцаніе римскаго народа, и оно же руководило Цицерономъ при конструкціи *jus naturale*<sup>111)</sup>. Та же связь продолжается у позднѣйшей юриспруденціи. Въ сущности естественное право и справедливость выросли на одной почвѣ; они служатъ различнымъ выраженіемъ одной и той же идеи, характеризуютъ съ различныхъ точекъ зрѣнія одну и ту же область явленій. Субъективная правда, выраженная въ справедливости, становится въ естественномъ правѣ правдою объективною; естественное право объясняетъ справедливость, сводя субъективное чувство на объективную природу вещей<sup>112)</sup>. Объективированіе, какъ скоро оно произошло, допускаетъ примѣненіе атрибута естественности къ такимъ случаямъ, къ которымъ справедливость остается индифферентна<sup>113)</sup>; но тѣмъ не менѣе послѣдняя остается первымъ корнемъ естественнаго права. Это отношеніе выражалось ясно въ греческой философіи<sup>114)</sup>; въ Римѣ оно было закрыто тѣмъ обстоятельствомъ, что *aequitas* была произведеніемъ римской жизни, тогда какъ идея естественнаго права явилась въ Римѣ со стороны уже въ готовомъ видѣ. Согласно съ мнѣніемъ Фойгта, корень римской *aequitas* въ томъ видѣ ея, какъ она является въ новомъ

<sup>111)</sup> Voigt, I, стр. 214 сл.

<sup>112)</sup> Ср. Voigt, I, стр. 316—320.

<sup>113)</sup> Ср. Voigt, I, cit. Сюда относятся случаи констатированія естественнаго факта, логической очевидности, влияния фактическихъ обстоятельствъ, также случаи нижеслѣдующей группы, насколько вообще не въ они основываются на различіяхъ, не совпадающихъ съ противоположною нормъ, признаваемыхъ правовымъ чувствомъ и отрицаемыхъ имъ. Эти различія составляютъ продуктъ самостоятельнаго развитія идеи *jus naturale*, происшедшаго при отысканіи конкретнаго субстрата ея.

<sup>114)</sup> Voigt, I, стр. 318.

римскомъ правѣ, составляетъ понятіе, объединяющее всю совокупность юридическихъ идей новаго происхожденія, получившихъ первоначальное признаніе въ субъективномъ сознаниіи общества и юриспруденціи и проведенныхъ постепенно въ дѣйствующее право. Это было новое правосозерцаніе римскаго народа, особенностями историческаго развитія своего отдѣленное рѣзкою чертою отъ стараго, цивильнаго права <sup>115)</sup>. Сложившись, *aequitas* объективировалась, приняла видъ самобытной силы, связанной съ извѣстнымъ юридическимъ содержаніемъ и имѣвшей абсолютное превосходство надъ прочими факторами правообразованія. Это стремленіе къ объективированію совпало съ другимъ, шедшимъ ему на встрѣчу стремленіемъ, — стремленіемъ наполнить конкретнымъ содержаніемъ абстрактное понятіе *jus naturale*. По самой сущности своей самобытная справедливость стала естественнымъ правомъ.

Слѣдуетъ остерегаться раздѣлить вполне или отчасти ошибку древнихъ юристовъ и приписывать справедливости какое-либо постоянное содержаніе. Съ точки зрѣнія исторіи понятіе естественнаго разума или естественной справедливости есть не болѣе, какъ своеобразная форма, въ которую вылилось выраженіе юридическихъ идей даннаго времени. Но усматривать въ содержаніи этихъ послѣднихъ нѣчто естественное въ римскомъ смыслѣ, значило бы отрицать какую-либо естественность въ учрежденіяхъ квинтской эпохи. Такой ходъ мысли заключалъ бы въ себѣ самое серьезное преступленіе противъ идеи законмѣрнаго развитія. Съ точки зрѣнія этой идеи *jus Quiritium* было такимъ же естественнымъ продуктомъ своего времени, какъ *jus gentium* — своего. Семейный строй, основанный на агнатствѣ, манципация, строгій формализмъ должны были казаться юристу стараго времени столь

<sup>115)</sup> Voigt, I, стр. 11—33.

же необходимыми, каковыми казались юристу классическаго періода противоположныя имъ учрежденія и принципы. Если бы національная замкнутость и формализмъ со всѣми ихъ атрибутами не были въ эпоху своего возникновенія и развитія явленіями, согласными съ понятіями и чувствами, господствовавшими, въ эту эпоху, и съ фактическими обстоятельствами, обуславливавшими общественную жизнь того времени, то они не могли бы совсѣмъ появиться въ исторіи. Правовое чувство древнѣйшихъ юристовъ настолько же должно было способствовать ихъ поддержанію, насколько правовое чувство позднѣйшихъ юристовъ — ихъ паденію. Различіе между старыми и новыми юристами состояло только въ томъ, что первые, не будучи подготовлены къ какому-либо философскому анализу конечныхъ источниковъ права и удовлетворяясь подведеніемъ своихъ рѣшеній подъ высокій для нихъ авторитетъ государственнаго закона, не задавали себѣ вопроса объ естественности продуктовъ своего творчества, тогда какъ вторые выступили съ подобнымъ вопросомъ. Они были подготовлены къ тому своимъ философскимъ образованіемъ и вызваны непосредственно раздвоеніемъ, происшедшимъ въ дѣйствующемъ правѣ, — обыкновеннымъ послѣдствіемъ усложненія гражданскихъ отношеній, когда всѣ части права перестаютъ развиваться равномѣрно, — усложненія, нашедшаго въ этомъ случаѣ поддержку въ консервативномъ настроеніи юридическаго мышленія. Въ формѣ теоретическаго столкновенія естественнаго разума съ разумомъ человѣческимъ отразилась практическая борьба новаго праваго чувства съ устарѣлымъ авторитетомъ старины.

Не смотря на сказанное, въ новой литературѣ настоящаго предмета замѣчается наклонность придать идеямъ естественной справедливости и естественнаго права значеніе самобытныхъ факторовъ образованія права, т. е. приписать имъ силу не производную,

не рефлексивную, которую может и должно имѣть каждое обобщеніе юридическаго матеріала, какъ таковое <sup>116)</sup>, но силу первообразную. Подъ вліяніемъ этого взгляда возражаютъ противъ вышеприведеннаго мнѣнія о сущности справедливости. Замѣчаютъ, что сводить все различіе между правомъ и справедливостью на то, что первое, какъ воплощенное въ извѣстной, разъ навсегда объявленной нормѣ, обладаетъ объективнымъ значеніемъ, вторая же, будучи непосредственною принадлежностью сознанія отдѣльныхъ лицъ или общества, имѣетъ субъективный характеръ, значитъ строить понятіе о справедливости на черезчуръ формальномъ основаніи. Развивая это различіе послѣдовательно придется придти къ заключенію, что самыя суровыя опредѣленія, покуда они составляютъ принадлежность субъективнаго сознанія, входятъ въ составъ справед-

<sup>116)</sup> См. выше, стр. 81; Voigt, I, стр. 234—242, 250 сл., 255—266, 470—474. Идея естественнаго права привела въ сознаніе и развила понятіе о равноправности всѣхъ (свободныхъ) людей, основанное въ *jus gentium*, познакомила римскую мысль съ ученіемъ объ общечеловѣческомъ союзѣ (*societas hominum*) и способствовала постановкѣ въ юриспруденціи основныхъ вопросовъ о правѣ, каковы вопросы объ его природѣ, конечномъ источникѣ, послѣднемъ основаніи, руководящихъ принципахъ, субъектахъ. Вліяніе этой идеи было частью общаго философскаго вліянія. Это послѣднее выразилось въ особенности въ томъ, что направило юриспруденцію къ обобщеніямъ и систематической разработкѣ права и, вообще раскрывъ ей кругозоръ въ области отвлеченій, сообщила ей особую твердость на пути сознательно-самостоятельной разработки права.—Всѣ перечисленные, безспорно важныя стороны вліянія не выходятъ за предѣлы того, что въ текстѣ названо вліяніемъ рефлексивнымъ. Такимъ образомъ въ опредѣленіи брачнаго союза, которое приводится въ примѣрѣ Фойгтомъ (стр. 263 сл.) и которое замѣчательно въ томъ отношеніи, что составлено путемъ непосредственнаго наблюденія надъ жизнью помимо сложившихся юридическихъ понятій и само сдѣлалось источникомъ новыхъ правоопредѣленій, мы должны видѣть плодъ открытаго самостоятельнаго творчества, созданнаго уже въ эпоху образованія *jus gentium* и укрѣпленнаго вышесказанною увѣренностью.

ливости, и, наоборотъ, свободнѣйшія и матеріально справедливейшія положенія, какъ скоро они облеклись въ форму правоопредѣленій, относятся къ строгому праву. Источники римскаго права не подтверждаютъ такого воззрѣнія на справедливость. Они выражаютъ, напротивъ, тотъ взглядъ, что *aequitas* означала обладала самобытнымъ содержаніемъ и новыя правоопредѣленія причислялись къ ней потому, что имѣли ея характеръ. Новое право было *aequitas* не потому, что приходилось по духу времени, но духъ времени принялъ его, потому что оно было *aequitas* <sup>117)</sup>.

Если мы согласимся, вопервыхъ, въ томъ, что подобное объективированіе понятія объ *aequitas* не можетъ согласоваться съ идеею закономѣрнаго историческаго развитія, и, вовторыхъ, въ томъ, что взглядъ самихъ римлянъ на историческую сущность ихъ институтовъ необязателенъ для насъ *eo ipso*, то мы можемъ обойти безъ большихъ разсужденій послѣднюю часть приведеннаго возраженія. Источники римскаго права содержатъ въ себѣ многочисленныя указанія на то, что подъ *aequitas* разумѣлись главнымъ образомъ принципы и институты новаго происхожденія <sup>118)</sup>; а какое теоретическое соотношеніе существовало между ними и понятіемъ *aequitas*, разрѣшеніе этого вопроса имѣетъ значеніе для характеристики римскаго воззрѣнія на предметъ, но не содержитъ въ себѣ отвѣта на вопросъ о дѣйствительномъ историческомъ соотношеніи ихъ. Это послѣднее составляетъ для насъ скрытый историческій фактъ, разъясненіе котораго зависитъ прежде всего отъ нашего общаго понятія о сущности справедливости, выведеннаго на основаніи болѣе точнаго матеріала. Понятіе, заключенное въ воззрѣніи Фойгта, вполне соответствуетъ истинѣ. Признакъ, разграничи-

<sup>117)</sup> Hildenbrand, I, стр. 621—624.

<sup>118)</sup> Ср. Voigt, I, стр. 350.

вающей справедливость и право, не может терять по своей формальности, если имъ обуславливаются все другіе признаки. Справедливость есть субъективное правосозерцаніе въ противоположность объективному праву. Какъ наиболѣе подвижное и растяжимое, субъективное правосозрѣніе измѣняется и формулируется вслѣдъ за движеніемъ гражданской жизни съ большою быстротою и болѣшимъ приближеніемъ къ свойствамъ отдѣльных случаевъ, нежели право. Такимъ образомъ субъективнымъ характеромъ справедливости объясняется между прочимъ релятивный характеръ ея нормъ, ея стремленіе и способность къ индивидуализаціи правоопредѣлений. Опережая право, субъективное правосозрѣніе создаетъ этимъ самымъ стимулъ къ отличенію его отъ объективнаго права, къ обособленію его, подъ именемъ справедливости, отъ права. Отсюда вытекаетъ дальнѣйшее многообразіе отношеній, въ которыхъ можетъ становиться справедливость къ праву, — отъ полного согласія ихъ до полного противорѣчія. Различіемъ поводовъ, ведущихъ къ столкновенію права и справедливости, обуславливается различіе формъ, въ которыхъ выражается протестъ справедливости противъ права. Когда поводъ заключается въ недостаткахъ примѣненія права, тогда справедливость ропщетъ на недостаточное согласованіе судомъ извѣстной нормы съ особенностями даннаго случая; когда же поводъ лежитъ въ недостаткахъ правособразованія, въ отсталости законодательства, тогда справедливость требуетъ приблизить право къ потребностямъ даннаго времени. Нѣтъ сомнѣнія, что съ точки зрѣнія лицъ, желающихъ введенія строгаго права, оно будетъ справедливѣе противоположнаго ему дѣйствующаго права, и вообще можно смѣло утверждать, что лицамъ, заинтересованнымъ въ существованіи какого-либо формальнаго института, этотъ послѣдній всегда будетъ казаться справедливѣе всякаго другаго, болѣе свободнаго института, если только они не

въ состояніи будутъ подняться на ту высоту правосозерцанія, которая дозволила бы имъ стать выше ихъ собственныхъ эгоистическихъ интересовъ <sup>119)</sup>. Входя въ составъ дѣйствующаго права, норма не перестаетъ быть справедливостью, ибо рядомъ съ объективнымъ правомъ всегда существуетъ относительно каждаго его постановленія субъективное правовое чувство; но съ полнымъ внесеніемъ справедливой нормы въ дѣйствующее право исчезаетъ практической интересъ противоположенія права и справедливости, и право не возбуждаетъ со стороны субъективнаго правосозрѣнія никакого протеста. — Слѣдуетъ замѣтить также, что опредѣленіе *aequitas*, которое предлагаютъ взамѣнъ защищаемаго здѣсь воззрѣнія <sup>120)</sup>, въ сущности только повторяетъ это послѣднее, ибо, за исключеніемъ изъ сказаннаго опредѣленія всѣхъ элементовъ, основанныхъ на ложномъ пониманіи естественности, въ немъ не остается ничего болѣе, кромѣ указанія на стремленіе приблизить дѣйствующее право къ потребностямъ даннаго времени.

Выходя изъ предложеннаго понятія о справедливости, служащаго въ данномъ случаѣ основаніемъ болѣе высокой посылки нашего изслѣдованія, мы только тогда получимъ право предполагать, что въ Римѣ справедливость имѣла особенную, ей свойственную природу, когда окажется невозможнымъ согласовать фактической матеріаль источникъ римскаго права съ нашимъ исход-

<sup>119)</sup> Въ этомъ случаѣ я ввожу въ воззрѣніе Фойгта одну существенную поправку. Въ его глазахъ релятивный характеръ справедливости не составляетъ существеннаго атрибута ея. Въ мое же воззрѣніе она входитъ въ качествѣ необходимаго составнаго звена понятія о справедливости. Релятивность въ данномъ случаѣ есть одно изъ проявленій способности стоять къ жизни ближе, нежели право. Въ этой способности заключается, какъ сказано, причина обособленія справедливости отъ права.

<sup>120)</sup> См. Hildenbrand, стр. 624.

нымъ воззрѣнемъ. На видъ онъ представляетъ два затрудненія. Первое состоитъ въ томъ, что мнѣніе, выраженное въ источникахъ относительно факта происхожденія справедливости, противорѣчитъ нашему воззрѣнію. Это затрудненіе устранено выше. Второе кажущееся препятствіе можетъ быть усмотрѣно въ томъ, что справедливости не приписываются исключительно одни институты новаго происхожденія, но рядомъ съ ними упоминаются и другія правовыя учрежденія. Но наше исходное воззрѣніе вовсе не утверждаетъ, что понятіе о справедливости связывается исключительно съ институтами новаго происхожденія въ противоположность старымъ. Противорѣчіе субъективнаго правовоззрѣнія съ объективнымъ правомъ даетъ первый источникъ для образованія самостоятельной идеи справедливости, такъ какъ вызываетъ непосредственно на оцѣнку объективнаго права съ субъективной точки зрѣнія. Но затѣмъ, разъ такая оцѣнка началась, ея область расширяется. Переходъ предписаній справедливости въ дѣйствующее право рождаетъ случаи совпаденія права съ справедливостью. Съ другой стороны къ тому же ведетъ общее сравненіе несправедливыхъ правоопредѣленій съ прочими частями положительнаго права. Примѣненіе оцѣнки съ отрицательною цѣлью, естественно, должно повести къ примѣненію ея съ цѣлями положительными. Правоопредѣленія, согласныя съ субъективнымъ правовоззрѣніемъ, признаются въ противоположность несогласнымъ съ нимъ, справедливыми. Такимъ образомъ слѣдуетъ отличать случаи, представляющіе собою условіе перваго образованія понятія о справедливости, отъ случаевъ дальнѣйшаго распространенія этого понятія. Въ римской юриспруденціи подобное распространеніе его должно было развиваться тѣмъ болѣе, что подобно многимъ другимъ общимъ юридическимъ понятіямъ понятіе о справедливости объективировалось въ правовоззрѣніи римскихъ

юристовъ и приобрѣло вслѣдствіе того самобытное содержаніе. Субстратомъ для такой философской справедливости должны были послужить всѣ правоопредѣленія, которыя чувствовались какъ справедливыя, причѣмъ причина ихъ согласія съ правовымъ чувствомъ была безразлична.

Если всѣ приведенныя соображенія, пополняющія большую посылку силлогизма настоящаго изслѣдованія, не содержатъ въ себѣ ничего невѣроятнаго, то они объясняютъ вполнѣ фактической матеріалъ даннаго вопроса.

Другое мнѣніе, касающееся историческаго значенія ученія объ естественномъ правѣ, раздѣляетъ отчасти ошибки воззрѣнія, сейчасъ разсмотрѣннаго. Принимая, что новыя римскія учрежденія возникли на самостоятельной области общенароднаго права (*jus gentium*), и что лишь позднѣе эта область сдѣлалась субстратомъ для понятія объ естественномъ правѣ, полагаютъ, что, будучи принято въ юридическую систему, оно обнаружило благотворное творческое дѣйствіе, способствовало смягченію рабства и создавъ новый „натуралистическій“ методъ юридическаго мышленія, особенность котораго состоитъ въ томъ, что юридическій вопросъ рѣшается на основаніи природы даннаго субъекта, объекта и отношенія<sup>121)</sup>. Нѣтъ сомнѣнія, что, санкционируя сдѣланное разрушеніе стараго права, естественный разумъ поощрялъ своимъ авторитетомъ также дальнѣйшее движеніе въ томъ же направленіи. Эпитетъ естественный прилагался какъ къ дѣйствующему праву, созданному въ новомъ духѣ, такъ и къ праву еще не реализованному, но желаемому, — праву идеальному. Такимъ образомъ въ естественную область вошло, на примѣръ, стремленіе къ признанію равенства всѣхъ людей. Но и относительно институтовъ, вызванныхъ этимъ

<sup>121)</sup> г. Боголюбовъ, стр. 237—252.



стремленіемъ, сознание естественности ихъ не столько, кажется, создавало, сколько служило къ вѣщему укрѣпленію идеальныхъ стремленій, покрывая ихъ авторитетомъ высшей объективной разумности. Сознание естественности придавало энергію силъ, созданной уже другими источниками, — насколько вообще былъ въ состояніи придать ее теоретической, отвлеченный авторитетъ. Бѣдность фактическаго матеріала, собрать который оказалось въ подтвержденіе творческой силы идеи естественности возможнымъ<sup>122)</sup>, въ сравненіи съ необыкновеннымъ богатствомъ сохранившихся образцовъ юридической казуистики римлянъ и съ громкою торжественностью ихъ заявленій объ естественности гуманныхъ принциповъ, свидѣтельствуетъ явче всего другаго въ пользу того обстоятельства, что идея естественности не была причастна образованію права. Относительно смягченія рабства примѣненіе естественнаго права не шло далѣе примѣненія палліативныхъ средствъ, которыя, въ виду неудовлетворительнаго фактическаго положенія рабовъ, говорятъ, можетъ быть, не столько въ пользу юриспруденціи, сколько во вредъ общественнымъ нравамъ. Что же касается до „натуралистическаго“ метода юридическаго мышленія, то предположеніе о происхожденіи его изъ естественнаго права рѣшительно противорѣчитъ всему, что извѣстно намъ объ историческомъ ходѣ развитія юридическаго мышленія Римлянъ. Качества этого мышленія, столь возвышающія его въ нашихъ глазахъ, сводятся главнымъ образомъ на два существенные пункта. Впервыхъ, римскіе юристы поражаютъ насъ необыкновенною способностью сравненія въ примѣненіи къ юридическимъ отношеніямъ, умѣнемъ замѣчать ихъ различія и сходства и производить ихъ юридическую квалификацію, — другими словами, дѣлать вообще все то, что называется теперь юридическою конструкціею

<sup>122)</sup> См. г. Боголюбовъ, I. с.; ср. Voigt, I, стр. 282—286, 336 сл.

гражданскихъ отношеній. Вовторыхъ, рѣшенія, принадлежащая римской юриспруденціи, дышатъ необыкновеннымъ практическимъ тактомъ, помогавшимъ ей согласовать въ высшей степени цѣлесообразно формальную сторону правоопредѣленій съ ихъ жизненною стороною. Оба эти качества существовали и вырабатывались уже въ старо-римской юриспруденціи. Они прилагались тамъ къ иной сферѣ понятій, нежели познѣе; имъ было далеко до той эластичной утонченности, до которой они возвысились въ періодъ конца республики и имперіи; — они существовали тамъ, такъ сказать, въ принципѣ, выражались въ формахъ грубыхъ и рѣзкихъ, но все-таки существовали и выражались, и, конечно, потому, что и тогда юриспруденція руководилась въ своихъ выводахъ природою лицъ, вещей и отношеній, смотря по тому, какъ она понимала эту природу. Прогрессъ юриспруденціи былъ задержанъ на время, какъ извѣстно, тѣмъ, что ей пришлось нѣсколько долго проработать надъ однимъ матеріаломъ, такъ что выработанный строй понятій и приемовъ успѣлъ на время окостенѣть, и быстрый переворотъ, возникшій въ гражданской и умственной жизни съ началомъ широкихъ завоеваній, засталъ юриспруденцію какъ бы врасплохъ. Это повело сначала къ задержкѣ развитія, а потомъ къ быстрому разрыву съ прошедшимъ, — моменты исторіи римскаго права, столь художественно отразившіяся въ трудахъ Цицерона. Новыя условія, двинувъ впередъ развитіе праваго чувства и вызвавъ новыя потребности, дали новую богатую пищу для изслѣдованія природы лицъ, вещей и отношеній; работа надъ новымъ матеріаломъ усовершенствовала старыя приемы, сообщила имъ высшую тонкость и тягучесть, и когда явились на сцену физическія понятія о природѣ, ея разумѣ и т. п., имъ пришлось только примкнуть тутъ и тамъ въ качествѣ обозначеній къ законченнымъ уже результатамъ труда предшествующихъ столѣтій.

Мѣста, которыя приводятся въ доказательство противоположнаго воззрѣнія <sup>123)</sup>, не содержатъ въ себѣ обыкновенно ничего, кромѣ пользованія терминомъ природы для обозначенія какого-либо фактическаго обстоятельства изъ разряда разсмотрѣнныхъ въ предыдущихъ параграфахъ и, какъ замѣчено выше, уже по своей относительной малочисленности не могутъ служить доказательствомъ тому, что вообще методъ, выраженный въ нихъ, былъ результатомъ непосредственнаго вліянія идеи о природѣ, заимствованной притомъ отъ греческихъ философовъ. Общія, къ тому же неопредѣленные идеи не могутъ своимъ вліяніемъ создавать метода. Онѣ способны пожалуй породить мысль о немъ; ввести же его въ практику и притомъ въ совершенствѣ, въ дѣятельности не одного юриста, а длиннаго ряда цѣлыхъ поколѣній, былъ въ состояніи только продолжительный и упорный опытъ, — и мы не имѣемъ рѣшительно никакихъ данныхъ предполагать, что этотъ опытъ не начался и не былъ совершенъ въ значительныхъ размѣрахъ до времени перваго знакомства римскихъ юристовъ съ ученіемъ объ естественномъ правѣ. Непосредственность, которою дышатъ рѣшенія римской юриспруденціи, замѣчательная цѣлесообразность ихъ въ связи съ полнымъ почти отсутствіемъ правильной мотивировки, указываютъ прямо на практическій, а не на теоретическій источникъ метода. Къ тому же, не содержа въ своемъ абстрактномъ видѣ (въ какомъ она перешла въ римскую юриспруденцію) никакихъ положительныхъ указаній, идея естественнаго права, по существу своему, могла образовать наиболѣе живую часть своего конкретнаго состава только изъ матеріала справедливости (*aequitas*), выработаннаго практикой. Естественное право было поэтому не самобытною силою, а формулою объединившею практику. Юристы

<sup>123)</sup> См. выше, примѣч. 7.

не реализовали идею *jus naturale*, а сводили къ ней практическое право. Можно смѣло утверждать, что если бы развитіе главнаго сокровища, оставленнаго намъ римскою юриспруденціей, — ея метода, зависѣло бы отъ успѣховъ непосредственнаго вліянія на практику идеи естественной справедливости, отличенной, правда, особымъ именемъ, но не приведенной въ полное сознаніе, то мы не имѣли бы предъ собою того дорогаго для насъ римскаго права, которымъ обладаемъ теперь. Подобная идея могла имѣть успѣхъ, только опираясь на соотвѣтствующее умѣнье и искусство; и, если въ дѣйствительности она не была совсѣмъ лишена вліянія <sup>124)</sup>, то такъ произошло отъ того, что, входя въ кругъ римскаго юридическаго кругозора, она нашла тамъ это искусство, воспитанное всѣмъ историческимъ прошедшимъ римской юриспруденціи. — И здѣсь мы еще разъ убѣждаемся въ томъ, что при изслѣдованіи общихъ идей, принадлежавшихъ римской юриспруденціи, слѣдуетъ различать строго между тѣмъ, чѣмъ казались эти идеи самимъ Римлянамъ, и тѣмъ, что были онѣ на самомъ дѣлѣ. Изъ того обстоятельства, что право находилось въ тѣсной связи съ жизнью, не слѣдуетъ непременно того, что общія идеи, которыми думали объяснить право сами творцы его, выражали всегда вѣрнымъ образомъ его свойства. Ученіе объ

<sup>124)</sup> Кромѣ случаевъ непосредственнаго образованія правоопредѣленій подъ вліяніемъ понятія объ естественномъ правѣ, куда относятся смѣненія рабства и т. п., слѣдуетъ обратить вниманіе на такіе случаи, гдѣ дедукція изъ означеннаго понятія служитъ къ разрѣшенію усложненной какого-либо казуса. Примѣръ см. *Dig. 37. 4 de b. p. contra tab. fr. 8 § 7*. По свидѣтельству Ульпіана, Паниніанъ, полагаетъ, что если кто лишаетъ наслѣдства своего эманципированнаго сына, а потомъ усумновитъ его, то лишеніе наслѣдства остается въ своей силѣ, потому что естественныя отношенія должны преобладать надъ искусственными. Мысль юриста здѣсь такова, что сынъ былъ лишенъ наслѣдства въ качествѣ роднаго сына, и это обстоятельство не могло измѣниться авторомъ послѣдующаго усумновленія. Ср. *Dig. eod. fr. 8 § 8* и слѣд.

естественномъ правѣ основывалось на широкомъ обобщеніи, изучая которое мы должны принять всѣ предосторожности, необходимыя при изученіи обобщеній римской юриспруденціи.

## 7.

6. Сущность обоихъ разсмотрѣнныхъ въ двухъ предыдущихъ параграфахъ поводовъ къ отнесенію правоопредѣлений въ разрядъ естественныхъ заключается въ томъ, что наиболее близкое, доступное къ правовому чувству выдѣляется въ юридическомъ сознаніи изъ среды остального и, въ своемъ происхожденіи, объективируется. Оно представляется естественнымъ въ смыслѣ простаго, понятнаго само собою, не требующаго никакихъ объясненій. Противоположное представляетъ все далекое отъ праваго чувства; оно включаетъ въ себя какъ бы нѣкоторое насиліе надъ человѣческой природой, принуждая ее подчиняться „неестественнымъ“ формамъ, и могло произойти только по волѣ человѣка. Старое, отжившее право доставило матеріалъ, пригодный для пополненія этой второй рѣдки юридической системы. Но въ правѣ дѣйствующемъ и притомъ не противорѣчащемъ потребностямъ своего времени, находились опредѣленія, которыя несмотря на продолжительность своего существованія не могли потерять характера искусственности. Сюда принадлежали тѣ всегда необходимые институты, которые, будучи произведеніемъ юридической техники, не бываютъ доступны пониманію одного здраваго практическаго смысла. Было понятно, что они не могли быть даны сами собою, и ихъ появленіе относилось на счетъ *civilis ratio*. Какъ искусственные, они противопоставлялись простымъ, понятнымъ, естественнымъ. Такимъ путемъ образовалась новая группа противоположеній естественнаго гражданского, смыслъ которой былъ основанъ на противоположеніи простаго сложному, техническому. Она отличалась отъ преды-

дущихъ группъ тѣмъ, что источникъ ея образованія заключался не въ свойствахъ внесенныхъ въ нее естественныхъ правоопредѣлений, а въ особенностяхъ принадлежащихъ къ ней гражданскихъ учреждений. — Главный примѣръ этой группы составляетъ общее раздѣленіе способовъ пріобрѣтенія права собственности на естественные и гражданские<sup>125)</sup>. Когда формализмъ сталъ терять въ глазахъ римской юриспруденціи и простая традиція вытѣснила изъ гражданского оборота мандипацію и цессию предъ преторомъ (*cessio in jure*), тогда по историческимъ мотивамъ два послѣдніе способа, какъ отжившіе, были противоположены остальнымъ способамъ. Но затѣмъ сдѣланная классификація, потерявъ свое историческое основаніе, пріобрѣла болѣе абстрактное значеніе и превратилась въ различеніе способовъ искусственныхъ и простыхъ. Тогда съ мандипаціею и цессіею были сближены давность (*usucapio*)<sup>126)</sup> и пріобрѣтеніе собственности по судебному рѣшенію (*adjudicatio*)<sup>127)</sup>; эти способы были также внесены въ отдѣлъ гражданскихъ. Четыре способа принадлежали сюда не потому, что составляли исключительную принадлежность стараго права, а потому, что, по мнѣнію юриста, своею своеобразною формою они были обязаны непосредственно юридическому искусству (*ratio civilis*), тогда какъ форма прочихъ способовъ создавалась въ гражданскомъ оборотѣ какъ-бы сама собою. Она опредѣлялась внѣ всякихъ юридическихъ рамокъ естественнымъ ходомъ вещей и обычнымъ движеніемъ обмѣна. Эта новая фаза въ пониманіи существа гражданскихъ способовъ дала разсматриваемой классификаціи возможность удержаться и тогда, когда отжившія свой вѣкъ

<sup>125)</sup> Gaj. II § 65 слѣд.; Inst. 2. 1 de rer. div. § 11; Dig. 41. 1. de a. r. a. fr. 1 pr.

<sup>126)</sup> Gaj. l. c.; ср. Inst. 2. 6 de usuc. pr.

<sup>127)</sup> Ср. Dig. 41. 1 de a. r. d. fr. 1 pr. съ порядкомъ дальнѣйшаго изложенія.

mancipatio и in j. cessio были выброшены изъ правовой системы.—Подобнымъ же образомъ уничтоженіе обязательства по стипуляціи посредствомъ реального удовлетворенія кредитора (solutio) противопоставляется, въ качествѣ естественнаго способа, уничтоженію обязательства въ торжественной формѣ вопроса и отвѣта (acsertilatio)<sup>128</sup>), удержавшейся, какъ извѣстно, въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ. Это противоположеніе могло имѣть первоначально чисто историческое значеніе; но въ томъ видѣ, какъ мы находимъ его въ источникахъ, оно измѣнило его въ менѣ определенное. Solutio считается здѣсь однородною съ тѣмъ случаемъ, когда исполненіе обязательства дѣлается физически невозможнымъ вслѣдствіе уничтоженія обѣщанной вещи,—случаемъ, который, несомнѣнно, былъ извѣстенъ старому праву; и противоположеніе его акцептиляціи можетъ имѣть только такой же смыслъ, какой принадлежитъ вышеуказанному противоположенію естественныхъ способовъ приобрѣтенія собственности способамъ гражданскимъ.—Историческое же значеніе могло принадлежать первоначально и термину obligatio naturalis, непосредственные слѣды чего остались, можетъ быть, въ причисленіи къ этому разряду нѣкоторыхъ исковыхъ обязательствъ, напримѣръ, займа<sup>129</sup>). Затѣмъ мы встрѣчаемся съ примѣненіемъ этого понятія ко всѣмъ вообще случаямъ, гдѣ существуетъ реальная подкладка обязательства, обогащеніе одного лица на счетъ другаго, но гдѣ по какимъ-либо причинамъ не возникаетъ юридическаго права требовать уплаты. Въ однихъ случаяхъ эти причины заключаются въ томъ, что лица, вступившія въ сдѣлку, не считаются субъектами права; тогда наименованіе обязательства естественнымъ имѣетъ значеніе протеста со стороны справедливости противъ оставшаго, стро-

<sup>128</sup>) Dig. 46. 3 de solut. fr. 107, ep. fr. 49.

<sup>129</sup>) См. Voigt, I, стр. 306, прим. 488.

гаго права и удерживаетъ, слѣдовательно, историческій характеръ. Таковы, напримѣръ, обязательства изъ имущественныхъ отношеній господъ и рабовъ. Въ другихъ случаяхъ къ естественнымъ причисляются обязательства, невыполнимыя по соображеніямъ практическимъ, когда, напримѣръ, обязаннымъ является лицо, давать займы которому запрещено закономъ (sc. Macedonia num), или техническимъ, когда, напримѣръ, по дѣлу состоялось уже несправедливое судебное рѣшеніе, освободившее должника. Въ этихъ послѣднихъ случаяхъ фактическая обстановка дѣла или „естественная“ сторона его вполне соответствуетъ условіямъ существованія обязательства, и оно не существуетъ только благодаря искусственнымъ юридическимъ соображеніямъ. Мы встрѣчаемся здѣсь съ столкновеніемъ интереса, представляемаго общими юридическими нормами, рассчитанными на главную потребность или на главный типъ данныхъ случаевъ, съ противоположными интересами, представляемыми второстепенными потребностями и меньшинствомъ случаевъ. Это столкновеніе сознается субъективнымъ правовозрѣніемъ по поводу отдѣльныхъ случаевъ и отражается въ отвлеченіи „естественной“ стороны дѣла отъ юридической.

Приведенныя шесть формъ, въ которыхъ выступаетъ побужденіе приписывать юридическимъ нормамъ „естественность“, исчерпываютъ всѣ сколько-нибудь замѣчательныя проявленія естественнаго права, переданныя памятникамъ римской юриспруденціи, и могли бы съ успѣхомъ быть примѣнены къ объясненію „естественныхъ“ правоопредѣленій на почвѣ другихъ правъ. Каждая изъ названныхъ формъ обладаетъ въ достаточной степени опредѣленными свойствами, отличающими ее отъ другихъ, смежныхъ съ нею формъ. Но одно и

то же правоопредѣленіе можетъ обладать качествами, которыя дѣлаютъ относительно его умѣстнымъ одновременное проявленіе нѣсколькихъ побужденій. Смотря по обстоятельствамъ, одно изъ нихъ затемняетъ другія, или же онѣ дѣйствуютъ совмѣстно. Такъ, только побужденіе, отнесенное выше къ послѣдней группѣ, могло вызвать приравненіе традиціи съ точки зрѣнія естественности къ другимъ „естественнымъ“ способамъ приобрѣтенія права собственности. Когда же юристу приходится говорить о традиціи отдѣльно отъ другихъ способовъ, онъ мотивируетъ ея естественность соображеніемъ, напоминающимъ ея историческое положеніе въ римскомъ правѣ и, слѣдовательно, принадлежащимъ по вышеприведенному раздѣленію къ пятой группѣ<sup>130)</sup>. По поводу иска, дающаго право требовать обратно уплаченное по неосновательной причинѣ (*indebiti soluti condictio*), юристъ утверждаетъ естественность названнаго иска, прибавляя, что это качество простирается даже до того, что въ составъ требованія входитъ все, что прибавилось къ предмету иска со времени уплаты,—приплодъ, *alluvio*<sup>131)</sup>. Въ приведенномъ опредѣленіи играютъ одновременно роль два основанія естественности. Причисленіе иска къ естественнымъ институтамъ основано на вліяніи справедливости новаго происхожденія; результаты же дальнѣйшаго развитія, составляя въ сущности простой логическій выводъ изъ основнаго принципа даннаго иска, ассоциируются въ представленіи юриста съ случаями естественности, отнесенными выше ко второй группѣ, и кажутся поэтому естественными, что и приписывается вліянію общей естественности института. Такимъ обра-

<sup>130)</sup> Dig. 41. 1 de a. r. d. fr. 9 § 4; Haec quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.

<sup>131)</sup> Dig. 12. 6 de cond. ind. fr. 15 pr.

зомъ здѣсь смѣшиваются несоотвѣтственнымъ образомъ два различныя основанія естественности. Подобное смѣшеніе было возможно вслѣдствіе того, что за рѣдкими исключеніями римскіе юристы вообще не сознавали, какое именно обстоятельство въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вызывало въ ихъ правовоззрѣніи представленіе объ естественности правоопредѣленія. Отсюда вытекала дальнѣйшая неразборчивость при группировкѣ матеріала естественнаго права. Институты и нормы, признанные естественными по различнымъ побужденіямъ, соединились безъ дальнѣйшихъ разсужденій въ одну общую группу и противопоставлялись другимъ институтамъ и нормамъ, которыя составляли противоположность первымъ только съ различныхъ точек зрѣнія по отношенію къ каждому изъ нихъ. Такъ, на примѣръ, Гай утверждаетъ: если обѣщанное нами таково, что не можетъ быть выполнено, то по естественному разуму обѣщаніе недѣйствительно, какъ, на примѣръ, когда мы обѣщаемся дать свободнаго человѣка или же человѣка, уже умершаго<sup>132)</sup>. Въ первомъ примѣрѣ, названномъ Гаемъ, мы имѣемъ дѣло съ юридическою невозможностью, составляющею очевидный логическій выводъ изъ юридическаго понятія о свободѣ; во второмъ же—съ констатированіемъ естественнаго факта.

Подобные случаи, равно какъ большое разнообразіе побужденій, порождавшихъ признаніе естественности правоопредѣленій, и отсутствіе полной и всесторонней разработки хотя бы одной группы естественныхъ правоопредѣленій,—напротивъ, случайный характеръ, преобладающій въ составѣ всего вообще естественнаго права, свидѣлствуютъ, что, реализируя идею естественнаго права, римскіе юристы не руководились никакимъ строго—опредѣленнымъ стремленіемъ. Они не имѣли въ виду выдвинуть впередъ какія-нибудь опредѣ-

<sup>132)</sup> Dig. 44. 7 de O. et A. fr. 1 § 9.

ленные, объективные свойства „естественных“ нормъ, но находились подъ исключительнымъ влияніемъ своего личнаго отношенія къ этимъ послѣднимъ, — отношенія, которое объективировалось въ ихъ правовоззрѣніи какъ нѣкоторое общее качество нормъ безотносительно къ дѣйствительнымъ ихъ свойствамъ, породившимъ его миражъ. Потому ученіе объ естественномъ правѣ можетъ сохранить единство только съ точки зрѣнія субъективнаго правоваго чувства того времени. При объективномъ же освѣщеніи его, оно теряетъ это качество и оказывается собраніемъ весьма разнородныхъ и неполно разработанныхъ частей. Внутреннія противорѣчія составляютъ неизбѣжное явленіе при томъ способѣ работы, котораго держалась римская юриспруденція, реализируя естественное право, — вслѣдствіе чего въ вышеприведенномъ очеркѣ и былъ опущенъ разборъ принадлежащихъ сюда противорѣчій, занимающихъ обыкновенно, въ интересахъ ихъ примиренія или рациональнаго объясненія, многихъ изслѣдователей римскаго *jus naturale*. При точкѣ зрѣнія на предметъ, которая была предложена на предыдущихъ страницахъ, существованіе противорѣчій въ означенномъ ученіи только подтверждаетъ ея справедливость.

Изъ сказаннаго вытекаетъ также другое, весьма важное для изслѣдованія римскаго естественнаго права указаніе. Сущность естественности каждаго отдѣльнаго случая, подведеннаго подъ эту рубрику, не опредѣляется содержаніемъ самого понятія объ „естественномъ“, потому что это понятіе не имѣетъ никакого опредѣленнаго содержанія. Въ свойствахъ самого случая, приблизившихъ его особеннымъ образомъ къ правовому чувству юриста, слѣдуетъ искать разгадку его естественности. Встрѣчая рядъ случаевъ, причисленныхъ къ естественной категоріи, мы не имѣемъ никакого основанія предполагать, что ихъ причисленіе было совершенно подъ влияніемъ одного и того же побуж-

денія, хотя бы всѣ они принадлежали къ области одного института. Мы не имѣемъ никакого основанія искать, во что бы то ни стало, объясненіе, равно приложимое ко всѣмъ случаямъ. Изслѣдованіе должно состоять въ послѣдовательномъ объясненіи каждаго случая въ отдѣльности, и результатъ его покажетъ, насколько они подчиняются общему объясненію. Такимъ образомъ изслѣдованіе значенія естественныхъ способовъ приобрѣтенія права собственности открываетъ возможность одинаковаго объясненія каждаго изъ нихъ. Напротивъ, случаи, подведенные подъ рубрику *obligatio naturalis*, не представляютъ, какъ указано выше, полнаго единства. Какъ другой примѣръ въ томъ же родѣ, слѣдуетъ назвать случаи, соединенные общимъ именемъ *possessio naturalis* въ противоположность *p. civilis*.

Извѣстно, что вопросъ о смыслѣ, принадлежавшемъ раздѣленію владѣнія на два вида, — *p. civilis* и *p. naturalis*, составляетъ одинъ изъ наиболѣе спорныхъ вопросовъ догмы римскаго права<sup>133)</sup>. Нѣсколько неудачныхъ попытокъ были сдѣланы съ цѣлью раскрыть означенный смыслъ и возбудили подъ конецъ сомнѣніе въ самой возможности найти его при тѣхъ условіяхъ, которыми обставлено это дѣло источниками. Подобное сомнѣніе заслуживало бы полной похвалы, если бы въ данномъ случаѣ дѣло дѣйствительно должно было идти объ опредѣленіи общаго положенія на основаніи многихъ казуальныхъ разрѣшеній, сохранившихся въ источникахъ. Но по свойству настоящаго случая такое направленіе вопроса представляется совершенно неправильнымъ. Такъ какъ противоположность *jus civile* и *jus naturale* не имѣетъ одного объективнаго зна-

133) Последнее, весьма опредѣленное обозрѣніе этой контрверзы см. у Meischneider'a, *Besitz, und Besitzschutz*, 1876, стр. 77—81; ср. Randa, *Der Besitz nach österreichischem, 1876 Rechte*, стр. 51, примѣч. 6.

ченія, такъ что согласно съ сказаннымъ выше не существуетъ никакого априорнаго основанія предполагать, чтобы правоотношенія, подведенныя подъ понятіе *p. civilis*, или *p. naturalis*, были относительно этого пункта въ чемъ-либо непременно однородны, то правильный путь долженъ заключаться въ разборѣ каждаго правоотношенія въ отдѣльности.

Въ двухъ мѣстахъ источниковъ говорится о рабѣ, что онъ, не владѣя вещью цивильнымъ образомъ, обладаетъ или владѣетъ ею естественно <sup>134)</sup>. Здѣсь „естественное“ владѣніе объясняется безъ затрудненія такимъ же образомъ, какъ вообще всѣ „естественныя“ права рабовъ. Противоположеніе естественнаго цивильному указываетъ прямо на то, что хотя по праву рабъ не имѣетъ владѣнія, однако справедливость не можетъ не признать, что отношеніе раба къ вещамъ само по себѣ ничѣмъ не отличается отъ отношенія къ вещамъ свободныхъ людей. *Possessio naturalis* рабовъ совершенно однородно съ ихъ *obligatio naturalis* <sup>135)</sup>. Далѣе, въ двухъ мѣстахъ подъ *p. naturalis* разумѣются: обладаніе вещами, принятыми на сохраненіе или взятыми въ ссуду, обладаніе колона и наконецъ владѣльца сложной вещи относительно части ея, ему не принадлежащей <sup>136)</sup>, т. е. вообще обладаніе, незащищенное владѣльческими индиктами, извѣстное въ современной догмѣ подъ именемъ detenціи <sup>137)</sup>. Здѣсь противоположеніе цивильнаго и естественнаго основано на двойственности значенія слова *possessio*, какъ юридическаго термина и какъ

<sup>134)</sup> Dig. 41. 2. *de a. v. a. p. fr.* 24; Dig. 45. 1 *de v. o. fr.* 38 §§ 7. 8

<sup>135)</sup> Ср. Voigt. IV, стр. 9 и 10, примѣч. 21 и 22.

<sup>136)</sup> Dig. 41. 5. *pro herede fr.* 2 § 1; Dig. 10. 4 *ad exhib. fr.* 7 § 1; ср. Dig. 41. 2 *de a. v. a. p. fr.* 15.

<sup>137)</sup> Детенцію не слѣдуетъ смѣшивать съ *p. naturalis* рабовъ, такъ какъ detenція имѣетъ нѣкоторую юридическую защиту; ср. выше, стр. 137, примѣч. 20.

обыденнаго слова, и выражаетъ собою противоположеніе искусственнаго (юридическаго) простому, общепонятному. Съ точки зрѣнія обыденнаго воззрѣнія владѣніе есть вообще каждое фактическое обладаніе вещами. Встрѣчаемое въ правѣ ограниченіе этого понятія извѣстными признаками не вытекаетъ изъ него логически („естественно“), но образовалось на основаніи специальныхъ юридическихъ соображеній. Если бы римскіе юристы выработали два различные термина для обозначенія права владѣнія и владѣнія въ обыденномъ смыслѣ, и сумѣли бы строго держаться ихъ, то въ ихъ языкѣ не проникло бы разсматриваемое здѣсь сопоставленіе. Но за неимѣніемъ особыхъ терминовъ употребляя слово *possessio*, гдѣ было надобно, и въ обыденномъ смыслѣ, они отмѣчали его соответствующимъ опредѣленіемъ. Выраженіе *possessio naturalis* указывало на владѣніе въ томъ значеніи, какое придавалъ ему простой здравый смыслъ безъ всякой юридической специализаціи, и употреблялось вообще какъ противоположность юридически квалифицированнаго обладанія, какова собственность <sup>138)</sup> или владѣніе въ техническомъ смыслѣ <sup>139)</sup>. Затѣмъ остаются еще три мѣста, содержащія противоположеніе *p. naturalis* и *p. civilis* въ примѣненіи къ двумъ случаямъ. Обладаніе жены вещами, подаренными ей мужемъ <sup>140)</sup>, и обладаніе залогодержателя вещами заложенными <sup>141)</sup> исключаются изъ области цивильнаго и включаются въ область естественнаго владѣнія. Общая черта этихъ двухъ случаевъ въ отличіе

<sup>138)</sup> Dig. 41. 2. *de a. v. a. p. fr.* 1 § 1: *Dominiumque rerum ex naturali possessione coeipisse...*

<sup>139)</sup> Какъ извѣстно, юридическое владѣніе называется часто просто *possessio*, противопологаясь *p. naturalis*, см., напр., Dig. 42. 2 *de a. v. a. p. fr.* 3 § 3.

<sup>140)</sup> Dig. 43. 16 *de vi fr.* 1 §§ 9, 10; Dig. 24. 1 *de don. i. v. e. u. fr.* 26 pr.

<sup>141)</sup> Dig. 10. 4 *ad exhib. fr.* 3 § 15.



отъ предыдущихъ состоитъ въ томъ, что они относятся къ сферѣ юридическаго владѣнія, т. е. владѣнія, защищеннаго интердиктами. Такимъ образомъ существовало нѣкоторое понятіе объ естественности владѣнія, примѣнимое внутри этой сферы, но не ко всѣмъ случаямъ ея. Нѣтъ нужды предполагать, что оно было одинаковаго происхожденія въ обоихъ названныхъ случаяхъ, но такъ какъ сюда непримѣнима ни одна изъ предложенныхъ выше формъ, и никакое новое объясненіе не вытекаетъ изъ того, что извѣстно о юридической природѣ данныхъ случаевъ, то приходится отказаться отъ объясненія источника ихъ естественности.

Спеціальныя изслѣдованія, посвященныя *jus naturale*, ограничивались обыкновенно опредѣленіемъ того положенія, которое принадлежало ученію объ естественномъ правѣ въ системѣ римскаго правовоззрѣнія. Съ большою или меньшею удачею они возстановляли взгляды отдѣльныхъ юристовъ на этотъ предметъ и соотношеніе этихъ взглядовъ, опредѣляли историческое отношеніе *jus naturale* къ *jus gentium* и къ господствовавшему въ Римѣ философскимъ понятіямъ о правѣ, пытались объяснить частью теоретическими, частью практическими побужденіями наклонность римскихъ юристовъ къ ученію о *jus naturale* и наконецъ изслѣдовали результаты, приобретенныя отъ реализаціи этого ученія; но, за исключеніемъ одного труда, эти изслѣдованія не пытались серіознымъ образомъ опредѣлить ближе качество самого процесса реализаціи, вопросъ о чемъ представляетъ наиболѣе интереса съ точки зрѣнія общихъ научныхъ вопросовъ теоріи гражданскаго права. Въ трудѣ Лейста <sup>112)</sup> мы находимъ попытку

<sup>112)</sup> Leist, *Civilistische Studien*, I (1854), II (1855), III (1859) и допол. (1860), IV (1877), каждая часть подъ особымъ заглавіемъ, именно: 1) *Ueber die dogm. Analyse röm. Rechtsinstitute*; 2) *Das erlaubte ungerufene*

разрѣшить этотъ вопросъ. Однако по своимъ свойствамъ эта попытка можетъ служить не столько пособіемъ, сколько матеріаломъ, въ дополненіе къ матеріалу, представляемому римскими источниками. Не довольствуясь формально-логическимъ методомъ, господствовавшимъ въ нѣмецкой догмѣ, Лейстъ чувствовалъ, что за словесными догматическими формулами должна стоять жизнь, которая руководитъ ими. Отыскивая этотъ жизненный элементъ гражданскаго права, Лейстъ не сумѣлъ отдѣлать ясною чертою субъективные и объективные элементы своего правовоззрѣнія и призналъ жизненный элементъ гражданскаго права непосредственно воплощеннымъ въ тѣхъ правоопредѣленіяхъ, зависимость которыхъ отъ условій потребностей гражданской жизни выдавалась почему-либо съ наибольшею рѣзкостью. Этимъ „естественнымъ“ опредѣленіемъ (*Natursätze*) были противоположены чисто юридическія опредѣленія, отличавшіяся произвольнымъ характеромъ. Такимъ образомъ Лейстъ впалъ въ заблужденіе, однородное съ заблужденіемъ римскихъ юристовъ. Въ ученіи этихъ послѣднихъ о *jus naturale* онъ усмотрѣлъ отраженіе своего воззрѣнія, которое и подкрѣпилъ ссылкой на ихъ авторитетъ.

Предложенное въ настоящемъ очеркѣ, въ связи съ сказаннымъ въ другихъ мѣстахъ этого сочиненія, даетъ право противопоставить всѣмъ подобнымъ заблужденіямъ слѣдующее утвержденіе: все гражданское право естественно въ томъ смыслѣ, что каждое отдѣльное опредѣленіе его образуется, какъ историческое явленіе, закономѣрнымъ взаимодействіемъ условій образованія гражданскаго пра-

*Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten*; 3) *Ueber die Natur des Eigenthums*, и дополн. къ этому сочиненію: *Naturalis ratio und Natur der Sache*; и 4) сочиненіе, цитованное выше въ примѣч. 1.

ва,—свойствъ чловѣка (его потребностей и способностей), общественнаго организма и внѣшней обстановки ихъ дѣятельности; но ни одно изъ опредѣленій права не естественно въ смыслѣ опредѣленія, дарованнаго самою природою помимо усилій мысли и дѣла людей.

#### IV.

#### Предметъ дальнѣйшаго изслѣдованія.

Отказываясь отъ объективированія историческаго процесса образованія (гражданскаго) права, слѣдуетъ обратиться къ изученію той дѣйствительной, живой силы, которая производитъ право въ исторіи. Такою силою является дѣятельность отдѣльныхъ лицъ, какъ членовъ общества. Изученіе этой дѣятельности составитъ задачу дальнѣйшаго изслѣдованія.

Оно должно опредѣлить формы ея проявленія и законы, ею управляющіе, т. е. отношеніе помянутыхъ формъ между собою, къ условіямъ ихъ возникновенія и развитія и къ послѣдствіямъ ихъ.

Съ выполненіемъ этой задачи будетъ осуществлена первая, сравнительно болѣе легкая часть ученія объ образованіи гражданскаго права. Научное значеніе ея выводовъ должно заключаться главнымъ образомъ въ разоблаченіи дѣйствительнаго историческаго источника права. Практическое значеніе этихъ выводовъ должно состоять въ критической оцѣнкѣ ученія о раздѣленіи властей въ примѣненіи къ гражданскому правосудію. Раціональное въ смыслѣ раздѣленія органовъ различныхъ властей, это ученіе пераціонально въ смыслѣ проведенія рѣзкой границы между функціями гражданскаго суда и функціями прочихъ государственныхъ органовъ.

Труднѣйшая, вторая часть теоріи правообразованія должна опредѣлить происхожденіе самого содержанія гражданскаго правопорядка.