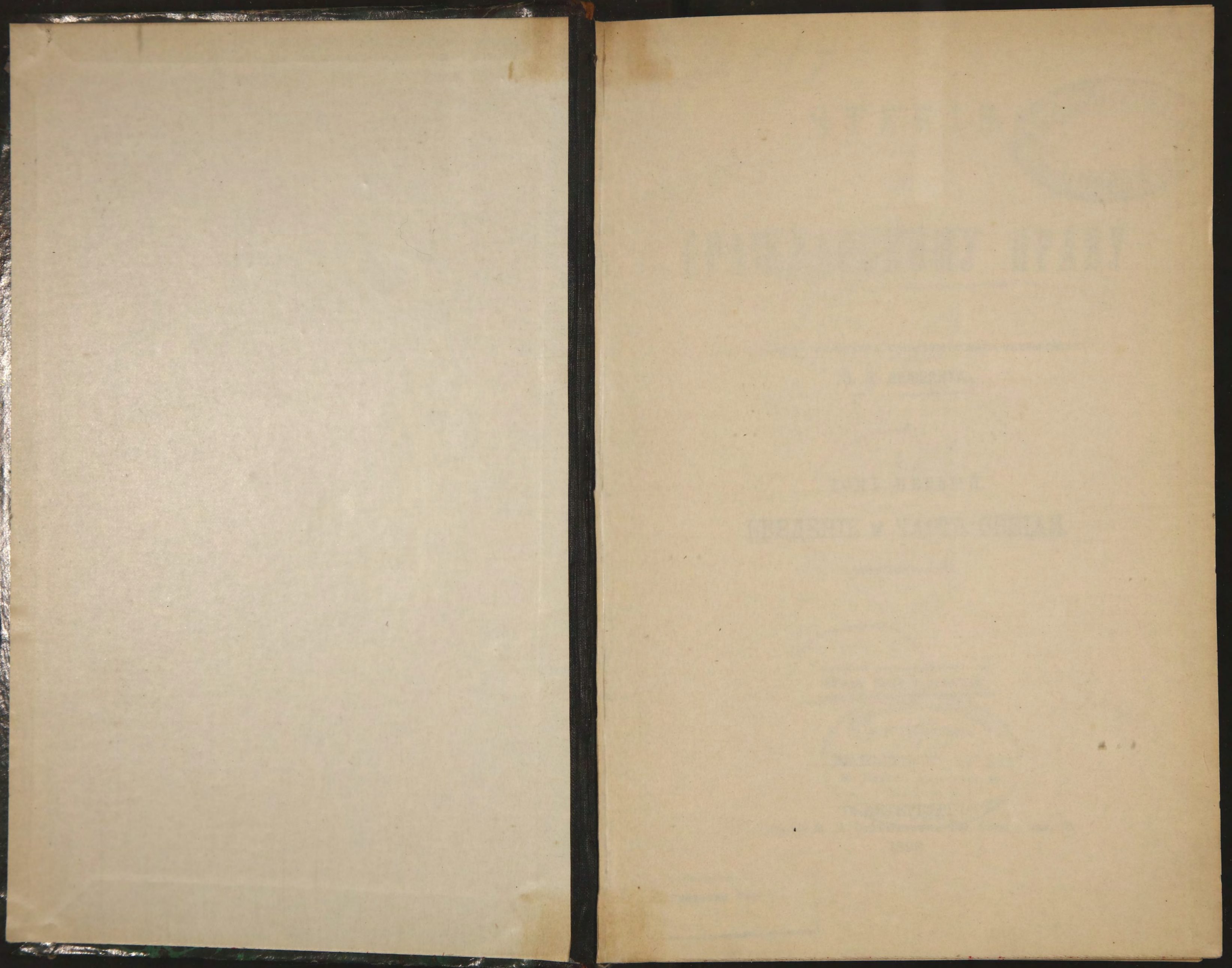


12814.

7A

RH

LIBRARY



12814.

ЧТЕНІЯ

19828.

ПО



ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

Н. Л. ДЮВЕРНУА.

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

ВВЕДЕНІЕ и ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

(выпускъ I-й).

3-е изданіе.



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

1898.

БИБЛИОТЕКА ИМ. ССР

К



2620

77266

Ч Т Е Н І Я

ПО



ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

Н. Л. ДЮВЕРНУА.

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

ВВЕДЕНІЕ И ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

(выпускъ II-й).

3-Е ИЗДАНИЕ.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

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

1898.



Р Т Е Н И Р

по

ТРАЖДАНСКОМУ ПРАВА

ОПРАВДАНИЕ ПРОСВЕЩЕНАГО С. ИМПЕРАТОРА ТИМОФЕЯ



2651

ВРЕДЕНИЕ И ПОСЛЕДСТВИЯ

(выпуск II-й).

3-е издание

С. ИМПЕРАТОРА

Типография М. И. СТАСЮЛЕВИЧА, Нев. Ог. 5. Л. Н. 28

1898



ОГЛАВЛЕНІЕ.

ВВЕДЕНІЕ.

	СТР.
§ 1. Предварительное объясненіе. — Современное состояніе кодифицированнаго гражданскаго права на Западѣ и у насъ. — Возрастающая трудность практическаго изученія новыхъ системъ. — Наша задача. — Два кардинальныя начала, лежащія въ основѣ мѣстныхъ кодексовъ и соотвѣтствующія имъ дисциплины	1
§ 2. Кардинальное различіе направленія цивилистической литературы XIX столѣтія въ Германіи и во Франціи. — Вліяніе нѣмецкой литературы на нашихъ юристовъ. — Историческій методъ въ юриспруденціи. — Природа права. — Мысли Савиньи по вопросу о кодификаціи. — Переворотъ 1848 г. — Программа новаго журнала для догматики современнаго права. — „Цѣль въ правѣ“. — Оцѣнка „новыхъ“ идей въ нѣмецкой литературѣ. — Оппортунизмъ. — Право и техника юридическая	13
§ 3. Публичное и частное право. — Ульцианъ. — Группировка взглядовъ въ нѣмецкой литературѣ. — Гегельянцы. — Латинскія категоріи на новой почвѣ. — Ausstossungsprocess. — Замѣна воли интересомъ. — Планы К. Д. Кавелина. — Августъ Тонъ. — Искъ и лѣкарство. — Подвижность границы	31
§ 4. Право общее и особенное (мѣстное). — Количественное отношеніе юридич. нормъ того и другого рода. — А. Формальная сторона явленія. — Право общее и сходное. — В. Матеріальная сторона вопроса. — Мысли Пухты. — Условіе, содѣйствующее количественному развитію нормъ общихъ. — Неодинаковая способность цивильныхъ институтовъ къ правообщенію. — I міръ античный; наблюденія подтверждающія указанную закономерность. — II міръ новый: 1) Франція, условія развитія правообщенія; 2) Германія, черты различія; 3) наблюденія въ области частнаго международнаго права. . . .	60
§ 5. Рецепція римскаго права на Западѣ. — Универсальный характеръ явленія. — Итальянскіе университеты. — Общеніе націй. — Отношеніе итальянскихъ учителей къ римскому праву. — Общія причины рецепціи. — Вѣрованія. — Проповѣдь. — Вопросъ о формальной основѣ рецепціи. — Рецeпція во Франціи. — Историческая школа. — Raison écrite. — Упадокъ. — Германскіе университеты. — „Национальный“ протестъ. — Встрѣчныя рецепціи теченія. — Подавляющее дѣйствіе на національные институты. — Скудость общаго права своего. — Предстоящая общая отмѣна формальнаго авторитета латинскихъ текстовъ.	101

§ 6. Понятіе кодификаціи.—Кризисы въ историческомъ процессѣ пражворазвитія.—Выходъ нормальный и насильственный.—Code civil.—Кодификація въ нѣмецкихъ земляхъ въ XVI в.—Codex maximilianus bavaricus.—Кодификаціонная программа въ Пруссіи.—Прусскій Landrecht.—Оцѣнка его въ прежнее время.—Система Ландрехта.—Образцы регламентаціи.—Австрійскій кодексъ.—Продолжительное затишье.—Военные успѣхи.—Расширеніе имперской компетенціи на всю область гражданскаго права. — Первое чтеніе.—Недовольство критики. — Второе чтеніе. Bürgerliches Gesetzbuch 18 августа 1896 г. и Einführungsgesetz.—Измѣненный планъ преподаванія	стр. 125
§ 7. Параллелизмъ общихъ признаковъ культуры права на западѣ и у насъ	176
А. Бытовая рознь и признаки личной или племенной системы въ исторіи нашего права. — Черты прошлаго въ современномъ правѣ.—Сходство и общность права.	177
В. Разныя формы договорнаго общенія въ старомъ правѣ.—Традиція права обычнаго, особенно облеченнаго въ письменную форму.	179
С. Вліяніе церкви на расширеніе правообщенія. — Традиція римскаго права на востокѣ. — Внутренніе признаки византійской системы права.—Строеніе институтовъ частнаго права.—Реципированные сборники.—Измѣненіе внутреннихъ основъ правосознанія.—Результаты	180
D. Территоріальное начало въ нашемъ правѣ. — Волости вольныя.—Раннее развитіе общности правосознанія въ связи съ обособленіемъ права публичнаго и частнаго. — Признаки этого явленія въ вольныхъ волостяхъ. — Дальнѣйшая судьба. — Литовскій статутъ.—Техника.—Смѣшеніе права публичнаго и частнаго.—Общая характеристика.	187
Е. Московская централизація. — Поглощеніе публичнымъ правомъ элементовъ права частнаго.—Оцѣнка чести въ Уложеніи.—Взаимоборотность недвижимостей по указу 1714 г.	201
F. Дѣла челобитчиковъ и общенародныя.—Безразличіе процессуальныхъ формъ	207
G. Преобладаніе партикуляризовъ.—Жажда нормъ.—Ресурсы со стороны. — Отечественныя школы юриспруденціи. — Разбродъ указовъ и попытки Сводовъ.—Сперанскій.—Общій сводъ и общее право	212
H. Обособленіе права публичнаго и частнаго въ эпоху Великихъ реформъ.—Судебные уставы.	222
I. Специализація знаній.—Задача университетскаго преподаванія.	228

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

§ 8. Общее русское гражданское право. — Содержаніе общей части.—Ученіе о нормахъ.—Систематика юридическихъ явленій	239
--	-----

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Ученіе о лицѣ.

§ 9. Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ. — Личный обмѣнъ въ латинской цивильной системѣ.—Широкое примѣненіе понятія личности.—Соціально-юридическая цѣль.—Интересъ индивидуальный и соціальныи въ строеніи нѣкоторыхъ институтовъ.—Сочетаніе и	
--	--

отношеніе къ своимъ бытовымъ даннымъ.—Инокентій IV.— <i>Воля</i>	стр.
коллегій?— <i>Persona ficta</i> и совпадающія линіи классической и но-	
вой конструкціи.—Несоотвѣтствіе теоретическаго построенія міро-	
воззрѣнію эпохи.—Конструкція Бартола.—Вмѣненіе.—Есть ли въ	
этой конструкціи нѣмецкая національная основа?	384
§ 15. Группировка современныхъ ученій о юридическомъ лицѣ.—Опыты	
<i>замѣны</i> латинской <i>universitas</i> такъ назыв. корпораціей герман-	
скаго типа.—Связь съ общимъ планомъ обезразличенія публичнаго	
и частнаго права.—Безелеръ.—Безразличіе эпохъ происхожденія	
союзовъ въ конструкціи Гирке.—Совпаденіе съ ученіемъ Бартола.	399
§ 16. Анализъ отдѣльныхъ моментовъ строенія юридическаго лица.—	
<i>I. Возникновеніе корпораціи.</i>	407
§ 17. <i>II. Юридическія отношенія корпораціи.</i> —Абстрактный характеръ	
латинской <i>universitas</i> и „жизненность“ нѣмецкой <i>Gesammperson</i> .—	
Откуда явились фикціи?—Реальный характеръ строенія латинской	
<i>universitas</i> .—Причина неясности для насъ матеріальной стороны	
отношеній.—Попытка германистовъ опредѣлить свойства отношеній	
въ корпораціи нѣмецкаго типа юридическимъ методомъ.—Без-	
успѣшность	414
§ 18. Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе).—Не римскіе	
союзные типы въ новомъ правѣ.—Признаки ихъ строенія	426
§ 19. Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе).—Конкретные	
союзные типы новаго права.—Союзныя формы личныя во Франціи.—	
Приноровленіе ихъ строенія къ нарождающимся требованіямъ вре-	
мени.— <i>Personnalité restreinte</i> въ договорѣ товарищества по <i>Code</i>	
<i>civil</i> .—Личные союзы по <i>Code de commerce</i> , ихъ виды.—Даль-	
нѣйшая потребность личнаго обособленія союзовъ.— <i>Sociétés à ca-</i>	
<i>pital variable</i> по закону 24 іюня 67 г.—Примѣненіе къ разнымъ	
союзнымъ типамъ.—Дальнѣйшія попытки дать примѣненіе свой-	
ства личности союзамъ чисто договорнаго характера	436
§ 20. Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе).—Австрія.—	
Пруссія.—Германія.—Горнозаводское товарищество въ особен-	
ности.—Попытки нѣмецкихъ юристовъ найти <i>внутренніе признаки</i>	
для распознаванія обособленной союзной личности.—Лабандъ.—Воз-	
моженъ ли здѣсь неизмѣнный критерій?— <i>Mittelfiguren</i> .—Образцы	
строенія новыхъ союзно-личныхъ формъ въ современномъ нѣмец-	
комъ правѣ	467
§ 21. <i>III. Дѣеспособность юридическаго лица.</i> —Формализмъ воли въ	
строеніи юридической сдѣлки.—Выходъ изъ трудностей въ класси-	
ческую эпоху.—Способность къ деликту.—Савиньи.—Видоизмѣ-	
ненія въ понятіи вмѣненія. Отсутствіе внутренняго критерія ви-	
новности. Результаты въ современныхъ системахъ. Отвѣтствен-	
ность союзовъ.—Конструкція Гирке.—Нѣмецкій кодексъ.— <i>IV. Пре-</i>	
<i>кращеніе юридическаго лица.</i> —Судьба имущества	499
§ 22. Союзная правоспособность въ русскомъ правѣ.—Юридическія	
лица публичнаго типа.—Гражданская правоспособность церкви и	
церковныхъ установленій	516
§ 23. Союзная правоспособность въ русскомъ правѣ (продолженіе).—	
Гражданская правоспособность союзовъ частныхъ.—Старинныя	
союзныя формы.—Признаки вмѣненія внѣшняго въ старомъ правѣ	
и отвѣтственность союза за дѣйствія и деликты членовъ.—Упадокъ	
союзнаго духа въ эпоху крѣпостнаго права.—Артели.—Образцы	
самобытныхъ союзныхъ формъ.—Общество владѣльцевъ гостиннаго	
двора въ Ирбити.—Общество владѣльцевъ торговыхъ помѣщеній	

въ Петербургѣ и Москвѣ.—Образцы ссудо-сберегательныхъ и промышленныхъ союзовъ въ нашемъ правѣ.—Скудость нормъ въ нашемъ гражданскомъ кодексѣ.

стр.
526

ОТДѢЛЕНИЕ ВТОРОЕ.

Ученіе о вещахъ.

- § 24. Вещи въ культурно-историческомъ процессѣ.—Особенности латинскаго и современнаго права въ строеніи понятія вещи.—Терминологія въ разныя эпохи римскаго права, въ западныхъ системахъ и въ русскомъ правѣ, старомъ, и въ дѣйствующемъ законодательствѣ.—Имущество и его составъ.—Вещи и правоотношенія.—Имущество въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ. 548
- § 25. Различіе правоспособности (пассивной) вещей.—Общій историческій процессъ расширенія круга объектовъ частнаго обладанія и ихъ оборотоспособности.—Соотвѣтствіе расширенію право и дѣеспособности лицъ.—Особыя условія эманципации и мобилизации вещей.—Комплексы вещей новаго типа. 557
- § 26. Неодинаковая способность „вещей“ быть предметомъ частнаго права и гражданскаго оборота.—*Вещи общія по ихъ природѣ*.—Море, морскіе берега.—Имущества, принадлежащія къ составу государственныхъ въ т. X ч. 1.—Юридическія различія, установленныя французскимъ кодексомъ въ этомъ составѣ имуществъ.—Сооруженія и промыслы.—*Изъятія изъ гражданскаго обладанія по легальнымъ основаніямъ*.—А. Право свѣтское.—Недостатокъ юридической квалификаціи разныхъ видовъ имуществъ общественныхъ въ т. X. ч. 1.—*Biens communaux publics et privés* у французовъ и въ нашемъ законодательствѣ.—Юридическая природа имуществъ, предназначенныхъ для общаго пользованія.—Контроверзы въ нѣмецкой юридической литературѣ.—Выходъ изъ трудной проблемы.—В. Право церковное: I. *Res ecclesiasticae*. II. *Res sanctae, benedictae* и проч. въ современномъ правѣ.—Отдѣльные виды ограниченной экстракоммерціальности въ современныхъ системахъ. 555
- § 27. Главнѣйшія категоріи вещей способныхъ быть предметомъ гражданскаго правообладанія и цивильнаго обмѣна.—Вещи движимыя и недвижимыя.—Расчлененіе понятія недвижимости во французскомъ кодексѣ.—Движимыя вещи въ *Code civ.* и у насъ.—Экономическое и юридическое взаимоотношеніе того и другого вида имуществъ въ процессѣ историческомъ и въ современныхъ законодательствахъ. 577
- § 28. Дальнѣйшее дѣленіе вещей въ дѣйствующей системѣ.—Понятіе принадлежности.—Крайнее развитіе этого понятія и источники его широкаго примѣненія въ нашемъ кодексѣ.—Смѣшеніе *состава* и *принадлежности*.—Плоды вещи.—Старая и новая точка зрѣнія нашего законодательства въ понятіи плода.—Имущества раздѣльныя и нераздѣльныя. 584
- § 29. Ограниченіе оборотоспособности недвижимостей въ интересахъ союзовъ разнаго типа.—Союзъ родовой, какъ общая стадія въ исторіи развитія права.—Остатки родовыхъ недвижимостей въ Германіи.—*Retractus gentilicius* въ прибалтійскомъ Сводѣ.—Сдѣлки отчужденія недвижимостей въ старомъ русскомъ правѣ.—Ограниченіе права выкупа 40-лѣтнимъ срокомъ.—Родовыя вотчины въ эпоху Уложенія.—Петровскій указъ о единонаслѣдіи.—Дальнѣйшее ограниченіе права выкупа.—Обиліе указовъ.—Жалованныя грамоты Императрицы Екатерины.—Дальнѣйшія попытки расширенія родового имущества.—Безуспѣшность.—Современное

законодательство.—Попытки распространительнаго толкованія закона.—Понятіе предвареннаго наслѣдства и его примѣненіе къ данному случаю.—Несвоевременность расширенія и ошибки въ пріемахъ истолкованія.—Заключеніе.	стр. 598
--	-------------

ОТДѢЛЕНІЕ ТРЕТЬЕ.

Общія ученія объ измѣненіи гражданскихъ правоотношеній.

§ 30. Постоянная измѣчивость правоотношеній въ живыхъ явленіяхъ обмѣна.—Латинская формула для этихъ явленій.—Юридическая ихъ переработка.—Событія и ихъ юридическая извѣстность.—Измѣреніе времени. Двойственность метода.—Дѣянія людей.—Категоріи.—Юридическія сдѣлки.—Выдѣленіе въ составъ Общей части.—Мѣсто этихъ ученій въ системахъ кодифицированнаго права	620
---	-----

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Ученіе о юридической сдѣлкѣ.

§ 31. Выдѣленіе ученій объ актахъ, направленныхъ на измѣненіе юридическихъ отношеній, въ Общую часть.—Понятіе юридической сдѣлки.—Главнѣйшія литературныя явленія.—Ученіе Шлосмана.—Схоластическія проблемы.—Законы физическіе и правила и исключенія въ сферѣ юридическихъ нормъ.—Параллель со способами счисленія времени.—Специфическая цѣль ученія о сдѣлкѣ.—Самоопредѣленіе воли въ составѣ института	627
--	-----

А. РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Внутренняя сторона строенія юридической сдѣлки.

§ 32. I. Общая гражданская дѣеспособность лица.—II. Непринужденный произволъ и согласіе.	638
§ 33. Внутренній формализмъ воли въ составѣ юридической сдѣлки (продолженіе). — Понятіе. — Внутренній формализмъ какъ черта системы.—Поправки. — Дуализмъ.—Латинская система. — Средніе вѣка.—Исканіе принципа въ нѣмецкой литературѣ.—Два противоположныхъ ученія.—Ихъ историческій смыслъ.—Соотвѣтствующія явленія въ русскомъ правѣ	640
§ 34. Внутренній формализмъ воли (продолженіе). — Дѣйствіе принужденія на силу сдѣлки.—Понятіе принужденія въ системахъ западныхъ и въ русскомъ правѣ эпохи Уложенія и современномъ.—Условія осуществленія притязаній потерпѣвшаго	650
§ 35. Ошибка и ея функція въ составѣ разныхъ институтовъ.—Общія положенія объ ошибкахъ въ кодифицированныхъ системахъ.—Литература. — Мѣсто ученія въ системѣ.—Поллиная и неподлинная ошибка.—Теорія воли и волеизъявленіе.—Проблемы философскія и юридическія.—Обманъ.—Независимая отъ обмана ошибка. Трудность изслѣдованія. — Жизненная основа (преемственная и одновременная) двойственности доктринъ. — Различіе стилей.—Общія положенія новыхъ кодексовъ и контрпроекта О. Бэра.—Возможно ли единство принципа?	657

Въ предпринятое третье изданіе моихъ лекцій (Чтеній, по новому) имѣется въ виду ввести не только тѣ части курса, которыя были мною напечатаны до сего два раза, но и такія его части, которыя до сего печатались не разъ моими слушателями, обыкновенно въ количествѣ экземпляровъ соотвѣтствующемъ ихъ числу. Все изданіе составитъ болѣе или менѣе близкое воспроизведеніе того что я преподаю въ Университетѣ. Неодинаковая обработка разныхъ частей происходитъ оттого, что я не всегда успѣваю привести всѣ мои печатныя лекціи въ желательное соотвѣтствіе съ общимъ планомъ устнаго преподаванія. Однѣ части появляются обработанными полнѣе, другія менѣе полно. Курсъ или значительная его часть должна быть готова къ извѣстному времени, ибо иначе непочему будетъ готовиться къ экзамену. Въ настоящемъ изданіи Чтеній я надѣюсь приблизить печатное изложеніе и тѣхъ частей (главнѣйшія ученія вещнаго права и общую часть обязательствъ), которыхъ до сего не издавалъ самъ, къ устному моему преподаванію. Въ нѣкоторыхъ частяхъ (если смогу) приближеніе будетъ значи-

тельно; въ другихъ придется ограничиться необходимыми исправленіями старыхъ перепечатокъ. Это будетъ шагъ впередъ къ желательному и удобному, не для однихъ слушателей, изложенію моихъ мыслей.

Подробное оглавленіе войдетъ въ послѣдующіе *выпуски*

Н. Д.

Ноябрь, 1897 г.

ВВЕДЕНИЕ.

§ 1.

Предварительное объясненіе. — Современное состояніе кодифицированнаго гражданскаго права на Западѣ и у насъ. — Возрастающая трудность практическаго изученія новыхъ системъ. — Наша задача. — Два кардинальныя начала, лежащія въ основѣ мѣстныхъ кодексовъ и соотвѣтствующія имъ дисциплины.

Мы открываемъ сегодня курсъ гражданскаго права, рассчитанный на нѣсколько семестровъ. Занятія вами этимъ предметомъ, начатыя сегодня, будутъ продолжаться въ университетѣ до дня вашего выхода. Въ задачахъ курса, до такой степени продолжительнаго, необходимо дать себѣ отчетъ заранѣе, прежде чѣмъ приступить къ подробностямъ выполненія. Безъ нѣкоторыхъ предварительныхъ свѣдѣній мы легко позже затеряемся въ подробностяхъ, и самостоятельныя занятія гражданскимъ правомъ въ послѣдующихъ семестрахъ совсѣмъ не будутъ возможны. Затрудненія будутъ чувствоваться все сильнѣе и сильнѣе и станутъ безвыходными. Работа потеряетъ всякую занимательность, и трудъ будетъ слабо вознагражденъ, если на каждомъ шагу, въ курсѣ, будутъ встрѣчаться контроверзы, мнѣнія разныхъ писателей, часто не русскихъ, положенія римскаго права, новыхъ кодексовъ, историческія экскурсіи, гипотетическія построенія и проч., и при этомъ слушателямъ не будетъ ясно, въ какомъ отношеніи все это стоитъ къ задачѣ ознакомленія съ русскимъ гражданскимъ правомъ.

Обыкновенно юристамъ сначала кажется, что надо поскорѣй приступить къ тексту закона, не толковать много о вводныхъ ученіяхъ, не входящихъ въ составъ положительнаго законодательства, искать отвѣтовъ въ судебной практикѣ, а не въ отвле-

ченныхъ ученіяхъ. Въ такомъ взглядѣ и въ такихъ требованіяхъ есть своя справедливая сторона. Чѣмъ скорѣе къ практическимъ задачамъ, тѣмъ лучше для юриста. Но положеніе преподавателя и слушателей гражданского права не всегда и не вездѣ одинаковое.

Когда вамъ объявляютъ курсъ гражданского права, дѣйствующаго во Франціи, то это Code civil, съ доктринами, юриспруденціей, тысячекратно разработанный для цѣлей практическихъ, учебныхъ, изданный во множествѣ видовъ, съ указаніемъ матеріала, послужившаго его основой, съ памятниками, касающимися редакціи его статей и проч., переложенный, наконецъ, въ стихи для желающихъ запоминать цѣлыя тирады наизусть. И такъ, это одинъ кодексъ гражданского права для цѣлаго обширнаго государства, получившій, какъ увидимъ далѣе, скоро примѣненіе далеко за предѣлами Франціи. Когда вамъ предлагаютъ курсъ Прусскаго ландрехта, то это будетъ кодифицированное въ концѣ прошлаго столѣтія мѣстное право, котораго главные составные элементы даются двумя общими системами права, римской и германской, и видоизмѣняются мѣстной законодательной дѣятельностью. Особенность, которую мы здѣсь отмѣтимъ, будетъ состоять въ томъ, что значительное число округовъ самой Пруссіи находится не подъ господствомъ Прусскаго ландрехта, и чтобъ узнать, столь же близко къ практикѣ, какъ во Франціи, гражданское право Прусскаго государства, надо ознакомиться не съ однимъ, а съ нѣсколькими кодексами. Для обозрѣнія пестроты дѣйствующихъ въ Пруссіи юридическихъ нормъ вы найдете въ руководствѣ Рота (Roth, System d. deutsch. Privat-Rechts, т. 1) 66 стрр. однихъ перечисленій, въ какой провинціи какое дѣйствуетъ право (стрр. 57—123). Любопытно, что въ отдѣльной большой области прусскаго государства, въ Рейнскихъ провинціяхъ, прусское право примѣняется какъ исключеніе, а какъ общее правило дѣйствуетъ французскій кодексъ (тамъ же, стр. 121 и слѣд.). Натурально, изученіе гражданского права, дѣйствующаго въ Пруссіи, *гораздо затруднительнѣе*, и курсъ такого содержанія будетъ несравненно сложнѣе, чѣмъ курсъ французскаго гражданского права. Неудобно, держась близко текстовъ, исчерпывать содержаніе хотя бы двухъ кодексовъ разнаго строенія. Надо искать выхода въ какихъ-либо обобщающихъ ихъ содержаніе элементахъ. Трудность легко перейдетъ въ невозможность, если такихъ пестрыхъ нормъ большое количество.

Сдѣлаемъ шагъ къ нашей практикѣ. Въ числѣ обширныхъ обособленныхъ въ юридическомъ смыслѣ территорій русскаго

государства видное мѣсто принадлежитъ остзейскимъ губерніямъ. Законодатель давно искалъ средствъ объединить эти области, по отношенію къ суду и закону, съ другими русскими областями. Усилій потрачено было очень много. Одно время можно было сомнѣваться въ успѣхѣ дѣла. Въ оффиціальныхъ сферахъ говорили, что для одного перевода матеріаловъ съ латинскаго, шведскаго, нѣмецкаго на русскій, чтобъ сдѣлать тайны остзейскаго юридическаго быта извѣстными русскимъ законодательнымъ и судебнымъ инстанціямъ, нужна работа цѣлаго штата переводчиковъ въ продолженіе шести до восьми лѣтъ. На нашихъ глазахъ происходило то самое о чемъ повѣствуетъ Помпоній и чему такъ неохотно вѣрятъ современные романисты (fr. 2 §§ 6 и 7. D. de O. J.), т. е. право и его практика оставались тайной, были недоступны для достовѣрныхъ изысканій внѣ круга непосредственно заинтересованныхъ лицъ. Въ 64 г. это *opus desperatum* появилось на русскомъ языкѣ, въ оффиціальномъ изданіи, и притомъ съ такимъ количествомъ статей, которое вдвое превышаетъ число артиклей французскаго кодекса, дѣйствующаго во всей Франціи (Св. мѣстн. узак., ч. 3, имѣетъ 4600 ст. Франц. код. 2281). Откуда это обиліе нормъ? Оно всегда свидѣтельствуетъ объ индивидуализмѣ въ странѣ, о слабости общественнаго союза, о стремленіи каждаго жить по его праву и право другого разсматривать какъ нѣчто чуждое, ничѣмъ съ моимъ правомъ не связанное. Признаки такого состоянія права мы наблюдаемъ въ странѣ, имѣющей свой университетъ съ давно дѣйствующимъ факультетомъ юристовъ. Что же сказать о русскихъ областяхъ, куда не могъ проникнуть свѣтъ юриспруденціи? Громадная масса нормъ неписаннаго права допущена законодателемъ къ примѣненію въ низшихъ судебныхъ инстанціяхъ, гдѣ и кончается ихъ извѣстность. Эти обычныя нормы не собраны, не записаны, за незначительными исключеніями, не приведены къ единству; между тѣмъ несомнѣнно, что ими руководится самая значительная часть низшихъ слоевъ русскаго народа. Точно также мало разработано, недостовѣрно состояніе юридическаго быта русскихъ инородцевъ. Мой многоуважаемый предшественникъ по кафедрѣ, профессоръ К. И. Малышевъ, послѣ многихъ лѣтъ труда и въ совершенно исключительныхъ условіяхъ обладанія самыхъ рѣдкихъ въ книжной торговлѣ сборниковъ, успѣлъ въ 80 г. составить сборникъ разномѣстныхъ нормъ по праву семейному и связаннымъ съ нимъ институтамъ. Сборникъ вышелъ крайне обширный (890 стрр. заключ. 5173 статьи), пригодный особенно для справокъ, и при-

томъ безъ ручательства собирателя, что указываемыя нормы обычнаго права удержали до послѣдняго времени свою силу.

Обращая вниманіе на эту умножающуюся, отъ Франціи и до насъ, пестроту нормъ, мы должны замѣтить, что кромѣ знанія законовъ и обычаевъ, существенное условіе практическаго знанія дѣйствующихъ въ странѣ правъ составляетъ юриспруденція, научное и судебное разумѣніе этихъ нормъ. Въ отношеніи практики суда мы имѣемъ матеріалъ хотя и обширный, но довольно случайный, ибо его освѣщаетъ намъ постоянно только дѣятельность центральныхъ учрежденій имперіи, каковы въ особенности 1-й и 2-й департаменты сената, по крестьянскимъ дѣламъ, старые судебные и теперешніе кассаціонные департаменты. Безъ этого посредства вся масса судебной дѣятельности окружныхъ судовъ, судебныхъ палатъ и другихъ судебныхъ установленій остается почти совершенно скрытой въ архивахъ этихъ инстанцій.

И такъ, многочисленность кодексовъ у насъ, какъ и въ нѣкоторыхъ западныхъ государствахъ, до послѣдняго времени въ Германіи, съ одной стороны, съ другой — сейчасъ коротко описанное нами общее состояніе нашего юридическаго быта дѣлаютъ задачу изученія и преподаванія нашего гражданскаго права *своеобразно трудною* и во многомъ отличною отъ той же задачи въ факультетахъ на западѣ. Условія успѣшнаго изученія нашего гражданскаго права измѣняются къ лучшему съ каждымъ годомъ. Но, въ настоящее время, при наличности скуднаго содержаніемъ X т. и двухъ обширныхъ провинціальныхъ кодексовъ (остзейскаго и польскаго), нѣтъ возможности, держась близко текстовъ этихъ 3-хъ кодексовъ, излагать дѣйствующее въ Россіи гражданское право.

Сдѣлать содержаніе и тексты X т. доминирующими надъ этими 2-мя кодексами оказалось неудобнымъ для цѣлей *общей кодификаціи*, какъ это было задумано Сперанскимъ, и это совершенно также неудобно для преподаванія, ибо въ X т. введено слишкомъ мало элементовъ, способныхъ стать общими, и самъ онъ составляетъ лишь *предварительную систематическую сводку легальнаго матеріала*, а не окончательную отдѣлку, какую Сперанскій предполагалъ дать русскому праву въ видѣ гражданскаго уложенія, и какой оно не имѣетъ доселѣ. Необходимость текстуальнаго изученія X т., за немногими исключеніями, едва ли нынѣ можетъ быть высоко цѣнима въ виду подготовляемой переработки его текстовъ въ законодательномъ порядкѣ. Съ отмѣной старыхъ текстовъ, несомнѣнно, упадетъ практическій интересъ изученія

какъ ихъ самихъ, такъ и связанной съ ними судебной практики. Обыкновенно осужденные на сломъ построения такого рода перестаютъ привлекать къ себѣ дѣятельные силы ученой юриспруденціи, какъ это мы видѣли недавно въ Германіи по отношенію къ старымъ процессуальнымъ нормамъ, когда юристы ждали появленія новаго устава гражданского судопроизводства. Отживающій кодексъ переходитъ понемногу въ область прошлаго.

Возможно было бы думать, что отказывая X-му тому въ пригодности для доминирующаго значенія въ курсѣ, мы хотимъ дать одному изъ мѣстныхъ кодексовъ такое значеніе. Для этого, однако, нѣтъ основаній, ибо, хотя оба вышеназванные кодекса заключаютъ въ себѣ неизмѣримо больше элементовъ общаго права чѣмъ нашъ X т., но во-1-хъ, они, въ главнѣйшихъ чертахъ своихъ, совершенно не самобытны и въ этомъ смыслѣ отнюдь не стоятъ выше X т., и во-2-хъ, тѣ ихъ элементы, которые для насъ, какъ и для всѣхъ, имѣютъ цѣну, именно современное римское и новое (не римскаго происхожденія, называемое нынѣ германскимъ) гражданское право, ушли, въ теперешней ихъ ученой обработкѣ, много дальше современнаго тѣмъ кодексамъ положенія ученій. Вотъ почему намъ нѣтъ надобности принимать за исходную и доминирующую въ нашемъ курсѣ систему ни тотъ, ни другой мѣстный кодексъ.

Какимъ же образомъ дать современному гражданскому праву Россіи освѣщеніе въ краткомъ академическомъ курсѣ? Чтобъ достигнуть этой цѣли, намъ надо не столько держаться текстовъ нашихъ легальныхъ книгъ, какъ это дѣлаютъ французы, сколько *выбирать изъ нихъ общіе элементы строенія гражданскихъ институтовъ*, освѣщать ихъ особенностями исторіи отдѣльных большихъ территорій цивильнаго права, уяснять себѣ причины и условія неразработанности того или другого элемента въ томъ или другомъ институтѣ, устанавливать правильную точку зрѣнія на эти недостатки, опредѣлять случайный или постоянный характеръ этихъ недостатковъ, восполнять ихъ, гдѣ это можно и нужно, въ виду развивающагося цивильнаго быта страны, въ виду практики сдѣлокъ и суда. Словомъ, цѣль наша есть *возможное систематическое объединеніе рознаго матеріала нашего гражданского права*, приведеніе его въ такой видъ, какого право должно достигать при дальнѣйшихъ усиліяхъ юриспруденціи научной и практической и при выполненіи, уже существующихъ въ проектѣ, законодательныхъ работъ; существенно — это есть *задача раскрытія элементовъ общихъ нашего цивильнаго быта*, въ коемъ нерѣдко рознь составляетъ явленіе случайное, внѣшнее,

легко устранимое. И если на ряду съ этимъ мы будемъ въ курсѣ останавливаться на нѣкоторыхъ партикуляризмахъ, то только тамъ, гдѣ они составляютъ характерную черту русскаго праворазвитія или крупную модификацію въ системѣ общаго права.

Для достиженія этихъ цѣлей намъ нельзя ограничиться тѣми только средствами, какія даетъ русская письменность. Судьбы гражданскаго права въ разныхъ областяхъ современнаго европейскаго общества далеко не столь розны, чтобы *сравнительное изученіе* ихъ не давало *практически важныхъ результатовъ* для заключеній по нашему праву. То состояніе нашего юридическаго быта, коего нѣкоторыя черты мы дали выше, не есть исключительное для Россіи. Здѣсь для насъ видны только фазы общаго движенія, которыя проходили, частью еще проходятъ, наши западные сосѣди. Въ современной Германіи мы найдемъ много точекъ соприкосновенія съ явленіями нашей жизни, много вопросовъ, заботъ и задачъ совершенно тождественныхъ для нѣмецкой и русской юриспруденціи. Независимо отъ этого, въ прошлыхъ судьбахъ Франціи разрѣшались, хотя, конечно, не совершенно въ томъ же видѣ, но тѣ же вопросы, которые ждутъ еще своего разрѣшенія у насъ. Разумѣніе этихъ судебъ гражданскаго права у новыхъ народовъ откроетъ намъ нерѣдко короткій путь для объясненія явленій, уже наступившихъ и имѣющихъ наступить въ нашемъ правѣ.

Мы примѣнимъ эту методу сопоставленій, сравненій, различеній, аналогій, историческихъ и догматическихъ, не только къ вопросамъ общаго характера, но и къ изученію отдѣльных институтовъ гражданскаго права.

Въ академическомъ смыслѣ мы найдемъ возможность обширно утилизировать для изученія современнаго дѣйствующаго въ Россіи гражданскаго права тѣ знанія, какія вы пріобрѣли въ предшествующихъ курсахъ гражданскаго права римскаго.

Въ самой значительной части какъ академической, такъ и литературной обработки современнаго гражд. права вы найдете этотъ пріемъ самымъ общимъ въ наше время.

Нигдѣ въ новомъ мірѣ догма гражданскаго права не развилась такъ самостоятельно, полно и независимо отъ воздѣйствія римскихъ ученій, чтобы возможно было дать сколько-нибудь законченную картину современнаго юридическаго быта страны, не намѣчая точекъ сходства и различія съ римскимъ правомъ. Не только учебные и ученые труды всегда сводятъ счеты съ римскимъ правомъ, но и работы законодательныя на западѣ, какъ и у насъ, не остаются, въ той или другой мѣрѣ, свободными

отъ его вліянія. Это вліяніе можетъ быть не полное, не сознательное, посредствуемое, случайное, но его легко раскрыть повсюду, на западѣ и на востокѣ, въ старомъ и въ новомъ мірѣ. Наличие этого вліянія составляетъ *историческую черту всей современной культуры гражданскаго права*, и наоборотъ, отсутствіе или незначительность его скорѣе должны быть рассматриваемы какъ преходящая случайность. Въ странахъ романскихъ это вліяніе есть частью непосредственное, прямое, связанное съ ихъ исторіей; въ германскомъ мірѣ—позднѣйшее, искусственное; у насъ, въ нашихъ историческихъ судьбахъ, менѣе постоянное, неровное, случайное, въ послѣднее пятидесятилѣтіе приобретающее болѣе постоянное благодаря дѣятельности нашихъ юридическихъ факультетовъ.

Рядомъ съ этимъ, другой элементъ современнаго гражданскаго права, *институты не римскаго происхожденія*, такъ связать юридическія новообразованія, восполняютъ систему новаго права. Это тотъ элементъ, который въ нѣмецкой литературѣ слишкомъ узко обозначаютъ наименованіемъ общаго нѣмецкаго права (*deutsches Privatrecht*, также *gemeines deutsches Pr.-recht*) и котораго признаки мы найдемъ нынѣ повсюду, гдѣ общественный строй и экономическая жизнь значительно отличны отъ римскаго.

Кругъ такихъ новообразовавшихся институтовъ далеко не представляетъ собою чего-либо законченнаго, цѣльнаго, способнаго вытѣснить и замѣнить собою старую основу римской цивильной системы.

Повсюду, гдѣ вы найдете обиліе плохихъ кодификаціонныхъ подѣлокъ, какъ, напр., въ Германіи, преподаваніе гражданскаго права распадается на такіе два курса—современнаго римскаго и новаго нѣмецкаго общаго права. За этимъ никакой мѣстный кодексъ не представитъ для юриста трудности въ его усвоеніи, ибо всякій включаетъ въ себѣ необходимо, такъ или иначе разработанныя, именно эти два кардинальныя начала.

Въ двухъ руководствахъ, которыя названы въ Обозрѣніи преподаванія, вы увидите, въ неодинаковой степени, явные слѣды римской школы ихъ составителей.

Объ этихъ руководствахъ я долженъ сказать нѣсколько словъ.

Руководство покойнаго профессора Дмитрія Ивановича Мейера составляютъ записки его слушателей, которыхъ, быть можетъ, самъ покойный профессоръ никогда не видалъ въ этомъ цѣломъ ихъ составѣ. Самъ профессоръ Мейеръ, представитель хорошей нѣмецкой школы въ юриспруденціи середины 40-ыхъ годовъ, преподавалъ гражданское право въ Казани, потомъ, короткое время, въ Петербургѣ. Его ученая и учебная дѣятельность от-

носитя къ той порѣ русскаго законодательства, когда послѣдующія великія событія перерожденія русскаго общества едва предчувствовались. Мейеръ имѣлъ передъ собою кодексъ гражд. права, мало походившій на другіе подобные кодексы по исключительности своего содержанія. Это былъ, какимъ онъ остается въ основѣ и теперь, сводъ указовъ со временъ Уложенія царя Алексѣя Михайловича и до текущаго законодательства, составленный въ интересахъ извѣстности дѣйствующаго законодательства въ кругу лицъ привилегированныхъ классовъ и въ старой сферѣ гражданской юрисдикціи. Это не былъ собственно гражданскій кодексъ, ибо, какъ справедливо замѣтилъ Карамзинъ, гражданъ въ ту пору Россія не знала, а извѣстны были дворяне, купцы, духовные и пр. Много инструктивнаго для своей аудиторіи, именно по праву гражданскому, Мейеръ не могъ извлечь, держась близко текстовъ X т. Въ его положеніи много общаго съ положеніемъ преподавателя какого-либо изъ земскихъ нѣмецкихъ кодексовъ, только оно еще менѣе благодарно.

Такіе кодексы очень близки къ практикѣ, обязательны для мѣстной юстиціи, но этимъ формальнымъ авторитетомъ и ограничивается ихъ значеніе. Между тѣмъ, гражданскій оборотъ очень трудно, въ наше время, подчинить территоріальной максимѣ. Когда надо перекрѣплять недвижимыя имущества, совершать завѣщаніе, предъявлять права на наслѣдство, особенно по имуществамъ недвижимымъ, съ характеромъ привилегированнаго обладанія, тогда, конечно, нельзя не держаться самымъ точнымъ образомъ текста извѣстныхъ статей. Но цивильный бытъ существуетъ не этими только функціями. Изученіе такихъ локальных кодексовъ не имѣло никогда значительной аттракціи въ нѣмецкихъ факультетахъ. Аудиторіи собирались у Савиньи, Эйхгорна, Вангерова, Брунса, Келлера, а не у толкователей прусскаго ландрехта. Эти люди давали своимъ слушателямъ широкіе взгляды на задачу юриспруденціи, открывали путь національному общегерманскому правовѣдѣнію, слагавшемуся изъ реципированнаго римскаго и прилежно разрабатываемаго нѣмецкаго права. Школа практиковъ вѣдала обыкновенно только мѣстные кодексы, съ чисто территоріальнымъ значеніемъ. Юристы, переходившіе изъ университетскихъ аудиторій въ сферу практической дѣятельности, пріобрѣтали способность разумѣнія любого ландрехта, хотя, быть можетъ, уступали практикамъ въ технику примѣненія того или другого изъ нихъ. Одинъ изъ самыхъ почтенныхъ нынѣшнихъ нѣмецкихъ ученыхъ юристовъ проф. Дербургъ думаетъ, однако, что преимущество рутинеровъ мѣстнаго права далеко незначительно, и

что безпристрастные цѣнители справедливо предпочитаютъ въ Германіи достоинство теоретически образованнаго юриста умѣлости рутинера даже въ практическомъ дѣлѣ, ибо находчивость практика есть совершенно условная и способная сейчасъ смутиться, какъ только привычный порядокъ статей подвергся измѣненію.

Если Мейеръ ставилъ себѣ задачей дисциплинировать слушателей въ цивильномъ правѣ, удовлетворять ихъ потребности въ юридическомъ образованіи, то онъ не могъ достигнуть этого, держась исключительно содержанія X т. Для него, какъ и для западныхъ учителей, открытъ былъ тотъ же источникъ юридическаго просвѣщенія, который лежитъ въ современномъ примѣненіи римскаго права и въ видоизмѣненіяхъ гражданскихъ институтовъ, созданныхъ новымъ временемъ. Это дѣлаетъ трудъ Мейера непрактичнымъ въ томъ же смыслѣ, какъ и труды западныхъ собратій по разработкѣ догмы гражданского права. Ни пандекты Виндшейда, ни системы германскаго права Гербера, Безелера, Штобе, Рота, Гейзлера, Гирке не научатъ васъ совершать договоры найма вещей и лицъ по прусскому, баварскому или иному праву, точно такъ же какъ и Мейеръ уступить, въ этомъ смыслѣ, въ практичности, любому календарю практическихъ свѣдѣній. Мейеръ трактуетъ о лицѣ, о вещахъ, о сдѣлкахъ юридическихъ, объ условныхъ сдѣлкахъ. Лицо у него является не съ тѣмъ признакомъ, какъ въ сводѣ, сословности, званія, чина; смыслъ этого понятія, какъ увидите ближе впослѣдствіи, совершенно иной, чуждый тогдашнему законодательству, хотя и тогда уже не вовсе чуждый жизни. То же для понятія вещи, очень мало разработаннаго въ старомъ нашемъ правѣ, гдѣ вы встрѣтите вмѣсто понятія вещи понятіе имущества и въ особенности понятіе населеннаго имѣнія. То же, наконецъ, для сдѣлки, для понятія виновности гражданской (*culpa*)... Словомъ, у Мейера вы находите тотъ же порядокъ изложенія, тѣ же ученія, какія найдете въ любомъ руководствѣ гражданского права. Мейеръ говоритъ сперва о лицѣ, и вы найдете подобное ученіе о лицѣ всюду, гдѣ есть гражданское право, въ комментаріяхъ Гая, *ком. 1 § 9, de condicione hominum*, въ институціяхъ Юстиніана, *de jure personarum*, въ *Code civil, liv. 1, tit. 1, des personnes*, въ Саксонскомъ кодексѣ, *erster Theil, 2 Abtheil., von den Personen*. Нашъ X т. начинается, однако, не съ этого и нигдѣ не даетъ положеній о лицѣ, о правоспособномъ субъектѣ вообще. Кн. 1, разд. 1 говоритъ о союзѣ брачномъ, соотвѣтственно *tit. 5 Code civil „du mariage“*, Саксонскій кодексъ трактуетъ

объ этомъ совсѣмъ въ концѣ, въ связи съ положеніями объ опекахъ, о наслѣдованіи. Гдѣ же лицо? Вспомнимъ Карамзина. О *лицахъ* трактовать въ системѣ нашихъ правъ гражданскихъ въ ту пору не было резона. Русское населеніе не было связано единствомъ сознанія правоспособной личности. Ученіе о лицѣ скрыто было въ IX т., въ законахъ о состояніяхъ, которые тогда совершенно основательно вводились въ кругъ ученій государственнаго, а не гражданского права. Наболѣе широкая связь, обнимавшая въ ту пору не только массу своихъ, но и кругъ инородцевъ и заpredѣльныхъ славянъ, была *связь церкви*, исповѣданія, и вотъ Сперанскій началъ законы гражданскіе съ того института, который заключаетъ въ себѣ далеко, однако, не гражданское, не свѣтское только начало, но который зато обнимаетъ самый широкій кругъ людей независимо отъ ихъ классовъ и званій. За этими общими положеніями для православныхъ и для иныхъ исповѣданій, въ дальнѣйшихъ частяхъ свода нельзя было связать въ одно цѣлое даже институты имущественныхъ, ибо для одного круга лицъ любопытны были законы, касающіеся имѣній населенныхъ, для другихъ вовсе не X т., а т. XI, въ особенности ч. 2, уставъ торговый, или уставъ ремесленный и фабричный.

Измѣнить этого состоянія розни интересовъ не могъ никакой ученый, такъ же какъ никакой нѣмецкій юристъ не въ состояніи былъ устранить существующей въ Германіи розни мѣстныхъ юридическихъ нормъ. Но въ своихъ конструкціяхъ и нашъ почтенный юристъ и его нѣмецкіе учителя умѣли отыскивать и въ законѣ и въ жизни такіе *элементы общаго права*, которые одни способны связать разные интересы стараго общественнаго строя, безъ которыхъ нѣтъ гражданского права, невозможно и ненужно цивилистическое образованіе.

Скажемъ ли мы, что это все непрактическія задачи? Да, онѣ непрактичны въ смыслѣ узкихъ, обособленныхъ интересовъ классовъ и профессій. Но, какъ справедливо замѣтилъ Ihering въ одномъ изъ своихъ раннихъ трудовъ, въ программѣ новаго журнала (Jahrb. f. d. Dogmatik), „юриспруденція, чтобъ стать наукой практической, не должна преслѣдовать узко практическихъ цѣлей“. Совсѣмъ неудобные для справокъ по разнымъ ландректамъ нѣмецкіе учебники общаго права и столь же мало приспособленный къ задачамъ такого же рода учебникъ Мейера освѣщали, насколько это есть дѣло мысли, путь къ образованію началъ общаго права, къ развитію общности интересовъ въ сферѣ гражданскихъ институтовъ. Кто скажетъ, что въ условіяхъ, въ

которыхъ работалъ Мейеръ, этотъ путь не былъ болѣе практическимъ для юриспруденціи, чѣмъ служеніе интересамъ низшаго свойства, разнымъ, противоположнымъ, по различію сословій, мѣстностей, исповѣданій, профессій?

Условія розни нѣмецкихъ законодательныхъ территорій нынѣ измѣнились; точно также измѣнились и основы нашего стараго общественнаго строя. Старыя кодификаціи признаются одна за другою негодными, осуждаются на сломъ тѣмъ же законодательнымъ авторитетомъ, который нѣкогда ихъ созидалъ. Работа мысли юристовъ, значеніе ихъ построеній, когда-то казавшихся слишкомъ удаленными отъ жизни, все ближе и ближе сходятся съ новымъ ея требованіями, съ требованіемъ единого гражданскаго права для всего государства, одинаковыхъ нормъ гражданской правоспособности для всѣхъ лицъ, рѣзкаго различенія понятій лица и вещи, которое такъ сглаживалось въ старомъ представленіи населеннаго имѣнія...

Въ этомъ смыслѣ книга Мейера составляетъ весьма полезное и въ наше время руководство для образованія русскаго цивилиста. Мы будемъ держаться, въ общемъ, того же порядка изложенія, того же метода, видоизмѣняя, конечно, старыя ученія соотвѣтственно успѣхамъ послѣдующей литературы и новому теченію законодательства.

Другое цѣнное руководство для русскихъ цивилистовъ составляетъ Курсъ гражданскаго права К. Побѣдоносцева въ 3-хъ частяхъ. Составъ руководства иной, чѣмъ у Мейера, общей части нѣтъ вовсе. Въ цѣломъ это очень обширное сочиненіе, обнимающее въ 3-хъ большихъ томахъ вотчинныя права, семейное и наследственное право, договоры и обязательства. Не всѣ части этого капитальнаго сочиненія нужны сейчасъ же и не всѣ одинаково цѣнны. Наиболѣе цѣнную часть составляютъ Права вотчинныя, изд. 4-ое. Побѣдоносцевъ юристъ-практикъ, принявшій на себя временно, въ началѣ шестидесятыхъ годовъ, преподаваніе гражданскаго права въ московскомъ университетѣ. Въ его курсѣ, особенно въ названной части, вы встрѣтите рѣдкое не только у насъ, но и въ Германіи, сочетаніе настоящихъ практическихъ знаній съ весьма солиднымъ юридическимъ и историческимъ образованіемъ. Такъ какъ практика старыхъ судовъ вращалась больше въ сферѣ правъ вотчинныхъ, по передачѣ ихъ сингулярной и универсальной, то и тѣ части курса, кои относятся къ системѣ правъ вотчинныхъ и правъ наследованія, несомнѣнно выше другихъ, гдѣ рѣчь идетъ о договорахъ и обязательствахъ. Курсъ

Побѣдоносцева есть, однако, тоже не комментарий къ тексту закона, а руководство систематическое.

Курсъ профессора Малышева заключаетъ въ себѣ начало предполагаемаго большого труда и можетъ въ этомъ видѣ служить превосходнымъ пособіемъ для обзорѣнія литературы тѣхъ матерій, коихъ касался авторъ. По обычному праву высокую цѣну имѣютъ труды Е. И. Якушина „Обычное право“, 2 т. (О новыхъ руководствахъ на лекціяхъ). Система Анненкова не есть система, въ чемъ нѣтъ никакого укора автору (система для нашего мало обработаннаго права — дѣло трудное и преждевременное) и что не мѣшаетъ его труду быть практически полезнымъ.

Для занятій историческихъ полнѣйшимъ пособіемъ можетъ служить „Исторія російскихъ гражданскихъ законовъ“ Неволіна. У него же указаны прежніе историческія и систематическія сочиненія по русск. гражд. праву. „Наука гражданск. права въ Россіи“. Казань. 93 г. пр. Шершеневича — поверхностна. Текстъ законовъ и указаніе кассационной практики хорошо выполняютъ Боровиковскій, Гаугеръ. Офіціальныя изданія X т. ч. I и XI т. ч. II даютъ обильные указатели хронологическіе и сравнительные, а также ссылки на Полн. Собр. Зак. подъ статьями, крайне цѣнныя для ихъ изученія. Важно и цѣнно, какъ пособіе, изд. Редакц. комис. по составл. Гражд. Улож. подъ заглавіемъ Сборникъ Гражд. Закон.. 3 т., составили А. Гожевъ и И. Цвѣтковъ; для библіографич. справокъ изданіе той же комиссіи подъ заглавіемъ Систематическій указатель русск. литературы по гражданскому праву. Составилъ А. Поворинскій. 1886 г.

Для французскаго (польскаго) права превосходно руководство Zachariae, „Handbuch des französ. Civilrechts“ перераб. Crome; переработка на французскій языкъ принадлежитъ Aubry et Rau. Изъ нов. учебниковъ удобенъ Précis de droit français Baudry Lacantinerie. Существуютъ обширныя обработки Code'a разн. авторовъ (Beaudry Lacantinerie, 23 тома, Beudant 11 томовъ; не окончены), но они не предназначаются для первоначальнаго ознакомленія съ системой. Для современнаго общаго германскаго права Герберъ (Gerber, 17-е изд. К. Cosack), Безелеръ (Beseler), Roth (обширенъ, хотя и не конченъ; особенно цѣненъ появившійся въ 1886 г. dritter Theil — Sachenrecht). Stobbe (оконченъ въ 1885 году, 5 том.; нынѣ начато нов. изданіе). Названія этихъ трудовъ Handbuch, System des deutschen Privatrechts или des gemeinen deutschen Pr. Rechts. Штоббе цѣнится выше всѣхъ другихъ какъ настоящій знатокъ колос-

сальной массы источниковъ. Въ настоящее время самая большія ожиданія возбуждаетъ Otto Gierke, феноменальной учености и первоклассныхъ дарованій, изд. въ 95 г. *Deutsches Priv. Recht*, т. 1. Очень извѣстенъ Heusler, *Institutionen d. deutsch. Pr. Rechts* 1885 и 1886 гг. (Оба послѣдніе работаютъ для общаго изданія Binding'a „*Systematisches Handbuch d. deutsch. Rechtswissensch.*“). По *Bürgerliches Gesetzbuch* 18 авг. 96 г. неоконченныя работы Endemann'a, Cozack'a, *Lehrbuch d. Deutsch. bürgerl. Rechts*.

Для австрійскаго права J. Unger — общая часть и наследственное право (5-ое изд.).

Для прусскаго — Dernburg, „*Lehrbuch des Preussisch. Pr. Rechts*“ (5-ое изд.); Дернбургъ замѣчательный знатокъ и римскаго права, одновременно издавшій свои *Pandekten*. (Указанія по современному римскому праву у г. профессора этой дисциплины).

Для общихъ свѣдѣній по всѣмъ отраслямъ гражданскаго права и процесса очень цѣнная *Encyclopädie der Rechtswissenschaft von d-r Franz von Holtzendorff*. Указанныя выше сочин. Сахаріе, Дернбургъ и друг. открываютъ для изучающихъ систему путь ко всѣмъ матеріаламъ и источникамъ изученія той или другой системы въ особенности.

Для текущей литературы „Юридическая Библіографія“, издаваемая проф. И. Е. Андреевскимъ здѣсь (прекращена); Юридическая Лѣтопись проф. Сергѣевскаго (прекращена). Кромѣ спеціальн. повремен. изд., указыв. Поворинскимъ, теперь имѣютъ цѣну Журналь Минист. Юстиціи и Журналь Юрид. Общ. при С.-Петербургскомъ Университетѣ.

§ 2.

Кардинальное различіе направленія цивилистической литературы XIX столѣтія въ Германіи и во Франціи.—Вліяніе нѣмецкой литературы на нашихъ юристовъ.—Историческій методъ въ юриспруденціи.—Природа права.—Мысли Савиньи по вопросу о кодификаціи.—Переворотъ 1848 г.—Программа новаго журнала для догматики современнаго права.—„Цѣль въ правѣ“.—Оцѣнка „новыхъ“ идей въ нѣмецкой литературѣ.—Оппортунизмъ.—Право и техника юридическая.

Въ томъ розномъ состояніи юридическаго быта, коего отдѣльныя черты мы дали выше для территорій по сю сторону Рейна, въ противоположность съ Франціей, лежитъ очень существенное

условіе, опредѣлявшее особый характеръ литературной дѣятельности нѣмцевъ въ текущемъ столѣтіи.

Передовые люди Германіи давно уже и вполне ясно сознали необходимость единого права для единой націи, для общаго отечества. Между тѣмъ, единого права не было, его не выработала жизнь, его не дала исторія. Гдѣ же найти выходъ изъ этой розни идеальныхъ стремленій и тяжелой дѣйствительности? Всякое построеніе, которое отвѣчало бы этому національному *Sehnsucht*’у, находило сочувствіе въ патріотическихъ нѣмецкихъ кружкахъ и, однако, до самаго послѣдняго времени оставалось въ непримиренномъ противорѣчій съ дѣйствительностью. Между тѣмъ, мыслящій юристъ не можетъ ни отказаться отъ этихъ стремленій, ни одною личной энергіей устранить лежащія на пути къ осуществленію этого идеала препятствія.

Франція, послѣ блестящаго литературнаго движенія прошлаго столѣтія, достигла въ виду этихъ успѣховъ мысли, ставшихъ быстро достояніемъ всего общества, практическихъ результатовъ въ своемъ единомъ національномъ кодексѣ гражданскаго права. Эти вѣчныя проблемы мысли, объ основахъ права, о разумѣ, волѣ, личности, общественности, интересѣ, цѣли въ правѣ, далеко не находятъ нынче у французовъ такой отзывчивости, какую встрѣчаютъ въ нѣмецкомъ обществѣ. На вопросъ—что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы? вамъ укажутъ *Code civil*, какого до самаго послѣдняго времени нельзя было указать въ Германіи и до сегодня не укажутъ у насъ. Ни *Landrecht*’а, ни десятого тома указать нельзя, ибо вопрошающій предложитъ дальнѣйшій вопросъ: если гражданское право есть *X* т., то отчего же изъ его 2300 правилъ *гражданскаго* права другой *гражданскій* кодексъ, тоже дѣйствующій въ Россіи, допускаетъ 4600 исключеній.

Въ этой разницѣ положенія, нашего и нѣмецкаго въ теченіе всего истекающаго столѣтія, съ одной стороны, и современнаго состоянія Франціи, съ другой, лежитъ кардинальное условіе очень различныхъ *направленій юридической литературы здѣсь и тамъ*. Исслѣдованія и труды юристовъ тамъ направлены преимущественно къ изученію того, что есть въ кодексѣ и что есть въ жизни. Исслѣдованія и труды у нѣмцевъ и у насъ направляются къ тому, что есть въ жизни и чего часто нѣтъ ни въ какомъ изъ многочисленныхъ кодексовъ. Возможно ли осуждать это свойство научныхъ изысканій нѣмецкихъ юристовъ, эту работу Пенелопы, начинающей все опять съизнова? Полагаемъ, нѣтъ, ибо оно не зависитъ отъ воли юристовъ и служитъ лишь выраженіемъ выжидательнаго, неудовлетвореннаго

состояніи мысли. Въ 64 году скончавшійся 10 лѣтъ назадъ почтенный русскій профессоръ К. Д. Кавелинъ написалъ свою очень извѣстную брошюру „Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы?“. Въ этой постановкѣ вопроса и въ способѣ, коему слѣдуетъ Кавелинъ въ его разрѣшеніи, съ поразительной яркостью выразилось все состояніе мысли русскаго юриста. Время, когда появилась брошюра, бросаетъ на нее особенный свѣтъ. Дѣло идетъ не о томъ, что *есть* гражданское право, а о томъ собственно, *какимъ ему быть надлежитъ*.

Мы увидимъ позже что содержитъ въ себѣ эта брошюра, и уйдемъ далеко отъ образа мыслей автора. Но нельзя не отдать должнаго этому великому дарованію въ двухъ словахъ, въ постановкѣ вопроса выразить весь духъ времени. Это исканіе того, чего нѣтъ, что должно быть, что имѣетъ настать, и давало толчекъ умственному движенію нѣмецкой юриспруденціи и отражалось неволью на нашихъ юристахъ. Общее обозрѣніе направленій и школъ, въ которыхъ группируется нынѣшняя юридическая, преимущественно нѣмецкая, литература, вы имѣете въ курсѣ энциклопедіи права. Изъ недавнихъ работъ историко-литературнаго характера вышедшіе покуда томы (всего предположено 6) сочиненія профессора Бирлинга (Bierling) „Zur Revision der juristischen Grundbegriffe“ помогутъ вамъ въ подробности ознакомиться съ современнымъ состояніемъ контроверзныхъ ученій. Простое обозрѣніе контроверзныхъ пунктовъ по вопросу „Was ist das Recht?“ и по цѣлому ряду Grund-и End-Fragen, гдѣ цѣль? гдѣ основа? гдѣ сущность права? которые занимаютъ нѣмцевъ, вы найдете въ небольшой брошюрѣ Оттона Гирке (O. Gierke), очень заслуженнаго германиста, бывш. профессора бреславкаго, нынѣ берлинскаго университета (Naturrecht und deutsches Recht, 1883, стр. 3—7). Гирке не думаетъ самъ пускаться въ критику этихъ абстракцій и ограничиваетъ свою задачу опредѣленіемъ характера права германскаго, онъ хочетъ сказать: Was ist das deutsche Recht.

Въ задачахъ такого рода, однако, нельзя совершенно уйти отъ вопросовъ методологическаго свойства, и въ виду несомнѣнныхъ вліяній нѣмецкихъ ученій на нашу юриспруденцію, далеко не будетъ излишнимъ, хотя бы въ самомъ короткомъ очеркѣ, опредѣлить здѣсь наше отношеніе къ виднѣйшимъ направленіямъ мыслей въ кругахъ нѣмецкихъ цивилистовъ. Вы встрѣтите имена и мысли вамъ знакомыя изъ другихъ дисциплинъ, и я постараюсь здѣсь лишь приблизить эти знакомыя вамъ изъ общихъ философскихъ очерковъ ученія къ задачамъ и цѣлямъ нашей

дисциплины. Это тѣмъ удобнѣе сдѣлать, что оба писателя, о коихъ мы будемъ бесѣдовать, суть именитѣйшіе цивилисты, съ трудами которыхъ, не по общимъ только вопросамъ, вы будете постоянно встрѣчаться въ цѣломъ рядѣ ученій гражданского права. Философствующая братія, никогда не испытывавшая своихъ силъ ни на одной изъ трудностей цивилистики, не представляетъ для насъ здѣсь первостепеннаго интереса.

Составивъ себѣ европейское имя классической работой по одному изъ очень трудныхъ ученій гражданского права (Владѣніе, о чемъ позже, въ курсѣ), Савиньи въ 1814 г. выступилъ навстрѣчу идеямъ Тибо о необходимости единого гражданского кодекса для Германіи съ своей знаменитой брошюрой: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (последн. изд. 93 г.), и какъ въ этой брошюрѣ, такъ и въ рядѣ журнальных статей, въ дальнѣйшихъ своихъ трудахъ по исторіи и системѣ права, установилъ свое воззрѣніе на природу права, на задачи юриспруденціи, на призваніе своего времени къ правовѣдѣнію и законодательству. Съ именемъ Савиньи соединяется съ тѣхъ поръ представленіе объ историческомъ направленіи правовѣдѣнія. Это не значитъ, натурально, чтобъ Савиньи былъ родоначальникомъ историческаго метода въ изученіи социальныхъ явленій вообще и права въ особенности. Генезисъ этого метода и отношеніе Савиньи къ ближайшимъ предшественникамъ можетъ составить очень любопытную страницу въ исторіографіи новаго времени; но для насъ здѣсь не можетъ быть сомнѣнія что ничье вліяніе на изученіе права, въ особенности гражданского, въ нашъ вѣкъ не было до такой степени продолжительнымъ, обширнымъ и рѣшающимъ, какъ именно вліяніе этого писателя *).

Мы приведемъ здѣсь близко къ подлиннику ту *page mémorable, qui contient sa confession de foi scientifique* **), гдѣ Савиньи въ сжатой и точной формѣ даетъ понять что онъ разумѣетъ подъ исторіей и историческимъ методомъ въ правѣ.

*) Въ ноябрѣ 1888 года появилось въ *Archiv f. bürger. Recht, Kohler's u. Ring's*, Bd. 1, Heft 1, составл. продолженіе Busch's *Archiv's* (Bd. 49, H. 1), обширная журнальная статья Schwarz'a *Die Geschichte der priv. rechtl. Kodifikationsbestreb. in Deutsch. u. d. Entstehungsgesch. d. Entwurfs*. Здѣсь читатель найдетъ многія любопытныя подробности по исторіи борьбы объединителей права и сепаратистовъ и очеркъ встрѣчныхъ мнѣній писателей разныхъ партій задолго предшествовавшихъ полемикѣ Тибо и Савиньи (стр. 38 и слѣд.).

**) Такъ называетъ это мѣсто очень почтенный бельгійскій ученый Rivier въ своемъ весьма цѣнномъ и для русскихъ ученыхъ трудѣ *Introduction historique au droit romain. Bruxelles. 1881 г. Leçon d'ouverture, p. 14.*

Рѣчь идетъ объ изданіи журнала. Это программа журнала *). Онъ издаетъ журналъ, чтобы нѣмецкіе юристы постигли, наконецъ, къ какой каждый изъ нихъ принадлежитъ партіи, что чаще всего для нихъ самихъ остается скрытымъ... И такъ, есть двѣ школы, и одна изъ нихъ достаточно опредѣленно обозначается наименованіемъ *исторической*. Другую Савиньи затрудняется назвать опредѣленнымъ именемъ, потому что тамъ сходятся и послѣдователи такъ называемаго естественнаго права и просто люди здраваго смысла и, наконецъ, философы. За отсутствіемъ единаго положительнаго признака Савиньи именуетъ такую школу *неисторической*. Ей даетъ единство только противуположеніе съ первою. Этого противоположенія школъ нельзя, впрочемъ, основательно разобрать пока рѣчь идетъ исключительно о научныхъ вопросахъ, такъ какъ оно имѣетъ скорѣе общій характеръ и обнаруживается больше или меньше во всѣхъ людскихъ дѣлахъ, а въ особенности въ дѣлѣ устройства и управленія государствъ.

99277
Вопросъ, однако, общій есть такого рода: въ какомъ отношеніи находится прошлое къ настоящему, возникающее къ сущему (das Werden zum Sein?), и на этотъ счетъ одни учатъ, что каждая эпоха сама создаетъ себѣ свое бытіе, свой міръ, удачно или нѣтъ, по мѣрѣ силъ своихъ и своего разумѣнія. Въ этихъ работахъ можетъ оказаться неизлишнею и оглядка въ прошлое, ибо оттуда возможно извлечь поученіе о томъ, какъ дѣла обстояли у предковъ. Исторія станетъ такимъ образомъ сборникомъ морально-политическихъ примѣровъ. Но такія оглядки въ прошлое составляютъ лишь одно изъ вспомогательныхъ средствъ, и для генія, напр., онѣ вовсе и не обязательны.

По ученію другихъ, наоборотъ, нѣтъ вовсе одинокаго и обособленнаго существованія, и все то, что могло бы быть разсматриваемо какъ единственное, съ другой точки зрѣнія является частью нѣкотораго высшаго цѣлаго. Такимъ образомъ, намъ надлежитъ мыслить отдѣльнаго человѣка необходимо какъ члена семьи, народа, государства; всякую эпоху въ жизни народа какъ продолженіе и развитіе предшествующихъ эпохъ. Иной взглядъ — односторонность, ошибка, ошибка вредная... Разъ это такъ, тогда всякая эпоха не приноситъ съ собою, произвольно и для себя, весь свой міръ... Тогда новое время должно признать нѣчто данное; это будетъ *нѣчто необходимое, ибо оно не зависитъ отъ настоящаго, и нѣчто свободное, ибо оно не исхо-*

*) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, т. I, стр. 3.

дитъ отъ произвола другого (какъ приказъ господина его рабу). Его источникъ лежитъ въ высшей природѣ народа, какъ постоянно образующагося, постоянно развивающагося цѣлаго.

Мы имѣемъ такимъ образомъ въ исторіи права процессъ развитія индивидуума, поставленный въ тѣснѣйшую связь съ процессомъ развитія народа *).

Этотъ процессъ историческаго развитія, эти явленія эволюціи обнимаютъ собою все право, и только правильное разумѣніе ихъ способно избавить людей отъ ошибокъ, въ которыя они такъ склонны впадать, почитая свои идеи за чисто разумныя потому только, что они не знаютъ ихъ происхожденія **).

Переходя отъ этихъ общихъ научныхъ построеній къ ближайшимъ интересамъ дня, которые вызвали эти размышленія, Савиньи выражаетъ свое сомнѣніе, чтобы нѣмецкіе юристы того времени способны были, могли бы создать общегерманское гражданское уложеніе. Когда нѣтъ, — говоритъ Савиньи, — на лицо хорошей книжки, хорошей работы по этой матеріи, — тогда что-жъ будетъ собою представлять предположенный кодексъ? Законодателю придется освѣтить своимъ авторитетомъ фальшивыя мнѣнія и очевидныя ошибки юристовъ. Дальше времени Теодориха остготскаго мы уйдемъ развѣ въ томъ только смыслѣ, что тогда не было юристовъ-писателей, а теперь ихъ очень много. Единственный результатъ, котораго легко достигнуть, будетъ заключаться въ томъ, что мы разобщимъ наше право съ его прошлымъ, обратимъ его такимъ образомъ въ мертвую букву.

Мысль Савиньи успокоивается не на этихъ планахъ. Его идеалы не тутъ... Онъ смѣло указываетъ юристамъ эпоху свободнаго творчества права въ жизни римскаго государства, въ эдиктѣ претора, въ классической юриспруденціи. Этотъ духъ римскаго творчества долженъ ожить въ насъ и привести насъ къ тому, чтобы мы сами стали способны созидать наше право и продлить такимъ образомъ прерванную судьбами работу ихъ мысли. Что эта, такъ поставленная, задача есть практически выполняемая, въ этомъ Савиньи выражаетъ свое горячее убѣж-

*) Эти и дальнѣйшія мысли дали поводъ профессору Merkel'ю сопоставить воззрѣнія Савиньи съ ученіями Дарвина. Zeitschrift für das Privat. u. Oeffentl. Recht... Grünhut'a B. 3 и 4. Прилежный Цительманъ (въ сочин. Irrthum u. Rechtsgeschäft, стр. 226) отыскалъ и то, чего не доставало для этого сравненія Merkel'ю. Авт. Тонъ, въ томъ же австрійскомъ журналѣ Grünhut'a, говоритъ въ этомъ духѣ: Die Fähigkeit, das Recht zu erzeugen, darf den arterhaltenden Eigenschaften des heutigen Menschengeschlechtes zugezählt werden.

**) Beruf, стр. 10, 11, 115 Zeitschr. f. gesch. R. Wissensch, т. I, стр. 2, 396.

деніе. Эти убѣжденія и эти свѣтлыя надежды покоются главнѣйшимъ образомъ на германскихъ университетахъ *).

Только когда знаменитый мыслитель выступилъ на эту почву практики, въ эту сферу интересовъ, близко касающихся жизни, ему пришлось выдержать борьбу, отъ тяжелаго впечатлѣнія которой онъ долго послѣ не могъ отдѣлаться. Это любопытный эпизодъ. Противникомъ Савиньи на этой практической почвѣ явился нѣкто Гёнеръ, бывший профессоръ, очевидно принадлежавшій къ кругу лицъ *неисторической* школы. Задача Гёнера — обличить Савиньи въ опасныхъ замыслахъ. Мысли Гёнера могутъ быть выражены такъ (мы не остановились бы на нихъ, если бы Савиньи, въ связи съ этой полемикой, не досказалъ своей программы еще опредѣленнѣе и еще ближе къ практикѣ). Историческій методъ въ правѣ, думаетъ онъ, даетъ нѣчто совершенно отрѣшенное отъ вѣчныхъ началъ разума и высшихъ областей знанія. Образцы такого права новые юристы думаютъ отыскивать въ Римѣ, гдѣ право находилось въ процессѣ образованія. Ихъ цѣль въ томъ, чтобы вырвать законодательную власть изъ рукъ правителей и передать ее въ руки народа и юристовъ **). Право, попавшее въ такія руки, походить на садъ, гдѣ отъ сорныхъ травъ гложетъ зародышъ добраго посѣва. Гёнеръ не упускаетъ натурально вызвать на Савиньи негодованіе тевтон-

*) Beruf, стр. 19, 24, 31, 49, 51, 120, 121. Мы будемъ имѣть позже (въ обзорѣ западныхъ кодификацій и въ нѣсколькихъ мѣстахъ курса) случай увидѣть, въ какомъ отношеніи эти идеи находились тогда къ воззрѣніямъ, господствовавшимъ въ обществѣ и правительствѣ. Вліяніе ученій Савиньи на школу было и остается до сихъ поръ самымъ рѣшительнымъ. Профессоръ Шрадеръ, очень скоро послѣ брошюры Савиньи, напечаталъ любопытное сочиненіе: „Die prätorischen Edikte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen“. Ученикъ Савиньи Рудорфъ всю жизнь не переставалъ работать надъ преторскимъ эдиктомъ и, какъ извѣстно изъ курсовъ римскаго права, этотъ предметъ и теперь составляетъ излюбленную тему историко-юридическихъ изысканій. Schwarz въ указанной сейчасъ статьѣ далеко не даетъ оцѣнки ученію Савиньи, и насколько оно не отвѣчало Sehnsucht'у нѣмцевъ того времени, даже осуждаетъ его какъ непрактическое (стр. 56 и 122); цѣль работы не въ научной оцѣнкѣ методовъ изученія права. Планъ Schrader'a и оцѣнка его со стороны Savigny приведены коротко у Schwarz'a на стр. 72 и слѣд.

**) Какія опасенія были у Гёнера—это здѣсь не представляетъ для насъ никакого интереса. Въ нѣмецкой юридической литературѣ, незасисимо отъ ея научныхъ задачъ, постоянно встрѣчаются совершенно локальнаго характера политическіе интересы, которые связаны съ территоріальнымъ разноразличіемъ въ странѣ. Все это для насъ очень мало поучительно. Здѣсь мы видимъ Гёнера, обличающаго Савиньи. Такимъ же обличеніямъ подвергался и Эйхгорнъ со стороны нѣкоего Schmalz'a, постоянно безпокоившаго славнаго германиста за то, что Эйхгорнъ принадлежалъ къ кругу патріотовъ и бился на ряду съ другими за свободу родины, по одному нѣмецкому патріотическому побужденію, а не по чувству долга пруссака и только. Нерѣдко, впрочемъ, такія, со стороны, малосущественныя обстоятельства до крайности обостряютъ спорные пункты и даютъ непріятный, раздраженный характеръ борьбѣ мнѣній. Кто такое Gönner — видно у Schwarz'a, стр. 80 и слѣд.

скаго чувства оскорбленной гордости за неуваженіе къ роднымъ авторитетамъ и за преданность латинскимъ идеаламъ *). Въ заключеніе Гёнеръ требуетъ измѣненія дѣйствующаго права чрезъ введеніе новаго единого кодекса, причемъ учебный планъ университетовъ долженъ быть направленъ на изученіе отечественныхъ законовъ.

Вотъ эти встрѣчныя мнѣнія и дали поводъ Савиньи досказывать свою мысль по вопросу о природѣ гражданскаго права. „Да, — говоритъ онъ, я утверждалъ, что *гражданское право въ самой большей части* своего содержанія образуется и *развивается народомъ и юристами*, и что дѣйствительное *вліяніе на него законодателя менѣе значительно*, чѣмъ это принято думать **). Кто будетъ такимъ органомъ законодательства — это совершенно безразлично. Простое сравненіе можетъ уяснить дѣло. Курсъ денегъ опредѣляется мнѣніемъ народа, который здѣсь, въ торговлѣ, представляется торговымъ классомъ, также какъ въ правѣ — юристами, такъ что мнѣніе торговыхъ людей опредѣляетъ собою курсъ. Пускай же нашъ авторъ (Гёнеръ) увѣритъ кого-либо, что это со стороны торговыхъ людей составляетъ присвоеніе власти. Къ чему поведетъ такой взглядъ въ области финансовъ — это тотчасъ станетъ ясно ***). Къ сожалѣнію, такого рода опытъ гораздо труднѣе устроить въ области гражданскаго права.

Я говорилъ, однако, — продолжаетъ Савиньи, — о внутренней образующей право силѣ, а вовсе не о внѣшнемъ строеніи государствъ.

Это ученіе *объ органической природѣ права*, о внутренней образующей его силѣ, любимыя сравненіи процессовъ образованія права съ народной рѣчью, раскрытіе подлинныхъ формъ народнаго творчества въ правѣ обычномъ — все это весьма извѣстные приемы и результаты историческаго воззрѣнія на право.

Они, однако, не приводили, конечно, совершенно независимо отъ воли людей, къ желанному результату, къ раскрытію у насъ такихъ же органовъ образованія общихъ юридическихъ институтовъ, какимъ былъ эдиктъ претора въ Римѣ. Практическія заботы оставляли желать многого. Творчество нѣмецкихъ юристовъ далеко не такъ скоро, какъ того хотѣли бы руководящіе романисты, давало плоды, въ коихъ можно было узнать результаты

*) Журналъ историческаго правовѣдѣнія издавался Савиньи вмѣстѣ съ Эйхгорномъ, и никому конечно, кромѣ развѣ Гримма, нѣмецкая юриспруденція не обязана такими заслугами, какъ именно Эйхгорну.

**) Zeitschr., I, стр. 363.

***) Тамъ же, стр. 384.

новаго направленія юридическихъ штудій и ожившую въ новыхъ условіяхъ работу римскаго юридическаго генія. Школу историческую упрекали въ квіетизмъ, въ равнодушіи къ практическимъ задачамъ юриспруденціи. Въ концѣ 40-хъ годовъ эти укоры приняла очень острый характеръ, особенно послѣ того, какъ министерская дѣятельность Савиньи не принесла требуемыхъ результатовъ. Наукѣ вмѣнено было то, что не зависѣло вовсе отъ ея дѣятельности. Журналъ историческаго правовѣдѣнія пересталъ издаваться.

Быть можетъ, Германія ждала событій, а не новыхъ движеній мысли только? Событія, однако, разрѣшавшія задачу національнаго объединенія, пришли много позже, а на смѣну прежнихъ учителей поспѣшили стать новые люди съ другими программами ученой и академической дѣятельности *).

Если старую школу упрекали въ квіетизмъ, то для новой дѣятельности проф. Эмиль Кунце справедливо придумалъ характеристику другого рода. Это — Sturm-und Drang-Periode in der Jurisprudenz, періодъ „бури и натиска“, а вѣстникъ этой школы, Рудольфъ Іерингъ, это буревѣстникъ, Sturmvogel...

Для насъ не столько важны перипетіи этого движенія умовъ въ Германіи, сколько результаты, къ коимъ приходятъ писатели новаго направленія въ ученіи о природѣ права.

Уже въ томъ сочиненіи, которое дало Іерингу право на самую обширную извѣстность (Geist d. römisch. Rechts auf d. verschied. Stufen seiner Entwicklung), виденъ иной приемъ изысканій этого писателя и иная цѣль ихъ, чѣмъ у представителей старой школы. Іерингъ подвергаетъ суровому допросу (peinliche Frage) явленія римской исторіи права. Онъ не хочетъ знать *скрытыхъ органическихъ процессовъ* праворазвитія. Ему нужны явные его факторы. Онъ не очень довѣряетъ существованію такихъ эпохъ въ правѣ, когда юридическія понятія выдѣлялись сами собой, какъ готовые результаты *непосредственного* народнаго сознанія. Передъ нами проходятъ картины личной дѣятельной воли, военнаго строя, договорныхъ формъ, сознательной, рассчитанной дѣятельности людей (persönliche Thatkraft), какъ главныхъ факторовъ развитія права. Не въ формѣ обычая, а въ начертанномъ законѣ находитъ себѣ право свое подлинное выраженіе **). Любимое сравненіе для историческихъ (у І. — специ-

*) Подробности литературнаго движенія послѣ полемики Савиньи и Тибо см. у Schwarz'a, гдѣ разсмотр. мнѣнія Runde, Christ'a, Falck'a, Kierulff'a, Stahl'a, Beseler'a, Wächter'a, Puchta, Bruns'a, Geib'a, Unger'a и друг.

**) Читатель Geist'a безъ труда найдетъ блестящія страницы, гдѣ видно,

фическихъ) процессовъ праворазвитія даютъ явленія *изъ міра механическаго*, а не органическаго, какъ у историковъ прежняго времени. Право сопоставляется не съ языкомъ народа, а съ азбукой. Процессъ римскій — это Scheidemaschine, это хорошо придуманный аппаратъ, которымъ искусственно расчленяются моменты цѣлаго жизненнаго спорнаго юридическаго отношенія. Все движеніе спора подобно движенію часового механизма.

Множество счастливыхъ сравненій, необыкновенно живая рѣчь, поразительная смѣлость обобщеній держать читателя подъ нѣкоторымъ обаяніемъ силы и побуждаютъ мыслить за одно съ нимъ, какъ будто въ мірѣ новыхъ понятій, дающихъ совсѣмъ иное освѣщеніе явленіямъ, давно знакомымъ и до тѣхъ поръ недостаточно освѣщеннымъ. По отношенію ко многимъ вопросамъ, какъ увидимъ, это впечатлѣніе не случайное и не преходящее.

Оставшееся одно время не занятымъ мѣсто прекратившагося „Журнала историческаго правовѣдѣнія“ люди новаго времени спѣшатъ занять новымъ изданіемъ, которое по имени (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römisch. u. deutsch. Privatrechts, съ 56 г.) и въ особенности по своей программѣ (переведена г. Гусаковымъ въ „Юридическомъ Вѣстникѣ“, издаваем. въ Москвѣ) становится въ рѣзкое противоположеніе съ программой прекратившагося журнала. Въ этой блестящей программѣ Іерингъ выдерживаетъ читателя все время въ высшихъ сферахъ юридическаго творчества, для котораго требуется особенное чутье, исключительный талантъ, и которое вознаграждаетъ дѣятеля наслажденіями эстетическаго свойства. Это тѣ области права, которыя какъ будто назначаются для самихъ же юристовъ. Своего рода виртуозность, находящая сама въ себѣ цѣль. Исторію, говоритъ Іерингъ, могутъ обрабатывать и филологи. Настоящій юристъ, хотя бы его историко-юридическое снаряженіе (Ausrüstung) было совершенно недостаточно, пойметъ въ общемъ несравненно лучше римское право, чѣмъ историкъ права, у котораго отсутствуетъ das juristische Organ. Все это очень можетъ быть, но дѣло здѣсь идетъ явно не о томъ правѣ, которое одинаково хорошо пойметъ и не-филологъ и не-юристъ, а именно о виртуозности въ юриспруденціи. Послѣ этой программы мы имѣли рядъ работъ Іеринга, съ рассчитанными заглавіями: „Reflexwirkungen“, „Passive Wirkungen des Rechts“, мы имѣли неоконченную и возбудившую большія ожиданія „Allgemeine

въ какой мѣрѣ авторъ считаетъ недостаточнымъ одинъ легальный матеріалъ для возсозданія картины юридич. быта эпохи, и тѣ же сравненія живого права съ живой рѣчью какъ у Савиньи.

Theorie des Rechts“, нѣсколько очень цѣнныхъ изысканій для догматическихъ конструкцій *), мы имѣли, наконецъ, брошюру „Борьба за право“ (Der Kampf um's Recht), но ничего досказаннаго, никакого довершеннаго дѣла, которое могло бы стать на пути прежняго направленія мыслей и изслѣдованій историко-юридической школы. Никогда не прекращавшаяся работа изысканій историческаго характера возобновилась (въ началѣ 60-хъ годовъ) съ большою энергіей въ новыхъ журналахъ.

Въ цѣломъ планѣ дѣйствій новыхъ людей произошла какая-то задержка. До поры какъ будто не хотѣли выдать всего замысла. Послѣ военныхъ успѣховъ Германіи и рѣшеннаго вопроса объ имперской компетенціи для обще-нѣмецкаго гражданскаго уложенія эта пора, повидимому, наступила. Таить было больше нечего, и основы новаго ученія о правѣ заложены были въ большомъ парадномъ томѣ, озаглавленномъ „Der Zweck im Recht“. По назначенію своему это совершенно также знакъ времени, какъ и та программа исторической школы, которую мы выше описали. Но это знакъ совершенно другой эпохи, иного настроенія, когда нѣтъ досуга разбирать научныя проблемы, когда надо спѣшить дѣйствовать и достигать результатовъ, пока на лицо всѣ условія успѣха. Это настоящая Sturm- u. Drang-Periode in der Jurisprudenz.

Еслибы мы не имѣли даты на этомъ волюмѣ, мы могли бы ее опредѣлить методомъ внутренней хронологіи, о коей пишетъ Jhering въ своемъ Geist'ѣ. Волюмъ появился послѣ военныхъ успѣховъ Пруссіи, въ разгаръ Culturkampf'a, немного позже достигнутаго соглашенія объ имперской компетенціи гражданскаго уложенія (74 г.), въ 77 году, и несомнѣнно будетъ утрачивать все свое значеніе вмѣстѣ съ измѣненіемъ случайныхъ условій, потребовавшихъ его появленія.

Вотъ основы новаго ученія о природѣ права. Субстратомъ для конструкціи понятія права служить не народное сознаніе, не наличность исторически сложившихся союзовъ, а абстрактное понятіе общества, которое представляетъ собою ничѣмъ внутренне не связанное множество людей, среди коихъ начало свободы, очевидно имѣющей вовсе иной смыслъ, чѣмъ у представителей исторической мысли (см. выше, стр. 17 кон.), угрожаетъ опасностью цѣлому. Все, чѣмъ мотивируется право въ исторіи, вся связь его съ жизнью народа, съ національнымъ юридиче-

*) Въ дальнѣйшемъ догматическомъ изложеніи мы не обойдемъ ни одной безъ вниманія. Теперь всѣ переиздаются въ Gesammelte Aufsätze, 3 m.

скимъ сознаниемъ уходить на послѣдній планъ. Законъ причинности существуетъ только для внѣшней природы. Для дѣйствій человѣка, для права, есть другой законъ, законъ цѣли, *causa finalis*. Здѣсь все разсчитать, и кто дальше умѣетъ разсчитывать, за тѣмъ — право. Право будетъ, такимъ образомъ, діалектикой цѣли. *Zweckapparate*’ы, лучше организованные, торжествуютъ надъ таковыми же, хуже организованными. Наилучшій аппаратъ такого рода есть государство. Оно одно имѣетъ власть наказывать *). И такъ, государство есть внѣшній принудительный аппаратъ **). Право есть система обезпеченныхъ принужденіемъ социальныхъ цѣлей ***). Короче, право есть политика силы (*Politik der Gewalt*.) ****). Государство — это обладатель упорядоченнаго и дисциплинированнаго принужденія. Право есть дисциплина принужденія. Въ государствѣ лежитъ единственный источникъ права, ибо оно одно имѣетъ монополію принужденія. Все автономное въ государствѣ отъ него одного выводитъ свою силу; вмѣстѣ съ этимъ ясно, что простой актъ отнятія автономіи уничтожаетъ ее въ самой основѣ *****). Законъ есть непремѣнное оружіе интеллигенціи въ борьбѣ съ глупостью, это соглашеніе предусмотрительныхъ и дальнзоркихъ противъ близорукихъ. Разумѣніе цѣли доступно только предусмотрительнымъ, и I. очень жалѣетъ, что не можетъ убѣдить въ истинѣ своихъ ученій простыхъ людей, ибо для этого надо мыслить по философски и выражаться по мужицки †). Мысль *Ihering*’а плѣнена идеей универсальнаго

*) Въ сочиненіи *Das Schuldmoment im röm. Pr. recht*, 67 г., идея наказанія изображена какъ постепенно вымирающая въ исторіи права.

**) *Zweck*, 242.

***) Тамъ же, 255.

****) Стр. 367 въ старомъ, 378 въ нов. изданіи, гдѣ подчеркнуто — *die wohlverstandene Politik*...

*****) *Womit von selbst gesagt ist, dass es (автономія) durch Zurücknahme seinerseits (т.-е. со стороны государства) von selbst erlischt*... Dies gilt auch von der christlichen Kirche, стр. 319. Здѣсь указаніе по 1-му изд. Соотвѣтственно стр. 319-той во 2-мъ изд. будетъ стр. 321. *Ihering* назвалъ 2-е изданіе переработаннымъ (*umgearbeitet*). Переработка во всякомъ случаѣ незначительная, и было бы жалъ, еслибы отъ такихъ переработокъ очень измѣнился первоначальный текстъ, ибо онъ хорошъ, какъ знакъ времени, именно въ этомъ цѣльномъ видѣ, безъ передѣлокъ и закругленій грубыхъ линій первоначальной, подлинной работы. Въ 3-мъ изданіи, вѣроятно, исчезнетъ или будетъ смягченъ выписанный текстъ, ибо культуркампфъ законченъ. И это будетъ опять жалъ.

†) Образцы послѣдняго можно найти у этого писателя во II т. *Zweck*’а (о коемъ мы не говоримъ здѣсь, ибо это собственно *Cap. IX, das Sittliche*, 716 стр., кажется еще не вполне исчерпанъ; см. рефератъ г. Гусакова въ *Юрид. Вѣстн.*) и особенно въ *Scherz u. Ernst*, гдѣ раздраженіе, даже задоръ писателя, конечно, мало способствуютъ уясненію дѣла. Въ II т. *Zweck*’а на вопросъ, обращенный I—гу, очевидно, однимъ изъ его *Fachgenossen*, что-жъ собственно онъ разумѣетъ подъ обществомъ?—*Ihering* отвѣчаетъ „*Schuster, bleib bei deinem Leisten*“ (стр. 193). Между тѣмъ вопросъ совершенно умѣстенъ, и I—гу оставалось бы отвѣтить, или, что подъ обществомъ и общеніемъ онъ разумѣетъ ихъ историческія формы

властительства. Весь процессъ исторіи сводится къ поглощенію политическихъ тѣлъ *ostav-volum'a volum'ami in folio*. Въ то же время онъ вспоминаетъ законы противъ безбрачныхъ и бездѣтныхъ, которые угрожали римскому обществу временъ упадка свободы, и принудительные эдикты Людовика XIV для поселенцевъ Канады въ интересахъ заселенія пустой страны. Ему ненужны ни судьи-граждане (онъ противъ суда присяжныхъ), ни граждане-воины. Все право есть механизмъ закона, а самъ законъ—орудіе достиженія цѣлей.

Есть писатели, которые думали иначе о свободѣ, о правѣ. Но кто же это? Это Фихте, котораго Ihering находитъ непрактичнымъ до шутовства, это Гумбольдтъ, мечтавшій о войнахъ-гражданахъ, когда ему не было и 30-ти лѣтъ. Наконецъ, Милль! Онъ имѣлъ много больше 30 лѣтъ, когда публиковалъ трактатъ о свободѣ, и однако, Милль, съ этимъ ученіемъ, въ результатѣ собственно только отстаиваетъ безнаказанное отравленіе китайцевъ опиумомъ, которое даетъ выгоду его соотечественникамъ *). Ihering знаетъ иные порядки, иныхъ воиновъ, другую основу для права и нравственности. Въ ней нѣтъ никакихъ элементовъ свободы, нѣтъ никакого начала, лежащаго въ самомъ чловѣкѣ. Она вся есть *Zwang*, извнѣ приходящее, насильственное побужденіе; зато она приводитъ къ заманчивой цѣли, къ торжеству государства *in-folio-volum'a* надъ государствами *ostav-volum'a*; она практична! Иллюстрацій этой новой морали легко найти во множествѣ въ обоихъ обширныхъ трактатахъ, въ т. 1 и во 2 *Zweck'a*.

Достоинство и историческій характеръ старой морали, временъ войны за освобожденіе (*Befreiungskrieg*), когда писали Гумбольдтъ, Фихте, Савиньи, легко опредѣлить простымъ сравненіемъ осмѣяннаго здѣсь идеала гражданина-воина съ новымъ типомъ солдата, которымъ любитъ Ihering **). Съ такими идеа-

(тотъ самый *Volk*, *Volksgeist*, *Volksüberzeugung*, надъ коими онъ тамъ же потѣшается), но тогда не было бы вовсе нужно Ihering'овскаго *Zwangsanstalt'a* вмѣсто права, ибо въ этомъ обществѣ нѣтъ стихійныхъ силъ разрушенія, или Ihering долженъ бы сказать, что его „общество“ есть общество больное, собраніе умишенныхъ, дѣтей, непокорныхъ солдатъ, чтобъ оправдать необходимость *Zwangsjacke* вмѣсто права... Вмѣсто отвѣта слышится одно раздраженіе...

*) Тамъ же, стр. 528, 536, 555.

**) У Гумбольдта: Государство даетъ такое направленіе военному воспитанію, *das nicht bloss die Tapferkeit, Fertigkeit u. Subordination eines Soldaten beibringe, sondern den Geist wahrer Krieger oder vielmehr edler Bürger einhauche, welche für ihr Vaterland zu fechten immer bereit sind*. У Ihering'a: der Soldat muss wissen, dass ihm, wenn er den Kugeln des Feindes entrinnen will, der Degen seines Officiers droht—*incidit in scylam qui vult vitare charybdim*... Der Respekt vor dem Degen seines Vorgesetzten muss dem Soldat zum Evangelium werden... Настоящая Sturm-Jurisprudenz!

лами, быть можетъ, легко поработить весь міръ (неизвѣстно лишь, кто призванъ это совершить!), не прибавивъ ни одной страницы въ старую исторію права, и съ такой юриспруденціей наше время уйдетъ впередъ отъ временъ Теодориха остготскаго *), въ самомъ дѣлѣ, развѣ только въ томъ, что тамъ не было юристовъ-писателей, а у насъ ихъ очень много **).

Мы дали возможно кратко ***) характеристическія для новаго ученія черты, оставляя въ сторонѣ все, что менѣе характерно для этого направленія. Натурально, и въ этихъ книгахъ, поразительныхъ по отсутствію всякой внутренней спокойной гармоніи мысли, найдутся страницы, гдѣ вы узнаете высокаго мастера старой школы. Такихъ страницъ много. Онѣ ненамѣренно вырываются изъ-подъ пера историка; но исторія мало интересуется его. Онъ охотно предоставилъ бы ее всю филологамъ, точно такъ же, какъ исканіе идеи свободы — философамъ, недостижимъ 30-лѣтняго возраста. Его тревожитъ будущее... Гдѣ Zweck? гдѣ causa finalis? Оно темно, натурально, для него, какъ и для всѣхъ смертныхъ, но никто не стремится съ такой страстью овладѣть имъ, какъ онъ. Это загадочное будущее можетъ спасти только *могущественная механическая сила государства*, и все право должно служить только средствомъ для этой цѣли спасенія. Das Recht oder das Leben? — вотъ какъ ставить вопросъ Ihering, и въ этомъ глубочайшая разница его точки зрѣнія на право отъ исторической, идущей и открывающей das lebendige, lebensfähige Recht. Изъ этой альтернативы Ihering выходитъ съ патетической фразой: „die Gewalt opfert das Recht und rettet das Leben“ ****).

Неужели все право въ исторіи имѣетъ что-либо общее съ этой альтернативой: das Recht oder das Leben? Ihering думаетъ такъ. Чѣмъ бы ни были вызваны такіе взгляды, способны ли они замѣнить совершенно иныя воззрѣнія на природу права у юристовъ-классиковъ, имѣвшихъ позади себя тысячелѣтній процессъ

*) Достаточно сопоставить это ученіе Ihering'a съ знакомыми вамъ понятіями права, его происхожденія, его источниковъ у юристовъ-классиковъ, измѣрить разстояніе, на которомъ отстоятъ одна отъ другой обѣ культурно-историческія эпохи, чтобъ получить результатъ, конечно, не къ выгодѣ нашей...

**) Ihering, въ Scherz u. Ernst, очень озабоченъ сокращеніемъ числа своихъ Fachgenossen, воскрешая и здѣсь прусскія заботы прошлаго вѣка (о чемъ позже).

***) Оба тома заключаютъ въ себѣ до 1300 страницъ.

****) Т. I, стр. 251, нов. изд. Собственно тутъ не видно, откуда Gewalt, но въ т. II, стр. 170, читаемъ: auch hier (т.-е. въ социальномъ вопросѣ) ist er (der grosse Mann, dem wir, Deutschen, die politische Wiedergeburt unseres Vaterlandes verdanken) es wiederum gewesen, welcher mit *eiserner Faust* das Thor zu öffnen sich anschickt, durch welches der Weg der Zukunft hindurchführt.

его исторіи и то ученіе о правѣ, которое возсоздано современной школой юристовъ-историковъ въ Германіи? Есть ли это ученіе новое, съ которымъ еще не пробовали свести счеты старые учителя? или оно давно знакомо, давно извѣстно въ лѣтописяхъ науки и представляетъ собой въ этомъ новомъ видѣ не столько въ глубь идущую задачу изученія природы права, сколько *приноровленную къ даннымъ условіямъ теоретическую основу какой-либо программы дѣйствія?*

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть случай убѣдиться, что воззрѣнія на право, совершенно близкія къ этому ученію Ihering'a, господствовали въ особенности въ законодательной практикѣ прошлаго вѣка. Это эпоха такъ назыв. просвѣтительнаго абсолютизма.

По вопросу о новизнѣ этого ученія намъ нѣтъ нужды далеко ходить за справками, чтобъ имѣть отвѣтъ. Сорокъ лѣтъ назадъ, по поводу опытовъ построенія права на той же основѣ, Савиньи, въ своей системѣ, писалъ слѣдующее:

Die Abwehr dieses Uebels (*устраненіе этого зла, т.-е. безправія, Unrecht*) ist ihnen (*есть по ихъ мнѣнію, т.-е. по мнѣнію писателей неисторической школы*) das Recht (*право*). Das-selbe soll hervorgebracht werden nach Einigen (*По мнѣнію однихъ, это достигается т.-е. право возникаетъ*), durch verständige Uebereinkunft (*чрезъ разумное соглашеніе*), indem Jeder ein Stück seiner Freiheit aufgäbe um das Uebrige zu retten (*въ силу того, что каждый уступаетъ нѣкоторую долю своей свободы, чтобъ спасти остальное*); oder, nach Anderen (*или, по мнѣнію другихъ, тоже думаетъ Ihering*) durch eine äussere Zwangsanstalt (*право образуется посредствомъ нѣкотораго внѣшняго принудительнаго установленія*), welche allein der natürlichen Neigung der Menschen zu gegenseitiger Zerstörung Einhalt thun könne (*которое одно способно сдерживать естественную склонность людей къ взаимному уничтоженію*). Indem sie auf diese Weise das Negative an der Spitze stellen (*Ставя такимъ образомъ во главу ученія моментъ отрицательный*), verfahren sie so, als ob wir vom Zustande der Krankheit ausgehen wollten um die Gesetze des Lebens zu erkennen (*они какъ-бы принимаютъ состояніе болѣзненное за исходную точку для изученія законовъ жизни*).

Ничего болѣе законченнаго для обличенія фальшивой основы всего ученія Ihering'a о правѣ нельзя сказать и нынѣ.

Въ настоящее время есть, натурально, воинствующие юристы въ Германіи, которые не позволяютъ себѣ вычеркнуть одной строки

изъ Ihering'овской программы. Но это ихъ дѣло, ихъ практическая задача, ихъ расчетъ, идущій гораздо далѣе чистыхъ проблемъ науки. Это ихъ политическая программа. Они всѣ судятъ не о правѣ, какъ оно есть, а о правѣ, какимъ оно имѣетъ стать *въ ихъ рукахъ* и по ихъ планамъ.

Мы видимъ, однако, съ другой стороны, что и между теперешними юристами взглядъ на право, какъ на простое механическое орудіе принужденія, возбуждаетъ глубокое смущеніе.

Совершенно такъ же, какъ задачу жизни государства нельзя опредѣлить цѣлью поглотить другое, такъ же цѣлью развитія права нельзя ставить поглощеніе всѣхъ его источниковъ *однимъ закономъ*. Последнее относится въ особенности къ праву гражданскому.

Оттонъ Бэръ, одинъ изъ высшихъ сановниковъ юстиціи въ Германіи, именитѣйшій писатель, первоклассный знатокъ римскаго права и современной практики, бывшій соиздатель Ihering'a по названному выше журналу для догматики, безусловно осуждаетъ нынѣшнее стремленіе *überall das Recht in Gesetzes-Paragraphen einzufangen* (замкнуть все право въ параграфы закона), и вызвать этимъ *den falschen Schein, als beruhte alles Recht nur auf positiver Satzung* (ложное представленіе, будто все право покоится на однихъ положительныхъ опредѣленіяхъ. Ср. Юлія Павла. I. 1 D. de R. J.).

Одинъ изъ первыхъ, писавшихъ противъ ученія Ihering'a о *Zweck im Recht*, Felix Dahn ставитъ въ основу права „*Vernunft*“ и сѣтуетъ на тяжкое впечатлѣніе этой „*gewaltiges Buch*“ которую онъ хочетъ цѣликомъ изъ себя извергнуть (*aus dem Leibe herausarbeiten*). Въ *Zweck*'ѣ онъ видитъ обширную *prae-fatio* къ какой-нибудь новеллѣ, подготовляемой въ законодательныхъ сферахъ.

Талантливый Августъ Тонъ, которому книга Ihering'a пришла въ руки немного позже, чѣмъ бы онъ хотѣлъ (*его Rechts norm u. Subjectives Recht* появилось въ 78 г.), читая ее, испытывалъ чувство, „какъ будто передъ нимъ вновь прозвучала полузабытая гармонія, которую онъ до того тщетно пытался возобновить въ памяти“... Но, однако, противорѣчіе съ Ihering'омъ очень глубокое, и вотъ оно. Iheringъ видитъ существо права въ принужденіи (*Zwang*), а такъ какъ государство одно владѣетъ силой принужденія, то оно одно и есть источникъ права (Введ., X). Этого Тонъ не хочетъ никоимъ образомъ принять.

Одинъ изъ позднѣйшихъ, заслуженнѣйшихъ германистовъ Otto Gierke, въ рѣчи при вступленіи въ ректоратъ, пересчитывая теперешнія контroversы по основнымъ проблемамъ юриспруденціи, со-

поставляетъ историческую школу и новыхъ учителей. Это очень характерное сопоставленіе. Оно есть дѣло послѣднихъ дней, и въ мысль Гирке полезно вслушаться. Гирке очень хорошо разумѣетъ что такое Volkgeist, какъ творецъ права. Онъ думаетъ, что новыя движенія въ области философскихъ вопросовъ не въ состояніи поколебать основъ позитивной науки права, заложенныхъ Savigny, Eichhorn'омъ, Grimm'омъ. Въ этомъ движеніи, какъ оно ни отрадно, къ сожалѣнію, слишкомъ часто выводятъ на сцену *въ новыхъ костюмахъ давно пропавшія безъ вѣсти фигуры*, провозглашаютъ ихъ съ ноготка новыми продуктами мудрости, думаютъ талантливыми капризами замѣстить основы очень важныхъ построеній и дать, въ замѣнъ невеселыхъ размышленій, блестящія односторонности. Оттуда движеніе ошупью, безпокойное, хаотическое въ литературѣ. И нельзя при этомъ сказать, чтобы эта путаница, это непостоянство и это вздорное настроеніе ограничивалось однѣми сѣнями юриспруденціи; оно проникло гораздо глубже, туда, гдѣ еще въ недавнее время не было признаковъ подобныхъ явленій. Гирке считаетъ тревожными эти попытки свести все право къ одному источнику, къ positive Satzungen, и подчинить его идею рѣшающей силѣ случайно образовавшагося большинства. *Не все, что выражено въ формѣ закона, этимъ самымъ превращается въ живое право*, и напрасно думаютъ люди, что можно безнаказанно приводить въ движеніе авторитетъ закона всякій разъ, какъ этотъ путь покажется самымъ короткимъ для удовлетворенія всѣхъ минутныхъ потребностей практическаго свойства. Сколько-бы ни былъ великъ законодательный геній или умъ одареннѣйшаго юриста—ни тотъ, ни другой не въ силахъ создать *жизнеспособнаго права*, и все, къ чему призваны они—это лишь *найти право* (Recht finden), найти его именно въ той темной глубинѣ общаго правосознанія, гдѣ покоются его основы.

На встрѣчу гордому заявленію Ir-g'a, что ему трудно убѣдить въ вѣрности своего ученія людей простыхъ, Гирке указываетъ подлинно—народныя правовоззрѣнія, сохранившіяся въ національныхъ памятникахъ (Got is selve Recht, Got is Recht), и выражаетъ сомнѣніе, чтобы теперешніе взгляды на право какъ на средство только для цѣли въ рукахъ предусмотрительныхъ, какъ на рычагъ соціальной механики, были выше стараго народнаго, гдѣ право является само себѣ цѣлью (Gierke, Deutsch. Priv. recht. 1895 г., стр. 121, пр. 34).

Возможно-ли ярче иллюстрировать давно выраженные основоположенія исторической школы правовѣдѣнія? Рѣшительнѣе обратить мысль новыхъ Rechts-грюндеровъ къ тѣмъ, почти от-

вергнутымъ ими, нормамъ, которыя юристы исторической школы указывали въ правѣ обычномъ? Этотъ голосъ людей науки, по разнымъ признакамъ, сталъ слышенъ и тамъ, гдѣ борьба ученыхъ мнѣній и плановъ подлежитъ ближайшей практической повѣркѣ. Если единство права можетъ быть достигнуто только цѣной насилія, то результатъ едва-ли стоитъ жертвъ, съ коими сопряжено его достиженіе.

И такъ, юриспруденція, думавшая стать практической этимъ приближеніемъ своихъ конструкцій къ механическому типу, *под-боромъ теоретическихъ основаній*, нужныхъ для скорѣйшаго введенія въ дѣйствіе законодательнаго рычага, теряетъ кредитъ и въ сферахъ настоящей практики. Мы невольно опять вспоминаемъ наставленія Ihering'a своимъ читателямъ въ программѣ его журнала: „Наука права, чтобъ стать практической, не должна преслѣдовать узко практическихъ цѣлей“. Это вѣрно, ибо иначе погоня за практичностью перейдетъ въ простой *оппортунизмъ*! Направленіе, данное Ihering'омъ нѣмецкой юриспруденціи, на встрѣчу преданіямъ исторической школы, носитъ именно такой характеръ. По счастью, оно, какъ всякая Sturm-und Drang-periode, несомнѣнно имѣетъ совершенно преходящій характеръ въ нѣмецкой литературѣ, и тѣ отзвуки, которые слышны были у насъ отъ этой нѣмецкой бури, конечно также скоро минуютъ.

Недавно, Э. Кунце, прозавшій новую юриспруденцію штурмовой, а знаменосца ея буревѣстникомъ, въ сочиненіи *Die Obligationen im römisch. u. heutig. Recht...* 1886 г., принимаетъ тревожный тонъ передъ новой мудростью Ihering'a въ Zweck'ѣ и находитъ въ ней мрачный замыселъ замѣнить въ правѣ благородный образъ человѣка фигурой пеласгическаго чудища съ головой человѣка и туловищемъ животнаго и вмѣстѣ „dem Privatrecht seine beste Substanz zu rauben, d. h. sie an das öffentliche Recht zu verrathen“ *).

Въ этихъ теченіяхъ новыхъ ученій Кунце усматриваетъ грозу для живого духа нѣмецкаго права, которую предугадывалъ Савиньи, когда съ гениальнымъ даромъ предвидѣнія изображалъ опасныя стороны кодификаціи (см. § 70).

Жизненные процессы въ области права и его институтовъ не зависятъ ни отъ усмотрѣнія законодателя, ни отъ мастерства

*) Георгъ Мейеръ (*Der Staat u. die erworbenen Rechte*) какъ будто хочетъ именно подтвердить эти тревожныя предчувствія, когда утверждаетъ: *selbst brutale Gewaltakte würden, wenn sie in Form eines Gesetzes aufträten, formell Recht, für Gerichte, Verwaltungsbehörden, Unterthanen verbindlich sein* (стр. 15). Нѣтъ сомнѣнія! Но какой будетъ результатъ отъ этого Brutalität'a? вотъ въ чемъ вопросъ...

юристовъ. Измѣненіе бытовыхъ условій даннаго общества, усиленіе обмѣна интересовъ, расширеніе предѣловъ правосознанія, возвышеніе цѣлей, къ коимъ идутъ человѣческія общества, вліяютъ, сами собой, совершенно свободно отъ чьего-либо усмотрѣнія и разсчета, на весь составъ нормъ права, на все содержаніе его институтовъ, на смѣну цѣлыхъ системъ права. Все, къ чему можетъ быть призванъ законодатель и юриспруденція—это лишь къ содѣйствію этой работѣ внутреннихъ силъ живого общественнаго организма, а не къ замѣнѣ ея какими-либо механическими экспериментами.

Если мы отвергаемъ такимъ образомъ всю основу ученія Ihering'a, начало разсчета, цѣли, механическаго принужденія, для *понятія права*, то, съ другой стороны, для насъ несомнѣнно, что множество проблемъ *юридической техники* получаетъ свое разрѣшеніе именно съ этой точки зрѣнія цѣли, разсчета, умѣлости, специфическаго чутья. Въ отношеніи къ вопросамъ техники едва ли возможно найти что-либо болѣе поучительное, чѣмъ разработка ея задачъ, выполненная Ihering'омъ (въ его *Geist'ѣ*, особ. 2-я пол. 2-го т. и т. 3) на правѣ римскомъ и несомнѣнно пригодная для любого права.

Но искусство не есть только техника, право не есть только сфера сношеній дѣловаго міра, азбука не есть *prius*, а рѣчь *posterius*. Отождествленіе права съ техникой, природы его съ принудительнымъ аппаратомъ есть столь же ошибочное, какъ отождествленіе искусства съ инструментомъ, живой мысли и рѣчи съ мертвыми знаками придуманнаго алфавита. Чѣмъ дальше проблемы, поставленныя исторической школой, расходятся и должны расходиться съ проблемами этого новаго неисторическаго или механическаго воззрѣнія на право, тѣмъ натурально меньше возможно думать о вытѣсненіи послѣднимъ первыхъ. Гюннеръ и Ihering не станутъ на мѣсто Савиньи, Шмальцъ на мѣсто Эйхгорна, такъ же какъ солдаты Ihering'a не замѣнятъ воиновъ Гумбольдта, и угрожающая „сабля офицера“ не совершитъ того, что совершали рѣчи непрактическаго Фихте къ нѣмецкой націи въ минуту *Freiheits-Kampf'a*.

§ 3.

Публичное и частное право.—Ульпіанъ.—Группировка взглядовъ въ нѣмецкой литературѣ.—Гегельянцы.—Латинскія категоріи на новой почвѣ.—*Ausstossungsprocess*.—Замѣна воли интересомъ.—Планы К. Д. Кавелина.—Августъ Тонъ.—Искъ и лѣкарство.—Подвижность границы.

Въ тѣснѣйшей связи съ общими вопросами о природѣ права, органической или механической, въ современной литературѣ шло

развитіе другой очень важной контрoверзы о *границѣ права публичнаго и частнаго*. Для дальнѣйшаго изложенія эта контрoверза представляетъ особую важность, ибо назначеніе нашихъ занятій есть одна изъ этихъ двухъ областей, область права частнаго. Разъяснивъ въ § 2 вопросы метода изученія права въ связи съ природой его, мы здѣсь попытаемся установить кругъ явленій, подлежащихъ нашему изученію.

До самаго послѣдняго времени вопросъ этотъ считался разрѣшимымъ съ помощью простаго указанія на текстъ источниковъ, гдѣ мы находимъ прямо данный на него отвѣтъ.

Это извѣстное мѣсто Ульпіана, которое мы читаемъ въ L. 1 § 2, D. de just. et jure I. 1. Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Проф. Дербургъ, въ своихъ Пандектахъ, обращаетъ, въ виду выше стоящихъ словъ (*hujus, sc. juris, studii duae sunt positiones*), наше вниманіе на *практическій* характеръ этого дѣленія двухъ сферъ права у Римлянъ, такъ какъ тамъ различалась особая профессія политической дѣятельности и другая профессія, собственно юридическая, въ сферѣ частнаго права.

Это совершенно вѣрно. Но вопросъ, который насъ занимаетъ, заключается въ томъ, какъ провести въ области права границу между *jus publicum* и *privatum*? Слѣдуетъ ли намъ проводить ее такъ же, какъ проводили ее римляне? Какое значеніе этого дѣленія, историческое, для процесса развитія права частнаго, и ближайшее, практическое, для примѣненія его къ условіямъ нашей культуры.

Натурально, вопросы эти стали живо интересовать юристовъ нашего времени въ связи съ общимъ движеніемъ нашей юридической литературы, въ связи съ вопросомъ о достоинствѣ и значеніи римскаго права для насъ, съ задачею разъяснить природу права, универсальные и національные моменты въ немъ, преобладающее значеніе формальнаго или матеріальнаго элемента въ правѣ римскомъ и нашемъ, наконецъ, въ связи съ только-что разъясненнымъ нами вопросомъ, какъ создается право, силой ли простыхъ велѣній законодателя, или процессъ его образованія не находится въ тѣснѣйшей зависимости отъ этой формы, а идетъ своимъ историческимъ путемъ, знаетъ инныя формы, кромѣ закона, способныя тоже давать основу положительному праву.

Группировка взглядовъ въ этой, теперь очень живой, контрoверзѣ идетъ въ нѣмецкой литературѣ по этому вопросу почти такъ же, какъ и по вопросу о природѣ права. Мы встрѣтимъ тутъ

тѣ же имена руководящихъ людей на той и на другой сторонѣ, какія встрѣчали и въ вопросѣ о природѣ права, стоящими врозь.

Оно натурально. Если право есть только законъ, то элементъ публичный долженъ въ самой сильной степени давать себя чувствовать въ любомъ построеніи права частнаго. Въ тѣ времена, когда все право имѣетъ превратиться въ политику силы, въ *Staatsmaschinerie*, когда государству нужно въ данную минуту сосредоточить всѣ средства къ одной цѣли, скажемъ, къ поглощенію политическихъ организмовъ *ostav-volum'a* волюмомъ *in folio*, тамъ у и тѣхъ писателей, которые даютъ теоретическія основы для такихъ плановъ, право частное теряетъ всякую самобытность, все будетъ поглощено этой конечной цѣлью всѣхъ конструкцій. Наоборотъ, въ другой группѣ, гдѣ процессъ историческій, а не вдругъ возникшія политическія цѣли, лежитъ въ основѣ пониманія права, тамъ право частное не будетъ имѣть характера только средства для посторонней цѣли. Существо его институтовъ, построеніе ихъ удержитъ на себѣ непремѣнное свойство особенности отъ *jus publicum*, самобытности, связанной, правда, съ успѣхами правосознанія въ народѣ, въ живомъ историческомъ организмѣ, но не зависящей отъ случайно измѣнчивыхъ политическихъ комбинацій.

И такъ, чтожъ это за различіе права публичнаго и частнаго? Какой его историческій смыслъ?

Въ школѣ гегельянцевъ, имѣвшей, какъ извѣстно, и у насъ, особенно въ 40-хъ годахъ, горячихъ послѣдователей, съ исходной точки *развитія міроваго духа* (*Weltgeist*), всемірно-историческая роль Рима освѣщается такимъ образомъ. *Востокъ* почіетъ неподвижно въ неопредѣлившемся единствѣ сознанія религіи, нравственности, права. Въ идеѣ востока нѣтъ мѣста началу свободы индивидуума. Она вся есть идея необходимости, заповѣди божеской, гдѣ лицо есть только орудіе и никогда само себѣ цѣль. Тамъ нельзя искать начала права, выдѣлившагося изъ этого единства сознанія въ видѣ особой области свободного сознанія человѣкомъ себя какъ цѣли, какъ субъекта права частнаго. Въ мірѣ эллинскомъ исторически осуществляется иная идея. Это, въ противоположность востоку, воплощеніе индивидуализма. Въ *Греціи*—міръ свободы, возвышающейся лишь до единства идеи. Это индивидуализмъ, не воплотившійся ни въ какихъ обще-эллинскихъ установленіяхъ для права. Единаго греческаго права нѣтъ. *Римъ* принимаетъ въ свои нѣдра эти обѣ идеи, идею свободы (*Греція*) и необходимости (*Востокъ*), изъ коихъ слагается право,

и въ борьбѣ ихъ и въ сочетаніи, примиреніи, лежитъ всемірно-историческая задача Рима.

Не надо быть послѣдователемъ гегеліанскаго метода мышленія, чтобъ видѣть силу этой абстракціи. Ф. Лассаль (гегельянецъ), оцѣнивая эти формулы Гегеля, находитъ въ нихъ лишь общее завладѣніе, въ царствѣ мысли, міромъ явленій и требуетъ, чтобъ „генералы Александра Македонскаго“ разработали въ подробностяхъ, овладѣли отдѣльными провинціями этого царства, изучая дальше и полнѣе историческія явленія. Jhering выражаетъ собственно ту же гегельянскую мысль, опредѣляя въ Geist'ѣ историческое призваніе Рима такими словами: „какъ бы мы ни цѣнили, высоко или низко *), заслугу римскаго генія, нѣтъ сомнѣній, что открытіе права частнаго есть дѣло Рима“ (В. 2 § 36). Брунсъ развиваетъ эту мысль такъ: „всемірно-историческое значеніе римскаго права основано на томъ, главнымъ образомъ, что въ немъ развилось *абстрактное понятіе субъективнаго права*, т.-е. всеобщее и одинаковое признаніе права (Berechtigung) за индивидуумомъ“. Оно сочетается изъ обоихъ основныхъ элементовъ понятія права, изъ свободы и необходимости. „Въ этомъ и состоитъ то, что мы называемъ *универсальнымъ* характеромъ римскаго права“. Это не значитъ, однако, спѣшить оговориться Брунсъ, что римское право есть вѣчное, абсолютное право для всѣхъ временъ и народовъ, и чтобъ хотя одинъ изъ новыхъ народовъ могъ обойтись имъ однимъ; это значитъ только, что въ немъ (въ правѣ римскомъ) тотъ существенный элементъ, который составляетъ основу всякаго права, развился до такой законченности, что оно способно служить теоретически и практически пригоднымъ образцомъ для всѣхъ временъ и народовъ **).

Отсюда, изъ этихъ элементовъ свободы и необходимости, *нельзя*, натурально, теоретически *построить* право какого либо народа. Эмиль Кунце справедливо замѣчаетъ, что во всякомъ живомъ дѣйствующемъ правѣ мы имѣемъ не апріорныя конструкціи,

*) Извѣстно, что есть въ Германіи мыслители-юристы, сопоставляющіе завершенную всемірно-историческую роль Рима съ призваніемъ духа германскаго въ правѣ, причемъ это послѣднее ставится неизмѣримо выше перваго. Независимо отъ соблазнительнаго свойства сопоставленія своего и чужаго, тутъ есть еще нѣкоторая странность по отношенію къ сопоставляемымъ явленіямъ, изъ коихъ одно можно разсматривать какъ законченное, другое—какъ продолжающее развиваться. Изъ видныхъ писателей этого рода можно назвать С. А. Schmidt'a „Die Reception des röm. R. in Deutschl.“. Rostock. Нынѣ такія сопоставленія опять очень въ ходу.

**) Ср. это и частью дальше у Брунса въ его изумительной по простотѣ и вѣрности общей картинѣ исторіи римскаго права, въ Энциклоп. Гольцендорфа, особ. §§ 3 и 4.

а собраніе ирраціональныхъ (конечно въ логическомъ, а не въ историческомъ смыслѣ) величинъ. Онѣ получаютъ изъ неодинаковаго сочетанія началъ свободы и необходимости въ разныхъ системахъ положительнаго права. Тутъ нѣтъ рѣзкихъ переходовъ. Преобладаніе элементовъ необходимости даетъ намъ все глубже и глубже въ область азіатской культуры уходящіе типы институтовъ. Тамъ настоящая почва невольнаго, зависимаго, подчиненнаго положенія лица и неизмѣнныхъ нормъ, тамъ преобладаніе началъ господства и необходимости въ правѣ, тамъ право есть настоящій *приказъ господина его рабу*. На чемъ бы ни держалась основа этого отношенія, все равно, индивидуумъ есть только средство, и цѣль лежитъ внѣ его. Въ основѣ тѣхъ конструкций и того міровоззрѣнія лежитъ тоже *разсчетъ*, крайне высоко сознанный цѣль; но *нѣтъ индивидуальной свободы*, есть интересы, но нѣтъ воли, которая приводила бы въ движеніе этотъ міръ отношеній, нѣтъ лица, право безлично, безсубъектно въ смыслѣ индивидуума, человѣка. — Съ иными явленіями встрѣчаемся мы въ европейской (со всѣми переходными ступенями въ смыслѣ мѣста и времени) культурѣ права. Здѣсь элементъ свободы въ правѣ не есть подавленный, поглощенный въ строеніи институтовъ. Наоборотъ, все право создано человѣкомъ и имѣетъ его цѣлью.

Гермогеніанъ, аргументируя порядокъ изложенія римской системы права, говоритъ: „*Quum igitur hominum causa omne jus constitutum sit primo de personarum statu... dicemus (1. 2. D. de statu hom. 1. 5)*“. Выражая полно и ясно эту-же мысль, Алоисъ Бринцъ пишетъ: „право есть законъ (вѣрнѣе норма), котораго поводомъ, предметомъ, цѣлью и творцомъ является человѣкъ“. Это идея, впервые сознанный Римомъ и воплощенная римскимъ геніемъ въ цѣлый комплексъ точныхъ понятій и институтовъ права частнаго. Тамъ, гдѣ нѣтъ признанной Римомъ способности воли (у перегриновъ въ извѣстную эпоху, у рабовъ), тамъ нѣтъ права. Никогда римляне не отвергали въ этомъ, чужомъ для нихъ мірѣ, интересовъ, потребностей, нуждъ; они не знаютъ только ихъ права, ибо отвергаютъ ихъ волю, ихъ свободу, не гарантируютъ имъ ея. Итакъ, чтобъ было право въ римскомъ сознаніи, нужна воля, но это не есть только внутреннее побужденіе, психическій процессъ, выразившійся въ дѣйствіи. Право есть тамъ, гдѣ этотъ элементъ свободы сочетается, въ сознаніи народа, съ началомъ необходимости, съ элементомъ нормы, гдѣ образовалась эта неразрывная связь. Отсюда, только въ извѣстномъ мірѣ лицъ, вещей, дѣяній способны образоваться юридическіе институты.

Этотъ кругъ лицъ, вещей, дѣяній, все расширяется, измѣняетъ свой характеръ, но право все-таки есть только тамъ, гдѣ есть начало воли и начало нормы, элементъ свободы и необходимости. Въ зародышномъ состояніи это явленіе особыхъ правъ союза (цѣлаго) и самостоятельныхъ по отношенію къ нему правъ отдѣльныхъ его членовъ (*jura singulorum*) видно вездѣ на европейской почвѣ, но нигдѣ оно не достигло такой формы выраженія, такой полноты развитія, какъ въ Римѣ. Въ Римѣ эта свобода лица въ извѣстной сферѣ отношеній крайне рано выразилась въ объективныхъ нормахъ, общихъ для всѣхъ гражданъ, равныхъ и недопускающихъ никакихъ отступленій, никакихъ привилегій. Въ этомъ видѣ свобода лица (гражданина), опредѣленная общей нормой и огражденная органами суда, существуетъ уже въ законахъ XII табл. Оттуда идетъ, вмѣстѣ съ расширеніемъ круга лицъ, міра вещей, способнаго дѣлаться все болѣе развитымъ, сфера свободы лица, гарантируемая извѣстностью и постоянствомъ опредѣляющихъ ее нормъ гражданского суда. Чтобъ возможно было медленное и постоянное развитіе этихъ общихъ институтовъ права частнаго, сперва національнаго, потомъ общенароднаго, нужно было *постоянное и близкое соотношеніе между органами власти и кругомъ лицъ правоспособныхъ* въ цивильномъ смыслѣ. Въ республикѣ эта связь *нормирующихъ и ограждающихъ* право органовъ власти (элементъ необходимости въ правѣ) съ кругомъ самихъ гражданъ, *для коихъ* право образуется (элементъ свободы), есть самая тѣсная и близкая. Съ упадкомъ правовъ въ кругу гражданъ эта основа гражданской свободы, лежавшая въ нихъ самихъ, исчезаетъ. Цивильная правоспособность быстро расширяется за предѣлы этого тѣснаго круга людей, и право гражданское продолжаетъ развиваться и обогащаться новымъ содержаніемъ, благодаря, главнымъ образомъ, наукѣ и вновь возникшему органу народной воли въ лицѣ *princeps'a*. Въ этомъ единомъ органѣ сочетались всѣ существовавшіе въ эпоху республики отдѣльные органы, дѣятельность коихъ имѣла цѣлью созиданіе и огражденіе цивильной свободы гражданъ.

Вотъ какъ нынѣ представляютъ себѣ *исторически опредѣлившуюся сферу свободы лица* *) и заслугу римской цивилизаціи въ этомъ смыслѣ.

Чтобы въ условіяхъ того времени сдѣлать яснымъ противу-

*) Понятія права нельзя дать внѣ сферы свободы, понятія свободы внѣ историческихъ условій. Начала свободы и необходимости составляютъ въ современной юриспруденціи постоянные элементы, изъ коихъ строится понятіе права. Въ этомъ построеніи сошлись нѣкогда столь враждебныя въ литературѣ

положеніе понятій публичнаго и частнаго права, Ульпіану довольно было простого намека на конечную цѣль институтовъ того и другого рода. Для чуткой къ этому явленію мысли, въ обществѣ, знавшемъ двѣ разныя профессіи, соотвѣтствовавшія тому и другому праву, не было надобности не только писать трактатовъ о томъ, „что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы“, но даже просто подбирать къ указанному признаку (*utilitas singulorum*, собственно матеріальному) еще рядъ признаковъ формальныхъ, которые всякому были и безъ того видны.

Пока западная юриспруденція, въ процессѣ рецепціи, ограничивала свою задачу усвоеніемъ латинскихъ текстовъ, понятія *jus publicum* и *jus privatum* механически примѣнялись къ сферѣ новыхъ явленій, далеко несоотвѣтствовавшихъ условіямъ ихъ возникновенія на классической почвѣ.

Когда у новыхъ юристовъ явилось побужденіе сопоставлять не готовые только понятія латинскія и наши, а *процессы ихъ образованія* у римлянъ и у насъ, то текстъ уже не рѣшалъ ничего, и вопросы стали ставиться совершенно иначе. У римлянъ могло быть *jus publicum* и *jus privatum*, а у насъ можетъ не быть этого расчлененія. Какой смыслъ оно имѣетъ для Рима и

и преподаваніи школы, историческая и философская школа Гегеля. Изъ этихъ же элементовъ слепили и слепаютъ понятіе права наши юристы.

Одинъ изъ нѣкогда крайнихъ гегельянцевъ, недавно скончавшійся, въ высшей степени заслуженный юристъ, проф. Брунсъ говоритъ слѣдующее: Savigny hat sie (die Reaction gegen d. Rationalismus d. 18 Jahrh.) vollbracht durch die Erkenntniss dessen, was er anfangs nur die innere Nothwendigkeit in der Geschichte nannte, was er aber später als die Offenbarung des allgemeinen Menschengesistes in den individuellen Volksgeistern bezeichnete. Es ist nichts anderes, als was die Philosophie die Verwirklichung der Vernunft in der Geschichte nennt. Der Unterschied ist nur, dass Savigny die innere Nothwendigkeit in der Geschichte aus den Thaten selber erkennen will, wogegen die Philosophie die Nothwendigkeit a priori durch Speculation glaubte nachweisen zu können. (Савиньи ее—реакцію противъ рационализма XVIII ст.—довелъ до конца признаніемъ того, что онъ въ началѣ называлъ только внутреннюю необходимость въ исторіи, и что онъ позже называлъ проявленіемъ общечеловѣческаго духа въ индивидуальномъ геніи каждаго народа. Это именно то, что въ философіи называется... воплощеніемъ разума въ исторіи. Разница только въ томъ, что Савиньи эту внутреннюю необходимость въ исторіи стремится вывести изъ самыхъ фактовъ, между тѣмъ какъ философія считала возможнымъ познать эту необходимость a priori путемъ спекулятивнаго мышленія). Мейеръ (§ 33) повторяетъ господствующее въ учебникахъ современни Канта опредѣленіе права—мѣра свободы лица живущаго въ обществѣ (такъ называемая *Maxime der Coexistenz*). Отношеніе Канта къ предшествующимъ ученіямъ (къ Руссо) и послѣдующимъ см. Stahl Die Philosophie d. Rechts, т. I, изд. 4-е стр. 193—252. Моментъ *воли* у Лассалля выраженъ такъ: *Privatrecht* есть die Realisation der Willensfreiheit des Individuum. Der Wille ist eine naturrechtliche Fähigkeit und das positive Recht vielmehr nur die *gesicherte* Sphäre u. das gegliederte Reich seiner freier Ausführung. См. Syst. d. erworb. Rechte, 1, стр. 48, и особенно 49, гдѣ der Wille является какъ eine besondere Weise des Denkens. Отвлеченно отъ исторической формы право было-бы такимъ образомъ логической воли.

какой его смысл для насъ? Условія нашего быта инныя, чѣмъ ихъ. Не суть-ли заимствованныя нами у нихъ категоріи только имъ свойственныя, а намъ чуждыя? Для отвѣта на эти вопросы недостаточно простой ссылки на текстъ, доказывающій, что такъ было у римлянъ, ибо у насъ все это можетъ быть иначе.

Дѣло, повидимому, простое, сдѣлать шагъ отъ текста къ жизни, къ жизни римской и нашей, а между тѣмъ, какихъ, и именно въ данномъ вопросѣ, объ отношеніи права публичнаго и частнаго, о предѣлахъ права гражданскаго,—какихъ усилій стоилъ этотъ простой шагъ!

Чтобы сдѣлать это простое различіе надо было искать точной постановки вопросовъ о правѣ вообще. Это проблема философская. Она увлекала изслѣдователей часто очень далеко отъ области практической юриспруденціи къ задачамъ этики, экономіи, социологіи, коихъ вовсе не касалась римская юриспруденція, имѣя на лицо, какъ данный фактъ въ полномъ его развитіи, и это право и эти обѣ сферы институтовъ цивильныхъ и политическихъ.

Въ нѣмецкой литературѣ нашего времени мы могли-бы назвать писателей, которые, повидимому, приняли самый прямой путь къ устраненію сомнѣній. Весь вопросъ о различіи права публичнаго и частнаго есть чисто римскій, унаслѣдованный нами оттуда, неважный для насъ, ибо мы нетолько не различаемъ этихъ двухъ областей права, но наша заслуга, достоинство новой культуры и состоитъ все въ томъ, что мы не отдѣляемъ не только публичнаго и частнаго права, но даже сферы права отъ сферы нравственности, какъ это дѣлали римляне.

Это направленіе мыслей, получившее новый толчекъ въ движеніяхъ 48 года, національное по отношенію къ праву римскому, и отрицательное, исключительное по отношенію къ другимъ національностямъ, хорошо знакомо было Савиньи, и уходя, уже на склонѣ дней, съ высокихъ ступеней своей неудачной политической карьеры, онъ далъ оцѣнку этому направленію. Въ VII т. своей системы, во введеніи, подписанномъ августомъ мѣсяцемъ 48 г., мы читаемъ: сорокъ лѣтъ назадъ, когда я занималъ кафедру въ одномъ баварскомъ университетѣ, тамъ жилъ профессоръ ботаники, не баварецъ по происхожденію, который любовь свою къ баварскому отечеству выразилъ въ томъ, что изгналъ изъ ботаническаго сада всѣ растенія, не находямыя въ дикомъ видѣ на баварской почвѣ, чтобъ имѣть такимъ образомъ истинно родной, отечественный садъ. То же направленіе мыслей онъ видитъ у юристовъ, желающихъ только родного права и полагающихъ, что право римское и германское надлежитъ мыслить

какъ двѣ враждебныя культуры права. Это направленіе онъ считаетъ опаснымъ для нѣмецкой юриспруденціи *).

Около того же времени мы видимъ другое, неизмѣримо болѣе плодотворное движеніе въ кругу нѣмецкихъ юристовъ, направленное къ изученію *экономическихъ основъ быта*, коими обусловливается пригодность юридическихъ институтовъ того или другого происхожденія для нашего права. Здѣсь такъ же какъ и въ сравнительной оцѣнкѣ нравственныхъ свойствъ римскаго и нашего обществъ (римскаго эгоизма и нынѣшняго альтруизма), общія характеристики обыкновенно или очень скудны, или произвольны. Легко утверждать, что у римлянъ (какой эпохи?) преобладающій характеръ конструкцій есть формализмъ воли, что у насъ, наоборотъ, больше склонности въ конструкціяхъ юридическихъ къ матеріальному, къ содержанію, къ экономическому побужденію, къ экономической цѣли построенія, что у насъ не та абстракція, не то чувство формы, какъ у нихъ. Если это и такъ, то противоположеніе въ общемъ смыслѣ все таки не даетъ значительныхъ результатовъ для объясненія явленій теперешняго права. За то въ частностяхъ противоположеніе матеріализма и формализма, иныхъ экономическихъ основъ современнаго и стараго римскаго гражданскаго оборота, несомнѣнно даетъ много плодотворныхъ результатовъ для правильнаго разумѣнія римскихъ институтовъ и нашихъ, взаимной ихъ связи, способности восполненія, замѣны однихъ другими и пр. И тутъ несомнѣнно внимательное изученіе частныхъ гораздо полезнѣе, чѣмъ поспѣшныя обобщенія.

Въ этихъ отдаленныхъ и однако предваряющихъ нерѣдко изслѣдованіе частныхъ проблемахъ, въ этомъ исканіи элемен-

*) Оно теперь дѣлаетъ чрезвычайные успѣхи въ Германіи. Августъ Пульце, преподающій въ Страсбургѣ, даетъ окрикъ тѣмъ неспособнымъ романтикамъ (*unfähige Romantiker*), которые въ старое время руководили нѣмецкой юриспруденціей, и историческую школу не называетъ иначе, какъ *die sogenannte histor. Schule, das sogen... Gewohnheitsrecht* (См. Юрид. Библ. № 27), что не мѣшаетъ ему, однако, не умѣть двинуться съ мѣста безъ римскихъ категорій. Образъ выраженія въ этой задачѣ освобожденія отъ римскаго права переходитъ отъ стараго „процесса эманципаціи“ къ новымъ „destructive Kritik“ и „Ausstossungsprocess“. Національное должно вытолкать все универсальное изъ права, и въ числѣ задачъ реставраціи указывали проектъ возстановленія стараго обычая германцевъ — пребывать вдовѣ 30 дней на мѣстѣ смерти мужа и тосковать (завывать) объ утратѣ, что не всѣ находили удобнымъ въ виду нынѣшней тѣсноты квартиръ, особенно въ Берлинѣ. Не надо думать, чтобъ *Ausstossungsprocess* было легко сдѣлать. По сему случаю его замѣняютъ еще болѣе новымъ способомъ дѣйствія. Писатель, воспитанный весь на римскихъ традиціяхъ, беретъ національные источники и читаетъ въ нихъ не то, что есть, а то, что ему нужно, или что онъ привыкъ находить въ пандектахъ. Этому приему слѣдуетъ напр. Heussler въ *Institution. des deutschen Privatrechts* (т. 1. Это часть большой *Handbuch Binding'a*, о коей было сказано выше. Теперь появился т. 2).

товъ нашей и римской юридической конструкціи вопросъ объ отношеніи правъ публичнаго и частнаго игралъ всегда видную роль.

Въ связи съ общимъ движеніемъ нѣмецкой мысли послѣ 48 г. Iher., тоже въ цѣляхъ эманципации отъ римскаго права, избралъ девизомъ новаго направленія „durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus“ *). Въ половинѣ 60-хъ годовъ этотъ писатель дѣлаетъ попытку указать новую основу для современнаго гражданскаго права, отличную отъ господствовавшей до сего основы въ понятіи свободы. Это собственно 35 стр. такъ называемой Allgemeine Theorie der Rechte, составляющей какъ бы Anhang къ обширному труду Geist d. röm. R. Совершенно согласно избранному имъ девизу журнала и въ духѣ распространеннаго противоположенія нашего права (матеріализма) римскому (формализму), Ih. въ этой теоріи спѣшитъ замѣнить, не безъ фальшивыхъ полемическихъ приемовъ **),

*) Въ Scherz u. Ernst онъ уходилъ еще много дальше, скорбя, что посвятилъ свою жизнь этому Fach'u. И однако посвятилъ!

**) Ausstossungsprocess момента воли изъ понятія права Ihering производитъ слѣдующимъ способомъ. Если моментъ воли, говоритъ онъ, есть существенный для права, то какъ же съ этимъ примирить *права дѣтей* и умалишенныхъ (Ih. не говоритъ *принадлежность* правъ дѣтямъ и умалишеннымъ, а именно *права дѣтей*, ибо только такъ и можно запутать дѣло, что собственно тутъ и требуется)? Безъ воли нѣтъ права, у дѣтей нѣтъ воли, стало быть не должно быть и правъ. На дѣлѣ у нихъ права есть, стало быть для права воля несущественна. Это разсужденіе Ihering'a Биндингъ находитъ побѣдовоснымъ противъ теоріи воли. И такъ, воля, для конструкціи права, несущественна. Что же существенно? Отвѣтъ—интересъ, пользованіе, Genuss. Интересъ долженъ быть поставленъ на мѣсто воли. Примѣняемъ къ этой постановкѣ тотъ самый приемъ, какимъ Ihering пользуется для устраненія момента воли. Развѣ у ребенка, особенно у кретина (взять у того же писателя), есть интересъ къ миллионному наслѣдству? Развѣ Genuss, положимъ, богатой библіотекой, оставшейся въ составѣ наслѣдства, доступенъ имъ?—И такъ замѣна воли интересомъ нисколько не устраняетъ трудности вопроса, если такая трудность есть, а не вымыслена.—Но эта трудность есть вымышленная, она служитъ только фальшивымъ полемическимъ приемомъ. Фальшь состоитъ въ слѣдующемъ. Ihering употребляетъ понятіе воли не въ томъ смыслѣ, въ какомъ его вводятъ въ составъ понятія права его противники. Онъ разумѣетъ подъ волей непрерывный и постоянный психическій процессъ, который нуженъ для состава дѣянія. Этого процесса нѣтъ у дѣтей, у кретиновъ, но его нѣтъ и у зрѣлыхъ гражданъ во время сна, болѣзни... Наличности возбужденнаго состоянія воли въ каждую данную минуту, также какъ и наличности интереса минуты вовсе не требуется, чтобъ было право. Я останусь хозяиномъ имѣнія, котораго вся цѣна условлена роскошнымъ видомъ, картины стараго мастера, хотя я спѣю, не знаю въ ней толку. Я могу купить вещь, интересъ обладанія коей есть для меня совершенно проблематическій. И однако, независимо отъ всякой повѣрки *моихъ* интересовъ къ этому обладанію, или *бдительности воли* у спящаго, у ребенка, вопросъ права не колеблется ни на минуту. Когда писатели, съ которыми полемизируетъ I., говорятъ о моментѣ воли въ правѣ, то они разумѣютъ абстрактно сознанную и осуществимую (хотя-бъ не этимъ лицомъ) для лица сферу свободы, а вовсе не непрестанно дѣятельные психическіе процессы у правообладателя. Возбужденное состояніе воли отсутствуетъ у спящаго, но спать онъ не вѣчнымъ сномъ. Я не могу пользоваться картиной, видомъ, библіотекой, но вѣдь нигдѣ не требуютъ *непосредственно во мнѣ* возбужденнаго интереса къ Genuss'у или постоянно возбужденной воли, чтобъ было у меня право. Какое-жъ препятствіе встрѣчаетъ строеніе понятія права изъ элементовъ воли въ правоспособности дѣтей? По нашему мнѣнію—никакого!—Еслибъ

моментъ воли въ понятіи права моментомъ интереса. Послѣ этой попытки создать теорію права въ духѣ новаго времени, Th. 12 лѣтъ не касался поднятыхъ имъ тогда общихъ вопросовъ и лишь въ Zweek'ѣ досказалъ, какъ мы видѣли, свою конструкцію, вытѣснивъ моментъ воли изъ понятія права до той мѣры, что все право оказалось дѣломъ неволи, принужденія, политической власти, расчетомъ предусмотрительныхъ для недалекихъ. Для разсматриваемаго здѣсь вопроса это было одновременно не только отрицаніе всего права римскаго, но и *поглощеніе* правомъ публичнымъ всего права частнаго (а кстати и церковнаго и международнаго) въ интересахъ спасенія общества отъ вѣрной гибели.

Приблизительно въ ту же пору, когда на западѣ опредѣлились ясно черты новаго направленія юриспруденціи, задача эманципации отъ римскихъ преданій и замѣна формализма римскихъ построеній болѣе соответствующими нашему времени матеріальными критеріями, появилась названная выше брошюра покойнаго К. Д. Кавелина.

Кавелинъ находитъ *противуположеніе публичному праву права частнаго завѣтомъ римской юриспруденціи и именно позднѣйшей ея эпохи*, когда общественный духъ давно угасъ и древнее общество представляло собраніе разбросанныхъ единицъ *). Оттуда преувеличеніе въ ней началъ приватнаго, особнаго, лично-самобытнаго. Эти начала прямо противуположны тѣмъ, которыя характеризуютъ ново-европейское общество. По свойствамъ нашего быта и нашихъ воззрѣній, мы склонны до того улетучивать все частное, особое, въ публичное, общее, что, можетъ быть, переступаемъ черту должнаго **). Различіе

мы говорили объ особомъ правѣ *дѣтскомъ*, умалишенныхъ, кретиновъ, объ абстрактно *ими* сознанной и *ими* осуществимой свободѣ, тогда, конечно, потребовалась бы *ихъ* воля и ея бы не оказалось. Но такихъ правъ нѣтъ вовсе. Мы говоримъ *объ общей сферѣ свободы для гражданъ*, все равно, спятъ они или нѣтъ въ извѣстную минуту, болѣны психически или здоровы, въ возрастѣ или въ состояніи дѣтства; а этого понятія права тамъ, гдѣ нѣтъ элемента воли, возможности ея развитія, никогда не получится. Съ неволей, съ принужденіемъ, хотя бы и съ наличностью хорошо сознаннаго интереса, мы не придемъ къ праву, а останемся въ сферѣ рабства, неспособности, несвободы.—Thering, чтобы сбить съ толку оппонентовъ, смѣшалъ вопросъ о побужденіи лица къ дѣйствию съ вопросомъ о самомъ дѣйствиіи и реквизитъ дѣеспособности для приобрѣтенія правъ съ существенными принципами понятія права. Между тѣмъ, необходимость различить эти вещи несомнѣнна. Мы увидимъ далѣе, какъ это различіе проведено Тономъ въ понятіи нормы и субъективнаго права. Въ деталяхъ вопросъ станетъ еще разъ на очередь ниже, въ ученіи о лицахъ и о лицахъ юридическихъ въ особенности.

*) Это, какъ видно было выше, совершенно невѣрно. Jus publicum отъ privatum обособлялось уже въ эпоху XII табл.

**) Тутъ есть очень счастливыя мысли, къ коимъ мы будемъ возвращаться въ ученіи о союзныхъ формахъ нашего права, о юридическихъ лицахъ въ особенности.

публичнаго и частнаго лежитъ (собственно—должно лежать) не тамъ, гдѣ его видятъ, становясь на эти одностороннія точки зрѣнія, римскую и нашу. Чтобъ познать, гдѣ дѣйствительно частное, гдѣ публичное право, надлежитъ замѣнить эту односторонность воззрѣній и критеріевъ внѣшнихъ признакомъ теоретическимъ, *внутреннимъ обоснованіемъ* этого различія. Для этого надо ветхую храмину римскаго права разобрать сверху до низу, хорошенько перебрать матеріалъ и воздвигнуть вновь на правильныхъ *теоретическихъ* основаніяхъ. Для этого новаго зданія частнаго права надо впередъ опредѣлить, какія права и юридическія отношенія *должны* составить его.

Весь деструктивный планъ Кавелина составляетъ несомнѣнное отраженіе нѣмецкаго *Sturmperiode* съ тѣмъ существеннымъ различіемъ, что на западѣ вытѣсняють чужое право, чтобы дать торжество своему, мы же производимъ эту работу не по національнымъ, а по теоретическимъ соображеніямъ.

Съ такой рѣшительностью рѣдко пишутъ юристы на западѣ, ибо воззрѣніе на право какъ на органическое историческое явленіе имѣетъ тамъ гораздо болѣе глубокіе корни, чѣмъ у насъ. Разрушеніе и созиданіе есть постоянный процессъ органической жизни, но это не ломка и притомъ это не ломка, предпринимаемая *по теоретическимъ* соображеніямъ.

Идемъ далѣе. Теперешнее гражданское право, начиная съ основанія, намъ негодно, потому что въ системѣ институтовъ, его составляющихъ, нѣтъ единой связующей основы. Задача наша—открыть эту основу, вѣрнѣе, создать ее, ибо ея нѣтъ въ гражданскомъ правѣ. Гдѣ-жъ ее взять? Тутъ у Кавелина вступаетъ въ силу *другая сторона теперешняго движенія* въ Германіи. Мы видѣли выше, что юристы обращаются, при сравнительномъ изученіи нашихъ и римскихъ институтовъ, къ *экономическому критерию*. У насъ иныя экономическія условія. Наши конструкціи не носятъ характера формализма. У насъ яснѣе матеріальный, экономическій моментъ въ понятіи права. Вотъ эти самыя возраженія фигурируютъ и въ брошюрѣ Кавелина. Но такъ какъ онъ руководится не столько сравнительнымъ, сколько логическимъ критеріемъ, то у него оказывается для *новаго* гражданского права нужнымъ не изученіе отдѣльныхъ институтовъ римскихъ и нашихъ, а лишь перенесеніе изъ публичнаго права нѣкоторыхъ матерій въ частное, а изъ частнаго въ публичное. По какому основанію? По основанію логическому, чтобъ было *единство* институтовъ того и другого (публичнаго и частнаго) права.

Что же, спрашиваетъ К., способно дать такое единство инсти-

тутамъ права частнаго? Отвѣтъ—*имущественный интересъ*, опредѣляющій право. Гдѣ предметомъ права будетъ вещь, услуга, матеріальная цѣнность, тамъ мы имѣемъ право гражданское; гдѣ, стало быть, этого нѣтъ, тамъ публичное.

Мы начинаемъ переноску. Сперва надлежитъ перенести все *право семейное* въ область публичнаго права. Почему? Потому что оно „не имѣетъ ничего общаго ни съ вещными правами, ни съ правами по обязательствамъ, ни съ юридическими отношеніями по наслѣдованію“ (стр. 134). Это, однако, едва ли справедливо! Семейное право и въ Римѣ и у насъ было и остается въ самой тѣсной связи и съ наслѣдованіемъ, и съ вопросомъ имущественнымъ вообще. Довольно вспомнить одинъ институтъ приданаго... Съ другой стороны, когда же и кто утверждалъ, что строй семьи *весь* принадлежитъ къ области права частнаго или права только? У римлянъ семья составляла всегда сферу права и нравовъ, нѣкогда освященныхъ культомъ. У насъ тоже Хт. вовсе не исчерпываетъ семейнаго права, какъ это извѣстно каждому. Что-жъ мы перенесли? Рѣшительно неизвѣстно! Мы срыли, такъ сказать, несуществующую гору, ибо право семейное никогда не стояло цѣликомъ по сю сторону межи публичнаго и частнаго, а всегда было на межѣ права и нравовъ, никогда не освѣщалось характеромъ простаго имущественнаго разсчета, но отнюдь не исключало его вполне ни у римлянъ, ни у насъ.

Другая переноска по тому же принципу. „Юридическія отношенія, возникающія по взысканію (не по установленію въ видѣ общей мѣры) податей и денежныхъ повинностей“ и проч., должны быть перенесены въ область права частнаго (стр. 136). Тутъ въ современныхъ законодательствахъ есть разныя непослѣдовательности, въ коихъ главная вина, думаетъ Кавелинъ, падаетъ на римское право. Допустимъ. Но предварительно справка съ Гаемъ или съ указаніями къ нему по учебнику Келлера (*Der röm. Civilprocess* § 20. *Gai. IV. 26—29. 32. Pignoris capio*). Оказывается, что *частный искъ* по взысканію *aes militare, equestre, hordearium*, по платежамъ за *jumenta (in dapem)* и проч. имѣлъ мѣсто въ Римѣ издавна.

Такимъ образомъ, мы начали съ обвиненія римскаго права въ разныхъ нелогичностяхъ и кончаемъ тѣмъ, что обогащаемъ и безъ того тяжелый для насъ процессъ рецепціи чужого еще новымъ актомъ рецепціи, притомъ изъ такого стараго времени, изъ эпохи XII табл.

Мы готовы были бы продолжать переноску, хотя, признаемся, теряемъ довѣріе къ этому процессу. Понявъ буквально имуще-

ственный критерій, мы навязали бы себѣ перенесеніе артиллеріи, флота и крѣпостей изъ права публичнаго въ право гражданское.

Мы видимъ въ дальнѣйшемъ вопросы имущественные, рѣшаемые вовсе не гражданскимъ правомъ и судомъ, и неимущественные интересы, вопросъ о законности рожденія, котораго не рѣшитъ иной трибуналъ, кромѣ цивильнаго или цивильноцерковнаго, если на формѣ брака лежитъ признакъ исповѣдный.

Будемъ ли мы, однако, осуждать Кавелина за эти неудовлетворяющіе насъ результаты его опыта? Далеко нѣтъ. Неудачи могли обусловиться очень различными причинами. Рядомъ съ этимъ невозможно отрицать изумительнаго таланта покойнаго ориентироваться въ вопросахъ самыхъ сложныхъ, требующихъ, при настоящей путаницѣ понятій, большой бдительности для своего уясненія. Сверхъ того, въ призывѣ покойнаго перебрать сверху до низу ветхое зданіе римскаго права, чтобъ основательно опредѣлить наше отношеніе къ нему, мы видимъ вполне правильную точку зрѣнія на задачи юриста.

Обобщенія могутъ неудаваться, быть преждевременными, но разборъ частныхъ, ихъ внимательное изученіе и сопоставленіе латинскихъ институтовъ съ конструкціями права современнаго есть дѣло самое плодотворное.

Въ послѣднее десятилѣтіе, на нашихъ глазахъ, молодому талантливому нѣмецкому ученому Августу Тону удалось вполне правильно поставить проблему *опредѣленія границы права публичнаго и частнаго*, связать этотъ вопросъ съ рядомъ другихъ, тоже довольно сложныхъ юридическихъ понятій, и приготовить такимъ образомъ почву для ясной постановки и еще дальнѣйшихъ, тѣсно съ этими вопросами связанныхъ, задачъ юриспруденціи.

Вотъ какъ развиваетъ свои мысли Тонъ.

По Ihering'у для понятія права надо *впередъ* поставить Genuss, Interesse. Тонъ вовсе этого не требуетъ. Но когда и тотъ и другой берутъ примѣръ изъ дѣйствительности, то оба оказываются на одной сторонѣ. Примѣръ такой. Государство вводитъ покровительственный тарифъ. Отъ этого прежде всего очень выигрываютъ производители покровительствуемаго продукта. Это ихъ *имущественный интересъ*. Есть ли, это однако, ихъ частное право? Для того ли повышена ввозная пошлина, чтобы содѣйствовать *ихъ* обогащенію? Совсѣмъ нѣтъ! Цѣль закона здѣсь не есть *utilitas singulorum*. И такъ, чтобы *utilitas singulorum* стала частнымъ *правомъ*, для этого нуженъ еще формальный признакъ; по Ihering'у этотъ формальный признакъ дается *искомъ*, защитой даннаго интереса лица передъ

судомъ. Вотъ тутъ только, въ сочетаніи частнаго интереса съ частнымъ искомъ, и образуется понятіе частнаго права. Съ этимъ *существеннымъ* признакомъ формы Ihering подходитъ совершенно близко и къ римскимъ конструкціямъ и къ тому, что находимъ у Тона; но конструкція Тона гораздо законченнѣе, отчетливѣе и проще.

Тонъ вовсе не въ сферѣ экономическихъ проблемъ. Весь вопросъ объ интересахъ, объ имуществѣ, о матеріальныхъ критеріяхъ онъ оставляетъ въ сторонѣ. Его критеріи для построенія юридическихъ понятій суть *формальные*, воля, ученіе Hegel'я. Заслуга Тона въ томъ, что для своихъ построеній онъ беретъ *моментъ не внѣшній для права, не произвольный, а внутренний, необходимый для него, моментъ нормы.*

Его методъ есть настоящій методъ юриста.

Всякое право есть норма. И такъ, право ветхо-или ново-завѣтное, наше, чужое, продуктъ измышленія и разсчета или нѣтъ, съ матеріальной, формальной окраской,—это все равно, но если оно есть право, то оно должно быть нормой. *Цѣль всякой нормы не есть личная, частная, и если мы въ правѣ будемъ имѣть въ виду только это свойство нормы, этотъ его непремѣнный признакъ, то все право будетъ публичнымъ.* Оно все создается для цѣлей общежитія, а не на встрѣчу имъ. Это различіе *элементовъ нормы* въ любой юридической конструкціи отъ основаннаго на этой нормѣ *притязанія* хорошо извѣстно всякому юристу изъ самыхъ первоначальныхъ понятій, съ коихъ мы начинаемъ наши догматическіе курсы,—*norma agendi* и *facultas agendi*... не менѣе того послѣдовательное проведеніе этого различенія дается далеко не легко.

Одинъ изъ самыхъ заслуженныхъ пандектистовъ, Алоизій Бринцъ, устанавливая различіе приватнаго и публичнаго права, называетъ приватнымъ по преимуществу то право, *котораго нормы могутъ быть отмѣняемы* (*derogirbare Satzungen*) волей лицъ. Противъ Бринца—ф. Бюловъ. Положеніе Бринца совершенно ошибочное. Такихъ *нормъ* кои *отмѣнялись* бы волей частнаго лица, нѣтъ вовсе, ни въ публичномъ, ни въ частномъ правѣ. Норма, коей мнѣ предоставляется взыскивать долгъ по обязательству моего должника, есть *вполнѣ* частно-правная. Я могу не взыскивать этого долга, но этимъ я не *отмѣняю* нормы, а лишь не пользуюсь моимъ правомъ. Отмѣнить этой нормы я не могу никакими актами моей воли, и еслибы я вошелъ въ соглашеніе съ кѣмъ либо о непримѣненіи къ нему никогда этой нормы, такое соглашеніе не имѣло бы силы, и при первомъ новомъ обязательствѣ этого

лица, я могъ бы потребовать уплаты долга по общей нормѣ. Нельзя дѣйствительнымъ образомъ уговориться съ кѣмъ либо *de dolo non praestando* (Celsus, l. 23 D. 50 17). Нельзя заранѣе отказаться отъ взысканія убытковъ, которые я могу понести отъ пароходныхъ и желѣзно-дорожныхъ предпріятій (ст. 683 п. 3, т. X). Это въ высокой степени характерный для свойства *нормы какъ достоянія* публичнаго, *общаго*, признакъ.

Множество нормъ приватнаго права имѣетъ характеръ *диспозитивный*, т.-е. лицо, коему онѣ даютъ юридическую основу для притязанія, можетъ не пользоваться ими для своихъ цѣлей, но непользованіе и отмѣна, диспозитивность и *Derogirbarkeit* не одно и то же. Повидимому, Brinz правъ въ виду предоставленной лицамъ возможности завѣщать имущество и этимъ отмѣнять порядокъ преемства по закону. Но и здѣсь легальная норма (*si intestatus moritur* и проч.) даетъ лицу на волю или завѣщать, или оставить наслѣдство незавѣщаннымъ, стало быть, лицо лишь пользуется или не пользуется предоставленнымъ ему правомъ, а не отмѣняетъ никакой нормы. Если-бъ я отказался разъ навсегда отъ права завѣщать или отъ права кому либо наслѣдовать по закону, то я, для себя, повидимому дерогировалъ бы норму. Но такіе акты, также какъ отказъ разъ навсегда взыскивать по долговому обязательству, не входятъ въ сферу юридическихъ сдѣлокъ гражданскаго права и не могутъ помѣшать мнѣ сейчасъ же написать завѣщаніе или принять любое, отерывшееся за симъ, наслѣдство въ общемъ порядкѣ закона. И такъ, нѣтъ отмѣняемыхъ актомъ частной воли нормъ, а есть нормы диспозитивнаго характера. Покуда мы знаемъ въ правѣ одно свойство—это норма, и какъ таковое все право есть публичное, *jus commune, jus publicum*, которое *privatorum pactis mutari non potest* *).

*) Вопросъ о нормахъ, ихъ свойствѣ, происхожденіи, примѣненіи, составѣ, дѣстивателяхъ, составляетъ нынѣ предметъ очень внимательныхъ изслѣдованій частью криминалистовъ, частью цивилистовъ. Понятіе нормы отличаютъ отъ понятія юридическаго положенія (*Rechtssatz*) и отъ понятія догмы. Самыя юридическія положенія суть или выраженные, явные, или еще, такъ сказать, ищущія себѣ выраженія, неоформленные, молчаливо существующія, неявные, скрытыя, въ этомъ смыслѣ *latente Rechtssätze* (это термины, соотвѣтствующие понятію обнаруженной и скрытой, потенціальной энергіи, силъ). Объ этомъ у Ihering'a въ *Geist'*. У него же найдете хорошо освѣщеннымъ вопросъ о происхожденіи диспозитивныхъ нормъ. Ихъ пріиски для гражданскаго права суть сдѣлки частныхъ лицъ. Въ такую сдѣлку могутъ быть вносимы элементы чисто фактическаго свойства, вовсе не предусмотрѣнные, а только терпимые, иногда же совсѣмъ неизвѣстные до того въ юридической практикѣ. Изъ этого своего фактическаго, произвольнаго примѣненія такіе элементы сдѣлокъ могутъ, вмѣстѣ съ временемъ, выдти и пріобрѣсти характеръ постоянной принадлежности сдѣлки, характеризовать ея составъ, дать сдѣлкѣ этого состава свойство нормальной, отступленіе отъ коей должно быть оговорено сторонами, если онѣ не хотятъ этого нормальнаго, обязательнаго въ юридической практикѣ этого рода

Конструкція Тона устраняетъ возможность всякихъ колебаній по этому вопросу. Выдѣливъ понятіе нормы, онъ разбираетъ *составъ* юридическихъ нормъ. Изъ его разбора, анализа нормъ, получаются такіе результаты. Въ составѣ нѣсколькихъ юридическихъ положеній можетъ скрываться одна абстрактная норма. Возьмемъ для примѣра рядъ положеній, ограждающихъ жизнь людей отъ насилія со стороны другихъ. Изъ этого ряда положеній можно извлечь простой императивъ, *) который будетъ составлять тоже норму обязательную для всѣхъ. Это, положимъ, императивъ „не убей“. Для случаевъ нарушенія такого общаго характера императива въ тѣхъ же юридическихъ положеніяхъ можно раскрыть другія нормы, коихъ назначеніе въ томъ, чтобъ стать на мѣсто первыхъ въ виду ихъ нарушенія. И такъ, при нарушеніи взятой выше нормы, норма втораго рода (*секундарная*, тогда какъ первая есть *примарная* норма) будетъ состоять, положимъ, въ отмѣнѣ неприкосновенности жизни убійцы. У римлянъ это *homo sacer*. У насъ это будетъ смертный приговоръ. Тонъ получаетъ изъ такого анализа результатъ важный для общихъ его юридическихъ воззрѣній, результатъ очень цѣнный, ибо онъ признаетъ свойство нормы юридической за нормой примарной, *независимо отъ вопроса о принужденіи*, потому только, что и она *создается* какъ общеобязательная, потому что въ ней выражена всеобщая воля. Не недостатокъ насильственныхъ мѣръ, а недостатокъ общей воли, общности сознанія обязательности нормъ лишаетъ международное право той эффеktivности, какую имѣютъ нормы въ кругахъ болѣе тѣсныхъ.

сдѣлокъ, состава. Надъ римскимъ правомъ сдѣлано много такого рода наблюденій. Есть, какъ увидимъ позже, работы такого же рода, и по вопросамъ новоевропейскаго, частью и русскаго права. Существуютъ цѣлые институты юридическіе, вышедшіе изъ такого первоначально фактическаго сочетанія произвольныхъ условій сдѣлки и ставшіе затѣмъ комплексомъ нормъ обязательнаго или диспозитивнаго характера.—Недавно одинъ ученый нѣмецкій юристъ дѣлалъ большія усилія, чтобъ провести разницу между понятіемъ *Rechtssatz* и догмы. Вся задача походила на ту *Haarspalterei*, которую осуждаетъ *Ihering* въ *Scherz*’ѣ, а между тѣмъ цѣль была бѣдовая. Догма-де есть ничего болѣе какъ *ученіе*, положеніе учительное, а *Rechtssatz*—приказъ. На мѣсто одного *ученія* можетъ стать другое потому только, что оно вѣрнѣе перваго. Съ *Rechtssatz*’омъ—совсѣмъ иное дѣло. Но что-жъ отсюда слѣдуетъ? Вотъ что: мы приняли (реципировали) римское право. Въ немъ есть *Rechtssatz*’ы и есть догмы. *Rechtssatz*’ы обязательны, а по отношенію къ догмамъ мы можемъ предпринять *Ausstossungsprocess en masse*. Остается, стало быть, изобрѣсть что нибудь лучше римскихъ догмъ. Это дѣло конечно; но надо, чтобъ о достоинствѣ изобрѣтеній судили не сами изобрѣтатели.

*) Тутъ, какъ и въ дальнѣйшемъ у Тона видимъ абстракціи тѣ же, что у римлянъ. Модестинъ (L. 7. D. de leg. 1. 3) говоритъ: *legis virtus haec est: imperare, vetare* (у Тона далѣе дѣленіе императивовъ на *Gebot* и *Verbot*), *permittere, punire*. У *Iher.*, для современ. культуры права, впередъ должно быть поставлено *punire*, потомъ, быть можетъ, *vetare*. и во всякомъ случаѣ *сознаніе обязательности* не причемъ во всемъ строеніи права „для близорукихъ“.

Что эти конструкціи Тона неизмѣримо выше строеній права у Ihering'a, что мысль Тона обнимаетъ собою массу явленій, которыя у Ihering'a остаются внѣ сферы права, каковы нормы права церковнаго, корпоративнаго, нормы права обычнаго, и что сверхъ того только въ ней способна найти себѣ примиреніе измѣнчивость состава юридическихъ институтовъ въ процессѣ историческомъ—это не подлежитъ никакому сомнѣнію *). Но эта сторона дѣла для насъ есть менѣе близкая здѣсь, чѣмъ слѣдующая за симъ попытка этого ученаго построить на этомъ анализѣ тѣ признаки, коими опредѣляется граница публичнаго и частнаго права.

Переходя къ этому пункту его ученія, мы видимъ, что Тонъ, въ моментѣ нормы не видитъ ничего даннаго для такого различія. Всякая норма, и стало быть, все право есть общая воля (communis reipublicae sponsio) **). Не по лицамъ, къ коимъ онѣ обращены, не по интересамъ, которые ими ограждаются (интересъ можетъ быть имущественнымъ и не быть частнымъ, можетъ касаться очень близко лица и не быть только его личнымъ; интересъ частный и публичный являются часто въ самомъ близкомъ и неразрывномъ сцѣпленіи), а по особому формальному признаку возможно въ любомъ комплексѣ нормъ опредѣлить принадлежность данной нормы къ сферѣ приватнаго или публичнаго права. Этотъ признакъ опредѣляется такъ. За нарушеніемъ нормы слѣдуетъ извѣстная реакція. Въ массѣ случаевъ такая реакція будетъ исходить непосредственно отъ органовъ, ограждающихъ публичные, общіе, всѣмъ одинаково близкіе интересы. Но возможны условія, гдѣ огражденіе нарушенныхъ нормъ права вовсе не вызываетъ непосредственно такой реакціи. Противодѣйствіе этому нарушенію ставится въ зависимость отъ воли заинтересованнаго. Не государство поднимается само на защиту потерпѣвшаго, когда N не заплатилъ ему долга, занялъ часть принадлежащей ему земли подъ постройку, перешелъ предѣлы дозволеннаго въ сближеніи съ его женой. Нормы права, ограждающія силу обязательствъ, неприкосновенность вещныхъ правъ, чистоту семейныхъ нравовъ, существуютъ для всѣхъ и cadaго, но интересъ, ими огражденный, есть въ той мѣрѣ личный для cadaго, что притязаніе къ защитѣ нормы можетъ, безъ всякой опасности для права, быть предоставлено самому заинтересованному. Вотъ этотъ диспози-

*) Подробное разъясненіе въ курсахъ энциклопедіи,

**) Papinianus L. 1 D. de leg. 1. 3. Тутъ же, въ рядѣ другихъ мѣстъ, свойство права какъ нормы, norma agendi, безпрестанно встрѣчается въ источникахъ. Это commune praeseptum ibid; то же Ульпіанъ jura... generaliter constituuntur L. 8 D. h. t.; по Юліану—это judicium populi. L. 32 D. h. t.

тивный характеръ отраженія юридическихъ нормъ и опредѣляетъ собою особенность известной группы нормъ и даетъ имъ свойство частно-правныхъ.

И такъ, мы будемъ имѣть юридическія нормы, юридическіе институты права частнаго, и по этому признаку *частнаго притязанія* лица къ лицу, лица единичнаго къ лицу коллективному, къ самой казнѣ, и обратно, — мы будемъ судить о свойствѣ права, о свойствѣ дѣла гражданскаго или публичнаго.

До какой степени этотъ признакъ есть простой и осязательный, это видно изъ того, что старая наша практика, очень далекая отъ всякихъ аналитическихъ приѣмовъ истолкованія природы правъ частныхъ и публичныхъ, ощупью, такъ сказать, подошла очень близко къ нему въ своей дѣловой терминологіи *). Въ актахъ прошлаго вѣка мы безпрестанно встрѣчаемъ противоположеніе дѣлъ общенародныхъ, криминальныхъ и *челобитчиковыхъ*, или общенародныхъ, интересныхъ (связанныхъ съ интересомъ казны) и челобитчиковыхъ. Полнаго соотвѣтствіи понятія дѣла челобитчикова и права частнаго нѣтъ у насъ, нѣтъ, какъ увидимъ и въ западныхъ ученіяхъ, но отмѣтить чуткость нашей практики къ тѣмъ-же признакамъ, къ коимъ приводятъ насъ теперешнія нѣмецкія ученія, конечно, любопытно.

Въ послѣднее время этотъ *чисто юридическій методъ* различенія сферы права частнаго и публичнаго, даетъ въ нѣмецкой и въ нашей литературѣ поводъ къ двоякому недоразумѣнію.

Спрашиваютъ, во-первыхъ, почему требуется именно искъ, частное притязаніе, чтобъ опредѣлился характеръ известной нормы какъ гражданской? Развѣ до правонарушенія, до того времени, когда возникъ искъ, свойство права какъ частнаго вовсе ни въ чемъ не видно? Это чистое недоразумѣніе. Требованіе исковаго притязанія составляетъ здѣсь какъ бы фокусъ, въ коемъ собираются характерныя для права частнаго лучи преломленія. Не слѣдуетъ отсюда заключать, что гдѣ *нѣтъ* правонарушенія и пока не возникло *исковое притязаніе*, до тѣхъ поръ вовсе нельзя

*) Возьмите изъ разныхъ эпохъ по 1-му Полн. Собр. №№ 2786, 4050, 7951, 9647. Первый указъ говоритъ о должности фискала и перечисляетъ разныя дѣла, а въ п. 3 указываетъ вообще: тако-жъ и прочія дѣла народныя по коимъ нѣтъ челобитчиковъ. Очень важное различеніе интересовъ частныхъ и публичныхъ даютъ въ разныхъ мѣстахъ межевыя инструкціи прошлаго вѣка, о чемъ позже. Первоначально это были понятія заимствованныя (см. № 3534, Генер. реглам., гдѣ толков. иностр. рѣченій, стр. 160 по тексту П. С., „публичные—всенародные, приватные—частные“), но съ ними вполне освоились и дали дѣламъ частнымъ названіе *челобитчиковыхъ*.

**) О томъ, по какимъ ступенямъ шло въ нашей исторіи обособленіе права частнаго и публичнаго и отдѣльныхъ институтовъ того и другаго права, мы будемъ говорить въ своемъ мѣстѣ.

и угадать права частного. Это прямое непониманіе дѣла. Независимо отъ правонарушеній и прежде всякихъ исковъ, частное правоотношеніе получаетъ свою юридическую извѣстность, (моментъ возникновенія), утверждается въ своей силѣ (укрѣпленіе), гарантируется въ своемъ осуществленіи (разными способами) и проч. все же по инициативѣ заинтересованнаго. Независимо отъ его почина, оно легко теряетъ извѣстность, осуществимость, перейдетъ на степень притязанія иного типа, не только не гражданского, но вообще не юридического. И такъ, во множествѣ признаковъ, вполне независимо отъ наличия правонарушения или искового притязанія, во всемъ строѣ правоотношенія и института видна его гражданская складка; но нигдѣ, натурально, чисто юридическая, и именно гражданская фizioномія правоотношенія не выразится такъ полно и рельефно, какъ въ исковомъ притязаніи. Реквизитъ иска обозначаетъ только это и ничего болѣе.

Другое недоразумѣніе еще болѣе любопытное. Спрашиваютъ, во-вторыхъ, если этимъ признакомъ частного иска опредѣляется свойство права (правоотношенія, нормы, института) какъ частного, то *отъ кого-же*, или *отъ чего* будетъ зависѣть дать въ одномъ случаѣ эту охрану, частный искъ, въ другомъ другую, публичную защиту. Критерій, коимъ слѣдуетъ руководиться въ этихъ вопросахъ, долженъ быть извѣстенъ заранее. Какъ же его найти?

Для дѣйствующей системы, различіе способовъ огражденія нормъ можетъ быть объяснено положительнымъ авторитетомъ нашего закона. Мы, наше законодательство, наша практика рассматриваетъ такіе-то институты, какъ частные. Въ силу этого и иски для осуществленія нарушенныхъ правъ не могутъ быть иными, какъ частными. Основу, стало быть, составляетъ позитивный авторитетъ законодателя, судебныхъ органовъ и проч. Это натурально, такъ и бываетъ тамъ, гдѣ мы имѣемъ дѣло съ развитой догмой и отношеніемъ къ ней отдѣльныхъ притязаній. Кто ссылается въ судѣ на дѣйствующую норму, *fundatam habet intentionem in jure*.

Мы, однако, не въ правѣ останавливаться на этомъ одномъ въ вопросѣ научнаго интереса. Для права, особенно для права гражданского и для судебного осуществленія частныхъ притязаній, послѣднее основаніе не можетъ лежать въ положительномъ авторитетѣ закона, суда, и ни въ чемъ болѣе... Если это не есть эфемерная, вымышленная система, а продуктъ историческаго развитія національнаго правосознанія, тогда немислимо базировать свойство частного притязанія на такомъ чисто-внѣшнемъ, произ-

вольномъ факторѣ. Основаніе должно лежать гдѣ-то глубже. Собственно здѣсь только и возникаетъ вопросъ: почему, по какой *постоянной* причинѣ, въ данномъ юридическомъ быту законодатель, судъ, система дѣйствующихъ нормъ даетъ нѣкоторой категоріи институтовъ свойство гражданскихъ, нѣкоторой категоріи исковъ характеръ частныхъ притязаній? Для этого должна существовать основа не внѣшняя (*lex ita scripta est*), а *внутренняя*, которая и опредѣляетъ собою волю законодателя, направление практики. Вотъ чего отъ насъ требуютъ! Мы должны указать эту *внутреннюю причину* или основу обособленія гражданскихъ исковъ и нормъ. Она, говорятъ намъ, должна лежать *въ существѣ* самого отношенія, а не въ способахъ защиты нормъ. И такъ утверждая, что въ искѣ лежитъ постоянный и вѣрный признакъ свойства самого права, Вы дескать не отвѣчаете на вопросъ, а лишь уклоняетесь отъ отвѣта.

Нѣкоторые нѣмецкіе (Бирлингъ), а за ними и отечественные цивилисты прибѣгаютъ къ любопытному сравненію, чтобъ иллюстрировать фальшь приѣма, котораго мы держимся. Если намъ надлежитъ опредѣлить или различить органы или отправленія въ составѣ или въ жизни извѣстнаго организма, то, натурально, мы будемъ для этого искать признаковъ, лежащихъ въ существѣ, въ природѣ этихъ органовъ, а не въ лѣкарствахъ, къ которымъ прибѣгаютъ, чтобы возстановить ихъ функціи. Органы и отправленія—составляютъ аналогію нормъ, а иски—лѣкарствъ.

Очевидно, подъ *лѣкарствами* юристы (Бирлингъ и его послѣдователи) на сей разъ разумѣютъ *внѣшнія* средства, къ коимъ прибѣгаютъ въ случаѣ болѣзни. Еслибы это не были лѣкарства подобнаго рода, а цѣлебныя силы самого органа, которыя ведутъ къ возстановленію его нормальнаго состоянія или его отправленій, то аналогія не послужила бы къ обличенію ошибочности нашего метода, но была бы несомнѣнно ближе къ дѣлу, ибо цѣлебныя силы самого организма не суть свойства внѣшнія, а внутреннія, коими опредѣляется самъ организмъ по существу.

Но независимо отъ этого, составляетъ ли въ самомъ дѣлѣ искъ нѣчто для права внѣшнее, нужное только на случай болѣзни, какъ лѣкарство для организма, или искомъ не внѣшнимъ, а *внутреннимъ* образомъ опредѣляется самое существо нормы *юридической*, именно внутренняя ея природа?

Виды нашихъ оппонентовъ не трудно раскрыть: формальные реквизиты для права они не считаютъ существенными, ихъ цѣль въ томъ, чтобъ привести насъ къ *матерьяльной* его основѣ, къ пользованію (*Genuss, Ihering*), къ матерьяльному расчету, который

имѣть стать впередъ (германисты), къ имуществу (Кавелинъ). Мы видѣли выше, что этотъ *неюридическій* критерій не даетъ никакого результата. Можетъ быть на лицо *Genuss*, но при этомъ можетъ не быть права *) (*Reflexwirkungen* у Ihering'a). Можетъ быть на лицо матерьяльная выгода (покровительственный тарифъ для внутреннихъ производителей), но не быть иска для огражденія этого интереса противъ убытковъ. Можетъ не быть на лицо никакого матерьяльнаго интереса (мое имя, которое присвоиваетъ себѣ другой, принадлежность мнѣ авторства въ художественномъ, литературномъ произведеніи; *la recherche de la paternité*, притязаніе къ наслѣдству обремененному долгами) и, однако, имѣть мѣсто искъ, чисто частный по своему строенію. И такъ, никакими *неюридическими* признаками мы не хотѣли бы опредѣлять право по существу. Въ этихъ матерьяльныхъ моментахъ могутъ лежать самыя явныя *побужденія*, самыя несомнѣнныя *цѣли* юридическихъ конструкцій, но *право* не въ нихъ, не въ матерьяльномъ моментѣ, такъ же не въ цѣли, а именно въ моментѣ *формальномъ*, въ нормѣ, въ искѣ, въ волѣ лица.

Если поставленъ вопросъ объ отношеніи иска къ нормѣ, то мы утверждаемъ, что въ искѣ не средство только для возстановленія права, а внутренній характерный его признакъ. Но этимъ мы не можемъ ограничиться. Вопросъ о томъ, почему извѣстной категоріи нормъ свойствененъ извѣстный искъ (частный), другимъ— другой, остается все еще открытымъ.

Чтобы правильнымъ образомъ и соотвѣтственно существу дѣла объяснить себѣ отношеніе иска къ нормѣ, нельзя ограничиваться опредѣлившимся въ извѣстныхъ бытовыхъ условіяхъ повелительнымъ отношеніемъ закона къ суду. Надо идти глубже, въ область живыхъ историческихъ процессовъ, а не отвердѣвшихъ до извѣстной степени бытовыхъ формъ правосознанія... Необходимо присмотрѣться къ процессамъ образованія юридическихъ нормъ не только въ прошлыя эпохи, но и въ явленіяхъ текущаго правовъ-развитія. Составляютъ ли *нормы* права, положимъ, права частнаго, первичное явленіе, *prius*, за которымъ слѣдуютъ исковыя средства осуществить нарушенную норму, какъ *posterius*, или наоборотъ?

*) Я совсѣмъ хозяиномъ чувствую себя въ саду противъ моего окна, хотя садъ публичный, но съ управляющимъ мы давно друзья, онъ цѣнитъ мой вкусъ и познаніе и я не только пользуюсь, но даже распоряжаюсь посадками. Я слушаю въ самое удобное для меня время музыку изъ сосѣдняго сада. Мнѣ свѣтитъ на лѣстницѣ свѣтъ сосѣдняго фонаря. Вездѣ *Genuss*, но вездѣ *Genuss*, фактическаго характера. Когда смѣнили управителя сада, погасили не во время фонарь и причинили мнѣ не только неудобства но и убытки—искать не съ кого и нечего, ибо правъ у меня нѣтъ никакихъ.

Достаточно возстановить въ 'памяти картину образованія гоно-
рарнаго права, давшего главную основу всей системѣ институ-
товъ *juris gentium*, чтобъ имѣть отвѣтъ на вопросъ. Здѣсь искъ
представляетъ собою тотъ моментъ, когда норма права еще, такъ
сказать, зарождается въ юридическомъ сознаніи сторонъ и сано-
вника. Здѣсь никакъ нельзя утверждать, что искъ есть средство
возстановить нарушенную норму. Наоборотъ, искъ является здѣсь
средствомъ дать неопредѣлившемуся еще въ общемъ юридическомъ
сознаніи притязанію истца юридическую опредѣленность и су-
дебную защиту *).

Въ этомъ видѣ, въ видѣ притязаній истца, обнаруживается
зародышъ послѣдующей нормы, существующій пока на степени
субъективно сознаваемого права, коему преторъ даетъ въ кон-
кретномъ случаѣ евентуальную охрану. Абстрактная норма права
выдѣлится и обьективирруется изъ этого сочетанія лишь въ послѣд-
ствіи, и тогда она будетъ служить окрѣпшей и постоянной осно-
вой исковыхъ притязаній. До этого выдѣленія норма права такъ
сказать сливается, сосуществуетъ съ искомъ. Правосознаніе здѣсь
находится на степени субъективнаго. Право я сознаю только какъ
свое право. Обособленіе нормы права отъ права въ субъектив-
номъ смыслѣ будетъ составлять уже послѣдующую стадію зрѣ-
лости юридическаго сознанія.

У Ihering'a, въ его раннихъ трудахъ (особенно въ *Geist'ѣ*),
и въ нѣкоторыхъ послѣдующихъ (*Kampf ums Recht*) читатель
найдетъ много страницъ, прекрасно освѣщающихъ эту первона-
чальную фазу развитія правосознанія въ человѣческихъ обще-
ствахъ

Мы останавливаемся на этомъ явленіи здѣсь, чтобъ показать,
насколько ошибочно воззрѣніе на искъ какъ на нѣчто для права
внѣшнее, не опредѣляющее его по существу. Живыя явленія
правосознанія въ прошлой исторіи права и въ текущихъ процес-
сахъ праворазвитія, несомнѣннымъ образомъ свидѣтельствуютъ
намъ, что искъ есть именно первообразъ субъективно-сознавае-
маго права какъ нормы.

И такъ, искъ не есть нѣчто внѣшнее для права, подобно лѣ-
карству отъ болѣзни, а наоборотъ, нѣчто по существу связанное
съ самой нормой. съ самымъ правомъ, до такой степени присущее
ей, что предъявляя его, мы призываемъ, такъ сказать, къ дѣй-
ствію внутреннія, въ самой нормѣ лежація цѣлебныя силы для
возстановленія всей ея здоровой энергіи.

*) Гай, Опредѣленіе иятенціи (IV, 41).

Какъ-же, засимъ, отвѣтить на вопросъ, *отъ кого, или отъ чего* зависитъ дать охрану одной нормѣ помощью иска частнаго, предоставленнаго на волю заинтересованному, а другой нормѣ помощью иска публичнаго?

Отвѣтъ, сколько кажется, совершенно простой. Надо только раскрыть, какъ, данная норма слагалась исторически. Если она исторически слагалась подъ дѣйствіемъ автономныхъ частныхъ сдѣлокъ, подъ постояннымъ вліаніемъ частныхъ притязаній для поддержки субъективно сознаваемыхъ правъ, тогда, натурально, и впослѣдствіи, когда субъективное сознание права стало общесознанной нормой, ее *слѣдуетъ, согласно ея исторической природѣ*, и совершенно независимо отъ ея содержанія (Genuss, имущество, или иное что), ограждать частнымъ искомъ. Это будетъ норма, это будетъ институтъ частнаго права, и для *даннаго* юридическаго быта, мы угадаемъ это по иску, который служить для ея огражденія и который основанъ на ея внутреннихъ свойствахъ, лежитъ въ ея *юридической природѣ* *).

*) Есть писатели, которые упрекаютъ Авг. Тона въ томъ, что онъ далъ въ своемъ трактатѣ (Die Rechtsnorm und das subject. Recht) нормѣ, объективному праву значеніе повелительное по отношенію къ субъективному праву (Гирке, Deutsch. Pr. Recht, стр. 252, пр. 3). Тутъ возможна иѣкоторая односторонность, но и задача его заключалась только въ томъ, чтобы въ *данномъ* правопорядкѣ, гдѣ норма и притязаніе уже обособилась, опредѣлить свойство одной нормы, какъ частно-правной, другой, какъ публично-правной. Онъ на этомъ остановился. Ему не приходило въ тупору отвѣчать на сомнѣнія, вызванныя этой постановкой ученія. Дербургъ, 5 изд. т. 1, § 39, Гирке § 27, стр. 252, сколько кажется, близки къ поддерживаемому здѣсь взгляду, опредѣлившемуся въ разныхъ своихъ чертахъ, много прежде въ трудахъ Ihering'a, особенно въ раннихъ его работахъ, вполне поправленныхъ послѣдующими его-же конструкціями, въ коихъ право перестаетъ быть само себѣ цѣлью, а становится средствомъ для внѣшнихъ цѣлей, за что Ihering въ свое время былъ причисленъ Эмилемъ Кунце къ лику сабиніанцевъ. Въ духѣ старыхъ работъ Ihering'a авторъ этихъ чтеній изслѣдовалъ, много лѣтъ назадъ, условія правообразованія въ древней Россіи въ сочиненіи Источники правъ и Судъ въ древней Россіи. Москва, 1869 г. Нынѣ проф. О. И. Леонтовичъ въ сочиненіи Старый земскій обычай, Одесса, 1889 г., съ цѣлой массой данныхъ, близко касается тѣхъ же проблемъ историческаго правовѣдѣнія. Идею первообраза правосознанія или нормы въ видѣ правосознанія субъективнаго, Гирке выражаетъ по своему въ такой тезисъ: Subjectives und objectives Recht sind *gleich ursprünglich*, тамъ же, стр. 252, гдѣ въ примѣч. 3 и, на слѣд. стр., въ 6-мъ, даны указанія на контроверзныя мнѣнія видныхъ нѣмецкихъ писателей по этому пункту. Насколько вопросъ живой, можно судить по перемѣнамъ текста § 39 въ 1-мъ и въ 5-мъ изд. у Дербурга въ Пандектахъ.—Въ школѣ гегельянскій моменты, опредѣляющими образованіе права, были выставлены начала свободы и необходимости. Противъ этого трудно что либо сказать, кромѣ развѣ того, что оба понятія спускаются съ философскихъ высотъ такъ сказать вполне готовыми и мало приноровленными къ земнымъ интересамъ и заботамъ, не носятъ на себѣ слѣдовъ практической дѣйствительности. Ihering, въ формахъ потѣшныхъ и мѣстами весьма удачныхъ, трактуетъ въ своемъ Scherz и Ernst эту Begriffsjurisprudenz, которая боится прикасаться праха и земныхъ дѣлъ.—И такъ, противъ существа этихъ факторовъ образованія права нельзя сказать ничего. Но мы, въ самомъ дѣлѣ, приблизимъ *понятіе* права, особенно права частнаго, къ дѣйствительности, если начало необходимости въ его составѣ замѣнимъ мо-

Мы на этомъ останавливаемся. Можно, натурально, идти еще дальше въ изслѣдованіи отношенія иска къ нормѣ. Можно задаться вопросомъ, чѣмъ же обуславливалось въ эти первоначальные для развитія нормы моменты, сознаніе такого-то притязанія какъ частнаго? Отвѣтъ, натурально, мы получимъ изъ тѣхъ бытовыхъ данныхъ, экономического, соціальнаго, умственного, нравственнаго и т. д. строя эпохи, подъ вліяніемъ которыхъ находились, жили и дѣйствовали люди и общества, въ ту пору работавшія на защиту своихъ интересовъ и правъ. Но здѣсь мы уже у предѣла собственно юридическихъ изысканій, ибо изслѣдованіе этихъ общихъ бытовыхъ условій дѣйствительно не есть дѣло юриста, а дѣло историка культуры вообще.

Мы пришли, такимъ образомъ, къ разумѣнію предѣловъ нашихъ штудій въ области гражданскаго права.

Но что, однако, это за *предѣлы*? Кавелинъ говоритъ намъ, что между правомъ публичнымъ и частнымъ нельзя проводить китайской стѣны (стр. 4), разумѣя подъ этимъ, натурально, что переходы изъ одной области въ другую совершенно возможны; мы прибавимъ—и часто очень мало чувствительны, очень мало осязательны. Съ другой стороны, у Кавелина тоже мы встрѣтимъ такія общія соображенія: успѣхи гражданской образованности измѣряются постепеннымъ одухотвореніемъ государственныхъ элементовъ и расширеніемъ круга правъ частныхъ (стр. 62).

И такъ, ни въ какой догмѣ вы не найдете границы права частнаго и публичнаго обозначенными непреходимой чертой и, съ другой стороны, время, успѣхи культуры приносятъ здѣсь такія видоизмѣненія, что въ одномъ и томъ же исторически данномъ правѣ, скажемъ, въ римскомъ, въ русскомъ, въ разныя эпохи предѣлы цивильнаго и публичнаго права не одни и тѣ же.

Возможно ли, въ виду этого, ставить отвлеченно вопросъ о постоянномъ, необходимомъ разграниченіи того или другого права въ любыхъ условіяхъ? Конечно, нѣтъ. Въ обзорѣ всемірно-историческихъ явленій, данномъ выше, мы убѣдились достаточно, что самое это различіе составляетъ чисто-историческую категорію.

Затѣмъ, въ каждой данной культурѣ права, между типами рѣзко обозначившагося противоположенія всегда найдутся типы институтовъ переходнаго характера. Der Organismus des Rechts beruht demnach gleichsam auf zwei Polen, — говоритъ проф.

ментомъ юридической нормы, юридическаго института, права въ объективномъ смыслѣ, а начало свободы моментомъ юридической самостоятельности лица, осуществленія субъективнаго правосознанія въ юридическомъ дѣйстви, особенно въ искѣ.

Дернбургъ,—dem Individualismus und dem Socialismus. Смыслъ тотъ, что все право имѣетъ задачей примиреніе двухъ противулежащихъ стремленій—къ особности и къ общности, и дѣйствительное примиреніе этихъ стремленій въ отдѣльныхъ юридическихъ институтахъ даетъ различіе двухъ областей права, публичной и частной. По идеямъ Оскара ф. Бюлова возможно установить въ отдѣльныхъ институтахъ не только эти, такъ сказать, полярныя теченія, но и еще много точнѣе, подобно измѣреніямъ метеорологическимъ, среднія направленія, смѣшанныя, съ преобладаніемъ публичнаго или частнаго права, не просто, стало быть, pbl. и prv., а pbl. pbl. prv., prv. prv. pbl. и проч.

Преобладающія стремленія того или другого рода свойственны извѣстнымъ странамъ, извѣстнымъ культурамъ права, историческимъ періодамъ этой культуры, измѣнчивымъ во времени.

Для уясненія дѣла примѣромъ можно взять явленія разнаго времени въ исторіи права, различныхъ системъ права у разныхъ народовъ, даже разныхъ сферъ (чтобъ остаться въ томъ же образѣ выраженій, какого держится Дернбургъ) права въ одно и то же время и у одного и того же народа.

Если мы возьмемъ за признакъ частнаго права искъ лица, направленный къ огражденію нормъ въ его интересѣ, то окажется, что въ Римѣ и въ Англіи подъ этотъ признакъ подойдетъ кругъ явленій неизмѣримо болѣе обширный, чѣмъ у французовъ, у нѣмцевъ, у насъ. Actio popularis у римлянъ, *Qui tam* actions у англичанъ *) суть иски, въ коихъ каждое частное лицо jure civitatis ограждаетъ свои и публичные интересы, неся въ себѣ самомъ энергію, нужную для огражденія не себя только, но въ своемъ лицѣ и cadaго заинтересованнаго. Это искъ частный, а интересъ, имъ ограждаемый, не есть только особый, мой, челобитчиковъ. Строй этого частнаго иска не тотъ, конечно, что строй исковъ, предоставленныхъ на усмотрѣніе лицъ. Нѣтъ. Если тутъ я взялся за дѣло и не довелъ защиты до конца, то всякій другой становится на мое мѣсто такимъ же хозяиномъ иска, какимъ былъ я, овладѣваетъ этимъ же средствомъ для той же цѣли. Тутъ есть челобитчикъ, есть челобитчики, но искъ не челобитчиковъ, не принадлежитъ ему, какъ искъ объ огражденіи его личнаго имущества, хотя доля имущественнаго интереса можетъ

*) Для этихъ понятій и сопоставленій см. ст. Брунса въ *Kleinere Schriften*, т. I, стр. 313, тоже въ *Zeitschr. für Rechtsgeschichte* (замѣнившей въ началѣ 60-хъ год. прежній журналъ Савиньи), т. III, стр. 341 и слѣд. Къ этимъ вопросамъ будемъ имѣть случай вернуться позже. Англійское названіе *Qui tam* происходитъ, какъ во мног. др. случаяхъ, отъ начальн. словъ закона: *Qui tam pro domino rege, quam pro se ipso, in hac parte sequitur...*

принадлежать именно и лично ищущему. Что-жъ это за иски? У римлянъ это иски съ широкимъ приложеніемъ частью въ области криминальнаго права, частью для огражденія пользованія вещами съ публичнымъ назначеніемъ. Преимущественно въ области криминальнаго права эти иски развились въ Англіи въ видѣ частнаго обвиненія по дѣйствіямъ преступнымъ. Въ вопросѣ, который мы назвали бы чисто-публичнымъ, тамъ допускается сильный элементъ частно-правный, вознагражденіе, личнѣй интересъ, какъ поощреніе къ дѣятельности въ публичныхъ цѣляхъ. Это часто очень опасная комбинація, но практичность ея условлена въ названныхъ системахъ именно живостью общественнаго сознанія въ отдѣльныхъ людяхъ. Тотъ же самый предметъ, тотъ же интересъ—пользованіе вещами публичными, огражденъ совершенно иначе въ законодательствѣ французскомъ, прусскомъ, австрійскомъ и нашемъ. Вездѣ въ этихъ системахъ вы встрѣтите слѣдующаго рода построеніе для защиты пользованія вещами публичными. Я беру примѣръ прусскаго Landrecht'a: Die Land und Heer-Strassen, die von Natur schiffbaren Ströme, das *Ufer des Meeres* und die Häfen sind ein gemeinsames Eigenthum des Staats (Allg. Landrecht, Th. II, Tit. 14, § 21). У франц. тоже см. art. 537 и слѣд. У насъ (какъ увидимъ) близко къ французскому, но съ несомнѣннымъ смѣшеніемъ понятій по существу различныхъ, ст. 406 и слѣд. Во всѣхъ, однако, континентальныхъ кодексахъ начало одно. Вещи публичныя, назначенныя для пользованія всѣхъ, составляютъ *собственность* государства, а государство *предоставляетъ* пользованіе ими отдѣльнымъ лицамъ. Посему въ случаяхъ, гдѣ такому пользованію было бы неправильно положено препятствіе, для устраненія его нужно дѣйствіе административныхъ органовъ, а не частный искъ. Конструкція совершенно консеквентна, ибо пользованіе здѣсь разсматривается только какъ *уступленное* собственниковъ, стало быть, производное отъ государства право, а не принадлежащее непосредственно каждому *jure civitatis*.

Вотъ разныя сочетанія публичнаго и частнаго съ преобладаніемъ того или другаго элемента въ данномъ институтѣ въ разныхъ системахъ.

Легко демонстрировать измѣненіе, расширеніе, суженіе области права частнаго, геср. публичнаго, въ разныя эпохи. Мы объ этомъ будемъ имѣть случай говорить. Укажемъ здѣсь на любопытный образецъ несвойственнаго никакой системѣ, допускающей обособленіе права публичнаго и частнаго, расширенія правъ частныхъ въ нашемъ остзейскомъ мѣстномъ кодексѣ. Въ число правъ част-

ныхъ, гражданскихъ, въ 1864 году, тамъ занесено исключительное право собственника прибрежнаго участка земли на морской берегъ *), на самое море и притомъ безъ всякой обязанности частнаго владѣльца къ государству или къ обществу, соотвѣтствующей особенностямъ этого права. Ст. 1029 говоритъ: „Въ Эстляндіи собственники имѣній, находящихся у морскихъ береговъ, не имѣютъ обязанности оставлять свободнымъ бичевникъ и въ правѣ пользоваться всѣмъ побережьемъ неограниченно и исключительно“. Ст. 1032 даетъ имъ же *исключительное* на протяженіи 3-хъ верстъ отъ берега моря право рыбной ловли **). Ничего подобнаго нѣтъ ни въ одномъ *цивильномъ* кодексѣ. Явленія такого рода могли имѣть мѣсто въ ту эпоху, когда собственникъ былъ въ то же время господиномъ, *Landesherr*’омъ, сеньоромъ, а не частнымъ лицомъ. Такое право частнаго лица (не пустить высадиться на берегу моря, какъ оно можетъ не пустить въ свою гостиную) не есть гражданское право, и систематическое мѣсто, данное этой статьѣ въ названномъ сводѣ, есть ошибочное. Если бы это не была ошибка ***), то мы въ правѣ были бы сказать, что стремленіе къ индивидуализму нигдѣ не достигало этого предѣла, что тамъ, въ Остзейскомъ краѣ, именно полюсъ индивидуализма, прямо противулежащій самымъ элементарнымъ условіямъ всякой общности (ср. для римскаго права § 5 I. de rer. divis. 2, 1, гдѣ *jure gentium* берега моря предоставлены публичному пользованію).

Но и въ различныхъ сферахъ одного права русскаго возможно отмѣтить очень различное сочетаніе элементовъ публичнаго и частнаго права въ отдѣльныхъ институтахъ данной системы. Одинъ изъ нашихъ изслѣдователей, профессоръ Гамбаровъ, справедливо замѣтилъ, что въ X т. ч. I отсутствуетъ институтъ, носящій несомнѣнно ясно выразившійся характеръ соціально-приватный, именно *negotiorum gestio*, который находимъ въ правѣ римскомъ, — добровольное и безмездное веденіе дѣлъ въ чужомъ интересѣ. Нашъ

*) Ср. сейчасъ приведенную прусскую статью.

**) Подъ статьями сдѣлана ссылка на резолюцію эст. ген.-губ. и на обычай (чей?), признан. указами Прав. сената.

***) Утверждая это, мы вовсе не настаиваемъ, чтобъ и въ основаніи тутъ тоже была ошибка. Въ одномъ изъ недавнихъ кас. рѣш. (84 г., № 53) сенатъ указалъ намъ въ какихъ расчетахъ заинтересованные давали иногда видъ частной собственности имуществамъ, вовсе таковой не представлявшимъ (стр. 263 указ. тома). Кто скажетъ, чтобъ и тутъ не было своего рода расчета? Занести въ разрядъ правъ гражданскихъ указанное здѣсь право удобно по тому соображенію, что частныя права, при ихъ уничтоженіи, подлежатъ собственно выкупной операціи. Вотъ и тема — государство *выкупаетъ* морской берегъ и 3 версты моря у частнаго собственника! Историческую основу этого права составляетъ концессія мѣстнаго губернатора!

Х т. первоначально выработанъ для примѣненія въ небольшомъ и въ смыслъ права частнаго довольно разобщенномъ кругѣ лицъ. Тамъ мы найдемъ вообще болѣе развитую систему правъ вещныхъ, именно собственности, институтовъ обособляющихъ частные интересы, чѣмъ сферу права договорнаго, сервитутнаго, связующую вновь эти розные интересы собственниковъ. Спустимся въ другую сферу русскаго же права, гдѣ уцѣлѣли старыя бытовья юридическія формы. Тамъ, можно сказать, все есть *negotiorum gestio*, тамъ преобладаніе социальныхъ, а не индивидуальныхъ моментовъ въ правѣ.

Наконецъ, не только въ разныя эпохи, у разныхъ народовъ и въ разныхъ сферахъ, это сочетаніе и *resp.* раздѣленіе публичнаго и частнаго права фактически неодинаково, но есть въ жизни каждаго общества и въ явленіяхъ всякаго права *миновенія*, переходящія условія, когда интересъ индивидуальный въ правѣ, особенность людей сжимается до *minimum'a*. Возьмите въ правѣ римскомъ *lex Rhodia de jactu*, у англичанъ отмѣну *Habeas corpus*, на континентѣ осадное положеніе, и вы увидите, что тотъ интересъ спасенія, на коемъ *Ihering* строитъ всю свою систему, есть, въ эти минуты, рѣшающій все. Но отъ этихъ грозныхъ мгновеній, острыхъ кризисовъ, натурально, не слѣдуетъ заключать къ постояннымъ основамъ юридическаго быта...

Итакъ, на вопросъ, гдѣ частное, гдѣ публичное право, мы въ общемъ отвѣтимъ признаками одинаковыми для права римскаго и для нашего права. Въ отдѣльныхъ національныхъ, мѣстныхъ, временныхъ состояніяхъ права, въ разныхъ его институтахъ граница того и другого можетъ быть не на одномъ и томъ же мѣстѣ. Это вопросъ изслѣдованія фактовъ. „... *quum jus finitum et possit esse, et debeat, говоритъ Нерацій, facti interpretatio plerumque atiam prudentissimos fallat*“. (L. 2. D. de *jur. et fact. ignor.* 22. 6. *).

*) Вопросъ о вторженіи государства въ область прибрѣтенныхъ правъ не касается различія понятій права публичнаго и приватнаго, ибо отнимая прибрѣтенное право (*jus quaesitum, wohlerwobenes Recht*) у отдѣльнаго лица, государство этимъ самымъ какъ бы подтверждаетъ существованіе института, въ сферѣ дѣйствія котораго произведена экспроприація въ интересъ общественномъ. Возможны, однако, случаи, гдѣ государственная власть направляетъ свою силу на уничтоженіе или на коренное видоизмѣненіе именно самаго института, служащаго основаніемъ прибрѣтенныхъ правъ. Въ этихъ случаяхъ граница права частнаго несомнѣнно перемѣщается, и отношенія, до того носившія свойство правоотношеній гражданскихъ, уходятъ изъ этой области. Таково уничтоженіе актомъ государственной власти крѣпостной зависимости людей, устраненіе изъ сферы гражданскихъ правоотношеній понятія населеннаго имѣнія; таково же упраздненіе Положеніемъ 1886-го іюня 9-го поземельнаго устройства сельскихъ вѣчныхъ чиншевииковъ; таково же Выс. утвержден. 14 дек. 1893 г.

§ 4.

Право общее и особенное (мѣстное). — Количественное отношеніе юридич. нормъ того и другого рода. — А. Формальная сторона явленія. — Право общее и сходное. — В. Матеріальная сторона вопроса. — Мысли Пухты. — Условіе содѣйствующее количественному развитію нормъ общихъ. — Неодинаковая способность гражданскихъ институтовъ къ правообращенію. — I міръ античный; наблюденія подтверждающія указанную закономѣрность. — II міръ новый: 1) Франція, условія развитія правообращенія; 2) Германія, черты различія; 3) наблюденія въ области частнаго международнаго права.

Мы беремъ въ этомъ экскурсѣ за исходную точку данное выше понятіе права какъ нормы. Юридическія нормы, однако, при этомъ общемъ ихъ свойствѣ характеризуются, по указаннымъ сейчасъ признакамъ, какъ нормы публичнаго или частнаго права, какъ институты той или другой юридической категоріи. Но, далѣе, нормы того или другого права могутъ, въ ихъ примѣненіи, не утрачивая этихъ своихъ основныхъ свойствъ, обнимать или очень обширный кругъ отношеній, или очень тѣсный. Для каждой данной системы права это *количественное* измѣреніе имѣетъ несомнѣнную важность. То противоположеніе общаго и особеннаго, которое мы здѣсь будемъ разяснять, имѣетъ именно этотъ смыслъ количественнаго, такъ сказать, анализа примѣняемыхъ въ жизни юридическихъ нормъ.

Вопросъ объ отношеніи права общаго и особеннаго, по свойствамъ юридическаго быта современной Германіи, привлекалъ

мнѣніе Госуд. Совѣта о мѣрахъ къ предупрежденію отчужденія крестьянскихъ надѣловъ. Примѣровъ можно привести много.

Что касается собственно вторженія въ область пріобрѣтенныхъ правъ, то нѣтъ сомнѣнія, что кругъ случаевъ этого рода крайне расширяется нынѣ (см. указ. выше брошюру G. Meyer'a *Der Staat u. die erworbenen Rechte*). Очень много жертвъ приходится обществу нести нынѣ, особенно въ пользу защиты государства отъ опасности вооруженнаго вторженія въ чужую территорію массъ, какому подверглась Франція въ 70-мъ году.

Съ другой стороны, союзы публичнаго типа и само государство, наконецъ, въ современныхъ экономическихъ условіяхъ, становятся нерѣдко въ положеніе, очень стѣсненное притязаніями частно-правными, когда государственный бюджетъ обремененъ непомерными долгами, угрожающими государственнымъ банкротствомъ. Отношеніе такихъ частно-правныхъ притязаній къ союзамъ публичнаго типа занимаетъ давно юриспруденцію. Положеніе этого вопроса освѣщается въ послѣднее время работами Meili, Дюрихскаго профессора, въ извѣстной его публикаціи, появившейся въ 1885 г. въ Бернѣ подъ заглав. „*Rechtsgutachten u. Gesetzesvorschlag betref. die Schuldexecution gegen Gemeinden*“, также работой М. Я. Герценштейна „Кредитъ для земствъ и городовъ, Москва. 1892 г.“, наконецъ, въ текущемъ году, опять очень интересной работой того же Meili „*Der Staatsbankerott und die moderne Rechtswissenschaft*. Berlin 1895“ (въ послѣднемъ трактатѣ точка зрѣнія права международнаго).

къ себѣ очень дѣятельное вниманіе нѣмецкихъ ученыхъ. Для насъ онъ имѣетъ самое серьезное значеніе, хотя наши юристы очень мало его разрабатывали. Судьба этого очень живого вопроса у нѣмцевъ въ текущемъ столѣтіи такая же измѣнчивая, какъ и другихъ, частью уже выше уясненныхъ нами, проблемъ нѣмецкой юриспруденціи. Долгое время обиліе партикуляризовъ въ правѣ на нѣмецкой почвѣ разсматривалось юристами какъ черта національнаго характера, какъ особый видъ богатства формъ, составляющій своего рода достоинство нѣмецкаго національнаго генія. Стремленіе къ униформитету въ правѣ находило друзей, но и враговъ. Примиренія противурѣчивыхъ мнѣній искали въ спокойномъ научномъ изслѣдованіи причинъ этого партикуляризма, часто случайныхъ, несущественныхъ, преходящихъ. Такъ стояло дѣло до поднявшейся бури въ юриспруденціи. Въ теперешней, текущей литературѣ, особенно въ литературной дѣятельности семидесятыхъ годовъ, ученныя мнѣнія измѣняются съ поразительной скоростью. Стремленіе къ униформированію права становится господствующей страстью (Sehnsucht). Бредъ объединеннаго цѣною какихъ угодно жертвъ права, торжество единства надъ старымъ „богатствомъ“ формъ оттѣсняетъ совершенно на задній планъ всѣ иныя мнѣнія. Люди самые серьезные ни минуты не смущаются заявлять, безъ всякихъ ученыхъ аргументацій, что прежде было такъ, а теперь должно стать иначе. Прежде норма партикулярная вытѣсняла норму общую, теперь норма общая должна вытѣснять партикуляризмы, чего бы то ни стоило.

Натурально, эти страсти представляютъ собою совершенно локальный интересъ, и для насъ много любопытнѣе этихъ явленій — спокойное научное разъясненіе вопросовъ, какое имѣло мѣсто у писателей мевѣ пылкихъ и въ мевѣ тревожное время. Такими, по данному предмету, можно считать Gerber'a, въ очень извѣстной его работѣ *Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Priv. Rechts. Eine germanistische Abhandlung*. Iena, 1846 г., и Брунса, котораго двѣ статьи, въ свое время помѣщенные въ разныхъ мѣстахъ (въ Энциклоп. Erscher u. Gruber и въ *Jahrb. d. Gegenwart*, 43 г.), нынѣ перепечатаны въ его *Kleinere Schriften*, т. 1 *).

Противуположеніе понятій общаго и особеннаго права имѣетъ не одинъ смыслъ. Изъ чтеній по римскому праву вамъ извѣстно,

*) Подробныя литературн. указанія см. въ любомъ обширномъ учебникѣ пандектнаго или германскаго права. Теперь см. еще указан. выше ст. Schwarz'a.

что *jus commune* или *ratio juris* допускаетъ отступленія, они будутъ нормами права, но по строенію болѣе узкими, идущими *contra rationem juris* (всѣ могутъ ручаться за другихъ... но женщины, по особымъ соображеніямъ, способны инвалидировать свои поручительства, — *SC. Vellejanum*) — это *jus singulare*. Вы знаете тоже примѣненіе понятій *jus generale* и *speciale*. Не объ этихъ противоположеніяхъ здѣсь будетъ рѣчь.

Здѣсь смыслъ общаго и особеннаго права соотвѣтствуетъ римскимъ (хотя и не очень выдержаннымъ) терминамъ — *jus universale* и *particulare*. Это расчлененіе главнѣйшимъ образомъ *territориальное*. Съ нимъ часто совпадаетъ противоположеніе особаго права отдѣльныхъ народовъ и общаго права людей, *jus proprium populorum* и *jus commune omnium hominum*. Первое будетъ здѣсь именоваться *jus particulare*, второе — *jus universale* (тоже *commune*) *).

Понятно, что тутъ мы не имѣемъ въ виду никакихъ абсолютныхъ количественныхъ измѣреній. Мы называемъ общими и особыми тѣ или другія нормы — одну въ отношеніи къ другой, причемъ *jus universale* или *commune omnium hominum* принимаются не въ смыслѣ права, какимъ оно должно быть для всѣхъ людей (право естественное), а въ смыслѣ историческихъ формъ права общаго или права универсальнаго. Въ этомъ смыслѣ и въ этомъ примѣненіи *понятія* права общаго и партикуляризма, *развитіе* явленій общности и партикуляризовъ наблюдается нами:

А) въ каждую данную эпоху, въ дѣйствующихъ одновременно нормахъ, и

В) въ процессѣ историческомъ, въ смѣнѣ явленій послѣдовательныхъ во времени.

Наблюденія того и другого рода одинаково имѣютъ для насъ цѣну, чтобы точно охарактеризовать дѣйствующую въ извѣстной области систему права, а точно также и для того, чтобы опредѣлить направленіе развивающагося права въ ту или другую сторону, въ сторону партикуляризовъ или общности, стремленіе институтовъ того или другого свойства, того или другого содержанія, къ универсальности или обратно, чтобы объяснить себѣ, наконецъ, способность цѣлыхъ системъ юридическихъ стать могучимъ рычагомъ правообщенія въ такихъ историческихъ условіяхъ, гдѣ иначе количественное преобладаніе партикуляризовъ было бы подавляющимъ.

Вотъ наша задача въ этомъ очеркѣ. Итакъ:

*) Подробно у Брунса Klein Schrift, т. 4, стр. 22.

А) что мы называемъ правомъ общимъ и партикуляризмомъ внѣ историческихъ процессовъ, въ наличной дѣйствующей системѣ институтовъ?

Чтобы имѣть это понятіе, намъ необходима опредѣленная область примѣненія нормъ. Если въ цѣлой области примѣненія основу обязательности нормъ составляетъ единая законодательная власть или общее сознаніе необходимости ихъ примѣненія, то это будетъ общее легальное или общее обычное право этой области. Для наличности общей нормы необходимъ, стало быть, общій источникъ права, а свойство общности опредѣляется областью примѣненія этой нормы. Если ей подчинена вся область, то это будетъ *jus universale*. Какъ организована законодательная власть, есть ли ея органъ народное собраніе или личный, — это не составляетъ разницы. Рядомъ съ этимъ возможно существованіе партикуляризовъ въ той же области, т.-е. нормъ, примѣнимыхъ только въ отдѣльных частяхъ ея. Образование ихъ происходитъ двоякимъ путемъ: или такъ, что отдѣльныя части рядомъ съ общимъ источникомъ права имѣютъ свои источники, т.-е. мѣстную автономію или мѣстные обычаи, или такъ, что одна и та же власть служить для образованія и нормъ общихъ и нормъ особенныхъ; возможно, наконецъ, что въ нѣкоторыхъ областяхъ рядомъ съ закономъ и обычаемъ дѣйствуетъ еще и юриспруденція какъ постоянный органъ правообразованія.

Едва-ли возможно въ сколько нибудь обширной области примѣненія нормъ отсутствіе партикуляризовъ въ этомъ смыслѣ. Вопросъ, однако, для характеристики права не въ томъ, есть ли они, а въ количественномъ ихъ отношеніи къ элементамъ права общаго и въ томъ, какой нормъ, общей или особенной, при ихъ столкновеніи, судъ обязанъ дать предпочтительное примѣненіе къ случаю. Пухта такъ освѣщаетъ это противуположеніе. Партикуляристъ говоритъ: *Ich bin Berliner, kein Preusse, ausgenommen wo in meinem berliner Leben eine Lücke ist*. Ступенью выше: *ich bin ein Preusse und nur in subsidium, wo ich nicht anders kann, ein Deutscher*. Отношеніе, однако, можетъ быть и обратное, т.-е. не партикуляризмъ есть господствующая черта въ правѣ, а универсализмъ. Въ данномъ примѣрѣ: я нѣмецъ и этимъ все сказано, я слѣдую общему германскому кодексу, и лишь въ немногихъ, дополняющихъ общія наши права особенностяхъ, я подчиняюсь и нѣкоторымъ мѣстнымъ нормамъ.

Если до успѣховъ Германіи въ 70-хъ годахъ нѣмецкое право можно было характеризовать преобладаніемъ партикуляризовъ, то послѣ этихъ успѣховъ оно должно быть характеризовано прямо

противуположнымъ доминирующимъ стремленіемъ къ общности, къ универсализму въ предѣлахъ имперской территоріи.

Совершенно *въ духъ стараго нѣмецкаго партикуляризма* составленъ Остзейскій сводъ ч. III. Впереди идутъ особенности, партикуляризмы, часто крайне мелкіе, общее право цѣлой губерніи только *in subsidium*. Въ городахъ Курляндіи общее земское право Курляндской губерніи примѣняется лишь *in subsidium*, когда случаи не могутъ быть рѣшены на основаніи особенныхъ узаконеній (Введеніе, VI; то же и въ другихъ „территоріяхъ“, напр. IX, X). Лишь въ томъ случаѣ, когда ни особенное, ни вспомогательное право не рѣшаютъ вопроса, *принимаются въ соображеніе* общія гражданскія узаконенія (XIII). Не надо, однако, думать, что тутъ слово *общія* означаетъ общія для всей Россіи, нѣтъ, это общія для всѣхъ „территорій“ Остзейскаго края нормы (XIV). Что же касается общаго права въ этомъ предположенномъ нами смыслѣ, то его вовсе нѣтъ въ Св. Гражд. узаконен. губерній Остзейскихъ, и законы русскіе стоятъ, какъ и въ чужихъ краяхъ дѣйствующія нормы, подъ рубрикой законовъ *постороннихъ* (XXVII и слѣд.).

Брунсъ рекомендуетъ различать — *какой источникъ лежитъ въ основѣ* нормъ, есть ли это право обычное или законъ. Надлежитъ прибавить еще — или юриспруденція. Въ формальномъ смыслѣ — это собственно все равно. Но если основой нормы служить законъ, то, натурально, въ минуту отторженія извѣстной области отъ общаго съ прежнимъ цѣлымъ легальнаго авторитета въ отторгнутой области исчезаетъ эта общность. Иначе тамъ, гдѣ общая норма имѣла источникомъ право обычное. Обычное право, при отторженіи, при раздробленіи территоріи на части, остается общимъ, какимъ оно было до того, и продолжаетъ связывать юридическимъ единствомъ территоріи государственныя, ставшія разными, также какъ ихъ связываетъ общая рѣчь, общее исповѣданіе и проч. *). Эта связь можетъ, въ формальномъ смыслѣ, моментально далеко уступить энергіи легальнаго авторитета; но, въ особенности для нѣкоторыхъ институтовъ, гдѣ право соприкасается съ нравами и вѣрованіями народа, она уступить только наружнымъ образомъ. Что сказать о вліяніи науки въ этой практической сферѣ? Оно никогда не даетъ себя чув-

*) Въ свое время нѣмцы были очень далеки отъ непрактичности, въ коей укоряютъ ихъ нынѣ (см. выше, стр. 39, примѣч.), когда съ особымъ расположеніемъ останавливались на правѣ обычномъ. Тогда иного источника общаго права не было, ибо и самая тѣнь имперской центральной власти была упразднена Наполеономъ первымъ.

ствовать такъ рѣшительно, съ такимъ внѣшне-обязательнымъ авторитетомъ, съ какимъ дѣйствуетъ непререкаемый императивъ закона; въ нормахъ юриспруденціи останется всегда много спорнаго, контрoверзнаго... Но есть ли тутъ опасность разобщенія двухъ территорій, связанныхъ общими трудами мысли, событіемъ какой-нибудь битвы, какого-нибудь военного торжества, возможно ли тутъ забвеніе, потеря общности сознанія, какъ въ правѣ обычномъ? — Конечно, нѣтъ. Здѣсь, для области общихъ нормъ гражданскаго права въ особенности, мы увидимъ такую преемственность силы и такой размѣръ территоріи дѣйствія, каковаго никогда не зналъ никакой законъ и не въ силахъ создать никакой обычай.

Вотъ понятіе общаго и партикулярнаго права въ формальномъ смыслѣ, возможное количественное отношеніе нормъ того и другого права на одной территоріи дѣйствія и разныя критеріи для опредѣленія самыхъ территорій, смотря по различію источниковъ этихъ нормъ.

Брунсъ совѣтуетъ намъ строго различать понятіе права только *сходнаго съ другимъ* отъ понятія права общаго. Различеніе, дѣйствительно, существенно. Право двухъ обществъ можетъ оказаться сходнымъ, когда они не связаны ни закономъ, ни обычаемъ, ни преданіями и призваніемъ юриспруденціи. Это, допустимъ, двѣ народности, близкія по степени ихъ культуры (быть можетъ, очень невысокой) и выработавшія одинаковые институты. Это будетъ право сходное, одинаковое, но не „общее“ въ смыслѣ нами здѣсь принятомъ.

Для юриста это простой историческій фактъ.

Право будетъ тоже только сходнымъ, а не общимъ, когда одинъ народъ заимствуетъ у другого его нормы. Извѣстно, что французскій кодексъ реципированъ и удержался до сихъ поръ какъ дѣйствующій въ нѣкоторыхъ частяхъ Германіи и у насъ въ Царствѣ Польскомъ. Легко найти и другіе примѣры такихъ рецепцій, происходящихъ на нашихъ глазахъ. Какъ увидимъ позже, въ значительной мѣрѣ наши уставы гражданскаго судопроизводства 64 года и нѣмецкій *Civilprozessordnung* 77 года близки къ французскому *Code de procédure civile*. Брунсъ и въ этомъ явленіи не видитъ ничего кромѣ простого сходства, даже тождества, но отнюдь не общности. Это вѣрно *съ чисто формальной точки зрѣнія*. Источникиъ права въ каждой данной области особый. Законъ, одно время тождественный по содержанію съ подлинникомъ, составившій простой его переводъ, можетъ въ дальнѣйшемъ примѣненіи уклониться отъ подлинника и въ отноше-

ніи его содержанія. Но, однако, утверждая это для случая рецепції, мы собственно раздѣляемъ только матеріальную сторону закона, его содержаніе, отъ формальной. Въ извѣстныхъ случаяхъ, напр., съ французскимъ Code'омъ въ рейнскихъ провинціяхъ, законодатель только допускаетъ примѣненіе чужого, по содержанію, кодекса, не потому, однако, чтобъ это было въ его цѣляхъ, а потому, что иначе трудно поступить. Удобопримѣнимыя нормы реципированнаго права осваиваются отнюдь не менѣе прочнымъ и надежнымъ образомъ, чѣмъ право обычное. Это та сфера вліянія высшей культуры права на низшую, та *практическая сила юриспруденціи*, которую иногда думаютъ маскировать, но которой скрыть отъ глазъ нѣтъ возможности. Чтобъ эта сила стала практической, нерѣдко вовсе нѣтъ нужды и въ формальномъ допущеніи ея; достаточно только просто отсутствіе противодѣйствія. Совершенно основательно, что строгая точка зрѣнія юридическаго понятія „права общаго“ можетъ отказать намъ въ этомъ его расширеніи. Въ юридическую жизнь извѣстной территоріи, безъ авторитета власти, могутъ проникать только принципы юридическіе, а не императивы. Такъ думаютъ нынѣ многіе. Но не такъ смотрѣли юристы классической эпохи *Non ex regula jus sumatur*, говоритъ Юлій Павелъ, *sed ex jure, quod est, regula fiat*. И едва-ли будетъ основательно признать нашу точку зрѣнія на право болѣе возвышенной и правильной, чѣмъ эту римскую. За то мы очень охотно, много охотнѣе римлянъ, разобщаемъ право, дѣйствующія его нормы, отъ внутреннихъ, образующихъ его силъ и трактуемъ особо исторію права и догму, какъ будто само право есть исключительно приказъ, а историческіе процессы не движущая сила, а только комментарий къ приказу.

Установивъ эту чисто формальную точку зрѣнія на различіе правъ общаго и особеннаго, мы переходимъ къ

В. *матеріальной* сторонѣ вопроса, т.-е. мы возьмемъ въ дальнѣйшемъ *исторію* развитія этого противоположенія на западѣ.

Изученіе вопроса историческое имѣетъ для насъ тотъ смыслъ, что по различію явленій общности или партикуляризмовъ въ разныя эпохи, у разныхъ народовъ, въ различныхъ институтахъ, мы будемъ въ состояніи заключать о томъ, чѣмъ условливается образованіе права общаго, какъ проявляется оно, чтѣ содѣйствуетъ ему. Это для насъ несомнѣнно важно, ибо отъ наблюденій общаго историческаго характера мы можемъ затѣмъ перейти къ разъясненію тѣхъ же вопросовъ въ исторіи нашего права, и тутъ также отыскивать условія и причины образованія общности и партику-

ляризмовъ въ правѣ, объяснять себѣ преобладаніе нормъ того или другого рода въ настоящее время у насъ и указывать, аналогически, средство измѣненія этихъ количественныхъ отношеній въ ту или другую сторону.

Отъ знакомыхъ уже вамъ въ чтеніяхъ по исторіи римскаго и русскаго права явленій вы легко перейдете къ общей мысли, что въ исторіи права европейскихъ народовъ процессъ развитія идетъ отъ преобладанія нормъ партикулярныхъ къ количественному перевѣсу нормъ общаго права.

Пухта, одинъ изъ умнѣйшихъ нѣмецкихъ романистовъ текущаго столѣтія, извлекаетъ изъ наблюденій этого рода какъ бы общій законъ смѣны явленій въ исторіи права. Всякій народъ имѣетъ индивидуальность, отличающую его отъ другихъ, но у каждаго культурнаго народа можно замѣтить и наклонность, въ его воззрѣніяхъ и направленіяхъ, къ общему (родовому), и въ этомъ сказывается родство народовъ, какъ членовъ нѣкотораго высшаго цѣлаго. Въ этихъ мысляхъ Пухты сказывается въ обобщенномъ видѣ то самое положеніе, которое выражено у Гая въ его Институціяхъ, въ начальномъ параграфѣ 1-й книги. Это положеніе у Пухты развивается далѣе такъ: въ первое время, въ исторіи народа, это общее является только въ зародышѣ, скрытымъ, даже подавленнымъ чертами его особенностей; постепенно, съ успѣхами развитія, это общее образуется рядомъ съ особеннымъ. Эпоха, когда оба элемента приходятъ въ совершенное равновѣсіе, и есть эпоха истиннаго образованія (*Bildung*) народа. Съ народами, — продолжаетъ Пухта, — здѣсь то же, что съ отдѣльными людьми. Мы находимъ необразованнымъ (*ungebildet*) человѣка, когда его индивидуальность выступаетъ грубо, рѣзко, исключительно. Истинная образованность лежитъ въ развитіи у отдѣльнаго человѣка началъ общихъ, связующихъ его съ другими, и только ложное направленіе ея подавляетъ индивидуальность. Возможно представить себѣ такую ложную образованность и у народовъ...

Въ исторіи права эта общая идея Пухты можетъ найти себѣ подтвержденіе не только въ цѣломъ, но и въ частныхъ явленіяхъ, и, по современному состоянію знаній, мы можемъ прослѣдить ее не только въ цѣлой исторіи права, но и въ исторіи отдѣльныхъ юридическихъ институтовъ.

Мы выше видѣли, что особенность европейской культуры права состоитъ въ томъ, что нормы права частнаго въ немъ обособляются отъ нормъ права публичнаго. Этотъ постоянный историческій процессъ обособленія тѣхъ и другихъ нормъ находится

въ тѣснѣйшей связи съ тѣмъ, который мы разсматриваемъ здѣсь. Явленіе крайне любопытное. По мѣрѣ того какъ опредѣляется свойство нормъ какъ частныхъ или публичныхъ, въ правѣ частномъ измѣняется количественное отношеніе право общаго къ партикуляризмамъ. *Партикуляризмы обильны тамъ, гдѣ права публичное и частное слиты, обѣ сферы не обособлены, наоборотъ, гдѣ происходитъ это обособленіе, тамъ въ правѣ частномъ партикуляризмовъ становится все меньше, а нормы права общаго становятся все обильнѣе.*

Это первое, очень существенное явленіе, на которомъ намъ слѣдуетъ здѣсь остановить вниманіе.

Другое наблюденіе, которое тоже легко сдѣлать, состоитъ въ томъ, что не во всѣхъ институтахъ права частнаго съ одинаковою скоростью развивается это количественное преобладаніе элементовъ общихъ надъ партикуляризмами. Въ иныхъ институтахъ партикуляризмы держатся упорнѣе и дольше, въ другихъ они уступаютъ легче и раньше началамъ общности.

Мы возьмемъ сначала первое явленіе, и именно, сперва для античнаго, потомъ для новаго западно-европейскаго права *).

I. Мы видѣли выше, что въ мірѣ эллинскомъ не образовалось того обособленія областей публичнаго и частнаго права, которое составляетъ характерную черту римской цивилизаціи. Начала институтовъ приватнаго права тамъ тѣсно связаны съ исторіей разныхъ племенъ, городовъ и территорій. Въ этихъ разнородныхъ началахъ возможно раскрыть начала *правъ сходныхъ*, но это не будетъ *право общее* въ принятомъ нами смыслѣ. Нѣтъ обособленнаго отъ права публичнаго права частнаго у грековъ: нѣтъ, и связь этихъ явленій есть несомнѣнно тѣсная, и общегреческаго права.

Совершенно иное въ исторіи Рима. Съ той ранней поры, отъ которой намъ приходятъ извѣстія объ обособленіи началъ права отъ другихъ сферъ нравственной жизни римскаго общества (религіи, нравовъ), съ эпохи XII табл., мы уже видимъ двоякій характеръ юридическихъ нормъ, составляющихъ или *jus publicum*, или *jus privatum*, и съ этой же ранней поры образуются тамъ начала права *общаго*. Свойство общности заключается въ томъ, что дѣйствию нормъ подлежатъ всѣ граждане. Старая римская система *juris civilis* есть система нормъ исключительныхъ, только для гражданъ существующихъ; но въ этомъ кругѣ эта

*) На этомъ явленіи въ особенности останавливается Брунсъ въ указанной статьѣ, хотя онъ не ставитъ его въ тѣсную связь съ противоположеніемъ права публичнаго и частнаго.

система есть общая, она не знаетъ ни племенъ, ни классовъ, ни территорій, допускавшихъ какой бы то ни было партикуляризмъ нормъ. Тенденція обобщенія, генерализующая все, необычайно рано и крайне сильно выразилась во всѣхъ чертахъ римской гражданской системы.

Законы XII таблицъ, опредѣлившіе обособленіе правъ частнаго и публичнаго, стали такимъ образомъ источникомъ не только права общаго, но и права равнаго для всѣхъ гражданъ.

Съ тѣхъ поръ какъ рядомъ съ этой системой общаго національнаго права образуется, медленнымъ путемъ, новая сфера дѣйствія юридическихъ нормъ, включающая и гражданъ, и peregrinorum, преобладаніе началъ *общаго права* и въ этой новой системѣ супранациональныхъ институтовъ удерживается. Нормы права гражданского остаются общими въ кругу гражданъ, но рядомъ съ этимъ, и для той же области гражданскихъ институтовъ, образуется, изъ новыхъ элементовъ, иная сфера институтовъ, обнимающая въ своемъ примѣненіи своихъ и чужихъ. Это знакомое вамъ явленіе системы институтовъ *juris gentium*. Система гражданская продолжаетъ жить и развиваться, но какъ нѣкотораго рода національная особенность, недоступная чужимъ людямъ, историческая исключительность римскаго гражданства, историческій его партикуляризмъ, никого, однако, не стѣсняющій и свободно уживающійся съ новообразованными институтами другого характера, какъ у насъ свободно уживаются въ одномъ и томъ же правѣ нормы гражданскія общія и особыя для торговаго права. Что представляла собою эта новая система институтовъ *juris gentium*—здѣсь не мѣсто разяснять, и вы найдете отвѣтъ на этотъ вопросъ въ вашихъ курсахъ римскаго права. Не подлежитъ сомнѣнію, что она постепенно обняла весь тотъ же кругъ особыхъ отъ права публичнаго институтовъ права гражданскаго, какъ и старая система, и долгое время сосуществовала со старой системой. Объ этомъ явленіи двойственности въ правѣ, сочетанія институтовъ національнаго происхожденія и общенародныхъ, и говоритъ Пухта въ указанномъ выше мѣстѣ, слѣдуя за Гаемъ. Для насъ здѣсь важно, однако, не то обстоятельство только, что сфера примѣненія институтовъ *juris gentium* стала неизмѣримо шире прежней сферы примѣненія институтовъ національнаго происхожденія. Мы обращаемъ вниманіе въ особенности на то, что и въ системѣ *juris gentium* преобладаніе началъ права общаго надъ партикуляризмами составляетъ такую же несомнѣнную и характерную черту, какъ и въ системѣ гражданской. По видимому, здѣсь въ особенности трудно было достигнуть этихъ

результатовъ, ибо источники образованія институтовъ *juris gentium* неизмѣримо разнообразнѣ источниковъ старой системы, сфера примѣненія ихъ необъятна; и не менѣе того нѣтъ сомнѣнія, что и здѣсь, также какъ прежде, начала права общаго суть рѣшительно преобладающія надъ партикуляризмами.

Чѣмъ объяснить себѣ это, какъ не той же, разъ, въ старыхъ условіяхъ, опредѣлившейся *особностью институтовъ права публичнаго и частнаго*, гарантіей гражданской свободы, отдѣльно взятой, которую давалъ Римъ, независимо отъ политическихъ судебъ, обширнымъ и все расширявшимся кругамъ гражданъ? Нельзя, при этомъ, отнюдь сказать, чтобъ мѣстные институты и партикуляризмы вытѣснялись вовсе и пропадали безслѣдно въ этой тенденціи римскаго универсализма. Наоборотъ, система *juris gentium* адоптировала массу институтовъ мѣстнаго происхожденія (напр. греческаго), но всегда обособляя въ нихъ чисто гражданскія начала и включая ихъ, вмѣстѣ съ этимъ, въ систему нормъ общаго права. Въ императорскую эпоху расширение права гражданства на все свободное населеніе дало въ результатѣ почти совершенное объединеніе права на всемъ пространствѣ имперіи. Институты партикулярные нигдѣ не обрабатывались и нигдѣ не способны были удержать самостоятельность при столкновеніи съ превозмогающимъ достоинствомъ юриспруденціи общаго права, императорской юрисдикціи и законодательства. Къ тому же, повсюду право города Рима примѣнялось *in subsidium*, и партикулярные обычаи и статуты нигдѣ не могли пріобрѣсти силы противодѣйствующей общему закону *).

Вотъ практическія послѣдствія, которыя имѣло, для вопроса о количественномъ соотношеніи нормъ права общаго и партикулярнаго, опредѣлившееся въ исторіи Рима, обособленіе системы публичнаго и частнаго права.

Мы видѣли такимъ образомъ преемство системъ права частнаго, національнаго и общенароднаго. Но, на ряду съ этимъ, для насъ отнюдь не менѣе важно замѣтить *нѣкоторыя особенности этого преемства въ частности, въ отдѣльныхъ институтахъ гражданского права.*

Далеко не всѣ институты права частнаго способны съ одинаковой скоростью пріобрѣтать свойства общихъ. Характеристика ихъ съ этой стороны крайне любопытна. Этотъ процессъ образованія институтовъ общаго права мы увидимъ не разъ въ исторіи. Но, опять, нигдѣ онъ не выразился въ такихъ простыхъ и

*) Ср. ст. Брунса, стр. 35.

рельефныхъ формахъ, какъ въ исторіи римскаго гражданскаго права. Замѣтите прежде всего, что въ сферѣ права приватнаго, гдѣ иски, защита права предоставлена усмотрѣнію частнаго лица, способы процедиrowанія для этой цѣли опредѣляются много раньше нормъ матеріальнаго права. Въ половинѣ VII в. *ad urbe condita* никто изъ юристовъ римскихъ не сказалъ бы не только что такое *jus gentium* въ цѣломъ, но опредѣленнымъ образомъ едва-ли въ ту пору можно было представить себѣ черты хотя одного института общенароднаго права, между тѣмъ, процессъ формулярный уже вытѣснялъ старыя *legis actiones*.

Иски гражданскіе, средство утвержденія и огражденія частныхъ притязаній, идутъ впередъ, предшествуютъ развитію новыхъ нормъ, институтовъ новаго типа, новой системы *juris gentium*.

Съ этимъ историческимъ предшествованіемъ образованія процессуальныхъ формъ выработкѣ матеріальнаго права, т.-е. самаго содержанія гражданскихъ институтовъ, мы встрѣтимся не разъ въ послѣдствіи.

Далѣе, въ ряду собственно гражданскихъ институтовъ, исторія римскаго права даетъ намъ тоже какъ бы общую схему постепеннаго и неодинаковаго для разныхъ институтовъ образованія началъ права общаго на счетъ партикуляризовъ.

Здѣсь возможно установить такую скалу. Раньше другихъ элементы права общаго берутъ верхъ надъ партикуляризмами въ кругѣ институтовъ чисто имущественнаго типа, при томъ тѣхъ именно, коими опредѣляется *commercium inter vivos*. И такъ, *jus commercii* предшествуетъ въ этомъ смыслѣ другой сферѣ цивильныхъ институтовъ, составляющихъ *jus connubii*. Въ институтахъ оборотнаго права общими раньше становятся нормы, опредѣляющія оборотъ между живыми. Въ этомъ кругѣ въ свою очередь оборотъ съ объектами имущества движимаго, собственно товаромъ, прогрессивнѣе, въ смыслѣ общности нормъ, чѣмъ оборотъ съ недвижимостями. Наконецъ, обязательства прежде входятъ въ сферу общаго права, чѣмъ, говоря вообще, институты права вещнаго. Въ высокой степени вѣроятно, что самый переходъ отъ стараго способа процедиrowать (*legis actio*) къ новому (формулы) совершился путемъ предшествующаго обособленія формъ договорнаго обязательства отъ прежняго господствующаго типа вещныхъ юридическихъ отношеній *). Внутри системы обязательствъ не-

*) Эту мысль въ особенности поддерживаетъ Эмиль Кунце (*condemnatio rescriptaria*). Чтобы ознакомиться съ этой идеей и многими другими важными работами этого первокласснаго юриста, путеводнымъ сочиненіемъ можетъ служить недавно появившійся, позднѣйшій его трактатъ: *Die Obligationen im römischen Recht*.

сомнѣнно есть своя скѣла большей и меньшей способности той или другой формы стать общео. Старое пехим исчезло очень рано, также раньше другихъ вышелъ изъ практики literalный контрактъ. Чѣмъ больше обрядности въ установленіи договорной сдѣлки, чѣмъ сильнѣе на ней локальный колоритъ, тѣмъ менѣе способна она служить цѣлямъ общей системы договорнаго права. Наоборотъ, форма контракта *verbis* и въ особенности безформенный консензуальный контрактъ, могущій совершаться между отсутствующими и связывать ихъ узами обязательствъ, открываетъ собою самый широкій просторъ цивильнаго правообщенія.

Восходя по этой скѣлѣ, которая, несомнѣнно, можетъ быть гораздо болѣе развита и разработана, чѣмъ мы это дѣлаемъ здѣсь, мы уясняемъ себѣ, какимъ путемъ шло въ римскомъ правѣ медленное и постоянное образованіе элементовъ общаго права насчетъ партикуляризмовъ, при чемъ количественное преобладаніе нормъ общихъ въ томъ или другомъ институтѣ или въ томъ или другомъ комплексѣ ихъ становилось вмѣстѣ съ временемъ все болѣе и болѣе рѣшительнымъ.

Вамъ извѣстны факты, свидѣтельствующіе о болѣе позднемъ правообщеніи въ сферѣ *juris connubii*, чѣмъ въ институтахъ чисто имущественныхъ. Основаніе совершенно понятно. *Jus connubii* никогда не есть *въ такой мѣрѣ чисто приватная сфера*, какъ *jus commercii*. Тамъ всегда и вездѣ сила обряда, культа, національныхъ нравовъ будетъ давать институту характеръ партикулярный. Такъ въ бракѣ, такъ въ отцовской власти. Съ этимъ институтомъ всегда будетъ въ извѣстной гармоніи понятіе родственной близости людей и институты права наслѣдованія.

Чѣмъ яснѣе и проще чисто приватный характеръ нормы, тѣмъ раньше она пріобрѣтетъ силу нормы права общаго. Ни въ одной исторически данной системѣ права этотъ приватный характеръ нормъ не выработанъ такъ окончательно, какъ въ римской, и нигдѣ элементъ права общаго не восторжествовалъ такъ рѣшительно надъ партикуляризмами, какъ тамъ.

Въ нѣкоторыхъ институтахъ партикуляризмы удержались до поздней эпохи классической юриспруденціи, и слѣды ихъ указываетъ, въ приведенной выше статьѣ, Брунсъ, пользуясь свидѣ-

mischen und heutigen Recht u. das jus extraordinarium der römischen Kaiserzeit. Leipzig. 1886.

Здѣсь Кунце широко развиваетъ уже прежде выраженные имъ идеи о процессѣ обособленія обязательствъ и послѣдующемъ расширеніи этой формы на почвѣ права вещнаго, семейнаго, наслѣдственнаго, уголовнаго, публичнаго и проч.

тельствами Гая и Ульпіана *). Но чего касаются эти партикуляризмы? Семейнаго права, опеки, наслѣдованія. Общаго теста-мента, *testamentum juris gentium*, вовсе не было.

Въ юстиніановской кодификаціи торжество началъ общенароднаго права надъ особымъ, національнымъ, или, какъ это выражается всего чаще самъ кодификаторъ, примиреніе и объединеніе того и другого, есть для міра античнаго завершившееся.

Вотъ явленія римскаго права, которыя исторически освѣщаютъ намъ понятіе права общаго и партикулярнаго и количественное взаимоотношеніе нормъ того и другого рода въ разное время.

Для насъ ясно, что *матеріальное содержаніе института не безразлично въ вопросъ о его способности образовать норму общаго права*. Въ извѣстной сферѣ отношеній общность защиты частныхъ интересовъ образуется раньше, чѣмъ право успѣваетъ пріобрѣсти характеръ вполне выработанной юридической нормы. Объективная норма, обычай, законъ, составляютъ позднѣйшія фазы въ развитіи права. Защита отношеній получаетъ характеръ защиты юридической сначала въ конкретныхъ случаяхъ, какъ въ преторской юрисдикціи, въ видѣ гипотетическаго приказа судьямъ, выражаемаго въ формулѣ. Эта невидная, условная, несовершенная защита есть зародышъ послѣдующаго развитія нормъ, первоначально тоже условныхъ, временныхъ и лишь позже пріобрѣтающихъ свойство постоянныхъ руководящихъ практикой суда положеній. Нигдѣ нельзя лучше наблюдать весь этотъ процессъ образованія нормы какъ въ правѣ римскомъ, особенно въ исторіи формулярнаго процесса и преторскаго эдикта.

II. Переходимъ къ образованію того-же противоположенія (права общаго и партикулярнаго) въ *новое время*.

Трудность задачи обуславливается здѣсь тѣмъ, что *общей исторіи европейскаго гражданскаго права мы не имѣемъ*. Современные историческіе труды представляютъ обиліе работъ частнаго, въ томъ или другомъ смыслѣ, характера и не даютъ вовсе ничего цѣльнаго для такого же разумѣнія историческихъ процессовъ на новой почвѣ, какое мы имѣемъ для исторіи гражданскаго права римскаго. Это обуславливается, натурально, прежде всего свойствомъ самыхъ явленій въ политической и юридической исторіи новаго времени. Здѣсь эти явленія носятъ несравненно

*) См. стр. 35 въ Klein Schr. Гай, I. §§ 92, 189, 193, 197, 198, III, §§ 96, 120, 134. Ulp. XX, 14. Другіе примѣры у Walter Röm. Rechtsgesch. Bd. 1 § 295, Note 46 (3 изд. § 312. Note 46).

болѣе пестрый, различный по мѣсту, по кругу лицъ, племени, состоянію, профессіи, характеръ. Въ виду этого понятно, что мы найдемъ въ европейской литературѣ массу литературнаго матеріала для исторіи права отдѣльныхъ государствъ, тѣхъ или другихъ исповѣдныхъ группъ, отдѣльныхъ классовъ лицъ, для исторіи права феодальнаго, торговаго, крестьянскаго, для исторіи права, различнаго по различію его источника, въ мѣстномъ или общемъ обычаѣ, въ нормахъ каноническихъ, свѣтскихъ, законодательныхъ, далѣе для исторіи права своего, для данной области или для даннаго круга лицъ и для исторіи заимствованнаго римскаго права. Литературная разработка такихъ отдѣльныхъ матерій идетъ часто въ совершенно спеціальныя проблемы. Такого рода частныя изысканія должны необходимо предшествовать всякимъ обобщеніямъ. Задачу нашу въ этомъ обзорѣниі составляютъ, однако, не отдѣльныя явленія въ исторіи европейскаго права, съ которыми мы будемъ часто встрѣчаться позже, при изученіи особыхъ его институтовъ.

Здѣсь мы имѣемъ въ виду прослѣдить на новой почвѣ тотъ же процессъ развитія общности и партикуляризмовъ въ правѣ гражданскомъ, какой занималъ насъ выше по отношенію къ праву римскому. Для этихъ цѣлей намъ достаточно взять нѣкоторые, такъ сказать, симптоматическіе признаки развитія права въ главнѣйшихъ западныхъ государствахъ и засимъ дать очеркъ исторіи рецепціи права римскаго на Западѣ. Сдѣлать то и другое намъ необходимо возможно кратко. Въ результатѣ мы получимъ не только надлежащее разумѣніе очень существеннаго вопроса историческаго характера, но и пониманіе состава современныхъ европейскихъ кодексовъ гражданскаго права и вѣрный критерій для оцѣнки ихъ значенія не локальнаго только, а общаго.

И такъ, возможно-ли ожидать въ раннюю пору новоевропейской исторіи признаковъ образованія началъ общаго права въ томъ смыслѣ, который мы давали этому понятію выше?

На этотъ вопросъ мы отвѣчаемъ отрицательно, принимая при этомъ во вниманіе, что судьбы различныхъ западныхъ государствъ далеко не одинаковы въ этомъ отношеніи.

Черта сходная, опредѣляющая состояніе права у многихъ народовъ, входившихъ въ составъ франкской монархіи, есть въ высшей степени неблагопріятная для образованія началъ права общаго. Это та черта, которую современные историки (Савиньи, въ Исторіи римскаго права въ средніе вѣка; Эйхгорнъ, въ Deutsche Staats u. Rechts-Geschichte) обозначаютъ наименова-

ніемъ системы *личныхъ правъ*. Всякій свободный, принадлежавшій по своему происхожденію къ одному изъ народныхъ племенъ, составлявшихъ франкскую монархію, жилъ по этому своему племенному праву и судился не между своими только, но и у другихъ племенъ, по особымъ, лично связаннымъ съ нимъ по его рожденію нормамъ. Это племенное, *свое* право онъ несъ всюду съ собою. Натурально, ничто не сообщается такъ трудно чужеродцу, какъ это право, по существу своему связанное съ происхожденіемъ лица въ извѣстномъ племени. Если люди разныхъ племенъ сходились, чтобы совершить юридическую сдѣлку, то каждый изъ нихъ слѣдовалъ своему закону, приводилъ съ собою свидѣтелей своего племени.

Общеніе въ области права совершалось крайне трудно. Мы не ошибемся, заключая, что культурная ступень права, въ этихъ условіяхъ, въ новое время, стоитъ ниже той, съ которою для насъ открывается исторія права римскаго. Право германское (новое), въ смыслѣ общности его нормъ, въ эту пору, не достигло тѣхъ результатовъ, которые мы наблюдаемъ на зарѣ исторіи римской. Извѣстно, что это начало личное примѣняется у новыхъ народовъ не только къ людямъ извѣстнаго племени, но и къ римлянамъ и къ лицамъ, принадлежащимъ къ составу клира. Также какъ франкъ салическій живетъ по закону своего племени (*lege salica vivit*), также и римлянинъ знаетъ только свой законъ, и лицо духовное живетъ по особому, тоже личному для него, хотя внѣ-племенному праву, *ecclesia vivit lege romana*. Последнее начало (для клира) удерживается далеко позже господства этой системы права, опредѣляемой собственно принципомъ *происхожденія* (*origo*) лица въ составѣ племени или народа.

Смыслъ этой тѣсной связи лица съ союзомъ, къ коему оно принадлежитъ, для исторіи юридическаго сознанія вовсе не есть скоропреходящій. Это сознаніе нормъ юридическихъ какъ *своихъ*, тѣсно связанныхъ съ лицомъ (*quemlibet sua lege vivere*), есть глубоко проникающее ту эпоху и оставившее свой слѣдъ на послѣдующемъ праворазвитіи. Право и послѣ сознается въ европейскомъ обществѣ какъ принадлежность лица, какъ свойственное лицу состояніе, хотя сознаніе это не связано такъ тѣсно съ вопросомъ о происхожденіи въ извѣстномъ племени. Эта фаза *субъективно сознаваемого права* есть существенная, важная въ его исторіи, и совершенно противорѣчащая тѣмъ ученіямъ, которыя видятъ въ правѣ извнѣ данную норму, стѣсненіе лица, независимое отъ его воли, навязанное ему позитивнымъ образомъ.

Что касается обособленія сферы права публичнаго и част-

наго въ этихъ условіяхъ и въ эту эпоху, то оно замѣтно въ содержаніи нормъ, и къ этой эпохѣ историки сводятъ возникновеніе нѣкоторыхъ важныхъ началъ гражданскихъ институтовъ новаго происхожденія, но примѣненіе этихъ нормъ, по свойству принадлежности ихъ только племени, тѣсно, условно, не свободно.

Повидимому, въ опредѣлившихся позже условіяхъ полной осплодотворенности племенъ на опредѣленныхъ территорияхъ лежало обстоятельство, благопріятствующее легчайшему образованію общности нормъ на этой территоріи. Для лицъ легче, доступнѣе стать въ постоянное отношеніе къ опредѣленному мѣсту жительства, чѣмъ войти въ связь съ племеннымъ составомъ населенія. *Lex domicilii* есть болѣе прогрессивный въ вопросѣ правообщенія, чѣмъ *lex originis* *). И мы видимъ дѣйствительно, что не одни франки живутъ по закону салическому, и источники знаютъ чужого, варвара, „*hominem barbarum, qui Salica lege vivit*“. Территориальный принципъ вступаетъ на мѣсто прежняго личнаго. Но для успѣха развитія общаго права существенно ясно и рѣзко проведенное различіе публичнаго и частнаго права, какое мы видѣли въ правѣ римскомъ. Возможно-ли найти что либо подобное въ франкской монархіи? Брунсъ, въ приведенной выше статьѣ, указываетъ намъ „общіе“ капитуляріи Карла В., обращенные ко всѣмъ народамъ, входящимъ въ составъ монархіи. Да, но какого они содержанія? Они касаются церковной дисциплины, уголовного права (именно, введенія тѣлесныхъ наказаній вмѣсто прежнихъ композицій) и заключаютъ въ себѣ начала леннаго права. Но тутъ „общность“ взята въ чисто формальномъ смыслѣ, притомъ въ смыслѣ тѣсномъ, гдѣ источникъ нормы есть только законный, а не юридическій въ широкомъ смыслѣ, не обычное право, не наука, и гдѣ норма фиксируетъ не столько права лицъ, сколько отношенія власти къ подвластнымъ.

Мы не будемъ дальше слѣдить за развитіемъ общаго права во всѣхъ государствахъ Запада, какъ это дѣлаетъ Брунсъ, а возьмемъ лишь судьбу тѣхъ государствъ, образовавшихся изъ монархіи Карла Вел., коихъ исторія и современное состояніе права представляютъ для насъ болѣе близкій интересъ.

1) Начала права общаго, лежащія въ капитуляріяхъ, не раз-

*) Это наблюденіе легко сдѣлать и въ римскомъ и въ новомъ правѣ, ибо и тамъ, въ эпоху, слабо освѣщенную, донаціональную, племенного праворазвитія, тотъ, кто не входилъ въ составъ рода, былъ *egens*, изгой, безродный, и безправный, и напротивъ, не нужно имѣть родовыхъ связей, чтобъ стать правоспособнымъ въ системѣ *juris civilis*. національной, смѣнившей прежнюю.

вивались далѣе въ обособившейся, въ дальнѣйшихъ историческихъ судьбахъ, Франціи *). Сѣверныя части Франціи, гдѣ преобладало населеніе германскаго корня, слѣдовали главнымъ образомъ нормамъ обычнаго права; южныя, — гдѣ сосредоточивалось населеніе романское, держались права писаннаго. Это существенное для всей дальнѣйшей исторіи права этой страны дѣленіе территории на *pays du droit coutumier* и *pays du droit écrit*, близко совпадающее съ дѣленіемъ языка на *langue d'oïl* (для сѣвера) и *langue d'oc* (для юга). На югѣ римское право стало территориальнымъ *jus commune*. Дальше мы будемъ имѣть случай, въ исторіи рецепціи права римскаго, оцѣнить значеніе его для процесса развитія общаго права во Франціи. Наоборотъ, въ сѣверныхъ областяхъ, образованіе права, осложнившееся еще элементами нормандскими, разбилось временно на множество мѣстныхъ кутюмовъ.

Чтобъ наслѣдить здѣсь процессъ образованія общаго права насчетъ партикуляризмовъ надлежитъ принять во вниманіе: а) развитіе центральной государственной власти, б) вліяніе римскаго права **), в) разработку кутюмовъ, d) образованіе *ordonnances* овъ.

а) По отношенію къ первому вопросу, собственно политическому, мы ограничимся слѣдующими замѣтками. Королевская власть въ эпоху феодализма представляетъ собою до крайности слабый органъ законодательной и судебной дѣятельности. Государемъ въ настоящемъ смыслѣ король былъ только въ предѣлахъ своихъ доменъ, а для цѣлаго королевства онъ составлялъ лишь вершину феодальной лѣстницы, былъ сюзереномъ богатаго и могущественнаго, нерѣдко болѣе чѣмъ онъ самъ, класса вассаловъ. Съ нимъ раздѣляли функціи настоящаго *территориальнаго господства*, право войны, постройки крѣпостей, дарованія привилегій, иммунитетовъ, власть суда, не только его вассалы, но и духовные и свѣтскіе сеньоры, не связанные съ королемъ никакими узами. Если феодальная связь съ королемъ расширя-

*) Лучшее сочиненіе, коимъ удобно пользоваться для первоначальнаго ознакомленія съ исторіей франц. права, есть несомнѣнно теперь „*Cours élémentaire d'histoire générale du droit Français par Ginoulhiac. Paris. 1884*“. Мы обращаемъ особ. вниманіе на эту книгу, потому что автору хорошо извѣстны всѣ успѣхи разработки историч. задачъ для римск. и германск. права, которыя составляютъ заслугу нѣмецкихъ ученыхъ. Начавъ съ этой книги, можно идти далѣе въ изученіи исторіи права. Обширный классич. трудъ по исторіи даетъ E. Glasson *Histoire du droit et des institutions de France*. Въ 1896 г. появился VII т. *La féodalité (fin), Le droit civil*.

**) Что касается каноническаго права, то его исторія, несомнѣнно, знакома вамъ много обширнѣе изъ специальныхъ чтеній, чѣмъ мы могли бы коснуться его здѣсь. Въ отдѣльныхъ пунктахъ мы будемъ его имѣть въ виду позже, частью въ очеркѣ рецепціи, частью въ обзорѣ отдѣльныхъ институтовъ.

лась впоследствии, и это входило въ расчетъ королей, то это расширение по существу феодализма не могло дать благоприятныхъ результатовъ для развитія общаго права. Глава феодальнаго союза не могъ стать помимо территоріальныхъ господъ въ непосредственное отношеніе къ населенію. Между королемъ и низшими классами удерживались въ этомъ режимѣ непроницаемые слои феодальной знати. Государства въ римскомъ и современномъ смыслѣ не существовало. Не было властной организаціи, которая способна оградить общими нормами и ихъ примѣненіемъ въ правосудіи интересы отдѣльныхъ лицъ, слабыхъ и сильныхъ одно по отношенію къ другому, но въ отдѣльности одинаково безсильныхъ въ отношеніи къ цѣлому. Примыкая къ землевладѣнію въ особенности, начало власти было столь же дробнымъ какъ и эта его база. На сѣверѣ Франціи въ особенности дѣйствовала презумція—*nul terre sans seigneur*, и всякій синьоръ считалъ себя въ правѣ *faire des lois et des établissements*. Результатомъ была несвободная, стѣсненная, хотя и огражденная въ то же время безчисленными мелкими союзными формами, личность и несвободное имущество. Территоріальный принципъ въ правѣ, вытѣснившій собою въ исторической чредѣ принципъ личныхъ или племенныхъ правъ, дѣйствовалъ въ этихъ условіяхъ подавляющимъ образомъ на общество, и выходъ изъ этой анархіи соперничающихъ сеньоровъ для національнаго развитія Франціи могла указать только сильно развившаяся королевская власть.

Монтескьё, въ спокойномъ созерцаніи историка, указываетъ на эти феодальные законы, *ces lois qui ont fait des biens et des maux infinis*, qui ont laissé des droits quand on a cédé le domaine, qui, en donnant à plusieurs personnes divers genres de seigneurie sur la même chose et sur les mêmes personnes, ont diminué le poids de la seigneurie entière, qui ont posé diverses limites dans des empires trop étendus, qui ont produit la règle avec une inclinaison à l'anarchie, et une anarchie avec une tendance à l'ordre et à l'harmonie.

Мы указали выше, какія средства содѣйствовали превращенію этого порядка въ общую національную систему гражданскихъ институтовъ современнаго французскаго права. Это королевская власть, *во-первыхъ*. Исторію ея развитія мы здѣсь оставляемъ въ сторонѣ. Обратимся къ другому содѣйствовавшему средству.

б) Это, *во-вторыхъ*, традиція римскаго права. Не надо представлять себѣ, что исторія французскаго права есть исторія двухъ совершенно обособленныхъ территорій, изъ коихъ въ одной дѣйствуютъ законы римскіе безъ видоизмѣненій ихъ новымъ мѣстнымъ

и племеннымъ правомъ, а въ другой нормы обычнаго права безъ всякаго вліянія права римскаго. Въ историческомъ процессѣ это противоположеніе имѣетъ совсѣмъ другое значеніе. На югѣ, въ эпоху личныхъ правъ, римское населеніе, несомнѣнно многочисленное, продолжало жить *sua lege*, но и эти южныя области подверглись вторженію элементовъ пришлыхъ. По извѣстнымъ памятникамъ права, обязаннымъ своимъ происхожденіемъ ранней эпохѣ (*Breviarium Alaricianum*, *lex romana Burgundionum*), можно судить о томъ, въ какой мѣрѣ законъ римскій подвергался измѣненію и искаженію въ новыхъ условіяхъ быта. Сначала дѣленіе сферъ примѣненія римскихъ и варварскихъ нормъ было только личнымъ. Римляне жили по римскимъ, варвары по своимъ племеннымъ или смѣшаннымъ съ римскими элементами законамъ. Лишь въ эпоху Каролинговъ это дѣленіе на *pays du droit écrit* и *pays du droit coutumier* стало территоріальнымъ. На югѣ римская культура права держалась очень долго, и это была первоначально непосредственная римская традиція. Названный выше *Breviarium Alaricianum* заключаетъ въ себѣ, какъ извѣстно, значительно искаженный текстъ сочиненія Юлія Павла „*Sententiae receptae*“, которое не дошло до насъ въ этомъ полномъ видѣ ни чрезъ какія другія посредства.

Дѣйствіе права римскаго есть на югѣ Франціи *предшествующее рецепціи собственно юстиніановскаго права*. Къ тому времени, когда ученая обработка юстиніановскаго права началась въ Италіи и перешла затѣмъ во Францію, непосредственная традиція римскаго права на югѣ Франціи стала уже значительно слабѣе, и примѣненіе реципированнаго права вытѣснило почти повсюду въ судахъ и практикѣ старыя римскія законы и *Breviarium Alaricianum* въ особенности. Тамъ, гдѣ столкновеніе тѣхъ и другихъ источниковъ длилось и вело къ недоразумѣніямъ (*Dauphiné, Provence, Languedoc, Gascogne, Lyonnais, Auvergne*), *lettres patentes* королей рѣшали перевѣсъ въ пользу юстин. источниковъ. Успѣхи рецепціи, преемство методовъ изученія римскаго юстиніановскаго права во французской школѣ мы увидимъ позже въ очеркѣ рецепціи, которая составляетъ не локальное только, а универсальное историческое явленіе на европейскомъ материкѣ.

Если, такимъ образомъ, на югѣ Франціи мы находимъ лишь преобладаніе, а не исключительное господство права римскаго, то совершенно также въ сѣверныхъ провинціяхъ первоначально исключительные германскіе элементы юридическаго быта подвергаются видоизмѣняющему вліянію римскаго права. Это составляло процессъ обработки права кутюмнаго, къ коему мы и переходимъ.

с) *Исторію французскаго кутюмнаго права* составляет процессъ продолжительной, внимательной обработки его путемъ научнымъ и освященія силы этого источника авторитетомъ королевской власти. Старыя основы обычнаго права германскихъ племенъ, населявшихъ сѣверную Францію (законы *франковъ* салическихъ, *рипуарскихъ*, *бургундовъ* и другихъ *варваровъ*), составляютъ нынѣ предметъ самой ревностной обработки ученыхъ Германіи и Франціи, ибо въ нихъ дѣйствительно рѣзкими чертами опредѣляется особенная фizioномія германскихъ институтовъ, отличная отъ римскихъ, но непосредственная связь этой эпохи съ послѣдующей была нарушена частью тѣмъ, что начертанія этихъ законовъ были сдѣланы на латинскомъ языкѣ, а главнымъ образомъ, смѣной начала личнаго въ правѣ принципомъ территориальнымъ, причемъ, въ этихъ новыхъ условіяхъ, указанія на старыя племенные права были мало практичными и вытѣснялись другими сборниками, болѣе соотвѣтствовавшими духу феодальной эпохи.

Территориальный принципъ повелъ, какъ мы видѣли, къ дробленію функцій законодательства и суда. Есть писатели, которые насчитываютъ *до 60 общихъ кутюмныхъ территорій* (*coutumes générales*) и *до 300 мѣстныхъ* (*c. locales*). Измѣреніе разнообразія правъ племенами уступило и на сѣверѣ измѣренію географическому (оттуда *rays du droit coutumier*). Характерная для феодализма связь права съ землею выразилась здѣсь самымъ рѣзкимъ образомъ.

Начиная съ XIII вѣка, надъ этимъ матеріаломъ идетъ работа образованныхъ юристовъ практиковъ того времени. Сочинители такъ назыв. *Coutumiers* не суть просто только собиратели обычаевъ. Хорошо знакомые съ правомъ римскимъ, они дѣлали переводъ юстиніановскихъ текстовъ и изображали на ряду съ этимъ состояніе права въ области знакомой имъ мѣстной практики. Такихъ работъ извѣстенъ цѣлый рядъ.

Новые французскіе писатели смотрятъ съ большимъ уваженіемъ на эти труды и видятъ въ нихъ зародышъ національнаго французскаго права. Таковы въ особенности работы *Pierre'a de Fontaines* и *Philipp'a Beaumanoir'a*. Наименованія ихъ очень различны: *Conseil* (перваго изъ названныхъ юристовъ), *Assises de Jérusalem*, *Etablissements de St. Louis* (неизвѣстныхъ авторовъ), *Les coutumes de Beauvoisis* (*Phil. Beaumanoir*).

Хотя въ этихъ обработкахъ обычаевъ имѣются въ виду обычаи мѣстные (*Beauvoisis*), но у авторовъ всегда въ основѣ лежить точка зрѣнія общаго сѣверо-французскаго права. Работы

Бомануара имѣли въ этой тенденціи къ обобщенію нормъ для Франціи такое же значеніе какъ обработка Саксонскаго Зеркала для Германіи.

Займствованіе римскихъ текстовъ и сочетаніе съ ними, часто очень слабое, мѣстныхъ обычаевъ идетъ во все продолженіе XIII и XIV вв. Въ одномъ изъ сборниковъ XIII в. (*Li livres de Justice et de Plet*) количество заимствованныхъ текстовъ изъ пандектовъ и изъ декреталій далеко превышаетъ мѣстные кутюмы. Ровно то же замѣчается и въ знаменитомъ сборникѣ XIV вѣка, принадлежащемъ сѣв. французскому практику Jean Boutillier, *Somme Rurale*.

Всѣ эти и масса подобныхъ имъ сборниковъ, смѣшанныхъ изъ римскаго права, обычныхъ нормъ, судебныхъ рѣшеній, составлялись долгое время частными лицами, безъ формальнаго авторитета и промѣлаціи ихъ какъ обязательныхъ руководствъ для практики судовъ. Въ нихъ видна тенденція къ правообобщенію, но авторитетъ, условленный однимъ внутреннимъ достоинствомъ, лишь медленнымъ путемъ приводитъ къ цѣли.

Съ конца XV вѣка, когда внѣ всякаго сомнѣнія принципъ „qui veut le roi si veut la loi“ сталъ торжествовать надъ феодальнымъ режимомъ, обработка обычнаго права въ цѣляхъ объединенія получила совершенно иной характеръ. Съ этихъ поръ мы видимъ оффиціальную редакцію кутюмовъ.

Способъ дѣйствія правительства заключался въ такъ называемой *enquête par turbe*. Pour la preuve d'icelles (*des coutumes*) il convenait, — говоритъ одинъ изъ юристовъ того времени, — faire examiner témoins et turbes ou turmes, chacune turbe de dix personnes au moins, et chacune turbe n'était comptée que pour un témoin; le roy Charles VII, se trouvant paisible en ce royaume après en avoir chassé les Anglais (отсюда подъемъ французскаго національнаго сознанія) ordonne que par toutes les provinces contumières les coutumes fussent arrestée et rédigées par l'avis des états et peuples des trois ordres de chacune province, et que par cet écrit se ferait la preuve des coutumes, avec défense de ne plus recevoir la preuve par témoins en turbes ni autrement que par le dit écrit.

Большая масса такимъ образомъ удостовѣренныхъ и опубликованныхъ кутюмовъ относится уже ко времени Людовика XII. Высокой технической обработки французскіе кутюмы достигли въ особенности въ концѣ XVI вѣка, когда, какъ увидимъ позже, изученіе римскаго права изъ исключительно догматическаго, ка-

кимъ было прежде, стало *историческимъ* *). Ainsi nos coutumes, — говоритъ Монтескье, — prirent trois caractères, elles furent écrites, elles furent plus générales, elles reçurent le sceau de l'autorité royale **). Натурально, этотъ живой источникъ права долго не могъ стать чистымъ источникомъ права *гражданскаго*, и въ этомъ смыслѣ общность права французскаго имѣла пройти еще долгій историческій путь, прежде чѣмъ достигнуть цѣли.

Въ XVI и XVII вѣкахъ результатъ былъ еще очень далекъ отъ той *exaequatio legum*, съ которой началось „открытіе частнаго права“ во всемирной исторіи, и на пути этого равенства лицъ передъ закономъ лежали исторически сложившіеся союзы, *ces trois ordres — le clergé, la noblesse, le tiers état*, имѣвшие каждый особыя права лицъ и особые институты имущественные. Однако, въ отдѣльныхъ институтахъ гражданскаго права французскіе историки очень рано отмѣчаютъ элементы настоящаго общаго гражданскаго національнаго французскаго права независимаго отъ различія сословій. Таковъ, напр., институтъ общности имущества супруговъ (*communauté des biens*), бывший сначала особымъ для низшихъ классовъ (*la roture, les roturiers*) и въ кутюмахъ Парижа ставшій общимъ для низшаго и благородныхъ классовъ одинаково.

д) Могущественнымъ орудіемъ формальнаго объединенія права страны послужила несомнѣнно *законодательная форма королевскаго ordonnance'a*, но эта форма вступила на очередь для разработки именно общаго права лишь очень поздно. Въ этомъ отношеніи крайне важнымъ для послѣдующаго развитія общаго права слѣдуетъ считать *ordonnance* Франсуа I-го, отъ 1539 г., коимъ стѣсняются предѣлы церковной юрисдикціи и устанавливаются постоянныя и общія правила регистраціи крещенія, смерти и браковъ. Этому и послѣдующимъ королямъ принадлежитъ рядъ *ordonnance'овъ*, реформирующихъ гражданскій процессъ. Это крайне любопытная и характерная черта въ исторіи развитія права гражданскаго. Въ тѣхъ условіяхъ, гдѣ являются признаки образованія институтовъ общаго права, авторитетъ власти прежде всего служитъ для удостовѣренія *подлинности нормъ*, для до-

*) Процессъ изслѣдованія кутюмовъ обыкновенно состоялъ въ слѣдующемъ. Королевскіе комиссары собирали нотаблей провинціи или округа и предлагали разсмотрѣть проектъ кутюмныхъ положеній. Ходъ дѣла протоколировался (это *procès verbal*). Удостовереніе этимъ способомъ проекта составляло его *homologation*. Если стороны не сходились, то несогласіе разрѣшалось парламентами. Гомологированные кутюмы санкціонировались королемъ.

**) Такимъ образомъ наши обычаи приобрѣли три свойства: они сдѣлались писанными, болѣе общими и запечатлѣлись авторитетомъ королевской санкціи.

стовѣрной регистраціи правоспособныхъ лицъ, для фиксированія способовъ процедуровать, для дѣятельности гражданъ въ юрисдикціи спорной и свободной (*jurisdictio contentiosa* и *voluntaria*).

Не то же ли самое наблюдали мы въ Римѣ, когда, въ переходную эпоху національной системы, къ *jus gentium*, раньше всего другого и актомъ закона то же (*lex Aebutia* и *duae leges Juliae*) опредѣлился новый способъ процедуровать *per verba concepta*, и вмѣстѣ, шире и свободнѣе сталъ авторитетъ суда въ вопросахъ гражданского права? Не та же ли здѣсь переходная эпоха изъ области господствующаго типа правъ вещныхъ къ свободной, трудно мирающейся съ привилегіей области обязательствъ?

Таковы въ эту пору *ordonnance* 1560 г. (*ord. d'Orléans*), 1563 г. (*ord. de Roussillon*), 1566 г. (*ord. de Moulins*), укрощающій самовластіе провинціальныхъ правителей, указывающій предѣлъ праву протеста, *droit de remontrance*, мѣстныхъ парламентовъ, и въ особенности, для права гражданского, ограничивающій для договорныхъ сдѣлокъ доказательство чрезъ свидѣтелей опредѣленной цѣной сдѣлки *).

Это все предвѣстія образованія единыхъ, общихъ, чисто-цивильныхъ нормъ права частнаго, которое, по отношенію къ его содержанію, медленно и постоянно обогащается путемъ развитія и расширяющагося примѣненія кутюмовъ, дѣятельностью судовъ, научной разработкой и сочетаніемъ элементовъ римскаго и мѣстнаго правъ.

Ordonnance'ы не оставались неразработанными юристами. И здѣсь видна ихъ рука. *Barnabé Brisson* составилъ сводъ ихъ и публиковалъ подъ именемъ *Code Henri III, Basiliques*. Это полу-официальный сводъ, не обязательный для судовъ, даже заподозрѣнный *Louyseau*, который находилъ, что *Brisson* *tribonialisait trop*, т.-е. много добавлялъ своего тамъ, гдѣ *ordonnance*'ы оставляли пробѣлы (*des lacunes*). Такихъ *Code*'овъ позже стало много, *Code Henri IV*, *Code Michaud* (названный по имени собирателя, *chancelier Michel de Marillac*), *Code noir* и пр.

Но въ исторіи *ordonnance*'овъ нѣтъ явленія болѣе характернаго и важнаго для всего процесса развитія французскаго общаго гражданского права, чѣмъ знаменитые *ordonnance*'ы Людовика XIV, *sur la procédure civile 1667 года, pour le commerce*

*) Контрактъ на сумму 100 ливровъ долженъ быть редижируемъ на письмѣ изъ опасенія злоупотребленій свидѣтельскими показаніями, о коихъ *Loisel* сказалъ: *qui mieux abreuve, mieux preuve*.

du continent 1673 *), *de la marine 1681*, всѣ три оказавшіе рѣшительное вліяніе на послѣдующіе *Code de procédure civile* и *Code de commerce*, имѣющіе великое значеніе для исторіи права не только французскаго, но и русскаго и европейскаго вообще.

XVIII вѣкъ даетъ еще рядъ важныхъ общихъ *ordonnance*'овъ цивильнаго содержанія, о дареніяхъ (*des donations*), о тестаментяхъ (*des testaments*), субституціяхъ (1731, 1735, 1747). Въ ту же пору у руководящихъ людей видно стремленіе объединить все право въ одномъ *corps des lois qui seront faites dans cette vue*. Таковы мысли канцлера d'Aguesseau. Но эту проблему кодификаціи мы рязъяснимъ себѣ въ другой связи.

Здѣсь заключаемъ, что стремленіе права во Франціи исторически идетъ отъ партикуляризмовъ къ нормамъ общимъ и что этотъ процессъ совпадаетъ съ обособленіемъ элементовъ права частнаго отъ публичнаго. Путь, нами намѣченный къ этой цѣли, есть разработка кутюмовъ, содѣйствующее ей вліяніе римскаго права, образованіе центральныхъ органовъ юстиціи и законодательства.

2) Обратимся къ обзорѣ тѣхъ же процессовъ на нѣмецкой почвѣ.

Если мы, слѣдуя критерію, данному выше Пухтой, будемъ измѣрять сочетаніе элементовъ права общаго и партикуляризмовъ въ Германіи, то убѣдимся легко, насколько Германія уступаетъ, въ культурѣ права, своему зарейнскому сосѣду. При всей настойчивости, съ которою трудятся нѣмецкіе ученые надъ изученіемъ своего прошлаго, раскрытіе въ немъ элементовъ *своего* общаго права даетъ крайне скудные результаты. Преобладаніе смѣшанныхъ образованій, полу-цивильнаго, полу-публичнаго характера, въ томъ, что нѣмцы называютъ *своимъ*, господство розни и партикуляризмовъ въ правѣ составляетъ, какъ въ прошломъ, такъ и въ настоящемъ, отличительную черту нѣмецкаго праворазвитія. Оттуда, конечно, этотъ нетерпѣливый, несдержанный характеръ новаго движенія въ нѣкоторыхъ кружкахъ къ объединенію права наперекоръ исторіи, эта грубая борьба противъ историческаго направленія въ правовѣдѣніи, эти попытки строить системы права на усмотрѣніи, на внѣшнемъ авторитетѣ, на принужденіи, на силѣ. Прошлыя судьбы явно не удовлетворяютъ завистливую къ успѣху объединенной Франціи мысль нѣмецкаго юриста, и если по временамъ грубо выступаетъ національное самообольщеніе, то въ немъ

*) Французы называютъ его *Code marchand*, *Code Savary*, по имени одного изъ важнѣйшихъ негоціантовъ Парижа, который очень содѣйствовалъ работѣ этого кодекса.

сказывается скорѣе потребность утолить болѣзненное чувство, чѣмъ настоящая вѣра въ преимущество нѣмецкаго національнаго права. Посему Эмиль Кунце несомнѣнно вполне искрененъ, когда присваиваетъ историческому греческому генію область неподражаемаго творчества въ скульптурѣ, римскому—въ правѣ, нынѣшнему (нѣмецкому)... въ музыкѣ. Это тоже, что сказать: мы ничего не создали самобытнаго въ пластикѣ, въ правѣ, но, *зато* мы несравненные музыканты.

Мы видѣли выше смѣну системы такъ называемыхъ племенныхъ правъ началомъ территоріальности въ правѣ. Это явленіе для исторіи права въ Германіи совпадаетъ съ обособленіемъ дальнѣйшихъ политическихъ судебъ Германіи отъ Франціи. Начала права въ эту эпоху проникнуты идеями феодальнаго господства. Область права частнаго вовсе не обособлена отъ публичнаго. Нѣмецкіе историки, кромѣ недавнихъ, видящихъ въ этой именно порѣ, до рецепціи чужаго права, подлинныя черты національнаго характера *), думаютъ, что здѣсь развиваются не столько „юридическія“, сколько „жизненные“ отношенія, не *Rechtsverhältnisse*, а *Lebensverhältnisse*; не право и его формы, а матеріальная, или какъ это нынѣ называютъ, экономическая, хозяйственная сторона быта устраивается соотвѣтственно жизненнымъ потребностямъ. Власть слабая въ центрѣ и сильная въ мелкихъ дѣленіяхъ феодальной сферы, даетъ себя чувствовать обильными поборами съ угнетеннаго населенія подъ видомъ обширныхъ регальныхъ притязаній на массу доходныхъ статей народнаго хозяйства. Всѣ права публичнаго характера коренятся въ захватѣ земель сильными феодальными господами. Отъ непосредственнаго имперскаго вассала до ландзасса, обрабатывавшаго чужую землю, вся лѣстница представляютъ собою разныя ступени феодальной зависимости. Власть короля становится еще болѣе ничтожной съ присвоеніемъ главѣ феодальной іерархіи достоинства императора, которое дѣлало его положеніе въ идеѣ универсальнымъ, на дѣлѣ безпомощнымъ, особенно въ интересахъ національнаго быта и права.

Ото всей этой поры столкновеній духовной и свѣтской власти, походовъ въ Италію, въ исторіи права мы имѣемъ общія нормы только для леннаго и уголовнаго права.

Между тѣмъ отдѣльныя юридическія отношенія, особые классы населенія и разныя территоріи имѣли свой судъ, подлежали дѣйствию разныхъ нормъ, мало связанныхъ одна съ другою. Ленныя отношенія подлежали суду ленному, гдѣ глава союза былъ судьей,

*) Въ особенности Heussler (см. выше).

а члены союза—присяжными. Это ленное право, отличное от земскаго права (Landrecht и Lehnrecht), примѣнявшагося въ графствахъ и сотняхъ публичными органами. Поземельныя и служебныя отношенія земледѣльческаго класса вѣдались фогтами, шульцами, по Hofrecht'у, принятому въ судѣ сеньора. Высшихъ и болѣе свободныхъ союзныхъ формъ достигли постепенно лишь города. Въ городахъ все населеніе территоріи подлежало одному суду, и такъ какъ союзы городовъ развились очень широко, то для городского права (Stadtrecht) раньше образовались центральные пункты, высшіе органы правосознанія (Mutterstadt), къ коимъ пригородъ (Tochterstadt) обращался въ случаяхъ неизвѣстности права.

Съ XIII вѣка въ обилии образуются начертанія письменныя разныхъ правъ. Важнѣйшее изъ нихъ по историческому значенію есть Саксонское Зерцало (Sachsenspiegel), составленное частнымъ лицомъ (рыцаремъ Elke von Repkow) въ первой половинѣ XIII вѣка. Въ немъ нѣтъ Dienst-, Hof-, Stadtrecht'a, и содержаніе его ограничивается мѣстнымъ саксонскимъ земскимъ правомъ и правомъ леннымъ. Переработку его и расширенное примѣненіе мы видимъ черезъ нѣсколько десятилѣтій въ такъ называемомъ Schwabenspiegel, неизвѣстнаго автора. Оба сборника приобрѣли въ XIV и XV вѣкѣ большой авторитетъ въ судахъ далеко за предѣлами территоріи ихъ первоначальнаго примѣненія. Они переведены на латинскій, французскій, польскій, чешскій, голландскій языки, и ихъ разсматривали, совершенно вопреки ихъ первоначальному источнику, какъ общее имперское право. Потребность правообщенія пробивалась сквозь тяжелыя и узкія формы феодальнаго быта и готова была примкнуть къ любому явленію, заключающему въ себѣ элементы общаго права. Такимъ было земское саксонское право, такимъ же стали для городскихъ правъ права Любека, Магдебурга, Иглау, Ратибора и друг. не только въ Германіи, но и въ прилежащихъ славянскихъ земляхъ. Мы будемъ имѣть случай говорить впослѣдствіи объ этихъ источникахъ, оставившихъ до сего времени частичные признаки нѣкогда очень широкаго вліянія на отдѣльные юридическіе институты въ нашихъ западныхъ окраинахъ.

Для самой Германіи Саксонское зеркало и примыкающія къ нему переработки, комментаріи, добавки, имѣли авторитетъ источника общаго права, державшійся, въ духѣ того времени, совсѣмъ не на формальномъ юридическомъ основаніи, а на общей *вѣрѣ*, что тутъ скрытъ Императорскій законъ. Чѣмъ меньше норма имѣетъ характеръ внѣшне-авторитетный, тѣмъ старательнѣе со-

ставители подбираютъ основанія для ея незыблемости въ политическихъ представленіяхъ того времени, даже въ сказаніяхъ библейскихъ. На нѣкоторыхъ спискахъ Саксонскаго зеркала теперешніе изслѣдователи читаютъ такіа приписки: hier eyendet das boec der Kayser rechten, gheheten die Spiegel van Sassen (голландская переработка). Въ другихъ спискахъ читаемъ: weliches dan der Keyser Recht will, das müssen alle Land leyden und wissen, wan der Kayser ist Vater des Reichs. Существуют собранія мнѣній и рѣшеній шöffфеновъ, коихъ авторитетъ еще незыблемѣе, ибо собиратели возводятъ происхождение ихъ до „перваго царя Нимрода“ (der erste Kunig Nemrod von Babylonien). Противъ *такихъ* авторитетовъ натурально не легко было спорить и еще менѣе возможно было поносить ихъ мнѣнія, къ чему вообще имѣли склонность воинствующие борцы за право того времени. Къ кому жъ въ самомъ дѣлѣ обратиться съ протестомъ, когда самъ Нимродъ судить такъ, а не иначе? Въ такихъ поискахъ за солидными авторитетами люди юридическаго ремесла обращались и къ латинскимъ текстамъ римскихъ источниковъ. Тайна чужой рѣчи скорѣе содѣйствовала безповѣрочности авторитета библейскихъ и свѣтскихъ источниковъ, чѣмъ мѣшала ихъ силѣ. Духомъ вѣры проникнуты къ ту пору не одни исканія нормъ, но и формы процесса. Еще за-долгое до той поры, когда римское право стало предметомъ рецепціи въ цѣломъ составѣ, отдѣльные тексты его уже были въ ходу у юристовъ. Прямой римской традиціи въ Германіи не было, какъ это было во Франціи. Но отчего же мастеру права новаго времени не обратиться за совѣтомъ къ старымъ мастерамъ? Такимъ образомъ въ швабскомъ зеркалѣ встрѣчаются такіа мѣста: des vrage wir (говоритъ составитель сборника) einen Meister von landrechte, der heizet Marcellus, der half den Kunigen vil guoter landrechte machen.

Было ли, однако, право, для котораго подыскивались такіа солидныя базы, и по содержанію своему правомъ общимъ? Совершенно нѣтъ. Исканіе этихъ базъ указываетъ только на *стремленіе къ нѣкоторой общности* правосознанія въ западномъ мірѣ вопреки розни, существовавшей въ дѣйствительности. Въ то же время близость правооснованій къ религіи, признаки субъективно-сознаваемыхъ императивовъ права указываютъ намъ на трудность достиженія той подлинной общности юридическихъ нормъ, какую знала римская мысль.

Какъ же характеризовать особыя свойства права этой эпохи со стороны его содержанія?

Мы остановимся на 2-хъ опредѣляющихъ его моментахъ. Многія подробности могутъ быть уяснены лишь въ очеркахъ отдѣльныхъ институтовъ. Вотъ эти два момента.

Лицо въ эту пору не есть *persona singularis*, отдѣльный человекъ, способный стать субъектомъ права себя ради, какъ это было въ Римѣ (*utilitas singulorum* см. выше). Такого частнаго лица, также какъ и противулежащаго понятія государства, въ римскомъ смыслѣ, вовсе не существуетъ въ эту пору. Вмѣсто этого мы видимъ состояніе и положеніе *лицъ* характеризованнымъ и *опредѣленнымъ принадлежностью ихъ къ* многообразнымъ союзнымъ формамъ, созданнымъ средневѣковою жизнью. Это союзъ феодальный, церковный, племенной, земскій, городской, торговый, ремесленный и проч. Въ этихъ союзныхъ формахъ нѣтъ правоспособнаго субъекта. Внутри ихъ правоспособность лица въ высшей степени условлена интересами союза, а не пользой самого лица или государства. Посему изслѣдованіе многочисленныхъ союзныхъ формъ того времени есть одна изъ благороднѣйшихъ и важнѣйшихъ задачъ изученія того быта *), далеко еще и для насъ не утратившаго практическаго значенія для уразумѣнія права въ современной Германіи и въ Россіи, въ особенности въ прибалтійскихъ провинціяхъ.

Другой, опредѣляющій характеръ права той эпохи, моментъ есть рѣшительное преобладаніе институтовъ типа *вещнаго* надъ формами договорно-обязательственными. Свободныя договорно-обязательственныя отношенія замѣнены здѣсь исторически-образовавшимися и не разложившимися еще союзными формами. Типъ вещнаго правоотношенія есть доминирующій. Разнообразіе и многочисленность *вещныхъ притязаній*, часто на одну и ту же вещь, дѣлаетъ здѣсь свободный оборотъ, *commercium juris civilis*, крайне скуднымъ, медленнымъ, условнымъ, связаннымъ. Тамъ, гдѣ конструкція правоотношенія должна быть рассчитана на дѣятельную волю лица, эти формы представляютъ собою настоящія цѣпи, которыя приковываютъ человека къ имуществу, тяготѣютъ надъ нимъ, обременяютъ его, вмѣсто того, чтобъ раскрывать просторъ его дѣятельной волѣ. Онѣ носятъ вѣковѣчный харак-

*) Первое мѣсто въ исторической разработкѣ отдѣльныхъ вопросовъ принадлежитъ нынѣ несомнѣнно Otto Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. I. Bd.: *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, 1868 г., II. Band.: *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, 1873. III. Band.: *Die Staats- und Corporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*. 1881 г. Эта послѣдняя книга составляетъ историко-догматическую работу самаго высокаго интереса. Мы будемъ позже имѣть въ виду результаты его изысканій для теперешняго права въ ученіи о лицахъ въ особенности.

теръ, связывающій не только отдѣльныхъ людей въ эти разъ на всегда данныя формы коллективнаго обладанія, но подчиняющій этой неволѣ цѣлыя поколѣнія.

Если формы договорныя, между отдѣльными людьми, не обособлены отъ вещныхъ институтовъ и скудны, то, съ другой стороны, онѣ захватываютъ область отношеній наследственнаго права, сплетая *commercium inter vivos* со сдѣлками и институтами *mortis causa*.

Германисты видятъ въ этихъ чертахъ преобладанія вещныхъ правоотношеній характерныя особенности нѣмецкаго правосознанія. Но едва-ли не будетъ вѣрнѣе сказать, что онѣ характеризуютъ не столько національность, сколько время, эпоху экономической и соціальной жизни.

Если вы возьмете эти характерныя черты, то здѣсь окажутся, въ отличіе отъ римскаго права, *многочисленныя формы общности*, стало быть нераздѣльности, часто неопредѣленности правъ, обиліе выжидательныхъ притязаній, заповѣдныхъ формъ, реальныя тягости и проч.

Разнообразіе такихъ формъ *нераздѣльности, заповѣдей, тягостей, выжидательныхъ притязаній*, можетъ быть очень обильнымъ, и однако, едва-ли правильно называть это богатствомъ германскаго вещнаго права въ отличіе отъ скудости римскихъ формъ. Множество заповѣдей, тягостей, выжидательныхъ притязаній къ чужому имуществу не дѣлаетъ формы вещнаго права богатыми, а лишь очень сложными, условными, спутанными, пестрыми, нечистыми. Точно также чистота римскихъ гражданскихъ конструкций, раздѣльность правъ не дѣлаетъ ихъ скудными, а лишь простыми, распознаваемыми, удобопримѣнимыми.

У германцевъ ихъ пестрыя вещныя притязанія замѣняютъ собою и договорно-обязательственныя и наследственныя отношенія. Въ нихъ нѣтъ ни подвижности, ни примѣнимости, ни легкой распознаваемости. Это обиліе несвободныхъ положеній лица, грубое сочетаніе интересовъ матеріальнаго обладанія, котораго отнюдь нельзя не только предпочитать, но ниже сопоставлять съ тѣми формами раздѣльнаго обладанія и свободныхъ сочетаній интересовъ лицъ, въ основѣ коихъ лежитъ воля каждаго участника, широкій обмѣнъ интересовъ, легко образующіяся и разрѣшаемая формы договорно-обязательственнаго отношенія.

Наше заключеніе такое—въ институтахъ имущественныхъ это пора господства вещнаго права и матеріальнаго строенія обязательственныхъ формъ. Ея черты знакомы намъ отчасти изъ національной римской системы, когда, также какъ здѣсь, идея обя-

зательства не обособилась отъ права вещнаго. Но тамъ, въ ту пору въ Римѣ, мы имѣли все же одинаковыя и извѣстныя нормы права *для всѣхъ* правоспособныхъ и обособленное отъ права публичнаго право частное. Здѣсь нѣтъ ни этого обособленія, ни этого равенства лицъ, ни этой извѣстности нормъ. Право публичное и частное тѣсно соприкасаются въ безчисленныхъ союзныхъ формахъ, и вмѣсто началъ равенства передъ общимъ закономъ мы видимъ начало господства однихъ круговъ лицъ, выше стоящихъ, надъ другими, нижестоящими, зависимыми отъ первыхъ и въ публичномъ, и въ частномъ правѣ одинаково.

Въ подробностяхъ противуположеніе институтовъ вещнаго и договорнаго права римскаго и германскаго мы сдѣлаемъ въ своемъ мѣстѣ, при изученіи отдѣльныхъ институтовъ гражданской системы.

Историки германскаго права отмѣчаютъ, какъ переходные признаки отъ этихъ условій быта къ новымъ, явленія экономическія. Вамъ извѣстны изъ политической экономіи противуположенія понятій хозяйства натурального и денежнаго. Именно этой экономической метаморфозой знаменуется переходъ отъ формъ средневѣковаго юридическаго быта къ новому. Натурально, явленіе это не обнимаетъ быстро всѣхъ сторонъ стараго быта. Раньше всего признаки измѣнившихся условій появляются въ строѣ городской жизни. На крестьянскомъ землевладѣніи долго еще продолжала лежать и удержалась въ Германіи до нашихъ дней тяжесть сеньориальныхъ притязаній; между тѣмъ въ городахъ процессъ освобожденія и очищенія недвижимостей отъ тягости сеньориальныхъ притязаній, въ особенности на застроенную городскимъ классомъ землю, начинается очень рано. Владѣльцы городской недвижимости, люди торговаго и ремесленнаго класса, энергичнѣе крестьянскаго класса выбились изъ-подъ зависимыхъ титуловъ землевладѣнія на путь чистой, свободной частной собственности на землю. Новыя экономическія условія открывали имъ возможность путемъ выкупа, сперва за постоянную денежную ренту, а потомъ погашеніемъ этой ренты, придти въ положеніе отдѣльнаго и исключительнаго обладанія недвижимостями на чисто частномъ правѣ. И такъ, съ помощью договорныхъ обязательствъ, обязательствъ денежныхъ, въ особенности, *разлагаются старыя формы общности* обладанія недвижимостью. Оборотъ съ деньгами разрывалъ старыя узы зависимости, господства экономическаго, еще вѣрнѣе, хотя и не столь быстро, чѣмъ порохъ разрушалъ феодальныя замки, и успѣхи знанія и печати—

господство старыхъ духовныхъ корпорацій, противодѣйствовавшихъ прежде столь смѣло развитію свѣтской власти.

Это знаменіе новаго государства и новаго права.

Въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ мы видѣли подобное явленіе въ исторіи права римскаго, гдѣ идея договорнаго обязательства разложила исключительное господство типа вещныхъ правоотношеній, выразилась въ образованіи пекуниарной кондемнаціи (*condemnatio pecuniaria*) и открыла, такимъ образомъ, путь свободному развитію системы гражданскихъ институтовъ позднѣйшей эпохи (выше, стр. 72).

Въ политической жизни нѣмецкой націи надлежитъ замѣтить очень характерное для послѣдующей исторіи нѣмецкаго права ослабленіе центральной имперской власти въ ту самую пору, когда во Франціи власть королевская, несомнѣнно, окрѣпла. Власть императора была до крайности стѣснена необходимостью согласія имперскаго сейма, состоявшаго изъ 3-хъ коллегій (курфюрстовъ, имперскихъ князей и городовъ), по всѣмъ важнымъ государственнымъ вопросамъ, а по дѣламъ юстиціи—компетенціей высшаго имперскаго судилища (*Reichskammergericht*, 1495), члены коего назначались не однимъ императоромъ. Зато новое время принесло съ собою *сильное развитіе мѣстной территоріальной власти отдѣльных князей*, вассаловъ безсильной имперіи. Земскіе князья, приведшіе центральную имперскую организацію къ совершенному ничтожеству, развили внутри своихъ территорій начало личной власти до полнаго абсолютизма.

При этихъ условіяхъ политической жизни націи исторія права въ Германіи представила собою изумительное явленіе двойственности. Съ одной стороны мы видимъ поразительно быстрые успѣхи рецепціи чужого общаго гражданскаго права въ юстиниановской кодификаціи почти на всемъ пространствѣ Германіи, съ другой—соперничающую дѣятельность земскихъ князей создать для отдѣльныхъ территорій формально обязательные кодексы, которые, если не всегда по существу, то по формѣ разъединяють жизнь націи, содѣйствуютъ партикуляризмамъ и препятствуютъ развитію общаго національнаго правосознанія. Дѣйствующее право все остается у нѣмцевъ или чужимъ, реципированнымъ, когда оно достигаетъ общности, или когда оно есть *свое*, его элементы всегда смѣшанные, полугражданскіе, полуполитическіе и при семъ постоянно разные. Черта этой нѣмецкой общности въ правѣ будетъ нами разъяснена въ очеркѣ рецепціи, а противоположное ей стремленіе къ розни—въ очеркѣ кодификаціи. Примиреніе и удовлетворительное рѣшеніе обѣихъ задачъ—созданіе права своего

и общаго, при этомъ общаго не въ идеѣ только, а въ дѣйствительности, обезпеченнаго единой государственной властью, не спутаннаго съ политическими элементами, а обособленнаго — составляетъ задачу новаго времени для молодой имперіи, нынѣ хотя и рѣшенную, но далеко не выполненную.

Чтобъ опредѣлить черты различія въ исторіи нѣмецкаго и французскаго права надо имѣть въ виду слѣдующіе пункты: а) въ Германіи нѣтъ непосредственной традиціи римскаго права и связаннаго съ этимъ постояннаго, живого взаимодѣйствія чисто гражданской римской системы со смѣшанными началами права новыхъ народовъ; б) здѣсь нѣтъ признаковъ ранней обработки кутюмнаго права и соотвѣтственно этому рано образовавшагося національнаго правосознанія, которые дѣлали вліяніе права римскаго во Франціи вовсе не тѣмъ подавляющимъ, какимъ оно стало въ Германіи, и с) въ Германіи нѣтъ, какъ во Франціи, исторически сложившейся единой національной власти, которая была бы способна открыть широкій путь развитію общаго права безъ всякихъ компромиссовъ съ партикуляризмами, притомъ на основахъ своего, а не заимствованнаго правосознанія.

Отсюда вся эта литературная неурядица партикуляристовъ и объединителей, эти отчаянныя усилія ученыхъ смѣшать свое съ чужимъ, чтобъ открыть какіе-либо элементы своего общаго права, эти радикальные повороты отъ органическаго къ механическому воззрѣнію на право, эти опыты захватить всю область права частнаго въ сферу дѣйствія политики, эти невѣрныя и измѣнчивыя построенія юридическихъ ученій то на основѣ свободы, которая есть подлинная для права, то на соображеніи необходимости, разсчета, наконецъ, на грубой силѣ...

Не менѣе того и для Германіи мы не можемъ не констатировать *постоянно прибывающаго элемента общности въ правѣ на счетъ партикуляризовъ*, постояннаго процесса упраздненія послѣднихъ въ тѣснѣйшей связи съ образованіемъ сравнительно болѣе обширныхъ союзныхъ территорій.

Едва ли возможно сомнѣніе въ томъ, что это общій и мало смущаемый случайными явленіями жизни историческій законъ ново-европейскаго общества, какъ и стараго римскаго. Право гражданское у насъ, какъ и тамъ, становится постоянно болѣе и болѣе чистымъ и свободнымъ отъ политической и національной исключительности и вмѣстѣ съ этимъ болѣе и болѣе общимъ.

Мы замѣтили это явленіе пока по отношенію къ цѣлой системѣ гражданского права во Франціи, частью въ Германіи.

Но нельзя ли найти въ новое время нѣчто соотвѣтствующее

этому процессу постоянно развивающагося правообщенія въ сферѣ отдѣльныхъ институтовъ, какъ это мы видѣли въ Римѣ? Нельзя ли и у насъ измѣрять тѣми же стадіями успѣхи развитія общаго права, коими мы измѣряли его въ Римѣ? Нѣтъ ли и тутъ той же разницы между одними институтами гражданскаго права, болѣе способными стать общими, и другими, менѣе пригодными для этой цѣли?

Откуда мы взяли бы отвѣты на эти вопросы? Ихъ можно искать въ исторіи любого права, французскаго, нѣмецкаго. Для полнаго разъясненія вопроса намъ надлежало бы войти въ подробности изученія исторіи этихъ правъ — перебрать явленія жизни не на одной какой-либо націи, а цѣлаго ряда ихъ.

Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что намъ легче и сподручнѣе обратиться не къ этимъ частнымъ явленіямъ новой исторіи права, а къ какому-либо изъ явленій характерныхъ для всей его исторіи въ новомъ мірѣ. Сдѣлать такія наблюденія въ исторіи ново-европейскаго права несомнѣнно труднѣе, чѣмъ въ жизни Рима. Тамъ формы типичнѣе, проще, явленія менѣе сложны. Въ исторіи Рима проходитъ жизнь одного могучаго народа, который обнимаетъ въ судьбахъ своихъ, въ результатѣ, всю исторію античной культуры права. У насъ нѣтъ этого условія, и за то тѣмъ цѣннѣе, въ этихъ неблагопріятныхъ условіяхъ общенія, раскрытіе того же закона постепенности историческаго общенія разныхъ народовъ въ сферѣ тѣхъ или другихъ институтовъ цивильной системы.

Кругъ этихъ явленій составляетъ нынѣ спеціальную и трудную для изученія область частнаго международнаго права, въ коей элементы позитивнаго права повсюду очень скудны и гдѣ очень мало постоянства и согласія взглядовъ у писателей даже въ вопросахъ принциповъ, не только въ подробностяхъ; со всѣми трудностями дѣла вы встрѣтитесь въ курсѣ частнаго международного права *).

И такъ, здѣсь мы коснемся исторіи *частнаго международного права* лишь на сколько оно важно для насъ съ указанной точки зрѣнія. Въ новомъ правѣ очередь его разъясненія наступила на западѣ тогда, когда систему правъ личныхъ смѣнила система территориальная (см. выше). Не законъ племени, къ коему лицо

*) Изъ нашихъ цивилистовъ богатѣйшія литературныя указанія къ вопросу вы найдете въ неоконченномъ курсѣ гражд. права бывш. петербургскаго профессора К. И. Малышева. Это отдѣлъ, разработанный имъ какъ бы монографически. Солиднѣйшая монографія по этому вопросу съ обзоромъ старой литературы (до 1842 г.) принадлежитъ Wächter'у, см. Arch. f. d. Civ. Praxis. Bd. 24 и 25.

принадлежитъ, а законъ территоріи, земли, гдѣ живетъ субъектъ правоотношенія, рѣшаетъ выборъ нормы, которой подчиняется вся его юридическая сфера. Мы отмѣтили выше, что въ этихъ условіяхъ территоріальной системы, особенно со времени развитія феодальнаго быта, различіе публичной и частной сферы права до крайности сгладилось. По отношенію къ отдѣльному лицу, въ этихъ условіяхъ, принципиально ставится вопросъ не о его правѣ, а о его поземельномъ положеніи, властномъ или подчиненномъ на извѣстной территоріи.

Мы видѣли выше это начало въ исторіи права Франціи. Его же мы встрѣчаемъ въ Германіи въ эпоху Саксонскаго зерцала. Оно есть общее для всѣхъ европейскихъ областей того времени. Юридическая формула, выражающая это начало территоріальной исключительности въ вопросахъ права у *postglossator'овъ* есть такая: *statutum territorium non egreditur,, statutum non porrigitur* или *se non extendit extra territorium statuentis* *). Это было именно то *плѣненіе права частнаго публичнымъ*, начала свободы началомъ необходимости, о которомъ говорено выше. Какой возможный смыслъ этого положенія? Оно толкуется въ томъ смыслѣ, что судья не въ правѣ примѣнять въ предѣлахъ своей территоріи никакого положенія кромѣ мѣстнаго, исходящаго отъ авторитета здѣшней законодательной власти. Исключеніе составляли для этой эпохи только нормы, источники коихъ лежали въ авторитетѣ церкви, въ правѣ каноническомъ, или въ удержавшихся и теперь элементахъ племеннаго права, напр. для евреевъ **).

И такъ, это монополія земскихъ господъ хозяйничать въ вопросахъ права? Быть можетъ чисто формальный взглядъ на право остановится на этомъ положеніи какъ на рѣшающемъ и не найдетъ изъ него выхода для объясненія самой простой задачи, — какъ-же можно было существовать въ этихъ условіяхъ при крайней дробности феодальныхъ территорій? Явнымъ образомъ, намъ надо ближе къ жизни разъяснить себѣ смыслъ этой территоріальной исключительности. Законы XII табл. давали кредиторамъ власть *in partes secare* несостоятельнаго должника... И такъ, римляне были каннибалами? Совсѣмъ нѣтъ, и мы не имѣемъ никакихъ основаній дѣлать заключеніе такого рода, ибо угроза безправіемъ для всякаго, кто ступаетъ на чужую почву, также какъ угроза смертью несостоятельному должнику составляетъ выраженіе

*) Она м. б. различно толкуема. См. указ. ст. Вехтера, Arch., т. 24, стр. 271.

**) Огражденіе евреевъ составляло резерватное и, конечно, весьма доходное право нѣмецкаго императора.

лишь предѣла дозволеннаго, хотя далеко не всегда нужнаго и не всегда возможнаго способа дѣйствія. Всего чаще эти угрозы не много страшнѣе на дѣлѣ, чѣмъ львы и другіе хищники на воротахъ феодальнаго замка или въ гербѣ нѣмецкаго барона. Надо еще, чтобъ была на лицо сила, и чтобъ былъ расчетъ не выказывать только эту силу (*vim dicere*), а дѣйствительно ее примѣнить къ случаю. Послѣ острастки желѣзными когтями обыкновенно тотчасъ наступаетъ очередь переговоровъ.

Что-жъ, въ данномъ случаѣ, въ вопросахъ о статутахъ? Независимо отъ того, что, при существованіи этихъ территоріальныхъ границъ для права, мы имѣемъ, отъ того-же времени, бездну договорныхъ соглашеній отдѣльныхъ земскихъ владыкъ между собой, съ церковью, съ городами, наука того времени, опираясь на авторитетъ римскаго права, въ данномъ случаѣ всеѣмъ непригодный, создала цѣлую скалу положеній, видоизмѣнившихъ ту строгую исключительность территоріальной силы въ вопросахъ права, которая выражена въ приведенномъ выше положеніи.

Именно это *ученіе о статутахъ и иллюстрируетъ намъ*, какъ нельзя лучше, *процессъ развитія правообщенія*, при всѣхъ неблагоприятныхъ для того условіяхъ, въ средніе вѣка. Въ этомъ процессѣ мы видимъ отчетливо еще разъ, какіе институты права скорѣе побѣждаютъ рознь и партикуляризмъ и въ какихъ эти черты удерживаются упорнѣе и дольше.

Движеніе мысли въ разработкѣ вопроса начинается въ Италіи въ эпоху post-глоссаторовъ. Въ толкованіи къ с. I C de Summa Trinitate Bartolus (1313—1359 г.) различаетъ, для случаевъ столкновенія нормъ разныхъ территорій въ правѣ договорномъ, а) *вопросъ о формѣ* заключенія договорной сдѣлки, причемъ рѣшающей должна быть норма той мѣстности, гдѣ совершена договорная сдѣлка; эта норма мѣста совершенія договора, хотя бы и чужая для нашихъ судовъ, должна быть признана нашими судами; б) тоже имѣетъ силу для *дѣйствія договора*, кромѣ, однако, случаевъ договора брачнаго и о приданомъ, гдѣ рѣшаютъ нормы мѣстожителства мужа. Бартоль даетъ еще рядъ положеній, тоже касающихся сдѣлокъ *inter vivos* и *mortis causa* *).

Въ цѣломъ итальянская доктрина пришла, въ вопросѣ о стол-

*) См. указ. соч. Wächter'a, стр. 273 прим. За договорн. сдѣлками у Бартола слѣдуютъ завѣщательныя, въ явномъ, повидимому, противуположеніи съ процессомъ развитія общаго права у римлянъ, гдѣ, какъ мы видѣли, тестаментарное право запаздывало въ процессѣ правообщенія. Но надо принять во вниманіе, что въ средніе вѣка тестаментъ имѣлъ иное значеніе чѣмъ въ Римѣ, въ особенности подъ вліяніемъ церкви.

кновеніи нормъ разныхъ мѣстностей, статутовъ разныхъ территорій, къ расчлененію трехъ видовъ нормъ, трехъ категорій статутовъ, *statuta realia, personalia* и *mixta*.

Это ученіе обошло всѣ европейскія области, въ коихъ культивировалось римское право на западѣ и гдѣ имѣла мѣсто система территоріальная. Въ немъ именно и заключается ремедура противъ исключительности территоріальной максимы. Далеко неясное и неоконченное въ рукахъ постглоссаторовъ это ученіе показываетъ намъ сразу, гдѣ именно область гражданской системы не можетъ ужиться на европейской почвѣ съ территоріальнымъ партикуляризмомъ. Здѣсь мы видимъ ровно то же явленіе, что въ исторіи права римскаго. Раньше всѣхъ другихъ элементовъ гражданской системы *изъ-подъ территоріальной опеки выходитъ свободная сфера договорнаго права*. Она становится самостоятельной силой, связующей разные интересы обладанія въ нѣкоторыя новыя сочетанія. Ее невольнымъ образомъ признаютъ территоріальные потентаты обязательной въ предѣлахъ своей территоріи, гдѣ бы ни завязалась договорно-обязательственная связь. Такова стихія договорнаго права, которая понемногу одолеваетъ территоріальную исключительность (мы невольно припоминаемъ мысли Савиньи, что гражданское право развивается въ большей части своего содержанія независимо отъ законодателя, и мы видимъ здѣсь, въ какой именно части своего содержанія оно наименѣе условлено авторитетомъ закона).

Но какого договорнаго права? Мы видѣли выше, въ очеркѣ правообщенія у римлянъ, что не любыя договорныя формы одинаково способны для этой цѣли. Не то же-ли говорить намъ Bartolus (см. выше, толков. В. къ с. 1 С. de Sum. Trin., подъ б)? Чужой статутъ примѣняется у насъ въ вопросѣ дѣйствія договора, кромѣ случая договора брачнаго и о приданомъ. Тутъ форма договора смѣшанная съ элементомъ семейнаго и вещнаго права. Она менѣе поворотлива. Мы это видѣли и у римлянъ, гдѣ *jus connubii* отстаютъ въ движеніи отъ *jus commercii*. Для новаго міра *jus connubii*, когда дѣло идетъ о союзѣ лицъ, о бракѣ, вращается, такъ сказать, по другой орбитѣ, чѣмъ въ Римѣ. Здѣсь долгое время это дѣло церкви. Но въ разсматриваемомъ вопросѣ рѣчь объ *имущественно-брачномъ правѣ*, и форма договора удерживаетъ характеръ локальный, партикулярный. Какіе же договоры ранѣе побѣждаютъ границы мѣстнаго права? Мы отвѣтимъ здѣсь только общимъ образомъ, ибо съ этимъ вопросомъ встрѣтимся еще въ системѣ. Отвѣтъ, однако, есть совершенно совпадающій съ явленіями исторіи права римскаго.

Формы договора чистыя, формы обязательства на деньги, на определенное количество rerum fungibilium предшествуютъ другимъ; это формы договора, которыя нужны, чтобъ сдвинуть съ мѣста вещи, дать имъ оборотный характеръ, свойства и цѣну товара. Вотъ какія договорныя формы пробиваютъ раньше другихъ границы территоріальнаго господства и даютъ нормамъ права свойства всеобщности на счетъ партикуляризовъ. Мы увидимъ позже это явленіе не тамъ только, гдѣ дѣйствовала итальянская доктрина статутовъ, но и тамъ тоже, гдѣ ее вовсе не знали, какъ у насъ въ практикѣ торговой юрисдикціи въ XVIII вѣкѣ (см. позже въ обзорѣни тѣхъ же, что здѣсь, вопросовъ, въ русскомъ правѣ).

Какой же результатъ? Доктрина статутовъ обошла всю Европу, примѣняясь къ условіямъ времени, видоизмѣняясь соотвѣтственно имъ, и слѣды ея сохранились до днесь въ дѣйствующихъ кодексахъ. Ученые и нынѣ очень далеки отъ согласія не только въ подробностяхъ, но и въ основахъ своихъ построеній. Для насъ, однако, цѣннѣе этой разногласицы и нерѣдко довольно темныхъ побужденій то личнаго, то національнаго своекорыстія, которыя слышатся въ этихъ контроверзахъ, историческій процессъ, коему слѣдуетъ развитіе права.

Общее исходное правило,—*statuta territorium non egrediuntur*—постоянно и въ тѣсной связи съ успѣхами новаго государства, терпитъ изыятія въ болѣе или менѣе обширномъ кругѣ нормъ. Въ Германіи въ XVI вѣкѣ ученіе о статутахъ въ практикѣ высшаго имперскаго суда (*Reichskammergericht*), подъ вліяніемъ успѣховъ итальянской юриспруденціи, формулируется такъ:

1) Право и притязаніе къ вещамъ опредѣляются нормами территоріи, гдѣ вещи находятся. *Statuta de rebus non extenduntur ad res extra territorium sitas*. При этомъ не различаются случаи, когда вещи составляютъ предметъ юридическаго отношенія въ отдѣльности, отъ случаевъ, гдѣ онѣ входятъ въ составъ наслѣдства. И такъ, въ вопросѣ о наслѣдствѣ рѣшить должны нормы мѣста нахождения вещей, а не мѣста пребыванія наслѣдодателя. Однако, у нѣкоторыхъ писателей этого времени *). (XVI в., Everard, Gail) проходитъ, по отношенію къ наслѣдованію, другой принципъ, именно для движимостей и капиталовъ, гдѣ они принимаютъ рѣшающую норму мѣстожителства наслѣдодателя, а не мѣста нахождения имущества, по правилу *mobilia ossibus inhaerent*.

*) Вехтеръ, стр. 275 пр. 82.

2) Для *statuta personalia*, т.-е. для нормъ, опредѣляющихъ право и дѣеспособность лица, когда вопросъ касается права распоряженія вещами, тоже первоначально дѣйствуетъ исключительный принципъ примѣненія нормъ территоріи нахождения вещей. Но скоро, однако, этотъ принципъ ограничивается недвижимостями, а въ общемъ *stat. personalia* примѣняются *extra territorium*.

3) Это же торжествующее надъ территоріальной максимой начало примѣняется и къ юридическимъ сдѣлкамъ, насколько вопросъ касается внѣшней стороны, формы ихъ совершенія. И такъ, я могу совершить въ чужой территоріи сдѣлку по законамъ мѣста совершенія, и сдѣлка, со стороны формы, будетъ имѣть силу повсюду. *Statutum disponens circa solennitates extendit se etiam extra territorium*.

И такъ, при всемъ обилии спорныхъ пунктовъ, ученіе о статутахъ, имѣвшее своимъ исходнымъ положеніемъ неспособность чужихъ нормъ найти примѣненіе въ нашихъ судахъ, уже въ теченіе XVI вѣка знало такое множество исключеній, что старое положеніе „*statutum territorium non egreditur*“ правильно было выразить въ обратномъ смыслѣ „*statutum egreditur territorium*“, допуская изъ сего рядъ исключеній, въ числѣ коихъ главное мѣсто принадлежало правоспособности обладанія недвижимостями.

Останапливаясь на этомъ главнѣйшемъ пунктѣ партикуляризма въ новыхъ системахъ гражданскаго права, мы должны замѣтить, что землевладѣніе повсюду на западѣ, долгое время, и въ эпоху образованія новыхъ государствъ, удерживало характеръ далеко не свободный отъ элемента права публичнаго, далеко не чисто-цивильный, а сильно смѣшанный съ началами привилегіи, сословности, съ элементомъ властнаго, въ той или другой мѣрѣ, отношенія къ населенію. Однако и здѣсь, въ теченіе XVIII в., исключительность примѣненія мѣстныхъ нормъ значительно смягчилась для тѣхъ слѣчаевъ, когда недвижимость входила въ составъ наслѣдуемаго имущества какъ цѣлаго. Въ этихъ случаяхъ распространилась очень далеко практика примѣненія чужихъ нормъ къ вопросу о порядкѣ преемства такихъ имуществъ въ данной территоріи *).

Такимъ образомъ, выйдя въ началѣ территоріальной эпохи права на западѣ, отъ полной исключительности въ вопросахъ примѣненія чужихъ законовъ и дѣятельности чужого суда на нашей территоріи, мы пришли, въ заключеніе, къ характерному

*) Wächter, Arch. XXV, стр. 193 и слѣд.

для развитія правообщенія результату, который западные юристы кратко формулируют такъ: *civitas alterius civitatis leges apud se valere patitur*, а для суда—*rei judicatae vim in extraneis quoque foris agnoscendam esse, nemo facile negabit*.

Въ подробностяхъ вопросъ продолжается, какъ сказано, давать пищу многочисленнымъ контроверзамъ. Классическое изслѣдованіе Савиньи по этому предмету въ VIII т. его Системы еще далеко не устранило споровъ *). Mais ce qu'il y a de certain,—говоритъ одинъ изъ очень авторитетныхъ французскихъ писателей по этому предмету, Foelix,—*c'est qu'aujourd'hui toutes les nations ont adopté en principe l'application dans leurs territoires des lois étrangères*. Натурально, никто не оспариваетъ безусловнаго права государства отвергать вовсе такія юридическія установленія другихъ государствъ, которыя чужды его духу. Но, гдѣ нѣтъ такого *исключительнаго* отношенія къ чужому закону, тамъ общая современная исходная точка суда и права европейскихъ государствъ есть *взаимное общеніе* гражданскихъ нормъ всѣхъ государствъ, и не отрицаніе, съ котораго началась европейская культура права **).

И такъ, здѣсь, на новой почвѣ, мы видимъ, въ исторіи права осуществленіе того же закона постепеннаго развитія количественнаго преобладанія нормъ общихъ на счетъ партикуляризовъ, въ связи съ обособленіемъ права частнаго отъ публичнаго, и по тѣмъ же приблизительно ступенямъ общенія въ разныхъ институтахъ, какое мы наблюдали въ исторіи права римскаго.

Не можетъ быть сомнѣнія, что элементы системы универсальной для институтовъ гражданскихъ обогатились до чрезвычайности

*) Руководящій принципъ, гражданского *правообщенія* (*Rechtsgemeinschaft*) выставленный Савиньи, формулированъ имъ въ томъ смыслѣ, что во всякомъ юридическомъ отношеніи надлежитъ найти ту *территорію* (*Rechtsgebiet*), коей оно, соотвѣтственно его особой природѣ, принадлежитъ или подчиняется, короче—въ коей оно имѣетъ свою осѣдность (*worin dasselbe seinen Sitz hat*). Въ существенныхъ чертахъ эта формула, думаетъ Савиньи, одинаково приложима къ случаямъ столкновенія разномѣстныхъ статутовъ какъ одного государства, такъ и разныхъ государствъ (VIII т., стр. 103).

**) См. Современное международное право цивилизованныхъ народовъ Ф. Мартенса, изд. 3 (1896 г.), т. II, стр. 285—377 (международное частное право), гдѣ читатель найдетъ обильныя литературныя указанія. Для старой литературы Wächter указ. статьи Архива, т. XXIV, ст. 231—234, примѣчанія. Для частнаго международного права по *Bürgergesetzb. f. d. deutsche Reich*. d-r. Caesar Barazetti *Das internat. Priv. recht im Bürg. Gstzb. 1897*. Изъ подробнаго знакомства съ современнымъ положеніемъ вопросовъ частнаго международного права (см. указан. соч. проф. Мартенса) легко придти къ убѣжденію, на какомъ далекомъ разстояніи отъ желательнаго находится *дѣйствительное правообщеніе* цивилизованныхъ государствъ и сколь многого еще предстоитъ намъ ожидать отъ будущаго въ этой скользкой области столкновенія интересовъ.

въ новое время, и что процессъ этотъ идетъ въ тѣснѣйшей связи съ выдѣленіемъ вопросовъ права частнаго изъ близкаго соприкосновенія, изъ смѣшенія съ институтами права публичнаго.

Мы не имѣемъ основанія опредѣлять это явленіе понятіемъ *права общаго* въ установленномъ нами выше формальномъ смыслѣ. Общаго источника для этихъ примиренныхъ противорѣчій нѣтъ. Нѣтъ внѣшняго авторитета, дающаго имъ санкцію. Нельзя признать формальную основу этого общенія въ правѣ обычномъ. И что же? Должны-ли мы отвергать, въ виду этого, свойство *права* въ этихъ институтахъ собственности, договора, наслѣдованія, общихъ для всѣхъ новыхъ государствъ? Не подлежитъ сомнѣнію, что въ наше время найдутся юристы, которые откажутъ юридическому институту въ признаніи потому именно, что его нѣтъ въ сводѣ мѣстныхъ постановленій, хотя бы существованіе его въ жизни не подлежало никакимъ сомнѣніямъ. Это усердіе къ формамъ не разъ проявлялось самымъ тяжелымъ для жизни образомъ въ конструкціяхъ юристовъ. Тамъ-ли, однако, создается право, гдѣ наличность его опредѣляютъ предшествующимъ изысканіемъ *формальныхъ признаковъ*? Псмѣшало-ли успѣху рецепціи римскаго права на западѣ отсутствіе всякаго оффиціального текста юстиніановской кодификаціи? Составляла-ли практика преторскаго суда примѣненіе эдикта, или, наоборотъ, самъ эдиктъ претора возникалъ и пополнялся изъ этой практики? Какъ образовалась вся система институтовъ *juris gentium* въ Римѣ?

Мы знаемъ хорошо, что *элементы правообщенія* возникаютъ не вдругъ готовыми, оконченными, со всѣми реквизитами формально-обязательной нормы. Этому предшествуетъ органическій процессъ роста ихъ; движущая сила остается скрытой, прежде чѣмъ выразится въ опредѣленной формѣ. Моментъ внѣшняго принужденія, *Zwang'a*, не есть непремѣнный для состава *юридической нормы*, конституирующій ее. Право, находящееся на степени субъективно сознаваемого, въ процессъ его образованія какъ нормы (*das Werden des Rechts*), есть все же право, и въ этомъ пониманіи природы права лежитъ безсмертная заслуга исторической школы. У насъ нѣтъ органовъ столь чуткихъ для выраженія этихъ медленныхъ процессовъ, какіе были въ Римѣ. Мы различаемъ формальный и историческій моментъ въ правѣ. Но это различіе не есть необходимое, условленное самой природой права, права частнаго въ особенности. Тамъ, гдѣ органы праворазвитія стояли ближе къ жизни, лучше регистрировали отношенія *текущаго движенія* въ ту или другую сторону, чѣмъ у насъ, этого различія не знали и не дѣ-

дали. Мы его дѣлаемъ, но намъ надлежитъ знать причину, основу этого различія, лежащую не въ правѣ, а въ особомъ строеніи нашихъ государствъ, на коемъ слѣдъ старой территоріальной розни далеко еще не изгладился. Не менѣе того тѣ *частичныя торжества въ достиженіи правообщенія*, какія мы отмѣтили выше, составляютъ столь же прочное достояніе современной европейской культуры права, какъ и успѣхи римской системы *juris gentium* надъ партикуляризмами того времени. Здѣсь также постоянно и въ связи съ обособленіемъ права частнаго отъ публичнаго идетъ процессъ количественнаго поглощенія нормъ партикулярныхъ нормами общими *).

Къ этому надлежитъ прибавить, что экономической оборотъ и юридическая практика создали въ новое время такія формы обмена, сочетанія соціальныхъ силъ, какихъ вовсе не знало право римское, и которыя до крайности трудно подчинить дѣйствию территоріальной максимы.

§ 5.

Рецепція римскаго права на Западѣ. — Универсальный характеръ явленія. — Итальянскіе университеты. — Общеніе націй. — Отношеніе итальянскихъ учителей къ римскому праву. — *Общія причины* рецепціи. — Вѣрованія. — Проповѣдь. — Вопросъ о *формальной основѣ* рецепціи. — Рецепція во *Франціи*. — Историческая школа. — *Raison écrite*. — Упадокъ. — *Германскіе университеты*. — „Национальный“ протестъ. — Встрѣчныя теченія рецепціи. — Подавляющее дѣйствіе на національные институты. — Скудость *общаго права* своего. — Предстоящая общая отмѣна формальнаго авторитета латинскихъ текстовъ.

Мы имѣемъ полное основаніе утверждать, что весь составъ понятія частнаго права, точно такъ же какъ понятія права общаго, въ законодательствахъ и юриспруденціи западныхъ государствъ выработался подъ самымъ сильнымъ вліяніемъ римскаго права. Это римское вліяніе, очень различное въ разныхъ странахъ и въ разныя эпохи, отнюдь не прекратилось и нынѣ. Во всѣхъ областяхъ юриспруденціи **), хотя не въ одинаковой мѣрѣ, вліяніе

*) Обзорѣніе успѣховъ международнаго общенія см. *Tableau général de l'organisation des travaux etc. de l'Institut de droit international 1893. Ernest Lehr.*

**) Есть писатели, которые опредѣляютъ гораздо шире предѣлы этого вліянія. Такъ, Мэнъ (*Maine, Ancient law*, русск. перев. Бѣлозерской съ англ. 4 изд., 1874 г.) говоритъ: „Нельзя не удивляться тому количеству и разнообразію наукъ, которыя заимствовали отъ римскаго права, особенно отъ римск. обязательствъ, права, способъ мышленія, методъ изслѣдованія и техническій языкъ. Изъ наукъ занимавшихъ умы новыхъ людей, едва-ли найдется одна, кромѣ физики, на которой не отразилось бы вліяніе римской юриспруденціи. Правда, науки

это оставило болѣе или менѣе глубокіе слѣды. Вопросъ о рецепціи римскаго права есть, поэтому, одинъ изъ капитальнѣйшихъ для всей исторіи культуры права въ современной Европѣ. Мы не имѣемъ здѣсь въ виду сколько-нибудь исчерпать его. Указанія на его значеніе и путь къ изученію этого явленія вы узнали частью уже изъ историческихъ чтеній по римскому праву. Намъ, однако, трудно обойти здѣсь совершенно это, опредѣляющее нынѣшнее состояніе гражданскаго права въ особенности, явленіе, и мы, по возможности сжато, остановимся на немъ въ тѣхъ пунктахъ, которые важны для правильнаго пониманія задачъ современной юриспруденціи и сравнительнаго изученія права русскаго.

Средствъ для изученія процесса рецепціи вы найдете въ настоящее время цѣлую массу въ любой западной литературѣ, въ особенности въ нѣмецкой. Книгъ, однако, которыми удобно пользоваться для перваго знакомства съ обширнымъ предметомъ, очень немного. Лучшее, что можно назвать въ этомъ смыслѣ, въ послѣднее время принадлежитъ перу голландскаго юриста Moddermann'a. Работа Моддермана, очень небольшая и крайне серьезно выполненная, заслужила самый лестный приѣмъ у нѣмцевъ, хотя сама она почти вся основана на нѣмецкихъ изслѣдованіяхъ. Schulz перевелъ ее въ 1875 г. на нѣмецкій языкъ, теперь есть и русскій переводъ, выполненный г-мъ приватъ-доцентомъ А. И. Каминкой. Для той же цѣли—общаго ознакомленія съ вопросомъ—писалъ проф. Муромцевъ въ „Юридическомъ Вѣстникѣ“ за 1885 г., а потомъ напечаталъ брошюру: „Рецепція римскаго права на Западѣ“, Москва, 1886 г. Книги Моддермана, мы думаемъ, брошюра г. Муромцева не замѣняетъ; не менѣе того, она очень полезна для обозрѣнія позднѣйшихъ (послѣ 1875 г.) явленій нѣмецкой литературы по исторіи рецепціи.

Чтобы нѣсколько оріентироваться въ обширной литературѣ предмета, надо имѣть въ виду, что вліяніе римскаго права не ограничивалось на западѣ однимъ правомъ частнымъ. Поэтому изученіе этого вопроса вы найдете не у однихъ цивилистовъ, а въ болѣе или менѣе обширномъ размѣрѣ у публицистовъ, процессуалистовъ, канонистовъ, криминалистовъ... Далѣе, по тѣсной связи

чисто метафизическія—скорѣе греческаго, чѣмъ римскаго происхожденія; но политика, нравственная философія и даже теологія не только заимствовали отъ римскаго права способъ выраженія, но и нашли въ немъ источникъ, благодаря которому ихъ наиболѣе глубокія изслѣдованія могли получить окончательное развитіе (226 стр. по перев.). Въ другомъ мѣстѣ Мэнъ находитъ однимъ изъ знаменательнѣйшихъ явленій въ исторіи мысли тотъ фактъ, что ни одинъ народъ, говорившій по гречески, не задавался серьезно разрѣшеніемъ вопроса о свободѣ воли, предопредѣленіи, и не обнаруживалъ склонности къ созданію цѣльныхъ ученій о правѣ. Наука юридическая есть дѣло римской мысли.

успѣховъ римскаго вліянія на всѣ отрасли юриспруденціи съ преподаваніемъ права въ университетахъ, исторія университетовъ на Западѣ освѣщаетъ процессъ рецепціи самымъ яркимъ свѣтомъ. Это можно сказать обо всѣхъ современныхъ западныхъ государствахъ вообще, но то же явленіе характерно и для исторіи права въ каждомъ изъ нихъ въ особенности. Что касается системы гражданского права, то вліяніе римскаго права видно здѣсь не только въ цѣломъ, но и въ отдѣльныхъ институтахъ и понятіяхъ: въ понятіи лица, вещи, въ институтѣ владѣнія, собственности, обязательства, семейнаго, наследственнаго правъ, во многихъ ученіяхъ гражданского процесса и проч.

Имѣя въ виду эту всесторонность, обширность римскаго вліянія на право новой Европы, мы натурально легко затеряемся въ обилии трудовъ, способныхъ разяснить ту или другую сторону вопроса. Разясненіе его въ цѣломъ и не составляетъ здѣсь нашей задачи. Капитальный и наиболѣе общаго характера трудъ по этому предмету составляетъ сочиненіе Савиньи „Geschichte d. römisch. Rechts im Mittelalter“, 2 изд. (1834 — 51). Мюнхенскій пандектистъ Алоизъ Бринцъ справедливо думаетъ, что на этомъ сочиненіи въ особенности основана слава Савиньи какъ ученаго. Собственно только два первые тома содержатъ въ себѣ исторію римскаго права отъ Ромула-Августула до Ирнерія; послѣдующіе — посвящены исторіи разработки его въ возникшихъ на западѣ университетахъ въ эпоху глоссаторовъ и post-глоссаторовъ. Въ первыхъ двухъ томахъ вы убѣждаетесь нагляднымъ образомъ въ той мысли, какую поддерживаютъ Савиньи въ своемъ ученіи о правѣ. Римское государство пало, а между тѣмъ право продолжало жить, примѣняться, разрабатываться на западѣ, въ земляхъ, занятыхъ варварами, какъ это мы видѣли выше, среди римскаго населенія и въ особенности въ церковномъ обществѣ. Дальнѣйшіе успѣхи разработки римскаго права въ Италіи, начиная съ XII в., не составляютъ вовсе скачка въ исторіи. Ирнерій и глоссаторы не случайно взяли за изученіе его подлинныхъ источниковъ въ юстиніановской кодификаціи.

Весь вопросъ объ успѣхахъ литературной обработки римскихъ источниковъ, выработкѣ общаго чтенія ихъ, способахъ изученія, послѣдовательныхъ измѣненіяхъ въ нихъ — составляетъ теперь обыкновенно предметъ особой дисциплины, и мы не коснемся его, предполагая общія данныя извѣстными *).

*) Въ указанномъ сочиненіи г. Муромцева есть много свѣдѣній, полезныхъ для юриста; но, къ сожалѣнію, встрѣчаются нѣкоторыя неточности въ образѣ выраженія. На стр. 41 мы читаемъ: „Исторія рецепціи въ этой странѣ (Фран-

Но зато, для изученія любой современной системы права, крайне важно знать, чѣмъ условливалось поразительное съ перваго взгляда явленіе заимствованія чужого права, какими данными его состава, какимъ состояніемъ права на той почвѣ, куда насаждалось это инородное растеніе? какой плодъ принесло бы или способно принести такое насажденіе на нашей почвѣ?

Вопросы столь же важны, сколько трудны для разрѣшенія. Очеркъ рецепціи въ этомъ смыслѣ, насколько его возможно сдѣлать коротко, въ виду успѣховъ современной его разработки, несомнѣнно дастъ намъ очень полезныя для правильнаго разумѣнія явленій русскаго права аналогіи.

Задача изученія носить характеръ универсальный. Римское право реципировалось и на западѣ и на востокѣ. Предѣлы рецепціи далеко не уяснены окончательно. Но они были крайне обширны. Труды по разработкѣ рецепціи на востокѣ освѣщаются въ послѣднее время неожиданными открытіями довольно загадочныхъ сирійскихъ текстовъ, которые составляютъ своеобразную переработку римскаго права на востокѣ *). Изученіе процесса распространенія римскаго права въ земляхъ славянскихъ, черезъ посредство византійскихъ юристовъ, дѣлаетъ замѣтные успѣхи, благодаря трудамъ новыхъ византологовъ. Но не здѣсь и не отсюда мы можемъ заимствовать поучительныя данныя для поставленныхъ нами цѣлей.

Изученіе процесса рецепціи и его результатовъ для современнаго гражданскаго права плодотворнѣе пока на судьбѣ ея въ западныхъ государствахъ. При этомъ, по ограниченности времени, мы сосредоточимъ наше вниманіе лишь на нѣкоторыхъ главнѣйшихъ чертахъ рецепціи римскаго права на западѣ вообще и во Франціи и въ Германіи въ особенности.

Извѣстно, что изученіе текстовъ юстиніановскаго права приняло на западѣ, сначала въ Италіи, именно въ Болоньи, въ XII вѣкѣ, характеръ универсальнаго явленія. Изученіе состояло въ чтеніи латинскаго текста съ краткими пояснительными грамматическими и юридическими замѣтками. Рядомъ съ цитрамонти-

ціи) начинается со временемъ завоеванія древней Галліи Юліемъ Цезаремъ“. Почему авторъ называетъ это явленіе *рецепціей*? Конечно, не одно и то же, — ни въ смыслѣ предмета, ни въ смыслѣ способа освоенія, — романизированіе Галліи и рецепція римскаго права на Западѣ: зачѣмъ же разныя вещи называть однимъ именемъ и искать для *рецепціи*, въ этомъ совершенно неопредѣленномъ смыслѣ, общаго объясненія въ *идейномъ предрасположеніи* (стр. 90) и проч.? Новѣйшія работы по исторіи рецепціи см. Regelsberger Pandekten. 96 г. § 1 примѣчаніе и Dernburg Pandekten 5 изд. § 3 пр. 2.

*) Das römisch-syrische Rechtsbuch a. d. 5 Jahrhundert., herausgeg., uebers. u. erläutert. v. Bruns u. Sachau. 1880.

нами слушатели-ультрамонтаны составляли въ Болоньи 18 націй. Сюда сходились французы, англичане, нѣмцы, поляки, венгерцы, чехи, испанцы, португальцы, фризцы и т. д. Въ связи съ развитіемъ городской жизни и нравовъ, успѣхи новой школы юристовъ распространились по всей Италіи, и мы видимъ въ XIII и XIV вв. университеты, гдѣ учатъ праву, въ Падуѣ, Пизѣ (б. м. XII в.), Виченцѣ, Верчелли, Аресто, Феррарѣ, Римѣ, Неаполѣ, Перуджіи, Павіи, Туринѣ.

Явно, что раньше всего потребность усвоенія системы права не мѣстнаго, статутарнаго, особеннаго, а общаго, почувствовалась на Западѣ тамъ, гдѣ до того сама *традиція* римскихъ ученій была наиболѣе сильной. Въ работахъ по исторіи рецепціи въ романскихъ земляхъ *) вы найдете любопытныя указанія на рано привившіяся чрезъ посредство глоссаторовъ въ практикѣ судовъ начала реципированнаго юстиніановскаго права. Какое множество условій жизни того времени содѣйствовало успѣху рецепціи, объ этомъ трудно дать понятіе въ краткихъ чертахъ. Глоссаторы далеко не были исключительно учителями. Начиная съ Ирнерія, „lucerna juris“, занимавшаго высокое положеніе въ судебной магистратурѣ, виднѣйшіе истолкователи юстиніановскихъ текстовъ играли рѣшающую роль не въ однѣхъ только контроверзахъ по частному праву, а въ равной мѣрѣ и въ политическихъ вопросахъ, волновавшихъ тогдашнее общество, въ столкновеніяхъ духовной и свѣтской власти въ особенности. Вліяніе школы и возрѣній юристовъ въ ту пору на дѣла практическаго свойства едва-ли можетъ быть сопоставлено съ какимъ-либо явленіемъ нашего времени, кромѣ развѣ вліянія прессы на общественное мнѣніе въ наши дни. Толпы юристовъ, собиравшихся въ итальянскихъ университетахъ, разносили по всей Европѣ воспріятыя ими возрѣнія учителей, не всегда согласныя съ господствовавшими до того взглядами **). *Общеніе* происходило поразительно быстро въ особенности въ виду обычая не только студентовъ, но и профессоровъ перекочевывать изъ одного университета въ другой (*peregrinatio academica*). Работа кабинетная, за книгой, не могла дать въ ту пору такого богатства познаній, какъ переѣзды изъ одного академическаго центра въ другой. Есть писатели, которые думаютъ, что *das Reisen* составляло при этомъ *die Hauptsache*, а *das Studieren* mehr *Nebensache*. Не-

*) Общія указанія см. въ указан. выше книгѣ Moddermann-Schulz'a.

**) Ср. характерный, хотя и анекдотическій рассказъ о контроверзѣ между драми Булгаромъ (Bulgarus) и Мартиномъ по вопросу, — есть ли императоръ *владельцъ* вселенной, *utrum de jure esset dominus mundi*, стр. 35 Modderman-Schulz.

сомнѣнно, что такое кочеваніе могло имѣть своего рода привлекательность для нѣкотораго круга лицъ. Нѣмецкія университетскія лѣтописи отмѣчаютъ намъ курьезный случай имматрикуляціи одного „старого студента“ въ XVI в. въ двадцати университетахъ. Тѣ или другія побужденія къ странствованіямъ могутъ оставаться загадочными, но самое явленіе и его послѣдствія для европейской культуры права несомнѣнны. Сѣмена римскаго права разсѣивались быстро, при посредствѣ итальянскихъ учителей и студентовъ, на всемъ западѣ *). Успѣхи изученія римскаго права въ латинскомъ мірѣ возбуждаютъ рано опасенія въ представителяхъ духовнаго просвѣщенія, и тотъ самый клиръ, въ которомъ долгое время удерживалась традиція римскаго права, спѣшитъ стать на пути его распространенія **). Вопросъ о томъ, что могло побуждать духовную власть къ этому противодѣйствию, принадлежитъ къ числу очень спорныхъ. Нѣмецкій писатель Шмитъ полагаетъ, что причина преслѣдованія пандектистовъ эскоммуникаціями со стороны церкви заключалась въ томъ, что право, ими преподаваемое, было языческаго происхожденія, и что представители церкви не хотѣли выражать этого своего взгляда, а прямо принимали мѣры противъ зла. Несомнѣнно, что на эту точку зрѣнія очень трудно стать, ибо сама церковь сохранила традицію этого права, а скромность притязаній, какъ справедливо замѣчаетъ Моддерманъ, не въ характерѣ латинской куріи. Вѣроятно же то объясненіе явленія, которое предлагаетъ Савиньи. *Теологіей и правомъ римскимъ*, думаетъ онъ, занимались въ ту пору со страстью, и увлеченіе занятіями правомъ не могло не отразиться невыгодно на занятіяхъ теологіей. Эта же сила аттракціи въ города Италіи цѣлыхъ массъ учащихся повела очень рано къ соперничеству съ итальянскими университетами новоучрежденныхъ университетовъ въ другихъ романскихъ странахъ,—во Франціи, въ Испаніи, въ Португаліи.

Въ какомъ отношеніи стояли итальянскіе учителя къ римскому праву? Какъ смотрѣли на жизнь современныхъ обществъ? Чѣмъ обуславливалось ихъ вліяніе? Какія внутреннія причины рецепціи чужого права?

На первый вопросъ мы отвѣчаемъ только въ самомъ общемъ смыслѣ, предполагая детальныя свѣдѣнія данными въ другихъ

*) Въ Англіи вліяніе римскихъ ученій замѣчается уже у писателей въ XII в.

**) Соборными опредѣленіями для Франціи уже въ XII в. духовнымъ возбраняется изученіе римскаго права. Въ началѣ XIII вѣка папа Гонорій III своею буллою запрещаетъ его преподаваніе въ Парижѣ.

частяхъ курса. Характеръ первоначальнаго освоенія и обработки римскихъ текстовъ былъ до такой степени зависимымъ и механическимъ, что онъ способенъ скорѣе поражать обиліемъ труда, чѣмъ качествомъ результатовъ. Это было собственно набожное заучиваніе текстовъ открытыхъ въ ту пору частей юстиніановскаго права, приведеніе ихъ въ такой порядокъ, который наиболѣе соотвѣтствовалъ этой цѣли, объясненіе темныхъ мѣстъ сопоставленіемъ параллельныхъ текстовъ, примиреніе противорѣчій. Весь ученый аппаратъ разсчитанъ былъ главнымъ образомъ на облегченіе запоминанія и приискиванья цитатъ.

Это было механическое освоеніе римскаго права, не допускавшее никакихъ сомнѣній въ истинности и достоинствѣ его положеній. Вѣнца своего это чисто рецептивное отношеніе къ текстамъ достигло въ глоссѣ Аккурзія.

Въ XIV и XV вв. обработка текстовъ получаетъ новый характеръ у догматиковъ, комментаторовъ, практиковъ. Здѣсь преобладаетъ схоластическій приѣмъ изученія, съ тѣми искусственными діалектическими приѣмами, которые суть общіе для всѣхъ областей знанія въ ту пору. Определеніе понятій, абстрактныя тезы, антитезы, дистинкціи, правила, исключенія, разьясненія, казусы, придуманные учителями этого времени, вытѣсняють подлинныя тексты источниковъ и даютъ въ результатѣ волюминозныя и утомительныя трактаты смѣняющихся толкователей, въ которыхъ цѣль по временамъ вся заключается въ томъ, чтобы вытѣснить формально-логическія комбинаціи предшественника новыми измышленіями такого же рода.

Вліяніе нѣкоторыхъ изъ этихъ догматиковъ, особенно Бартола (Bertolus) и Бальда (Baldus), было громадное во всѣхъ странахъ западной Европы. Если глоссаторы установили чтеніе источниковъ и опредѣлили объемъ рецепціи юстиніановскаго права (см. курсы римскаго права), то вліяніе догматиковъ отразилось въ особенности на отдѣльныхъ юридическихъ ученіяхъ, которыя прилежно разрабатывались въ ихъ духѣ въ послѣдствіи. Въ многочисленныхъ монографическихъ работахъ нашего времени по исторіи догмы римскаго права въ средніе вѣка видна постоянная видоизмѣняющая римскія ученія и приноровляющая ихъ къ условіямъ времени дѣятельность догматиковъ и комментаторовъ. Въ значительной части Европы распространились и были реципированы не столько подлинныя римскія ученія, сколько эта посредствуемая post-глоссаторами итальянская доктрина. Образцы ея мы увидимъ въ послѣдствіи въ разныхъ ученіяхъ гражданскаго права, въ особенности въ ученіи о юридическомъ лицѣ,

о владѣніи, собственности, договорѣ, testamentѣ, какъ видѣли выше въ ученіи о столеновеніи статутовъ.

Постараемся разъяснить тайну вліянія этихъ учителей.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что глоссаторы были совершенно чужды историческаго разумѣнія права. Выборъ ими чтеній и предметовъ для толкованія обусловливался простымъ сравненіемъ болѣе высокихъ образцовъ юриспруденціи съ менѣе высокими. Вѣрно также, что всѣ попытки новыхъ построеній въ правѣ не шли въ сравненіе съ высокой технической обработкой римскаго права въ его подлинныхъ источникахъ, особенно институціяхъ и пандектахъ. Тѣ старыя тексты римскаго права, которые замѣнялись этими новыми, были неизмѣримо выше ихъ по достоинству.

Общія юридическія воззрѣнія на право становятся ясными у догматиковъ. Какъ смотрятъ они на право римское и на новый міръ? Ихъ соображенія вовсе не сложны. *Dominium mundi*, которое въ источникахъ ихъ мудрости принадлежало Риму, остается за нимъ же и теперь. Римъ есть *caput mundi*, а старыя цезари — *sanctissimi antecessores* новыхъ императоровъ. Въ права и въ римскаго гражданства пребываютъ только греки, татары, евреи, индѣйцы и сарацины. Право во всемъ мірѣ одно. Это право римское. Нельзя по этому поводу не замѣтить, что уже въ этомъ взлѣдѣ на кругъ лицъ, составляющихъ новыхъ римскихъ гражданъ, ясно выраженъ исповѣдный характеръ рецепціи.

Въ указанномъ воззрѣніи на государственное право есть черта, далеко не соотвѣтствующая дѣйствительному состоянію римскаго и новаго права въ эту пору. Мы видѣли выше, до какой степени быть юридическій представлялся разбитымъ и какъ мало императорская власть оказывала эффективнаго вліянія на жизнь. Но это воззрѣніе въ высшей степени характерно для духа времени и образа мыслей учителей. Основу его составляетъ *вѣра людей*, и отсюда истекаетъ практическій смыслъ его для дѣйствительности. Сила вѣры не ограничивается въ эту пору одними вопросами религіи, а проникаетъ въ области знанія и отражается на юриспруденціи. Римское право и основы римскаго цезаризма, конечно, далеко не соотвѣтствовали духу тогдашней церкви; но право свѣтское, вѣра въ императорскую власть, составляло отнюдь не меньшую силу въ сознаніи людей того времени, чѣмъ вѣра въ духовную власть папы. Право каноническое, съ одной стороны, и право римское, свѣтское, съ другой, имѣли одну базу въ тогдашнемъ міровоззрѣніи, хотя

они не мирились одно съ другимъ, какъ не мирилась власть свѣтская съ властью духовной. Романисты были на сторонѣ свѣтской власти, римскихъ (позднѣйшихъ) ученій о происхожденіи права отъ императора.

Ученіе о правѣ въ школѣ романистовъ представляло собою скорѣе характеръ проповѣди и пропаганды, чѣмъ изслѣдованія и задачъ познанія. Ни количество стекавшихся отовсюду слушателей, ни отношеніе ихъ къ ученію не могутъ быть объяснены безъ этой основы нравственнаго возбужденія тогдашняго общества. Задача изслѣдованія должна бы привязывать слушателей къ подлинникамъ, побудить ихъ изучать внутреннюю сторону ихъ строенія. Но эта задача наступитъ лишь современемъ. И это будетъ эпоха возрожденія знаній. Въ средніе вѣка учителя, наоборотъ, уходятъ отъ текста, и ученики внимаютъ лишь проповѣди учителя. Рафаэль Фульгюзій, post-glossator конца XIV и начала XV в., профессоръ въ Павіи, говоритъ намъ: *Sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorant glossatores pro evangelistis... Volo pro me potius. продолжаетъ онъ, glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariae partis et etiam iudex: credis tu, quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu.* Это вѣра—безпрекословная и безъ всякой критики слову учителя и надежда, что этимъ путемъ только право способно стать единымъ и общимъ для всего міра вѣрныхъ... Одинъ изъ позднѣйшихъ глоссаторовъ прямо выражаетъ эту реальную цѣль стремленій—*unius urbis imperio totum orbem subici, unius urbis legibus totum orbem informari.*

Въ вѣрности этимъ ученіямъ проповѣдники римскаго права видятъ своего рода путь къ спасенію, также какъ въ отклоненіи отъ него—гибель. Немного позже, когда Германія переживала тотъ же лихорадочный процессъ рецепціи, вотъ какъ угрожалъ романистъ-учитель непослушнымъ этому слову истины: если не послушаете этого слова, къ вамъ опять вернется та животная дикость (*vihisch wildheit*), въ коей вы жили прежде, когда всякій сильный угнеталъ слабого и одинокіе люди питались жедудями въ лѣсахъ (*die Menschen ainsam in den Wäldern mit Aichel speysten*).

Юристы нерѣдко задаютъ себѣ вопросъ, на чемъ формально держался и держится до сихъ поръ авторитетъ римской догмы въ областяхъ, гдѣ она обязательно примѣняется въ судахъ? Иначе выраженный этотъ вопросъ будетъ такой: кто приказалъ примѣнять латинскіе тексты въ новомъ мірѣ? Отвѣтъ юристовъ

очень различный. По мнѣнію однихъ, римское право реципировано силой обычая. Затрудненіе признать эту формальную основу заключается въ томъ, что обычай тутъ развивается совсѣмъ не изъ тѣхъ силъ, какія нормально содѣйствуютъ его образованію. Римскія ученія приходятъ извнѣ, путемъ книжнымъ, путемъ изученія, школьнаго усвоенія, не имѣющаго ничего специфически-юридическаго. Другіе объясняютъ формальный авторитетъ римскаго права, прямо со словъ Булгара, дѣющейся на западѣ, въ лицѣ императоровъ, властью римскихъ цезарей. Формализмъ мышленія юристовъ не можетъ идти дальше этихъ предѣловъ несообразности *). Начать съ того, что нѣтъ ничего ненадежнаго объясненія явленій историческихъ сужденіями тѣхъ людей, которые сами находятся въ сферѣ ихъ дѣйствія. Отношеніе причины и слѣдствія всегда виднѣе наблюдающему такое явленіе со стороны, чѣмъ въ средѣ его развитія. Бартолъ и его современники могли раздѣлять это воззрѣніе на дѣящуюся законодательный авторитетъ римскаго императора въ XIV и XV в. новой эры. Эта вѣра составляетъ существенный для исторіи рецепціи факторъ. Но развѣ рецепція ограничивалась государствами, гдѣ этотъ авторитетъ имѣлъ силу? развѣ она происходитъ только до того времени, пока длится этотъ авторитетъ? Мы увидимъ сейчасъ, что рецепція происходила внѣ этихъ предѣловъ мѣста и времени. Глоссаторы и Bartolus во-главѣ ихъ искали и находили только формальное основаніе для рецепціи. Искать намъ въ ихъ книгахъ отвѣта на вопросы историческаго свойства—значить требовать отъ нихъ то, чего они вовсе не думали дать. Одинъ изъ заслуженнѣйшихъ, современныхъ пандектистовъ, Алоизъ Бринцъ говоритъ по поводу этого объясненія рецепціи, что *признаніе дѣющейся власти цезарей есть уже само по себѣ рецепція*, рецепція римской идеи единого государства съ единымъ главой; и она сама требуетъ объясненія, а вовсе не способна послужить средствомъ для объясненія рецепціи римскаго права.

Но правильно-ли ставится вопросъ, когда юристы спрашиваютъ—на чемъ держится авторитетъ римскаго права въ новое время? Можно-ли спросить, на чемъ держался авторитетъ системы *juris gentium* въ Римѣ? Что такое римское право въ новой Европѣ, что такое система *juris gentium* въ исторіи Рима? Рецепція римскаго права на западѣ есть эпоха въ исторіи новаго

*) Здѣсь именно умѣстно вспомнить Thering'овскій укоръ юристу, неспособному объяснить себѣ ничего безъ формальныхъ критеріевъ, предѣлъ высоты его взглядовъ, и роковое *ne sutor ultra crepidam...*

права, также какъ система *juris gentium* есть эпоха въ исторіи права римскаго. Это, и тутъ и тамъ, *эпоха общенія народовъ, смѣняющая эпоху партикуляризма*, особенности національной жизни. Возможно-ли спрашивать, по какому праву? по чьему велѣнію? Есть-ли это вопросъ по существу юридическій? Если нѣтъ, то какъ же долженъ быть формулированъ юридическій вопросъ, касающійся рецепціи? Вотъ наше мнѣніе.

Въ основѣ образованія системы *juris gentium*, такъ же какъ и рецепціи римскаго права, лежалъ историческій процессъ общенія народовъ, смѣняющій собою національную исключительность взаимностью народовъ. Его мы видимъ въ Римѣ, его же мы наблюдаемъ въ новомъ мірѣ. Совершенно такъ, какъ тамъ этотъ процессъ выразился не въ единомъ законодательномъ актѣ, а въ постепенномъ образованіи преторскаго эдикта путемъ юрисдикціи сановниковъ и разработки новаго права юристами, также и здѣсь мы не видимъ формальнаго авторитета, на которомъ внезапно и повсемѣстно можно было бы основать обязательность новой системы, смѣняющей старую. Тамъ, въ Римѣ, старый единый національный источникъ—законъ съ его интерпретаціей мѣстными авторитетами, знатоками не одного права, а всякаго рода вопросовъ домоводства,—смѣнился юристами другого склада мыслей, дѣйствовавшими въ болѣе высокихъ сферахъ развитія права, въ судѣ претора, по соображеніямъ болѣе глубокимъ, чѣмъ старые *cantatores formularum*. Тутъ, въ новое время, мы видимъ то же измѣненіе требованій отъ юриспруденціи. Время національных юристовъ, шöffеновъ, прошло безвозвратно. Нужны были иные суды. Нельзя было болѣе *Recht finden secundum suos quinque sensus*. Требовалось больше мысли, больше знанія. Гдѣ было взять его въ новое время? Великая разница въ условіяхъ римской и ново-европейской исторіи въ томъ только, что тамъ та же рѣчь, тѣже установленія, общія, содѣйствовали развитію какъ старой, такъ и новой системы чужаго права.

Что видимъ мы въ новой Европѣ? Здѣсь новые народы, не связанные сперва ничѣмъ, кромѣ племенныхъ узъ, вступаютъ въ общеніе въ области вѣры и церкви, въ этой сферѣ осваиваются съ чужой рѣчью, и съ этой латинской рѣчью въ церкви и школахъ, въ извѣстную пору, начинаютъ освоеніе права.

Явленіе было сто кратъ толкуемо на всѣ лады. Ihering на этомъ явленіи главнымъ образомъ строилъ свои возраженія противъ *органическаго* ученія о правѣ, противъ *Naturwüchsigkeit*, растительныхъ процессовъ въ его развитіи. Вѣрно-ли это (допуская натурально, вообще, метафоры въ рѣчи)? Мы думаемъ,—

нѣтъ. Процессъ освоенія однимъ растительнымъ организмомъ другого, привитаго, представляетъ собою, по нашему мнѣнію, не только въ природѣ, но и въ правѣ менѣе чудеснаго, чѣмъ пріемъ объясненія исторіи права механическими Zwang'ами всякаго рода, которые у Ihering'a замѣняютъ эти органическіе процессы.

Не законами, не приказами, не принужденіемъ объясняются явленія исторіи права; факторы тутъ вовсе не формально-юридическіе. Тутъ дѣйствуютъ *скрытые факторы* успѣховъ сознанія, воли, расширенія круга интересовъ личныхъ и соціальныхъ въ извѣстную историческую эпоху. Все это производитъ измѣненіе формъ общенія, ставитъ иначе задачи суда и дѣлаетъ совершенно понятнымъ въ новой Европѣ рецепцію чужой системы общаго права взамѣнъ своей, исключительной, партикулярной, статутарной...

Вотъ наше объясненіе явленія въ цѣломъ. Чтобы понять необходимость рецепціи, надо знать не только состояніе самого реципированнаго права, но принять еще во вниманіе почву, на коей происходитъ рецепція. Она происходитъ тамъ, гдѣ является *потребность обособленія права частнаго отъ публичнаго и идѣ вмѣстѣ съ тѣмъ элементъ права общаго торжествуетъ надъ партикуляризмами*. Чужое право, эта готовая римская матерія, отвѣчало и той и другой потребности, т.-е. и обособленію частнаго отъ публичнаго и преобладанію элементовъ общихъ надъ особенными, въ той именно мѣрѣ, какая требовалась для новой эпохи европейской культуры права.

Это объясненіе *общихъ причинъ* рецепціи. Несомнѣнно, еще поучительнѣе было бы изученіе этого явленія въ частной исторіи отдѣльныхъ европейскихъ территорій. Нѣтъ подробности вопроса, которая не была бы занимательна и въ высшей степени инструктивна не только для исторіи европейскаго права; но, аналогически, и для нашего права. Только краткость времени побуждаетъ меня остановиться на сравнительно небольшомъ кругѣ явленій частнаго характера.

Выше было видно, насколько различалась *судьба Франціи и Германіи* уже въ теченіе среднихъ вѣковъ по отношенію къ элементамъ, изъ коихъ созидалось право той и другой страны.

Во Франціи есть цѣлая большая территорія писаннаго права, гдѣ рецепція юстиніановскихъ источниковъ составляла собственно только смѣну худшихъ ресурсовъ познанія римскаго права лучшими. Университетскія штудіи юстиніановскихъ источниковъ начинаются на югѣ Франціи крайне рано. Въ XIII и XIV вв. мы видимъ университеты въ Montpellier, Orléans, Toulouse, Vienne,

Lyon, Avignon, Grenoble, Valence. Тамошнія высшія школы были тоже не только школами въ нашемъ смыслѣ, и мы видимъ уже въ XIII вѣкѣ, что къ авторитету университетскихъ корпорацій обращаются по вопросамъ политическимъ, которые и разъясняются ими на основаніи римскаго и каноническаго права. Любопытно вмѣстѣ съ тѣмъ, что во Франціи очень рано авторитетъ римскаго права перестаетъ быть подавляющимъ для права мѣстнаго, какъ увидимъ позже въ Германіи, что въ то же время къ традиціи итальянскихъ школъ французы относятся самостоятельнѣе, независимѣе, чѣмъ въ другихъ областяхъ примѣненія реципированнаго права. Людовикъ Святой (le roi justicier), имѣвшій легистовъ въ своемъ совѣтѣ, признаетъ силу римскаго права для Лангедока, но прибавляетъ, въ *ordonnance*'ѣ 1254 г., что оно не есть обязательный авторитетъ (*non quod eorum nos obligat auctoritas, seu adstringat*), а имѣетъ силу обычая мѣстнаго, стало быть ту же, что и право кутюмное. То же находимъ и въ XIV в. въ *ordonnance*'ѣ Филиппа Красиваго (le roi niveleur), подтверждающемъ папское запрещеніе преподавать римское право въ парижскомъ университетѣ. Вмѣстѣ съ подъемомъ французскаго національнаго сознанія долженъ былъ опредѣлиться иной методъ изученія римскихъ источниковъ, чѣмъ въ Италіи, и долженъ былъ возникнуть въ кругахъ юристовъ вопросъ объ общемъ значеніи этого источника для практической юстиціи во Франціи.

Иной методъ изученія источниковъ выразился въ болѣе свободномъ отъ буквы закона взглядѣ на источники, въ устраненіи авторитета итальянскихъ толкователей и въ замѣнѣ схоластическаго догматизма историческими комментаріями къ текстамъ. Это не значитъ, что во Франціи не знали итальянской школы. Напротивъ, римское право читалось и въ XVI вѣкѣ *magistraliter*, *more italico*, итальянскія работы печатались въ изобиліи; но рядомъ съ этимъ шло, развивалось и преуспѣвало новое воззрѣніе на задачу романистовъ, и за этимъ обновленіемъ задачъ изученія было будущее французской юриспруденціи. Именитѣйшіе французскіе романисты XVI вѣка были не только знатоками текстовъ, это были люди съ обширной филологической и исторической эрудиціей.

Знаменитый французскій сатирикъ Рабеле, уже въ 1-ой половинѣ XVI в., восторгаясь подлинными источниками римскаго права, не находитъ имени, чтобъ унизить значеніе ихъ итальянскихъ истолкователей *). Устраненіе господствовавшего догма-

*) Въ знаменитой сатирѣ этого *curé de Meudon* „Faits et gestes de Gargantua et de son fils Pantagruel“ читаемъ: *et disoit aulcunes foyes que les livres*

тизма имѣло необъятныя послѣдствія для дальнѣйшей судьбы французскаго права. Интересъ и возможность изученія живаго французскаго права возбужденъ былъ въ лучшихъ умахъ лишь тогда, когда и въ источникахъ римскихъ стали видѣть не законченную и непререкаемую догму, а тѣ же жизненные процессы, которыми опредѣляется образованіе права на любой почвѣ.

Что касается общаго вопроса объ обязательности примѣненія римскаго права во Франціи, то мы имѣемъ любопытную контроверзу между двумя преемственными президентами парижскаго парламента: Pierre Lizet и Christophe de Thou, о которой намъ сообщаетъ Guy-Coquille, въ его Coutume de Nivernais. Maître Pierre Lizet, первый президентъ парижскаго парламента въ 1-й половинѣ XVI в., полагалъ, что римское гражданское право есть наше (французское) общее право (*notre droit commun*), и прилагивалъ къ нему, насколько могъ, *notre droit Français*, а право французское, гдѣ оно несогласно съ римскимъ, считалъ нужнымъ толковать рестриктивно и примѣнять въ тѣсныхъ предѣлахъ. Наоборотъ, maître de Thou estimait les coutumes et le droit Français être notre droit commun, а римское право называлъ *la raison écrite*.

Эта характерная контроверза свидѣтельствуетъ о наступившемъ въ высшихъ сферахъ юриспруденціи критическомъ отношеніи къ праву заимствованному, несмотря на всѣ его преимущества передъ мѣстнымъ.

Контроверзы названныхъ президентовъ продолжаютъ долго послѣ раздѣлять виднѣйшихъ французскихъ юристовъ на два лагеря, и это различіе взглядовъ было крайне плодотворно для дальнѣйшаго свободнаго освоенія римскаго права и примиренія съ нимъ мѣстныхъ кутюмовъ. Авторитета научнаго за римскимъ источникомъ не отвергалъ никто, и право римское удерживало до созданія кодекса силу какъ *raison écrite*. Авторитетъ позитивный оспаривался, а въ отдѣльныхъ ученіяхъ прямо отмѣнялся не только юристами, но и законодателями. Такъ эдиктомъ 1606 г. отмѣнено было примѣненіе SC. Vellejanum; Людовикъ XIV отмѣнилъ *lex Julia de fundo dotali* для территорій,

des loi luy sembloient une belle robbe d'or triumpante et précieuse à merveilles qui feust brodée de m....., car, disoit-il, au monde n'y ha livres tant beaulx, tant aornez, tant elegans comme sont les textes des Pandectes; mais la brodure d'iceulx, c'est assavoir la glosse de Accurse, est tant salle, tant infame et punaise, que ce n'est qu'ordure et villennie. Куяцій не высоко цѣнитъ этихъ толкователей, которые in re futili оказываются multi, in difficili muti... (см. эти и многія другія живыя характеристики у Alph. Rivier, Introduction histor. au droit romain... Appendice, histoire littéraire et biographique).

гдѣ онѣ имѣли силу обязательную. Внутри римской системы опредѣлились такіа начала, которыя оказали наибольшую способность къ рецепціи, и въ числѣ ихъ начала римскаго обязательнаго права занимаютъ виднѣйшее мѣсто.

Въ XVIII в. романистскія штудіи падаютъ во Франціи *), и лучший изъ знатоковъ римскаго права этого времени, Pothier, остается позднѣйшимъ изъ романистовъ, котораго сочиненія служатъ прямо источниками при составленіи Code'a въ тѣхъ его частяхъ, гдѣ онѣ опирается на римскую традицію, именно въ нѣкоторыхъ ученіяхъ вещнаго права и, главное, въ ученіи объ обязательствахъ изъ договора.

Мы обратимся къ обзорѣнїю тѣхъ же явленій рецепціи чужаго права въ странѣ, имѣющей больше точекъ соприкосновенія съ нами, чѣмъ Франція, не связанной съ Римомъ непосредственными традиціями въ исторіи права, къ Германіи.

Въ ту пору, когда совершалась рецепція, нельзя, какъ отчасти и позже, полагать непреходимой границы въ исторіи умственнаго движенія на западѣ. Рѣчь ученаго тогдашняго міра не была національною, а латинскою. Академическія аудиторіи состояли, какъ мы видѣли выше, далеко не изъ своихъ только слушателей. Peregrinatio academica, нынѣ сравнительно рѣдкая, обнимала тогда не только кругъ слушающихъ, но и классъ преподающихъ. Каѳедры французскаго университета заняты далеко не одними французами. Въ свою очередь, французы вовсе не стѣснены никакими обязательствами, ограничивающими ихъ дѣятельность одною Франціей. Примѣровъ масса **). Куяцій учитъ не во французскихъ университетахъ только, а также въ Туринѣ. Донель (Donellus, Hugues Doneau) занимаетъ каѳедры во Франціи, потомъ (послѣ Варѳоломеевской рѣзни) въ Гейдельбергѣ, Лейденѣ, Альтдорфѣ. Не менѣе того, вмѣстѣ съ временемъ, процессъ рецепціи, во всей своей совокупности, очень различается въ разныхъ европейскихъ территоріяхъ, и изученіе его въ отдѣльныхъ областяхъ представляетъ своеобразный интересъ. Въ то время, когда идея императорской власти была живою въ Германіи, рецепція чужаго права далеко не составляла явленія виднаго въ нѣмецкой исторіи

*) „Que servirait-il le dissimuler“? восклицаетъ président Bouhier въ 1746 г., „Cette belle science, dans laquelle notre nation a autrefois excellé à tel point, que les étrangers avouaint eux-mêmes que si elle pouvait se perdre parmi eux, on la retrouverait en France, cette science est aujourd'hui presque reléguée dans les écoles, où même on se contente d'en prendre une teinture si légère, qu'à peine en reste-t-il quelques traces dans l'esprit de ceux qui en ont appris les premiers éléments“.

**) См. указанный выше Introduction... Rivier, Appendice, histoire littéraire et biographique.

права. Есть писатели, которые начинают исторію рецепціи съ Карла Великаго. Это, конечно, всего менѣе касается права частнаго. Характерно именно то, что пока идея императорской власти въ силѣ, процессъ рецепціи чужаго права слабъ, и наоборотъ, онъ становится чрезвычайно сильнымъ и рѣшительнымъ въ такую пору, когда отдѣльные политическіе центры усиливаются на счетъ общаго центра. Какимъ образомъ въ этихъ условіяхъ могли развиваться успѣхи общаго права, именуемаго *lex imperialis*, когда сама власть, *imperium*, не расширяла, а утрачивала почву? Объяснить себѣ успѣхи новой юриспруденціи внѣшними, формальными факторами праворазвитія нѣтъ возможности. Романизирующіе юристы преуспѣвали независимо отъ формальнаго авторитета ихъ мнѣній. Нѣмецкій императоръ въ эту пору всего менѣе походилъ на императора римскаго, и императорская власть была скорѣе враждебною всякой подлинно-римской идеѣ силой, чѣмъ ея выраженіемъ. Но, во-первыхъ, въ самомъ римскомъ правѣ заключались условія его успѣха на новой почвѣ и, съ другой стороны, эта почва становилась все болѣе и болѣе восприимчивою къ рецепціи настоящихъ началъ, обособленнаго отъ публичнаго права, права частнаго, какимъ оно было въ Римѣ, способнаго, вмѣстѣ съ тѣмъ, стать общимъ для разныхъ территорій. И такъ, рецепція римскаго права дѣлала успѣхи въ Германіи не въ силу содѣйствія императорской власти, а несмотря на упадокъ ея значенія, и именно въ эпоху этого упадка, подъ вліяніемъ внутреннихъ причинъ, лежащихъ въ свойствахъ римской системы и въ условіяхъ почвы, гдѣ она примѣнялась.

Самый ходъ этого любопытнаго явленія разрабатывается нынѣ нѣмецкими историками и юристами съ чрезвычайнымъ вниманіемъ со всѣхъ сторонъ. Для исторіи рецепціи у нѣмцевъ характерна полнѣйшая зависимость ея въ Германіи отъ итальянскихъ учителей и въ смыслѣ объема рецепціи (реципировано только то, что глоссировано, см. Курсы римскаго права) и въ смыслѣ ея интензивности. И въ томъ и въ другомъ отношеніи рецепція въ Германіи носитъ черты болѣе рѣзкія, чѣмъ во Франціи. Германія, какъ цѣльный національный организмъ, не существовала еще въ XV и XVI вв. подобно Франціи. Национальное право не могло реагировать вторженію чужаго общаго права въ это время такъ, какъ оно реагировало во Франціи, ибо римское право не встрѣчало здѣсь настолько разработанныхъ и развившихся элементовъ своего общаго права, какъ это было по ту сторону Рейна. Свое право было статутарное, и юристы общаго

права смотрѣли на него отрицательно. *Statuta stricte sunt intelligenda contra jus commune*. Одинъ изъ собирателей мѣстнаго роштокскаго права, изложивъ впереди статутарныя положенія, переходитъ къ римскому праву такъ: „Hier hört das rostocker Stadtrecht auf und beginnt die gesunde menschliche Vernunft“ (здѣсь оканчивается роштокское городское право и начинается здравый человѣческій разумъ). Національное право было, въ этомъ зародышномъ состоянїи, подавлено и не могло развиваться такъ свободно, какъ оно развивалось во Франціи, гдѣ вліяніе чужого не было ни столь внезапнымъ, ни столь исключительнымъ, въ виду сравнительной зрѣлости началъ своего общаго права. Здѣсь протестъ противъ чужого права долгое время держался на степени простого народнаго чутья, враждебнаго рецепціи, простого ропота, неспособнаго устранить ея необходимости, такъ какъ этимъ простымъ чутьемъ или однимъ отрицаніемъ чужого нельзя было удовлетворить возраставшей потребности нормъ общихъ, коихъ не создала сама нація.

Чѣмъ выше поднимался авторитетъ итальянскихъ университетовъ, тѣмъ понятнѣе желаніе передовыхъ людей Германіи освободиться отъ его подавляющей силы и устроить у себя научныя учрежденія такого же рода; и это былъ несомнѣнно первый серьезный шагъ къ эманципаціи нѣмецкой мысли отъ иноземнаго вліянія, хотя нужны были вѣка, прежде чѣмъ успѣхъ школы обезпечилъ націи не только самостоятельность, но и доминирующее положеніе въ дѣлѣ науки права. Исторія нѣмецкихъ университетовъ есть исторія этого процесса—сперва усвоенія чужихъ ученій, потомъ самостоятельной разработки задачъ національной жизни въ правѣ.

Въ половинѣ XIV в. Карлъ IV учреждаетъ университетъ въ Прагѣ (1348 г.), по образцу парижскаго, гдѣ учился самъ Карлъ IV. Затѣмъ возникаютъ университеты въ Вѣнѣ (1365 г.), Гейдельбергѣ (1386 г.), Кельнѣ, Эрфуртѣ, Вюрцбургѣ, Лейпцигѣ, Роштокѣ, Трирѣ, Грейфсвальдѣ, Фрейбургѣ, Базелѣ, Ингольштадтѣ, Тюбингенѣ, Майнцѣ, Виртембергѣ (1506 г.), такъ что къ началу XVI в. Германія имѣла шестнадцать такихъ высшихъ школъ.

Въ старѣйшихъ нѣмецкихъ университетахъ преобладали сперва канонисты, а праву римскому нѣмцы и въ XVI вѣкѣ все идутъ учиться въ Италію. Экклезіасты смотрѣли неблагопріятно на успѣхи свѣтскихъ ученій о правѣ. Не безъ ихъ вліянія рано раздаются протесты толпы противъ юридической науки. Лѣтописи свидѣтельствуютъ объ этихъ грубыхъ формахъ протеста со

стороны темныхъ людей, мысли коихъ не могли стать выше интересовъ локальнаго характера. Докторовъ права гонять изъ Констанца и провожаютъ криками: *wir fragen nicht nach dem Bartele oder Baldele (Bartolus и Baldus), wir haben sondeirbare landgebräuche. Naus mit euch.* (мы не спрашиваемъ, что выходитъ по вашему Бартолю и Бальду, у насъ свои земскіе обычаи. Прочь отсюда). Мы не видимъ въ такихъ явленіяхъ въ самомъ дѣлѣ національнаго протеста, который нерѣдко склонны имъ приписывать историки. Это, быть можетъ, недурно разсчитанныя на впечатлѣніе попытки вождей каноническаго лагеря, но безплодныя въ смыслѣ противодѣйствія вторженію чужого права. Канонисты составляли сторону въ борьбѣ со свѣтской мудростью пандектистовъ, но они не создали ничего пригоднаго для дѣйствительнаго торжества надъ нею. Эта борьба римскаго права противъ каноническаго есть борьба свѣтской власти съ духовною. Успѣхъ этой борьбы противъ римской куріи тѣмъ значительнѣе, чѣмъ больше преуспѣваетъ свободное изученіе древности, въ эпоху возрожденія наукъ, надъ вѣрой въ авторитетъ толкователей латинскихъ текстовъ. Вліявшій въ этомъ смыслѣ на изученіе права въ Германіи итальянскій романистъ Альціатъ (Alciatus) былъ однимъ изъ виднѣйшихъ людей, способствовавшихъ очищенію юриспруденціи отъ варварскихъ наслоеній. Въ числѣ нѣмецкихъ гуманистовъ, работавшихъ въ этомъ же направленіи, слѣдуетъ назвать Эразма Роттердамскаго и Ульриха Цазіуса (Zasius). Однако, успѣхи возрожденной мысли были здѣсь далеко не столь всеобщими и не столь быстрыми, какъ во Франціи. Въ практикѣ еще очень долго, вплоть до нашихъ дней, удерживалось господство схоластики, отрицательное отношеніе къ національному праву и набожное поклоненіе юстиніановскимъ текстамъ.

Чтобъ объяснить себѣ, какъ преуспѣвала рецепція въ Германіи, нѣмецкіе ученые нашего времени прилежно изслѣдуютъ разныя стороны этого движенія. Движеніе идетъ, во-1-хъ, сверху, отъ высшихъ органовъ юстиціи; во-2-хъ, на встрѣчу ему и въ томъ же направленіи освоенія итальянской традиціи римскаго права, идетъ движеніе снизу.

Движеніе сверху изслѣдовано въ особенности заслуженнымъ профессоромъ Stobbe въ его *Geschichte der deutschen Rechtsquellen* (2. т. 60—64. г.). Движеніе сверху имѣетъ свои фазисы. Въ XV в. мы видимъ, что сословія, города, частныя лица обращаются постоянно къ ученымъ юристамъ за совѣтомъ и рѣшеніемъ спорныхъ вопросовъ права, какъ прежде обращались къ

Schöffenn'амъ, пользовавшимся извѣстностью такъ-называемыхъ Schöffenstein'ей. Эти ученые люди были знатоками римскаго права, учившимися сначала обыкновенно въ Италіи. Степень доктора давала притязаніе на званіе благороднаго. Сперва въ качествѣ совѣтниковъ и третейскихъ судей, эти лица, въ послѣдствіи, дѣйствуютъ въ судахъ оффиціальныхъ, преимущественно въ высшихъ судебныхъ установленіяхъ. Введеніе въ Германіи высшаго имперскаго судилища (Reichskammergericht—1495 г.) въ особенности способствовало успѣху этого движенія рецепціи сверху. *Высшій судъ вершитъ дѣла по писанному праву.* Низшія инстанціи вынуждены т. обр. сообразовать свои взгляды съ нормами, коими руководствуется высшая инстанція. Такимъ путемъ потребность знанія римскаго права проходитъ сверху внизъ. Учившіеся юристы подчиняютъ себѣ, а потомъ вытѣсняютъ не-свѣдущихъ простымъ преимуществомъ познаній. Знатоки текстовъ, легисты, *legulejus ille paribus omnes tanquam bubulos trahit.* Цѣлый рядъ нѣмецкихъ ученыхъ нашего времени (въ особенности Sohm, Stölzel) разрабатываютъ эту сторону успѣховъ рецепціи, путемъ измѣненія судоустройства и замѣны стараго состава судебного персонала новымъ. Мы присутствуемъ здѣсь при такой переработкѣ права, которая по способу, коимъ совершается, имѣетъ несомнѣнно общія черты съ преобразованиемъ въ юрисдикціи римскаго претора до тѣхъ поръ дѣйствовавшихъ нормъ для новыхъ условій жизни *). Это та пора европейской жизни, когда старыя вѣрованія стали уступать новому движенію мысли, когда надламывались основы феодализма и связанныя съ землевладѣніемъ формы зависимости цѣлыхъ населеній отъ территоріальныхъ господъ, когда расширяется торговое движеніе далеко за предѣлы старыхъ таможенныхъ линій, когда въ городахъ происходитъ сближеніе разныхъ исторически сложившихся классовъ общества, и это стремленіе къ уравниенію ищетъ себѣ отвѣта въ правѣ и находитъ его въ нивеллирующей римской идеѣ общаго гражданскаго права.

Для исторіи рецепціи очень важную фазу составляетъ университетская преподавательская и юридическая литературная дѣятельность этого времени. Въ этой фазѣ развитія нѣмецкой умственной жизни лежитъ разгадка не только процесса свободного освоенія Германіей чужого права, но и выработки національных нѣмецкихъ юридическихъ институтовъ. По исторіи уни-

*) Нѣкоторыя аналогіи этихъ явленій хорошо проводитъ Августъ Шульце (см. Юр. Библ., № 27).

верситетовъ и науки права въ особенности мы имѣемъ нынѣ, независимо отъ трудовъ общаго характера (Raumer, Geschichte der Pädagogik, т. VI, die Universitäten), массу частныхъ историческихъ сочиненій и сборниковъ, изъ коихъ, для исторіи науки права, капитальное значеніе имѣютъ работы Stinzing'a и Muther'a, особенно перваго—Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft (2 т.; 2-й т. изд. Landsberg'омъ по смерти автора, въ 1884 г.). Чужіе ученые и чужіе университеты не могли дать всего, что нужно странѣ для возрожденія ея юридическаго быта въ новыхъ условіяхъ *). Отношеніе такихъ чужихъ руководителей къ студентамъ было нерѣдко по-истинѣ циничнымъ: мы беремъ гонораръ съ нашихъ слушателей,—говоритъ профессоръ,—даемъ имъ докторскіе дипломы и отпускаемъ ослонъ на ихъ родину (accipimus pecuniam et mittimus asinum in patriam). Значеніе родныхъ университетовъ возвышалось еще обычаемъ обращенія сторонъ и суда къ факультету юристовъ для постановки рѣшеній, особенно въ трудныхъ случаяхъ (такъ-назыв. Actenversendung, transmissio actorum).

И такъ, надо было умножать свои высшія школы, поднимать ихъ значеніе и терпѣливо ждать плодовъ.

Но и коллективнаго дѣйствія этихъ факторовъ не было бы достаточно, чтобы сдѣлать понятною силу чужого права въ Германіи, обнявшую всѣ стороны ея юридическаго быта. Одновременно съ дѣятельностью высшихъ судовъ, университетовъ, литературы, въ этомъ же направленіи, шла менѣе видная, но глубоко проникающая въ жизнь *дѣятельность полу-ученой юриспруденціи*, секретарей, мелкихъ дѣльцовъ, домашнихъ совѣтниковъ (нотаріусы, ходатаи по дѣламъ, низшее духовенство), сферу дѣятельности которыхъ составляла преимущественно каутеларная юриспруденція. Этотъ классъ лицъ работалъ въ болѣе узкой сферѣ, преимущественно въ *низшихъ кругахъ общества*, опутывая нерѣдко каверзами всякаго рода самыя простыя отношенія этихъ круговъ. Путаница понятій, неизвѣстность права въ этихъ условіяхъ, двойственность праворазвитія, своего, очень дробнаго и дурно-разработаннаго, національнаго, и общаго, супранациональнаго, открывала широкое поприще предприимчивости кляузниковъ и ябедниковъ. Stinzingъ съ величайшимъ терпѣніемъ изучилъ эту сторону дѣла въ исторіи нѣмецкаго права. Тутъ выросла своего рода литература, тоже испытывавшая на себѣ вліяніе

*) Теперь видное мѣсто въ обработкѣ исторіи нѣмецк. университетовъ занялъ Kaufmann, Geschichte d. deutsch. Universitäten (1888 г.).

итальянского кляузного мастерства. Этот очень известный труд Stinzing'a есть его *Geschichte der populären Literatur des römischkanonischen Rechts in Deutschland am Ende des XV u. im Anfange des XVI Jahrhundert.*, 1867 г. Въ процессъ этого движенья рецепціи снизу слѣдуетъ искать объясненія известной нѣмецкой поговорки „Juristen sind böse Christen“, о происхожденіи которой писалъ тотъ же Stinzing.

Такъ шло со всѣхъ сторонъ любопытное въ культурно-историческомъ смыслѣ движеніе освоенія чужого права, далеко не всегда приносившее добрые плоды для національной жизни.

Оно надолго сдѣлало почти безплодной разработку своего общаго права, которое все оставалось на степени мѣстнаго непризнаннаго, скудѣющаго, статутарнаго, стѣсняемаго въ примѣненіи юристами общаго права. *Statuta sunt sterilia tanquam mulae, quae non pariunt* — вотъ ихъ взглядъ на національное право. Жить по этому *jus barbarum, asininum*, по этимъ безсмысленнымъ законамъ (*leges sine ratione*), по этому праву, созданному безсмысленными людьми (*jus per homines ratione carentes conditum*), невозможно. Возможно жить только по римскому праву въ итальянской рецепціи *).

Это было долгое время господствующимъ правовоззрѣніемъ у юристовъ; и надо было, чтобы многія условія нѣмецкой жизни измѣнились, для того чтобъ чужому общему праву стало возможнымъ противопоставленіе своихъ институтовъ гражданскаго права съ такимъ же свойствомъ общности. Однѣ перемѣны въ условіяхъ нѣмецкой жизни были недостаточны, чтобъ примирить дуализмъ реципированнаго чужого и своего національнаго права. Для этого долженъ былъ измѣниться методъ изученія самого римскаго права. Надо было не только отдѣлаться отъ авторитета глоссаторовъ, комментаторовъ, догматиковъ и вернуться къ изученію источниковъ юстиніановскаго права; надо было идти глубже, въ до-юстиніановскую эпоху, познать само римское право не въ кодифицированномъ видѣ, а въ процессѣ его образованія, въ его исторіи. Только тогда, въ виду этихъ постигаемыхъ мыслію жизненныхъ процессовъ римскаго праворазвитія, и свое право

*) Одинъ изъ ученыхъ юристовъ XV в., въ трактатѣ: *De imperio Germanico*, пишетъ: *quid dicam de legum aequissimarum jurisque scripti observatione, quae fere nulla est, sed jure incerto vivitur, et in multitudine illiterata, quod unicuique sui arbitrii discretione visum est, id in judiciis vim legum obtinere volunt. Neque ulla major abusio mihi esse videtur quam per eos, qui rus colunt, jus in provinciis dictari, qui ob ignaviam a juris notitia legibus excusantur.* Какъ это все вѣрно... съ римской точки зрѣнія. Можно забыть, что мы имѣемъ дѣло съ писателемъ XV в. новой эры. Но въ этомъ различіи времени и условій и заключается собственно все дѣло...

перестало быть для нѣмецкой юриспруденціи чѣмъ-то ничтожнымъ, не заслуживающимъ изученія, теряющимъ смыслъ по сравнению съ блестящимъ кодифицированнымъ правомъ юстиніановскихъ источниковъ. Только въ этихъ условіяхъ возможно было начать изученіе своего съ любовью и съ толкомъ.

Для Германіи эта пора примиренія элементовъ общаго, универсальнаго, съ началами особаго, своего, національнаго, эта гармонія жизненныхъ началъ въ правѣ наступила, вѣрнѣе, наступаетъ много позже, чѣмъ для Франціи. Ея право и нынѣ далеко не дало въ результатѣ единаго для всей націи чисто-гражданскаго кодекса, представляющаго ту гармонию разныхъ началъ, какую мы видѣли во Франціи. Зависитъ это нынѣ уже не отъ недостатка изученія римскаго и своего права. Въ этомъ отношеніи нѣмцы и ихъ университеты стоятъ теперь много выше положенія французской науки въ XVIII вѣкѣ. Это условлено историческими обстоятельствами другого свойства, въ особенности обстоятельствами политической жизни нѣмецкаго народа. Для насъ эта сторона дѣла будетъ яснѣе въ слѣдующемъ за симъ очеркѣ кодификаціи.

Заключая очеркъ рецепціи римскаго права въ Германіи, мы должны сказать, что освоеніе въ Германіи чужого права было условлено постепенно возрастающимъ стремленіемъ къ обособленію права частнаго отъ публичнаго и вмѣстѣ съ этимъ быстро наступившею потребностью общихъ нормъ въ нѣмецкой жизни.

Найти отвѣтъ этому стремленію въ источникахъ своего права не было возможности. Каковъ бы ни былъ кодексъ, способный отвѣтить этой жизненной потребности, мысль юриста того времени должна была пробить себѣ къ нему путь. Путь былъ трудный. Прийти къ познанію чужого права возможно было лишь долгой и тяжелой школой. Чѣмъ менѣе была совершенна школа, тѣмъ больше терялась на этомъ тяжеломъ школьномъ пути связь съ жизнью, съ особыми задачами, которыми отличалась жизнь новыхъ народовъ отъ жизни латинскаго міра. Подлежала усовершенствованію эта школа, а движеніе права отъ первоначальной особенности къ наступающей общности не могло пойти обратнымъ путемъ. Нормы права общаго римскаго и статутарнаго новаго (см. выше Очеркъ столкновенія статутовъ) клонились къ одной цѣли, къ преобладанію элементовъ общихъ надъ особенными, надъ партукуляризмами. Отсутствіе приспособленныхъ къ общему разумѣнію сборниковъ дѣйствующихъ въ этомъ духѣ нормъ обходится дорого меньшей братіи, этой *multitudo illiterata*, на которую свысока смотрятъ юристы. Но цѣль движенія

не противоположна интересамъ низшихъ классовъ. Это уравненіе права, имѣющее стать на мѣсто безчисленныхъ формъ частно-правной зависимости и неволи, какія создала предшествующая эпоха національной исторіи. Достиженіе этой цѣли стоило приносимыхъ жертвъ. Органомъ рецепціи служить судъ, и начала новаго права входятъ въ жизнь медленно, не вытѣсняя сразу старый строй отношеній. Въ Германіи не было того постоянного процесса собиранія мѣстныхъ кутюмовъ и сочетанія ихъ съ началами римскаго права, какой мы видѣли во Франціи. По отношенію къ выработкѣ такихъ нормъ, изъ коихъ образуются затѣмъ начала общаго національнаго права,—Германія остается позади. Процессъ рецепціи у нѣмцевъ болѣе тяжелый, чѣмъ во Франціи, болѣе подавляющій самостоятельность юристовъ въ ихъ существенной задачѣ находить нормы отношеній, соотвѣтствующія сознанію права въ обществѣ. Они не столько искали этихъ нормъ, сколько отвѣчали готовыми латинскими текстами на запросы нѣмецкой практики, безъ посредствующаго ближайшаго изученія разницы условій новой жизни и жизни римскаго общества. Но этотъ способъ дѣйствія не былъ актомъ свободного ихъ выбора. Они отвѣчали потребности нормъ общихъ, коихъ не создала исторія страны. И, съ другой стороны, орудуя при помощи чуждыхъ понятій, они, хотя только въ формальномъ смыслѣ, достигали въ результатѣ нѣкотораго объединенія до крайности дробныхъ началъ нѣмецкихъ національныхъ институтовъ. Эта работа не есть ни произвольная, ни насильственная. Въ ней повторяется тотъ процессъ, который необходимъ для цѣли приведенія въ извѣстность существующихъ отношеній. Это общая черта формализма въ юриспруденціи, которая выразилась рельефнымъ образомъ въ системѣ квинтскаго права. Это юридическая техника, овладѣвъ которою легче придти къ различенію особенностей, отступленій отъ общихъ типовъ, къ индивидуализаціи, чѣмъ идя обратнымъ путемъ. Такой процессъ развитія права нельзя назвать неорганическимъ. Для Германіи въ особенности, гдѣ не было не только своего общаго права, но не развилось объединяющей жизни націи политической системы, какъ во Франціи, въ этой воображаемой *lex imperialis* лежалъ существеннѣйшій залогъ возможнаго объединенія ея юридическаго быта.

Мы увидимъ далѣе, что приверженность къ римскому праву переживаетъ здѣсь наступившую, особенно въ XVIII вѣкѣ, эпоху кодификаціонную. Успѣхи кодификаціи, отмѣна формальнаго авторитета римскихъ источниковъ, введеніе въ нѣкоторые новые кодексы національныхъ началъ—не отвѣчаетъ стремленіямъ къ еди-

ному праву для цѣлой націи. Ученая разработка этихъ кодексовъ (особенно прусскаго и австрійскаго) встрѣчается общимъ сочувствіемъ только тогда, когда ученые истолкователи этихъ кодексовъ сводятъ свои работы опять къ старому общему источнику, къ праву римскому, и нынѣ, рядомъ съ этимъ, къ общему германскому праву. Только съ успѣхами политическаго объединенія Германіи эманципация отъ римскаго права, отъ его *формальнаго* авторитета начинаетъ переходить въ планы серьезныхъ людей. До этого времени его господство, съ несомнѣнными видоизмѣненіями и отступленіями отъ прежняго поклоненія его текстамъ, хотя частичнымъ образомъ, связывало націю узами этого традиціоннаго юридическаго единства. Только, теперь, когда единеніе можетъ стать болѣе полнымъ, эти старыя узы по внѣшности признаются ненужными, хотя по существу общіе элементы предположенной новой общей системы частнаго права останутся тѣми же римскими, какими были ранѣе нынѣшнихъ политическихъ перемѣнъ *). Формальный общій авторитетъ римскихъ текстовъ былъ уже разъ отмѣненъ формальнымъ авторитетомъ локальныхъ кодексовъ, чтобъ вновь уступить имъ господство, и нынѣ вновь будетъ замѣненъ авторитетомъ общаго кодекса, по всей вѣроятности тоже только формально. Наука общаго гражданскаго права едва ли скоро дѣйствительнымъ образомъ отрѣшится отъ римскихъ основъ, по крайней мѣрѣ, ревность къ изученію римскаго гражданскаго права, въ новое время, въ ожиданіи новаго кодекса, не только не падаетъ въ Германіи, но возобновляется и во Франціи, гдѣ она была нѣкоторое время въ дѣйствительномъ упадкѣ. Отношеніе къ задачѣ этого дальнѣйшаго изученія есть, правда, нынѣ совершенно иное, чѣмъ встарь. Цивилисты обращаются къ его текстамъ уже не для того, чтобы искать тамъ готовыхъ отвѣтовъ на проблемы, которыя ставитъ наша жизнь и которыхъ вовсе не знало римское общество. Мы обращаемся къ этимъ источникамъ для того, чтобы овладѣть техникой классиковъ, ихъ мастерствомъ въ разработкѣ юридическихъ задачъ, и чтобы тѣмъ же методомъ, котораго держались они, возобновить прерванную ихъ работу надъ новыми задачами, которыя ставитъ намъ наша жизнь.

Я не буду говорить о рецепціи римскаго права въ другихъ государствахъ Европы, особенно въ Нидерландахъ и Швейцаріи,

*) Признаки видны во многомъ и между прочимъ въ позднѣйшихъ работахъ Павла Рота (Paul Roth, †1892 г.), близко стоявшаго къ кодификаціонной комиссіи.

хотя нахожу эти явленія очень характерными для уясненія задачъ современной гражданской юриспруденціи. Интересующіеся найдутъ эти очерки въ указанной выше книгѣ Модермана.

§ 6.

Понятіе кодификаціи.—Кризисы въ историческомъ процессѣ праворазвитія.—Выходъ нормальный и насильственный.—Code civil.—Кодификація въ нѣмецкихъ земляхъ въ XVI в.—Codex maximilianeus bavaricus.—Кодификаціонная программа въ Пруссіи.—Прусскій Landrecht.—Оцѣнка его въ прежнее время.—Система Ландректа.—Образцы регламентаціи.—Австрійскій кодексъ.—Продолжительное затишье.—Военные успѣхи.—Расширеніе имперской компетенціи на всю область гражданского права.—Первое чтеніе.—Недовольство критики.—Второе чтеніе. Bürgerliches Gesetzbuch 18 августа 1896 г. и Einführungs-gesetz.—Измѣненный планъ преподаванія.

Вопросъ о кодификаціи сталъ нѣкоторое время однимъ изъ очень видныхъ и прилежно разъясняемыхъ въ юридической литературѣ на западѣ, въ Германіи, Франціи, Англіи, частью и у насъ. Между тѣмъ, такъ обще-формулированный вопросъ не заключаетъ въ себѣ опредѣленнаго содержанія, ибо понятіе кодекса не имѣетъ постоянныхъ признаковъ. Въ латинской терминологіи кодексами (кодициллами) называютъ не одни сборники легальныхъ или юридическихъ нормъ, а также счетныя книги, связки табличекъ, на коихъ писались распоряженія, восполнявшія testamentъ (codices membranei, chartacei, eborei). Вопросъ о кодификаціи пріобрѣтаетъ интересъ для юриста по мѣрѣ того, какъ ему даютъ юридически опредѣленное содержаніе. Въ этомъ смыслѣ кодификаціей называютъ приведеніе въ извѣстность, въ особенности приведеніе къ единству, къ согласію посредствомъ нѣкоторой переработки, притомъ письменной, болѣе или менѣе обширнаго наличнаго комплекса юридическихъ нормъ, которыя имѣютъ быть практически примѣняемы въ данной сферѣ отношеній. Кодифицировать въ этомъ смыслѣ можно любое право, начиная хоть съ международнаго, въ любомъ объемѣ, какимъ угодно способомъ переработки подлежащаго матеріала, съ самыми различными послѣдствіями для нормъ, прежде дѣйствовавшихъ, и для силы примѣненія кодифицированнаго права. Начиная съ римской терминологіи, противопологаемый названію кодифицированнаго права, общеупотребительный терминъ есть новелла, новый законъ, новая норма. Съ этими общими признаками явленіе кодификаціи въ разное время, въ разныхъ условіяхъ, въ различ-

ныхъ видахъ, не представляетъ здѣсь для нашихъ цѣлей ничего поучительнаго. Несомнѣнно ближе и поучительнѣе для насъ тѣ явленія кодификаціи, которыя мы наблюдаемъ въ условіяхъ современной культуры права, въ особенности права гражданскаго, въ странахъ, гдѣ общій ходъ праворазвитія знакомъ намъ изъ предшествующихъ очерковъ. Вниманіе къ этимъ явленіямъ даетъ намъ способъ опредѣлить черты сходства и различія съ явленіями подобными въ исторіи нашего права и въ настоящемъ его состояніи. Это и есть наша цѣль. Конечно, и въ этихъ областяхъ не всѣ явленія, которыя можно назвать общимъ именемъ кодификаціи, одинаково любопытны для насъ.

Мы видѣли, что у французовъ, почти на всемъ пространствѣ ихъ исторіи, идутъ попытки собирать разсѣяныя нормы обычнаго права, приводитъ ихъ въ сочетаніе съ правомъ римскимъ, съ практикой судовъ, съ *ordonnance*'ами королей, по той, другой отрасли права, иногда частнымъ путемъ, иногда съ содѣйствіемъ оффиціальныхъ лицъ... Вся эта дѣятельность направлена къ приведенію права въ извѣстность, къ согласованію его нормъ, къ открытію легчайшаго примѣненія этихъ нормъ на судѣ самимъ судомъ и сторонами. Въ этихъ явленіяхъ нѣтъ, однако, для характеристики времени, ничего специфическаго. Мы не можемъ назвать такихъ эпохъ въ исторіи права эпохами кодификаціонными. Собираніе, записываніе, согласованіе, въ болѣе или менѣе обширномъ видѣ, дѣйствующихъ нормъ составляетъ сопровождающее любую исторію права явленіе. За образовавшимся однимъ сборникомъ слѣдуетъ другой, праворазвитіе въ дальнѣйшемъ питается изъ тѣхъ же источниковъ, которые оживляли его и прежде.

Это совсѣмъ не то явленіе обработки права, которое Савиньи называетъ *болѣзнью нашего вѣка* и въ которомъ онъ видитъ опасность для здороваго развитія права. Опасность кодификаціи указывается писателями этого направленія совершенно опредѣленно тамъ, гдѣ вмѣшательство законодательныхъ инстанцій разрываетъ для цѣлыхъ системъ юридическихъ институтовъ связь настоящаго съ прошлымъ и гдѣ, вслѣдствіе этого, оскудѣваетъ живой процессъ праворазвитія въ національномъ сознаніи. Савиньи не ограничивается этимъ обличеніемъ кодификаціонной немочи въ явленіяхъ, взятыхъ имъ изъ дѣйствительности; онъ указываетъ намъ и тѣ здоровые процессы, которые устраняютъ всякую надобность въ механическихъ экспериментахъ надъ правомъ.

Обыкновенно, опасность кодификаціонныхъ опытовъ послѣд-

ного рода становится на очередь тамъ, гдѣ въ жизни права, въ исторіи его происходитъ *переломъ*, когда предшествующая эпоха исключительнаго господства нормъ національнаго права уступаетъ, болѣе или менѣе быстро, мѣсто потребности въ развитіи нормъ другого типа, болѣе широкаго круга примѣненія, универсальнаго характера. Тогда образуется въ жизни нѣкоторый *дуализмъ нормъ*, одинаково обязательныхъ для суда, въ разномъ кругѣ лицъ, не въ одной сферѣ отношеній. Въ этихъ условіяхъ примѣненіе нормъ въ практикѣ суда и сдѣлокъ до крайности осложняется. Такое явленіе знакомо намъ въ исторіи Рима въ концѣ республики. И въ эту пору возникала мысль (ее приписываютъ Цезарю) удалить всѣ затрудненія однимъ актомъ кодификаціи гражданскаго права. Мы не знаемъ подробностей плана; несомнѣнно одно, что механическій способъ разрѣшенія трудной проблемы уступилъ мѣсто другому выходу. Право, при всемъ обилии, излишествѣ нормъ, двойственности ихъ состава, осталось некодифицированнымъ. Задача юриспруденціи стала выше, чѣмъ когда либо прежде или послѣ. Надо было *найти путь къ гармоническому сочетанію двухъ одновременно-практическихъ системъ*, своей національной и общей системы *juris gentium*. Трудность могла легко казаться неодолимой. Для этого необходимо было придти къ разумнѣйшей внутренней основы различнаго строенія обѣихъ исторически сложившихся системъ (*ratio juris*) въ такую пору, когда процессъ ихъ образованія далеко еще не былъ завершившимся, и изъ этого разума ихъ конструировать примѣненіе началъ того и другого права въ разныхъ областяхъ практической юриспруденціи. Выше этой цѣли и той методы, которою шла классическая юриспруденція къ ея достиженію, мы не знаемъ ничего въ прошлыхъ судьбахъ нашей науки. Памятникомъ этого творчества служатъ намъ позже кодифицированныя письмена юристовъ этой эпохи. Вы знаете, когда и какъ, много позже, наступила другая эпоха, кодификаціонная, въ римской жизни.

Вотъ тотъ выходъ изъ трудностей, то время *свободнаго творчества юристовъ*, тотъ *методъ достиженія практическихъ задачъ юриспруденціи*, какой знала эпоха до-кодификаціонная въ Римѣ, и который составляетъ въ одинаковой мѣрѣ предметъ восторженнаго поклоненія и знаменитаго французскаго сатирика XVI в., и величайшаго юриста нашего столѣтія Фр. К. ф.-Савиньи.

Именно на этомъ живомъ явленіи Савиньи демонстрируетъ намъ *процессъ здороваго развитія права*.

Западный міръ въ ту пору, которую мы рассматривали выше, переживалъ въ существѣ, тотъ-же *критическій моментъ*, тотъ-же

переходъ отъ особаго къ общему, отъ племенного, территоріальнаго, сословнаго, національнаго правовоззрѣнія къ универсальному.

Выходъ изъ этой массы текстовъ, изъ этого нагроможденія фоліантовъ римскаго права и груды разномѣстныхъ статутовъ былъ никакъ не менѣе необходимъ, чѣмъ въ Римѣ въ соотвѣтствующую эпоху. Какой-же это выходъ?

Вы знаете, что прежде всего новая западная (итальянская) юриспруденція стала обращаться за отвѣтомъ на свои загадки къ латинскому оракулу и оттуда вычитывала небылицы о римскихъ цезаряхъ, ожившихъ въ лицѣ нѣмецкихъ императоровъ, о *caput mundi* въ Римѣ, гдѣ въ эту пору на старомъ форумѣ расположены были городскіе выгоны, ... о единомъ правѣ для всего міра вѣрующихъ.

Франція раньше другихъ очнулась отъ этихъ миражей безсильной мысли.

Это была эпоха возрожденія классической юриспруденціи. Это ихъ, французская, историческая школа XVI вѣка. Въ ней именно, *въ исторіи права*, указываетъ намъ Ch. Giraud, *le souffle vital qui anime le droit*. Безъ философіи и исторіи юриспруденція не пойдеть дальше холоднаго анализа текстовъ, необходимаго, правда, но недостаточнаго, *pour constituer la science qui inspira les jurisconsultes romains et la mémorable école du seizième siècle*.

Ученый міръ обратился отъ обязательнаго примѣненія юстиніановскихъ текстовъ къ изученію классиковъ, независимо отъ обязательности ихъ рѣшеній для суда, какъ къ источнику *raison écrite (ratio scripta)*. Французская юриспруденція поставила себѣ задачей освоить себѣ элементы римскаго права *non ratione imperii, sed imperio rationis*. Такъ понятая юристами задача даетъ, въ смыслѣ содержанія ихъ права, дѣйствительное приведеніе *въ нѣкоторую гармонію началъ національныхъ и универсальныхъ* и настоящее торжество мысли юриста надъ этимъ матеріаломъ.

Многія положенія римскаго права, носившія чисто позитивный характеръ, могли быть устранены позитивнымъ авторитетомъ королевской власти; другія, силой того-же авторитета, замѣнили ихъ въ практикѣ. Французское право ранѣе стало приходить къ *внутреннему единенію и общности своего состава*, чѣмъ право нѣмецкое, какъ увидимъ позже, *безъ содѣйствія кодификаторовъ*. Въ исторіи французскаго права долгое время нѣтъ грубыхъ пе-

реходовъ, рѣзкаго вмѣшательства позитивнаго авторитета въ сферу юридическихъ отношеній.

Одновременно съ этимъ процессомъ развитія права, происходило другое движеніе мысли, обнимавшее не одни явленія юридическаго порядка, опредѣлившее собою новое міровоззрѣніе для всей области явленій нравственнаго міра. Свободное отъ схоластическихъ завѣтовъ изслѣдованіе явленій нравственнаго міра открывало новыя основы для всѣхъ областей права, международного, государственнаго, уголовного и частнаго. Задача поставлена была совершенно отрѣшенно отъ какой-либо положительной системы права. Надо было найти вѣчныя и неизмѣнныя основы права *въ самой природѣ человека*, и отсюда, на постоянныхъ ея реквизидахъ, раціоналистически построить начала права естественнаго.

Созданная подъ вліяніемъ этихъ ученій „декларация правъ человека“ способна была въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи, дать для Франціи новую основу всей системѣ институтовъ гражданского права, совершенно обособленныхъ отъ права публичнаго, въ силу этого общихъ для всей страны.

Техника современныхъ источниковъ права во Франціи, не знала такихъ чуткихъ къ *измѣняющемуся правосознанію* органовъ, какимъ былъ эдиктъ претора въ Римѣ, отражавшій изъ году въ годъ медленнымъ и нечувствительнымъ образомъ происходившія въ жизни измѣненія правовоззрѣній. Между возбужденными литературной пропагандой ожиданіями и дѣйствительностью образовывался такимъ образомъ цѣлый разрывъ. Сближеніе не могло произойти безъ глубокаго потрясенія. Извѣстно, какимъ образомъ сметены были однимъ напоромъ національнаго возбужденія остатки феодальнаго строя, стоявшіе на пути къ достиженію одинаковаго для всѣхъ и общаго цѣлому государству гражданского права.

Съ этихъ поръ, сталъ неотложно на очередь *вопросъ о кодификаціи всего гражданского права, какъ системы права общаго для цѣлаго государства*. Конституція 1791 года опредѣляетъ именно „il sera fait un code de lois civiles communes à tout le Royaume“.

Французскіе историки группируютъ часто весь свой историческій матеріалъ въ два періода: droit ancien, droit nouveau, раздѣляя ихъ не однимъ моментомъ, появленіемъ Code civil, а цѣлой переходной эпохой такъ называемаго droit intermédiaire отъ 89 до 804 года. Въ эти немногіе годы *отдѣльными актами* мѣняющихся органовъ государственной власти произведены глубокія измѣненія въ основахъ стараго юридическаго быта.

Они упрочиваютъ единство государства, обособляютъ власть духовную отъ свѣтской, уничтожаютъ остатки феодальнаго режима, вводятъ начало равенства гражданъ передъ лицомъ закона.

Ни одно изъ семи собраній, упражнявшихъ законодательную компетенцію въ эту эпоху, не пришло къ цѣли созданія единаго кодекса. Задача была выполнена подъ ауспиціями консулата. Въ августѣ 800 г. консулатъ назначилъ комиссію изъ 4-хъ членовъ для начертанія проекта Code civil. Эти четыре члена были: Tronchet, президентъ кассационнаго трибунала, горячій приверженецъ кутюмнаго права, Portalis—знатокъ права римскаго, Vigot de Préameneu, Maleville, всѣ вмѣстѣ юристы-практики. Скорость выполненія порученія была поразительная. *Черезъ четыре мѣсяца проектъ былъ готовъ!*

Упрекъ, который дѣлали проекту, заключается въ томъ, что онъ представлялъ собою сочетаніе старыхъ элементовъ французскаго цивильнаго права, кутюмнаго и римскаго, согласованныхъ въ духѣ революціоннаго *droit intermédiaire*. Лоранъ думаетъ, что этотъ упрекъ въ недостаткѣ оригинальности у авторовъ проекта есть скорѣе хвала имъ. Право народа никогда не есть система произвольно созданныхъ мыслью юриста положеній. Это дѣло исторіи народа, а не личнаго измышленія, не разсчета, не логической концепціи, какую въ силахъ создать мыслитель.

Судьба проекта въ законодательныхъ истанціяхъ представляетъ интересъ для законодательной практики, а не для его состава.

Не безъ энергическаго вмѣшательства перваго консула (Бонапарта) проектъ былъ принятъ въ видѣ 36 титуловъ, составившихъ, каждый, отдѣльный законъ и соединенныхъ затѣмъ въ одно цѣлое подъ именемъ Code civil закономъ 21 марта 1804 г. Этимъ то закономъ опредѣлено: „à compter du jour où ces lois devinrent exécutoires les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales et locales, les statuts, les réglemens, cessèrent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le Code.“ (Со дня, коимъ опредѣляется обязательность примѣненія этихъ законовъ, законы римскіе, ордонансы, общіе и мѣстные кутюмы, статуты, регламенты, потеряли силу законовъ общихъ или особенныхъ по тѣмъ предметамъ, кои вошли въ законы, составляющіе кодексъ).

Такимъ образомъ, Франція вышла изъ предшествующаго кодификаціи состоянія двойственности права въ эпоху *новаго права* не путемъ одной свободной творческой дѣятельности юриспру-

денціи, какъ Римъ, а съ содѣйствіемъ позитивнаго авторитета законодателя, который расширялся все дальше и дальше въ предшествующей исторіи права и достигъ въ результатѣ доминирующаго значенія надъ всѣми другими источниками права. Одновременно съ этимъ задача состояла у французовъ въ томъ, чтобы сгладить существовавшую до того неравноправность, достигнуть той *exaequatio legum*, которая и въ Римѣ, въ гораздо болѣе раннюю эпоху (XII табл.), тоже не могла быть достигнута безъ содѣйствія законодательной власти, ибо въ стремленіи къ этой цѣли лежитъ начало не юридическое только, а въ то же время и политическое, интересъ государства.

Французская кодификація послужила такимъ образомъ выраженіемъ историческаго стремленія націи къ единству и цѣльности, къ сосредоточенію всѣхъ политическихъ функцій въ новообразованныхъ учрежденіяхъ, къ возможно полному обособленію права частнаго и публичнаго, къ торжеству нормъ общихъ надъ партикуляризмами, къ уравниенію всѣхъ французовъ въ ихъ гражданской правоспособности. Эти результаты достигнуты были далеко не внезапно, но они, такъ сказать, консумировались въ одномъ формальномъ моментѣ кодификаціи, какъ долгій до того споръ и тяжкая распря формально завершается и консумируется въ процессуальномъ моментѣ *litis contestatio*. Это была своего рода *novatio necessaria*. *Droit ancien* все цѣликомъ, при посредствѣ короткаго *période intermédiaire*, поглощено было въ этомъ кодифицированномъ *droit nouveau*.

Не подлежитъ сомнѣнію, что только это свойство французскаго кодекса, *органический характеръ его возникновенія изъ исторической жизни великой современной націи*, могло открыть ему такую широкую сферу рецепціи, какой не имѣлъ ни одинъ современный кодексъ. Только этотъ кодексъ, изъ всѣхъ работъ подобнаго рода въ новое время, можетъ быть сопоставленъ, въ этомъ смыслѣ свободнаго его освоенія, съ источниками римскаго права. Принятый во многихъ территоріяхъ Германіи, выше другихъ стоящихъ въ культурѣ права, онъ не могъ быть до сихъ поръ вытѣсненъ оттуда никакими усиліями нѣмецкой патріотической агитаціи, тѣмъ менѣе дѣйствіемъ механическихъ силъ.

Если таково значеніе этой кодификаціонной работы для новаго времени, то приведенный выше законъ, отмѣняющій всякое, даже субсидіарное, значеніе старыхъ источниковъ, кутюмовъ, римскаго права и проч. отвѣчаетъ исключительно политической цѣли удержанія въ дальнѣйшемъ праворазвитіи характера единства, достигнутаго тяжелой борьбой, и въ то же время вноситъ

нѣкоторую скудость въ дальнѣйшій процессъ развитія гражданскихъ институтовъ. Французскій законъ поставилъ высоко задачи новой юриспруденціи классическимъ art. 4 Code'a *). Но крайне строго проводимое (тутъ же, art. 5) разграниченіе власти судебной и законодательной и созданіе единого органа, Cour de cassation (учрежденъ закономъ 1 дек. 1790 г.; французы называютъ его Cour régulatrice), который имѣетъ блюсти единообразіе въ примѣненіи закона, обезпечивая, правда, это единообразіе, дѣйствуетъ все же неблагопріятно на свободную разработку вопросовъ права юристами и даетъ всей профессіи юриста ремесленный характеръ, возбуждающій сѣтованія видныхъ людей самой Франціи **).

Несомнѣнно излишнимъ было разобщеніе, почти совершенное, французской гражданской юриспруденціи и юридической школы съ источниками, изъ коихъ образовался Code, въ особенности съ правомъ римскимъ. Изученіе послѣдняго въ эпоху кодификаціи стояло далеко не такъ высоко, чтобы французамъ не оставалось ничему научиться у классиковъ. Французская школа и литература оставались долгое время совершенно въ сторонѣ отъ того движенія мысли, которое происходило въ Германіи въ первой половинѣ этого столѣтія и которое такъ обогатило нѣмецкую юриспруденцію въ области историческихъ изысканій по римскому и германскому праву. Едва ли правильно думать, что поддержанный къ этимъ штудіямъ интересъ, особенно интересъ къ дальнѣйшему изученію права римскаго, могъ угрожать достигнутой путемъ законодательства унификаціи гражданского права. Въ послѣднее время, въ виду ближайшаго ознакомленія французовъ съ современнымъ состояніемъ юридической школы въ Германіи, въ учебныхъ планахъ французскихъ факультетовъ замѣтно усиленіе, сравнительно съ прежнимъ, занятія исторіей, кутюмнымъ правомъ и правомъ римскимъ.

Мы перейдемъ къ обозрѣнію въ главнѣйшихъ чертахъ кодификаціонной дѣятельности въ Германіи:

*) Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice (см. 10 ст. Уст. гр. суд. 20 ноября 1864 г.). Наказаніе определено въ art 185 Code pén., а art 506 и слѣд. Code de proc. указываютъ способъ преслѣдованія судьи за отказъ въ правосудіи. Тоже въ Code Napol. en vers, читается такъ:

Pourront être accusés de déni de justice,
Les juges refusant de remplir leur office,
Sous le prétexte vain ou que la loi se tait,
Ou n'a qu'un sens obscur, ou qu'un texte incomplet.

**) Ср. Lerminier, Introduction à l'histoire du droit.

Тотъ процессъ кодификаціи, который привелъ Германію къ современному состоянію ея гражданского права, начался въ ту пору, когда замѣтно падаетъ авторитетъ центральной законодательной власти и начинается развитіе довольно сильныхъ мѣстныхъ территоріальныхъ центровъ, — условія совершенно противоположны тѣмъ, въ коихъ, въ ту же пору, въ XVI и XVII вв., Франція шла медленнымъ, но вѣрнымъ путемъ къ объединенію своего права. Все, что въ это время создаетъ нѣмецкая имперія, — это законодательство уголовное, полицейское и въ очень ничтожныхъ размѣрахъ повліявшіе на право гражданское отдѣльные законодательные акты, каковъ *Notariatsordnung* 1512 г. и нѣкоторые другіе.

Первоначально, въ особенности въ XVI в., отдѣльные города съ ихъ территоріями начинаютъ искать согласованія своихъ статутовъ съ реципированнымъ римскимъ правомъ. Въ этихъ сочетаніяхъ элементы своего и чужого права распределены крайне неравномѣрно. Наиболѣе сильное воздѣйствіе римскаго права на мѣстное право и процессъ видно въ такъ называемой *Nürnbergberger Reformation*, которая, въ свою очередь, повліяла на обработку многихъ позднѣйшихъ системъ. Наименѣе элементовъ римскихъ замѣчается въ любекскомъ городскомъ правѣ или въ любекскихъ статутахъ 2-й половины XVI вѣка. Вліяніе любекскаго городского права распространилось въ особенности на сѣверѣ и удержалось во многихъ важныхъ пунктахъ цивильной системы прусскаго *ландрехта* *).

Оба эти кодекса, также какъ и другіе подобные (городское право гамбургское, пражское, фрейбургское, реформація франкфуртская, вормская), не разрывали связи съ общимъ правомъ и не имѣли цѣлью обособить совершенно территорію ихъ примѣненія.

Съ XVI же вѣка начинаются кодификаціи съ инымъ характеромъ. Это такъ назыв. земскія права (*Landrechte*). Сначала ихъ назначеніе тоже только собраніе статутовъ и сочетаніе съ общимъ правомъ. По количеству, ихъ цѣлая масса. *Stobbe* приводитъ до 22-хъ такихъ *ландрехтовъ* (*Handbuch*, т. I). По племеннымъ различіямъ нормъ, лежащихъ въ ихъ основѣ, ихъ распределяютъ на 4 группы: саксонскую (сюда, кромѣ саксонскихъ

*) Подробности см. у *Stobbe*, *Geschichte der Deutschen Rechtsquellen*, т. II. Остзейскій сводъ, ч. III, дѣлаетъ обширныя выборки изъ любекскаго права, особенно изъ кн. 1 (бракъ, опека, давность), кн. 2 (право наслѣдованія, поземельн. владѣнія), кн. 3 (договоры, залогъ), кн. 6 (морское право). Также, коротко, статью *Behrend'a* о кодификаціяхъ въ энциклопедіи *Гольцендорфа*.

земель, относятся отдѣльныя части Пруссіи, Любекъ, Гамбургъ и друг.), франкскую (особенно прирейнскіе города и области, тоже Нюрнбергъ), швабскую (сильное вліяніе римскаго права; здѣсь Вюртембергъ) и баварскую (гдѣ римское вліяніе наиболѣе сильно). Такимъ образомъ, въ этомъ племенномъ распредѣленіи земскихъ правъ, при великомъ обиліи внутри отдѣльныхъ территорій всякихъ партикуляризовъ, оказалось то же преобладаніе элементовъ римскихъ въ особенности на югѣ, а элементовъ національныхъ въ особенности на сѣверѣ, какое мы наблюдали выше во Франціи.

Но не это характерно для дальнѣйшей судьбы нѣмецкаго гражданскаго права и для современнаго состоянія его въ Германіи. Характерно здѣсь то, что тотъ самый позитивный авторитетъ, который во Франціи ведетъ страну медленнымъ и постояннымъ путемъ къ объединенію *всей націи* подѣ сѣнію одного закона, служитъ здѣсь долгое время прямо противоположнымъ цѣлямъ, хотя при помощи той же кодификаціонной дѣятельности.

Въ этомъ отношеніи судьба разныхъ территорій нѣмецкой имперіи совершенно различна.

На югѣ, въ Баваріи *), реформаціи земскаго права начались съ XVI вѣка. Сперва это — попытка сочетанія статутовъ съ общимъ источникомъ цивильныхъ системъ на западѣ, съ римскимъ правомъ, безъ отмѣны общаго примѣненія послѣдняго въ судахъ, наоборотъ, съ подтвержденіемъ его силы для мѣстныхъ судовъ. Сначала эти попытки не обнимаютъ всѣхъ сторонъ системы. Въ половинѣ XVIII вѣка Баварія, ранѣе другихъ нѣмецкихъ областей, совершаетъ полную кодификацію своего земскаго права (уголовн., гражд. право и процессъ). Право гражданское promulgiровано въ этомъ видѣ въ 1756 г. подѣ именемъ *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*. Въ публикаціонномъ патентѣ законодатель объявляетъ, что въ кодексъ не введено никакихъ значительныхъ обновленій, а обработано лишь старое общее и статутарное право, приведенное въ удобный для примѣненія его судами и каждымъ въ собственныхъ дѣлахъ видѣ. По существу это больше компендіумъ цивильной системы съ тѣмъ же дѣленіемъ матеріи по *tria objecta juris* (лица, вещи, дѣйствія), какое вы находите въ оффиціальномъ учебникѣ (институціяхъ) Юстиніана. Составитель (Кретмайръ) присоединяетъ цѣлыхъ 5 томовъ примѣчаній, чтобъ устранить необходимость обращаться къ

*) Подробности у Roth'a, *Bayerisch. Civilrecht*, также (коротко) въ его *System d. deutsch. Pr.—rechts*. 1 Theil. Теперь еще въ указан. выше статьѣ Schwarz'a.

подлиннымъ источникамъ. Это своего рода пандекты, которые служатъ дальнѣйшимъ развитіемъ ученій, принятыхъ въ кодексѣ. При всемъ томъ баварская кодификація не отмѣняетъ формально и прежнихъ источниковъ. По содержанію самый кодексъ есть, по замѣчанію Рота, настоящій образецъ того, что въ ту пору въ юридической литературѣ и на кафедрахъ называли *usus modernus juris romani*.

Это довольно слабая попытка отторженія отдѣльной территории отъ общей жизни націи въ процессѣ развитія ея права.

Съ совершенно другимъ характеромъ, гораздо болѣе притязательнымъ и затѣйливымъ, производятся около того же времени попытки кодифицировать право въ другой части слабой имперіи, въ Пруссіи. Здѣсь замышляютъ кодексъ не для простаго содѣйствія лучшему отправленію юстиціи, какъ въ Баваріи, а для осуществленія плановъ гораздо болѣе радикальнаго свойства.

Историческіе элементы права въ прусской провинціи были въ ту пору тѣ же, что и въ другихъ нѣмецкихъ областяхъ. По происхожденію своему, это были начала реципированнаго римскаго и мѣстнаго обычнаго и статутарнаго права. Задача примиренія ихъ въ наукѣ опредѣлилась въ эту пору исканіемъ основъ той и другой системы въ такъ называемомъ правѣ естественномъ. Нигдѣ и никто не поспѣшилъ воспользоваться этимъ исканіемъ началъ естественнаго права до такой степени своекорыстно и смѣло, какъ прусскіе высшіе чиновники. По мысли одного изъ нихъ (Кокцеи), задача кодификаціи должна состоять въ томъ, чтобъ основать все мѣстное *teutsches Landrecht*, единственно на *естественномъ* разумѣ и земскомъ политическомъ устройствѣ съ устраненіемъ всѣхъ другихъ источниковъ права *). Что же такое естественное право въ этой концепціи? Надлежитъ замѣтить, что въ ту пору Пруссія, какъ вся Европа, признавала еще такія тяжкія формы личной зависимости людей, которыя по суровости ничѣмъ не уступали настоящему рабству, и что само римское право, допускавшее рабство, не хотѣло видѣть въ немъ института права *естественнаго*, а лишь общенароднаго **). Какой же смыслъ натурализма въ правѣ у прусскихъ кодификаторовъ?

*) Въ планѣ улучшенія юстиціи, поданномъ королю въ 1746 г., Кокцеи пишетъ: „Hauptsächlich musz das Römische Lateinische Recht abgeschafft, und auf den Preuszischen Fusz ein Teutsches Landrecht verfertigt werden“, и такое на прусскую ногу поставленное право должно быть изготовлено въ одинъ годъ!

**) *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur* (§ 2 J. de jure pers. 1, 3).

Онъ совершенно простой. Составители кодекса имѣютъ извлекать изъ римскаго права, изъ земскихъ законовъ и другихъ источниковъ то, что они находятъ согласнымъ съ началами естественнаго права, затѣмъ пресѣчь всякую связь этихъ кодифицированныхъ нормъ съ ихъ источникомъ, сдѣлать ихъ обязательными для примѣненія въ качествѣ нормъ легальныхъ и симъ устранить на будущее время возможность какого бы то ни было разногласія между юристами по вопросамъ разъ навсегда рѣшеннымъ въ законѣ.

Сочиненный названнымъ выше прусскимъ чиновникомъ проектъ для *Corpus juris Fridericiani* составляетъ именно такое кодифицированное *jus naturae privatum**). Это сочинение должно было стать вѣчнымъ и постояннымъ (*ewiges und beständiges*) ландрехтомъ для Пруссіи. Все право въ этомъ видѣ будетъ исключительно собраніемъ позитивныхъ нормъ. Чего нѣтъ въ кодексѣ, того не должно быть и въ жизни. Всякое иное право, неосвященное этимъ авторитетомъ, составляетъ сущій вздоръ, вымыселъ праздныхъ людей, *durch die Freiheit einiger privatdoctorem aufgebracht*es imaginaires Recht.

Если-бы, по этимъ соображеніямъ, составить восходящую къ совершенству скалу для исторіи права, то на самыхъ низкихъ ступеняхъ этой лѣстницы оказалась бы эпоха классической юриспруденціи, съ ея Лабеонами, Сабинами, Цельсами, когда эта *Freiheit einiger privatdoctorem* рѣшала все дѣло, а на высшихъ ступеняхъ приближенія къ совершенству помѣстились бы Кокцеи, Крамеры, Шварцы и прочее. Мы сейчасъ убѣдимся, что въ этихъ планахъ нѣтъ вовсе признаковъ преходящаго и въ извѣстной степени забавнаго высокомерія названныхъ авторитетовъ, а что эти мысли переживутъ надолго ихъ творцовъ и найдутъ очень серьезныхъ послѣдователей въ наше время **).

*) Унгеръ совѣтуетъ лучше называть это „естественное право“ *jus civile naturalisatum*.

**) Преувеличенная оцѣнка достоинствъ мѣстныхъ юрисконсультовъ (прусскихъ) стала очень замѣтною въ нѣмецкой литературѣ вскорѣ послѣ военныхъ успѣховъ Пруссіи. Но трудно было ожидать, чтобы у людей до такой степени видныхъ, какъ *Ihering*, эта черта выразилась съ особенной яркостью. Извѣстно, что Савиньи очень невысоко ставилъ всѣ три кодификаціонныя работы, предшествовавшія появленію его *Beruf'a* (см. выше). *Ihering*, не упустившій никогда случая отмѣтить ту или другую ошибку въ трудахъ „перваго юриста нашего вѣка“, въ одной изъ своихъ послѣднихъ работъ (*Der Besitzwille*, Iena, 1889 г. стр. XII) указываетъ черты совершенно непрактическаго, вреднаго доктринерства у Юлія Павла и поднимаетъ оружіе (*Waffen zur Hand*) противъ Савиньи не съ тѣмъ только, чтобы ему возражать, но чтобы *den Gegner zu Boden zu werfen*.. Кто-же, однако, имѣетъ остаться на недостижимой высотѣ въ виду этихъ поверженныхъ въ прахъ славныхъ противниковъ? Отвѣтъ читатель найдетъ на 505-й стр. назван. сочиненія. *Der geniale Schöpfer*

Планы Кокцеи не были приведены къ предполагаемой цѣли. Работа кодификаціи возобновилась лишь при преемникѣ Фридриха II. Исполнителемъ предначертаній явился одинъ изъ самыхъ настойчивыхъ и трудолюбивыхъ прусскихъ чиновниковъ, Суарецъ (Шварцъ), которому и принадлежитъ честь выработки окончательнаго проекта, принятаго послѣ нѣсколькихъ ревизій законодательными инстанціями и опубликованнаго кабинетнымъ приказомъ 5-го февраля 1794 года, подъ титуломъ „Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten“ для обязательнаго примѣненія во всей тогдашней прусской территоріи съ 1-го іюня того же года.

Очень долгое время сужденія нѣмецкихъ юристовъ о свойствахъ этого кодекса были совершенно единодушными. Его рассматривали въ цѣломъ его составѣ, какъ самое яркое выраженіе *преувеличеннаго взгляда на всемогущество законодателя*, которыми вообще характеризуютъ ученіе о правѣ въ XVIII вѣкѣ. Право, существующее на степени субъективнаго сознанія должнаго, право обычное, практика судовъ, юриспруденція—не связываютъ ничѣмъ отправленія юстиціи. Обязателенъ только законъ. Одинъ законодатель имѣетъ дѣйствительную силу обязывать судъ и гражданъ къ исполненію императивовъ права. У него одного *монополія принужденія*. Для Пруссіи, въ особенности, все, что можетъ быть неяснымъ судѣ въ вопросахъ примѣненія закона, подлежитъ разъясненію засѣдающей для этой цѣли особой законодательной комиссіи въ Берлинѣ. *Источникъ права одинъ*, и всѣ органы правосудія суть только послушныя орудія его велѣній. Для области гражданскаго права, совершенно такъ-же, какъ и для области уголовного правосудія, для вопросовъ управленія — нѣтъ иного авторитета, кромѣ заранее предуставленнаго авторитета центральной власти. Все управленіе и вся юстиція организованы *чисто механическимъ образомъ* и не дѣйствуютъ иначе, какъ по импульсу сверху. Натурально, для того, чтобъ цѣль была достигнута, законъ имѣетъ заранее предусмотрѣть все, всякій вопросъ, который способна поставить судебной практикѣ жизнь, чтобы какъ можно менѣе осталось на усмотрѣніе суда, а въ отношеніяхъ гражданскихъ—на усмотрѣніе заинтересованныхъ. Свобода лицъ, а тѣмъ болѣе свобода суда угрожаетъ опасностью цѣлому, и цѣль закона не есть только

desselben (*гениальный творецъ Прусскаго Ландрехта*, Шварцъ), hat auch in diesem Punkt (рѣчь идетъ о владѣльческой защитѣ простого держателя, detentor'a вещи, по прусскому Ландрехту, вопреки классическому праву) seinen richtigen praktischen Blick in glänzendster Weise bewährt.

принужденіе, а настоящая *борьба предусмотрительности* и дальнорзости *съ близорукой глупостью*. Цѣль эта преслѣдуется въ ландрехтѣ съ величайшей энергіей. Чтобъ надлежащимъ образомъ наставить недальновидныхъ, не достаточно выразить одни принципы. Принципы и общія положенія допускаютъ недоразумѣнія и лжетолкованія. Нужны детальныя предписанія. Но и этого мало! Никакихъ деталей недостаточно для того, чтобъ дѣйствительно захватить въ руки все движеніе юридическаго обмѣна, предусмотрѣть возможные сочетанія интересовъ лицъ въ гражданскомъ оборотѣ. Поэтому надо наложить извѣстную узду на этотъ свободный обмѣнъ, связать его необходимыми для юридическихъ послѣдствій частной воли данными закономъ формами; иначе невозможно достиженіе цѣли, не будетъ настоящаго ухода, предусмотрительность, опека не дасть требуемыхъ результатовъ. Оттуда другая черта прусскаго ландрехта — стѣснительныя формы, которыхъ требованіе не условлено часто ничѣмъ, кромѣ желанія все контролировать, всему вести счетъ, мѣру и вѣсъ.

Эти черты составляютъ именно особое свойство прусскаго кодекса, прусскаго, а не нѣмецкаго воззрѣнія на право. Это отличительныя его черты, по коимъ тотчасъ легко узнать, съ какимъ кодексомъ мы имѣемъ дѣло. Нѣмецкихъ кодексовъ много, но ни въ одномъ нѣтъ этого настойчиваго и рассчитаннаго стремленія оторваться отъ историческихъ основъ въ правѣ, войти въ величайшія мелочи хозяйственнаго, семейнаго быта, сдѣлать ненужнымъ обращеніе суда и общества къ какимъ-либо инымъ основамъ гражданского быта, кромѣ *данной статьи кодекса*, замѣнить все самобытное и историческое въ правѣ, все естественное въ немъ въ этомъ смыслѣ регламентаціей и присвоить этой регламентаціи силу естественнаго, непремѣннаго и вѣчнаго закона. Такимъ образомъ источникъ всякаго права для Пруссіи долженъ лежать не въ самомъ человѣкѣ, не въ историческихъ формахъ общежитія, не въ семьѣ, общинѣ, сословіи, церкви и проч., а единственно и исключительно въ писанномъ и кодифицированномъ законѣ. Любопытно, что другіе кодексы, дающіе болѣе широкія основы праву, не именуютъ себя источниками *права*, а носятъ титулъ сборниковъ, или книгъ *законныхъ*. Прусскій кодификаторъ и тутъ послѣдователенъ. Въ его кодексѣ *все право*. Всѣ консеквенціи даются сами собой. Нерѣдко указываютъ на абсолютизмъ французскаго закона. Но что-жъ это въ сравненіи съ абсолютизмомъ прусской статьи? У французовъ нѣтъ и признаковъ этого ревниваго огражденія законодательной

функціи отъ всякаго прикосновенія суда къ этой области нормативнаго творчества. Французскій судья не смѣетъ отказать въ правосудіи подъ предлогомъ отсутствія, неполноты законовъ. Это классическій art. IV Code Nap., ganz im antiken Geist abgefasst, какъ судятъ нѣкоторые нѣмецкіе юристы. Опасность неодинаковости примѣненія закона устраняется дѣятельностью кассациі. Прусскій законъ не допускаетъ ничего подобнаго, боясь пуще всѣхъ пороковъ юстиціи самодѣятельности ея органовъ и ревниво отсылая судью во всѣхъ трудныхъ для него случаяхъ на предварительное совѣщаніе въ берлинскую комиссію законовъ *).

Прускою же, особенно не римскою и не нѣмецкою, слѣдуетъ назвать *систему ландрехта*. Она основана не на изложеніи цѣльномъ и законченномъ отдѣльныхъ цивильныхъ институтовъ: семья, собственность, обязательство, наслѣдство. Ландрехтъ, во 1-хъ, обнимаетъ не одну цивильную систему, а все право гражданское и уголовное, институты цивильные и полицейскіе, не только права лицъ, но и права союзовъ. Все это расположено по двумъ книгамъ. Основа дѣленія такая: книга 1-я, права лицъ отдѣльно взятыхъ, книга 2-я, права лицъ въ составѣ союзовъ. Это такъ называемая *система субъективныхъ правъ*. Практики находятъ ее удобной для справокъ. Но за то нѣтъ цѣльнаго института, который этой системой не былъ бы или спутанъ, или разорванъ на части. Институты правъ вещныхъ смѣшаны съ договорными (объ этомъ позже подробнѣе), положеніе о наслѣдованіи есть и въ 1-й и во 2-й части; точно такъ же разорвана и система обязательствъ. Отъ этой системы отказываются нынѣ лучшіе прусскіе юрисконсульты (Dernburg), видя въ ней преобладаніе матеріализма, экономического момента въ строеніи институтовъ юридическихъ, совершенно въ духѣ сенсуалистскихъ ученій прошлаго вѣка.

Натурально, кромѣ этого прусскаго пошиба, выразившагося и въ ученіи объ источникѣ права и въ регламентаціи примѣненія закона и въ самой системѣ, Landrecht заключаетъ въ себѣ, такъ сказать, цѣлый hortus siccus институтовъ римскихъ и общегерманскихъ. Ничего своего въ этомъ смыслѣ прусскія канцеляріи сложить не могли. Все это продукты исторіи, жизни человѣческихъ обществъ, ничего общаго съ прусскимъ государствомъ не

*) Французы знаютъ подобный законъ лишь въ разгарѣ революціи. Это знаменитый законъ 21 авг. 90-го года: судьи обязаны обращаться къ законодательному собранію toutes les fois qu'ils croiraient nécessaire d'interpéter une loi.

имѣющіе и узурпируемые ревнивымъ кодификаторомъ въ составъ этой системы естественнаго права изъ любекскихъ городскихъ статутовъ, изъ такъ - называемаго *usus modernus juris romani* и проч., но съ полнымъ разрывомъ естественной связи самого Code'a съ этими первоисточниками. Натурально, и внутри этихъ нормъ чувствуется повсюду признакъ узурпаціи и насилія. Мы будемъ имѣть случай убѣдиться въ этомъ на судьбѣ очень различныхъ институтовъ цивильной системы. Возьмемъ примѣръ изъ области семейнаго права. Французскій Code, получившій свою санкцію послѣ грозной *période intermédiaire*, не разрушаетъ такъ всѣхъ признаковъ самобытнаго характера союза семейнаго вторженіемъ въ жизнь семьи, какъ въ конскій заводъ, регламентацій закона, дѣятельности суда, экспертовъ и проч., какъ это мы видимъ въ ландрехтѣ. „Мать, если здорова, обязывается кормить дитя грудью“. До какой поры, предписываетъ отецъ; если спорятъ — судъ, эксперты. Любопытенъ разводъ. Французскій Code далъ двѣ категоріи основаній развода. Первая категорія *divorce pour cause déterminée* и другая *divorce par consentement mutuel* (гдѣ *cause*, само собою разумѣется, есть, но ея не выводятъ стороны на судъ). Противъ легкомысленнаго обращенія къ послѣднему способу Code принимаетъ мѣры очень серьезнаго характера, но за симъ оставляетъ въ самой семьѣ, между мужемъ и женой, вопросъ о матеріальныхъ мотивахъ ихъ рѣшимости разойтись. Ландрехтъ не хочетъ знать никакихъ семейныхъ тайнъ. Параграфы закона вторгаются въ нѣдра семейнаго союза до супружескаго ложа включительно. Разводъ по опредѣленію суда можетъ имѣть мѣсто: сперва рядъ причинъ общихъ для всѣхъ законодательствъ (*causes déterminées*), но за симъ — продолжительный отказъ въ сожитіи, болѣзнь, мѣшающая выполнению этого *Amt'a*, способъ совершенія, несоотвѣтствующій цѣли дѣторожденія (который *bei oder nach der Beiwohnung, die Erreichung des gesetzmässigen Zwecks derselben vorsätzlich hindert*), неизлѣчимыя болѣзни, внушающія отвращеніе, и лишь сверхъ всего этого — по взаимному согласію, но тоже *pour cause déterminée*, просто неодолимое отвращеніе (во всемъ этомъ есть элементъ исповѣдный, о чемъ точнѣе позже). Личныя отношенія супруговъ опредѣлены §§-ми закона такъ: не дозволено отказываться продолжительно въ сожительствѣ, развѣ бы это вредило здоровью или мать кормила дитя грудью (ср. кн. II, тит. I, §§ 178—180, 668 и слѣд.). И такъ, нѣтъ внутри семьи ничего, что имѣло бы другой источникъ, кромѣ §§ предусмотрительнаго закона. Даже тѣ функціи, которыя природа преподала живот-

нымъ и людямъ, quod natura omnia animalia docuit, каковы maris et feminae conjunctio, liberorum procreatio atque educatio, и которыя у Ульпіана составляютъ jus naturale, въ прусскомъ ландрехтѣ получаютъ иной смыслъ, смыслъ нормы, преподаваемой ландрехтомъ. Если союзъ супружескій привелъ въ вожделѣнной цѣли, то это не въ силу какихъ-либо законовъ, внѣ ландрехта существующихъ, а единственно благодаря предусмотрительности мудраго законодателя (Erreichung des *gesetzmäßigen Zwecks*), пекущагося о близорукихъ. Если мать выкормила дитя, то оно не ей, не ея доброй волѣ, любви, чувству материнскаго долга признательно, а прямо параграфу ландрехта, безъ котораго все могло выйти совершенно иначе. Прусское законодательство не остановилось и на этихъ ближайшихъ консеквенціяхъ взгляда на человѣка, какъ на прусскій государственный Zweckapparat, какъ на природнаго Amtmann'a прусскаго ландрехта—оно пошло дальше. Жена уклонившагося отъ службы солдата (eines entwichenen Soldaten) можетъ тотчасъ, не выжидая никакихъ сроковъ, требовать развода съ мужемъ. Государство мстительнымъ образомъ спѣшитъ помочь ей въ ту же минуту забыть всѣ другіе §§ ландрехта, всякое религіозное, нравственное, природное чувство, чтобы тѣмъ надежнѣе гарантировать себѣ лишній штыкъ въ арміи *).

Австрійская кодификація замѣшкалась. Мысль кодифицировать родилась давно. Но къ цѣли пришла прежде не только Пруссія, но даже Баварія. Намъ не любопытно, почему это произошло. Возможно, что въ Австріи заняты были не столько тѣмъ, что будутъ кодифицировать, сколько вопросомъ, кто попадетъ въ существовавшую долгіе годы Kompilations - Commission. Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich явилась лишь въ 1811 году въ окончательной редакціи и воспріяла силу закона съ 1 іюня того же года. Въ этомъ кодексѣ только гражданскаго права неизмѣримо меньше „политики“, чѣмъ въ прусскомъ ландрехтѣ, насколько это, натурально, зависѣло отъ тогдашняго состоянія юридическихъ отношеній, носившихъ въ Австріи далеко не чисто-цивильный характеръ (зависимость крестьянства, политическое положеніе церкви и проч. оставались здѣсь въ полной силѣ). Задача его та же, что и всѣхъ современныхъ кодексовъ, т.-е. примиреніе дуализма нормъ римскаго и новаго происхожденія. Основу этого прими-

*) Последнее положеніе находится въ Anh. къ § 690 ландрехта, § 80. Пруссіе юристы думаютъ, что Anh. этотъ есть offenbar veraltet и приводятъ къ его устраненію нынѣ еще имперск. зак. 6 февр. 1875 г.

ренія или соглашенія и здѣсь находятъ въ ученіяхъ естественнаго права. Австрійскій законодатель, однако, вовсе не ищетъ съ такимъ усердіемъ, какъ прусскій, утилизировать все естественное право въ свою пользу. Въ разработкѣ проекта принимаетъ самое живое участіе знаменитый въ ту пору профессоръ естественнаго права Zeiller. Онъ собственно былъ референтомъ комиссіи. Весь кодексъ очень простъ по составу и кратокъ по формѣ. Онъ заключаетъ въ себѣ всего 1502 параграфа. Сравненіе съ прусскимъ не вполне удобно, ибо прусскій содержитъ не одно частное право. Однако достаточно принять во вниманіе сравнительное число параграфовъ въ двухъ только титулахъ (неполныхъ) прусскаго ландрехта (о бракѣ 1119 §§—это 1-й титулъ 2-й части, а объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми—270 §§—это часть втораго титула; вмѣстѣ для брака и отношеній родителей къ дѣтямъ 1389 §§ у пруссаковъ, а у австрійцевъ для этихъ же матерій 143 §§+49) съ австрійскимъ кодексомъ, чтобъ постигнуть разницу между прусскою невоздержностью въ законописаніи и несомнѣнной умѣренностью Австріи въ этомъ отношеніи. Вся совокупность §§ (1502) расчленена на введеніе и три части: 1) von dem Personenrechte, 2) von dem Sachenrechte, гдѣ два большихъ раздѣла, а) von den dinglichen Rechten, б) von den persönlichen Sachen-Rechten 3) общія постановленія для Personen и Sachen-Rechte *).

*) Австрійскій кодексъ недавно переведенъ на русскій языкъ г-мъ Вербловскимъ (изд. редакц. ком. по составл. гражд. уложенія). Указан. здѣсь терминъ Sachenrechte съ ихъ подраздѣленіемъ на dingliche и persönliche Sachenrechte переданы у г. Вербловскаго не буквально. Онъ употребляетъ терминъ имущественное право вмѣсто Sachenrecht, dingliches Recht передаетъ словами вещныя права, а persönl. Sachenrechte—лично-имущ. права. Для точнаго смысла „имущество“ у нѣмцевъ есть терминъ Vermögen. Г. Пахманъ, въ Исторіи кодификаціи, точнѣе выражаетъ терминологию кодекса, передавая ее такъ: часть вторая „о правѣ на вещи“, первый отдѣлъ „о вещныхъ правахъ“, отдѣлъ второй „о лично-вещныхъ правахъ“. Можетъ казаться непонятнымъ, что это за дѣленіе вещныхъ правъ на просто-вещныя и лично-вещныя. Между тѣмъ классификація именно такова. Dingliches Sachenrecht соответствуетъ латинскому jus in re, jus in rem; въ противоположность этому право требованія есть jus in personam, и это, повидимому, хотѣлъ выразить г. Вербловскій. Между тѣмъ, австр. код. знаетъ не эту послѣднюю категорію въ своей классификаціи, а неримскую jus ad rem (§ 307), и это и будетъ то, что названо въ немъ persönl. Sachenrechte. Г. Вербловскій быть можетъ правъ, желая замѣнить эту терминологию, ибо заглавіе 2 отд. 2-й кн. не соответствуетъ ея содержанію; но эта замѣна, а не переводъ. Мы увидимъ позже, откуда взялся терминъ jus ad rem. Что касается названнаго сейчасъ соч. г. Пахмана, то понятіе кодификаціи у него имѣетъ самый обширный смыслъ, и въ 2-хъ том. эт. сочин. (больш. формата около 1000 стр.), вы найдете свѣдѣнія по цѣлой массѣ всякаго рода сборниковъ юридическихъ нормъ гражд. права, начиная съ XII табл. до Остзейск. гражд. законовъ. Задача труда дать обзоръ кодексовъ и литературы, причемъ критика кодификац. трудовъ ограничена указаніемъ вышнихъ достоинствъ и недостатковъ кодексовъ, а не изслѣдованіемъ самыхъ началъ,

Для характеристики кодекса, имѣющей для насъ здѣсь небольшое значеніе, достаточно сказать, что вліяніе римскаго права было преобладающимъ въ кругахъ его составителей, и рядомъ съ этимъ общимъ объединяющимъ его элементомъ они ввели въ составъ системы нѣкоторые элементы такъ-назыв. германскаго правосознанія въ отдѣльныхъ институтахъ.

Въ ближайшемъ отношеніи къ дѣйствующему у насъ донинѣ X-му тому Св. Зак., къ нашему гражданскому законодательству, стоятъ только три названные иностранные кодекса. Графъ Сперанскій имѣлъ въ виду только ихъ, выполняя свою задачу собиранія русскаго гражданскаго права въ одну книгу законовъ. Мы могли бы здѣсь ограничиться параллелизмомъ этихъ четырехъ и донинѣ дѣйствующихъ кодексовъ для нашихъ ближайшихъ задачъ. Точно также вопросъ, поставленный главой исторической школы въ началѣ этого столѣтія о призваніи нашего времени къ законодательству и юриспруденціи, разъяснялся въ особенности въ виду трехъ названныхъ попытокъ. Но задачи кодификаціи ни въ Германіи, ни у насъ далеко не приведены къ концу. Проблемы, поставленные 70 лѣтъ назадъ, далеко еще не перестали тревожить юристовъ и общество. Вопросъ о кодификаціи послѣ нѣкотораго затишья возникъ опять повсюду въ новыхъ и гораздо болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ прежде. Пруссія и Австрія оставили планъ, прежде существовавшій, кодифицировать вслѣдъ за общимъ правомъ разныя провинціальныя права. Но тѣмъ временемъ внутри Германіи разработанъ новый, саксонскій, кодексъ; у насъ возникъ въ 63 году сводъ мѣстныхъ законовъ остзейскихъ, Италія выработала новый кодексъ *) Вопросъ кодификаціи занимаетъ и Англію и Швейцарію, и Бельгію, и, наконецъ, Японію, гдѣ работалъ для этой цѣли французскій профессоръ Boissonade. Съ начала 70-хъ годовъ этотъ вопросъ сталъ снова жгучимъ въ Германіи. Онъ составляетъ, наконецъ, очередную

въ нихъ содержащихся. Внѣшнее очертаніе множества западныхъ кодексовъ, римскихъ, романскихъ, германскихъ, славянскихъ, даетъ большой выборъ, такъ сказать, узоровъ кодификаціонныхъ, конечно весьма занимательныхъ для кодификаторовъ. Для русской кодификаціи собраны многообразныя свѣдѣнія о кодификаціонныхъ проектахъ прошлаго и текущаго столѣтія, частью никогда не осуществленныхъ, но все-таки любопытныхъ.

*) Названные новые кодексы существуютъ въ русскомъ языкѣ, саксонскій въ переводѣ цѣлаго круга лицъ подъ общимъ руководствомъ г. Книрима, изд. редакц. комис. по составленію гражд. уложенія, 1885 г.; той же редакц. комиссіей изданы недавно переводъ гражданскаго и торговаго уложенія княжества Сербіи 1844 и 1866 гг., гражд. уложенія Цюрихскаго Кантона, Калифорнское... Остзейск. св. существуетъ въ офиц. переводѣ на русскій языкъ. Итальянское уложеніе переведено г. Заруднымъ. Заслуживаетъ вниманія Испанское гражданское уложеніе 24 іюля 1889 г., переведен. на французскій языкъ г. Levé (Code civil espagnol) въ 1890 г.

заботу и въ нашихъ законодательныхъ сферахъ. Повсюду въ эту минуту, однако, еще всё больше ожиданій, споровъ, надеждъ, чѣмъ достигнутыхъ результатовъ, и основательное разъясненіе задачъ, средствъ и результатовъ кодификаціи продолжаетъ держаться въ предѣлахъ давно опредѣлившихся контроверзъ и старыхъ опытовъ этого рода.

Мы видѣли выше мысли Савиньи по поводу трехъ теперь уже старѣющихъ кодексовъ. Въ ту пору глава исторической школы разсматривалъ кодификаціонную дѣятельность какъ специфическую болѣзнь вѣка, опасную для нормальнаго развитія права. Онъ одинаково осуждаетъ всѣ три предшествующія попытки кодификаціи и извлекаетъ изъ нихъ поученіе противъ дальнѣйшихъ предпріятій такого же рода.

Принимая, однако, всѣ основоположенія ученія Савиньи о природѣ права, живой, измѣнчивой и органической, мы не можемъ сойтись съ нимъ въ осужденіи заодно всѣхъ трехъ попытокъ, которыя онъ имѣлъ въ виду въ ту пору. Между кодификаціонной дѣятельностью французовъ въ началѣ этого столѣтія и пруссаковъ въ исходѣ прошлаго вѣка крайне мало общаго, кромѣ развѣ имени кодекса, которое само по себѣ, натурально, не можетъ внушать ни опасеній, ни радостей. Съ точки зрѣнія кодификаціонной техники ихъ, натурально, можно разсматривать одинъ, какъ другой. Такъ собственно и относились къ нимъ наши кодификаторы. Но вопросъ, поставленный Савиньи, касался вовсе не этого мастерства, а призванія нашего времени къ законодательству и юриспруденціи. Вопросъ былъ совершенно правильно поставленъ. Источникъ юридическихъ нормъ раскрывался не въ книгѣ закона, а въ національномъ сознаніи права. Развѣ въ этомъ смыслѣ возможно ставить наряду такіе два кодекса, какъ прусскій Ландрехтъ и французскій Code? Развѣ исторія права во Франціи, даже въ тѣхъ слабыхъ очертаніяхъ, которыя были даны выше, походить на исторію права не только въ Пруссіи, но даже въ цѣлой Германіи?

Въ одной—непосредственной традиціи римскаго права, блестящій періодъ историческаго изученія его источниковъ еще въ XVI вѣкѣ, разработка кутюмовъ, объединяющая медленнымъ путемъ разномѣстные источники права, національная государственная власть, постоянное обособленіе началъ права публичнаго и частнаго, блестящая литературная дѣятельность, грозный кризисъ этой *période intermédiaire*, но кризисъ, происходившій въ могучемъ и цѣльномъ національномъ организмѣ...

Какіе подобные жизненные, органическіе процессы, пред-

шествующіе и сопровождающіе успѣхи національнаго сознанія, возможно отмѣтить для Пруссіи, захотѣвшей имѣть тоже свой кодексъ въ половинѣ XVIII вѣка? Думаемъ, что самый вопросъ можетъ показаться больше забавнымъ, чѣмъ серьезнымъ. Итакъ, если право есть продуктъ національной жизни, творчества націи, какъ ея языкъ, то что-же общаго можно вывести для исторіи права изъ этихъ двухъ кодексовъ? Французская *exaequatio legum*, объединеніе ея права, наконецъ, кодификація составляли подлинный, неподдѣльный продуктъ ея исторіи. Оттого кодексъ, задуманный только среди тревогъ революціи, могъ выдти готовымъ и оконченнымъ при первой смѣнѣ лихорадочнаго возбужденія націи состояніемъ большей увѣренности въ себѣ, болѣе собранныхъ національныхъ силъ. Франція не могла жить теперь подъ дѣйствіемъ стараго права, и она создала потребное для ея жизни новое національное право.

Какую новую фазу въ исторіи права представляетъ конецъ XVIII вѣка для Пруссіи и начало XIX для Австріи? И тутъ и тамъ неотмѣненная частно-правная зависимость массъ, и тутъ и тамъ ничѣмъ внутреннимъ образомъ несвязанные конгломераты территорій, разноплеменныхъ, черезполосныхъ, сейчасъ готовыхъ разбрестись розно, какъ только нѣтъ на лицо внѣшней силы, угрожающей непокорнымъ. Савиньи былъ совершенно неправъ, ставя на одну доску такія несоизмѣримыя явленія, какъ названные выше три кодекса. Одинъ (французскій) могъ служить подтвержденіемъ его органическаго ученія о правѣ. Оба другіе составляли въ самомъ дѣлѣ настоящую иллюстрацію отвергаемыхъ имъ механическихъ экспериментовъ въ этой области *).

Если таково различіе въ происхожденіи названныхъ трехъ кодексовъ, органическаго для Code'a и чисто-механическаго для

*) Намъ вовсе нелюбопытно, чѣмъ условливалось это смѣшеніе явленій, столь мало сходныхъ, у именитаго юриста. Въ немъ во всякомъ случаѣ было извѣстное умаленіе чести, извѣстная *Niederschätzung* для Франціи, и слишкомъ много чести для прусскаго ландрехта. Самъ Савиньи былъ французъ по происхожденію. Трудно, однако, думать, чтобъ въ немъ говорило на этотъ разъ излишнее усердіе къ новому отечеству. Онъ такъ невысоко аттестовалъ и ландрехтъ и современную ему нѣмецкую юриспруденцію, что о пристрастіяхъ не можетъ быть рѣчи. Ближе и проще, по свойствамъ задачъ, поставленныхъ себѣ исторической школой, вовсе неразсчитанныхъ на скорые практическіе результаты, объяснить себѣ это сопоставленіе очень отдаленнымъ отъ нашего времени критеріемъ римскаго юридическаго творчества, который Савиньи примѣнялъ безразлично ко всему современному состоянію права, гдѣ бы то ни было. Съ точки зрѣнія римскихъ идеаловъ только и возможно не рассмотретьъ великой разницы между явленіями исторіи права во Франціи и въ Пруссіи. Ошибочность сопоставленія, какъ бы мы себѣ ее ни объяснили, не измѣняется отъ этого, точно также, какъ и несогласіе сужденія о французскомъ Code'ѣ съ органической теоріей права, съ ученіемъ о *національномъ сознаніи какъ основѣ права*, съ сопоставленіями права съ языкомъ и прочее.

ландрехта въ особенности, то, понятнымъ образомъ, и ихъ дальнѣйшая судьба не могла быть одинаковой. Успѣхи рецепціи французскаго права на чужой почвѣ извѣстны. Рожденный, такъ сказать, живымъ и жизнеспособнымъ, онъ удержался донинѣ вездѣ, гдѣ почва была въ большей или меньшей степени подготовлена исторіей для очищенной отъ средневѣковыхъ остатковъ культуры права частнаго. Успѣху развитія права общаго, вмѣстѣ съ этимъ, на всей ново-европейской почвѣ не содѣйствовалъ ни одинъ новый кодексъ въ такой мѣрѣ, какъ Code civil. Мы разумѣемъ здѣсь, натурально, не формально-обязательный смыслъ правообщенія, а лишь содержаніе нормъ, приведенное въ этомъ кодексѣ въ наиболѣе близкое соотвѣтствіе правосознанію европейскихъ обществъ. Успѣхъ французскаго права внѣ Франціи не связанъ нигдѣ съ наличностью какого бы то ни было внѣшняго авторитета, навязывающаго это господство. Тутъ нѣтъ также тѣхъ фикцій длящейся имперіи, къ коимъ прибѣгали юристы и которыми вѣрили люди, когда рѣчь шла о цивильномъ римскомъ правѣ. Ему продолжаютъ и нынѣ слѣдовать 7 мил. 600 тыс. нѣмцевъ, зная хорошо, какого оно происхожденія и не взирая на существующую уже теперь съ 74 г. общую имперскую компетенцію по матеріямъ гражданскаго права. Этотъ же французскій Code содѣйствовалъ объединенію права въ современной Италіи на счетъ вытѣсненнаго, тотчасъ по освобожденіи нѣкоторыхъ ея территорій отъ австрійскаго господства, австрійскаго кодекса.

Мы видѣли выше, какимъ духомъ проникнуть прусскій ландрехтъ. Какая же его роль въ самой Пруссіи и въ цѣлой Германіи? Она связана частью съ страшными ударами судьбы, постигшими Пруссію въ началѣ этого столѣтія. Государство было, такъ сказать, сметено силой французскаго оружія. Король оказался на Мемелѣ. Французскія войска заняли всю территорию Пруссіи вплоть до русской границы. Пруссіе чиновники съ тѣмъ же рвеніемъ продолжали свое служеніе разъ заведенному порядку въ новыхъ условіяхъ, какъ они привыкли служить въ старыхъ. Поднять народную войну не было никакой возможности. Тильзитскій миръ (807 г.) спасъ королевскую семью цѣлой раздробленія старой прусской территоріи. Для идеи о правѣ, еще какой нибудь десятокъ лѣтъ назадъ формулированной въ ландрехтѣ, оставалась самая убогая сфера примѣненія *), и лишь въ

*) Причемъ, натурально, ни одна мать не перестала кормить своего ребенка и ни одна жена не воспользовалась обѣщаннымъ содѣйствіемъ закона къ разводу за уклоненіе отъ службы, если не находила для сего болѣе настоятельныхъ резоновъ.

отдаленномъ будущемъ имъ предстояло вновь ожить въ воображеніи einiger Privatdoctorem. Россія переживала въ ту пору эпоху блестящей юности своего государя. Политика была вполне національной. Залогомъ сближенія съ Франціей послужилъ Бѣло-стокъ, русскій городъ, входившій до того въ составъ Пруссіи. Послѣ тильзитскаго мира все направленіе внутренней политики Пруссіи стало прямо противоположнымъ прежнимъ завѣтамъ. Основъ права стали искать совсѣмъ не тамъ, гдѣ ихъ находили прежде, о чемъ будемъ имѣть случай сказать позже. За освобожденіемъ нѣмецкихъ территорій тотчасъ, въ эпоху вѣнскаго конгресса, на очередь сталъ вопросъ о гражданскомъ правѣ, но уже на этотъ разъ не территоріальномъ для той или другой союзной области, а *національномъ*. О кодексахъ прусскомъ и австрійскомъ никто не думалъ. Все, что въ нихъ было австрійскаго или прусскаго, не могло болѣе привлекать никого внѣ круга лицъ, связанныхъ формальной обязательностью ихъ примѣненія въ судахъ. Каждый изъ этихъ кодексовъ расширялся или сужался въ его примѣненіи исключительно подъ дѣйствіемъ принудительной силы, и то далеко не всегда успѣшно, ибо съ французскимъ Code'омъ оказалось труднѣе справиться, чѣмъ съ французскими маршалами. Юридическая литература до крайности охладѣла къ разработкѣ всякихъ ландрехтовъ. Тибо, въ указанной выше брошюрѣ, замышлялъ *объединеніе цивильнаго права всей Германіи посредствомъ кодекса*, обязательность коего для всѣхъ нѣмецкихъ территорій подлежала бы гарантіи (международной) союзныхъ державъ. Какъ извѣстно, Савиньи выступилъ противъ этого плана. И съ тѣхъ поръ знакомыя намъ идеи этого писателя объ историческомъ жизненномъ процессѣ возникновенія юридическихъ нормъ овладѣли литературой и школой не только въ Германіи, но и во Франціи и въ Россіи. Въмѣсто ничего не содержащихъ абстракцій такъ называемаго естественнаго права, начался трудный и длительный процессъ изученія тѣхъ живыхъ основъ, на которыхъ держится юридическій бытъ европейскихъ обществъ въ дѣйствительности. Если и въ это новое время скоро старѣвшіе кодексы нѣмецкой работы представляли какой-либо научный интересъ, то только въ той мѣрѣ, въ какой они являли собою попытки сочетанія и примиренія въ нихъ началъ національныхъ институтовъ съ универсальными элементами римской системы частнаго права.

Особенность положенія Германіи и въ эту пору, однако, заключалась въ томъ, что всѣ эти исканія общихъ юридическихъ нормъ носили характеръ исключительно научный, медленно при-

ближавшій нѣмецкое общество къ практическимъ цѣлямъ юриспруденціи. Какъ ни высоко стоялъ авторитетъ новыхъ *privat-doctorum*, однако этого авторитета далеко не было достаточно, какъ нѣкогда въ Римѣ, для прямого вліянія на гражданскую практику. Работы юристовъ осуждены были надолго оставаться въ стадіи предварительной, подготовительной (*Vorarbeiten*), не переходя въ окончательную. Тѣхъ содѣйствующихъ практической осуществимости зрѣющей идеи національнаго единства органовъ, какіе завѣщаны были Франціи ея историческимъ прошлымъ, Германія не имѣла. Давно утратившая всякое реальное значеніе, нѣмецкая императорская власть была окончательно упразднена актомъ отреченія императора Франца II въ 806 году. Замянявшіе ее союзы и окончательный союзъ 38-ми нѣмецкихъ государствъ съ Bundestag'омъ во Франкфуртѣ, созданнымъ вѣнскимъ конгрессомъ, не подавалъ никакихъ видовъ на объединеніе гражданского права нѣмецкой націи, ибо члены союза продолжали пользоваться всѣми средствами для сепаратныхъ цѣлей. Партикуляризма въ гражданскомъ правѣ не сокрушило также революціонное движеніе 1848—49 гг. Общаго національнаго чувства оказалось достаточно, чтобъ связать саксонцевъ, швабовъ, баварцевъ, пруссаковъ, весь югъ и весь сѣверъ Германіи для нападенія на безсильную Данію, отъ которой былъ силой отторгнутъ Шлезвигъ *), гдѣ населеніе-де тѣсно связано съ Германіей кровнымъ единствомъ, но въ то же время этого національнаго чувства явно было недостаточно, чтобы сдѣлать надлежащія уступки въ правѣ отдѣльныхъ территорій руководиться только своими нормами, знать только свой судъ и свои порядки въ гражданскихъ дѣлахъ. Даже въ институтахъ, до такой степени неудобобособимыхъ, какъ вексель и другія установленія торговаго права, нельзя было добиться общихъ нормъ, ибо отдѣльныя территоріи не хотѣли допустить обязательнаго ихъ примѣненія, каждою у себя, иначе, какъ чрезъ особую, исходящую отъ мѣстной власти, промѣну, безъ которой нормы общія, не ставъ такимъ образомъ въ то же время и партикулярными, не обязывали мѣстныхъ судовъ. Примѣнительно къ своему быту это нѣмецкое юридическое сознаніе ставило выше всего формы, а тамъ гдѣ рѣчь шла о чужомъ, оказывалось достаточнымъ простаго родства крови, для того чтобы оттор-

*) Нѣмецкіе учебники исторіи обыкновенно исполнены восторговъ, когда рѣчь идетъ объ этомъ событіи національнаго объединенія, и въ тѣхъ же книжкахъ учителя не находятъ словъ для порицанія факта присоединенія русскаго города Бѣлостока къ Россіи.

гнуть отъ слабаго государства его провинцію и приобщить къ общему отечеству.

Въ 65-мъ году появилась первая смѣлая литературная попытка Ihering'a основать все ученіе о правѣ на принципъ пользы, на матеріальной основѣ, причемъ форма, формальные реквизиты, такъ называемый Willensformalismus долженъ былъ отойти на второй планъ, уступая соображеніямъ выгоды, интереса, расчета (Allgemeine Theorie der Rechte, Geist d. röm. Rechts, dritter Theil, erste Abtheil., конецъ). Въ ту же пору десять союзныхъ правительствъ (между ними Саксонія, Баварія, Вюртембергъ) пытались, во имя *общей пользы*, придти къ соглашенію объ общемъ гражданскомъ правѣ. Большинство союзаго собранія было за это предложеніе. Меньшинство, съ Пруссіей во главѣ, протестовало противъ компетенціи собранія рѣшать этотъ вопросъ, какъ не принадлежащій къ категоріи *общепользныхъ* распоряженій союза.

Очевидно, ни формализмъ воли, ни принципъ пользы, ни историческая школа, ни наконецъ движеніе 48—49 гг. не могли, въ наличныхъ условіяхъ, подвинуть Германію сколько нибудь на путь объединенія ея цивильнаго права. Право цивильное *никакъ не хотѣло обособиться отъ соображеній совершенно нецивильнаго свойства*. Тамъ, гдѣ нормы были буквально тождественны, онѣ все же оставались только сходными, а не общими, пожалуй даже всеобщими (это нѣмцы строго различаютъ), когда всѣ партикулярныя законодательства принимали ихъ къ руководству, но отнюдь не общими именно, ибо общаго источника права (въ формальномъ смыслѣ) для нихъ нѣтъ. Понятіе общей національности, общаго національнаго сознанія, которое во Франціи дало такой общій источникъ права, здѣсь не мыслилось въ практикѣ, а существовало лишь въ наукѣ, и нуженъ былъ еще нѣкоторый додатокъ, чтобъ это понятіе приобрьло свойство практически допустимаго для Германіи.

Въ 65-мъ году Саксонія промульгировала свой сепаратный кодексъ гражданскаго права для земель королевства. Нѣмецкіе централисты разныхъ земель напали на этотъ законодательный сепаратизмъ съ изумительною энергіей.

Послѣдовавшая вскорѣ такъ называемая братоубійственная война разбила безпомощный союзъ нѣмецкихъ государствъ, существовавшій для общаго блага, выключила изъ его состава единственную сильную соперницу Пруссіи въ общихъ совѣтахъ — Австрію, и привела къ образованію новаго сѣверо-германскаго foedus iniquum, гдѣ хозяйкой стала Пруссія. И только тутъ

тотчасъ же явилась для этого союза возможность настоящаго общаго права, какъ будто эту настоятельную потребность національной жизни слѣдовало удовлетворить только такъ сказать въ награду за покорность членовъ союза политическимъ видамъ Пруссіи.

Общее національное нѣмецкое сознаніе легко, какъ мы видѣли, возбуждалось и становилось дѣятельнымъ, когда надо было преслѣдовать цѣли хотя и не юридическія, но зато явно общепользныя, какъ захватъ Шлезвига. Въ этомъ же направленіи общность національнаго сознанія была пробуждена Пруссіей въ 70-мъ году, и военное предпріятіе союзниковъ, какъ всѣмъ извѣстно, кончилось отторженіемъ двухъ богатыхъ провинцій и пятью милліардами военной контрибуціи, уплаченныхъ побѣдителю.

Эти военные успѣхи несомнѣнно должны были скрѣпить ненадежныя до того узы союза основательнымъ чувствомъ *страха за будущее* и невольной солидарностью соучастниковъ опасной игры, давшей на первый разъ барышъ такихъ неслыханныхъ размѣровъ. Нѣмецкіе юристы почувствовали, что союзникамъ съ этихъ поръ стало труднѣе чѣмъ прежде разорвать связавшія ихъ путы, что время осуществленія ихъ давнишнихъ надеждъ имѣть общее право для единой націи готово наступить въ этихъ новыхъ условіяхъ. Виндшейдъ, подписывая днемъ Седанской битвы новое изданіе своего учебника, выражаетъ свое пламенное желаніе, чтобъ это изданіе было послѣднимъ въ виду готовыхъ теперь осуществиться страстныхъ вождедѣній (*Sehnsucht*) нѣмцевъ имѣть общій кодексъ гражданскаго права. — Посмотримъ, коротко, какія судьбы этихъ старыхъ плановъ въ новыхъ условіяхъ.

Депутатъ д-ръ Ласкеръ съ величайшей энергіей поддерживалъ, сперва въ предѣлахъ сѣверо-германскаго союза, потомъ для всей Имперіи, планъ законодательнаго объединенія сначала нѣкоторыхъ частей гражданскаго законодательства (право торговое, вексельное, обязательственное, какъ теперь въ Швейцаріи, процессъ гражданскій и конкурсный), позже гражданскаго права въ цѣломъ его составѣ. Уже въ исходѣ 73 года достигнуто было измѣненіе art. 4 № 13 Имперской конституціи въ томъ смыслѣ, что имперская компетенція расширена *на все гражданское право, на уголовное право и на процессъ*. Предложеніе Ласкера было принято рейхстагомъ, и Союзный совѣтъ значительнымъ большинствомъ (противъ обоихъ Мекленбурговъ и Рейса старшей линіи) далъ свое согласіе на это измѣненіе.

Въ исторіи нѣмецкаго права трудно указать другое событіе

такого же поворотного значенія какъ это расширеніе имперской компетенціи на все гражданское право. Никогда до этого земская территоріальная власть не поступалась такъ широко изжившею свой вѣкъ территоріальной максимой въ вопросахъ права. Право частное, для всѣхъ главнѣйшихъ его институтовъ, вышло, казалось, изъ тѣснаго соприкосновенія съ разными политическими интересами отдѣльных земель и съ этимъ вмѣстѣ расширилось и поднялось значеніе права общаго. Если до сего главнѣйшимъ источникомъ гражданского права общаго было право обычное, то послѣ этого продуктивность обычно правнаго творчества уступила мѣсто необычайному, въ первыя 25 лѣтъ имперской компетенціи, обилію *легальныхъ нормъ*, которыхъ въ эти годы выработано больше чѣмъ въ иныхъ условіяхъ успѣваютъ дать для гражданского права цѣлыя столѣтія законодательной работы *). Вмѣстѣ съ этимъ измѣнилось прежнее отношеніе нормъ партикулярныхъ къ общимъ цивильнымъ. Если прежде общее право шло лишь *in subsidium*, уступая первенство праву партикулярному, то съ этихъ поръ, какъ разъ наоборотъ, имперское законодательство идетъ впередъ и земское право отнюдь не должно препятствовать примѣненію его нормъ. Въ этомъ смыслѣ *Reichsrecht bricht Landesrecht*, т.-е. какъ есть обратно старому принципу, гдѣ право локальное преобладало надъ общимъ, обращаясь къ общему только какъ къ источнику вспомогательному.

Вскорѣ за измѣненіемъ art. 4 № 13 имперской конституціи, уже лѣтомъ 74 года была образована кодификаціонная коммиссія изъ 11 членовъ съ д-ромъ Папе во главѣ для выработки проекта гражданского уложенія. Въ ея составъ вошли, именитые нѣмецкіе профессора (романистъ Виндшейдъ, германисты Ротъ, Планкъ и друг.) и юристы практики (знатоки прусскаго ландрехта, *Code civil* и новаго саксонскаго кодекса).

Задача кодификаціи была сразу поставлена въ совершенно точныя границы. Кодифицируется *только частное право*. Въ предѣлы кодификаціи не входятъ: а) *право торговое* (матеріи прикасающіяся и гражданского и торговаго права предположено разрабатывать въ видѣ спеціальн. законовъ); б) *горное право*; в) *остатки институтовъ германскаго происхожденія*, каковы институты леннаго права, реальныя тягости, наслѣдственныя аренды, семейныя фидеикомиссы и проч., которые имѣютъ удержать свое мѣсто въ составѣ мѣстныхъ системъ земскаго права; d) также рядъ институтовъ, на коихъ лежитъ опредѣленно выра-

*) Bekker, „Recht muss Recht bleiben“, стр. 20.

жившійся характеръ локальныхъ особенностей или полицейскихъ задачъ, *лѣсное, водное право*, съ правомъ охоты и рыбной ловли, уставы строительные, *аграрное право*, законы объ отчужденіи имущества для общественныхъ цѣлей, положеніе о наймѣ прислуги и проч.

Съ этихъ поръ, когда опредѣлился составъ и задачи кодификаціи и до 1888 года, когда стали появляться въ обиліи результаты 14 лѣтнихъ трудовъ комиссіи, процессъ работъ оставался вполнѣ скрытымъ отъ глазъ публики. Къ чести нѣмецкой скромности тайна плановъ сохранялась съ тщательностью, какая больше свойственна работамъ военныхъ штабовъ. Между тѣмъ, интересъ загадки быстро возросталъ, особенно съ тѣхъ поръ, какъ нѣкоторые писатели, въ числѣ ихъ прежде всего профессоръ Ihering, громко заговорили въ совершенно новомъ духѣ о *природѣ права*, какъ и хорошо придуманномъ механизмѣ, посредствомъ котораго дальновидные сѣумѣютъ принудить близорукихъ подчиниться ихъ расчетамъ. Если все право есть дѣло расчета предусмотрительныхъ и покорности оплошныхъ, то, конечно, ничто не можетъ быть любопытнѣе производства такихъ Zwesckarrat'овъ, которые приводятъ къ этой цѣли. Мы видѣли выше, что въ нѣмецкой литературѣ существовало предположеніе о назначеніи этой новой теоріи права послужить префаціей къ какой-либо обширной новеллѣ...

Тѣмъ временемъ въ пользу кодификаціи высказывались, навстрѣчу идеямъ Савиньи, одинъ за другимъ, именитые нѣмецкіе юристы, и, наконецъ, старѣйшій изъ оставшихся отъ славной плеяды учениковъ Савиньи Бетманъ-Гольвегъ. Въ 1879 году, пять лѣтъ послѣ учрежденія кодификаціонной комиссіи, Германія торжествовала память столѣтія дня рожденія Савиньи. Къ этому дню Виндшейду пришлось еще разъ (5-й) издавать заповѣданный имъ въ день Седанской битвы учебникъ, и онъ подписалъ его днемъ рожденія Савиньи (21-е февраля). Эмблематическій смыслъ подписи на этотъ разъ былъ особенно неумѣстенъ, ибо именно въ этомъ 5 изданіи Виндшейдъ, никѣмъ не нудимый (ему никто не возражалъ противъ его прежней формулы), утверждаетъ, вопреки своимъ прежнимъ мнѣніямъ, что законъ можетъ эффективнымъ образомъ заранее аннулировать для будущаго времени силу обычно-правныхъ нормъ. Аргументація этого новаго положенія любопытна по утонченности приемовъ, съ какой ее выполнялъ Виндшейдъ *). Во всякомъ случаѣ подписывать такое

*) См. Pandekten т. 1, изд. 79 г. § 15 особ. прим. 4, гдѣ мысли Савиньи и Пухты, также Böhlau, полагающаго, что только право обычное есть подлинно

закланіе любимаго дѣтища исторической школы днемъ рожденія ея первоначальника въ Германіи совсѣмъ неудобно...

право, а законъ лишь воля государства. Виндшейдъ § 18 пр. 3 и 4, совсѣмъ иначе: прежде я (Виндшейдъ) думалъ какъ Пухта, что законъ не можетъ объявить право неправомъ, также какъ не можетъ возбранить будущій обычай; мыѣ не возражали, но теперь я думаю иначе. И этотъ новый образъ мыслей надлежитъ изучить въ подлинникѣ. Для дальнѣйшей разработки вопроса объ обычн. правѣ см. статьи Rümelin въ Jahrb. Ihering'a за 88 г., 3 т. Мы имѣемъ нынѣ еще дальнѣйшія столкновенія по этому основному и крайне богатому конвенціями для текущихъ законодательныхъ работъ вопросу. Лабанду (вопреки волѣ государства не можетъ быть допущено особое право непослушанія, вошедшаго въ обычай, Recht auf gewohnheitsmässigen Ungehorsam. со стороны nicht organisirte Rechtsgemeinschaft), который поддерживаетъ тѣ же тезы, что и Виндшейдъ, возражаютъ Гирке, Герберъ и другіе. Гирке, въ указан. Deutsch. Privatrecht, замѣчаетъ: не можетъ существовать закона, способнаго воспрепятствовать забвенію юридическихъ нормъ. Пока, однако, такой законъ остается налицо, какъ бы онъ ни отжилъ свой вѣкъ, все-таки одна категорія судей будетъ продолжать имъ пользоваться для опасныхъ истолковательныхъ операцій, у другой тотъ же законъ будетъ служить средствомъ гнуть все живое на старый ладъ. Сила обычая та же, что и сила закона. Легальные запреты, направленные противъ обычнаго права, суетны не меньше, чѣмъ всѣмъ знакомые приемы гордыхъ властителей заказать разъ навсегда своимъ преемникамъ всякое покушеніе на ихъ законы. Позднѣйшее обычное право предпочитается прежней легальной нормѣ (партикулярн. законодательства даютъ на сей предметъ не одинаковыя руководящ. правила; см. Гирке, указ. соч. стр. 172 и слѣд.).—У Гербера (System § 19 прим. издателя) читатель найдетъ противъ мыслей Виндшейда, Лабанда и друг. такія соображенія. Въ основѣ долженъ быть поставленъ вопросъ: что же, въ самомъ дѣлѣ, и самые источники права возникаютъ тоже велѣніемъ законодателя? и если на это нельзя отвѣчать утвердительно, то какимъ образомъ законодатель можетъ, такъ сказать, закрыть живой ключъ развитію новаго права, какое бы оно ни было, легальное или обычное? Крайняя трудность одолѣть живой источникъ права, который всегда найдетъ себѣ путь, если не тамъ, гдѣ его осилили, то въ другомъ мѣстѣ, приведетъ законодателя къ необходимости отступить и этимъ откроетъ случай злѣйшему. (по выраженію Лабанда) виду непокорности, т.-е. непокорности вошедшей въ обычай, переставать быть таковою и обращаться въ подлинное право. Герберъ, однако, не видитъ зла въ противодѣйствіи посредствомъ законовъ общій развитію общеправныхъ партикуляризовъ.—Дѣло, явнымъ образомъ, не въ формальномъ различіи источниковъ права, обычаевъ или законовъ, а въ отношеніи юридическихъ нормъ, какого бы онѣ ни были происхожденія. къ живому юридическому сознанію того общества, для коего эти нормы предназначаются. Это отношеніе нормъ къ юридическому сознанію людей можетъ быть или правильнымъ, хорошо его отражающимъ, истиннымъ зеркаломъ этого сознанія, или не быть таковымъ. Въ первомъ случаѣ не будетъ никакой надобности заповѣдывать заранѣе будущіе обычаи, регулировать впередъ все послѣдующее направленіе источниковъ права по усмотрѣнію предусмотрительныхъ, тѣмъ менѣе приводить въ дѣйствіе Zwangs-apparat'ы, угрожать наказаніями и проч. Вспомнимъ вновь безсмертныя идеи Юлія Павла (хотя и поверженнаго уже въ прахъ перелъ величіемъ Шварца), non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat, ожившій дѣйствительно въ лицѣ Савиньи и его лучшихъ послѣдователей духъ классической юриспруденціи, мастерской анализъ состава юридической нормы (Авг. Тонъ), не оставляющій сомнѣній, что право по своей природѣ не предполагаетъ необходимости внѣшнихъ принудительныхъ аппаратовъ и вовсе не кончается тамъ, куда не доходитъ карательная сила государственнаго меча.—Наоборотъ, если отношеніе нормъ къ юридическому сознанію есть ложное, не отражающее его, навязанное, то никакое насиліе и никакія угрозы не успокоятъ характерной для мыслителей этого лагеря *тревоги за будущее* и никогда не приведутъ предусмотрительныхъ къ намѣченной ими для себя цѣли.

Указанные выше писатели (Гирке и Герберъ) близко сходятся въ данномъ

Пока тянулись такимъ образомъ работы кодификаціонной коммисіи, имперская законодательная дѣятельность развивалась не престанно во всемъ объемѣ указанной выше компетенціи, въ видѣ *спеціальныхъ законовъ*. Согласно новой конституціи имперскіе законы должны составлять безусловно-общее право (иначе думаетъ Böhlau), слѣдовательно приобрѣтають обязательную силу для всей имперской территоріи посредствомъ публикаціи ихъ въ имперскомъ оффиціальномъ органѣ, независимо отъ промугляціи земской законодательной властью, и вмѣстѣ съ этимъ устраняють, въ предѣлахъ указанной компетенціи, дѣйствіе мѣстныхъ нормъ. Важнѣйшія матеріи, коихъ коснулась эта центральная законодательная дѣятельность въ спеціальныхъ законахъ, важныхъ для гражданского быта, суть слѣдующія: торговое право, патенты на изобрѣтенія, огражденіе права авторскаго, банковое дѣло, железнодорожное, почтовое и телеграфное, законы о процентахъ, отмѣна личнаго содержанія за долги, законы о разныхъ видахъ союзовъ и товариществъ съ различными экономическими цѣлями, о подданствѣ, его принятіи и прекращеніи, о дѣеспособности лицъ, способахъ удостовѣренія гражданскаго состоянія и заключенія брачнаго союза (6 февр. 1875 г.), обширные законы о судоустройствѣ и судопроизводствѣ гражданскомъ и о конкурсномъ процессѣ (всѣ 3 отъ 1877 года).

Главнѣйшія мѣры объединенія права коснулись, стало быть, вопроса о лицахъ, способахъ удостовѣренія ихъ гражданскаго состоянія и формъ совершенія браковъ, правоспособности коллективныхъ единицъ, способовъ огражденія правъ одинаковыми для всѣхъ процессуальными средствами, общаго огражденія разныхъ видовъ промышленной дѣятельности и организаціи служащихъ ея цѣлямъ публичныхъ установленій.

Это, за небольшими исключеніями, область нормъ собственно подготовительныхъ для осуществленія имѣющаго наступить *правообщенія* въ сферѣ институтовъ гражданскаго права. Самые эти

вопросъ (о силѣ обычая), очень существенномъ для правильнаго разумѣнія природы права; сверхъ того они оба германисты. Это, однако, не значитъ, чтобы они вообще одинаково понимали свои задачи. Герберъ, противопоставляя романизму германизмъ (понятый, натурально, въ смыслѣ *Ausstossungsprocess'a* всего не нѣмецкаго) отождествляетъ понятіе *Romanismus* и *Iurisprudenz*, съ одной стороны, и *Germanismus* и *Dilletantismus* съ другой (см. Vorwort къ изд. *System* въ 1855 г.; въ 17-мъ изд. это стр. XII). Гирке, въ отвѣтъ не находитъ словъ, чтобы наложить такъ сказать національный интердиктъ на эту книгу Гербера и восклицаетъ *in diesem deutschen Recht (System Gerber'a) ist die deutsche Seele getödtet* (D. Pr., стр. 92). Въ элегическомъ духѣ пишетъ, въ виду колебаній современнаго правосознанія, E. Immanuel Bekker указанную выше брошюру съ своеобразнымъ заглавіемъ: „*Recht muss Recht bleiben* Heideberg. 1896.

институты едва затронуты по связи ихъ съ указанными матеріями *).

Нѣкоторыя стадіи этой подготовительной дѣятельности у французовъ задолго предшествуютъ *période intermédiaire*, каковъ, напр., гражданскій процессъ, другія входятъ въ рядъ законовъ этого періода, какъ законъ о совершеніи брака (гражданскаго, о чемъ позже) и о способахъ удостовѣренія гражданского состоянія лицъ. Но какая глубокая разница между законодательнымъ движеніемъ французскаго *période intermédiaire* и этимъ движеніемъ спеціальныхъ законовъ новой имперской компетенціи! У французовъ уже до 89 года шла постоянная работа уравниванія и сближенія помощью общихъ источниковъ права самаго строя гражданскихъ институтовъ. Въ *période intermédiaire* снесены были послѣднія препятствія, стоявшія на пути къ юридическому равенству всѣхъ и каждого въ ясно обозначенномъ и для всѣхъ одинаковомъ кругѣ цивильныхъ институтовъ, вполне обособившихся отъ примѣсей элементовъ не цивильнаго свойства, политическихъ, сословныхъ и проч. Оттого тамъ фиксированіе права въ новомъ кодексѣ составляетъ дѣйствительно моментъ возрожденія національнаго юридическаго быта страны, и этимъ моментомъ французы въ правѣ опредѣлять грань своего *droit ancien* и *droit nouveau*, какъ римляне обозначаютъ з—нами XII таблицъ такую же грань двухъ эпохъ праворазвитія въ своей исторіи.

Какъ шло дѣло кодификаціи? Одинъ изъ позднѣйшихъ писателей, загадывавшій и вмѣстѣ, понятно, предупреждавшій кодификаторовъ противъ опасныхъ ошибокъ, о содержаніи все еще скрытаго отъ публики проекта кодекса, Оттонъ Бэръ, предполагалъ, что кодексъ долженъ будетъ заключать въ себѣ *до шести тысячъ артиклей*... Достоверныхъ свѣдѣній, очевидно, не имѣлъ и самъ О. Бэръ, которому открыты весьма многія тайны теперешней нѣмецкой цивильно-процессуальной практики. Предположеніе Бэра основывалось на томъ, что дѣйствующее право далеко не объединено и представляетъ собою массу партикуляризовъ. Кодексъ такихъ размѣровъ Бэръ объявляетъ заранѣе совершенно нежелательнымъ, ибо единственный результатъ, котораго такимъ образомъ легко достигнуть, будетъ состоять въ томъ, что нѣ-

*) Лучшимъ систематическимъ пособіемъ для того чтобъ ориентироваться въ вопросахъ современнаго имперскаго гражданского права можетъ служить работа профес. Густава Мандри „Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, systematisch zusammengestellt u. verarbeitet. Dritte ergänzte u. durchgesehene Aufl. 1885 г. Въ работу проф. Мандри входятъ не только содержаніе имперскихъ законовъ, но и судебн. практика и литературн. указанія.

мецкій юристъ, за этой массой артиклей, забудетъ вовсе связь съ первоисточниками дѣйствующаго права. У Бэра возобновлялись тѣ опасенія, какія выражалъ Савиньи въ 1814 году.

Весной 1888, въ тяжелую для Германіи пору послѣдовательной кончины двухъ ея славныхъ государей, Вильгельма и Фридриха, стали появляться сначала Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, потомъ, одинъ за другимъ, весной же и лѣтомъ, пять большихъ томовъ мотивовъ (Motive zu dem Entwurfe).

Прошло немного мѣсяцевъ, мы не имѣли еще, очень важнаго для цѣльности картины, законопроекта о введеніи въ дѣйствіе проектированнаго кодекса, а уже тѣмъ временемъ образовалась цѣлая литература, критикующая проектъ въ цѣломъ и частяхъ. Поздней осенью появился Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Прежде всего проектъ, сверхъ ожиданія, поражаетъ небольшимъ количествомъ артиклей. Ихъ всего 2,164, меньше чѣмъ въ Code civil (2,281) и въ нашемъ X т. ч. I (2,334). Расположеніе матеріи общепринятое въ современныхъ учебникахъ пандектнаго права, съ однимъ отступленіемъ, не новымъ въ нѣмецкой кодификаціонной практикѣ: 1-я книга, часть общая (юридическія нормы, лица, сдѣлки, неосторожность, ошибка, опредѣленія времени, давность притязаній, самопомощь, судебное рѣшеніе, доказательства, удостовѣреніе и обезпеченіе); 2-я книга — право долговыхъ отношеній (собственно обязательственное право, названное здѣсь Recht der Schuldverhältnisse) съ четырьмя главными подраздѣленіями: а, общія положенія, б, долговые отношенія изъ сдѣлокъ между живыми, с, изъ недозволенныхъ дѣяній, d, изъ иныхъ основаній; 3-я книга — право вещное: а, общія положенія, б, владѣніе и держаніе вещи, с, общія положенія о правахъ на земельные участки, d, собственность, е) право предпочтительной покупки, f, наследственное право застройки, g, сервитутное право, h, реальные тягости, i, право залога и поземельный долгъ; 4-я книга — семейное право (съ родствомъ и опекой); 5-я книга — право наследованія.

Вотъ содержаніе проекта.

Затѣмъ — вопросъ: составляетъ ли такой кодексъ по своему содержанію кодексъ общаго права, опредѣляющій собою юридическій бытъ Германіи такъ, какъ Code civil опредѣляетъ собою юридическій бытъ Франціи? Мы на это отвѣчаемъ отрицательно. Въ этомъ кодексѣ (проектѣ) выработаны именно начала общаго

права, но этими началами общаго права вовсе не опредѣляется такъ юридическій бытъ современной Германіи, какъ подобными же началами опредѣляется юридическій бытъ современной Франціи. Когда Франція создавала свой Code civil, всѣ остатки средневѣковой розни и средневѣковыхъ союзныхъ формъ лежали въ развалинахъ передъ всемогуществомъ новаго государства. Рядомъ съ этимъ Code civil не удержалъ въ силѣ, какъ мы это видимъ въ Германіи, безчисленныхъ партикуляризовъ и привилегій, характеризующихъ время безсилія государственности и представляющихъ безконечно разнообразныя сплетенія гражданского права съ негражданскими элементами. Чтобы составить кодексъ, который дѣйствительно обнимаетъ современный юридическій бытъ Германіи, какъ обнимаетъ и опредѣляетъ собою Code civil юридическій бытъ Франціи, конечно, въ немъ должно бы, какъ приблизительно разсчитывалъ О. Бэръ, оказаться до 6000 артиклей. И такой кодексъ не былъ бы кодексомъ *общаго права*, а лишь *сводомъ* (пожалуй, общимъ) всѣхъ дѣйствующихъ нормъ, какъ общаго права, такъ и партикулярныхъ правъ (работа, которую, какъ увидимъ, и у насъ задумывали, но остановили по ея безцѣльности; приблизительно это то, что Böhlau и другіе называютъ allgemeines Recht — общій сводъ всего, что есть, а не gemeines Recht въ смыслѣ общаго права).

Что-же это за кодексъ? Мы назвали бы его *по его назначенію* Verbindungs - Gesetzbuch, Code ceinture, соединительный кодексъ, какъ называютъ соединительнымъ путемъ такой путь, который открываетъ ближайшее сообщеніе между линіями, идущими собственно врозь. Вотъ что мы хотимъ этимъ сказать. Современный юридическій бытъ Германіи заключаетъ въ себѣ еще такую массу партикуляризовъ, что именно въ этомъ его характерная особенность, отличительная черта отъ Франціи. Въ этихъ условіяхъ элементы права общаго не могутъ обнять вполне и опредѣлить собою этотъ бытъ, какъ ими опредѣляется бытъ Рима или современной Франціи. Эти элементы не въ состояніи охватить собою дѣйствительность, какою она представляется намъ въ настоящее время. Но нѣкоторыя начала общности Германія знаетъ. Ихъ съ каждымъ столѣтіемъ становится замѣтно больше. Склонность къ партикуляризму уступаетъ, но лишь понемногу, мѣсто другимъ явленіямъ. Въ текуція два десятилѣтія въ этомъ направленіи сдѣлано много въ томъ смыслѣ въ особенности, что право общее идетъ не in subsidium только, въ виду недостаточности партикулярныхъ нормъ, какъ у насъ въ Остзейскомъ краѣ,

а наоборотъ, хотя не всѣ такъ думаютъ. Но, при всемъ томъ, за общими цивильными институтами, которые нашли себѣ мѣсто въ проектѣ, Einführungsgesetz, т.-е. законъ о введеніи въ дѣйствіе кодекса, предполагаетъ *оставить нетронутыми такую массу земскихъ мѣстныхъ нормъ*, что для отдѣльныхъ земель (напр. Мекленбургъ) задача правообщенія останется почти совсѣмъ невыполненной.

Длинный списокъ такихъ особыхъ правъ даетъ намъ Einführ.-Ges., dritter Abschnitt, озаглавленный такъ: „Отношеніе гражданскаго кодекса къ земскимъ законамъ“ (стр. 146 и слѣд.). Для земскихъ правъ здѣсь предположено даже оставить обычай какъ источникъ права, отмѣняя силу обычного права только для сферы имперской компетенціи (стр. 148).

Мы находимъ въ этомъ списокѣ многочисленныя Sonderrechte, особые права владѣтельныхъ особъ съ ихъ фамиліями, права прежнихъ имперскихъ дворянскихъ фамилій, высшаго дворянства, семейные фидеикомиссы, лены, разные виды заповѣдныхъ имѣній, регальныя права, разнообразныя права принудительнаго, запретительнаго и отягощающаго недвижимости характера (Zwang-Bann-Rechte), значительно умаленныя, но не устраненныя новыми имперскими положеніями о промышленности, особые институты юридическихъ лицъ, гдѣ часто право частное неразрывно сплетено съ публичнымъ, институты церковныя, положеніе о монашествующихъ, разнообразныя отступленія отъ общаго порядка защиты и охраненія гражданскихъ правъ, въ особенности захватъ чужого имущества для самозащиты и огражденія нарушеннаго права (Pfändungsrecht, Privatpfändung), остатки старинныхъ институтовъ крестьянскаго права и прочее. Хотя многіе изъ этихъ институтовъ и правъ далеко не носятъ на себѣ чисто цивильнаго характера, не менѣе того они глубоко вторгаются именно въ область тѣхъ отношеній, гдѣ при уравниеніи правъ имѣли бы приложеніе чисто цивильныя нормы, и видоизмѣняютъ юридическій бытъ страны къ невыгодѣ общности и равенства.

Проектъ новаго кодекса, какъ мы видѣли выше, вовсе не касается цѣлаго ряда вопросовъ, близкихъ гражданскому праву, но имѣющихъ составить и уже составляющихъ нынѣ область спеціальныхъ законовъ и, съ другой стороны, сохраняетъ разные остатки средневѣковаго быта въ сферѣ земской компетенціи. Мы, посему, въ правѣ сказать, что онъ не обнимаетъ собою всего цивильнаго быта страны, какъ Code civil, не поглощаетъ въ системѣ нормъ новаго права правоотношенія стариннаго типа, не

новируетъ стараго права, а лишь ищетъ объединить розныя до сего области правоотношеній и нормъ насколько это возможно въ данныхъ историческихъ условіяхъ нѣмецкаго политическаго и соціального быта. Это, по своему назначенію, не кодексъ единого и общаго права, коего не создала исторія нѣмецкой націи, а система объединяющихъ пестроту разныхъ правъ нормъ, именно Verbindungs-Gesetzbuch, Code ceinture, а не Code de droit civil commun pour tout le royaume.

Если таковъ этотъ кодексъ по его назначенію, то что представляетъ онъ собою по существу? Мы постараемся отвѣтить словами нѣмецкихъ критиковъ проекта, особенно О. Бэра и О. Гирке. О. Бэръ даетъ свое Schlagwort: *это маленькій Виндшейдъ!*—Г. Рингъ *) очень смущенъ этимъ отвѣтомъ и находитъ его злымъ. Для кого? Для Виндшейда—это великая честь: дать жизнь такому учебнику, изъ коего можно образовать цѣлый дѣйствующій кодексъ. Несомнѣнно, что учебникъ по манерѣ котораго имѣетъ быть созданъ будущій законъ, выигрываетъ въ глазахъ всякаго цѣнителя, и что сверхъ 6 наличныхъ его изданій (въ 87 г. вышло 6-ое, посвященное президенту кодификаціонной коммиссіи д-ру Папе), онъ будетъ издаваться еще много разъ, не смотря на зарокъ автора въ день седанской битвы. Для кого же крылатое слово Бэра колко? Мы думаемъ, для тѣхъ, кто ожидалъ, что современная Германія можетъ создать національный, свой, ей, ея духу, ея исторіи обязанный своимъ существованіемъ гражданскій кодексъ, который дастъ, при этомъ, странѣ ея общее право. Этого не вышло и выйти не могло. Злой намекъ въ этой квалификаціи „der kleine Windscheid“ заключается въ томъ, что самъ Виндшейдъ, большой, der grosse Windscheid, есть ничего болѣе какъ хорошо выполненный учебникъ современнаго римскаго, а не германскаго права. Въ кодексѣ найдется очень немного такого, чего нѣтъ въ обыкновенномъ руководствѣ пандектовъ. Это развѣ какой-нибудь институтъ договоровъ въ пользу 3-го (иначе названный въ проектѣ, у Виндшейда это есть §. 316), реальныхъ тягости, договоръ о наслѣдствѣ и значительныя видоизмѣненія въ строѣ современной семьи. Въ остальномъ кодексъ представляетъ собою, какъ и учебникъ Виндшейда, *usus modernus, hodiernus juris romani*, это *System des heutigen römischen Rechts*... Не только основа работы не есть нѣмецкая, а римская, но и путь рецепціи и спо-

*) См. указан. выше Jahrbuch. Köhler'a статья Ring'a, гдѣ сведены разные отзывы, появившіеся почти во всѣхъ нѣмецкихъ юридич. журналахъ до ноября 1888 г.

собѣ освоенія и примѣненія этой основы къ условіямъ современнаго соціального и экономического строя не представляет собою ничего въ особенности нѣмцамъ принадлежащаго, имъ одолженнаго своимъ существованіемъ. Это общее достояніе современной европейской культуры права, на которое притязаніе нѣмцевъ имѣетъ тѣ же основанія, что и притязаніе итальянцевъ, испанцевъ, нидерландцевъ, французовъ, чеховъ, поляковъ, которые всѣ поочереды участвовали въ переработкѣ римскаго права для цѣлей его примѣненія въ новой Европѣ. Это отнюдь не національное нѣмецкое достояніе, какое хотѣли бы видѣть въ имперскомъ кодексѣ страстно ожидавшіе его появленія патріоты...

Натурально, при этомъ, существеннѣйшее отличіе кодекса отъ Виндшейда будетъ заключаться въ томъ, что мнѣнія ученаго подлежатъ спору и измѣненію, и тѣ же мнѣнія, принятые въ составъ легальныхъ параграфовъ, становятся безспорными и неизмѣнными.

Отзывы обоихъ виднѣйшихъ покуда критиковъ проекта (Бэра и Гирке) сходятся въ томъ, что языкъ очень тщателенъ, не слышно латинскаго подлинника, терминологія достаточно нѣмецена, хотя Бэръ сомнѣвается, чтобъ текстъ проекта сталъ оттого понятнымъ для неподготовленнаго къ дѣлу спеціальными штудіями юриста. Покуда это, конечно, похвала, но не самостоятельной творческой силѣ, а способности освоенія чужаго, даже скорѣе замѣны чужаго подлинника суррогатомъ мѣстнаго производства. — Профессоръ Гирке выражаетъ свои мысли много простодушнѣе, чѣмъ Бэръ. Онъ не можетъ скрыть своего огорченія—это не нѣмецкое, не творческое, не народное; проектъ не па высотѣ потребности въ обновленномъ соціальномъ и нравственномъ строѣ гражданскаго быта... Это безсердечная, голая абстракція, суровый формализмъ!.. Тутъ исключительно — римская, для нашего времени отзывающаяся манчестерствомъ, идея права, гдѣ все направлено къ индивидуальной пользѣ, и только... Допуская, что языкъ проекта очищенъ отъ чужестранныхъ рѣченій (собственно чужестранныхъ для нѣмцевъ, а не для подлинной этимъ понятіямъ рѣчи), Гирке находитъ его беззвучнымъ для народнаго (нѣмецкаго) слуха, блѣднымъ, безцвѣтнымъ для нѣмецкаго глаза... Въ цѣломъ и въ частяхъ пониманіе проекта доступно не простому здравому смыслу, а лишь разуму *юриста божіей милостію* (тоже Бэръ, утверждающій, что и ему не все легко далось въ проектѣ и мотивахъ).

Возможно вполне стать на точку зрѣнія этихъ цѣнителей, въ особенности откровенно показанную почтеннымъ О. Гирке.

Но справедливо ли цѣнить работу составителей кодекса не по той задачѣ и не по тому плану, который сдѣланъ былъ обязательнымъ для исполнителей, а по совершенно произвольному, коему они не могли слѣдовать? Вы находите эту ошибку въ приѣмѣ оцѣнки у О. Гирке въ особенности. Еслибы составителямъ было предложено написать гражданскій кодексъ *по началамъ права германскаго*, при семъ такого свойства, чтобъ онъ могъ стать общимъ для всѣхъ до сего разныхъ нѣмецкихъ территорій, мы не сомнѣваемся, никто изъ наличныхъ членовъ комиссіи сдѣлать этого не взялся бы. Причина совершенно простая — *общаго гражданскаго права національнаго происхожденія*, при томъ законченнаго и цѣльнаго, *не существуетъ* на лицо не только въ Германіи, но *нигдѣ въ наше время*. При этомъ нѣмецкій національный духъ, какъ хочетъ намъ истолковать его Гирке, не ставитъ нынче, какъ и прежде, не только нѣмцевъ и французовъ (Альзасъ-Лотарингія), но ниже нѣмцевъ разныхъ территорій въ ту свободную нравственную связь, гдѣ все опредѣляется началами любви и альтруизма, свойственными будто именно нѣмцамъ и не-свойственными именно римлянамъ и ихъ праву. Ставя свои требованія, Гирке явно разумѣетъ то право, которое еще предстоитъ раскрыть въ глубинахъ нѣмецкаго народнаго сознанія и которое повѣду обнаруживается въ однихъ вождедѣніяхъ нѣкоторой группы нѣмецкихъ мыслителей.

То, что было на лицо *общаго и цивильнаго* въ нѣмецкой жизни, дано проектомъ, и если это цивильное оказывается только онѣмеченнымъ рѣчью кодекса чужимъ достояніемъ, а вовсе не нѣмецкимъ по происхожденію, и если съ другой стороны, это чужое общее только поверхностно связываетъ разныя національныхъ продуктовъ, а не захватываетъ глубоко и полно всего историческаго быта страны, то причина не въ составителяхъ кодекса, не въ ихъ неумѣніи, а въ природѣ права, національной и исторической, не допускающей произвольной постановки его задачъ и цѣлей по усмотрѣнію, хотя бы самымъ дальновиднымъ политиковъ.

Какой же практическій выходъ изъ трудной дилеммы?

Оттонъ Бэръ *), теперь уже покойный, думалъ, что ничего законченнаго и цѣльнаго въ смыслѣ системы цивильныхъ инсти-

*) Мы приведемъ здѣсь коротко очень, по нашему мнѣнію, цѣнные мысли этого писателя не изъ тѣхъ только его замѣтокъ, которыя появились до 89 г., когда было напечатано 1-е изд. этой книги, но и изъ послѣдующихъ работъ напечатан. частью въ Krit. Vierteljahrschr. (B. 31), частью въ видѣ Vorwort'овъ къ его контрпроекту (Gegenentwurf), о чемъ позже.

тутовъ наше время создать не можетъ. Національную потребность въ единомъ правѣ надлежитъ удовлетворять разработкой отдѣльныхъ законодательныхъ актовъ. При этомъ цѣльной системой общаго права (происхожденіе и составъ этого понятія см. выше) могла бы остаться та, которую даетъ намъ современная наука Общаго гражданскаго права. Такое рѣшеніе задачи предохранило бы Германію отъ опаснаго разрыва съ научными преданіями, составляющими результатъ двутысячелѣтней неустанной работы мысли, замѣнить которую нельзя ничѣмъ. Неотвратимое зло (*der Fluch*) всякой кодификаціи заключается въ томъ, въ особенности, что тутъ требуется закругленная отдѣлка всѣхъ частей системы не выключая и такихъ матерій, которыми овладѣть въ данное время не въ силахъ никакія кодификаціонныя коммиссіи. Таковы личные взгляды Бэра; не менѣе того онъ хорошо знаетъ, что отъ него ни въ малѣйшей степени не зависитъ измѣнить направленіе мыслей въ руководящихъ сферахъ, и вся задача, въ этихъ условіяхъ, должна практически ограничиться тѣмъ, чтобы внести сколько можно улучшеній въ проектъ коммиссіи 88-го г., введеніе коего въ этомъ видѣ въ жизнь стало бы роковымъ событіемъ для нѣмецкаго права.

Тѣмъ временемъ, масса литературной работы, выполненной нѣмецкими юристами, по поводу Проекта, достигла уже въ 90-мъ году такихъ размѣровъ, что для частныхъ лицъ не представлялось никакой возможности ориентироваться въ этомъ обилии матеріала, и тогда пришлось составить офиціальнымъ образомъ сводъ замѣчаній на проектъ (*Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurfe*), который и былъ разосланъ компетентнымъ людямъ. Въ руководящихъ кругахъ вскорѣ пришли къ убѣжденію, что редація 88-го г. не пройдетъ успѣшно законодательныхъ инстанцій, и вслѣдъ за симъ, въ 90-мъ же году, постановленіемъ союзнаго совѣта образована новая коммиссія для выработки *Второго чтенія* (*Zweite Lesung*).

Мнѣнія, направленные противъ кодификаціи вообще—оставлены безъ вниманія. Молодой профессоръ Ernst Zitelmann (Боннъ) находилъ, что отсрочка кодификаціи составила бы *ein nationales Unglück*. Казалось, появленіе вновь самого Савиньи на сценѣ не остановило бы болѣзненнаго стремленія кодифицировать во что бы то ни стало. Судьба, дѣйствительно, на сей разъ избавила Германію отъ этого національнаго несчастія. Тѣмъ временемъ, однако, потребовалось новое изданіе знаменитой его брошюры *Ueber den Beruf...* Виндшейдъ, пережившій весь первый натискъ критики Перваго чтенія, настаивалъ, что каковъ бы ни былъ

проектъ, онъ непремѣнно вызоветъ бездну разногласій. Тономъ врача, примиряющаго больного съ непріятнымъ медикаментомъ, онъ, ради успѣха дѣла, призывалъ всѣхъ къ нѣкоторому *самоотреченію*: Jeder muss resigniren!

Въ самомъ скоромъ времени стало ясно, что въ соображеніяхъ руководящихъ лицъ взялъ верхъ планъ простой переработки или пересмотра 1-го проекта, Aufbau, Umbau, согласно требованіямъ критики, въ видахъ скорѣйшаго приведенія дѣла къ концу, а не Neubau, не замѣна стараго проекта совсѣмъ новымъ.

Остался безъ отвѣта другой призывъ, обновить, въ связи съ задачей кодификаціи, соціальный бытъ Германіи. Задачу кодификаціи находили достаточно трудною, безъ этого осложненія ея еще соціальными проблемами, которыя, могутъ-де подвигаться къ разрѣшенію своимъ путемъ.

Внутри этихъ границъ множество голосовъ раздавалось въ пользу приближенія будущаго кодекса *къ народному смыслу*. Не всѣ одинаково понимали эту задачу. Въ нѣкоторой группѣ требованіе Volksbuch'a толковалось въ томъ направленіи, чтобы выработать такой руководящій кодексъ, который разъ навсегда устранилъ бы необходимость посредства юристовъ въ дѣлѣ примѣненія юридическихъ нормъ. Такимъ образомъ, идеаль кодексъ, очень высоко поставленный, практически сводился бы собственно къ той цѣли, которой искалъ, хотя и безуспѣшно, достигнуть Пруссійскій ландрехтъ. За этими планами легко было прочесть и скрытые виды политическихъ людей дать этому ландрехту новую жизнь и поставить больше или меньше все нѣмецкое право auf den preussischen Fuss. Недаромъ же основа права сводилась къ расчету предусмотрительныхъ для близорукихъ, къ волѣ законодателя, умѣющаго мыслить пофилософски и выражаться по-мужицки; недаромъ, наконецъ, изъ тѣни забвенія выдвигалась фигура „геніальнаго“ Шварца, создавшаго прусскій ландрехтъ. Начальный руководитель Второго чтенія министръ Боссе поднялъ знамя Іеринга съ его девизомъ „Der Zweck ist der Schöpfer des Rechtes“, сдѣлавъ его такимъ образомъ герольдомъ новой кодификаціонной эпохи. Между тѣмъ осуществимость подлиннаго идеала, настоящей Volksbuch, въ современныхъ условіяхъ далеко не безыскусственнаго экономическаго строя и при наличности весьма неодинаковыхъ ступеней развитія въ массахъ, конечно, имѣла очень мало вѣроятія.

Другой смыслъ *народности* въ кодексѣ есть тотъ, который ей даютъ германисты. Это собственно особый строй институтовъ

германскаго типа (Deutschthum), который покуда у всякаго мастера выходитъ на свой ладъ и, сверхъ того, вовсе не представляетъ ничего сейчасъ готоваго въ смыслѣ законченной цивильной системы.

Наконецъ, и только здѣсь мы приходимъ къ цѣли, есть еще болѣе отдаленный смыслъ *національности въ правѣ*, который, однако, вѣмецкіе юристы примѣняютъ и къ этому явленію. Вотъ онъ.

Мы приводимъ подлинныя слова профес. Цитльмана (Боннъ) въ указанномъ его трактатѣ. Wir wollen, говоритъ Ц., ein *deutsches Recht*, aber *deutsch ist das auch was die Römer für die ganze Welt erdachten* und was unser Volk mit Noth und Schmerzen, mit gewaltigen Gedankenarbeit sich zu echten Eigen gemacht hat.

Желаетъ или нѣтъ боннскій профессоръ именно такого кодекса, — сомнѣній не можетъ быть, что только такой *нѣмецкій кодексъ, коего вся основа создана изъ латинскаго матеріала*, будетъ предложенъ во второмъ и въ третьемъ чтеніи *) для имперскихъ законодательныхъ инстанцій, ибо иного кодекса общаго гражданскаго права современная Германія создать не можетъ.

Что скажутъ въ виду этого несомнѣннаго результата многочисленные проповѣдники *Ausstossungsprocess'a*?

Такимъ образомъ, упрёки весьма единодушныя Первому чтенію касаются не его источника, а собственно и главнымъ образомъ его манеры, его учебнаго тона, его академическаго пошиба. Въ немъ именно нѣтъ вовсе необходимаго практическаго закала. Это будто не актъ законодательства, а книжка для юристовъ.

И вотъ требованія, предъявленныя въ этомъ смыслѣ *Второму чтенію*, формулируются окончательно такъ: намъ нуженъ *законникъ* для полнаго солнечнаго освѣщенія, *для площади*, не для зеленаго стола, не для ламповыхъ рожковъ.

Работы второй коммисіи происходили въ другихъ условіяхъ, чѣмъ первой, въ кругу людей ближе стоящихъ къ жизни и безъ всякой таинственности, при гласномъ обсужденіи всѣхъ недочетовъ Перваго чтенія. Въ октябрѣ 95-го г. работа была окон-

*) Начиная съ 90-аго года, Оттонъ Бэръ сталъ по частямъ публиковать свой контрпроектъ. Славнаго мужа, уже весьма обремененнаго годами, въ его едва вѣроятномъ предпріятіи поддерживалъ цѣлый кругъ ученыхъ друзей и почитателей. Въ январѣ 92 года колоссальная работа была закончена. Бэръ сдѣлалъ что могъ въ цѣляхъ предотвращенія роковой неудачи. Многія части проекта 88-ого года оставлены такъ, какъ онѣ были написаны, не потому, однако, прибавляетъ Бэръ, чтобы онъ считалъ ихъ безупречными.

чена и Второе чтеніе внесено въ Союзный совѣтъ, который принялъ новую редакцію послѣ незначительныхъ исправленій.

Все это время, включая и начало 96-го года, *) отрицательная критика не только противъ Перваго, но и противъ Второго чтенія не прекращалась. Въ числѣ рѣшительныхъ противниковъ изъ лагеря романистовъ, первое мѣсто слѣдуетъ дать одному изъ виднѣйшихъ современныхъ пандектистовъ, берлинскому профессору Гейяриху Дербургу. Въ рядахъ германистовъ впереди всѣхъ противниковъ проекта продолжалъ стоять Оттонъ Гирке **).

Дербургъ подалъ голосъ противъ Второго чтенія въ палатѣ господъ, настолько онъ находилъ его далеко отстоящимъ отъ требованій яснаго и живого отраженія права на основѣ народнаго сознанія. Въ минуту, однако, когда Союзный совѣтъ принялъ Второе чтеніе, Дербургъ, какъ бы сквозь слезы, послѣдовалъ призыву Виндшейда и призналъ неизбежность самоотреченія ***).

Второе чтеніе тѣмъ временемъ, вслѣдствіе многократныхъ передѣлокъ, настолько поистрепалось ****), что найдено было необходимымъ дать ему немножко соотвѣтствующую торжественности мгновенія (внесеніе въ рейхстагъ) приглашенную внѣшность, и для этой цѣли послѣдній, такъ сказать, ударъ кисти возложенъ былъ на почтеннаго германиста Рудольфа Зома.

Уже въ іюнѣ 96 года проектъ, съ патріотическимъ напутствіемъ Зома, произведшимъ свой эффектъ, поступилъ на разсмотрѣніе рейхстага. Это сердечное напутствіе стоитъ того, чтобы его передать дословно. Оно представляетъ собою, для германиста въ особенности, тоже очень серьезный актъ самоотреченія. Зомъ выразилъ желаніе, чтобы это новое царственное облаченіе, все изъ единой и цѣльной ткани, замѣнило собой старый пестрый

*) Въ 95 г. появилось новое изд. d-r'a Reatz'a Die Litteratur ü. d. Entwurf e. bürgerl. Gesetzbuches f. d. D. Reich. См. статью А. О. Волкова въ Журн. Юр. Общ. 97 г. кн. 1, стр. 64 и слѣд.

**) См. брошюры обоихъ названныхъ ученыхъ изд. въ 96 г., Дербурга—Persönliche Rechtsstellung nach dem bürgerl. Gesetzbuch, Гирке — Das bürgerl. Gesetzbuch u. d. deutsche Reichstag (Sonderabdruck aus der Täglichen Rundschau).

***) См. коротенькая и прекрасная замѣтка „Nothwendigkeit d. Resignation“ въ указан. брошюрѣ. Это самоотреченіе соотвѣтствуетъ ближе настроенію французовъ послѣ франкфуртскаго міра, чѣмъ нѣмецкому настроенію послѣ Седана.

****) Въ книжной торговлѣ оно носило названіе третьяго ученія, что неосновательно. Докладъ коммисіи рейхстага съ ея заключеніями и указаніемъ всего состава членовъ и докладчиковъ изд. подъ заглав. Bericht der Reichstagskommis. über d. Entw. eines bürgerl. Gesetzb. u. Einfuhr. gesetz. Berlin. C. Heymanns Verlag. 96 г.

сшивокъ нѣмецкаго права изъ разныхъ ключевъ, настоящий костюмъ арлекина!

Хорошо подготовленную парламентскую борьбу *) вели многочисленные члены парламентской комиссіи, въ числѣ которыхъ называютъ и стараго Планка, теперь слѣпого, но сохранившаго изумительную свѣжесть памяти, помогавшую ему воскрешать всѣ подробности разработки проекта, въ которой онъ участвовалъ лично съ самаго начала. Парламентскіе дебаты шли съ поразительной быстротой **). Потребовалось *меньше десяти дней* (отъ 18 до 27 іюня), чтобы пропустить черезъ голосованіе (*durchgehen, durchpreitschen*) весь этотъ очень сложный законопроектъ вмѣстѣ съ закономъ о введеніи его въ дѣйствіе. Для обряда 3-го чтенія оказалось достаточно всего еще двухъ дней. Эта поспѣшность имѣла свои основанія, въ разсмотрѣніе которыхъ мы не входимъ и которая стоила разныхъ уступокъ духу партій, раздѣляющихъ рейхстагъ на довольно враждебные лагеря. Мы скажемъ объ этомъ нѣсколько словъ.

Въ цѣломъ система Второго чтенія не представляетъ существенныхъ измѣненій. Она таже, какую мы видѣли выше, разсматривая Первое чтеніе. Затѣмъ, сильнѣйшія *жертвы* были принесены прусской государственной идеѣ и господствующимъ въ прусскихъ кружкахъ, еще съ прошлаго вѣка, воззрѣніямъ на природу права, чисто механическимъ и вполне воспроизведеннымъ ученіями *Phering'a*. Это особенно обнаруживается въ наиболѣе характерномъ для этихъ взглядовъ пунктѣ, въ воззрѣніи на *источники права*. Первое чтеніе, при всей уступчивости его составителей въ этомъ направленіи (см. выше), не удовлетворило парламентской комиссіи, и она рѣшила *вовсе выбросить оба его первые параграфа, трактовавшіе право обычное и аналогію, какъ способъ толкованія юридическихъ нормъ, не замѣнивъ ихъ*

*) Въ исходѣ ея такъ же мало сомнѣвались какъ и въ исходѣ такъ назыв. братоубійственной войны 66-ого года. Нѣмецкіе профессора всѣхъ факультетовъ (кромѣ страсбургскаго) съѣхались еще въ мартѣ 96 г. для обсужденія предстоящихъ перемѣнъ въ планѣ преподаванія въ виду несомнѣнно имѣющаго послѣдовать утвержденія проекта рейхстагомъ.

**) Проф. Леонгардъ въ небольшой статьѣ для одного голландскаго журнала (но нѣмецки отдѣльн. оттиски подъ заглавіемъ *Die Vollendung d. deutsch. bürgerl. Ges. buches*. 1897 г.) далъ любопытныя подробности всего движенія дѣла въ рейхстагѣ. Поспѣшность была настолько лихорадочною, что засѣданія не прерывались и тогда, когда не оставалась на лицо необходимаго для состава засѣданій числа депутатовъ. Счетъ наличности производили по оставленнымъ на мѣстахъ шляпамъ гг. депутатовъ. За то нѣкоторые, возвращаясь (со встрѣчи *Ли-хун-чанга*), съ прискорбіемъ узнавали объ измѣненіи ихъ отцовскихъ правъ отмѣной реквизиита родительскаго согласія для брака дѣтей старше 21 г. Другіе, съ сокрушеніемъ освѣдомлялись, что предѣлъ дозволенныхъ пожертвованій на *main morte* поднять наличными голосами центра съ 3-хъ на 5 тыс. марокъ.

*ровно ничтъмъ. Это нѣчто поразительное! Взгляды на происхождение права, господствовавшіе все текущее столѣтіе, должны были, въ духѣ ученія Іеринга, повернуться такъ, какъ будто всего умственного національнаго движенія въ области правовѣдѣнія, составившаго славу Германіи, не было вовсе, и стать на ту точку, которая опредѣлилась въ твореніяхъ Суареца, въ прусскомъ ланд-
рехтѣ.*

Въ духѣ современныхъ воззрѣній германистовъ разработана юридическая *защита права лица носитъ извѣстное имя (§ 12).* Наряду съ прежними основаніями низведенія дѣеспособности лица *стоитъ порокъ пьянства (§ 6).*

Вопреки ожиданіямъ началу союзной правоспособности не дано той свободы развитія, на которой настаивали германисты.

Во многихъ частностяхъ договорнаго права рейхстагъ прислушался несомнѣнно къ интересамъ необезпеченныхъ классовъ населенія. Такъ, въ договорѣ квартирнаго найма довольно широко допущенъ отказъ нанимателя въ виду неудовлетворительности, съ гигиенической точки зрѣнія, нанятыхъ помѣщеній (§ 44). Подъ вліяніемъ очень оживленной полемики, въ особенности профессора Менгера, расширена защита рабочаго люда отъ опасностей, связанныхъ съ производствомъ работъ, съ неудовлетворительностью помѣщеній, отмѣнена карательная власть нанимателей надъ домашней прислугой (618, 95 Einf. G.), значительно сближены въ юридическомъ смыслѣ понятія о вознагражденіи за наемный трудъ, къ какому бы виду профессіи трудъ и заработокъ ни относился (art. 622, 624 *), 627).

Допущено абстрактное обѣщаніе долга (781).

Имущественная отвѣтственность лицъ неспособныхъ къ вмѣненію, еще на одинъ шагъ противъ прусскаго ландрехта приближена къ началамъ справедливости (829).

Въ системѣ отношеній семейныхъ удержано господствующее положеніе мужа, даже усилено, въ духѣ прусскаго права, и въ томъ же духѣ расширено вмѣшательство суда въ вопросы семейныхъ несогласій (1358, 1363, 1379, 1380, 1447). Допущенъ разводъ по причинѣ душевной болѣзни супруга, съ нѣкоторымъ обезпеченіемъ имущественнаго положенія страждущаго (1569, 1583). Здѣсь рѣшили соображенія особой тяжести такихъ бѣд-

*) Формулировка этой статьи въ проектѣ вызвала энергическій протестъ Dernburg'a въ указ. выше брошюрѣ Persönl. Rechtsstel. VIII—Lebenslängliche Dienstverträge, доказывающій, что проектъ возобновляетъ пожизненное за-
крѣпощеніе наемника.

ствій опять для рабочаго класса. Повышено нѣсколько имущественное обезпеченіе незаконнорожденныхъ (1705—1718).

Вопросъ объ отвѣтственности наслѣдопринимателя по обязательствамъ изъ наслѣдства поставленъ ближе къ основамъ матеріальной справедливости въ отношеніи къ наслѣднику, съ обезпеченіемъ и интересовъ кредиторовъ.

Въ интересахъ территорій бывшаго французскаго права удержана привычная въ этихъ областяхъ форма *testament holographe*, не требующая иной перфекціи, кромѣ начертанія всего текста послѣдней воли собственноручно.

Вотъ немногія характерныя для новаго кодекса черты, свидѣтельствующія или объ упорствѣ борющихся сторонъ (источники права), или о примирительныхъ уступкахъ руководителей борьбы.

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть случай возвращаться не разъ къ содержанію кодекса. Но, конечно, дѣло не въ этихъ подробностяхъ, когда идетъ рѣчь о такомъ громадномъ законодательномъ предпріятіи, какъ *кодификація гражданскаго права* обширной имперіи. Мы видѣли выше, что приманкой для общественнаго мнѣнія въ этомъ предпріятіи, начиная съ 48 года, служила, до самаго послѣдняго времени, идея замѣны чужеродной, латинской системы, книгой народной, народнымъ законникомъ, который, несомнѣнно, имѣлъ бы массу преимуществъ передъ современнымъ состояніемъ писаннаго права въ Германіи. Что же, цѣль эта была достигнута кодексомъ 1896 года? Она не только не была имъ достигнута, но теперь, когда пытаются заводить объ этомъ рѣчь, напомнить старую программу, эти мысли встрѣчаютъ какъ признакъ несомнѣнной наивности такихъ вѣрующихъ людей. Невыполнимость такихъ обѣщаній должна быть ясна для каждого, сколько нибудь свѣдущаго въ дѣлѣ человѣка. Ни о какомъ народномъ законникѣ не могло и не можетъ быть серьезной рѣчи въ условіяхъ современной сложной, и вовсе не приваровленной къ простонародному разумѣнію юридической техники.

Есть другой смыслъ *народнаго* и вмѣстѣ другая приманка, которая рассчитана на другой кругъ людей. Выразить это предположенное новое, высокое свойство кодекса правильнѣе понятіемъ *національности его институтовъ*. Кодексъ даетъ намъ не чужеземное, а свое, нѣмецкое право. Тутъ, натурально, все зависитъ отъ того, какой смыслъ будетъ данъ этому понятію *своего права*. Если оно будетъ истолковано въ смыслѣ Цительмана (см. выше), тогда нѣтъ сомнѣнія, нѣмцы достигли *такого рода національнаго кодекса*, въ полной мѣрѣ. Съ начала и до конца новый кодексъ весь *скроенъ несомнѣнно изъ единой*

ткани, но вся эта ткань въ цѣломъ не заключаетъ въ себѣ ничего специфически-нѣмецкаго. Плащъ взятъ съ чужого плеча, и придется по мѣрѣ любой національности, насколько въ составѣ ея гражданского права, наряду съ институтами исключительно національными, найдутся въ большей или меньшей мѣрѣ институты супранаціональные, цѣликомъ выработанные универсально-культурнымъ латинскимъ геніемъ.

Вопросъ именно въ томъ насколько этотъ новый кодексъ служить дѣйствительно живымъ и вѣрнымъ отраженіемъ (зеркаломъ) современнаго состоянія гражданского права, какимъ мы видимъ его въ дѣйствительности? На этой проблемѣ намъ придется остановиться въ подробности, ибо тутъ собственно и скрытъ весь вопросъ о кодификаціи гражданского права и о призваніи нашего времени къ выполненію въ этой области широкообъщательныхъ программъ политическихъ людей (неисторической школы), встрѣчаемыхъ съ такимъ недовѣріемъ юристами. Мы видѣли выше, призывъ почтеннаго профессора Зома, вызванный напоромъ патриотическаго возбужденія. Что же въ самомъ дѣлѣ Германіи, при помощи этого кодекса дѣйствительно замѣнила свой старый костюмъ арлекина изъ пестрыхъ клочьевъ новой королевской мантией?

Мы разберемъ весь смыслъ этой красивой фразы и подлинное отношеніе новаго кодекса къ живой дѣйствительности.

Начать съ того, что въ смыслѣ права общаго для цѣлой Германіи, кодексъ не внесъ ничего или почти ничего, что не составляло бы содержаніе дѣйствующаго у нѣмцевъ общаго права и до сего времени. До появленія имперскаго кодекса все, что включено въ немъ, было правомъ дѣйствующимъ, соотвѣтственно прежнимъ историческимъ условіямъ, или въ составѣ разныхъ ландрехтовъ, или прямо, непосредственно, въ видѣ реципированнаго юстиніановскаго права, но въ томъ самомъ составѣ нормъ и институтовъ, въ какомъ это право изображалось обыкновенно въ учебныхъ книгахъ такъ называемаго пандектнаго права.

Въ составѣ этихъ пандектныхъ ученій весьма многое представляютъ собою предметъ не столько позитивнаго, сколько научнаго опредѣленія. Таковъ въ особенности вопросъ о системѣ гражданского права, о выдѣленіи общей части, таково ученіе о юридической сдѣлкѣ вообще, о юридическомъ строеніи того или другого института договорнаго, вещнаго, семейнаго, наследственнаго права въ особенности. Многое тутъ составляетъ дѣло юридической логики, такъ назыв. *raison écrite*, а вовсе не легальнаго авторитета. Наряду съ этимъ есть, натурально, и чисто по-

ложительныя опредѣленія, но не въ нихъ характерная черта общихъ нѣмецкихъ пандектныхъ системъ.

Что-же произвелъ съ этимъ элементомъ дѣйствующаго много столѣтій въ Германіи общаго гражданскаго права кодексъ 96 года?

Этотъ кодексъ разорвалъ связь названныхъ ученій и нормъ съ ихъ прошлымъ, съ корнями, на коихъ они выросли, устранилъ для будущаго всякое практическое значеніе дальнѣйшей разработки тѣхъ же ученій и институтовъ помощью наличныхъ и нынѣ столь значительныхъ силъ нѣмецкой научной юриспруденціи и закрѣпилъ формальнымъ авторитетомъ имперскаго закона часто несомнѣнно - хорошо формулированныя, но далеко не безспорныя и нерѣдко измѣнчивыя положенія реципированнаго права. Однообразный штемпель легальнаго имперскаго авторитета легъ отнынѣ на все содержаніе такъ называемаго общаго нѣмецкаго права, какимъ бы путемъ до сего ни развивались его нормы, путемъ ли права обычнаго, судебно-практическимъ или научнымъ.

Нельзя скрыть, что въ этомъ именно лежитъ серьезная опасность оскудѣнія въ дальнѣйшемъ развитіи общаго правосознанія нѣмецкой націи. Весь прежній широкій потокъ, которымъ шло развитіе общаго права, захваченъ въ область политическихъ соображеній, лишенъ притока свободныхъ, живительныхъ силъ юридическаго творчества и ему насильственно навязанъ характеръ какого то исключительнаго имперскаго достоинства. Все это не обѣщаетъ ничего добраго, въ дальнѣйшемъ, ни для нѣмецкаго общаго права, ни для нѣмецкой науки права, ни для самой имперіи, ибо въ основѣ всего лежитъ очевидная ложь.

Другой вопросъ. Что же, съ помощью этихъ усилій Германія пришла, наконецъ, теперь дѣйствительно къ замѣнѣ всего дѣйствующаго въ ней права и всѣхъ его источниковъ внутри страны, этимъ *единымъ кодексомъ*?

Это несомнѣнно могло произойти послѣ того какъ имперская компетенція была распространена на все гражданское право. Нѣчто подобное мы видѣли во Франціи въ такъ называемой *période intermédiaire*, когда центральная законодательная власть направила всѣ свои усилія къ тому, чтобъ нивелировать все французское право посредствомъ безпощаднаго разрушенія всѣхъ остатковъ феодальной эпохи и на этомъ создать свой *code de lois communes pour tout le royaume*.

Ничего подобнаго въ Германіи не произошло. Центральная

цивильно-законодательная власть очень широко воспользовалась своимъ правомъ издавать новые законы по гражданскому праву. Но очень немногіе изъ нихъ были направлены къ цѣли устраненія институтовъ цивильно-политическихъ или цивильно-исповѣдныхъ. Таковъ въ особенности законъ 6, февр. 75 г. о секуляризаціи брака и новыхъ способахъ удостовѣрять гражданское состояніе. Въ остальномъ эта масса новыхъ законовъ молодой имперіи вовсе не была направлена на разрушеніе старыхъ партикуляризовъ въ духѣ французской революціи. И это едва-ли могло быть иначе, такъ какъ законодательная организація нѣмецкой имперіи включала *Союзный совѣтъ*, стоявшій именно на стражѣ стараго земскаго строя во всѣхъ областяхъ права, кромѣ давно уже, въ прежнихъ условіяхъ, опредѣлившейся системы реципированнаго общаго права.

Какою была нѣмецкая дѣйствительность, такую она отразилась натурально и въ новомъ нѣмецкомъ кодексѣ.

Это явленіе крайне любопытное. Въ задачѣ кодификаціи, которой весь смыслъ, вся цѣна опредѣляется *замѣной* старой *розни* новымъ *единствомъ*, мы находимъ въ тѣснѣйшей связи съ самимъ кодексомъ, какъ его тѣнь, этотъ замѣчательный законодательный актъ, названный *закономъ о введеніи кодекса въ дѣйствіе* (Einführungsgesetz, см. выше) и которому собственно, по его прямому содержанію, безъ всякихъ прикрасъ, много болѣе приличествовало бы наименованіе *закона о невведеніи въ дѣйствіе* названнаго кодекса, Nichteinführungsgesetz'a, ибо именно одинъ рядъ его статей, самый обширный, говоритъ о неприкосновенности старыхъ партикуляризовъ, а другой указываетъ примѣненіе тоже имперскихъ законовъ, которыхъ не обняла кодификація.

Это не случайныя изытія изъ господствующаго единства нѣкоторыхъ неудобно-объединяемыхъ матерій по какимъ либо соображеніямъ редакціоннаго характера. Наоборотъ, *самое единство* кодекса достигнуто только цѣной этого имперскаго подтвержденія партикуляризовъ. Партикуляризмы входятъ какъ необходимая составная часть въ кодификаціонную рогацію. Это несомнѣнно та цѣна, которою куплено голосованіе самого кодекса. Съ полной ясностью это обнаружилось при голосованіи обоихъ проектовъ въ рейхстагѣ. Когда по поводу 835 статьи дѣло коснулось вознагражденія за вредъ и убытки отъ потравы полей зайцами и вообще потравъ причиняемыхъ дичью (Hasenschaden, Wildschaden), вся консервативная партія, какъ одинъ человѣкъ, поднялась противъ примѣненія *общаго закона въ отдѣльныхъ территорияхъ*. Разногласіе достигло быстро такой мѣры рѣз-

кости, что въ руководящихъ кружкахъ возникло прямое опасеніе за успѣхъ голосованія всего кодекса. Пришлось отступить отъ общаго права въ пользу партикулярныхъ нормъ, примѣненіе коихъ и было обезпечено art. 70 и 71 закона о введеніи.

Но одни ли зайцы и фазаны стоятъ на пути соглашенія интересовъ права общаго и партикуляризовъ въ имперскихъ законодательныхъ инстанціяхъ? Отвѣтомъ на это служатъ безконечные ряды статей (отъ 55 до 153), начинающихся словами: *unberührt bleiben...* Это все остатки прежнихъ бытовыхъ формъ, въ коихъ нельзя различить моменты цивильный отъ публичнаго и исповѣднаго, еще очень глубоко залегающіе въ современномъ нѣмецкомъ правѣ. Никто не думалъ поступаться этими *реальными* интересами, органически связанными съ нѣмецкой жизнью, чтобъ достигнуть *идеальной* цѣли дѣйствительнаго и полнаго единства нѣмецкаго гражданскаго права. Это условіе существенно различное въ исторіи образованія единаго кодекса чисто цивильнаго у французовъ и новаго нѣмецкаго уложенія.

Въ виду этого понятно, что нѣкоторые представители нѣмецкой науки присвоиваютъ новому кодексу значеніе кодекса общаго права, къ чему собственно и стремилась Германія, другіе отказываютъ ему въ этомъ свойствѣ, видя въ его составѣ, съ одной стороны, дѣйствительно элементы системы права общаго, но съ другой подтвержденные вновь для дальнѣйшаго примѣненія авторитетомъ центральной власти не только старые институты партикулярнаго права, но еще на ряду съ этимъ и источники такихъ партикуляризовъ въ мѣстныхъ статутахъ и обычаяхъ.

Въ результатѣ, *самоотреченія*, котораго требовали для успѣха кодификаціи въ Германіи, оказалось дѣйствительно много, быть можетъ больше, чѣмъ слѣдовало, въ области духовныхъ, *идеальныхъ интересовъ* нѣмецкаго народа. Но ни однимъ изъ интересовъ реальныхъ, *матеріальныхъ*, для достиженія дѣйствительнаго единства нѣмецкаго гражданскаго права, никто и не думалъ поступаться въ Германіи въ теченіе всего *période intermédiaire*, начиная отъ 74 г., когда поставлена была на очередь идея общаго кодекса, и вплоть до 96 г., когда кодексъ прошелъ всѣ законодательныя инстанціи. И этого нельзя замаскировать никакими кодификаціонными операціями....

Нѣмецкое гражданское дѣйствующее право стало кодифицированнымъ, но оно не перестало быть рознымъ, и путемъ кодификаціи не приведено къ дѣйствительному и полному единству, которое

собственно и составляло пламенное желаніе лучшихъ людей Германіи.

Если сторонній цѣнитель, не очарованный заранѣе патріотической идеей — *ein Kaiser, ein Reich, ein Recht*, подойдетъ поближе къ пресловутому плащу, нынѣ облакающему старый костюмъ арлекина, то онъ легко убѣдится, что плащъ сдѣланъ хотя и изъ единой, но все же изъ крайне рѣденькой ткани (въ родѣ рѣшета).

Мы объяснимся. Возможно, что нѣкоторые бытовые институты въ странѣ не подойдутъ подъ общій типъ институтовъ чисто цивилизованныхъ и ихъ придется поставить въ сторону отъ цѣли объединенія подъ общую сигнатуру *unberührt bleiben*. Но за то, думалось бы, если объединяють и кодифицируютъ гражданское право, то тѣ институты, кои *werden berührt*, т.-е. кои входятъ въ положительную часть кодекса, получаютъ въ немъ свою законченную отдѣлку, такъ что читатель найдетъ въ кодексѣ такой институтъ, такъ сказать, вполне вылившимся.

Вотъ именно въ этомъ отношеніи читатель опять окажется непріятно разочарованнымъ.

Мы не будемъ разсматривать здѣсь же всего кодекса. Возьмемъ нѣкоторые входящія въ него обособленные понятія и институты, напр. юридическое лицо, вотчинныя книги, договоръ найма прислуги. Юридическое лицо разработано во 2-мъ чтеніи неизмѣримо полнѣе, чѣмъ въ 1-мъ. Недаромъ коммисія просидѣла за однимъ этимъ титуломъ 1½ мѣсяца. Но, однако, достаточно взглянуть во весь этотъ рядъ статей, чтобы тотчасъ придти къ убѣжденію въ ихъ крайне абстрактномъ характерѣ, такъ что изъ нихъ никакъ не выдѣлится ни одна живая форма союза, корпораціи, съ какими либо конкретными чертами. Это одно отвлеченіе отъ цѣлой массы возможныхъ союзовъ, корпорацій, коллегій. Допустимъ, что это только такъ назыв. общая часть кодекса. Но за нею можно было бы ожидать встрѣтиться, тутъ ли же, или въ части особенной, съ какими либо конкретными союзными формами. Ихъ нѣтъ нигдѣ въ составѣ всего кодекса. И если вы хотите ихъ найти, надо искать ихъ или въ имперскихъ законахъ, вышедшихъ много прежде кодекса, гдѣ найдете массу союзныхъ формъ, разработанныхъ въ отдѣльности, или, за общими опредѣленіями кодекса, — ищите ихъ въ партикулярныхъ законахъ и статутахъ тѣхъ нѣмецкихъ земель, гдѣ эти союзы находятся (см. ст. 82 Einf. Ges. — *unberührt bleiben*). Тоже для способовъ укрѣпленія правъ по недвижимостямъ посредствомъ вотчинныхъ записей. Кодексъ даетъ рядъ абстракт-

ныхъ нормъ. Для приближенія къ операціямъ вотчинныхъ установленій, какъ онѣ дѣйствительно происходятъ, нельзя ограничиться этими общими положеніями, надо, такъ сказать, спуститься этажемъ ниже. Въ этомъ 2-мъ этажѣ вы найдете подробнѣе разработаннымъ общій имперскій Grundbuchordnung (спеціальный законъ 24 марта 1897 г.). Но и этимъ дѣло не окончено. Каждая отдѣльная территорія, насколько въ ней до сего была выработана система записей, продолжаетъ руководиться этой своей особой системой, прусской-ли, или мекленбургской, или еще иной мѣстной. Тоже, наконецъ, и для договора найма прислуги, для котораго, на ряду съ обще-имперскими статьями, unberührt bleiben мѣстныя постановленія, опредѣляющія das Gesinderecht этой земли (art. 95 Einführ. Ges.).

Можно безошибочно заключить, что кодификація не сдѣлавъ права единымъ, не сдѣлала его и менѣе путаннымъ, менѣе сложнымъ, чѣмъ оно было до сего въ его примѣненіи.

Нѣтъ при этомъ сомнѣнія, что *такія* операціи обобщеній могли быть легко достигаемы и въ массѣ случаевъ дѣйствительно достигались у нѣмцевъ помощью простыхъ научныхъ операцій, безъ всякаго вмѣшательства позитивнаго авторитета.

Что остается въ утѣшеніе послѣ столь очевидныхъ недочетовъ предпріятія, возбуждавшего такія свѣтлыя надежды?

Одинъ изъ самыхъ раннихъ дѣятелей *новой науки гражданскаго уложенія* нѣмецкой имперіи Конрадъ Козакъ (Боннъ) въ своей, пока неконченной, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Iena. 1897, съ большимъ одушевленіемъ провозглашаетъ освобожденіе нѣмецкаго народа *отъ позора подчиненія судамъ*, которые руководятся въ своихъ рѣшеніяхъ византійскими, по-латыни написанными законами (стр. 21). Новый кодексъ однимъ де ударомъ, *формально*, снялъ со всей Германіи это чужеземное иго..., замѣнивъ подлинныя латинскіе тексты переводными нѣмецкими.

Съ вопросомъ о кодификаціи повсюду, начиная отъ Юстиніана и до позднѣйшаго поборника кодификаціонныхъ операцій въ правѣ, профессора Гёнера (см. выше), фатальнымъ образомъ соединялся вопросъ о школѣ юриспруденціи.

Это одна изъ животрепещущихъ задачъ освобожденной, если не по существу, то *формально* (см. выше Козакъ), въ вопросахъ правосудія отъ чужеземнаго ига современной Германіи. Какъ же разрѣшаютъ эту задачу нѣмецкіе университеты. Мы видѣли выше, что еще до окончательной санкціи кодекса 65 профессоровъ съѣхались въ Эйзенахъ, чтобы выработать общій планъ преподаванія въ виду *новой науки „Гражданскаго кодекса“*.

Видя, конечно, совершенно ясно, что оба кардинальные начала (латинское и германское право) не примирены внутреннимъ образомъ въ новомъ кодексѣ, нѣмецкіе ученые находили необходимымъ, *сдѣлавъ кодексъ цѣлью изученія цивилистовъ*, оставить обѣ прежнія главные дисциплины, римскаго и германскаго права, съ ихъ исторіей и экзегезой источниковъ, основными въ общемъ планѣ будущаго факультетскаго преподаванія. Съ общей дисциплиной германскаго права необходимо въ большей или меньшей мѣрѣ связывать и партикулярные институты по различію ихъ въ разныхъ территоріяхъ.

Все это вмѣстѣ потребуешь, несомнѣнно, бѣльшей продолжительности курсовъ, чѣмъ это было до сего.

Эйзенахская конференція могла придти къ *общимъ* резолюціямъ, лишь оставивъ совсѣмъ въ сторонѣ всю детальную разработку плана, въ которой трудно было ожидать единодушія. *).

Послѣ этой конференціи появилась масса отдѣльныхъ предположеній, чѣмъ ближе разрабатывавшихъ, тѣмъ далѣе расходившихся программъ преподаванія, приспособленныхъ къ новымъ условіямъ. Мы ихъ не коснемся.

Но вотъ одно мнѣніе, которое для насъ цѣнно не потому только, что принадлежитъ очень извѣстному ученому, но и потому еще, что оно даетъ мысли въ извѣстной степени основанныя на прежнихъ опытахъ постановки юридическаго образованія въ виду вводимыхъ въ практику кодексовъ. Это мнѣніе профессора страсбургскаго университета Оттона Ленеля, выраженное имъ въ рѣчи при вступленіи въ ректоратъ названнаго университета, зданіе коего украшено статуей Фридриха Карла фонъ-Савиньи на его фронтонѣ.

Ленель **) выражаетъ опасеніе, что вмѣстѣ съ вступленіемъ въ силу новаго кодекса, возбуждавшаго столько несбыточныхъ иллюзій ***) , наступитъ очередь опасныхъ иллюзій и въ вопросахъ преподаванія права. Въ планахъ Эйзенахской конференціи онъ не нашелъ достаточно энергическаго отпора опасности, которая угрожаетъ нѣмецкой юриспруденціи отъ этихъ иллюзій. Дѣлая новый кодексъ цѣлью всего учебнаго плана, мы возбуждаемъ та-

*) См. Die künftige Gestaltung des deutsch. Rechtsstudiums n. d. Beschл. der Eisenacher Konferenz von Emil Friedberg. Leipzig. 1896.

**) Das bürgerl. Gesetzbuch u. d. Studium d. romisch. Rechts.—д-ра О. Lenel. Strassburg. 1896.

***) Почтенный Ленель воздастъ должное памяти Савиньи въ этихъ заключительныхъ словахъ своей рѣчи: mit frischer, fröhlicher, naiver Zuversicht glaubte man (въ 70-хъ годахъ, когда задумали кодификацію) an den *Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung*,... Aber jener Enthusiasmus hat einer nüchternen Resignation Platz gemacht (стр. 19).

кія отъ него ожиданія, которыхъ онъ не оправдываетъ и вмѣстѣ съ этимъ отодвигаемъ основу современной юридической школы въ Германіи на второй планъ, какъ нѣкотораго рода ученую декорацию. Между тѣмъ, ближайшая опасность, которою угрожаетъ намъ кодификація, состоитъ въ томъ, что мѣсто здоровой, научной и практической дѣятельности юристовъ поспѣшитъ занять юридическое буквоѣдство, такъ назыв. *Buchstabenjurisprudenz*, злѣйшій врагъ всякаго здраваго правосудія. Обосновать научную подготовку юристовъ на новомъ кодексѣ дѣло немислимое ни для какаго, хотя бы самаго высокаго преподавательскаго дарованія, ибо съ новымъ кодексомъ не выросло одновременно еще никакой юридической науки этого новаго кодекса. Вся слава знанія и школы въ области права, какую успѣла себѣ составить Германія въ текущемъ столѣтіи, самымъ тѣснымъ образомъ связана съ наукой латинскаго права. На ней единственно пока и на долгое время въ будущемъ можетъ нѣмецкая юриспруденція основывать свои дѣйствительные, а не фантастическіе расчеты удержатъ свое прежнее высокое положеніе. Противъ угрожающей опасности упадка правовѣдѣнія въ Германіи нѣтъ другого средства, кромѣ неизмѣнной вѣрности прежнимъ традиціямъ классической школы юриспруденціи.

Дѣйствительно, было бы крайне прискорбно, если бы нѣмцы пошли еще и на этотъ соблазнъ самоотреченія...

§ 7.

Параллелизмъ общихъ признаковъ культуры права на западѣ и у насъ.—А. Бытовая рознь и признаки личной или племенной системы въ исторіи нашего права.—Черты прошлаго въ современномъ правѣ.—Сходство и общность права.—В. Разныя формы договорнаго общенія въ старомъ правѣ.—Традиція права обычнаго, особенно облеченнаго въ письменную форму.—С. Вліяніе церкви на расширеніе правообщенія.—Традиція римскаго права на востокѣ.—Внутренніе признаки византійской системы права.—Строеніе институтовъ частнаго права.—Реципированные сборники.—Измѣненіе внутреннихъ основъ правосознанія.—Результаты.—D. Территоріальное начало въ нашемъ правѣ.—Волости вольныя.—Раннее развитіе общности правосознанія въ связи съ обособленіемъ права публичнаго и частнаго.—Признаки этого явленія въ вольныхъ волостяхъ.—Дальнѣйшая судьба.—Литовскій статутъ.—Техника.—Смѣшеніе права публичнаго и частнаго.—Общая характеристика.—Е. Московская централизація.—Поглощеніе публичнымъ правомъ элементовъ права частнаго.—Оцѣнка чести въ Уложеніи.—Внѣоборотность недвижимостей по указу 1714 г.—F. Дѣла челобитчиковъ и общенародныя.—Безразличіе процессуальныхъ формъ.—G. Преобладаніе партикуляризмовъ.—Жажда нормъ.—Ресурсы со стороны.—Отечественныя школы юриспруденціи.—Разбродъ указовъ и попытки Сводовъ.—Сперанскій.—Общій сводъ и общее право.—H. Обособленіе права публичнаго и частнаго въ эпоху Великихъ реформъ.—Судебные уставы.—I. Специализація знаній.—Задача университетскаго преподаванія.

Въ дальнѣйшемъ мы сдѣлаемъ краткое обозрѣніе историческихъ процессовъ русскаго праворазвитія, которые приводятъ

насъ къ современному состоянію нашего гражданскаго права. Мы остановимъ, такимъ образомъ, наше вниманіе на матеріи права общаго въ формальномъ смыслѣ и на явленіяхъ сходства институтовъ, какъ они обнаруживаются въ нашей исторіи; въ связи съ этимъ мы уяснимъ себѣ процессъ обособленія права частнаго и публичнаго вообще и въ отдѣльныхъ гражданскихъ институтахъ; рассмотримъ задерживающія и благопріятствующія условія образованія общей цивильной системы у насъ, опредѣлимъ современное состояніе нашего гражданскаго права и наши виды на ближайшее будущее русскаго законодательства и юриспруденціи.

Мы видѣли выше, что, въ историческомъ смыслѣ, образованіе понятія права общаго наряду съ партикуляризмами и обособленіе права частнаго совпадаетъ повсюду съ извѣстными признаками національнаго развитія, то болѣе исключительными, то ближе и легче открывающими путь къ общенію разныхъ націй. Сначала элементы исключительности обильны и рѣзко выражены и лишь очень медленнымъ процессомъ эта исключительность племенная, территоріальная, исповѣдная, національная, профессиональная, сглаживается и допускаетъ совмѣстность, общеніе, союзъ интересовъ и правъ. Въ самыхъ простыхъ и яркихъ чертахъ мы наблюдали это поступательное движеніе въ исторіи права римскаго. Въ формахъ несравненно болѣе сложныхъ тотъ же законъ обнаруживается въ исторіи ново-европейской культуры права. Тѣ же условія и элементы, которые суть существенные, какъ мы наблюдали выше, для процессовъ развитія общаго права тамъ, на Западѣ, должны быть изучены нами и въ русской жизни, хотя бы здѣсь они являлись въ совершенно иныхъ, часто своеобразныхъ сочетаніяхъ. Тѣмъ болѣе, натурально, интереса представить ихъ изученіе въ этихъ своеобразныхъ комбинаціяхъ. Зато и трудность изученія права на этой почвѣ, гдѣ научная разработка историко-юридическихъ задачъ такъ еще нова, возрастаетъ вмѣстѣ съ новизною этихъ задачъ. Въ виду предшествующихъ историко-юридическихъ курсовъ по русскому праву мы остановимся здѣсь на самыхъ общихъ чертахъ, которыми опредѣляется процессъ праворазвитія у насъ по взятымъ нами выше признакамъ общности нормъ и обособленія права частнаго отъ публичнаго.

А.

Въ какомъ видѣ представляется намъ юридическій бытъ въ начальную эпоху русской исторіи? Возможно утверждать, что

въ эту пору и до московской централизаціи, для образованія общихъ юридическихъ нормъ въ какой бы то ни было сферѣ права было также мало условій формальнаго ихъ единства, какъ и на Западѣ во время господства такъ называемыхъ личныхъ или племенныхъ правъ. Опредѣляющая бытовая основа этого явленія есть, конечно, тутъ и тамъ одна и та же, т.-е. сперва господство, потомъ обиліе непостоянныхъ, бродячихъ элементовъ населенія, уступающихъ на Западѣ скоро, у насъ, по особенностямъ нашего географическаго положенія, крайне медленно инымъ, высшимъ формамъ общественности. Въ то время когда тамъ на Западѣ, уже образовались значительные элементы территоріальнаго господства, здѣсь въ старѣйшихъ письменныхъ памятникахъ права удерживаются еще такіе свѣжіе *слѣды племенной розни*, такая непостоянная связь населенія съ землей, такое обиліе племенныхъ элементовъ, что населеніе волостей можно по справедливости назвать не сложившимся въ новое цѣлое, удерживающимъ на своемъ составѣ ясные признаки прежнихъ формъ общежитія, племеннаго, а не послѣдующихъ, территоріальнаго, волостнаго.

Особенность нашего историческаго процесса въ цѣломъ заключается въ томъ, что, одолѣвъ эту первоначальную племенную рознь, русское государство продолжаетъ и нынѣ включать въ себѣ, на ряду съ господствующимъ кореннымъ русскимъ населеніемъ, обиліе новыхъ племенныхъ, особнячъ, инородныхъ единицъ, коихъ внутренняя жизнь опредѣляетъ собою и по сейчасъ особый составъ разныхъ инородческихъ правъ, иной, чѣмъ въ общемъ русскомъ правѣ, хотя послѣднее обыкновенно доступно и для инородцевъ, если къ этому нѣтъ другихъ, кромѣ племенной особенности, препятствій.

Такимъ образомъ, самый составъ нашего населенія не есть замкнутый, окончательно опредѣлившійся и исключаящій вступленіе въ него элементовъ новыхъ въ смыслѣ племенномъ. Наша жизнь даетъ намъ явленіе не только ассимилированія низшихъ формъ быта высшими, внутри одной націи, но и длящееся обновленіе самихъ племенныхъ ея элементовъ. Мы будемъ имѣть случай позже, трактуя вопросъ правоспособности лицъ, раскрыть содержаніе дѣйствующихъ нормъ, опредѣляющихъ общую и особенную цивильную правоспособность нашихъ инородцевъ.

Что касается состоянія права на этихъ ступеняхъ развитія, въ бытѣ племенномъ старой Россіи и въ соотвѣтствующихъ ему формахъ современнаго племеннаго быта инородцевъ, то его пра-

вильно характеризовать признакомъ субъективности правосознанія. О какихъ-либо началахъ *права общаго* на этихъ ступеняхъ культуры не можетъ быть рѣчи. Формы и способы защиты права условлены здѣсь не столько высшей цѣлью правосудія, единообразнаго и постояннаго, сколько низшей — удовлетворенія раздраженнаго чувства обиды. Признаки этого быта, *обращенные къ прошлому* (месть, безразличіе органовъ и способовъ воздѣйствія за правонарушеніе, какого бы рода оно ни было, и проч.), ясно видны на первыхъ страницахъ русской исторіи. Такое право не можетъ выйти изъ границъ тѣснаго круга лицъ, связанныхъ кровной близостью или насущными интересами совершенно примитивнаго свойства. При одинаковыхъ потребностяхъ разныхъ племенъ между ихъ юридическимъ бытомъ можетъ быть близость типа, значительныя черты *сходства*, но это не общность правосознанія.

Задачи законодательства и управленія по отношенію къ этимъ элементамъ русскаго населенія заключались и заключаются до сего времени въ регулированіи ихъ внутренняго быта и въ охранительныхъ мѣрахъ противъ безправія и опасностей для сосѣдей. Гдѣ нѣтъ этихъ опасностей, тамъ переходъ къ высшимъ формамъ быта, развитіе элементовъ общенія юридическаго условлены для инородцевъ предшествующимъ освоеніемъ ими элементовъ русской культуры, русской рѣчи, школы, христіанскаго вѣроученія. Такъ направленными усиліями русскаго государства и церкви наполнены не только страницы старыхъ русскихъ лѣтописей, но и памятники законодательства и управленія прошлаго вѣка и нынѣ дѣйствующія нормы.

В.

На тѣхъ же первыхъ страницахъ русской лѣтописи мы видимъ въ обиліи и другую сторону правообразованія, иные признаки, *обращенные къ будущему*, къ высшему развитію общественности. Это *начало договорное*, связующее разныя племена и общины свободными узами федераціи. Договорная форма, при всемъ ея несовершенствѣ, когда ею исключительно связаны обширныя и разнородныя коллективныя группы для цѣлей постоянныхъ и общихъ, открываетъ, однако, очень обширныя перспективы для послѣдующаго общенія въ области права. Мы видимъ эту форму въ древней Руси въ явленіяхъ призыва князя, въ соглашеніяхъ отдѣльных племенныхъ группъ одной съ другою непосредственно и при посредствѣ князей, въ договорахъ

князей между собою, съ ихъ дружинами, князей съ волостями, въ соглашеніяхъ объ общихъ нормахъ суда, въ договорахъ съ землями сосѣдними. Эти многообразныя формы договорныхъ соглашеній знаменуютъ собою образованіе и укрѣпленіе началъ общности въ правѣ на счетъ партикуляризовъ *). Чѣмъ больше чертъ сродства въ правосознаніи разныхъ группъ, тѣмъ, понятно, легче форма договорная, по существу временная, переходитъ въ постоянное правообщеніе, образуетъ начала дѣйствительно общаго права (обычнаго).

Мы видѣли выше, въ обзорѣ исторіи нѣмецкаго общаго права, случаи, гдѣ простой переходъ устныхъ юридическихъ традицій въ форму письменнаго ихъ начертанія содѣйствуетъ, въ извѣстныхъ условіяхъ, возвышенію авторитета локальныхъ нормъ на степень общихъ. Процессы такого рода мы наблюдаемъ въ старой русской жизни, гдѣ обычаи разномѣстные, уставы отдѣльныхъ князей, соглашенія между князьями, разъ подвергнувшись переработкѣ въ нѣкоторый комплексъ нормъ записанныхъ, получали характеръ общаго руководящаго юридическаго сборника, быстро распространявшагося въ разныхъ волостяхъ, въ неодинаковыхъ, частью по содержанію, частью по говору, редакціяхъ. Таковъ извѣстный вамъ сборникъ „Правды Русской“, который долженъ быть рассматриваемъ какъ первый конвенціональный, такъ сказать, источникъ общаго русскаго права, гдѣ крайне рано, вмѣстѣ съ этимъ характеромъ общности, замѣчается и обособленіе началъ чистаго частнаго права.

С.

Болѣе глубоко проходящій и до сихъ поръ не изсякающій источникъ образованія началъ общности въ русскомъ правѣ открываетъ *дѣятельность церкви*. Вліяніе церкви на всѣ области стараго права и вліяніе клира на самыя различныя стороны русскаго юридическаго быта неизмѣримо обширно. Трудно въ короткомъ очеркѣ исчерпать этотъ вопросъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что старыя племенные правовоззрѣнія, ихъ исключительность, суровость формъ осуществленія права, постоянно уступали дѣйствию христіанской проповѣди. Въ указанной сейчасъ (подъ В) договорной формѣ общенія религіозное утвержденіе этой формы несомнѣнно давало ей особую силу. Въ задачахъ

*) См. теперь особенно проф. О. И. Леонтовича „Старый земскій обычай“ 1889 г., стр. 58 и слѣд.

фиксированія юридическихъ актовъ на письмѣ классъ лицъ грамотныхъ, каковыми были преимущественно духовные, играетъ всюду, и въ международныхъ сношеніяхъ (договоры Смоленска съ Ригой), и въ сдѣлкахъ князей, и въ одностороннихъ актахъ ихъ воли при жизни и на случай смерти, и въ актахъ частныхъ лицъ, и въ законодательствѣ (Псковская судная грамота) первенствующую роль. Въ дѣлахъ, касавшихся каноновъ и церковнаго чина, вліяніе церкви было рѣшающимъ, а кругъ этихъ дѣлъ рано сталъ весьма обширнымъ для различныхъ сферъ права и управленія, въ особенности для юрисдикціи въ вопросахъ семейнаго и наследственнаго права (подробности въ курсѣ). Путемъ церковной школы и проповѣди проходило въ старомъ русскомъ обществѣ и до сихъ поръ проходить въ народныя массы самымъ постояннымъ образомъ вліяніе христіанской нравственности на правовозрѣніе людей. Въ такую пору, *когда право находится на степени субъективнаго сознанія, силу этого вліянія трудно измѣрить*; несомнѣнно, что всюду, куда оно проникло, оно кореннымъ образомъ перерождало господствовавшее до того міровоззрѣніе людей и вмѣстѣ съ этимъ ихъ взгляды на право.

Съ вліяніемъ церкви у насъ, какъ частью и на Западѣ, связаны первые признаки появленія элементовъ общихъ въ нашемъ правѣ и такихъ юридическихъ началъ, которыя не имѣютъ корня въ правѣ мѣстномъ. Но тамъ, на Западѣ, это вліяніе чужого права, универсальной римской системы только въ первоначальныхъ стадіяхъ было тѣсно связано съ традиціей церкви. Въ послѣдующихъ фѣзахъ оно носило въ цѣломъ исповѣдный характеръ только по отношенію къ предѣламъ его распространенія; позже ученія романистовъ были направлены прямо противъ авторитета церкви и стали орудіемъ борьбы власти свѣтской съ властью церкви. Двѣ сферы права и двѣ области юрисдикціи, духовной и свѣтской, права каноническаго и римскаго, обособились рѣзко. Этимъ обособленіемъ права римскаго отъ каноническаго, права частнаго отъ публичнаго условлена вся судьба рецепціи римскаго права на Западѣ.

Что же представляютъ собою традиціи римскаго права на Востокѣ?

Возможно ли сопоставлять историческую роль византійской юриспруденціи съ источниками римскаго права, ставшими, какъ извѣстно, на Западѣ, въ юстиніановской кодификаціи, господствующимъ элементомъ общаго частнаго права и предметомъ постоянного изученія юристовъ новаго міра?

Чтобъ отвѣтить на этотъ вопросъ, надо различить въ немъ разныя стороны.

Значеніе византійскаго права очень различно, смотря по эпохамъ, откуда идутъ его источники, по мѣстностямъ, въ коихъ оно вліяетъ, и по условіямъ этого вліянія.

Прежде всего византійскіе источники изъ времени ближайшаго къ Юстиніану составляютъ богатое пособіе для изученія самого юстиніановскаго права. Къ этому источнику обращаются съ серьезнымъ и постояннымъ вниманіемъ западные ученые (Куяцій, Мельцеръ, Бонефидій, Леунклавій въ XVI в., Фабротъ въ XVII в., Рейцъ въ XVIII в., Гаубольдъ, Геймбахи, Mortenil, Цахаріэ, Моммсенъ и друг. въ XIX в.), въ особенности въ такія эпохи, когда интересъ изученія исключительно практическій уступаетъ мѣсто историческому методу въ правовѣдѣніи. Подробности этого вопроса пользованія византійскими источниками для изученія *Corpus juris civilis* разсматриваются въ курсахъ римскаго права *).

Съ другой стороны, само византійское право проходитъ извѣстныя стадіи развитія. Оно представляетъ собою не только постепенное атрофированіе юстиніановскихъ источниковъ, но и еще характерный процессъ измѣненія всѣхъ основъ римской культуры права, т.-е. смѣшеніе институтовъ свѣтскаго и церковнаго права, публичнаго и частнаго.

Любопытно, что въ ту самую пору, въ XII в., когда на Западѣ начинается изученіе подлинныхъ текстовъ юстиніановскихъ источниковъ, эти источники окончательно вытѣсняются на Востокѣ Базиликами. По происхожденію Базилики относятся къ концу IX в. Это греческая переработка юстиніановскихъ источниковъ, рассчитанная на удобство практическаго ихъ примѣненія. Все дѣйствующее право сведено въ 60 книгъ, въ порядкѣ близкомъ къ юстиніановскому кодексу. Это и есть та капитальная работа, которая прервала прямую практическую традицію юстиніановскихъ книгъ для Восточной имперіи, и къ которой позже при-

*) Появленіе на западѣ ученыхъ грековъ, бѣжавшихъ изъ Константинополя послѣ взятія его турками, обогатило итальянскія библіотеки массой привезенныхъ ими рукописей. Въ XVI в. ихъ начинаютъ печатать. Лишь въ эту пору узнаютъ Базилики. Манускрипты библіотеки Екатерины Медичи, привезенныя изъ Италіи во Францію, привлекаютъ къ себѣ вниманіе всего ученаго міра. О нихъ только и говорятъ. Ср. для этихъ свѣдѣній и для краткаго обзорѣнія развитія интереса къ визант. праву Rivier (бельгійск. профес.) *Introduction historique au droit romain*. 1881 г., стр. 546 и слѣд. По-русски въ 76 и 77 гг. проф. Азаревичъ началъ исторію визант. права, гдѣ можно найти полезныя указанія для русск. библіогр.; но для предпринятой работы у автора вовсе не было необходимаго матеріала подъ руками. Эта работа не продолжается.

мыкали многочисленныя дальнѣйшія переработки матеріала византійскими учеными. Одну изъ важнѣйшихъ, по практическимъ послѣдствіямъ, такихъ переработокъ составляетъ Шестикнижіе Константина Гарменопулы (около 1345 г.). Оно удержалось въ примѣненіи послѣ паденія Константинополя въ разныхъ провинціяхъ турецкой имперіи, и восполненіемъ къ нему служили Базилики. Книги Гарменопулы удерживались въ силѣ въ Бессарабіи послѣ ея присоединенія къ Россіи *). Между тѣмъ Дунайскія княжества имѣютъ съ 1865 г. единый кодексъ, составляющій подраженіе Code civil.

Мѣстное значеніе византійскихъ переработокъ юстиніановскаго права этимъ не ограничивается; но мы отмѣчаемъ здѣсь эту сторону дѣла, это локальное значеніе особыхъ византійскихъ источниковъ, возникшихъ на мѣстѣ и въ этихъ предѣлахъ сохранившихъ свое значеніе до позднѣйшаго времени.

Несомнѣнно лучшій изъ немногихъ теперешнихъ знатоковъ византійскаго частнаго права, Цахаріэ ф. Лингенталь, даетъ намъ такіе внутренніе признаки, опредѣляющіе особенность именно византійскаго права, которые указываютъ ясно его неспособность выйти изъ этихъ предѣловъ мѣстнаго примѣненія и пріобрѣсти значеніе системы универсальной. Какъ черту очень характерную, онъ выставляетъ, во-первыхъ, то, что изъ системы наказаній здѣсь почти совершенно вытѣснено наказаніе лишеніемъ свободы. Въмѣсто лишенія свободы въ Византіи развились рафинированные способы причиненія физическихъ страданій, которые пережили византійскій режимъ и вошли вполне гармонически въ систему турецкаго управленія. Цахаріэ объясняетъ это вытѣсненіе наказанія лишеніемъ свободы тѣмъ, что на Востокѣ всякое *far niente*, въ тюрьмѣ ли, или въ монастырской кельѣ, служить скорѣе источникомъ удовлетворенія, чѣмъ страданія. Затѣмъ, наука права у византійскаго юриста не то, что въ эпоху свободнаго развитія римской юриспруденціи. Юристъ не знаетъ права, а знаетъ только законъ. Это не юристы собственно, а

*) Подробности см. у Даневскаго. Объ источникахъ мѣстныхъ законовъ нѣкоторыхъ губерній и областей. Тоже и справки о современ. примѣненіи мѣстн. сборниковъ у Пахмана Ист. кодиф., II, стр. 463 и слѣд. Византійская традиція распространилась на Кавказѣ (законы царя Вахтанга и Армянскій судебникъ). Въ послѣднее время открываются еще нов. восточные тексты, въ коихъ римское право является переработаннымъ для мѣстныхъ цѣлей. Въ 1880 г. издвѣніемъ берлинской академіи напечатана большая книга, озаглавл. „*Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert.*“ herausgegeben, übersetzt und erläutert von d-r. K. G. Bruns u. d-r. E. Sachau. Издатели не согласны по вопросу о происхожденіи этихъ текстовъ. Оцѣнку этого изд. сдѣлалъ Brinz въ „*Krit. Vierteljahresschrift*“ Bd. 22, стр. 548.

законники (*νομικοι*). Тутъ можетъ развиться утонченная техника примѣненія закона, но не та жизнь права, имѣющая свой источникъ въ національномъ сознаніи, какую мы наблюдаемъ въ Римѣ.—Достаточно этихъ характерныхъ признаковъ, на коихъ останавливаетъ ваше вниманіе Пахарію, чтобъ не ждать благопріятныхъ для права частнаго результатовъ отъ собственно византійской юриспруденціи, гдѣ она не зависитъ отъ римскихъ традицій.

На этомъ явленіи мы еще разъ повѣряемъ состоятельность ученія Thering'a о расчетѣ, цѣли, монополіи наказанія и прочее, какъ основѣ права...

Какія же черты опредѣляютъ внутреннее строеніе институтовъ? Поземельная собственность сосредоточена въ эту пору въ рукахъ государства и церкви. Рядомъ съ ними обладаніе съ характеромъ приватнымъ доступно только могущественнымъ людямъ, близко стоящимъ къ власти. Землевладѣніе низшихъ классовъ есть или зависимое, или оно задавлено тяжестью государственныхъ податей и службъ. Отчужденіе недвижимостей введено въ самыя тѣсныя границы *). Поземельныя отношенія Византіи живо напоминаютъ поземельный строй среднихъ вѣковъ на Западѣ, кромѣ, однако, какъ замѣчаетъ Пахарію, существенной для феодальнаго быта черты,—взаимной и наслѣдственной связи землевладѣльцевъ, которой всегда оставались чужды мелкіе деспоты этихъ восточныхъ территорій. Въ связи съ этимъ властнымъ и зависимымъ характеромъ отношеній частныхъ лицъ понятно ничтожное развитіе договорно-обязательственныхъ формъ, ненадежность кредита личнаго и вещнаго и свойство медлительности и проволочекъ въ способахъ процессуальнаго осуществленія права.

Теперь мы перейдемъ къ послѣднему поставленному выше вопросу—могло ли византійское право вліять, какъ система юридическихъ институтовъ частнаго права, на русскую жизнь?

Извѣстно, что въ сборникахъ, носившихъ названіе кормчихъ книгъ и рано переведенныхъ съ греческаго языка на церковнославянскій, помѣщаются рядомъ съ постановленіями каноническими и отдѣльные легальные памятники свѣтскаго права, коихъ

*) Ознакомленіе съ этими явленіями, крайне важными для цѣлей историческ. изученія и для историческихъ параллелей, стало очень легко доступнымъ при помощи небольшой и хорошо написанной книги Пахарію (*Geschichte des griechischrömischen Rechts*. 2 изд. 1877 г., соб. § 60—крестьянскія поземельн. отношенія при Юстиніанѣ, § 61 *νομος γεωργικος*, § 62—крестьян. отнош. позднѣйш. времени, § 63 мѣры къ огражденію вольнаго крестьянства, § 64—военныя землевладѣнія на границахъ (*terrae limitaneae vel castellorum*)).

происхождение есть несомненно греческое. Таковы въ особенности эклога Льва и Константина и прохиронъ, составленный по повелѣнію Василя Македонянина. Это, по отношенію къ ихъ первоисточникамъ (въ особенности къ юстиніановской кодификаціи)—крайне несовершенные сборники, которые и въ греческомъ подлинникѣ далеко не заключали въ себѣ сколько-нибудь законченнаго круга гражданскихъ понятій. Эклога заключаетъ въ себѣ элементы институтовъ брачнаго права, права наследованія, опеки, отпущеній на волю, нѣкоторые договоры, немного положеній о свидѣтельствахъ и мировыхъ сдѣлкахъ, объ отдѣльномъ имуществѣ дѣтей, законы уголовные и положенія о добычѣ. Это совершенно случайный для примѣненія внѣ первоначальной почвы, на которую рассчитанъ сборникъ, комплексъ нормъ. Возникшій въ половинѣ VIII в., сборникъ этотъ былъ черезъ сто сорокъ лѣтъ вытѣсненъ и тамъ другой переработкой юстиніановскихъ источниковъ, касавшейся частью тѣхъ же матерій, частью новыхъ, при томъ не исключительно гражданскихъ.

Для этой смѣны одного сборника съ другимъ на мѣстѣ были свои основанія, которыя, однако, не могли имѣть всеобщаго значенія. Оба сборника вошли, какъ извѣстно, въ составъ нашихъ кормчихъ, ихъ свѣтскаго права, въ славянской передачѣ текстовъ, часто очень мало вразумительной и неточной. Это „Главизны Леона и Константина“ (глава 49 кормчей) и „Закона градскаго главы различны“ (гл. 48 кормчей). Въ томъ и другомъ совершенно отсутствуютъ многіе основные институты гражданской системы, въ особенности права вещныя. На мѣстѣ они легко восполнялись изъ многочисленныхъ иныхъ сборниковъ и переработокъ. Въ новой сферѣ примѣненія они не давали ничего цѣльнаго. Не менѣе того въ этомъ видѣ въ первый разъ древняя Русь познала элементы чужого права, отрывки той системы гражданскихъ институтовъ не мѣстнаго происхожденія, которая на западѣ, въ совершенно иномъ видѣ, посредствомъ рецепціи *in complexu*, составила эпоху въ исторіи развитія новоевропейскаго права.

Для права русскаго и для его дальнѣйшаго развитія важны не столько эти отрывки чужой, хотя бы универсальной системы, эти нормы римскаго права, сколько измѣнившіяся, вмѣстѣ съ принятіемъ христіанства и по мѣрѣ успѣховъ христіанской проповѣди, положенія о судѣ церковномъ, о компетенціи церкви въ дѣлахъ семьи и наследства. Законъ судный людямъ, приписываемый Константину Великому и неимѣющій, однако, основанія въ системѣ права византійскаго, былъ неизмѣримо болѣе

важнымъ источникомъ для новыхъ народовъ, ибо заключалъ въ себѣ не готовыя нормы чужой цивильной системы, а постановленія, прямо соотвѣтствовавшія состоянію народовъ, только-что принявшихъ христіанство. Для всей послѣдующей исторіи права русскаго важны опредѣленія Номоканона и уставовъ русскихъ князей, касающіяся юрисдикціи церкви въ новомъ христіанскомъ обществѣ, а не система нормъ, переработанныхъ изъ юстиніановскихъ источниковъ. Въ Законѣ судномъ находились положенія, опредѣлявшія наказаніе за идолопоклонство, за отступленіе отъ христіанства. Въ уставахъ князей, со ссылкой на тѣ же священные источники, опредѣлялось вѣдомство судовъ церкви. Какого бы ни были происхожденія эти нормы, онѣ соотвѣтствовали потребности времени. Ихъ сила устанавливалась не внѣшнимъ авторитетомъ и не техническими свойствами этихъ нормъ, а внутреннею основой правосознанія въ эту пору, нераздѣльной съ чувствомъ вѣры, съ основами исповѣдными. Мы видѣли этотъ же факторъ въ исторіи рецепціи чужого права на западѣ. Тамъ онъ привелъ въ результатъ къ освоенію цѣлой системы институтовъ чисто цивильныхъ. У насъ нѣтъ. Освоеніе чисто юридическихъ положеній греко-римскаго права происходило у насъ не ровно, медленно, изъ источниковъ, далеко не столь пригодныхъ для этихъ цѣлей, безъ постоянного посредства школы.

Но если не этотъ объективный составъ готового чужого права, то компетенція суда церкви открывала широкую сферу для образованія началъ права общаго для всѣхъ племенъ, населявшихъ Россію, для всѣхъ волостей, каковы бы ни были особенности ихъ состава и строенія.

Достигнувъ путемъ жалованій княжескихъ и пожертвованій частныхъ лицъ обширныхъ земельныхъ богатствъ, церковь расширила и укрѣпила силу своего вліянія, ставъ на защиту обширнаго круга лицъ безпомощныхъ и безпріютныхъ въ грубомъ обществѣ и создала новыя формы имущественнаго обладанія постоянного и неизмѣннаго въ ея рукахъ для цѣлей дальнѣйшаго распространенія христіанской проповѣди.

Вліяніе церкви на общность права было тѣмъ обширнѣе и рѣшительнѣе, чѣмъ слабѣе способна была функціонировать въ этомъ направленіи разъединенная свѣтская власть. Естественно, границы этого вліянія совпадали всегда съ границами исповѣдными, вліяніе дѣйствовало внутри паствы. Его нельзя опредѣлить никакими хронологическими датами. Оно есть внутреннее и въ этомъ смыслѣ свободное. Книга, руководившая мудростью церковныхъ правителей, не составляла

источника права только, нормъ только легальныхъ. Происхожденіе этихъ писменъ было въ глазахъ вѣрующихъ „богодухновеннымъ“. Подлинникъ кормчей хранится въ Новгородѣ въ церкви св. Софіи „на почитаніе священникомъ, на послушаніе крестьяномъ и себѣ (т. е. князю и епископу, повелѣвшему ее списать) *на спасеніе души*“. Тутъ область вѣры, а не критики текстовъ, какъ и въ первое время рецепціи права на западѣ. Та самая черта смѣшенія дѣла вѣры и вопросовъ права, которая для старой культуры права служить признакомъ вырожденія юриспруденціи, составляетъ въ обществѣ молодомъ необходимое условіе его внутренняго перерожденія, его перехода изъ состоянія племенной, территоріальной розни въ извѣстное состояніе единства не только рѣчи, но вѣры и права.

При особомъ характерѣ дѣятельности церкви, всегда больше внутреннемъ, чѣмъ повелительномъ, легко отмѣтить въ жизни общества многія свидѣтельства неоконченности ея призванія, признаки низкаго состоянія правосознанія. Но, однако, результаты дѣятельности церкви въ старой Россіи, по отношенію къ праву общему въ тѣхъ матеріяхъ, которыя составляли область церковной юрисдикціи, поразительны. Едва власть свѣтская собралась и сосредоточилась, стала способной сама устанавливать нормы права, обязательныя для цѣлаго государства, какъ содержаніе для такихъ нормъ было уже въ значительной мѣрѣ готовымъ, опредѣлившимся и приноровленнымъ къ потребностямъ русской жизни. Въ составѣ церковныхъ книгъ между тѣмъ не происходило никакихъ особенно важныхъ перемѣнъ со времени первыхъ рукописей кормчей до печатныхъ ея текстовъ *). Задача государства въ области той юрисдикціи, гдѣ оно смѣнило юрисдикцію церкви, стала, конечно, иная, и какія средства оказались нужны государству для цѣлей дальнѣйшаго развитія элементовъ права общаго, объ этомъ мы скажемъ въ другой связи.

Д.

Несомнѣнно, что ни договорное начало, ни авторитетъ церкви не составляли достаточныхъ факторовъ для утвержденія силы институтовъ собственно юридическихъ въ старой Россіи. Мы обращаемъ вниманіе на эти предшествующія (месть, обида, субъективное сознаніе права) и сопутствующія образованію по-

*) Въ печатную кормчую внесены (гл. 50) разныя статьи изъ Властара и Гарменоулы, которыхъ нѣтъ въ рукописныхъ кормчихъ.

стоянныхъ юридическихъ нормъ (дѣятельность церкви въ особенности) явленія потому только, что право, по нашему убѣжденію, не есть нѣчто извнѣ привходящее, механически господствующая въ общежитіи сила, а результатъ внутреннихъ образующихъ силъ, плодъ этихъ скрытыхъ отъ поверхностнаго наблюденія органическихъ процессовъ. Право нельзя брать какъ живую силу врозь съ успѣхами національнаго развитія, и взятое такимъ образомъ оно теряетъ свой историческій, практическій и живой смыслъ для дѣйствительности. Въ жизни народа оно должно пройти эту стадію субъективнаго сознанія, сознанія его принадлежности лицу, а въ случаѣ нарушенія, чувства обиды личной, семейной, родовой, сословной, исповѣдной, должно испытать на себѣ процессъ перерожденія, коему подвергается все нравственное состояніе общества, прежде чѣмъ принять характеръ внѣшне-обязательной объективной нормы.

У насъ, какъ и на западѣ, вторую ступень въ процессѣ развитія юридическихъ нормъ составляетъ, послѣ системы племенныхъ или личныхъ правъ, *территориальное начало*, коимъ опредѣляется и утверждается на опредѣленномъ пространствѣ обязательность ихъ примѣненія. Всѣ живущія на извѣстной территоріи лица подчинены опредѣленной территориальной власти, всѣ тянутъ судомъ и данью по землѣ и по водѣ. Какъ организуется эта *волость* съ точки зрѣнія ея единства, дѣло безразличное. Она можетъ быть княжескою и вольною. Волостей исключительно церковныхъ, какъ на западѣ, независимыхъ или стоящихъ выше чѣмъ волости "свѣтскія, мы не имѣемъ. Такой союзъ волостной заключаетъ въ себѣ болѣе твердое, хотя, первоначально, и болѣе тѣсное единство, чѣмъ союзъ членовъ церкви, общеніе болѣе широкое и свободное, чѣмъ союзъ племенной, связь болѣе постоянную, чѣмъ союзъ дружинный. Здѣсь именно подчиненіе населенія власти опредѣляется по землѣ и по водѣ.

Въ волостяхъ вольныхъ рано слагается мѣстный обычай, земская старина и пошлина, и ея держатся крѣпко люди этой мѣстности. Рано же эта пошлина, этотъ обычай, въ нѣкоторыхъ волостяхъ переходитъ въ форму письменнаго начертанія, записывается. Несомнѣнно, въ областяхъ вольныхъ, торговыхъ, ближе лежащихъ къ большимъ воднымъ путямъ, раньше опредѣлилась потребность общей извѣстности и постоянства юридическихъ нормъ. Уже въ XV в. мы видимъ, что псковская и новгородская пошлины не только записаны, но перешли въ высшую форму оконченности и извѣстности, какой способно достигнуть объективное право. Обѣ судныя грамоты утверждены на вѣчѣ, какъ дѣй-

ствующій законъ, обязательный къ примѣненію для судовъ на всемъ пространствѣ той и другой территоріи. Не легко въ исторіи ново-европейскаго права найти, въ столь ранней эпохѣ, другой примѣръ такого сочетанія зрѣлости формъ выраженія правосознанія, съ одной стороны, и съ другой — живой наличности всѣхъ факторовъ, на коихъ зиждется юридическій бытъ народа, общей воли, общаго согласія всѣхъ составныхъ частей населенія волости (настоящая *communis rei publicae sponsio*, см. вводные титулы въ изд. проф. М. Ф. Буданова въ его *Христоматіи*), чувства вѣры, коимъ скрѣпляется для суда, для сторонъ сила этихъ нормъ (особ. обрядъ цѣлованія креста на сей граматѣ, ст. 14 Новг. С. Гр.), наконецъ, энергіи личнаго сознанія права, которая такъ видна въ готовности сторонъ и послуховъ идти на бой за правое дѣло. Въ этомъ законѣ, явно, далеко еще не завершилось юридическое творчество народа; напротивъ, граматъ, и особенно псковская, открываютъ весь просторъ созидательной въ вопросахъ права дѣятельности послуховъ, — людей, на коихъ шлется стороны, регулируя только процессуальную правильность соучастія ихъ въ спорѣ. Можно сказать, что вся древняя Русь, всѣ элементы, на коихъ держится старое право, здѣсь на лицо.

Шагъ впередъ — одинъ, но очень важный: вмѣсто племенного, рознаго правосознанія, мы видимъ здѣсь одинъ территоріальный, земскій законъ для всего Новгорода, для всего Пскова. Въ то же время любопытно и важно замѣтить, что опредѣленіе лицъ и вещей въ обѣихъ граматахъ совершенно абстрактное, невидоизмѣненное никакими сословными признаками или исключительными условіями правообладанія вещами того или другого рода для того или другого круга лицъ. Обѣ граматъ говорятъ: „а какой псковитянинъ“, „а кто на комъ поищетъ“, „а которому человѣку“. И это не въ вопросахъ отвѣтственности за преступленіе, гдѣ абстрактная форма именованія субъекта встрѣчается рано, а въ вопросахъ исковъ гражданскихъ. То же абстрактное обозначеніе вещей: земля, вода, товаръ, закладъ. Явно, что въ этихъ граматахъ обособились вполне элементы строенія институтовъ гражданскихъ, выдѣлились изъ тѣснаго соприкосновенія, изъ смѣшенія съ правомъ публичнымъ. Гдѣ отношенія властныя многочисленны и спутаны съ правами частныхъ лицъ, тамъ нельзя встрѣтить запрещеніе „всякому властелю за друга тягаться опричь своего орудія“ *) какъ въ Пск. С. Гр., тамъ не найдемъ

*) Это древнѣйшій на Руси законъ противъ совмѣстительства. *Redemptores litium* и *personae potentiores*, вліяющія на судъ, извѣстны и въ римскомъ правѣ.

защиты простого владѣнія, какъ въ Новг. С. Гр., института давности, какъ способа пріобрѣтенія права собственности на землю (Пск. С. Гр.), тамъ не нужно, наконецъ, такого обилія свободныхъ договорныхъ формъ, лежащихъ на основѣ чисто-цивильныхъ обязательствъ, какимъ отличается именно псковская С. Гр. *).

Не можетъ быть сомнѣнія, что только такое обособленіе институтовъ права частнаго и могло дать этимъ грамотамъ характеръ общаго закона, общаго источника права на пространствѣ цѣлой территоріи. Форма общности правосознанія еще высшая, связывавшая обѣ территоріи вольныхъ общинъ, обнаруживается лишь по отношенію къ суду святительскому **) (см. Новг. С. Гр. ст. 1).

Но едва зародившіеся, эти элементы русскаго самобытнаго частнаго права должны были уступить, вмѣстѣ съ самостоятельностью названныхъ волостей, другимъ историческимъ явленіямъ, мало благопріятнымъ для дальнѣйшаго роста этихъ зачатковъ. Слишкомъ раскрытая со всѣхъ сторонъ великая равнина требовала для огражденія ея русскаго населенія отъ опасностей татарскихъ, нѣмецкихъ, литовскихъ наѣздовъ образованія такихъ могущественныхъ въ смыслѣ нападенія и защиты политическихъ Zwesкаррагат'овъ, что интересы права, права частнаго въ особенности, самобытности областной уступили надолго мѣсто совершенно другого характера явленіямъ. Вы видѣли выше, что повсюду первоначально локальные кутюмы, coutumes de Paris, d'Orleans и другіе во Франціи, городскія права Любека, Гамбурга, Нюрнберга и друг. въ Германіи, становятся предметомъ переработки ихъ въ связи съ началами общаго римскаго цивильнаго права, пріобрѣтаютъ затѣмъ широкое примѣненіе внѣ территоріи ихъ возникновенія и вводятся, наконецъ, какъ національный элементъ, въ строеніе новыхъ цивильныхъ системъ кодифицированнаго права. Національныя начала цивильныхъ институтовъ нашихъ вольныхъ общинъ не оказали никакого (или совершенно ничтожное) вліянія на послѣдующее развитіе русскаго права. Они вовсе не вышли изъ сферы ихъ первоначальнаго примѣненія, исчезли, уничтожены были и тамъ въ самомъ ихъ зародышѣ. Самые памятники этого юридическаго быта оставались около четырехъ столѣтій въ полномъ забвеніи. Они открыты нынѣ, лишь благодаря развившемуся интересу отечествен-

*) Съ отдѣльными институтами мы будемъ имѣть случай встрѣчаться позже въ курсѣ.

**) Источн. этого суда вмѣсто *Номоканона* имѣнуется здѣсь *Манакануномъ*.

но-исторических изысканій. Тотъ и другой памятникъ найденъ въ архивахъ не юристами. Одинъ (Новг. С. Гр.) оборваннымъ на полусловѣ.

Такимъ образомъ, ни полный переворотъ политическаго строя въ римскомъ мірѣ, ни страшныя революціонныя потрясенія Франціи не произвели такого разрыва въ процессѣ развитія національнаго права, какой мы наблюдаемъ въ нашей исторіи. На нашихъ окраинахъ нынѣ дѣйствуютъ и любекскіе статуты, и рижское городское право, и зеркало саксонское, и, наконецъ, *coutumes de Paris, d'Orléans* и проч. въ составѣ *Code civil*. Объ историческомъ прошломъ русскимъ городскимъ общинамъ приблизительно той же исторической эпохи нѣтъ рѣчи не только въ составѣ законодательства или практики, но даже въ работахъ по русскому обычному праву. Такова судьба этихъ национальных историческихъ началъ гражданскаго права старыхъ русскихъ территорій.

Изученіе исторіи права въ территоріяхъ, прилегавшихъ къ государству польскому, частью входившихъ въ его составъ, затѣмъ выдѣлившихся, представляетъ до сихъ поръ задачу, далеко еще невыполненную русской юриспруденціей. Трудности изысканій здѣсь условлены не только языкомъ юридическихъ памятниковъ этихъ окраинъ, но долгое время совершенно обособившеюся отъ сѣверо-восточной Россіи судьбой этихъ земель. Работы ученыхъ польскихъ юристовъ не всегда удовлетворяютъ русскаго изслѣдователя, ибо обособленіе было взаимнымъ. Не только русскіе ученые мало обращались къ памятникамъ мѣстнаго права, но и польскіе юристы знали и хотѣли знать только свое право. Обширность подготовки, нужной для крайне полезныхъ сравнительныхъ штудій, будетъ, быть можетъ, облегчена существующимъ нынѣ варшавскимъ университетомъ и предпринятой разработкой сѣверо-и юго-западныхъ архивовъ. До сего времени значительные труды были предприняты въ особенности профессорами университета св. Владиміра, коихъ изслѣдованія постоянно появляются въ Кіевскихъ университетскихъ извѣстіяхъ.

Памятникъ территоріальнаго права, на которомъ намъ необходимо здѣсь остановить особенное вниманіе, есть Литовскій статутъ. Несмотря на особность историческихъ судебъ тѣхъ окраинъ, литовскій статутъ былъ счастливѣе разсмотрѣнныхъ сейчасъ старыхъ судныхъ грамотъ и не только вліялъ, несомнѣнно, все время на дальнѣйшее развитіе русскаго права, но удержался, какъ территоріальный законъ, въ отрывкахъ, правда, при этомъ офиціально только для губерній Черниговской и Полтавской, а

на дѣлѣ въ гораздо болѣе широкомъ примѣненіи на югѣ и юго-западѣ Россіи, до самаго послѣдняго времени.

Мы дадимъ здѣсь только самую общую характеристику этого территоріальнаго кодекса съ точекъ зрѣнія, установленныхъ нами выше для этого введенія.

Позднѣйшее полуоффиціальное *) изданіе Литовскаго статута по-польски съ переводомъ на русскій языкъ относится къ 1811 году; еще позже онъ издавался уже только по-польски. Но оказывается, что переводъ съ польскаго на русскій, сдѣланный въ 1811 г., есть, такъ сказать, обратный, и что первоначальные тексты памятника были русскіе. Мы имѣемъ нынѣ не только старыя рукописи Литовскаго статута на русскомъ языкѣ, но и печатное изданіе его отъ XVI в., въ Вильнѣ, въ типографіи Мамонитовъ. Всѣ извѣстные старыя русскіе тексты XVI в., рукописные и печатные, изданы нынѣ во Временникѣ Импер. Общества Исторіи и Древностей Россійскихъ, въ кн. 18, 19, 23. Старѣйшій изъ текстовъ, наиболѣе краткій и наименѣе (по свидѣтельству изслѣдователей) полонизированный, относится къ 1529 году. Его называютъ первымъ, или старымъ литовскимъ статутомъ. Рукопись была найдена въ библіотекѣ виленской академіи и сообщена членомъ Общества Исторіи и Древн. А. В. Семеновымъ для напечатанія. Вы найдете этотъ старый статутъ въ кн. 18 издаваемого названнымъ обществомъ Временника. Любопытная статья г. Семенова „О сходствѣ древнихъ узаконеній восточной и западной Руси“ помѣщена въ 19 книгѣ Временника. Въ этой же 19 книгѣ напечатанъ позднѣйшій статутъ литовскій, сохранившійся не въ рукописи, а въ печатномъ изданіи названной выше типографіи. Этотъ позднѣйшій текстъ отъ 1588 г. объемомъ втрое слишкомъ превышаетъ размѣръ стараго статута (382 стр., въ старомъ—106). Текстъ 1588 г. и напечатанный въ Петербургѣ въ 1811 г. имѣютъ вполне равное число раздѣловъ (14) и въ каждомъ раздѣлѣ одинаковое число артикуловъ. Послѣ изданія стараго статута и статута 1588 г., въ книгѣ 23 того же Временника помѣщенъ еще текстъ того же статута, называемый нынѣ волинскимъ. По размѣру онъ занимаетъ средину между старымъ и мамоническимъ, въ немъ 222 стр. Раздѣлы тѣ же, артикуловъ много меньше. Такимъ образомъ, мы имѣемъ старый текстъ, краткій, гдѣ и раздѣловъ меньше (13) и порядокъ ихъ

*) Какъ справедливо замѣтилъ покойный профессоръ кіевскаго университета и нашъ почетный членъ Александръ Федоровичъ Кистяковскій. Изданіе 1811 г. напечатано безъ всякаго объяснительнаго текста, на 2-хъ языкахъ, польскомъ и русскомъ, въ сенатской типографіи въ Петербургѣ.

нѣскольکو иной и много меньше артикуловъ, текстъ волинскій отъ 1566 г. и текстъ 1588 г. *). Это, несомнѣнно, развитіе, одного и того же законодательнаго акта. Успѣхи колонизаціи, однако, до крайности осязательны.

Независимо отъ этихъ важныхъ памятниковъ южно-русскаго права, ставшихъ достояніемъ русскаго ученаго міра лишь въ 50-хъ годахъ нашего вѣка, немного лѣтъ назадъ, въ 79 году, изданъ крайне важный памятникъ юриспруденціи прошлаго столѣтія, касающійся главнымъ образомъ того же литовскаго статута. Это напечатанный подъ руководствомъ покойнаго кіевскаго профессора Кистяковскаго текстъ рукописнаго проекта свода законовъ для Малороссіи, составленный въ половинѣ прошлаго вѣка **). Этотъ проектъ никогда не былъ утвержденъ законодательной властью; но онъ служитъ очень краснорѣчивымъ свидѣтельствомъ способа, коимъ проходитъ вліяніе чужой юриспруденціи на мѣстное право, и намъ необходимо остановить здѣсь вниманіе на этомъ явленіи.

Проектъ основанъ на указанныхъ въ заглавіи источникахъ, и натурально, ничто не можетъ быть любопытнѣе для исторіи

*) Раздѣлы, по переводу на современную русскую рѣчь, принятую въ изд. 1811 г., такіе: 1) о нашей государевой особѣ; 2) о земскомъ ополченіи; 3) о вольностяхъ дворянскихъ; 4) о судьяхъ и о судахъ; 5) о приданомъ и о венѣ; 6) объ опекахъ; 7) о записяхъ и о продажахъ; 8) о завѣщаніяхъ; 9) о межевомъ судѣ, межев. дѣлахъ; 10) о лѣсахъ, ловлѣ, бортяхъ, озерахъ, лугахъ; 11) о насиліяхъ, побояхъ и платежахъ за голову дворянина; 12) о платежахъ за голову и о навязкахъ (за обиду) простолюдиновъ (тутъ же и о басурманахъ); здѣсь любопытенъ артикулъ XII и слѣд. о правѣ отыскивать вотчинныхъ крестьянъ въ срокъ давности 10 и 20-лѣтней, о вольныхъ людяхъ, поселившихся на землѣ вотчинной, о челяди дворовой и о бѣглыхъ; 13) о захваченіяхъ и о штрафѣ навязки; 14) о воровствѣ всякаго рода. Въ литовскомъ статутѣ мы имѣемъ, начиная съ 1-го его появленія въ 1520 г., крѣпостное право въ полномъ развитіи. Нѣтъ сомнѣнія, что образованіе этой формы зависимости людей отъ поземельнаго вотчинника относится уже къ XV вѣку, стало быть предшествуетъ появленію той же формы на сѣверѣ почти на сто лѣтъ. Этотъ особый видъ территоріальнаго владѣнія одного класса людей надъ другимъ не въ свойствахъ стараго русскаго права; за то онъ рано опредѣлился въ нѣмецкомъ феодальномъ бытѣ и оттуда перешелъ въ Литву. См. въ особенности Христоматію проф. унив. Св. Владиміра Буданова, гдѣ, во 2-мъ вып., напечатана жалованная грамота короля Казиміра литовскому, русскому, жмудьскому духовенству, дворянству, рыцарямъ, шляхтѣ, боярамъ, мѣстичамъ отъ 1457 г. съ примѣчаніями.

**) Полное заглавіе этого рукописнаго проекта, обратившаго на себя вниманіе покойнаго профессора въ 74 году; на сѣздѣ археологовъ, гдѣ рукопись эта была кѣмъ-то выставлена, есть такое: „права, по которымъ судится малороссійскій народъ, Высочайшимъ всепресвѣтлѣйшія, державнѣйшія Вел. Госуд. Императрицы Елизаветы Петровны, Самодержицы Всероссійскія, Ея Императорскаго Священнѣйшаго Величества повелѣніемъ, изъ трехъ книгъ, а именно: статута литовскаго, зеркала саксонскаго и приложенныхъ при томъ двухъ правъ, такожде изъ книги Порядка, по переводѣ изъ польскаго и латинскаго языковъ на русскій діалектъ въ едину книгу сведенныя, въ градѣ Глуховѣ, лѣта отъ Р. Х. 1743.

права, какъ именно эти источники свода. Проф. Кистяковскій даетъ, въ обширномъ введеніи къ изданной имъ книгѣ (всего 114 стр.), возможность судить о состояніи этихъ источниковъ и ихъ значеніи для мѣстнаго права. Проектъ составлялся въ XVIII в., когда борьба интересовъ и партій въ Малороссіи была въ полномъ развитіи. Въ самомъ проектѣ выразились виды извѣстнаго круга лицъ, искавшихъ обособленія правъ малороссійскихъ отъ дѣйствовавшихъ тогда въ Россіи законовъ. Въ ту пору, однако, далеко уже не начало мѣстныхъ обычаевъ и законовъ, а указная дѣятельность центрального правительства стала господствующею въ вопросахъ права для всей Россіи, какъ и для государствъ западныхъ (см. выше, очеркъ французскаго и нѣмецкаго правъ). Эту сторону дѣла мы рассмотримъ дальше. Но что же собою представляли тѣ источники, на основаніи коихъ могла бы обособиться въ смыслѣ права мѣстнаго тогдашняя Малороссія? Ихъ происхожденіе старое. Основы проекта лежатъ въ прошломъ. Это, прежде всего, литовскій статутъ, о коемъ сейчасъ сказано. Энергическіе поиски Кистяковскаго привели къ тому результату, что многочисленныя рукописи этого статута, ходившія по рукамъ и сохранившіяся до позднѣйшаго времени въ разныхъ архивахъ (особенно домашнихъ), происходятъ не отъ старыхъ русскихъ его редакцій, а были переводными съ польскаго.

Рядомъ съ этимъ главнымъ источникомъ, матерьялами для свода послужили книги совсѣмъ другого рода, которыя частью названы въ заглавіи свода, частью описываются во введеніи проф. Кистяковскаго. Это совсѣмъ другой источникъ средневѣковаго правообразованія. Различіе тѣхъ и другихъ то же, что между *lex* и *jus*.

Мы видѣли на западѣ, что рядомъ съ статутами, имѣющими оффиціальное происхожденіе, образуются, путемъ работы юристовъ, сборники мѣстной юриспруденціи самаго различнаго характера. Тутъ идутъ и труды какого-нибудь частнаго лица (Эйке фонъ-Репковъ для сборника, именуемаго *Sachsen-Spiegel*), и самыя разнообразныя сочетанія ученой римской юриспруденціи съ *судебной* практикой того или другого *Schöffenstuhl'a*. Не подлежитъ сомнѣнію, что множество такого рода работъ въ текстахъ латинскихъ и польскихъ обращалось въ территоріяхъ примѣненія литовскаго статута. Вы найдете краткія свѣдѣнія о нихъ въ указанномъ введеніи Кистяковскаго (стр. 55 и слѣд.). Всѣ они стоятъ въ болѣе или менѣе отдаленной связи съ подобными работами на западѣ, но ни одна не обошлась безъ польской переработки.

Профессоръ Антоновичъ думаетъ, что эти книги, называвшіяся Саксонъ, Права магдебургскія и прочее, не имѣли вовсе характера источниковъ юридическихъ, что ихъ путемъ никто не шелъ въ юго-западныхъ городахъ, и что цитаты изъ Саксона и магдебургскихъ правъ дѣлались только для виду, ради формы, а собственно руководящими нормами были обычаи мѣстные. Населеніе городовъ видѣло въ магдебургскомъ правѣ вовсе не сводъ обязательныхъ для себя законовъ. Все, чего искали люди въ этихъ сборникахъ, ограничивалось вопросами устройства городского быта, а вовсе не вопросами права. Иного мнѣнія профессоръ Владимірскій-Будановъ. Онъ думаетъ, что дѣйствующія въ городахъ права составляли именно чужеземные источники, а не право обычное. Профессоръ Кистяковскій, склоняясь больше къ воззрѣніямъ Буданова, указываетъ примѣненіе чужихъ нормъ въ южно-русской практикѣ по нѣкоторымъ отдѣльнымъ институтамъ и заключаетъ, что дѣйствующее магдебургское право не только примѣнялось, но и подвергалось видоизмѣненіямъ по мѣстнымъ обычаямъ. Будемъ ли дивиться этому различію мнѣній нашихъ ученыхъ на столь скользкой почвѣ, какъ польско-литовское право, когда намъ извѣстно, что даже во Франціи, въ пору дѣятельности очень высокихъ представителей юриспруденціи, ученые люди спорили безъ конца о томъ *quel est notre droit commun*, причемъ *maître Pierre Lizet*, считалъ реципированное право своимъ общимъ, а *maître Christophe de Thou* estimait les coutumes être *notre droit commun*?

Если несомнѣнно для Франціи, что право въ тогдашнихъ условіяхъ не было ни достаточно извѣстнымъ, ни тѣмъ менѣе общимъ, то насколько же эти качества неизвѣстности и локальнаго характера нормъ должны характеризовать практику нашихъ окраинъ въ столь раннюю пору?

Изъ разныхъ сборниковъ магдебургскаго права и въ особенности изъ наиболѣе впослѣдствіи (по свидѣтельству Кистяковскаго) распространеннаго сборника „Порядокъ“ *), нельзя заклю-

*) Во Введеніи найдете такіа тирады изъ этой книги въ польской пере-
дѣлкѣ: „Каждому суду принадлежитъ право. *Пристойное потому дѣло напередъ узнать опредѣленіе права и его различіе* (*juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat* L. 1 pr. D. de J. et J.). Тутъ чисто по римски. За то дальше совершенно въ средневѣковомъ духѣ: Такъ какъ ясное дѣло, что люди различн. состояній имѣютъ и различное право и судятся на основаніи разныхъ правъ“. Далѣе авторъ „Порядка“ говоритъ, что право есть наука.... сущность коей въ томъ, чтобъ „каждый пристойно жить, ближняго не обижалъ, каждому воздавалъ что ему принадлежитъ“ (опять чисто римскіе наѣвы—*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*); а сейчасъ засимъ настоящіе средневѣковые отзвуки: „право есть установленіе справедливости отъ верховнаго господина для его подданныхъ, ко слава Божіей...“

читать объ общемъ состояніи права въ соотвѣтствующее время, ибо въ этихъ сборникахъ господствуетъ духъ ученія, общаго руководства, а не позитивной нормы. Для этого мы воспользуемся Литовскимъ статутомъ.

Выше было видно (см. заглавія раздѣловъ статута, примѣчаніе), что статуты всѣхъ 3-хъ редакцій заключаютъ въ себѣ далеко не одно частное право. Это цѣлая система институтовъ, какъ публичныхъ, такъ и частныхъ. Что такая система институтовъ можетъ быть выполнена только при хорошо уже сложившейся Technikѣ правовѣдѣнія, въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія.

Памятникъ, въ этомъ смыслѣ, стоитъ неизмѣримо выше Русской правды и Псковской судной грамоты.

Но для насъ важны здѣсь не столько эти черты техники юристовъ, сколько особенности системы, характеризующія юридическій бытъ нашихъ южныхъ и западныхъ окраинъ въ ту пору.

Прежде всего, какіе тутъ институты, русскіе или иноземные?

Рядъ писателей указываетъ намъ на обычное русское право, которое лежало въ основѣ литовскаго статута и особенно его старой редакціи. Это доказывается основательно, но притомъ только на отдѣльныхъ пунктахъ и особенно на уголовной системѣ *). Признаки родства съ русскимъ правомъ тѣмъ многочисленнѣе, чѣмъ старѣе памятникъ **).

Старый статутъ признаетъ, вмѣстѣ съ этимъ, старый обычай какъ дополнительный источникъ права для случаевъ, когда нѣтъ опредѣленій статута (Разд. 6, тит. 37). Въ позднѣйшихъ статутахъ на этотъ счетъ указано слѣдующее: еслибы въ статутѣ семъ чего недоставало, то судъ имѣетъ то разбирать и рѣшить, преклоняясь ближе къ справедливости, къ совѣсти своей, при-

Система этого „Порядка“ такая. Частей всего 4: 1-я даетъ указан. понятія о правѣ, обязанностяхъ и качествахъ судьи, о войтѣ, о городской радѣ, лавникахъ, прокураторахъ, адвокатахъ, 2-я о различіи судовъ городскихъ, о судѣ великаго бурграфа, о судѣ солтысовъ, о выложенномъ, поточномъ, гостинномъ, горячемъ судѣ (по горячимъ слѣдамъ), о формѣ суда; 3-я о порядкѣ судопроизводства; 4-я о наказаніи преступниковъ, о пыткѣ, о нѣкоторыхъ видахъ преступленій и о разн. видахъ винъ, *dolus malus*, *culpa lata*, *levis* (Ср. Введеніе Кистяковскаго, стр. 71 и 72). Эта польская переработка Гроицкаго. Латинская переработка чужеземн. правъ, сдѣланная Яскеромъ, еще любопытнѣе: право бываетъ божеское, городское, провинціальное. Примѣръ божескаго: въ Адамѣ и Евѣ Богъ установилъ закономъ свою католическую церковь. Для примѣра провинціальнаго права приводится установленіе Александра Македонскаго, по коему плѣнный долженъ или выкупиться или стать рабомъ (тамъ же, стр. 66).

*) См. Леонтовича Русская Правда и Литовскій Статутъ, гдѣ, въ концѣ, стр. 91, примѣч., сдѣланы литературныя указанія; теперь его же „Источники русско-литовскаго права“ 1894 г., гдѣ много цѣнныхъ литературн. указаній.

**) Ср. въ Христоматіи Буданова еще старѣйшіе акты литовскаго законодательства.

мѣняясь къ примѣру прочихъ христіанскихъ законовъ (Разд. 4, арт. 54).

Перейдемъ, засимъ, къ вопросу, какія же здѣсь внутреннія черты, характерныя для этой системы? Опредѣлимъ вопросъ точнѣе—какіе признаки отличаютъ юридическій бытъ Литвы, насколько онъ выразился въ этихъ памятникахъ, отъ другихъ памятниковъ русскаго права, для примѣра, отъ Псковской судной грамоты? Формулируемъ вопросъ еще ближе къ поставленнымъ намъ задачамъ этого введенія. Въ какомъ отношеніи здѣсь, въ правѣ литовскомъ, стоитъ элементъ системы политической къ цивильному? Извѣстно, что Псковская судн. грамота не обнимаетъ всѣхъ сторонъ системы, какъ литовскій статутъ; но на каждомъ отдѣльномъ положеніи ея видно, что различіе права публичнаго и частнаго проведено съ ясностью.

Что же скажемъ мы по этому предмету для литовскаго статута?

Оставимъ въ сторонѣ вопросъ о процессѣ, ибо эта область во всѣхъ старыхъ памятникахъ одинаково есть преобладающая надъ матеріальнымъ правомъ.

Какія же свойства матеріальнаго гражданскаго права въ Псковской судной грам. и въ Литовск. статутѣ?

Устраняя вовсе вопросъ о технику въ томъ и въ другомъ памятникѣ въ цѣломъ, юриста не можетъ не поразить относительно гораздо болѣе значительное развитіе институтовъ свободнаго договорнаго права въ псковской судной грамотѣ, чѣмъ въ статутѣ. Въ статутѣ эта сторона системы поразительно скудна. Какъ бы въ возмѣщеніе этой скудости, статутъ даетъ крайне большой просторъ институтамъ вещнаго права, особенно по недвижимости. Все, что вы найдете сильно развитымъ въ статутѣ, въ области цивильныхъ понятій,—это отдѣльные институты права семейнаго, права наслѣдованія, особенно правъ вотчинныхъ и межевыхъ, а изъ системы обязательственныхъ договоровъ главнымъ образомъ только тѣ договорныя формы, изъ коихъ возникаетъ денежный долгъ, въ особенности долгъ, обременяющій недвижимость.

Откуда эта поразительная скудость нормъ договорнаго права?

Все, что направлено на обособленіе, на размежеваніе, на раздѣленіе интересовъ—очень сильно. Та часть цивильной системы, которая возмѣщаетъ, такъ сказать, эту особность интересовъ началомъ свободнаго соглашенія, договорно-обязательственнымъ элементомъ—сравнительно ничтожна.

Мы не объяснимъ себѣ этого никогда, если не примемъ во вниманіе наличность въ Литовскомъ статутѣ и въ литовскомъ

быту очень раннюю, крайне обильныхъ формъ несвободной зависимости однѣхъ частей населенія отъ другихъ. Мы говоримъ не о рабствѣ, а о тѣхъ властныхъ союзныхъ формахъ, примыкающихъ въ особенности къ землевладѣнію, которая въ такомъ обилии создала средневѣковая жизнь. Формы договорныхъ обязательствъ обильно развиваются тогда и тамъ, гдѣ недостаетъ средствъ односторонне повелительныхъ для того, чтобы пользоваться услугами другихъ людей. Тогда необходимость въ такихъ услугахъ вызываетъ развитіе свободного сочетанія и обмѣна интересовъ лицъ, иначе, безъ договора, не связанныхъ никакимъ обязательствомъ, никакой зависимостью. Это мы видимъ во Псковѣ въ очень раннюю пору культуры права, и этого нѣтъ, или, вѣрнѣе, развитіе договорныхъ формъ крайне низко при сравнительно высокой культурѣ права въ Литвѣ *).

Разъ эта черта выдѣляется ясно, какъ, понятнымъ образомъ, и всѣ другія характерныя свойства системы опредѣляются сами собой.

Возможно ли найти въ этомъ статутѣ юридическія опредѣленія, формулированныя абстрактно, какъ въ законахъ вольныхъ сѣверныхъ территорій, на псковитянина, новгородца? Ихъ вовсе нѣтъ въ литовскомъ статутѣ. Именованіе литвина, литовца, совсѣмъ не встрѣчается въ юридической терминологіи этого памятника. Тамъ есть князья, дворяне, духовныя лица, шляхта, мѣщане, гости, евреи, татары, господа, крѣпостные, данные люди, челядь, рабы. У всякаго своя правоспособность (сарут, голова), но общей нѣтъ, какъ ея не было на западѣ въ эпоху феодальнаго права. Правоспособность гражданская въ сильнѣйшей степени сплѣтена съ политическими квалификаціями лица, съ его сословнымъ положеніемъ. Если дворянинъ станетъ вести торгъ, или содержать шинокъ въ своемъ домѣ, или что локтемъ мѣрить, или заниматься ремесломъ, то онъ не долженъ уже пользоваться правомъ дворянина (Разд. 3, арт. XXII). Зато въ сферѣ своихъ правъ онъ есть не просто вотчинникъ, а господинъ, территоріальный владыка, въ рукахъ котораго извѣстная мѣра державныхъ правъ надъ кругомъ подсудныхъ ему людей, его подданныхъ и его крѣпостныхъ. Организація ленной службы, обязанность къ государю идетъ рядомъ съ этимъ. Но въ цѣломъ историческая судьба Польши и Литвы опредѣляется въ дальнѣйшемъ не ослабленіемъ

*) Мы здѣсь не имѣемъ цѣли указывать крайне близкихъ въ отдѣльныхъ институтахъ положеній семейнаго и наследственнаго въ литовскомъ статутѣ съ таковымъ же въ германскомъ правѣ. На это возможно обратить вниманіе лишь при особомъ разсмотрѣніи самихъ институтовъ.

элементовъ территоріальнаго владычества могущественныхъ сенъ-ровъ, какъ во Франціи, а напротивъ, чрезвычайнымъ развитіемъ ихъ на счетъ государства и въ ущербъ ему *). Натурально, въ этихъ условіяхъ и въ кругу предметовъ обладанія нельзя искать ни абстрактнаго понятія лица, ни абстрактно квалифицированныхъ объектовъ, вещей въ цивильномъ смыслѣ. Здѣсь вотчины дворянскія, родовыя, благопріобрѣтенныя, жалованныя отъ короля, городскія привилегированныя имущества дворянъ (дома дворянскіе) **), земли духовныхъ установленій, и привилегированное обладаніе такимъ имуществомъ, въ особенности имѣніями населенными, никоимъ образомъ не должно выходить изъ круга лицъ дворянскаго же происхожденія. Натурально, при условіи этой замкнутости дворянскихъ интересовъ, и городской быть искалъ такихъ же формъ обособленія и замкнутости своихъ интересовъ. Нельзя было перейти границу обладанія или профессіи, не платясь за это своимъ достоинствомъ.

Такимъ образомъ, въ исторической жизни разныхъ русскихъ волостей, вошедшихъ позже въ одну государственную территорію, прошло, въ эпоху территоріальнаго обособленія ихъ, глубокое различіе началъ ихъ юридическаго быта. На сѣверѣ, въ вольныхъ городахъ, въ условіяхъ очень слабыхъ иноземныхъ вліяній, обособились элементы чисто цивильныхъ институтовъ и привели эти области весьма рано къ выработкѣ началъ національнаго гражданскаго права, примѣнимаго по всей территоріи и въ этомъ смыслѣ общаго. На югѣ, напротивъ, національное правосознаніе рано встрѣтилось съ вліяніями сосѣдей, благопріятно подѣйствовавшими на технику юриспруденціи, но сильно видоизмѣнившими старый обычай. Вліяніе леннаго права, городскихъ привилегій, весьма близкое, и римскаго, болѣе отдаленное и посредствуемое, дали въ результатъ обширный и развитой кодексъ, который, однако, при слабомъ развитіи центральныхъ органовъ, не былъ

*) Лица высшаго класса присвоили себѣ современемъ не только патримоніальную юрисдикцію, но и право даровать городамъ магдебургскія привилегіи, наконецъ, почти безотвѣтственность не только за насилія, но и за убійство простого человѣка. Чтобы подвергнуть дворянина наказанію, положенному за убійство (смертная казнь), когда убитый есть простой человѣкъ, обвинитель обязанъ предъявить суду трупъ и присяжное показаніе 6-ти свидѣтелей (самсемъ, считая присяжное показаніе обвинителя), изъ коихъ двое должны быть дворяне. А для того, чтобы дворянинъ, обвиняемый въ убійствѣ, снялъ съ себя всякую отвѣтственность за убійство, ему довольно присягнуть самтретей, что убитый былъ зачинщикомъ (арт. 1, разд. 12). См. теперь особенно *Θ. И. Леонтовича*, Словный типъ территор.-административнаго состава Литовскаго государства. 1895 г. Эта превосходная работа *Θ. И. Леонтовича* заслуживала бы самаго широкаго распространенія въ русскомъ обществѣ.

**) См. особенно въ *Варшав. Унив. извѣст.* 95 г. V, статью *Θ. И. Леонтовича*, Панскій дворъ въ Литов.-Русск. государствѣ.

вовсе благопріятенъ обособленію права частнаго, открылъ широкій просторъ началу привилегій и внутри самой системы институовъ цивильныхъ указывалъ одни начала раздѣльности, особенности обладанія вещами, преимущественно недвижимостями, слабо опредѣляя начала права договорнаго, въ коемъ, для западнаго міра, и заключалось главнымъ образомъ культурно-историческое значеніе права римскаго.

Зародыши національнаго права вольныхъ волостей были рано подавлены. Наоборотъ дѣйствіе Литовскаго статута, въ смыслѣ территоріальнаго закона, держалось очень долго на югѣ Россіи и не изгладилось окончательно и до сего времени. Это вліяніе и нынѣ, какъ тогда, ограничивается все тѣми же институтами семейнаго, наслѣдственнаго права и институтами вещнаго права по недвижимостямъ.

Открываемые нынѣ памятники переработокъ этого статута для Малороссіи, по присоединеніи ея къ Россіи, освѣщаютъ намъ очень важныя и до сихъ поръ темныя стороны въ исторіи русской юриспруденціи. Преданія XVI вѣка жили тамъ и въ XVIII в. Только число просвѣщенныхъ юристовъ стало меньше. Не менѣе того стройность системы Литовскаго статута, во многомъ очень хорошая техника должны были создать ему многихъ почитателей на югѣ. Сношенія присоединенной Малороссіи, въ вопросахъ суда церковнаго и свѣтскаго, съ сѣверными областями служили однимъ изъ надежныхъ и постоянныхъ проводниковъ высшей юридической образованности юга въ законодательную и судебную технику московскаго государства.

Извѣстно, что Уложеніе царя Алексѣя Михайловича составлялось подъ вліяніемъ законныхъ сборниковъ греческаго происхожденія и тоже подъ вліяніемъ Литовскаго статута. Но этого мало. Возможно доказать, при ближайшемъ изученіи подробностей, что и во весь XVIII в. Литовскій статутъ продолжалъ дѣйствовать на русскую юриспруденцію. Въ своемъ мѣстѣ мы будемъ отмѣчать признаки этого явленія. Почтенная работа профессора Кистяковскаго значительно помогаетъ намъ освѣтить жизнь этого памятника на югѣ, послѣ присоединенія Малороссіи. Когда сенатъ въ 1811 году издавалъ его вновь, то независимо отъ вопросовъ, гдѣ нельзя разграничить началъ публичнаго и гражданскаго права, въ вопросахъ правъ вещныхъ по недвижимостямъ въ особенности, не трудно было видѣть въ литовскомъ статутѣ образецъ значительно болѣе высокой юриспруденціи, чѣмъ въ наличныхъ тогда легальныхъ сборникахъ сѣвернаго происхождения.

Заключая обзоръ виднѣйшихъ продуктовъ нашей старой областной юридической жизни, мы скажемъ опять, что едва зародившіеся на сѣверѣ элементы самобытнаго обычнаго гражданского права уступили, вмѣстѣ съ самостоятельностью этихъ волостей, другимъ историческимъ явленіямъ, мало благопріятнымъ для дальнѣйшаго роста этихъ зачатковъ.

Борьба московскаго государства съ западными сосѣдями, отнюдь не менѣе чѣмъ съ восточными, указывала на необходимость, а отчасти и на способы образовать такіе могущественные въ военномъ смыслѣ политическіе центры, съ которыми трудно уживаются областная свобода и еще меньше особность права частнаго отъ публичнаго.

Е.

Явленія русскаго юридическаго быта въ эпоху сложенія московскаго государства, по отношенію къ занимающимъ насъ здѣсь вопросамъ права общаго и партикуляризмовъ, обособленія приватнаго и публичнаго права, начинаютъ носить характеръ совершенно отличный отъ стараго порядка волостной жизни въ отдѣльныхъ территоріяхъ. Старыя независимыя и отдѣльныя русскія волости, княжескія и вольныя, становятся одна за другой въ покорное и зависимое отношеніе къ Москвѣ. Быстрое развитіе могущественнаго центра могло бы, внѣшнимъ образомъ, сближать явленія нашей дальнѣйшей исторіи, какъ цѣлой страны, скорѣе съ Франціей, чѣмъ съ разновластной, разбитой на мелкія независимыя территоріи Германіей. Это одна точка соприкосновенія съ исторіей государства во Франціи. При этомъ, однако, для результатовъ сопоставленія столь же существенны многочисленные пункты различія, о чемъ мы сейчасъ скажемъ. Съ другой стороны, это условіе (единовластіе) отличаетъ дѣйствительно наше праворазвитіе отъ нѣмецкаго, и мы будемъ имѣть случай говорить объ этомъ въ дальнѣйшемъ, разясняя сравнительно задачи кодификаціонной дѣятельности въ настоящее время въ Германіи и у насъ.

Итакъ московская централизація давала, казалась бы, виды на утвержденіе началъ общаго права и на дальнѣйшее обособленіе системы институтовъ частныхъ отъ публичныхъ. Такъ было во Франціи съ тѣхъ поръ, какъ на мѣсто феодальнаго разновластія стала отвердѣвать во второй половинѣ XV и въ XVI в. королевская власть. Но явленія нашей исторической жизни въ эту пору иныя. Вмѣсто единаго частнаго права, постоянно-

испытываемое военными бѣдствіями московское государство скорѣе оскудѣло, чѣмъ обогатилось, сравнительно съ вольными городами, нормами частнаго права.

Въ Судебникахъ вы слышите тонъ болѣе властный, болѣе торжественный. Законъ велѣно прокликать на Москвѣ и во всѣхъ городахъ московской и новгородской земли. Обрядъ суда принимаетъ формы болѣе высокія, часто письменныя. Но какая въ то же время бездна различій въ нормахъ, привилегій, жалованій, ступеней правоспособности! Вы чувствуете, что здѣсь образуется нѣчто мощное и новое. За римскими преданіями мы идемъ не на западъ, какъ въ Литвѣ, а въ Византію, и въ концѣ XVI в. возникаетъ патріаршество всероссійское въ Москвѣ. Внутри государства падаютъ понемногу притязанія старой знати. Люди расписываются къ чинамъ, окладамъ, одни наряду съ частнымъ обладаніемъ соучаствуютъ въ государственныхъ функціяхъ, другіе несутъ тягло. Пользованіе должностями составляетъ награду за службу. Всему ищутъ вести счетъ, мѣру, контроль. Самостоятельные старые родовые и приватные или приватизированные (земли княженицкія) титулы обладанія недвижимостями мало развиваются. Шире и быстрѣе идутъ титулы обладанія зависимаго отъ государства, связанные съ обязанностью службы. Въ концѣ XVI в. государство приходитъ къ прикрѣпленію крестьянъ къ землѣ, т.-е. обезличенію цѣлой массы населенія и образованію понятія населенныхъ имѣній, составляющихъ главный фондъ службы государству. Мы какъ будто ближе подходимъ къ типу литовскаго статута, но съ тою разницей, что въ Москвѣ всѣ эти привилегіи и жалованья очень слабо пріобрѣтаютъ характеръ связывающихъ власть царя нормъ. До половины XVII вѣка нѣтъ вовсе попытокъ свести это новозданное на разликахъ удѣльно-вѣчевого быта государство къ той извѣстности юридической, какую далъ Литвѣ статутъ Сигизмунда III-го отъ 1588 г.

Уложеніе развертываетъ намъ всю картину нашего государства и права, какъ и Литовскій статутъ.

Цѣль Уложенія въ томъ, чтобы московскаго государства всякихъ чиновъ людямъ, отъ большого до меньшого чину, судъ и расправа были во всякихъ дѣлахъ всѣмъ равны. Но означаетъ ли этотъ равный всѣмъ судъ и равное для всѣхъ людей московскаго государства право, какимъ оно было въ волостяхъ вольныхъ?

Конечно, нѣтъ.

Для того чтобы опредѣлить, насколько въ эту пору и позже государство поглощало личность, насколько *salus rei publicae* преобладалъ надъ всѣмъ и прежде всего надъ интересомъ отдѣль-

ныхъ лицъ, *utilitas singulorum*, мы возьмемъ опять тѣ же двѣ черты изъ системы правоотношеній, которыми пользовались выше для тѣхъ же цѣлей, именно, положеніе лицъ и объектовъ обладанія, вещей, по законодательнымъ памятникамъ этой эпохи.

Уложеніе 1649 года знаетъ понятіе чести для лицъ духовныхъ и свѣтскихъ. Это *dignitatis illaesae status, existimatio*, оцѣнка достоинства личнаго. Какая она по Уложенію? Всѣ стороны дѣла одинаково характерны. Иной оцѣнки достоинства личнаго кромѣ государственной Уложеніе не знаетъ, и любопытно все то, что этотъ единственный для всѣхъ критерій обнимаетъ не свѣтскихъ только, а также и духовнаго чина людей. Критерій этотъ тутъ и тамъ есть одинъ, это степень близости къ власти не только въ смыслѣ іерархическомъ, но прямо въ смыслѣ фактической близости, которая каждую минуту, конечно, можетъ измѣниться. Никакихъ опредѣленій общихъ для лицъ терпящихъ и наносящихъ безчестіе нѣтъ. Нигдѣ не сказано: если кто обезчеститъ другого, нанесетъ обиду словомъ, дѣломъ... Отвлеченныхъ, такъ сказать, чиселъ вовсе нѣтъ; есть только именованные. Будетъ бояръ и окольничихъ и думныхъ людей обезчестятъ словомъ гостинныя и суконныя или черныхъ сотенъ и слободъ человѣкъ, или стрѣлецъ, или пушкаръ, или монастырскій слуга... Иныхъ опредѣленій нѣтъ, а зато такихъ сложныхъ крайне много (см. гл. X въ особ.). За бояръ, окольничихъ, думныхъ... бить кнутомъ, да ихъ же (виноватыхъ, если это простые люди, именно указанные закономъ) въ тюрьму на двѣ недѣли; ниже, для чиновъ, которые государевымъ жалованьемъ верстаны, править безчестье по окладамъ. За безчестье именитымъ людямъ Строгоновымъ—100 рублей, гостю 50, гостинныя сотни—по статьямъ отъ 25 до 15, суконныя до 5 рублей, и такъ все ниже до гулящаго человѣка, которому безчестья одинъ рубль.

Нигдѣ не выразилась такъ рѣзко квалифікація лица въ зависимости отъ близости къ государю, какъ въ іерархіи церковной. За патріарха—торговая казнь, за митрополита, архіепископа и епископа—батоги, и оба раза тюрьма разныхъ сроковъ. Затѣмъ идутъ архимандриты, келари, казначей, соборные старцы Троицы Сергіева монастыря—100, 80, 70, 40 рублей, Рождественскаго—90, 70, 60, 20, Чудова—80, 60, 50, 20 и такъ ниже, по славѣ, достоинству и разстоянію отъ Москвы; въ Костромѣ отъ 40 рублей, въ Суздаль, тѣмъ же чинамъ отъ 30, въ Вологдѣ отъ 20 рублей, такъ что архимандритъ отдаленнаго монастыря стоитъ наравнѣ съ простымъ старцемъ Чудова монастыря и много ниже такого же старца отъ Троицы Сергія. Тоже для блага духо-

венства. Выше всѣхъ протопопъ Благовѣщенскаго собора, государевъ духовникъ—100 рублей, а за уѣздныхъ и безмѣстныхъ поповъ по пяти рублей.

Для отдѣльныхъ случаевъ, наконецъ, вовсе не показана мѣра, нуженъ указъ государевъ, *extraordinaria cognitio*.

Въ мірѣ вещей, объектовъ обладанія, нѣтъ надобности искать свидѣтельствъ того, что онъ не былъ свободнымъ, доступнымъ для всѣхъ, и что на имущество движимомъ и недвижимомъ лежалъ тотъ же характеръ ограниченной, условной способности ихъ служить личнымъ цѣлямъ людей. Вамъ извѣстно это различіе вотчинъ и помѣстій, вотчинъ княженицкихъ, родовыхъ, выслуженныхъ, купленныхъ, помѣстій, назначавшихся отъ государя, отъ духовныхъ властей, имуществовъ тяглыхъ, въ особенности въ городахъ, дворовъ бѣлыхъ, черныхъ и пр. Оборотоспособность каждой изъ этихъ безчисленныхъ категорій вещей была ограничена болѣе или менѣе тѣснымъ кругомъ лицъ, и притомъ вовсе не въ интересахъ этихъ лицъ, не *propter utilitatem singulorum*, а по соображеніямъ интереса государственнаго, интереса службы, повинностей, податей. Петръ Великій слилъ въ одну категорію вотчины и помѣстья, открывъ такимъ образомъ, повидимому, больше простора свободному обращенію ихъ въ извѣстномъ кругу лицъ. Но знаменуетъ ли этотъ законъ стремленіе законодателя въ самомъ дѣлѣ приватизировать обладаніе недвижимостями, особенно населенными имѣніями?

Огвѣтомъ на этотъ вопросъ можетъ служить знаменитый указъ о единонаслѣдіи 1714 г. Законъ не былъ доморощеннымъ. Несмотря на всю энергію, съ какой онъ проводился въ жизнь, онъ не удержался долго. Не менѣе того онъ свидѣтельствуетъ, какая точка зрѣнія на права привилегированныхъ лицъ владѣть населенными имѣніями была у великаго государя. И эта точка зрѣнія, никогда и никѣмъ позже не выраженная съ такой силой, съ какой она выразилась въ петровскомъ указѣ 1714, не была, однако, никогда чуждою русскаго законодательства и привела въ результатъ къ упраздненію разъ навсегда формы личной частноправной зависимости одного класса населенія отъ другого. Законъ поразителенъ по энергіи, съ какою въ немъ выражена цѣль чисто государственная, для которой допускалась эта форма обладанія. Въ короткихъ чертахъ преобразование заключается въ слѣдующемъ.

Гибелью, думаетъ великій государь, угрожаетъ свойство населенныхъ имѣній подлежать дѣлежамъ по началу семейной дѣлимости всего имущества наслѣдодателя между наслѣдниками, ги-

белю государству, фамиліямъ, подданнымъ... Для владѣющихъ классовъ это источникъ легкомысленныхъ ожиданій, бездѣлья, мотовства; для крестьянъ — непомѣрныхъ, все возростающихъ тягостей; для государства — разорительныхъ недоимокъ и уклоненій отъ службы (см. мотивы указа въ текстѣ). Земли можно дѣлить сколько угодно. Эту дѣлимость знаетъ и псковская судная грамота. Но земли съ населеніемъ, съ крестьянами? Какой тутъ принципъ обладанія? Есть ли это только частное право или здѣсь рядомъ съ правомъ частнымъ скрыто начало обладанія территориальнаго, властнаго?

Петръ видитъ въ этомъ институтѣ преобладающій характеръ властный и рѣшаетъ, какъ въ правѣ публичномъ, провести здѣсь консеквентно начало публичнаго же права, недѣлимости власти, какъ оно выражается въ преемствѣ династическомъ. Наслѣдованіе въ недвижимомъ имѣніи возможно, но недопустимо дѣленіе такого имущества между нѣсколькими наследниками. Послѣ отца населенное имѣніе все цѣликомъ переходитъ одному лицу, обыкновенно старшему сыну. Кадеты не наследуютъ въ недвижимости. Они получаютъ долю только изъ движимостей, на которыхъ удерживается чисто приватный характеръ обладанія. Сверхъ того, наследникъ по праву первородства или по указанію духовной грамоты выполняетъ различныя обязательства (алиментарныя въ широкомъ смыслѣ) по отношенію къ кадетамъ, къ младшимъ членамъ фамиліи. Положеніе этого единого наследника есть настолько же его право, насколько и долгъ. Оно въ высокой степени родственно позиціямъ публично-правнымъ, *должностямъ*, а не частно-правнымъ, не простымъ притязаніямъ, для коихъ рѣшающій принципъ есть *utilitas singulorum*.

Но какъ достигнуть практическаго осуществленія этой задачи — дать обладанію недвижимостями преобладающій публично-правный характеръ?

Для этого надо снять съ этого вида имущества, по возможности, всѣ свойства предметовъ частно-правнаго обладанія. Они должны быть, какъ это нормально для публично-правныхъ позий, для должностей, для предметовъ обладанія государственнаго, церковнаго, объявлены *внѣ-оборотными*.

Мысль Петра не останавливается ни передъ чѣмъ, и 1-й параграфъ знаменитаго указа объявляетъ сразу внѣоборотными, не подлежащими отчужденію ни продажей, ни залогомъ, всѣ недвижимыя имущества, родовыя, благопріобрѣтенныя, вы-

служенныя и купленныя, вотчины и помѣстья, дворы, даже лавки *).

Едва-ли когда право частное приносилось до такой степени въ жертву соображеніямъ пользы государственной!

Вамъ извѣстно, какимъ противодѣйствіемъ со стороны класса помѣстнаго встрѣченъ былъ этотъ указъ. Въ населенныхъ имѣніяхъ помѣщики видѣли единственный ресурсъ справедливаго и уравнительнаго устройства своихъ дѣтей. Маіораты же были противны правосознанію общества. Это несомнѣнно. Но было-ли въ самомъ дѣлѣ соотвѣтственно интересамъ государства и „подданныхъ“ это устройство дворянскаго быта на счетъ приватизированія господскихъ правъ—это вопросъ, котораго разрѣшеніе принадлежитъ нашему времени. Указъ Петра не выдержалъ противодѣйствія дворянскаго сословія. Онъ былъ отмѣненъ при Аннѣ Ивановнѣ. Залогъ и продажа, дробленіе населенныхъ имѣній между дѣтьми, завѣщательные акты самаго свободнаго характера, обремененіе недвижимостей долгами, словомъ—коммерціальность, оборотность, чисто рыночный характеръ обладанія населенными имѣніями въ цѣломъ и въ розницу, т.-е. земель и крестьянами, которыхъ продавали, дарили, закладывали, переселяли, ссылали по соображеніямъ одной личной выгоды помѣщика, возобновились во всей силѣ, угрожая все болѣе и болѣе наступленіемъ грозныхъ предвидѣній Петра...

Мы обращаемъ здѣсь вниманіе на эти элементы юридическихъ построеній (лица, вещи) для того, чтобъ показать, въ какой мѣрѣ эпоха московской централизаціи и ближайшее послѣдующее время были мало благопріятны для обособленія права частнаго и для развитія общности юридическихъ нормъ.

То же самое иллюстрируется образованіемъ властною рукою законодателя массы регальныхъ правъ, до тѣхъ поръ неизвѣстныхъ русскому праву.

Наконецъ, въ обширныхъ предпріятіяхъ, которыя въ наше время выполняются посредствомъ разнаго рода комбинацій договорнаго характера, въ законодательствѣ Петра, мы видимъ ту же исключительную точку зрѣнія пользы государственной и соотвѣтственныхъ сему способовъ дѣйствія. Таково прорытіе Ладожскаго канала, которое Петръ находилъ полезнымъ для цѣлаго госу-

*) См. II С. З. (1-е), № 2789. Выдержать вполнѣ этой точки зрѣнія нельзя, и § 12 допускаетъ продажу недвижимостей „кто принужденъ будетъ“, не для переустройства только, съ платежемъ пошлины. Цѣль сократить оборотъ очевидна. Въ старой Руси неудобныя стороны приватнаго характера обладанія населенными имѣніями смягчались широкимъ развитіемъ вѣковѣчнаго обладанія церкви: но отъ этого скудѣла служба.

дарства, а потому и требовалъ такого же участія въ дѣлѣ со стороны подданныхъ, какое имѣеть мѣсто для военныхъ цѣлей. Повинность эта была организована по типу военно-служебной повинности. Люди призывались съ разныхъ концовъ Россіи въ составъ такъ называемой канальной команды. Всѣ черты хотя бы государственнаго, но все же экономическаго предпріятія были, въ особенности въ первую пору, тщательно устранены, хотя уже и тогда было ясно, что доставка людей изъ отдаленныхъ мѣстностей для предположенныхъ работъ представляла очень большія неудобства и для населенія и для самаго предпріятія. (См. II. С. 3. № 3228).

Законодательные и административные акты такого рода свѣдѣтельствовали несомнѣнно о чрезвычайной силѣ центральныхъ органовъ государственной власти. Въ иныхъ условіяхъ эта сила способна какъ нельзя лучше содѣйствовать образованію общихъ гражданскихъ нормъ. Но въ ту пору и въ тѣхъ условіяхъ государство стремилось наложить на всякое дѣло до такой степени усердно печать интереса публичнаго, что для развитія, рядомъ съ этой всепоглощающей дѣятельностью государства, скольконибудь обширной сферы свободы личныхъ и имущественныхъ отношеній оставалось очень мало мѣста.

Г.

Дальнѣйшее развитіе русскаго права въ императорскую эпоху не носило вовсе этого характера полного поглощенія государственнымъ интересомъ всѣхъ элементовъ существенныхъ для развитія права частнаго, хотя источникомъ права, совершенно преобладающимъ надъ всѣми другими, продолжала служить, до самаго послѣдняго времени, исключительно указная дѣятельность центральныхъ органовъ власти.

Чтобъ легче и удобнѣе прослѣдить въ общемъ постепенное обособленіе права частнаго и публичнаго, мы возьмемъ тотъ формальный критерій, которымъ, какъ было видно выше, различается вообще и въ особенности у насъ право гражданское отъ публичнаго. Это *искъ* заинтересованнаго, коимъ ему предоставляется на волю ограждать свой интересъ въ случаяхъ нарушенія юридической нормы. Мы видѣли выше, что этимъ признакомъ *челобитья* дѣловыя практики прошлаго вѣка отличали одинъ родъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдомству судебныхъ органовъ, отъ другихъ родовъ дѣлъ, гдѣ нѣтъ челобитчиковъ, или отъ дѣлъ народныхъ, интересныхъ (казенный интересъ), криминальныхъ. Что одинъ

признакъ челобитья не всегда есть надежный для опредѣленія свойства права, котораго ищутъ, это несомнѣнно, ибо, какъ извѣстно, съ челобитьями обращались нерѣдко прямо къ государю цѣлыя массы населенія вовсе не по частнымъ только дѣламъ отдѣльных челобитчиковъ. Но тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о дѣлѣ судебномъ, о защитѣ посредствомъ суда права уже наличнаго, причемъ, отыскивая свое право, челобитчикъ ограждаетъ только свой интересъ, тамъ противоположеніе этого понятія „дѣло челобитчиково“ другому „дѣлу криминальному“, „интересному“, „народному“, даетъ уже достаточно опредѣленный смыслъ *).

Для того, однако, чтобъ обособленіе дѣлъ челобитчиковыхъ, т.-е. права частнаго, отъ уголовного, административнаго **), прошло въ дѣйствительность, стало чертой системы извѣстнаго права, мало простого сознанія юридической практикой различія отдѣльных процессовъ того и другого характера. Нужно для этого много условій. Дѣла челобитчиковы есть всегда и вездѣ. Челомъ быють люди и на востокѣ, когда они и не думаютъ ни о какомъ правѣ, когда имъ нужна защита высшей силы отъ угнетеній какого нибудь сатрапа, отъ его насилій и поборовъ. И наши памятники указываютъ на такія челобитья, когда низшій органъ власти „не судомъ отъ государя учрежденнымъ“ судить, „но самовольно *судъ похитя*“, пытки безчеловѣчныя чинить. Чтобы можно было говорить о сколько нибудь надежномъ, существующемъ не на бумагѣ только *правѣ челобитчиковѣ*, надо, чтобы такія злоупотребленія не составляли ежедневныхъ явленій. Между тѣмъ мы видимъ, что при Аннѣ Ивановнѣ пропадаетъ вовсе даже цѣлый чинъ, очень важный для неуклоннаго отправленія юстиціи, и центральная власть вынуждена опять вызвать къ жизни „ненавидимую“, какъ свидѣлствуютъ петровскіе указы, должность. Этотъ чинъ есть чинъ прокурорскій, вѣдавшій дѣла всенародныя, по коимъ нѣтъ челобитчиковъ. Насколько же

*) Мы указывали на это выше (стр. 49). Сперва противоположеніе понятій публичнаго и приватнаго носитъ признакъ заимствованной терминологіи. Въ одномъ петровскомъ указѣ (П. С. З. № 2673) видно совершенно въ духѣ петровскихъ воззрѣній на государство, что за вредъ государству законъ угрожаетъ смертною казнью, а за *партикулярныя* прегрѣшенія удерживаются старые штрафы. Воплѣтъ ясенъ смыслъ *дѣла челобитчикова* въ Инструкціи генер. межеванія (см. № 10237 напр.), гдѣ задача генеральнаго межеванія опредѣляется (какъ и въ позднѣйш. инструкц.) не яко обыкновенное *челобитчиково дѣло*, а по „Нашему Всемилоствѣйшему попеченію объ *обшемъ государственномъ* благосостояніи“, а посему при его производствѣ не взыскиваются гербов. пошлины.

**) Мы говоримъ здѣсь только объ этой сторонѣ дѣла. Вопросъ объ обособленіи дѣлъ гражданскихъ вообще отъ церковныхъ знакомъ вамъ изъ другихъ чтеній. Для подробностей О. М. Дмитріева „Исторія судебн. инстанцій“.

мало и не вдругъ оказывались гарантированными въ этихъ условіяхъ притязанія частныхъ лицъ на защиту ихъ интересовъ со стороны государства!

Начало права частнаго только тогда явится вполне выраженнымъ, когда образуются пригодные для этого органы, когда разрѣшится сплетеніе задачъ правосудія отъ цѣлей управленія, порядка суда уголовнаго отъ суда гражданскаго, когда станутъ извѣстны нормы права, на которыя можетъ опираться частное лицо, требуя отъ суда огражденія своихъ частныхъ интересовъ.

Мы рассмотримъ въ дальнѣйшемъ кратко сначала образованіе органовъ юстиціи, которые гарантировали частнымъ лицамъ охрану ихъ правъ; перейдемъ затѣмъ къ очерку попытокъ кодификаціи и средствъ, которыми располагала центральная власть у насъ для достиженія извѣстности права частнаго.

Начиная съ Петра, у насъ крайне силенъ элементъ сыскной, слѣдственный, въ процессахъ всякаго рода, гражданскихъ и уголовныхъ, такъ что чисто-цивильный процессъ вовсе не выдѣлился въ общемъ порядкѣ защиты правъ. Несомнѣнно, что въ дѣлахъ чисто-частныхъ возможенъ судъ 3-хъ. Но, однако, онъ не всегда приложимъ, ибо въ основѣ его лежитъ часто трудно достигаемое начало соглашенія сторонъ въ выборѣ третьихъ. Въ тѣхъ-же случаяхъ, гдѣ необходимо вмѣшательство органовъ юстиціи государственной, порядокъ состязательный въ процессѣ этой эпохи мало выработанъ.

Воинскій процессъ 1716 г. знаетъ допросъ свидѣтелей „съ пристрастіемъ“; о пыткѣ для дѣлъ гражданскихъ, вообще говоря, нѣтъ рѣчи, но, однако, „когда свидѣтель въ сказкѣ своей въ важномъ *гражданскомъ* дѣлѣ смутится или обрѣдетъ или въ лицѣ измѣнится, то пытанъ бываетъ“ *). Провести сколько нибудь постояннымъ и надежнымъ образомъ границу суда гражданскаго и уголовнаго, въ смыслѣ процессуальныхъ принциповъ и метода процедируванья, было трудно въ тѣхъ условіяхъ, гдѣ интересы публичные были тѣсно сплетены съ дѣлами частными. Только по мѣрѣ обособленія тѣхъ и другихъ интересовъ, возможно стало и общему судебному порядку огражденія правъ частныхъ давать все болѣе и болѣе характеръ, соотвѣтствующій природѣ частнаго права. Озабоченный очень задачами правосудія, Петръ, въ концѣ царствованія, вводитъ судъ по формѣ, краткій, устраняющій господ-

*) См. П. С., т. V, стр. 404. Этотъ процессъ, какъ извѣстно, есть переводъ съ нѣмецкаго.

ство письма, состязательный по принципу (№ 4344 *). Но введя такимъ образомъ два порядка, законодатель не могъ дать достаточно яснаго разграниченія для примѣненія того и другого. Въ одномъ изъ многочисленныхъ, вызванныхъ отдѣльными казусами, указовъ читаемъ, что судъ по формѣ имѣетъ быть примѣняемъ „только въ истцовыхъ между ими въ партикулярныхъ дѣлахъ, окромѣ фискальскихъ и доносителей доношеній, которыя касаются до интересу Его Импер. Величества“ (№ 4607). Но, однако, гдѣ граница интересовъ государства и частнаго лица въ эту пору, когда и за исправностью выполненія религіозныхъ обязанностей (исповѣди) существуетъ надзоръ государства? (№ 2991). Эта обязанность въ то же время тѣсно связана съ способностью лица быть свидѣтелемъ на судѣ (№ 9237). Каждое судебное дѣло легко могло быть осложнено вмѣшательствомъ пунктомъ фискальнаго характера и получить направленіе несвойственное дѣлу партикулярному. Въ какой мѣрѣ существеннѣйшія гарантіи гражданскаго правосудія мало соблюдались въ практикѣ судовъ, это видно изъ указа Анны Ивановны, который свидѣлствуетъ, что „нынѣ, не точію въ коллегіяхъ и канцеляріяхъ, и въ самыхъ нижнихъ судахъ, какъ на Москвѣ, такъ и въ городахъ, воеводы, и въ ратушахъ бурмисты, спорныя дѣла слушаютъ безъ истцевъ и отвѣтчиковъ, и во время того слушанія, въ тѣ палаты, гдѣ судьи присутствуютъ, ихъ не выпускаютъ“ (№ 5689). Въ процессѣ возобладала письменность и канцелярская тайна, одинаково какъ для дѣлъ гражданскихъ, такъ и для дѣлъ уголовныхъ.

Только въ связи съ Екатерининскими реформами прошла черта болѣе ясная въ порядкѣ отправленія правосудія по дѣламъ гражданскимъ и уголовнымъ, по крайней мѣрѣ, по отношенію къ различію органовъ суда и сыска. Въ методѣ судебной дѣятельности, однако, удерживаются и въ екатерининскихъ учрежденіяхъ признаки старыхъ взглядовъ. Такимъ образомъ, судебное мѣсто обязано, при недостаточности доказательствъ, представленныхъ сторонами, само, ex officio, наводитъ справки въ другихъ учрежденіяхъ. Возможно было, что и самое дѣло гражданское начиналось независимо отъ воли сторонъ, безъ исковой просьбы, въ силу простого возраженія, предъявленнаго отвѣтчикомъ полиціи противъ производства взысканія въ безспорномъ порядкѣ, что и обязывало полицію препровождать дѣло къ суду.

Количество инстанцій и порядокъ восхожденія дѣлъ изъ низшей въ высшую въ разныхъ случаяхъ сочетанія дѣлъ граж-

*) Весь указъ о формѣ суда занимаетъ три страницы въ текстѣ Пол. Собр.

данскихъ съ дѣлами „интересными“, крайне осложнялись и легко допускали смѣшеніе дѣятельности собственно-судебной съ административною и законодательною.

Въ Екатерининскихъ учрежденіяхъ опредѣлились собственно три инстанціи съ различіемъ въ составѣ судовъ по сословіямъ, но и здѣсь вмѣшательство административныхъ органовъ и органовъ надзора продолжало сообщать движенію дѣлъ гражданскихъ отяготительную для тяжущихся медленность производства. Исполнительная стадія производства переходила опять въ руки полиціи. Словомъ, огражденіе интересовъ частныхъ особыми органами суда гражданского далеко еще не ручалось за то, что и самый процессъ будетъ носить характеръ, свойственный защитѣ интересовъ именно этого рода.

Устраненіе указанныхъ недостатковъ не составляло вовсе вопроса одного только усовершенствованія органовъ юстиціи. Чтобъ сохранить нѣкоторое единство въ правѣ, законодатель вынужденъ былъ, въ виду недостаточной извѣстности и неполноты развитія гражданскихъ нормъ, искать постоянно сосредоточенія по крайней мѣрѣ органовъ высшей юстиціи въ столицѣ.

Всякій разъ, когда эта централизація юстиціи въ приказахъ и коллегіяхъ становилась до крайности обременительной, въ особенности для иногородныхъ тяжущихся, высшее правительство вновь ставило на очередь задачи общаго пересмотра законовъ, согласованія новыхъ указовъ съ Уложеніемъ, заимствованія чужеземныхъ законовъ, сочиненія новыхъ и прочее. И это тянется въ продолженіе всего XVIII вѣка. Безпрерывныя жалобы на судебную волокиту, наполняющія наши историческіе памятники, объясняются, съ одной стороны, именно этимъ стремленіемъ поддержать единство въ правѣ, съ другой—невозможностью выработать нормы юридическія, достаточно полныя и удобопримѣнимыя, при которыхъ децентрализація юстиціи не разрушала бы единства права.

Въ Екатерининскую эпоху децентрализація судовъ была уже очень значительна.

И такъ, наряду съ этими насущными задачами, 1) сохранить единство права и 2) приблизить органы правосудія къ мѣстамъ и лицамъ, которымъ они должны служить, идутъ двѣ другія проблемы, выполненіе которыхъ поглощаетъ все вниманіе правительства въ XVIII и въ началѣ XIX вѣка. Это—удовлетвореніе всеобщей жажды нормъ и исканіе средствъ, которыя способны привести въ извѣстность право.

Г.

Въ очеркахъ культуры гражданского права на западѣ мы видѣли, что рядомъ съ положительнымъ закономъ для цѣлей извѣстности права служатъ долгое время обычаи юридическіе, разработка нормъ въ практикѣ судовъ, научные труды юристовъ. Этими разными путями образуются частью обильные партикуляризмы, которые, затѣмъ, особенно въ новое время, объединяются началами права общаго, въ большинствѣ случаевъ заимствованнаго изъ римскихъ источниковъ, во Франціи, сверхъ того, посредствующею дѣятельностью центральныхъ органовъ законодательства и суда. Отъ старыхъ условій быта, исключительно національнаго, переходъ къ началамъ общенія совершался тамъ безъ рѣзкихъ поворотовъ, путемъ органическимъ.

Явленія другого рода характеризовали нашъ юридическій бытъ особенно въ императорскую эпоху. Памятники стараго русскаго права, въ коихъ элементы права частнаго обособились отъ публичнаго и гдѣ зарождались, такимъ образомъ, начала общности, — остаются въ эту эпоху никому неизвѣстными. Для достиженія видовъ правительства казалось болѣе цѣлесообразнымъ идти скорымъ шагомъ заимствованій готовыхъ чужихъ формъ быта и права, чѣмъ слѣдовать медленному пути изученія и приноровленія старыхъ національных нормъ къ новымъ условіямъ жизни. Связь съ русской юридической стариной была теперь еще рѣзче порвана, чѣмъ въ XVI вѣкѣ. Различенія въ правѣ западномъ такихъ началъ, которыя суть общія, отъ иныхъ, чисто локальныхъ, не умѣли сдѣлать, и вмѣсто того, чтобъ вводить на-ряду съ своими мѣстными институтами чужіе общіе, спѣшили свои національные институты вытѣснить и замѣнить тоже національными, но только чужими. Никакого внутренняго единства въ этой исторической фазѣ праворазвитія обширной имперіи усмотрѣть нельзя. Розныя области, вошедшія въ ея составъ, остаются розными. Примиряющаго эту рознь внутренняго начала не находятъ. Скорѣе, наоборотъ, къ старымъ началамъ розни въ правѣ готовы присоединиться новыя. Балтійскія провинціи съ каждымъ новымъ царствованіемъ ходатайствуютъ объ утвержденіи мѣстныхъ привилегій. На западѣ дѣйствуетъ литовскій статутъ. На югѣ собираютъ права, по коимъ живетъ малороссійскій народъ. Во внутреннихъ губерніяхъ не могутъ разобраться въ обилии законодательнаго матеріала. Многократно повторяемые указы, направленные, частью, противъ постоянно возобновляемаго непосредствен-

наго обращенія подданныхъ къ главѣ государства, мимо установленныхъ инстанцій по дѣламъ суда, частью противъ практики сепаратныхъ указовъ, стало быть, противъ дѣятельности самой же власти, безпрестанно нарушаются. Убѣдиться въ этомъ легко, взявъ многочисленные случаи того и другого рода изъ Полнаго собранія законовъ. Въ результатъ получается неизвѣстность права не только для подданныхъ, но иногда и для высшихъ установлений имперіи *).

Въ этомъ движеніи характерно одно, это — непрестанное стремленіе изъ какихъ бы то ни было ресурсовъ, въ особенности, конечно, изъ иностранныхъ законодательствъ, удовлетворить какъ можно скорѣе настоятельную потребность въ юридическихъ нормахъ и создать по возможности быстро классъ лицъ, способныхъ выполнять намѣренія правительства.

Я не буду вовсе останавливать вниманія на столь же многочисленныхъ, сколь неудачныхъ попыткахъ кодификаціи, долженствовавшей замѣнить старѣющее Уложеніе царя Алексѣя Михайловича и разнородные мѣстные сборники **). Эти попытки дѣ-

*) Для иллюстраціи возьмемъ слѣд. №№ Полн. Собр.: 2785 и 3574 (различеніе указовъ и сенатск. приговоровъ по генеральн. дѣламъ и обязательность ихъ публикаціи), 2828 (отмѣна сепаратн. указовъ, возобновленіе общаго примѣненія Уложенія и виды на исправленіе его), 3904 и 3947 (указаніе апелл. порядка и запрещеніе обращаться прямо къ государю), 5999 (вотчин. коллегія отсрочиваетъ рѣшенія въ виду ожидаемой главы новаго уложенія по предметамъ ея вѣдомства), 6686 и 6686 (докладъ академіи наукъ о необходимости вновь напечатать старое Уложеніе, котораго нигдѣ ни за какія деньги получить нельзя. Печатаются книжки указомъ отъ 1714 до 1725), 7013 (повтореніе угрозъ судьямъ и секретарямъ съ обличеніемъ злоупотребленій), 7078 (сенатъ освѣдомляется, что изъ Кабинета Ея Величества шлютъ въ губерніи и провинціи указы, о коихъ сенатъ вовсе не знаетъ, и въ виду этого приказываетъ, чтобъ таковыя (кромѣ дѣлъ тайной канцеляріи) въ копіи препровождались въ сенатъ, дабы за неизвѣстностью закона на одно дѣло не полагалось разныхъ резолюцій, 8480 (реестръ указамъ прежнихъ царствованій, кои польза государственной противны), 8695 (самоограниченіе власти—безъ письмен. начертанія указовъ не выполнять), 8722 (именной, объявленный кофишенкомъ Ниловымъ генераль-полицеймейстеру объ освобожд. каторжн. работниковъ въ праздничн. дни). При Екатеринѣ II опять тоже: № 11606 (о неподачѣ просьбъ на Высоч. Имя мимо инстанцій). № 12456 (опять различеніе генеральнаго положенія и по свойству вещей исключительныхъ и особливыхъ резоновъ) и прочее.

**) Вопросъ о кодификаціи сталъ на очередь со времени накопившихся послѣ Уложенія указовъ еще въ концѣ XVII в. Полное собраніе законовъ включаетъ въ себѣ цѣлую массу попытокъ обнять отдѣльныя области права и управленія болѣе или менѣе обширными законодательными актами. Мы уже говорили выше о такихъ мѣрахъ по отношенію къ процессу. Мы не будемъ касаться здѣсь разныхъ отраслей управленія, которыя законодатель регламентируетъ очень дѣятельно, часто близко при этомъ касаясь и вопросовъ права. Крайне важныя для отдѣльныхъ институтовъ, особенно торговаго права, сословной организаціи, задачъ межеванія, сложные законодательные акты удовлетворяютъ только отчасти общей потребности въ нормахъ. Цѣль многочисленныхъ законодательныхъ комиссій въ XVIII в. состоитъ въ томъ, чтобъ привести къ согласію и единству все дѣйствующее право, исправить Уложеніе, составлявшее дѣйствительно обширный кодификаціонный актъ, или написать

лались и для области общей указной дѣятельности законодательныхъ органовъ и для отдѣльныхъ территорій государства, въ коихъ удержались традиціонные мѣстные источники, дѣйствовавшіе до присоединенія ихъ къ Россіи. Частію это было видно выше для прошлаго времени, для текущаго столѣтія мы укажемъ на нихъ въ своемъ мѣстѣ.

Одновременно съ этой жаждой нормъ гораздо болѣе важнымъ и плодотворнымъ явленіемъ было наступавшее сознаніе необхо-

новое, которое явило бы законодателю отраженіе въ единой книгѣ, въ одной системѣ всего дѣйствующаго права. Преобразовательныя предпріятія смѣнялись до такой степени быстро, задачи управленія и суда были такъ необъятно широки, что достиженіе этой цѣли, при тогдашнихъ научныхъ средствахъ, было совершенно невозможно. Гдѣ можно было списать съ иноземнаго, — дѣло казалось простымъ. Но и тутъ недоразумѣнія преслѣдовали нашихъ старыхъ кодификаторовъ. Извѣстенъ громадный уставъ воинскій, напечат. подъ № 3006 въ П. С. З. и содержащій въ себѣ 250 стр. русскаго и нѣмецкаго текста. Въ этомъ уставѣ (стр. 282 и слѣд. по П. С.) найдете и краткое изображеніе процессовъ. Въ процессѣ надлежало опредѣлить силу судебныхъ доказательствъ. Въ гл. IV (стр. 400) рѣчь идетъ о доказательствахъ письменныхъ. § 5 устанавливаетъ доказательную силу торговой книги. Перечисляются условія исправности книговодства. Нѣмецкій текстъ говоритъ такъ: *im gleichen* (равнымъ образомъ надлежитъ) *dass auch von jeder Geldes-Post die Summa und Datum annotiret sei* (чтобы при каждой денежной записи въ книгу, т.-е. при каждой статьѣ счета, была обозначена сумма и число мѣсяца). Этотъ нѣмецкій текстъ переводится такъ: „въ каждый почтовый день число записано“. 7-го янв. 1720 года начались засѣданія для слушанія Уложенія. Сличали наше Уложеніе съ шведскимъ, а для помѣстнаго дѣла съ правами эстляндскими и лифляндск., съ коими оно сходяще и почитай однимъ манеромъ владѣніе имѣютъ, какъ у насъ, ср. №№ 3202, 3626, 3661, 3879, 4658 (комmissія обновлена въ составѣ), 4895 (слушаютъ въ сенатѣ новосочинен. уложеніе по сношенію съ иностран. образцами), 4980 (выбираютъ членовъ „у сочиненія новаго уложенія“ отъ разн. сословій), 5287 (пополняютъ уложеніе), 5330 (сочиняютъ уложеніе въ Лифляндіи, тоже слѣд. №№), 5412 (распускаютъ комиссію и велятъ выслать по два человѣка отъ губерніи для того же дѣла), № 5567 (это уже при Анніѣ Ивановнѣ—выбираютъ отъ разн. сословій для окончанія уложенія), 5654 (сочиненіе продолжается), 5994 (ждутъ появленія уложенія и отсрочиваютъ въ вотчин. кол. рѣшеніе дѣлъ), 6611 (собираютъ въ Москвѣ духовн. и свѣтск. персонъ для свода и сочин. правъ малороссійскихъ), 6614 (право, назван. магдебургскимъ, да саксонск. статуты переводятъ на великорус. яз.), 6837 (прибавляютъ къ 12 малороссамъ одного великоросса), 8355 (сочиняютъ нов. лифляндское уложеніе). При Елизаветѣ Петровнѣ дѣло возобновляется въ духѣ, совершенно напоминающемъ кодификаціонную дѣятельность того времени на западѣ, „сочинить законы ясные, всѣмъ понятные и настоящ. времени приличные“. Дѣятельность Екатерининской комиссіи подробно знакома вамъ изъ чтеній по исторіи русскаго права. У графа Сперанскаго, въ брошюрѣ „Обозрѣніе историческ. свѣдѣній о сводѣ законовъ“, о которой скажемъ ниже, вычислены денежныя затраты, сдѣланныя правительствомъ, начиная отъ 1754 до 1826 г., на дѣло кодификаціи. Сумма этихъ тратъ, *sans parler des récompenses et des encouragemens*, какъ сказано во франц. переводѣ этой брошюры, достигаетъ няти милліоновъ шестисотъ семидесяти тысячъ рублей *évalués en assignations*. Какъ переводились деньги съ серебра на ассигнаціи—объ этомъ можно составить себѣ понятіе изъ недавно опубликованной частной переписки графа Сперанскаго. Изъ этихъ писемъ въ „Русской Старинѣ“ за истекшій (86) годъ можно узнать не только способы оперировать съ ассигнаціями, но и много другихъ любопытныхъ подробностей. Натурально, послѣ 1826 года ни поощренія, ни расходы не стали меньше прежняго. См. теперь особенно В. Н. Латкина „Законодательныя Комmissіи въ Россіи“ въ XVIII в., т. I, 1887.

димости обучаться юриспруденціи. Вы слышите ясно голосъ этого сознанія еще въ петровскихъ указахъ. На меморіумъ иноземца Фика Петръ кладетъ свою резолюцію объ учрежденіи академіи и сознаетъ вмѣстѣ съ этимъ необходимость школы для служащихъ (№ 3208). Въ другомъ случаѣ Петръ негодуетъ на то, что „здѣсь еще ученіи не гораздо вкоренились, паче же въ гражданскихъ дѣлахъ“ (№ 3895). Для службы въ коллегіяхъ приходится призывать изъ чужихъ земель Бемчанъ (Чеховъ), Шленцевъ, Моравцевъ (№ 2967) и своихъ слать въ Краловецъ (5286). Для науки права приглашаютъ тоже съ запада ученыхъ и въ правовѣдѣніи искусныхъ людей (№ 2928). Необходимы не только чужіе законы, чужіе люди, но и чужія книги, и Петръ пишетъ своему резиденту въ Австріи, чтобы нашелъ ему лексиконъ универсалисъ и книгу юриспруденціи (№ 2967). Надо переводить эти вещи, но не съ однимъ знаніемъ языка, а съ знаніемъ того *художества, котораго переводъ касается*, математическаго, анатомическаго, *цивилисъ*, милитарисъ (№ 4438). Наконецъ, учреждается академія и при ней университетъ, гдѣ наукамъ высокимъ, до какого состоянія онѣ дошли, молодыхъ людей обучаютъ *). Между этими науками впереди стоитъ теологія, затѣмъ юриспруденція (правъ искусство). Въ 3-мъ классѣ наукъ преподаютъ право натуральное и публичное купно съ этикой и политикой (4443). Однако, прежде университета, для цѣлей преподаванія, образуютъ кадетскій корпусъ, въ коемъ учатъ и юриспруденціи, притомъ на иностран. языкахъ, по тому соображенію, что ученики скорѣе научатся ихъ понимать, чѣмъ учителя изъясняться по-русски (5811, 5894). Но за симъ сама академія требуетъ высылки 20-ти учениковъ для обученія ихъ вышнимъ наукамъ (6816). Обученіе идетъ (для недорослей) и при сенатѣ. Понемногу приходятъ къ сознанію, что „къ правленію государствъ ничто такъ нужно, какъ крѣпкое храненіе правъ гражданскихъ“ (7151). Къ познаніямъ, необходимымъ для юриста, причисляются не только законы (уложеніе, генер. регламентъ и указы), но вмѣстѣ съ этимъ логика, правоучительная философія и юриспруденція (№№ 7369 и 9532).

Въ Москвѣ учреждается первый университетъ въ 1755 году. *Императрица Екатерина опредѣляетъ различіе между назначе-*

*) Въ этомъ разница отъ академіи, гдѣ производятся новыя инвенты, а не обученіе. Нѣсколько лѣтъ назадъ въ трудахъ нашей Академіи Наукъ графъ Д. А. Толстой помѣстилъ два изслѣдованія объ академич. университетѣ и гимназій, крайне любопытныя съ бытовой точки зрѣнія. Для общей характеристики школьнаго дѣла въ древней Россіи см. Варш. Унив. Изв. 94 г. статья проф. О. И. Леонтовича. „Школьный вопросъ въ древней Россіи“, съ обильн. библиографич. указаніями частью и для позднѣйш. времени.

ніемъ академіи и университета, съ одной стороны, и корпусовъ — съ другой. Тамъ ученики должны того достигнуть, чтобы другихъ обучать могли, а кадетамъ довольно знать, какимъ образомъ тѣми науками пользоваться (№ 12741).

Въ шляхетскихъ корпусахъ продолжаютъ преподавать не законы только, а право естественное, всенародное, государственныя права и экономію государственную.

Мы переходимъ такимъ образомъ медленнымъ путемъ отъ крайне поверхностнаго взгляда на задачи общественныхъ преобразованій къ сознанію трудности этого дѣла и къ болѣе скромнымъ задачамъ по отношенію къ законодательству и юриспруденціи. И едва-ли будетъ ошибочнымъ сказать, что эта легкость взгляда на законодательныя реформы стоитъ всегда въ обратномъ отношеніи къ солидности познаній. Отъ непомѣрно трудныхъ задачъ, которыя ставились, при отсутствіи всякихъ научныхъ ресурсовъ, русскому законодательству въ прошломъ вѣкѣ, черезъ всѣ перипетіи реформенныхъ идей Екатерининскаго и Александровскаго царствованія, мы пришли въ XIX вѣкѣ къ сознанію необходимости хотя бы только собрать воедино, свести въ нѣкоторое цѣлое невѣроятную массу указовъ, перебивавшихъ одинъ другой въ теченіе ста семидесяти слишкомъ лѣтъ, слѣдовавшихъ за введеніемъ въ дѣйствіе Уложенія царя Алексѣя Михайловича. Задачи, казалось, выше поставленныя не приводили ни къ какому практическому результату. Еще въ первую пору Александровскаго царствованія въ руководящихъ сферахъ подходили весьма близко къ мысли прямо заимствовать для русскаго права французскій кодексъ. Мы видѣли легкость, съ которою онъ прививался внѣ французской территоріи. Возможно ли, однако, было у насъ, въ ту пору неустрашеннаго господства односторонне-властныхъ и далеко не-цивильныхъ отношеній, коими опредѣлялся весь нашъ бытъ, возможно ли и нужно ли было введеніе этой, французской или иной, чисто-цивильной системы? Можно ли было въ тѣхъ условіяхъ овладѣть нашей практикой съ помощью нормъ такого происхожденія и такого свойства? не вѣроятнѣе ли, что такой кодексъ остался бы самъ по себѣ, а практика сама по себѣ? Вопросъ стоялъ на очереди. Карамзинъ, въ рукахъ котораго были всѣ сокровища историческихъ знаній нашей и западной жизни, отвѣчалъ на этотъ вопросъ отрицательно. Мысль Карамзина заключается въ томъ, что о правахъ гражданскихъ нельзя трактовать основательно тамъ, гдѣ нѣтъ гражданъ, а есть дворяне, купцы, мѣщане и проч., и гдѣ всѣ эти лица связаны развѣ только именемъ русскихъ.

Работы такъ называемой десятой комиссіи, имѣвшей въ виду не сводъ законовъ, а выработку кодексовъ гражданскаго, торговаго и уголовного правъ, притомъ не для центральныхъ только русскихъ областей, а также и для территорій провинціального права, представляютъ весьма значительный интересъ не для однѣхъ историческихъ штудій; но, однако, создать въ такомъ смыслѣ и значеніи цивильнаго кодекса эта десятая комиссія не могла.

Графъ Сперанскій въ упомянутой выше брошюрѣ указываетъ главнымъ образомъ на недостаточность разработки стараго законодательства какъ на препятствіе достиженію видовъ правительства. Это несомнѣнно. Но и послѣдовавшая, засимъ, разработка 35 тыс. указовъ все-таки не привела къ цѣли, т.-е. и послѣ изданія Полнаго собранія законовъ и выполненія, подѣ руководствомъ Сперанскаго, Свода, томъ X-й этого свода все-таки не представилъ собою системы русскаго гражданскаго права и въ связи съ этимъ началъ права общаго для русскаго государства, какимъ былъ Code civil для государства французскаго. Это ни въ малѣйшей степени не зависѣло ни отъ какихъ кодификаторовъ, совершенно такъ, какъ не зависѣло отъ нѣмецкихъ ученыхъ придти къ единому нѣмецкому гражданскому кодексу въ 1814 году. У нѣмцевъ для этого не доставало органа власти, соотвѣтствующаго цѣли. У насъ не доставало условій для обособленія области институтовъ цивильныхъ отъ иныхъ.

Во всякомъ случаѣ новая комиссія (назовемъ ее 11-ю) достигла болѣе практическихъ результатовъ, чѣмъ какая бы то ни было изъ предшествующихъ. Любопытно, что душою дѣла былъ на этотъ разъ не юристъ, а теологъ по образованію.

Неблагопріятный въ эпоху петровскихъ реформъ разрывъ со старой юриспруденціей духовныхъ лицъ здѣсь какъ будто былъ исправленъ. Во главѣ дѣла стоялъ человекъ солидной, хотя и не спеціальной школы, испытаннаго трудолюбія, характера вполне опредѣлившагося въ тяжелой борьбѣ житейскаго опыта *).

Задача замѣны Уложенія новымъ Сводомъ была выполнена Сперанскимъ. Счетъ указамъ, послѣдовавшимъ съ 29 января 1649 года до 1 января 1832, наконецъ, подведенъ. Ихъ, вмѣстѣ съ манифестами, оказалось 34,333 **). Этотъ матеріалъ законовъ

*) Жизнь графа Сперанскаго, М. А. Корфа, два тома, 1861 г., біографія нынѣ могущая быть дополненною очень обильными новыми свѣдѣніями, особенно публикуемыми въ „Русской Старинѣ“ остатками переписки покойнаго государств. человека.

**) Всѣ свѣдѣнія, официально въ ту пору публикованныя по вопросу о работахъ комиссіи, находятся въ особой запискѣ, озаглавлен. „Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ“ 1833 г., тогда же переведен. на французск.

очищенъ, систематизированъ и въ этомъ видѣ получилъ санкцію дѣйствующаго съ 1 января 1835 года Свода законовъ Россійской имперіи.

Въ предисловіи къ Полному собранію законовъ *) вы читаете по поводу составленія свода, что Его Имп. Вел. принялъ оное (дѣло) „въ непосредственное свое вѣдѣніе и вмѣстилъ во II отд. Собст. Его Вел. канцеляріи“. Понятіе „свода“ установлено такъ—это „уложеніе извѣстной части законовъ, приведенныхъ въ простой и удобный порядокъ, съ отмѣною всего недѣйствующаго и съ соглашеніемъ противорѣчій“. „Онъ отличается отъ другого вида уложеній тѣмъ единственно, что въ немъ излагаются съ точностью одни законы существующіе, въ истинномъ и полномъ ихъ смыслѣ, безъ исправленія ихъ, дополненія, или усовершенія“. Та цѣль, которая до тѣхъ поръ много разъ ставилась, именно приведеніе *дѣйствующаго законодательства въ единство*, была достигнута. Никакія частныя обработки стараго матеріала не могли въ цѣломъ стать въ уровень съ этой оффиціальной переработкой, хотя бы онѣ вѣрнѣе передавали содержаніе старыхъ указовъ.

По отношенію къ дальнѣйшему развитію права законодатель принялъ всѣ мѣры, чтобы устранить шаткость практики, и указалъ точно путь, коему надлежитъ слѣдовать въ случаяхъ недостатка, неясности, неполноты закона.

Могло-ли быть иначе при томъ матеріалѣ, который вошелъ въ составъ свода? Это былъ матеріалъ по происхожденію своему исключительно легальный, который ближайшимъ образомъ можетъ быть поставленъ въ соотвѣтствіе съ королевскими *ordonnances* въ составѣ французскаго кодекса. Мы видѣли тамъ, что задача унификаціи права была достигнута извѣстнымъ разрывомъ релижированныхъ въ *Code*’ѣ артиклей съ ихъ первоисточниками **).

языкъ „Précis des notions historiques sur la formation du corps des lois russes. St.-Petersbourg. 1833“. Въ концѣ приложена таблица находившагося въ переработкѣ матеріала. Сверхъ показаннаго числа указовъ здѣсь найдете еще рядъ документовъ иного рода и иныхъ наименованій, которые даютъ вмѣстѣ число 35,993.

*) Это предисловіе заключаетъ въ себѣ много важныхъ свѣдѣній, поясняющихъ цѣль изданія Полн. собранія законовъ. У насъ по вопросу объ отношеніи свода законовъ къ матеріалу, изъ коего онъ составленъ, высказывались разныя мнѣнія. Смотри Цитовича „Курсъ русск. гражд. права“, начатый изданіемъ при Записк. новор. унiver. приложеніе къ 25 т. (ученіе объ источ. права). Тутъ же подробное описаніе смѣны изданій. Теперь еще у Н. М. Коркунова Общая теорія права и его же статья въ Ж. М. Н. П. сент. 94 г. „Знач. Св. Закон.“.

**) Хотя, какъ было видно частью выше и какъ мы будемъ имѣть еще случаи убѣдиться впослѣдствіи, и тамъ вопросъ объ отношеніи *Code civil* къ прежнимъ источникамъ не безспоренъ въ юриспруденціи.

Этотъ разрывъ тамъ носилъ несомнѣнно характеръ болѣе насильственный, болѣе рѣзкій по отношенію къ факторамъ прежняго праворазвитія, чѣмъ у насъ, гдѣ собственно произошла только замѣна мало доступнаго для частнаго лица, дурно согласованнаго матеріала указовъ ихъ сводомъ, составленнымъ оффиціальной комиссіей подъ непосредственнымъ вѣдѣніемъ Государя.

Необходимо замѣтить, что и по *объему дѣйствія* эти руководящія начала для составленія и дальнѣйшаго примѣненія свода выражены были не по отношенію къ какой либо обособившейся отрасли права, гдѣ допустима болѣе или менѣе свободная дѣятельность юристовъ (какъ, наприм., въ правѣ гражданскомъ), а въ виду всего состава свода.

Такова „*structura nova veterum legum*“, эпиграфъ изъ Бэкона, принятый Сперанскимъ за девизъ всего своего дѣла.

Мы указали сейчасъ на несходство матеріала, изъ котораго образовался нашъ X т., съ матеріаломъ, вошедшимъ въ составъ другихъ европейскихъ кодексовъ. Посмотримъ же, каковъ этотъ *составъ*. Будемъ держаться тѣхъ же общихъ критеріевъ, коими мы пользовались выше для опредѣленія состава другихъ кодексовъ. Начнемъ съ общихъ опредѣленій, касающихся лица, гражданской правоспособности людей. Въ X т. мы не найдемъ, вообще раздѣла, соответствующаго абстрактному ученію о лицахъ, *des personnes*, о ихъ общей право- и дѣеспособности. Для правоспособнаго субъекта безъ всякихъ квалификацій, сословныхъ, племенныхъ, исповѣдныхъ, вы не найдете почти никакихъ общихъ опредѣленій. Въ такихъ статьяхъ X т., гдѣ субъектомъ имущественныхъ правъ названо *частное* лицо, тамъ пространство и свойство этихъ правъ опредѣляется не X-мъ томомъ, а законами о состояніяхъ, сводомъ военныхъ постановленій и другими частями законодательства (о чемъ позже). Затѣмъ, въ отдѣльныхъ положеніяхъ X т., правоспособность лицъ, при всей скудости его статей (особ. въ 1-мъ изданіи), условлена множествомъ видоизмѣненій не только по состояніямъ, но и по исповѣданіямъ, территоріямъ, племенамъ, такъ что количество положеній характера общаго становится за этими исключеніями крайне бѣднымъ. — Та же черта скудости общихъ опредѣленій для понятія лица характеризуетъ X т. и въ отношеніи къ понятію вещи. Для эпохи составленія свода весь кругъ вещей, предметовъ обладанія, на которомъ преимущественно упражнялось указная дѣятельность, ограничивался населенными имѣніями. Цѣль законодателя при этомъ далеко не всегда была исключительно цивильною, а весьма часто, съ этимъ вмѣстѣ, и фипансовою. Обмѣнъ иму-

ществъ движимыхъ мало занималъ въ ту пору законодателя. Институты торговаго права, весь кругъ кредитныхъ операцій, такъ близко нынѣ прикасающихся общей гражданской юрисдикціи, поставлены внѣ всякой связи съ системой гражданскихъ институтовъ. Словомъ, нашъ сводъ гражданскихъ законовъ по своему составу подходилъ гораздо ближе къ указаннымъ выше особенностямъ Литовскаго статута въ соотвѣтствующихъ его частяхъ, чѣмъ къ какому либо новому европейскому кодексу.

Возможно ли было въ этихъ условіяхъ ожидать, что кодификаціонная работа графа Сперанскаго послужить средствомъ для дальнѣйшаго объединенія дѣйствующихъ въ разныхъ русскихъ территорияхъ партикулярныхъ системъ гражданскихъ институтовъ?

При ближайшемъ опытѣ такого объединенія оказалось возможнымъ ввести въ составъ свода лишь рядъ отдѣльных положеній Литовскаго статута, котораго примѣненіе было ограничено губерніями Полтавскою и Черниговскою *). Во 2-мъ изд. (42 г.) вы уже находите это осложненіе состава X тома. Натурально оно ровно ничего не прибавило къ началамъ общности права, ибо *общій сводъ и понятіе общаго права* суть совершенно различныя по своему смыслу.

Едва ли можетъ быть сомнѣніе, однако, что эти оба понятія не вполне ясно различались въ кодификаціонной практикѣ II отдѣленія.

Начиная съ XVIII в., мы видимъ, что русскій законодатель дѣлаетъ значительныя усилія для приведенія въ извѣстность дѣйствующихъ привилегій и правъ разныхъ присоединенныхъ къ Россіи территорий. Повидимому, руководящіе круги одной изъ такихъ территорий, именно остзейскаго края, мало заинтересованы въ томъ, чтобъ содержаніе мѣстныхъ правъ становилось вполне извѣстнымъ центральной власти; иначе приведеніе ихъ въ извѣстность не встрѣтило бы затрудненій при существованіи отдѣльнаго факультета юристовъ въ университетѣ дерптскомъ. Такимъ образомъ все болѣе и болѣе старѣющія привилегіи обновляются, молодѣютъ, такъ сказать, лишь посредствомъ новыхъ подтвержденій ихъ силы при всякой перемѣнѣ царствующаго въ Россіи государя. Положеніе дѣла стало серьезнымъ при начавшейся и выполненной въ царствованіе императора Николая кодификаціонной работѣ. Тѣмъ не менѣе кодифицировать именно

*) Мы убѣдимся позже, при обзорѣ отдѣльных институтовъ, что формальное прекращеніе примѣненія литовскаго статута на его старой исторической почвѣ не оказало предполагавшагося вліянія и скудный содержаніемъ X т. не вытѣснилъ изъ жизни старыхъ источниковъ.

гражданское право не удалось въ ту пору. Мѣстные юрисконсулы утверждали, что при 4-хъ переводчикахъ нужно для простаго перевода подлежащихъ документовъ отъ 6 до 8 лѣтъ времени, чтобъ сдѣлать одну эту подготовительную работу *). Право, дѣйствующее въ этой окраинѣ, оставалось такимъ образомъ никому неизвѣстнымъ въ цѣломъ, ни русскому правительству, ни мѣстнымъ подданнымъ русскаго государства вообще, ибо источники начертаны на многихъ языкахъ, частью чужихъ этой странѣ въ ея современномъ состояніи. Лишь въ 64 году приведены въ извѣстность и опубликованы на языкахъ нѣмецкомъ и русскомъ мѣстные гражданскіе законы. Названіе этихъ нормъ законами не имѣетъ того же смысла, какой имѣетъ оно для центральной русской территоріи, ибо источникъ здѣсь иной, чѣмъ въ Россіи, т.-е. не указы русскихъ государей, а священное писаніе, право римское, каноническое, германское, шведское земское и городовое уложеніе, права рыцарскія, городскія, отдѣльныя привилегіи и такъ называемые автономическіе источники права. Можно было бы полагать, что право римское дастъ тутъ начало сближенія и общности для отдѣльныхъ областей и откроетъ путь къ правообобщенію, хотя впоследствии, съ правами мѣстными другихъ русскихъ территорій. Но это ошибочно, ибо мѣстный сводъ даетъ впереди силу особеннымъ „узаконовеніямъ“ и всѣ начала общности отодвигаетъ на второй, на третій планъ. Русскіе законы признаются, на ряду съ иностранными, лишь какъ законы посторонніе (см. Введеніе XXVII и слѣд.).—Если источники для составленія свода не суть законы, въ томъ смыслѣ, какъ источники русскаго свода, то „гражданскими“ ихъ можно назвать лишь съ той же оговоркой, какую дѣлалъ Карамзинъ для проектировавшихся правъ гражданскихъ тамъ, гдѣ гражданъ вовсе нѣтъ.

Въ другихъ обширныхъ областяхъ имперіи, въ Царствѣ Польскомъ, въ Бессарабской губерніи вмѣстѣ съ возсоединенными по берлинскому трактату частями Бессарабіи, дѣйствуютъ сборники законовъ, частью совершенно законченные и чисто-цивильные, какъ въ Польшѣ (Наполеоновъ кодексъ), частью менѣе законченные и значительно видоизмѣненные вліяніемъ указанной дѣятельности русскаго правительства, какъ въ Бессарабіи и на Кавказѣ **).

*) Подробное описаніе этихъ операцій мѣстныхъ юрисконсультовъ можно видѣть у Пахмана въ Исторіи кодификаціи, т. II.

**) Подробности у Линовскаго „О мѣстныхъ законахъ Бессарабіи“ 42 г., у Давевскаго, указ. выше сочиненіе Заборовскаго „Гражданское право Царства

Мы имѣемъ такимъ образомъ, для современнаго примѣненія въ Россіи, не только сборникъ законовъ общихъ и мѣстныхъ, племенныхъ, исповѣдныхъ (о чемъ—въ обзорѣ отдѣльныхъ институтовъ), развившихся на старой почвѣ гражданского праворазвитія и соединенныхъ механически въ одинъ сводъ, но и болѣе или менѣе непокорные стремленію центральной власти къ объединенію права обширные мѣстные кодексы, изъ коихъ остзейскія гражданскія узаконенія представляютъ собою и по количеству положеній (4600 статей), и по свойству ихъ (старыя привилегіи, часто совершенно нецивильнаго характера) наименѣе удобную для ассимиляціи матерію.

Главнѣйшее препятствіе объединенію гражданского права всего государства, въ эпоху образованія сводовъ, составляло свойство матеріала, подлежавшаго обработкѣ, указнаго по способу возникновенія въ однихъ мѣстахъ и хотя инороднаго въ другихъ, но по содержанію своему все-же далеко не чисто-гражданскаго. Достигнуть объединенія права въ этихъ условіяхъ не могли бы никакія усилія науки гражданского права. Тамъ гдѣ изъ состава гражданскихъ сборниковъ не выдѣлены начала права публичнаго, сильный элементъ привилегій, тамъ могутъ имѣть мѣсто только своды болѣе или менѣе общіе, а не общее право. Въ правѣ, при этихъ условіяхъ, неизбѣжно преобладаніе партикуляризовъ и мѣстныхъ, сословныхъ и иныхъ особенностей.

Н.

Мы видѣли выше, въ исторіи французскаго права, такъ называемый *période intermédiaire*, когда рядомъ отдѣльныхъ законодательныхъ актовъ устранены были въ исторически сложившихся формахъ французской національной жизни всѣ препятствія, стоявшія до того на пути къ обособленію права частнаго и развитію, вмѣстѣ съ тѣмъ, началъ общности, выразившихся въ *Code civil*. Процессъ того же рода происходилъ, въ значительно видоизмѣненныхъ формахъ, много медленнѣе и лишь въ отдѣльныхъ институтахъ, въ Германіи, въ особенности въ XIX вѣкѣ. Это тоже процессъ замѣны старыхъ формъ быта смѣшанныхъ, цивилизованно политическихъ, новыми, чисто-гражданскими, о чемъ будемъ

Польскаго“ 47 г., все вмѣстѣ у Пахмана, по назван. сочиненіямъ и другимъ, вмѣстѣ съ краткимъ описаніемъ дѣйствующихъ въ Бессарабіи и на Кавказѣ сборниковъ и современнымъ положеніемъ дѣлъ. Тутъ же нѣсколько словъ о Финляндіи, до сихъ поръ связанной больше съ Швеціей, чѣмъ съ Россіей въ ея гражданскомъ правѣ.

имѣть случай говорить позже, въ отдѣльныхъ очеркахъ, напр. аграрнаго движенія въ законодательствѣ прусскомъ и измѣненія институтовъ договорнаго, семейнаго и наслѣдственнаго права въ Германіи вообще. Подробныя изысканія по исторіи позднѣйшаго русскаго права здѣсь же показали бы намъ и у насъ тотъ же медленный, но постоянный процессъ стѣсненія привилегій стараго происхожденія, съ каждымъ годомъ терявшихъ свою *raison d'être* въ новыхъ условіяхъ развитія государственной власти.

Послѣ того, какъ петровскій способъ разрѣшить проблему социальныхъ отношеній въ Россіи былъ устраненъ указомъ императрицы Анны, вопросъ объ устройствѣ быта крестьянъ не разъ тревожилъ дальновидныхъ людей русскаго правительства и русскаго общества. Нужна-ли государству эта форма частно-правной зависимости цѣлыхъ массъ русскаго населенія отъ небольшого круга привилегированныхъ лицъ? Чѣмъ окупается безправіе этихъ частныхъ „подданныхъ“ передъ лицомъ русскаго государства? Къ чему приведетъ въ будущемъ институтъ крѣпостнаго права, не самородный на русской почвѣ и вызванный необходимостью борьбы московскаго государства съ западными сосѣдями, знавшими его прежде насъ, но и раньше насъ отказавшимися его поддерживать? Не угрожаетъ-ли этотъ порядокъ вещей наступленіемъ для русской жизни тѣхъ страшныхъ предчувствій, которыя тревожили Петра, когда онъ создавалъ свой планъ изыятія населенныхъ имѣній изъ нормальныхъ для предметовъ гражданского обладанія формъ гражданскаго оборота?

Мы не имѣемъ цѣли изображать здѣсь движенія капитальныхъ для русской исторіи и русской жизни вопросовъ къ ихъ разрѣшенію.

Истиннымъ преемникомъ петровскихъ преобразовательныхъ задачъ сталъ въ наши дни Императоръ Александръ II.

Проблема была разрѣшена методомъ прямо противоположнымъ тому, которому слѣдовалъ Петръ. Вмѣсто поглощенія всего права частнаго по недвижимостямъ правомъ государственнымъ, духъ новой реформы заключается въ расширеніи права частнаго, частной правоспособности на все населеніе русскаго государства. Если указъ о единонаслѣдіи оказался не родственнымъ историческому русскому духу, то еще менѣе соответствовалъ тому же національному духу указъ Петра III о вольностяхъ дворянству, коимъ снималась съ этого класса обязательность не только службы государству, но и принятый до того общій образовательный цензъ для привилегированныхъ классовъ. Послѣ этой жалованной грамоты (18 февраля 1762 года) дворянскому сословію оставался

хотя продолжительный (99 лѣтъ), но все же гражданскій срокъ пользованія населенными имѣніями.

Акты 19 февраля 1861 года даютъ намъ прямо явленіе примиренія двухъ полярныхъ началъ исторической русской жизни, начала свободы, опредѣлившагося жизнью старыхъ вольныхъ волостей, и начала необходимости, воплощеннаго послѣдующею политической системой русскаго государства. Въ этомъ слияніи— историческій моментъ образованія современной русской системы права частнаго. Полное обособленіе началъ права публичнаго и права частнаго, какъ двухъ замкнутыхъ и законченныхъ системъ правоотношеній, только съ этихъ поръ способно перейти изъ области предположеній и плановъ въ живую дѣйствительность. Только въ этихъ условіяхъ стало возможно практически различать на почвѣ нашего права *id quod ad statum rei publicae spectat* отъ того, что установлено *ad singulorum utilitatem*. Главнѣйшій источникъ смѣшенія интересовъ государства и частныхъ лицъ устраненъ навсегда, и гарантія интересовъ второго рода исходитъ нынѣ непосредственно, для всѣхъ подданныхъ русскаго государства, отъ самой государственной власти.

Достигнувъ путемъ долгаго историческаго процесса этихъ результатовъ, національная жизнь, вмѣстѣ съ этимъ, выходитъ изъ предѣловъ старой исключительности, партикуляризовъ всякаго рода, племенныхъ, исповѣдныхъ, территоріальныхъ, сословныхъ, въ правѣ гражданскомъ, въ широкую сферу дѣйствительнаго правообщенія всѣхъ элементовъ русскаго населенія. Вмѣсто безсильныхъ попытокъ механическаго соединенія разнообразныхъ нормъ въ одинъ общій сводъ законовъ, дальнѣйшая исторія права должна представить собою, хотя бы медленный, но вполнѣ жизненный процессъ *органическаго образованія системы общаго русскаго гражданскаго права*, передъ которой особенности и партикуляризмы мѣстныхъ, исключительныхъ, спеціальныхъ правъ будутъ постепенно уходить на второй планъ и вовсе исчезать съ исторической сцены.

Въ первую минуту послѣдовавшей коренной реформы быта законодатель не могъ создать потребной для достиженія общности въ правѣ готовой системы гражданскихъ нормъ. Въ уставахъ 20 ноября 1864 года мы имѣемъ одну систему нормъ процессуальнаго характера, предназначенныхъ для общаго огражденія гражданскихъ правоотношеній, образующихся въ новыхъ условіяхъ быта. Это предшествующее образованію новой системы гражданскаго права измѣненіе порядка защиты правоотношеній знакомо намъ въ исторіи права другихъ народовъ. Мы видѣли выше, въ исторіи римскаго государства и права, предшествующую образованію

системы *juris gentium* замѣну порядка процедиrowанія *per legitima verba* новымъ процессомъ *per verba concepta*. вмѣсто прежняго строго условленнаго буквой закона обряда судебной защиты, органъ суда становится въ новыхъ условіяхъ органомъ медленнаго и постепеннаго образованія новыхъ нормъ гражданскаго права. Какъ въ Римѣ въ VII в., также въ новое время во Франціи образованію общаго гражданского кодекса предшествуетъ существенное измѣненіе порядка процедиrowанія, произведенное извѣстнымъ *ordonnance de la procédure civile* 1667 года. То же, наконецъ, мы наблюдаемъ нынѣ у нѣмцевъ, гдѣ также прежде образованія общаго гражданского уложенія созданы въ 1877 году процессуальныя нормы, существенно измѣняющія и объединяющія старый порядокъ гражданского судопроизводства.

Въ уставахъ 20 ноября 1864 года достигнуты были всѣ тѣ цѣли, которыхъ такъ долго не могло достигнуть старое русское законодательство въ прежнихъ условіяхъ русскаго быта. „Дѣла челобитчиковъ“ дѣйствительно стали обособленной областью защиты на судѣ, въ организованной для всѣхъ и каждаго системѣ судебныхъ установленій новаго типа, интересовъ частныхъ лицъ. Органы цивильной юстиціи децентрализованы, приближены къ мѣстамъ и лицамъ, нуждающимся въ ихъ содѣйствіи для приведенія въ извѣстность и для огражденія ихъ правъ. Вопросы суда и управленія перестали сплетаться и этимъ осложнять защиту интересовъ приватнаго характера безконечнымъ движеніемъ по инстанціямъ независимо отъ воли сторонъ. Положеніе тяжущихся уравнено и стало передъ лицомъ суда совершенно независимымъ отъ какихъ либо чуждыхъ гражданского права квалификацій лица. Количество инстанцій ограничено двумя. Съ организаціей судебныхъ установленій поставлено въ тѣснѣйшую связь устройство нотаріальной части и вѣдомство исполнительнаго производства.

По мѣрѣ того, какъ устройство служебныхъ органовъ гражданского правосудія пріобрѣтало это свойство спеціальнаго приноровленія для цѣли ихъ особой дѣятельности, опасенія, которыя, при старомъ порядкѣ, возбуждали въ глазахъ законодателя свободныя пріемы толкованія законовъ, уступили мѣсто другимъ соображеніямъ. Въ старомъ порядкѣ, подобно тому, какъ въ римской системѣ *legis actionum*, гарантію правосудія видѣли въ устраненіи всякой попытки „обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій“, особенно въ низшихъ инстанціяхъ, въ обязательности для суда *буквы закона*, при чемъ всякій разъ,

когда не имѣлось въ виду при рѣшеніи дѣла прямого руководящаго текста закона, судъ былъ обязанъ искать разрѣшенія своихъ сомнѣній въ усмотрѣніи законодателя. Это былъ порядокъ необходимый въ прежнихъ условіяхъ; ибо чистый типъ частнаго правоотношенія былъ мало выработанъ, мало обособленъ въ ту пору. Въ новыхъ условіяхъ гражданского судопроизводства гарантія правосудія лежитъ уже не столько въ буквѣ всепредусматривающаго закона, сколько въ достоинствѣ судебной организаціи, въ качествахъ лицъ, призванныхъ отправлять судебную функцію, въ постановкѣ судебныхъ должностей, въ способахъ отправленія юстиціи, въ наличности сторонъ при совершеніи процессуальныхъ дѣйствій, въ состязательномъ началѣ, проходящемъ по всѣмъ фазамъ движенія спорнаго правоотношенія *). Въ этихъ условіяхъ огражденія интересовъ частныхъ лицъ на судѣ стѣснительный ригоризмъ старыхъ истолковательныхъ правилъ замѣненъ другимъ принципомъ. Совершенно такъ, какъ въ основоположеніяхъ французскаго гражданского кодекса, обязанность суда поставлена и у насъ шире простого примѣненія буквы закона къ конкретному правоотношенію (см. выше art. IV Code civ.). Судебные уставы 20 ноября 1864 года воспрещаютъ „останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ“, а „за нарушеніе сего правила“ подвергаютъ виновныхъ „отвѣтственности какъ за отказъ въ правосудіи“ (Ср. Цвѣтковъ и Гожевъ №№ 69, 70, 71). Art. IV Code civil, составленный, по отзыву нѣмецкихъ романистовъ, несклонныхъ къ похваламъ Code'у, вполне въ античномъ духѣ, составилъ съ 64 года достояніе и русскаго правосудія.

Можетъ ли быть сомнѣніе, что только при этомъ очищеніи началъ права частнаго отъ господствовавшихъ до того элементовъ смѣшаннаго типа, стало возможнымъ и для Россіи достиженіе того единства и той общности въ сферѣ права гражданского, которая достигнута нѣкоторыми западными государствами со старою культурою гражданской юриспруденціи, и къ которому такъ горячо стремятся въ наше время передовые люди Германіи? Судебные уставы 64 года даютъ намъ солиднѣйшую базу для этихъ ожиданій. Въ теченіе двухъ десятилѣтій основы гражданского правосудія, въ нихъ выраженные, нашли себѣ примѣненіе на такомъ обширномъ пространствѣ русской территоріи, на какомъ не дѣйствовалъ до того ни одинъ законъ, регулирующий область

*) Основные принципы новаго судоустройства и способа процедиловать составляютъ предметъ особаго чтенія.

интересовъ частныхъ лицъ. Судебные уставы Императора Александра II введены въ дѣйствіе не только въ большей части губерній внутреннихъ, но, съ нѣкоторыми видоизмѣненіями, на Кавказѣ и въ Закавказьѣ, въ губерніяхъ польскихъ (75 г.), въ западныхъ губерніяхъ (83 г.), наконецъ, даже въ губерніяхъ прибалтійскихъ (см. Св. Зак. т. XVI, ч. 1, Суд. Уст. издан. 92 г., кн. V) и въ Сибири.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, для цѣли образованія въ дальнѣйшемъ *общей системы гражданскихъ институтовъ* не одно только условіе единства государственной власти на всей русской территоріи, но и постоянно расширяющееся примѣненіе общихъ способовъ и формъ огражденія правъ гражданскихъ ко всему составу населенія Имперіи. Но составляютъ-ли эти условія (обособленіе права частнаго отъ публичнаго въ системѣ защиты, единство власти государственной, одинаковость судоустройства и процессуальныхъ нормъ) все, что нужно для того, чтобы въ дальнѣйшемъ была достигнута та же извѣстность началъ общаго гражданского права, какой въ особенности въ наше время стремятся достигнуть западные государства всѣми средствами, какими только способна располагать государственная власть?

Мы видѣли сейчасъ, что задача приближенія суда къ нуждамъ частныхъ лицъ не можетъ быть достигнута иначе, какъ путемъ децентрализаціи судебныхъ учреждений и сокращенія числа инстанцій. Рядомъ съ этимъ, отправленіе гражданской юстиціи поставлено у насъ, какъ и во Франціи, менѣе чѣмъ прежде, въ зависимость отъ готовой наличности руководящихъ легальныхъ нормъ. Французскій Code, допуская значительную самостоятельность органовъ юстиціи по отношенію къ легальнымъ нормамъ, знаетъ, рядомъ съ этимъ, какъ поправку, какъ предупрежденіе опасности разъединенія практики и неизвѣстности права, особое средство внутри самой судебной организаціи въ кассаціонномъ учрежденіи, въ этой *cour régulatrice*, которая и имѣетъ назначеніемъ противодѣйствовать разобщенію юридическихъ нормъ въ ихъ практическомъ примѣненіи судами.

Мы приняли, рядомъ съ общими началами судебной организаціи и основами гражданского процесса, и этотъ элементъ строенія французской юстиціи. Но разница состоянія матеріальнаго права въ Россіи и во Франціи — великая. Франція имѣла и имѣетъ сильно развитую практическую гражданскую юриспруденцію въ прошлыхъ своихъ судьбахъ, Франція создала единый и чистогранный кодексъ для примѣненія во всемъ государствѣ. У насъ ни того, ни другого условія нѣтъ. Провозгласить особность

правоотношеній гражданскихъ отъ иныхъ и дѣйствительно раскрыть эту особенность во всѣхъ подробностяхъ системы гражданскихъ институтовъ—далеко не одно и то же. Въ подробностяхъ изученія этихъ институтовъ мы увидимъ, съ какими трудностями, не всегда только научнаго свойства, соединяется достиженіе этой цѣли. Если французской кассациі легко, въ указанныхъ условіяхъ, выполнять свою функцію, то русская кассационная практика находится въ этомъ отношеніи въ совершенно иномъ положеніи.

Наша кассационная практика, по мѣрѣ расширенія судебныхъ установленій на территоріи примѣненія разныхъ кодексовъ, будетъ достигать тѣхъ же цѣлей, какъ и во Франціи, но лишь въ границахъ дѣйствія того или другого кодекса, и съ этимъ вмѣстѣ, въ общемъ, по отношенію къ цѣлому русскому государству, цѣлей прямо противоположныхъ тѣмъ, какія достигаются во Франціи. Рядомъ съ самыми благопріятными внѣшними условіями развитія системы общихъ гражданскихъ институтовъ мы будемъ имѣть въ дѣйствительности обиліе партикуляризовъ, условленныхъ не столько существомъ гражданского права, сколько пестрой формулировкой юридическихъ нормъ, возникшихъ въ разное время, въ разныхъ условіяхъ, обиліемъ началъ привилегіи, имѣвшихъ въ свое время практическій смыслъ и удерживающихся нынѣ нерѣдко какъ совершенно дисгармоническій съ общими условіями быта остатокъ старины.

Не подлежитъ сомнѣнію, что значительная часть партикуляризовъ, привилегій, жалованій, льготъ, коими изобилуютъ въ особенности балтійскія губерніи, можетъ быть въ дальнѣйшемъ или устранена, или удержана и поставлена особо отъ общей системы права, исключительно актами той же законодательной власти, въ коей всѣ эти остатки старины до послѣдняго времени искали себѣ поддержки и утвержденія. Насколько предположенная въ 1881 году кодификація гражданского права приблизитъ насъ къ цѣли образованія системы гражданскихъ институтовъ общихъ для всей Россіи—это вопросъ будущаго.

Несомнѣнно, что никогда задачи русской юриспруденціи не стояли такъ высоко и такъ близко къ практикѣ, какъ въ наши дни, и весь вопросъ въ томъ только, какими средствами она выйдетъ изъ предстоящей для нея трудной проблемы.

I.

Мы видѣли выше, что уже при первыхъ попыткахъ привести въ извѣстность массу постоянно накапливающагося указнаго мате-

ріала русское правительство, въ самомъ началѣ XVIII вѣка, ищетъ содѣйствія *свѣдующихъ въ юриспруденціи* людей. Сначала эта потребность *извѣстности права не специализирована*. Законодатель хочетъ обезпечить извѣстность права во всѣхъ ея областяхъ. Задачи суда, управленія, разныхъ его отраслей, военной, финансовой, системы личныхъ повинностей и службъ, суда уголовного, гражданскаго, торговаго, до такой степени сплетены, что при этомъ нѣтъ возможности разобратся въ задачахъ, которыя имѣютъ выполнять люди, разумѣющіе „правъ искусство“, Со временемъ разныя сферы дѣятельности высшаго правительства обособляются въ достаточной степени, чтобъ можно было специализировать требованія. Въ учрежденіяхъ Императрицы Екатерины II выдѣлились особыя мѣста и лица, которыя вѣдаютъ дѣла суда гражданскаго. Въ эту же пору сознается необходимость имѣть *свою* *) постоянную школу юристовъ, въ которой обученіе происходило бы по-русски и *идѣ ученики привыкали бы не только науками пользоваться, но и достигали бы того, чтобъ другихъ обучать могли*. Таково въ особенности назначеніе академіи и московскаго университета. Въ наказѣ, данномъ генералъ-губернатору, Императрица предоставляетъ ему, въ случаяхъ затруднительныхъ и противорѣчивыхъ между самими законовѣдами, требовать мнѣнія университета, академіи наукъ и юриспрудентскаго класса кадетскаго корпуса. Это то же, что мы видѣли выше въ очеркѣ нѣмецкаго праворазвитія — *transmissio actorum, Actenversendung* (1-ое П. С. Зак. № 12741). Въ какой, однако, степени готовности въ эту пору находилась именно академія наукъ по части юриспруденціи, объ этомъ можно судить по указу Императрицы (№ 12746), которымъ она порицаетъ бездѣйствіе академіи, гдѣ состоятъ переводчики, получающіе жалованье и совершенно неспособные исправлять своихъ должностей, частью за старостью, частью за другими тѣлесными недостатками **).

Настоящая традиція русской юриспруденціи, и въ особенности гражданской, начинается много позже. Она тѣсно связана съ заботами гр. Сперанскаго объ организаціи правильнаго и постояннаго преподаванія въ нашихъ юридическихъ факультетахъ. Только съ этихъ поръ можно датировать постоянно раз-

*) Посланная за границу молодежь не всегда отвѣчала ожиданіямъ Петра Вел. и, переводя туда деньги, онъ сѣтуетъ, что они, *живя на волю, гуляютъ, а ученія принимаютъ мало* (№ 2292).

**) Единственный годный переводчикъ, привлеченъ сенатомъ къ переводу Эстляндскихъ правъ, начавшемуся за 98 лѣтъ до окончанія его въ 1864 году.

вивающійся интересъ къ знаніямъ юридическимъ и постоянную разработку національныхъ юридическихъ памятниковъ русскими юристами *). Впрочемъ, въ первое время обновленной жизни русскихъ университетовъ успѣхи русской науки права имѣли мало приложенія къ практической юстиціи. Университетскіе преподаватели и слушатели изучали римское право, знакомились съ цивилистической литературой запада, разрабатывая вопросы историко-юридическіе, а между тѣмъ практика судовъ, при томъ очень мало доступная публикѣ, шла своимъ путемъ неуклоннаго примѣненія однѣхъ статей закона, ревниво не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій. Можно сказать, что наука и школа работали въ ту пору въ интересахъ будущей русской юриспруденціи, безъ всякаго прямого отношенія къ вопросамъ дня.

Для того чтобъ дѣятельность цивилистовъ стала ближе къ практическимъ цѣлямъ юстиціи, необходимо было еще дальнѣйшее обособленіе задачъ и цѣлей гражданской юстиціи отъ другихъ отраслей права, долгое время тѣсно съ нею соприкасавшихся. Только въ условіяхъ такого обособленія стала возможною и у насъ продуктивная дѣятельность юриспруденціи, открылся путь для ея вліянія на практику судовъ. Какъ видно было выше, это составляетъ явленія послѣднихъ двухъ десятилѣтій русской юстиціи. Только въ наши дни для русскихъ судовъ закрытъ окончательно путь обращенія къ инстанціямъ законодательнымъ *ante sententiam*. Только теперь они обязаны знать не одни законы, въ коихъ выражено дѣйствующее право, но и самое право, хотя бы оно не нашло себѣ выраженія въ словѣ закона. Недостаточность Свода гражданскихъ законовъ (т. X ч. 1) признана самимъ законодателемъ въ указѣ 1881 года, коимъ учреждена новая кодификаціонная коммиссія для пересмотра дѣйствующаго гражданскаго законодательства **). Между тѣмъ судъ не можетъ ссылаться на эту недостаточность, непол-

*) Обзорѣніе хода преподаванія права въ русскихъ школахъ даетъ Неволлинъ въ Энцикл. законовѣд., т. 2, § 1029, и въ исторіи Русск. Гражд. закон., часть I, § 15. Подробныя свѣдѣнія по исторіи русскихъ университетовъ и объ учебной и ученой дѣятельности профессоровъ становятся обыкновенно достояніемъ публики въ годы юбилейныхъ торжествъ этихъ учреждений. Свѣдѣнія, которыя можно получать изъ издаваемыхъ въ этихъ случаяхъ книгъ, представляютъ живѣйшій интересъ для исторіи всего умственнаго движенія въ Россіи. Покуда изъ всѣхъ нашихъ университетовъ одинъ университетъ московскій (въ 55 году) пережилъ столѣтіе своего существованія.

**) Въ рядѣ Высоч. повелѣній отъ 12 и 26 мая и 3 ноября 1882 г. и 11 декабря 1884 г. на Редакціонную Коммиссію возложено: 1) составленіе проекта гражд. уложенія, устава объ опекахъ и попечительствахъ 3) положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимости (Вотчинный уставъ).

ноту, противорѣчіе, какъ на мотивъ отказа разсмотрѣть спорное дѣло. Еще менѣе, натурально, допустима отсрочка рѣшенія до изданія новаго уложенія, практиковавшаяся Вотчинной коллегіей въ прошломъ вѣкѣ (см. выше).

Гдѣ же средства у суда восполнять недостаточность, неполноту и т. д. дѣйствующихъ легальныхъ нормъ? Положеніе нашей юстиціи буквально сходится съ тѣмъ, въ которомъ мы находимъ цивильную юстицію въ Римѣ въ эпоху переходную отъ старой системы легальныхъ нормъ къ новому порядку защиты гражданскихъ интересовъ массы населенія, не знающаго вовсе системы цивильнаго права и не имѣющаго взамѣнъ ея никакой готовой системы общаго права. Между тѣмъ и тотъ судъ не въ правѣ былъ отказывать въ защитѣ отношеній юридическаго характера, которыя возникали въ условіяхъ новаго широкаго и свободнаго общенія интересовъ частныхъ лицъ. Вы знаете изъ историческихъ курсовъ по римскому праву, какими путями тамъ развивалась практика суда и область новыхъ правоотношеній пріобрѣтала всѣ свойства необходимой для права извѣстности въ обширныхъ кругахъ заинтересованныхъ лицъ. Явленіе такого же недостатка руководящихъ для суда нормъ повторяется въ подобныхъ условіяхъ не разъ и на ново-европейской почвѣ, когда потребность права общаго уже есть на лицо и есть на лицо органы, обязанные ограждать правоотношенія въ этихъ новыхъ широкихъ предѣлахъ, а соответствующихъ сему нормъ еще не образовалось. Мы дѣлали выше указанія на эти явленія. Вспомнимъ указанія на международное частное право, которое до такой степени не богато положеніями матеріальнаго права, и для примѣненія котораго, однако, современная наука и практика непрестанно стремятся изыскать постоянныя и неизмѣнныя опредѣляющія начала. Для насъ здѣсь любопытнѣе—ближе къ нашимъ практическимъ интересамъ—положеніе современнаго общаго права въ Германіи. Вы видѣли выше, что кругъ законовъ, обязательныхъ для примѣненія въ области дѣйствія общихъ имперскихъ судовъ, очень ограниченъ. Общегерманскій гражданскій кодексъ имѣетъ вступить въ силу лишь съ 1-го января 1900 г. Между тѣмъ, имперскій судъ въ Лейпцигѣ функціонируетъ. *Civilprozessordnung* 1877 года примѣняется въ виду всей наличной нестрогости неотмѣненныхъ кодексовъ и некодифицированныхъ системъ дѣйствующаго гражданского права. Размежевать строго имперскую компетенцію съ удержавшейся еще мѣстами компетенціей локальныхъ органовъ юстиціи, съ судами спеціальными,—легко только на бумагѣ, а не на дѣлѣ. При этомъ вопросы компетен-

ціи не представляют еще всей трудности, какую вынуждена одолевать нѣмецкая юстиція. Еще сложнѣе вопросъ о нормахъ. Какихъ только нормъ не приходится примѣнять имперскому суду въ своей практикѣ!—воскликаетъ одинъ изъ руководящихъ нѣмецкихъ цивилистовъ новаго времени. Задача приведенія въ извѣстность началъ общихъ, связующихъ разнообразіе многочисленныхъ территоріальныхъ цивильныхъ системъ, ничѣмъ не легче въ нынѣшней нѣмецкой практикѣ, чѣмъ она была въ практикѣ претора peregrinorumъ въ Римѣ. Разница только въ томъ, что тамъ это была проблема, въ первый разъ ставшая на очередь для разработки юристовъ. Здѣсь, въ новое время, мы разрѣшаемъ задачу по существу тождественную, но уже разъ разрѣшенную въ другихъ условіяхъ. Нѣмецкая юриспруденція, освоившись путемъ школы съ методами классическаго права, съ мастерствомъ юристовъ римскаго міра, медленно и усердно создающая въ ученой разработкѣ начала права германскаго общаго, оказалась достаточно вооруженной, чтобъ проходить этотъ трудный путь цивилистической практики общаго права безъ готоваго общаго кодекса въ виду безчисленныхъ партикуляризовъ. Работаютъ въ этихъ цѣляхъ не только суды, которыхъ дѣятельность обращена всегда къ конкретнымъ правоотношеніямъ. Работаетъ въ особенности литература, задачи которой шире, свободнѣе, хотя онѣ и не направлены къ разрѣшенію вопросовъ ежедневной практики. Успѣхъ и признаніе встрѣчаютъ въ наше время въ особенности тѣ ученые работы юристовъ по партикулярнымъ системамъ гражданскаго права, прусской, австрійской, виртембергской, саксонской и проч., которыя въ основу своихъ системъ кладутъ начала права гражданскаго общаго, римскаго и германскаго происхожденія. Въ массѣ случаевъ методъ повѣрки и расчета этихъ мѣстныхъ системъ съ общою приводитъ въ результатъ къ большому или меньшему объединенію розныхъ по первоначальной сферѣ примѣненія, иногда и по историческому происхожденію нормъ.

Задачи русской юстиціи во многомъ сходны, почти тождественны съ задачами юстиціи нѣмецкой. Наше право частное, дѣйствіемъ реформъ прошлаго царствованія, обособлено не только въ той же мѣрѣ, но отчасти даже въ болѣе, чѣмъ нѣмецкое, въ особенности въ области институтовъ имущественныхъ, отъ примѣси элементовъ нецивильныхъ. Это условіе крайне благопріятное для образованія началъ гражданскаго права общаго насчетъ партикуляризовъ, которые при этомъ у насъ, за исключеніемъ Остзейскаго края, далеко не носятъ характера до такой степени

коснаго, окаменѣлаго, какъ мѣстами въ Германіи, гдѣ и до сихъ поръ нерѣдко нельзя обособить элементъ цивильный даннаго отношенія отъ публичнаго, не разбивая насильственно всей конструкціи.

На зато ресурсы нашей юстиціи для достиженія цѣли практическаго примѣненія не однѣхъ статей X т., а на ряду съ этимъ и началъ права общаго, много скуднѣе, чѣмъ на западѣ.

Это не лежитъ упрекомъ ни на комъ лично. Это условлено краткостью, частью непостоянствомъ традицій нашей юридической школы, слабымъ вліяніемъ римскаго права, глубокими разрывами въ органическомъ процессѣ національной жизни, гдѣ часто самыя счастливыя зачатки цивильной системы не только не культивировались вовсе впослѣдствіи, но совершенно, такъ сказать, вытаптывались и, наконецъ, безслѣдно выходили изъ памяти позднѣйшихъ поколѣній.

Еще труднѣе задача науки общаго дѣйствующаго въ Россіи гражданскаго права. Дѣйствующій въ центральныхъ частяхъ территоріи X т. ч. I почти совершенно отрѣшенъ отъ обыкновенныхъ элементовъ цивильныхъ конструкцій другихъ кодексовъ. Изъ системъ, дѣйствующихъ на окраинахъ государства, кодексъ польскій настолько же становился (до послѣдняго времени) менѣе извѣстнымъ въ кругахъ русскихъ юристовъ оттого, что онъ сталъ польскимъ, насколько языкъ польскій менѣе распространенъ въ Россіи, чѣмъ французскій. Остзейскій слишкомъ юнъ по происхожденію и слишкомъ старъ по составу, чтобъ въ этомъ своемъ любопытномъ образѣ вызвать энергію русскихъ или нѣмецкихъ ученыхъ къ обработкѣ его въ удобный для общаго академическаго изученія видъ. Къ тому же весь онъ созданъ вовсе не для того, чтобъ подвинуть задачи развитія общаго русскаго права, а скорѣе, чтобъ отсрочить ихъ. Элементы, изъ коихъ онъ сложился, суть всѣ хорошо извѣстныя въ наукѣ права и притомъ въ значительной части давно отжившіе на западѣ. Разработка элементовъ права обычнаго русскаго, со всѣми его подраздѣленіями, инородческаго, мѣстнаго для отдѣльныхъ областей — начинаетъ серьезно занимать мысль юристовъ лишь съ самаго недавняго времени и не представляетъ собою не только ничего оконченнаго, но нерѣдко много сомнительнаго, для того чтобъ въ этомъ видѣ она могла послужить надежнымъ средствомъ обогащенія нашей общей цивильной системы.

Въ этихъ условіяхъ ожиданіе успѣшной кодификаціи общаго

русского гражданского права *), возбужденное, повидимому, у насъ кодификаціонными задачами, поставленными на очередь въ Германіи въ послѣднее время, едва ли скоро оправдается.

Призваніе науки русского гражданского права, однако, не можетъ быть ни въ какомъ случаѣ поставлено ниже опредѣлившейся практически потребности раскрытія нормъ общаго гражданского права въ Россіи. Мы видѣли выше, что повсюду на западѣ отвѣтомъ на эту потребность служила рецепція римскаго права, прошедшая широкимъ потокомъ по всѣмъ политически разнымъ территоріямъ запада. Движеніе этого потока остановилось тамъ, гдѣ не было постоянныхъ органовъ, способныхъ воспользоваться его, такъ сказать, даровой для новой юриспруденціи силой, гдѣ не было школъ, гдѣ не образовалось условій рецепціи, не опредѣлилась потребность обособленія гражданского права отъ нецивильныхъ примѣсей, гдѣ не нужно было права общаго... Въ измѣнившихся нынѣ условіяхъ нашего юридическаго быта мы поставлены въ необходимость разрѣшать тѣ же трудныя задачи, которыя въ свое время одолѣвали одна за другой юриспруденціи итальянская, французская, нѣмецкая. Какія практическія средства способны насъ приблизить къ цѣли? Думаемъ, что сомнѣній не можетъ быть. Это долженъ быть тотъ же трудъ, то же умственное движеніе въ кругахъ русскихъ юристовъ, которое привело юристовъ западныхъ къ разработкѣ ихъ системъ, къ обособленію у нихъ институтовъ чисто-приватнаго типа, къ расширенію сферы общаго права у нихъ.

Будетъ ли насъ смущать отдаленность цѣли, незначительность выполненныхъ нашей литературой трудовъ въ сравненіи съ заслугами другихъ націй?..

*) Трудно съ достовѣрностью сказать—въ чемъ именно заключается точнымъ образомъ ея задача; есть ли это выработка проекта общаго права или цѣль болѣе узкая. Покуда, до 89 г., коммиссія носила больше характеръ издательскій, чѣмъ кодификаціонный. Сверхъ указан. выше изданій, съ ея содѣйствіемъ изданы теперь еще нѣкоторые переводы и сочиненія, о коихъ позже, въ курсѣ. 1-е дек. 94 г., г. предсѣдатель Выс. учрежденной редакціонной коммиссіи публиковалъ во всеобщее свѣдѣніе, что, во исполненіе Высоч. воли, коммиссіей составлены проекты правилъ для перехода отъ запретительной къ ипотечной системѣ, которые и утверждены засимъ надлежащими властями, и что, затѣмъ, составлены: 1) проектъ уст. объ опекахъ и попечительствахъ съ объяснит. запиской (1 т.); 2) проектъ вотч. устава съ объяснит. записк. (2 т.), 3) проектъ правилъ объ обезпеченіи договоровъ... недвижимымъ имѣніемъ; 4) проектъ положенія о взысканіяхъ съ недвижимыхъ имуществъ съ объяснит. записк. По гражданскому уложенію изготовлены проекты: 1) общей части (296 ст.), 2) семейнаго права (415 ст.), 3) вотчиннаго права (251 ст.), 4) наслѣдств. права (181 ст.), 5) обязательственнаго права (около 800 ст.). Подлежатъ составленію проекты: 1) о правѣ собственности, 2) о разныхъ родахъ собственности, 3) о пожизненномъ и срочномъ владѣніи, 4) о правѣ авторскомъ и о правѣ на изобрѣтенія, 5) объ особыхъ порядкахъ наслѣдованія, 6) объ акціонерн. товариществѣ и объ артеляхъ.

Мы отвѣтимъ на эти сомнѣнія прекраснымъ уподобленіемъ, къ которому прибѣгаетъ Савиньи въ одномъ трактатѣ. Живетъ сказаніе въ нѣкоторой древней обители объ иконѣ, хранящейся тамъ. Икона та выше самаго высокаго человѣка, подходящаго къ ней, всего на одну ладонь. Но чудесное свойство иконы въ томъ, что кто бы ни приближался къ ней, великій или малый, она все остается выше приблизившагося на ту же ладонь...

Говоря о вліяніи римскаго права на дальнѣйшую разработку нашихъ цивильныхъ институтовъ, мы не разумѣемъ вовсе какого либо опредѣленнаго процесса рецепціи, который при этомъ носилъ и на западѣ столь различный характеръ въ разныхъ государствахъ и въ разное время.

Задача наша ограничена цѣлями только научными. И въ этомъ смыслѣ мы не найдемъ болѣе удобнаго способа выполненія ея, какъ тотъ же, какому слѣдуютъ наука гражданскаго права и цивилистическая школа на западѣ. Чтобы достигнуть извѣстности дѣйствующей у насъ системы гражданскихъ институтовъ, намъ нельзя полагать въ основу ея одни только начала, выраженные въ дѣйствующемъ сводѣ законовъ. Самое простое сопоставленіе его статей съ задачами, которыя приходится разрѣшать нашей практикѣ, убѣдитъ насъ въ томъ, что современная жизнь русскаго общества требуетъ отвѣта на вопросы, которые вовсе въ немъ не разработаны. Мы будемъ имѣть случай много разъ убѣдиться въ этомъ въ дальнѣйшемъ изложеніи нашихъ ученій. Намъ необходимо разрабатывать наши цивильныя ученія въ виду тѣхъ же общихъ началъ римскаго права, которыя легли въ основу разработки гражданскаго права на западѣ. Принимая эту основу, мы не думаемъ допускать обязательной силы какихъ бы то ни было положительныхъ опредѣленій юстиніановскаго кодекса. Ни одна римская конструкція не можетъ быть принята нами безъ повѣрки ея примѣнимости въ новыхъ условіяхъ, въ условіяхъ современнаго праворазвитія. Тѣ положенія и начала, которыя ясно выражены въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ, явятся для насъ необходимымъ видоизмѣненіемъ въ принятой нами основѣ. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ не отдѣльныя положенія позитивнаго характера, а теоретическія конструкціи нашего свода окажутся ошибочными, ложными, недостаточными, мы отвергнемъ ихъ, замѣнимъ, восполнимъ соотвѣтственно методамъ хорошо развитыхъ, современныхъ цивильныхъ системъ, поставимъ ихъ въ болѣе прямое и близкое отношеніе къ практическимъ цѣлямъ юстиціи. Сверхъ того, и тамъ, гдѣ это возможно, мы будемъ, на основаніи историческихъ данныхъ русскаго гражданскаго

права, вводить въ наши ученія и его элементы, хотя бы не вошедшіе въ дѣйствующій сводъ, совершенно такъ, какъ вводятъ въ современныя практическія системы западные учителя институты такъ называемаго общаго германскаго права, которые оказываются нерѣдко вовсе не исключительно германскими, а на столько же и русскими.

Въ этомъ будетъ состоять задача нашего курса и только этимъ путемъ мы приблизимся къ цѣли—извѣстности общей гражданской системы, имѣющей въ настоящее время дѣйствительное приложеніе въ Россіи. Сопоставленія постоянныхъ основъ ея съ отдѣльными положеніями мѣстныхъ нашихъ кодексовъ мы будемъ избѣгать во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ возможно замѣнить ихъ прямыми указаніями на право римское и на начала общаго права германскаго.

Что касается назначенія университетскихъ чтеній вообще, также какъ и самихъ университетовъ, то вы уже видѣли, какъ смотрѣла на этотъ вопросъ императрица Екатерина въ указанномъ выше (стр. 216) законоположеніи. Только при условіи такого взгляда возможно образованіе преемства, необходимаго для достиженія высокихъ цѣлей дѣйствительнаго вліянія науки гражданскаго права на практическую юстицію. Савиньи, выражая приблизительно ту же мысль, опредѣляетъ назначеніе университетскихъ курсовъ въ слѣдующихъ словахъ: *„они должны дать идею науки господство въ средѣ слушателей и вызвать въ нихъ способность самостоятельнаго творчества“*.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

OF THE ACTS

§ 8.

Общее русское гражданское право.—Содержаніе общей части.—Ученіе о нормахъ.—Систематика юридическихъ явленій.

Задачу этого курса составляетъ систематическое изложеніе дѣйствующаго русскаго гражданскаго права, какимъ оно является въ наше время въ положеніяхъ нашего законодательства и въ практикѣ нашихъ судовъ. Пестрота и разнообразіе дѣйствующихъ на территоріи русскаго государства нормъ гражданскаго права различнаго историческаго происхожденія настолько значительны, что исчерпывающее изложеніе этихъ партикуляризовъ не можетъ составить содержанія одного систематическаго курса. Мы въ этомъ отношеніи въ настоящее время находимся въ условіяхъ, близкихъ къ состоянію гражданскаго права въ Германіи, гдѣ удерживается еще масса партикуляризовъ, несмотря на предстоящее введеніе общаго гражданскаго кодекса.

Въ нашихъ научныхъ и академическихъ задачахъ мы не можемъ не считаться *съ тѣмъ же стремленіемъ къ общему праву*. У насъ оно составляетъ не дѣло какой либо политической партіи, какимъ было долгое время въ Германіи, а настоящую практическую задачу русскаго законодательства, давно намѣченную и совершенно опредѣлившуюся при составленіи свода законовъ въ царствованіе Императора Николая. Отчасти, въ области процессуальныхъ нормъ оно теперь уже достигнуто. Примѣненіе началъ, положенныхъ въ основу Уставовъ гражданскаго судопроизводства 20 ноября 1864 года, къ территоріямъ различныхъ партикулярныхъ кодексовъ, составляетъ только вопросъ времени и удобствъ. Наряду съ этими уставами происходитъ постоянное измѣненіе и самыхъ нормъ гражданскаго права, его институтовъ, на всей территоріи русскаго государства въ духѣ обособленія его началъ отъ примѣсей нецивильнаго свойства.

Это движеніе идетъ не со стороны, содѣйствіемъ какого либо энергическаго органа партикуляристскихъ цѣлей, каковымъ служить нынѣ Пруссія, поощряющая образованіе общаго гражданскаго кодекса въ Германіи по расчетамъ главнымъ образомъ политическимъ. Это движеніе русскаго законодательства есть органическое, условленное общими національными цѣлями, исторически опредѣлившееся, а не случайное.

Посему, принимая за основу изученія именно русское дѣйствующее гражданское право и оставляя въ сторонѣ остзейскіе и иные партикуляризмы, мы изучаемъ не русское только право, какъ особое, тоже какъ бы партикулярное („постороннее“ для какихъ либо частей имперіи, по выраженію мѣстн. св. для губ. остз.), а *русское право, какъ систему права общаго* для имперіи.

Въ составѣ собственно русскихъ легальныхъ нормъ, въ дѣйствующемъ общемъ сводѣ, мы найдемъ, наряду съ началами общаго гражданскаго права, институты совершенно партикулярнаго характера, ограниченные въ своемъ примѣненіи коренными русскими областями, каково, напр., общинное землевладѣніе. Это будетъ особенность имущественныхъ институтовъ русскихъ съ характеромъ исторически-исключительнымъ. Такихъ исключительныхъ институтовъ найдется не мало въ составѣ русскаго законодательства, какъ и въ составѣ несравненно болѣе развитыхъ европейскихъ кодексовъ, что не мѣшаетъ имъ, въ другихъ своихъ частяхъ, носить характеръ кодексовъ общаго права.

По времени и условіямъ, въ коихъ возникъ нашъ дѣйствующій сводъ зак. и X т. ч. 1 въ особенности, онъ далеко не изобилуетъ содержаніемъ нормъ общаго характера. Но съ того времени само законодательство и практика примѣненія его нормъ до такой степени измѣнились, расширились *и приобрѣли характеръ общности*, что ограничивать нашу задачу изученіемъ текстовъ X т., полагая, что тутъ именно и скрыто все дѣйствующее русское гражданское право, было бы вполне ошибочнымъ. Убѣдиться въ этомъ будетъ не трудно на любомъ вопросѣ системы дѣйствующихъ институтовъ русскаго гражданскаго права. Натурально, тамъ, гдѣ дѣйствующее гражданское законодательство ни въ составѣ свода, ни въ опредѣлившейся практикѣ нашихъ судовъ не удовлетворяетъ понятію и требованію института общаго права, мы должны будемъ въ курсѣ отмѣчать особенно это отступленіе и изображать, въ видѣ образца, *строеніе такого института такъ, какъ онъ выработанъ другими законодательствами или сталъ достояніемъ науки и практики независимо отъ прямого воздѣйствія законодательнаго авторитета.*

Вотъ признаки, коими мы ближайшимъ образомъ опредѣляемъ задачу курса русскаго гражданскаго права.

Само собою разумѣется, что повсюду, гдѣ это возможно, изложеніе дѣйствующихъ современныхъ нормъ русскаго гражданскаго права мы будемъ связывать съ извѣстными началами римской цивильной системы, отмѣчая въ главнѣйшихъ пунктахъ отступленія современныхъ системъ отъ ея основоположеній. Это тотъ путь, который откроетъ намъ возможность идти, въ нашемъ курсѣ, рука объ руку съ успѣхами работъ западныхъ цивилистовъ, способныхъ часто восполнять недостатокъ развитія русской цивилистической литературы.

Выдѣляя изъ системы изложенія отдѣльныхъ цивильныхъ институтовъ *общую часть* или общія ученія, мы слѣдуемъ образцамъ, принятымъ далеко не въ однѣхъ юридическихъ наукахъ, но въ послѣднихъ очень нынѣ распространеннымъ. Въ каждомъ отдѣльномъ институтѣ гражданскаго права такъ много элементовъ общихъ для нихъ всѣхъ, что предварительное ознакомленіе съ этими общими элементами любой цивилистической конструкціи во многомъ очень упрощаетъ послѣдующее знакомство съ каждымъ институтомъ въ особенности. Этому приему выдѣленія общей части слѣдуютъ не только ученые систематики, но и кодификаторы дѣйствующихъ системъ, особенно позднѣйшія, какъ напр. саксонскаго кодекса и нѣмецкаго гражданскаго Уложенія 96 г.

Въ западныхъ системахъ и кодексахъ въ составъ общей части гражданскаго права вводятъ нерѣдко и общія ученія о юридическихъ нормахъ. Это объясняется тѣмъ, что тамъ институты права частнаго кладутся въ основу всей системы юридическихъ конструкцій. Такъ, напр., въ прусскомъ ландрехтѣ. Въ массѣ нѣмецкихъ системъ (Савиньи) и учебниковъ (кромѣ Arndts'a) гражданскаго права мы видимъ широко развитыми общія ученія о нормахъ.

Нашъ X т. ч. I Свода, Законы гражданскіе, согласно воззрѣніямъ нашихъ кодификаторовъ, вполне отвѣчавшимъ общему состоянію права въ ту пору, не послужилъ основой для всего кодификаціоннаго плана, какъ прусскій ландрехтъ, и самъ занялъ далеко не первостепенное мѣсто въ составѣ цѣлаго свода, среди законовъ о состояніяхъ и уставовъ государственнаго благоустройства и благочинія. Въ связи съ этимъ понятно, что никакія общія положенія не только о нормахъ, но и о лицахъ, вещахъ, дѣйствіяхъ, волеизъявленіяхъ, не были въ немъ выработаны такъ, какъ ихъ вырабатываютъ западныя системы. Если мы находимъ въ составѣ стараго Свода общія положенія о нормахъ, зако-

нахъ,—общихъ и мѣстныхъ,—о порядкѣ ихъ составленія, храненія, обнародованія, о дѣйствиі законовъ въ отношеніи мѣста, времени, лицъ, объ исполненіи, толкованіи, отмѣнѣ законовъ и о примѣненіи законовъ иностранныхъ, такъ же какъ объ обычаяхъ и обязательныхъ постановленіяхъ (см. Сборн. Гожева и Цвѣткова *), стр. 1—30), то всѣ эти положенія возникли вовсе не въ виду гражданскихъ законовъ въ особенности. Для характеристики этихъ ученій въ составѣ стараго Свода мы возьмемъ слѣдующія положенія. Судебное мѣсто (прежняго устройства) не можетъ рѣшить дѣла, если нѣтъ на оное яснаго закона; въ семъ случаѣ судебныя мѣста обязаны представлять губернскому начальству, которое, сдѣлавъ предварительно въ общемъ собраніи губернскаго правленія и палатъ совѣщаніе, доносить о томъ Правительствующему Сенату (Цв. 71). Составъ присутствія, который указанъ тамъ же, (губ. прокуроръ, начальн. губерніи, предсѣд. казен. палаты, управл. госуд. имущ.), свидѣлствуетъ о томъ, какія заботы тревожили законодателя въ вопросѣ о руководящихъ для суда нормахъ. Судебныя рѣшенія дѣлъ частныхъ, хотя могутъ быть приводимы въ поясненіе въ докладахъ, но не могутъ быть признаваемы законами общими, для всѣхъ обязательными, ниже служить основаніемъ окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ (Зак. Осн. ст. 69, Цв. 81). Насколько инымъ духомъ проникнуто отношеніе закона къ суду въ Уставахъ 20 ноября 1864 г., можно судить по ст. 9 и 10 Уст. гражд. суд. Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ (ст. 65 Зак. Осн.—всѣ безъ изъятія мѣста должны утверждать свои опредѣленія на точныхъ словахъ закона), а въ случаѣ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ. Воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты и проч. подъ угрозой наказанія (ст. 10). По ст. 815 уст. гражд. суд. всѣ рѣшенія и опредѣленія кассационнаго департамента сената, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ. По ст. 813 уст. гражд. суд. судъ, въ который обращаются дѣла для новыхъ рѣшеній, обязанъ, въ изъясненіи точнаго разума закона, подчиняться сужденію Прав. Сената.

Таковы старыя и новыя положенія о нормахъ, старыя—идущія впереди всего дѣйствующаго свода, составляющія основ-

*) Въ дальнѣйшемъ будемъ цитировать Цв.

ной законъ, и новыя — предпосланныя уставамъ судопроизводства, получившія примѣненіе въ условіяхъ новаго быта.

Мы увидимъ далѣе, что не одни эти положенія составляютъ обыкновенно содержаніе вводныхъ законоположеній и общихъ ученій о нормахъ.

Но, далѣе... Существуютъ-ли въ составѣ нашего X т. ч. 1, въ строеніи этой гражданской системы, тѣ общія положенія о лицахъ, вещахъ, дѣйствіяхъ, волеизъявленіяхъ, какія мы находимъ въ новыхъ кодексахъ, и которыя составляютъ нынѣ обыкновенно содержаніе общей части гражд. права? Мы находимъ тамъ и сямъ разсѣянными статьи о вещахъ, о волеизъявленіи, о лицахъ, могущихъ пріобрѣтать имущество; но надо знать, въ какой степени скудны эти опредѣленія, сравнительно съ положеніями западныхъ кодексовъ, для теперешняго примѣненія ихъ въ нашей судебной практикѣ по гражданскимъ дѣламъ.

X т. ч. 1 и въ старомъ и въ теперешнемъ составѣ не знаетъ вовсе сколько-нибудь развитого общаго ученія о лицѣ, какъ субъектѣ гражданскихъ правоотношеній вообще. Если въ составѣ свода можно найти положенія соотвѣтствующаго содержанія, то мѣсто ихъ въ т. IX, въ закон. о состояніяхъ. Не лицу вообще, а извѣстному состоянію лица, притомъ не нормой гражданской, а жалованьемъ, льготой, привилегіей гарантировались права личныя и по имуществамъ въ системѣ стараго русскаго законнаго строя. Слѣды этого строя удерживаются и нынѣ въ статьяхъ IX т., неизмѣнно перепечатаваемыхъ въ нов. изд. старыхъ законныхъ книгъ.

Съ тѣхъ поръ какъ элементы общихъ гражданскихъ конструкцій стали прилежно разрабатываться учеными, преимущественно нѣмецкими, въ нашемъ столѣтіи, объемъ общей части быстро возрасталъ въ теоретическихъ трактатахъ, съ системахъ, въ учебникахъ, и нынѣ ей отводятъ очень видное мѣсто въ общемъ порядкѣ изложенія гражданскихъ правъ. У Савиньи, въ его *System des heutigen römischen Rechts*, общая часть (для особенной у этого писателя мы имѣемъ только неоконченное обязательственное право) занимаетъ 8 томовъ. Изъ новыхъ учебниковъ у Виндшейда общая часть составляетъ половину 1-го тома его *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Германистъ Otto Stobbe посвящаетъ весь первый томъ своей *Handbuch des deutschen Privatrechts* введению и общимъ ученіямъ о юридическихъ отношеніяхъ.

Въ проектахъ новыхъ кодексовъ не только нѣмецкаго, но и французскаго типа, содержаніе общей части значительно больше развивается, чѣмъ въ старыхъ. Я укажу въ особенности на

Avantprojet de révision du Code civil, написанный именитымъ бельгійскимъ ученымъ F. Laurent (недавно скончавшимся), о чемъ въ подробности въ Юридической Библиографіи, издаваемой (не продолжается) Юрид. Фак. С.-Петербург. унив., т. I, стр. 35 и 118 (№№ 26 и 57).

Ученіе о нормахъ, за исключеніемъ сдѣланныхъ здѣсь замѣтокъ, не составитъ въ этомъ курсѣ предмета особой обработки. Въ этомъ пунктѣ мы отступаемъ отъ образца нѣкоторыхъ западныхъ, особенно нѣмецкихъ цивилистовъ, и слѣдуемъ примѣру другихъ (особ. Arndts, Lehrbuch d. Pandekten, 11-е изд.). Мы не думаемъ, что ученіе о нормахъ не должно было бы входить въ курсъ гражданского права. Но, согласно порядку преподаванія, принятому въ нашихъ факультетахъ, многія части этого ученія излагаются съ достаточной полнотой въ другихъ курсахъ, въ курсѣ энциклопедіи, римскаго права, права государственнаго и международнаго *).

Мы остановимся въ дальнѣйшемъ на одномъ вопросѣ, касающемся строенія и нормъ юридическихъ, и правъ въ субъективномъ смыслѣ, на вопросъ систематизаціи юридическихъ явленій. Это вопросъ очень важный вообще и имѣющій специфическій интересъ для нашего гражданского права въ виду неполноты его содержанія. Сейчасъ было указано, что, за недостаткомъ прямого указанія закона, юристъ обращается къ общему смыслу закона, къ духу, къ разуму законодательства, какъ къ средству толкованія. Какой точнѣйшій смыслъ этихъ указаній законодателя для юриста? Отъ цѣлаго мы должны дѣлать заключеніе къ частямъ. Какія же это части, и что такое это цѣлое, отъ котораго мы должны дѣлать наши заключенія? Вопросъ явно идетъ о системѣ права. Это систематическій приѣмъ толкованія, могущій имѣть въ особыхъ условіяхъ даннаго праворазвитія самое серьезное значеніе для юриста.

Изъ чего же и какъ слагается система гражданского права?

Современные цивилисты-систематики въ своихъ построеніяхъ обыкновенно стремятся установить предварительно такое, способное опредѣлять юридическія явленія, понятіе, которое вытекало бы прямо изъ жизненнаго свойства этихъ явленій и дало

*) Для ученія объ источникахъ права вообще и въ Россіи въ особенности см. только что появившіяся лекціи по общей теоріи права Н. М. Коркунова. Ученіе о толкованіи юридическихъ нормъ въ особенности въ курсахъ римскаго права. Ученіе о столкновеніи юридическихъ нормъ въ особенности въ курсѣ частнаго международнаго права. Вообще эти ученія и въ особенности послѣднее въ неоконченныхъ курсахъ гражданского права проф. Малышева и Цитовича.

бы удобную исходную точку и вмѣстѣ техническій терминъ для послѣдующихъ систематическихъ построеній. Въ латинской терминологіи мы встрѣчаемъ слово *jus*, которое имѣетъ, однако, далеко не одно постоянное техническое значеніе и подъ которымъ разумѣютъ одинаково и нормы, регулирующія отношенія людей между собой, и власть, предоставляемую этими нормами лицу, субъекту права (*jus civile*, *jus gentium*, а также *jus mihi esse utendi, fruendi, eundi, agendi*, Гай, IV, 3; слово это имѣетъ не эти только два смысла—объективной нормы и субъективнаго притязанія, а еще иные въ разнообразныхъ его сочетаніяхъ и нюансахъ). Такимъ образомъ, для права въ объективномъ смыслѣ (*norma agendi*) и для права въ субъективномъ смыслѣ (*facultas agendi*) служить одинъ и тотъ же терминъ. Имѣя передъ собой необъятной трудности проблему согласованія началъ римской гражданской системы съ условіями нашего быта, новая юриспруденція ищетъ такихъ посредствующихъ между жизненными процессами и нормами права понятій, въ коихъ выразился бы сколько можно полнѣе органическій, жизненный характеръ юридическихъ явленій, свободно образующихся въ любыхъ условіяхъ и не теряющихъ вмѣстѣ съ этимъ свойствъ понятій юридическихъ.

Начиная съ Савиньи, новая юриспруденція все болѣе и болѣе осваивается съ терминомъ *юридическое отношеніе*. Въ послѣднее время этотъ терминъ входитъ въ языкъ легальныхъ сборниковъ *) и въ практику судовъ и сдѣлокъ. Что же подъ этимъ разумѣютъ и въ чемъ удобства этого термина? Въ римской терминологіи соотвѣтствующаго термина нѣтъ. Можно ли безъ него обойтись или лучше его принять? Есть писатели, и въ числѣ ихъ важнѣйшимъ былъ Пухта, которые думаютъ, что для исчерпывающаго изложенія цѣлаго юридическаго быта достаточно оперировать посредствомъ понятія субъективнаго права. Все наличное состояніе права даннаго общества можетъ быть мыслимо какъ совокупность *правъ, полномочій*, предоставленныхъ юридическими нормами отдѣльнымъ лицамъ. Для того чтобы безчисленные явленія такихъ правъ не представляли для нашей мысли простого механическаго конгломерата, мы отыскиваемъ объектъ, къ которому приражаются эти права, и, различая самыя права *по различію объектовъ*, получаемъ категоріи субъективныхъ правъ, способныя дать основу системѣ.

*) Сакс. гражд. улож. § 18 (у насъ *Rechtsverhältniss* передано правоотношеніе). Въ нов. Entwurf'ѣ *Rechtsverhältnisse* особ. въ системѣ семейн. институтовъ, также *Schuldverhältnisse*. Для терминовъ специальныхъ см. только что появившійся *Sachregister* къ Entwurf'у.

Гражданская система Пухты ближе становится так. образомъ системой субъективныхъ правъ, распадающихся, по принятой имъ основѣ классификаціи (объектъ права), на пять категорій: 1) права на собственную личность, 2) на вещи, 3) на дѣйствія, 4) на чужую личность, 5) на перешедшую на насъ личность другого (наслѣдство). Довольно близкое и задолго предшествовавшее этому теоретическому построению системы практическое осуществленіе ея началъ мы имѣемъ въ прусскомъ ландрехтѣ. Мы характеризовали ее выше. Она даетъ удобное для механическаго примѣненія сопоставленіе нормъ, ограждающихъ субъективныя права, въ коемъ легко найтись судѣ, какъ аптекарю въ его фармакопее *).

Всматриваясь ближе въ эту систему, мы видимъ, что въ ней разорвано все, что въ жизни представляется цѣльнымъ, отношенія союза семейнаго, формъ наслѣдованія, обладанія вещами, обязательственныя отношенія лицъ. Это скорѣе складъ юридической аммуниціи, чѣмъ система нормъ, органически возникшихъ изъ отношеній жизненнаго характера. Не объектъ права (дѣйствіе, деньги, вещь) характеризуетъ жизненное отношеніе, изъ коего вытекло право лица, а наоборотъ, самое это право лица окрашивается такъ или иначе, смотря по свойству отношенія, изъ коего оно возникло. Недостатки этого приѣма систематизаціи, какъ для научныхъ цѣлей, такъ и для жизненнаго разумѣнія практическихъ проблемъ юриспруденціи, давно были замѣчены Савиньи, и мысли, выраженные имъ въ его *System des heut. römisch. Rechts*, не утратили своего значенія, быть можетъ, даже выигрываютъ, въ виду современной путаницы понятій **), въ своемъ достоинствѣ и полезности для юриспруденціи.

*) Вполнѣ выдержать этотъ механическій приѣмъ нельзя ни въ какой живой системѣ права, и онъ только въ большей или меньшей степени характеризуетъ кодификатора. Пухта *Pandekten* § 29. См. еще Гирке *Deutsch. Pr. R.* § 29, II.

**) Для ученія Савиньи см. *System*, т. I, §§ 4 и 5. Для послѣдующихъ контрверзъ *Sintenis* въ *Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc.* 19 Band, 3 Heft, за 1844 г. Позже *Neuner—Wesen u. Arten der Rechtsverhältnisse*. Теперь масса попытокъ въ учебникахъ (см. Виндшейдъ, также съ поправкой ученія предшествовавшихъ писателей, §§ 37 и 37a и примѣч.), монографическихъ работахъ и статьяхъ. Общее обзорѣніе у *Bierling's zur Revision d. Grundbegriffe* и т. д. Любопытенъ *Leonhard*, сопоставляющій современныя конструкціи съ римскими началами системы, у *Grünhut'a*, *Zeitschr.* за 80 г.; *A. Wach*, *Handbuch d. deutsch. Civilprocess*, § 4, о чемъ подробн. въ этой дисциплинѣ (здѣсь *Rechtsverhältniss—rechtliche Beziehung*). Общее движеніе въ сферѣ абстрактныхъ проблемъ современной нѣмецкой юридич. литературы вызываетъ у Эмиля Кунде такія размышленія: *Diese neuere Richtung hat aus der alten Begriffswelt ein Ruinenfeld gemacht; eine üppige Schlingpflanzenwelt wuchert zwischen den durcheinander geworfenen Fragmenten hervor...* Кунде предостерегаетъ (въ особенности по вопросу объ обязательствахъ) gegenüber den zahllosen Begriffsneuerungen der letzten Dezennien vorsichtig zu sein. Wer sich auf sie einlässt,

Савиньи не кладетъ въ основу построения системы юридическихъ явленій понятія субъективнаго права, ибо субъективное право составляетъ лишь одну сторону другого, болѣе близкаго къ жизни и болѣе сложнаго явленія юридическаго быта. Это другое явленіе составляетъ не простое притязаніе лица къ лицу, а извѣстное *отношеніе между ними, имѣющее юридическій характеръ* и служащее органической основой для права въ субъективномъ смыслѣ, для притязаній одностороннихъ или взаимныхъ этихъ лицъ другъ къ другу. Для разрѣшенія какого-либо юридическаго казуса недостаточно знать норму и притязаніе одного лица къ другому, основанное на этой нормѣ. Для дѣятельности судьи, когда онъ разрѣшаетъ спорный вопросъ, необходимо живое воссозданіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ юридическаго отношенія, изъ котораго возникло данное притязаніе *). Только тогда возможно правильное рѣшеніе отдѣльно взятаго спорнаго вопроса, какъ актъ свободной умственной дѣятельности судьи. Иначе это будетъ обманчивый механический приемъ.

Если въ основу систематическихъ построений мы кладемъ живое явленіе, а не одну его сторону, то не будетъ никакой надобности классифицировать права по ихъ объектамъ, какъ это дѣлаетъ Пухта. Не по различію правъ и ихъ предметовъ группируются юридическія отношенія въ естественныя для нихъ живыя сочетанія, а наоборотъ, различіемъ юридическихъ отношеній и ихъ содержанія опредѣляется разнообразіе правъ лицъ. Въ процессѣ ихъ возникновенія мы видимъ, что раньше возникаютъ

wird in ein faltenreiches Netz verwickelt; entinnen ist schwer, die Arbeit ist endlos... Nichts steht mehr fest, auch die bewährten termini technici nicht; jeder der neuen Himmelstürmer kommt mit dem Rüstzeug seiner individueller Terminologie. Alle kämpfen gegen Alle, und es giebt eine Handgemenge ohne jegliche Mensur. (Die Obligationen im röm. u. heut. Recht. I. E. Kuntze. Leipzig. 1886). Въ Журналѣ Мин. Нар. Пр. за 94 г. помѣщена статья г. Курдиновскаго по поводу сочин. Putschard'a (проф. Инсбрукск. унив.)—Die moderne Theorie des Priv. rechts und ihre grundbegriff. Mängel, гдѣ авторъ послѣ изложенія построений Пунчарца, даетъ освѣщеніе взглядамъ гр. Сперанскаго на тѣ же проблемы юриспруденціи. Теперь у насъ въ Журн. Мин. Юст. 97 г., апрѣль и май, статья Д. Д. Грима. См. еще Регельсбергеръ Pandecten, т. I, § 13. Послѣдній не сводитъ всѣхъ типовъ юрид. отнош. къ лицамъ, какъ Савиньи и друг. (см. тамъ же, прим. 3), а различаетъ особую *категорію* юрид. отнош. вещныхъ (dingliche); но это особый вопросъ, съ коимъ мы встрѣтимся ниже.

*) Эта мысль освѣщена у Савиньи примѣромъ, взятымъ изъ L. 38 D. de cond. indeb. XII, 6 (Frater a fratre): два брата состоятъ подѣломъ отцовской властью. Одинъ даетъ другому займы. Должникъ уплачиваетъ долгъ брату по смерти отца. Можетъ ли уплатившій потребовать обратно, какъ недолжную, уплату, сдѣланную по ошибкѣ? Судья долженъ рѣшить, имѣетъ ли здѣсь мѣсто *condictio indebiti*. Чтобъ отвѣтить на вопросъ, судѣ необходимо воссоздать цѣльное юридическое отношеніе. Его элементы такіе: отцовская власть надъ обоими, заемъ одного у другого, отдѣльное имущество (*resulium*), данное отцомъ должнику. Это сложное отношеніе развивается поступательно смертью отца. наслѣдованіемъ ему, уплатой занятой суммы.

тѣ или другія юридическія отношенія, а въ виду ихъ тѣ или другія права лицъ. Отношенія суть, такимъ образомъ, *prius*, а права—*posterius*.

Юридическія отношенія могутъ, въ ихъ простомъ, жизненномъ образѣ, казаться намъ тоже ничѣмъ какъ бы не связанной массой разнообразныхъ явленій. Но, однако, эти юридическія образованія, болѣе тѣсно соприкасающіяся съ явленіями живой дѣйствительности, необходимо должны носить на себѣ тотъ же признакъ жизненности, какой лежитъ въ ихъ основѣ. Простое жизненное отношеніе, насколько оно въ данныхъ историческихъ условіяхъ воспріимчиво къ внѣшнимъ юридическимъ опредѣленіямъ *), становится юридическимъ, и поскольку явленія жизни носятъ характеръ не случайныхъ, а необходимыхъ сочетаній, по стольку-же и на юридическихъ отношеніяхъ, въ которыя они облакаются, будетъ лежать тотъ же характеръ органически связанныхъ, не розныхъ явленій. Группы ихъ не суть произвольно или по какому либо одному признаку (объекту права) образованныя, а данныя самой природой жизненныхъ отношеній. Какимъ было содержаніе извѣстнаго жизненнаго отношенія,—строй семьи, раздѣльное обладаніе вещами, договорная, на соглашеніи основанная связь отдѣльныхъ лицъ и т. д.,—такимъ же оно, по его способности къ группировкѣ, къ сочетанію въ живые комплексы, останется и тогда, когда къ этому содержанію примкнетъ элементъ формальнаго признанія его возникновенія, прекращенія, защиты. Не только само отношеніе,—семейное, по наследованію, вещное, договорно-обязательственное—не утратитъ отъ его фиксированія юридической нормой органическаго характера, а наоборотъ, отдѣльныя нормы юридическія, коими оно опредѣляется, станутъ связанными въ нѣкоторые комплексы потому именно, что обращены на отношенія одного характера, одного типа, отличнаго отъ другихъ и такъ или иначе восполняющаго другой типъ. Какъ юридическія отношенія сочетаются въ типическія группы, публично-правныхъ, частно-правныхъ, и въ послѣдней группѣ—семейныхъ, имущественныхъ, съ низшими ихъ подраздѣленіями, семейно-имущественныхъ, по приданому, съ общностью имущественныхъ отношеній супруговъ и т. д., имущественно-вещныхъ и обязательственныхъ, договорно-обязательственныхъ и деликтно-обязательственныхъ и т. д.; такъ точно и нормы, опредѣляющія эти отношенія, группируются въ комплексы

*) Не всякое жизненное отношеніе, имѣющее значеніе для права, замѣчаетъ Neuner (стр. 6), влекущее за собой юридическія послѣдствія, будетъ въ силу этого отношеніемъ юридическимъ.

институтовъ публичнаго и частнаго правъ, а въ послѣдней въ институты правъ семейныхъ и имущественныхъ, далѣе—въ институты приданаго, общности обладанія и проч. *).

По мѣрѣ измѣненія жизненныхъ отношеній должны измѣняться соотвѣтственно и органическимъ путемъ и отношенія юридическія, и институты права. Это процессъ исторической жизни права. Мы видѣли его образцы выше. Пока слабы начала раздѣльности обладанія, и господствуютъ союзныя формы, система гражданскихъ нормъ тоже не богата. По мѣрѣ того какъ развиваются начала раздѣльности обладанія вещами, потребность связи взаимнѣ разбитыхъ старыхъ началъ общности удовлетворяется системой договорныхъ обязательствъ...

Въ условіяхъ каждой данной фазы этого историческаго процесса происходитъ такой-же живой обмѣнъ, но изначала не въ сферѣ правъ субъективныхъ, а прежде всего, какъ въ явленіи опредѣляющемъ, въ области отношеній, которыя опредѣляются тѣми или другими факторами, принимаютъ живой и распознаваемый юридически образъ, сочетаются съ другими, осложняются, упрощаются, измѣняются, перестаютъ существовать...

Данный юридическій бытъ, такимъ образомъ, не будетъ представлять собою для взора юриста случайнаго конгломерата субъективныхъ правъ и регулирующихъ ихъ отдѣльныхъ правилъ, кои упорядочить можно только внѣшнимъ пріемомъ систематизаціи по какому-либо произвольному признаку (по предмету), а наоборотъ, будетъ представлять собою органическое единство и цѣльность, изъ коей легко выдѣляются природой юридическаго отношенія опредѣленное ему мѣсто и существомъ нормы, опредѣляющей то или другое изъ нихъ, мѣсто ея въ составѣ отдѣльныхъ институтовъ и всей ихъ системы.

Не подлежитъ сомнѣнію, что въ массѣ случаевъ дѣятельность юриста можетъ вся въ данномъ вопросѣ ограничиваться механическимъ примѣненіемъ даннаго правила къ данному случаю, огражденіемъ субъективнаго права, отдѣльно взятаго притязанія прямо указаннымъ въ сборникѣ нормъ юридическимъ средствомъ. Это зависитъ часто и отъ свойства задачи юриста въ отдѣльномъ случаѣ, и отъ характера и строенія сборниковъ юридическихъ нормъ.

*) Въ отношеніи къ указан. выше примѣру (*frater a fratre*) судья долженъ, для разрѣшенія спорнаго вопроса, принять во вниманіе слѣдующій рядъ институтовъ: право отца пріобрѣтать чрезъ подвластныхъ членовъ семьи, особое имущ. послѣднихъ (*peculium, deductio*), универсальное преемство, конфузію долговъ и требованій и *condictio indebiti*.

Но тутъ-ли граница задачи юриста? Представимъ себѣ сложныя сочетанія встрѣчныхъ притязаній тяжущихся сторонъ, представимъ себѣ скудный инструктивными для цивилиста нормами сборникъ законовъ съ характеромъ локальных, отживающихъ, казуистическихъ правилъ, прибавимъ къ этому пестроту такихъ нормъ разномѣстнаго, разноречиваго, разновременнаго происхожденія, — тогда возможна-ли практическая дѣятельность, основанная на простомъ механическомъ приѣмѣ примѣненія даннаго правила къ данному вопросу? Конечно, нѣтъ. Законодатель, какъ было видно выше, различнымъ образомъ относится къ дѣятельности юриста-судьи, смотря по измѣняющимся бытовымъ условіямъ времени. Въ условіяхъ нашего прежняго порядка жизни судъ обязанъ былъ знать букву закона и давать ей примѣненіе безусловное, испрашивая, на случай недостатка законодательнаго указанія, непосредственное руководство законодателя во всѣхъ затруднительныхъ случаяхъ. Въ измѣнившихся бытовыхъ условіяхъ требованія того-же органа законодательства становятся иными. Рѣшенія должны безусловно слѣдовать за возникшимъ спорнымъ правоотношеніемъ, не взирая на недостаточность и неполноту закона, по соображеніямъ общаго духа или разума законодательства. Дѣятельность юриста поднимается вмѣстѣ съ этимъ отъ простой механической въ высшую, творческую, гдѣ отвѣтъ на притязаніе не можетъ быть данъ сейчасъ наличными правилами, гдѣ сама законодательная воля требуетъ отъ юриста нѣкотораго подъема умственной дѣятельности, предполагаетъ въ немъ способность созерцанія цѣльнаго организма юридическихъ нормъ, въ составѣ коихъ хотя-бы скрытымъ, невыраженнымъ образомъ долженъ находиться отвѣтъ на вопросы практики, и этотъ отвѣтъ, эта скрытая норма имѣетъ быть обнаружена, выражена для каждаго даннаго случая подлежащимъ судомъ.

Такимъ образомъ, задача нашего преподаванія будетъ поставлена не врозь, а въ согласіе съ видами и указаніями законодателя и съ цѣлями русской гражданской практики, если мы будемъ слѣдовать разъясненному выше методу систематизаціи нашего матеріала.

Въ цѣломъ курсъ будетъ заключать въ себѣ общую часть, съ обычнымъ расчлененіемъ ея на отдѣльныя ученія, о лицахъ, вещахъ, способахъ возникновенія и прекращенія юридическихъ отношеній вообще, и особенную часть, въ составѣ институтвъ вещнаго, обязательственнаго, семейнаго и наследственнаго права.

Термины *юридическое отношеніе* и *юридическій институтъ*, которые мы здѣсь употребляемъ, не вполне установились въ

языкъ нынѣшнихъ юристовъ. Stobbe, обнимающій въ своей Handbuch d. deutsch. Privatrechts (5 томовъ) всю совокупность институтовъ, которые мы будемъ разсматривать, употребляетъ терминъ „юридическое отношеніе“ въ двоякомъ смыслѣ. Юридическое отношеніе *in concreto* есть то же, что Rechtsfall (casus, послѣдній въ особенности, когда имѣютъ въ виду подлежащій разрѣшенію спорный вопросъ), прямо жизнью данный случай развившейся юридической связи лицъ, какъ во взятомъ выше примѣрѣ Савиньи (frater a fratre). Но такъ какъ нормы юридическія опредѣляютъ явленія жизни, фиксируютъ ихъ разъ навсегда, какъ *типическія* формы юридическихъ отношеній, то и эти типическія формы Stobbe считаетъ возможнымъ называть тоже юридическими отношеніями, но *in abstracto*, т.-е. взятыми отвлеченно отъ даннаго случая и выраженными или выработанными въ системѣ права, какъ общій типъ. Этотъ терминъ въ послѣднемъ случаѣ однозначущъ съ терминомъ — „юридическій институтъ“. Въ нѣмецкой, какъ и въ нашей юридической литературѣ, употребленіе этихъ терминовъ непостоянно. Кавелинъ предпочелъ назвать свои позднѣйшія работы по семейному и наследственному праву *Очеркомъ юридическихъ отношеній*, возникающихъ изъ семейнаго союза и проч., натурально, давая этому термину смыслъ юридическихъ отношеній *in abstracto*.

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

УЧЕНІЕ О ЛИЦѢ.

§ 9.

Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ.—*Личный* обмѣнъ въ латинской цивильной системѣ.—Широкое примѣненіе понятія личности.—Соціально-юридическая цѣль.—Интересъ индивидуальный и соціальный въ строеніи нѣкоторыхъ институтовъ.—Сочетаніе и разобщеніе личности съ представленіемъ человѣка въ Римѣ.—Личность коллективныхъ правообладателей.—Цѣль строенія.—Отсутствіе двойственности въ понятіи лица у римлянъ.—Средневѣковыя формы правообладанія.—Преобладаніе союзныхъ типовъ.—Связь человѣка съ союзомъ, съ территоріей.—Процессъ обособленія.—Проблема *внутренняго* обоснованія правоспособности человѣка.—Трудность примѣненія внутренняго критерія для правоспособности союзовъ.—Необходимость ея въ условіяхъ развитого обмѣна.—Очеловѣченіе и олицетвореніе.—Замѣна фиктивныхъ конструкцій.—Цѣлевая имущества.—Безсубъектность.—Интересенты Ihering'a.—Абстрактный характеръ конструкціи личности, независимый отъ свойствъ субъекта.—Необходимость начала личности въ интересахъ обмѣна.—Нужны ли два вида лицъ?—

Лица могущія приобрѣтать права на имущества въ ч. I, т. X Св. З.

Точкой отправленія для цивилистическихъ построеній должно служить ученіе о лицѣ. Понятію лица (*persona singularis*), въ

анализъ юридическаго отношенія, противуполагается объектъ права, часто вещь. Это понятіе лица, какъ образующее, входитъ въ составъ юридическихъ отношеній, какого бы они ни были содержанія. Для юридическихъ отношеній гражданскаго права оно существенно въ особенности.

Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ можетъ быть отождествлено съ понятіемъ конкретной гражданской правоспособности.

Въ условіяхъ исторически-даннаго юридическаго быта возможна полнота правоспособности, присвояемая *отдѣльному человеку*, субъекту правоспособности. Чтобы опредѣлить *весь объемъ правоспособности* отдѣльнаго человека, надлежитъ представить себѣ всю сумму отдѣльныхъ юридическихъ отношеній, въ коихъ дѣйствительно находится, или способно находиться, въ условіяхъ даннаго быта, отдѣльно взятое лицо. Полнота правоспособности не будетъ, по содержанію своему, одинаковой въ разныхъ историческихъ условіяхъ. Есть условія, гдѣ полнота правоспособности отдѣльнаго субъекта, по содержанію ея, опредѣляется цѣлымъ рядомъ институтовъ гражданской системы, институтами права семейнаго, институтами правъ вещныхъ, собственности, правъ на чужую вещь, правъ договорныхъ, завѣщательныхъ и прочее.

Въ этомъ *развитомъ видѣ* понятіе правоспособности полной, принадлежащей отдѣльному человеку, мы находимъ въ римской гражданской системѣ. Какъ собирающаго, сосредоточивающаго въ себѣ оригинальнымъ образомъ (первообразно и самолично) и осуществляющаго всю эту сумму правоспособности, мы можемъ представить себѣ только вполнѣ волеспособнаго, зрѣлаго, бдительнаго человека. Но не однимъ этимъ случайнымъ явленіемъ личной энергіи въ гражданской сферѣ опредѣляется специфическій, въ личномъ смыслѣ, характеръ юридическаго быта римскаго народа. Еслибы правоспособность гражданская условливалась каждый разъ фактической наличностью сильныхъ характеровъ, то въ юридическомъ бытѣ римскаго общества не доставало бы свойствъ *постоянства, извѣстности и непрерывности юридическихъ отношеній*, которыя мы находимъ въ дѣйствительности. Когда уходитъ со сцены предположенный нами дѣятельный субъектъ гражданской правоспособности, то, съ этимъ вмѣстѣ, цѣлая въ его лицѣ сфера его гражданскихъ отношеній не исчезаетъ тотчасъ, вмѣстѣ съ нимъ. Свойство этихъ отношеній личное, сосредоточенное, удерживается, хотя, временно, въ извѣстной степени неподвижности, въ „*лежащемъ наслѣдствѣ*“ (*hereditas jacens*). Можно ли назвать это сосредоточенное состояніе имущества *безличнымъ*, хотя временно нѣтъ извѣстнаго человека, опредѣленнаго инди-

видуума, который давалъ бы *активный* характеръ этой сосредоточенной *цивильной* силѣ? Отнюдь нѣтъ, ибо для наличности *цивильной* правоспособности нѣтъ нужды (и не въ одномъ этомъ случаѣ) въ непрестанно дѣятельномъ состояніи правоспособнаго субъекта.

Правоспособность и чисто личный характеръ юридическихъ отношеній, сосредоточенный и объективно извѣстный, продолжаетъ существовать, несмотря на отсутствіе *активного* органа ея осуществленія, несмотря на парализованное его состояніе, *ибо онъ необходимъ, какъ постулятъ всего социальна-юридическаго строя въ данныхъ бытовыхъ условіяхъ*, а не такого-то отдѣльнаго *человѣка*. Безъ этого, длящагося въ личномъ смыслѣ состояніа юридическихъ отношеній умершаго, *немыслимо* было бы постоянство и преемственность ихъ, точно такъ, какъ оно было бы *немыслимо* при условіи произвольнаго появленія и исчезанія правоспособныхъ субъектовъ.

Въ избранномъ нами примѣрѣ, несмотря на послѣдовавшую смерть *человѣка*, намъ хорошо остается извѣстнымъ *преемственный переходъ* силы, которую представлялъ собою умершій въ юридическомъ *обмѣнѣ*, и мы можемъ вполне опредѣлить весь ея юридическій и экономическій составъ. *Hereditas jacens* заключаетъ въ себѣ требованія и обязательства, иски *вещные* и *личные*, способность *умаленія*, *возростанія*, *экономической* состоятельности и *банкротства*, ровно такъ, какъ и *живой* представитель *личнаго* характера юридическихъ отношеній.

Точно такой же личный характеръ, эта, разъ осуществленная, правоспособность удерживаетъ и *приобрѣтаетъ*, когда *средоточіемъ* ея становится не *самосознающій* и *не дѣеспособный субъектъ*, *дитя*, *умалишенный*. Недостатокъ дѣятельнаго фактора осуществленія правоспособности не уничтожаетъ ея въ основѣ; она поддерживается искусственно дѣятельностью другихъ людей, и *не только ради особы дитяти, идіота, а въ цѣляхъ дальнѣйшей извѣстности, дальнѣйшаго преемства* этой, разъ опредѣлившейся какъ *единой* и *личной*, сферы *цивильныхъ* отношеній. У самаго субъекта правоотношеній можетъ не быть, ни *личнаго* интереса, ни *личнаго* призванія пребывать въ *средоточіи* этого ожившаго *обмѣна*, и, однако, онъ продолжаетъ имъ служить, ибо *цивильное* и *личное* свойство отношенія *юридическаго* въ развитомъ *римскомъ* юридическомъ бытѣ не опредѣляется исключительно ни *мѣрой* индивидуальныхъ потребностей, ни *мѣрой* индивидуальныхъ способностей его субъекта.

Еслибы одинъ интересъ *наличныхъ* *живыхъ* особей и от

дѣльно взятая воля каждаго опредѣляли собою все содержаніе гражданскаго права, то система его институтовъ была бы несравненно уже той, какую мы видимъ въ дѣйствительности. Возьмемъ для примѣра систему вещныхъ правъ въ Римѣ. На что, при этихъ критеріяхъ, были бы нужны реальные сервитуты въ этой системѣ? Для *utilitas singulorum*, взятой въ точномъ смыслѣ потребностей даннаго человѣка, а не гражданской личности, былъ бы достаточенъ *ususfructus* и *usus*. Для чего нужно не только съ опредѣленнымъ индивидуальнымъ лицомъ, а съ качествами лица какъ землевладѣльца, какъ домовладѣльца, соединять извѣстное притязаніе опять не къ сосѣду такому-то, а къ сосѣднему землевладѣнію, кто бы ни былъ сосѣдь-землевладѣлецъ? Фактическія и случайныя свойства надобности, ненадобности даннаго притязанія для извѣстнаго лица въ этой конструкціи сглаживаются, способность или неспособность имъ пользоваться тоже стирается и уступаетъ мѣсто соображеніямъ абстрактнымъ, независимымъ отъ индивидуальныхъ особенностей того или другого хозяина даннаго имѣнія.

Мы имѣемъ такимъ образомъ рядъ явленій, въ коихъ свойство личности или гражданской правоспособности субъекта юридическихъ отношеній не зависитъ отъ продолжающагося существованія человѣка (*hereditas jacens*), отъ его способности воли или разумѣнія интересовъ (дѣтя, идиоты), и гдѣ образованіе юридическихъ отношеній, тоже гражданскихъ, не ограничено интересомъ извѣстнаго человѣка (предѣльные сервитуты).

Изъ этихъ явленій ясно, что институты гражданскіе, по самому строенію ихъ, не составляютъ области чистаго индивидуализма, а отвѣчаютъ одновременно цѣлямъ отдѣльнаго человѣка и общества. Съ понятіемъ личности мы не соединяемъ необходимости непрестаннаго воздѣйствія воли и ежеминутно-наличнаго интереса отдѣльнаго человѣка. Мы даемъ этому понятію болѣе общіе и независимые отъ индивидуальныхъ свойствъ и потребностей отдѣльныхъ людей признаки. Понятіе личности въ гражданскомъ правѣ, гражданской правоспособности, правоспособнаго лица (въ конкретномъ смыслѣ) мы имѣемъ тамъ, гдѣ разъ опредѣлившаяся сфера конкретныхъ юридическихъ отношеній удерживаетъ свойство обособленности, принадлежности ихъ къ этой именно сферѣ, съ характеромъ постояннымъ и объективно распознаваемымъ. Человѣкъ можетъ не знать, что онъ состоитъ въ извѣстномъ юридическомъ отношеніи, и тѣмъ не менѣе, онъ будетъ его субъектомъ, можетъ не имѣть способности хотѣть или познавать, не имѣть интереса къ тому или другому обладанію, и тѣмъ не

менѣе сфера опредѣлившихся, такъ или иначе обособленныхъ его отношеній будетъ въ оборотѣ гражданскомъ, въ смѣнѣ его явленій играть опредѣляющую роль гражданско-правовой личности этого человѣка, теперь живого и дѣятельнаго, завтра, быть можетъ, недѣеспособнаго, затѣмъ—умершаго.

Такое свойство личности въ римской системѣ не составляло необходимой принадлежности *всякаго* *человѣка*, ибо римскій міръ знаетъ людей безличныхъ, неправопособныхъ, людей—товарь. Созданное исторической жизнью культурнаго народа и разработанное юриспруденціей, это *понятіе личности* составляло центральную исходную точку для всѣхъ цивилистическихъ построеній. Весь міръ юридическихъ отношеній гражданского права въ Римѣ былъ міромъ отношеній личныхъ въ этомъ смыслѣ. Одна изъ существеннѣйшихъ проблемъ римской практической юриспруденціи заключалась въ томъ, чтобъ найти опредѣленные и точныя формы, коими фиксируются постояннымъ и извѣстнымъ образомъ отдѣльныя, обособленныя, въ этомъ смыслѣ личныя сферы обладанія гражданъ.

Внутри каждой изъ этихъ личныхъ сферъ происходитъ несомнѣнно постоянный и живой обмѣнъ; онѣ измѣняются и въ смыслѣ ихъ полноты, и въ смыслѣ состава заключенныхъ въ нихъ отношеній разнаго содержанія. Но свойство юридической извѣстности и постоянства ихъ обособленія удерживаются, несмотря на эти внутреннія измѣненія, *въ интересахъ всего юридическаго цивильнаго быта и совершенно независимо отъ воли или потребностей отдѣльнаго правообладателя.*

Въ римскомъ мірѣ это свойство личности, цивильной правоспособности, сочеталось количественно совершенно преобладающимъ образомъ съ *отдѣльнымъ живымъ дѣтелемъ* правоспособности; отсюда этотъ поразительный по энергіи характеръ римскаго цивильнаго обмѣна.

Но, однако, необходимъ ли именно *такой дѣтель*, чтобъ существовала цивильная личность? Мы видѣли, что опредѣленная сфера юридическихъ отношеній можетъ имѣть своимъ средоточіемъ ребенка, идіота. Въ этихъ случаяхъ невозможна дѣятельность этихъ правообладателей, но возможно для нихъ пользованіе плодами этого правообладанія чрезъ посредство дѣятельности другихъ лицъ, опекуновъ, попечителей. Мы видѣли далѣе, что характеръ личности не утрачивается и тамъ, гдѣ сейчасъ нѣтъ ни дѣтеля, ни пользователя, стало быть, ни воли, ни интереса. Таковъ случай съ *hereditas jacens*. *Hereditas* функціонируетъ лично въ цѣляхъ объективной извѣстности, постоянства, преем-

ства правоотношеній. И такъ, *функция личности нужна здѣсь и существуетъ независимо отъ вопроса воли или интереса отдѣльнаго известнаго человѣка*. Это положеніе вещей какъ единой, цѣльной имущественной массы, въ коей нѣтъ имущаго, хозяина, въ смыслѣ интереса и воле-способнаго органа, есть временное.

Попытаемся сдѣлать шагъ далѣе. Мыслимо ли такое обособленіе опредѣленной сферы юридическихъ отношеній тамъ, гдѣ составъ этихъ отношеній есть известный и постоянный, какъ у живого субъекта права, но гдѣ нѣтъ вовсе личной воли и интереса отдѣльнаго правообладателя, а есть только интересъ пользованія этимъ имуществомъ у болѣе или менѣе неопредѣленнаго и неизвѣстнаго въ данную минуту круга людей и гдѣ эта сфера правъ, эта личность существуетъ не для преходящихъ цѣлей, какъ въ *hereditas jacens*, а для *цѣлей постоянныхъ*, какъ въ предіальномъ сервитутѣ.

Римская жизнь и римская юриспруденція хорошо знакомы съ этимъ явленіемъ гражданского быта. Въ случаяхъ такого рода юристы видятъ *то же самое явленіе обособленной правоспособности, личности, какъ и тамъ, гдѣ правоспособность присвоена отдѣльному человѣку*. Таковъ случай, когда это качество обособленной личности присваивается имуществу и правоотношеніямъ коллективной единицы, государства, города, коллегіи, установленія.

Не являются ли это имущество и эти правоотношенія принадлежащими отдѣльнымъ гражданамъ, отдѣльнымъ членамъ коллегіи? Несомнѣнно нѣтъ! Это имущество есть обособленное и вообще и въ особенности отъ имущества отдѣльныхъ членовъ коллегіи. Такъ какъ городъ самъ не есть органъ личной воли, то отсутствіе личной воли восполняется, какъ въ имуществѣ малолѣтняго, особой организаціей городского управленія.

Но, тогда, зачѣмъ же мы даемъ свойство личности, обособленной правоспособности подобнымъ формамъ обладанія? Цѣль, съ которою такъ конструируетъ римская юриспруденція, совершенно понятна. Личность была въ глазахъ классиковъ обособленною сферой юридическихъ отношеній, которая необходима для ихъ опредѣленности, распознаваемости и постоянства.

Называютъ ли классики эту правоспособность коллективныхъ единицъ и имущественныхъ массъ именно личностью? Да. Мы встрѣчаемъ въ пандектахъ очень различные обороты рѣчи, коими опредѣляется именно личный характеръ обладанія коллективныхъ единицъ. Главнѣйшіи изъ нихъ суть такія: *hereditas, universitas*,

collegium personae vice fungitur. У Фронтинна есть прямое выражение „persona coloniae ipsius“. Но нужны ли намъ отдѣльныя свидѣтельства тѣхъ или другихъ писателей, чтобъ удостовѣриться въ совершенно личномъ характерѣ цивильныхъ правоотношеній коллективныхъ единицъ въ Римѣ? Если имущество могло принадлежать коллегіи, установленію, то была-ли бы возможна какая-либо оборото-способность этого имущества *безъ свойства личного* обладанія имъ? Чтобъ коротко отвѣтить на этотъ вопросъ, достаточно вспомнить строеніе римскихъ обязательствъ, всегда строго личное, требующее непремѣнной извѣстности лица для своего состава. Отвергнуть личный характеръ обладанія названныхъ коллективныхъ единицъ — значитъ сдѣлать ихъ неспособными къ цивильно-обязательственнымъ отношеніямъ, тогда какъ мы видимъ на дѣлѣ постоянно въ составѣ ихъ имуществъ долги и требованія совершенно такъ, какъ въ составѣ имущества отдѣльныхъ правоспособныхъ людей.

Весьма важно отмѣтить здѣсь, что *римскіе систематики не раздѣляютъ цивильно-правоспособныхъ субъектовъ, лицъ, на двѣ категоріи, лицъ физическихъ и нефизическихъ, юридическихъ, фиктивныхъ, только мыслимыхъ. Это характеризуетъ, во 1-хъ, свойство ихъ гражданского оборота, гдѣ далеко преобладающая роль принадлежала отдѣльнымъ правоспособнымъ людямъ, а не этимъ формамъ коллективнаго обладанія. Во-2-хъ, ихъ понятіе личности въ достаточной степени представлялось имъ обособленнымъ отъ непремѣнной связи его съ отдѣльнымъ человѣкомъ, такъ какъ они знали воле-способныхъ, но не правоспособныхъ людей, рабовъ, и не останавливались въ особенности на явленіи обособленной отъ отдѣльнаго человѣка гражданской правоспособности въ другихъ случаяхъ, какъ на экстра-ординарномъ, для юридической конструкціи котораго нужно создавать совсѣмъ особую категорію лицъ только мыслимыхъ. Явленіе имуществъ, принадлежащихъ городу, коллегіи, ихъ долговъ, требованій, исковъ, было на-лицо. Измышлять ихъ правоспособность было нечего, и эти лица, въ обособленной сферѣ цивильныхъ правоотношеній, функционировали такъ же, какъ отдѣльные люди. Эта конструкція была достаточна для практики.*

Эти римскія понятія и противоположенія лицъ и вещей, не всегда правильно понятыя и истолкованныя, вмѣстѣ съ рецепціей римскаго права, стали достояніемъ новой юриспруденціи. Примѣненіе ихъ къ условіямъ быта новыхъ народовъ, во многомъ очень отличнаго отъ римскаго, породило массу трудностей и недоразумѣній, которыхъ вовсе не знали классики и которыя

служать до сихъ поръ обильнымъ источникомъ контроверзъ въ этомъ основномъ ученіи и открываютъ просторъ многочисленнымъ, особенно у нѣмцевъ, попыткамъ найти надежныя исходныя точки для построения понятія субъективнаго права, правоспособнаго лица, существующаго въ дѣйствительности, лица только мыслимаго, и указать предѣлы дѣйствию фикцій и вымысловъ въ практической области гражданского права.

Въ чемъ же заключаются особенности нашего юридическаго быта, отличающія его отъ римскаго и служащія источникомъ трудности примѣненія римскихъ понятій къ явленіямъ нашего быта?

Если весь строй римскаго цивильнаго быта существеннѣйшимъ образомъ опредѣляется началомъ личности и вмѣстѣ съ этимъ особенности правоотношеній каждаго гражданина, то картины средневѣковаго быта даютъ намъ совершенно противоположныя черты. Совсѣмъ не отдѣльно-взятый человѣкъ является здѣсь правоспособнымъ въ сферѣ общихъ для всѣхъ институтовъ гражданского права, а прямо наоборотъ... Отдѣльно-взятому человѣку, какъ субъекту правоспособности, не принадлежитъ, въ этихъ условіяхъ, въ правѣ ровно никакой роли. Опредѣляющая характеръ этого быта роль принадлежитъ союзу, а не отдѣльному человѣку, а если, въ ограниченномъ смыслѣ, человѣку, то только, какъ члену того или другого союза, а вовсе не самобытно. Личность отдѣльнаго человѣка есть или вовсе еще не выдѣлившаяся (какъ *pars viscerum* союзнаго организма), съ своей особой правоспособностью, или очень слабо опредѣлившаяся какъ *persona singularis* въ правѣ. Такихъ союзныхъ формъ, опредѣляющихъ все политическое и соціальное положеніе человѣка, крайне много. Каждая изъ этихъ союзныхъ формъ имѣетъ свою сферу правъ, съ немногими, для опредѣленныхъ ихъ группъ, типическими, и съ очень многими исключительными чертами. Притомъ, правоспособность этихъ союзныхъ формъ никогда не есть чисто гражданская, а обыкновенно смѣшанная изъ элементовъ права частнаго и права публичнаго, далеко еще не сосредоточеннаго въ лицѣ государства.

Новая юриспруденція, въ этихъ условіяхъ, сама никоимъ образомъ не могла придти къ понятію личности, правоспособности отдѣльныхъ людей въ сферѣ институтовъ гражданскихъ, къ коему такъ рано пришла римская юриспруденція. Господствующій типъ союзнаго обладанія устранялъ всякую надобность даже въ самыхъ институтахъ отдѣльной приватной собственности, отдѣльныхъ вещныхъ правъ, обильныхъ типическихъ формъ рим-

скаго договорнаго права для общаго примѣненія. Входя въ составъ союза, отдѣльный человѣкъ зналъ права этого союза, какъ высшія, отъ коихъ производилъ свои, низшія, зависимыя, которыя приводили его, однако, прямо къ пользованію объектомъ правъ, землею господина, домомъ, построеннымъ на этой чужой землѣ. Точно такъ же постоянныя отношенія къ союзу замѣняли обѣимъ неравнымъ сторонамъ необходимость отдѣльныхъ, свободныхъ договорныхъ формъ. Задачи юриспруденціи и законодательства заключаются въ эту пору въ томъ, чтобъ опредѣлить скорѣе права союзовъ и отношеній къ нимъ правъ отдѣльныхъ, входящихъ въ нихъ лицъ, чѣмъ права отдѣльныхъ лицъ, какъ самостоятельныхъ единицъ въ общежитіи.

Весь этотъ бытъ можно охарактеризовать чертою противоположной римскому, *чертой безличности*, гдѣ извѣстный и постоянный характеръ правоотношеній опредѣляется *принадлежностью человека къ союзу*, преемственному изъ поколѣнія въ поколѣніе, и формами обладанія, этому союзу свойственными

Съ другой стороны, если нужна была извѣстность юридическихъ отношеній отдѣльныхъ людей, то въ массѣ случаевъ она достаточно опредѣлялась *отношеніемъ людей къ вещамъ*, особенно къ *недвижимостямъ*. Такъ что опредѣляющей была земля для человѣка, а не человѣкъ для земли. Сидящій на землѣ верховнаго собственника извѣстный срокъ человѣкъ становился несвободнымъ, полусвободнымъ. Правоспособность опредѣлялась по вещамъ, и извѣстность свойствъ вещи, натурально, въ смыслѣ свойствъ обладателя вещи (церковная, рыцарская, городская), замѣняла собою, для населенія ея, всякія личныя опредѣленія правоспособности. Весь міръ этихъ правоотношеній вращается, очевидно, около иныхъ осей, чѣмъ римскій цивильный бытъ.

По мѣрѣ того, какъ эти старыя союзныя формы теряютъ прежній характеръ опредѣляющихъ положеніе людей линій, уступая государству одну за другой лежавшія на нихъ функціи (власть суда и разныя отрасли управленія), вмѣстѣ съ этимъ приватизируется обладаніе недвижимостями, и бытъ цивильный становится болѣе подвижнымъ, старые способы ориентироваться въ этомъ обмѣнѣ посредствомъ опредѣленія союза, къ коему человѣкъ принадлежитъ, или земли, на которой онъ сидитъ, становятся ненадежными и недостаточными. Общность обладанія уступаетъ мѣсто раздѣльности, и обязательныя для цѣлыхъ поколѣній союзныя начала общежитія замѣняются свободными договорными формами. Если въ этихъ условіяхъ нужна распознаваемость, извѣстность и постоянство юридическихъ отношеній

отдѣльныхъ субъектовъ, то достигнуть этого возможно только тѣмъ же методомъ, какимъ этого достигали классики. *Задачи новой юриспруденціи существенно сближаются съ задачами юриспруденціи римской.*

Но, однако, условія, въ которыя поставлена мысль современнаго юриста, въ особенности въ ученіи о лицѣ, далеко не тѣ же, въ какихъ работала римская мысль. Понятіе личности совпадало тамъ съ представленіемъ конкретно извѣстной сферы правоотношеній. *Quum omne jus, говоритъ Гермогеніанъ, hominum causa constitutum sit, primo de personarum statu... dicemus, L. 2 D. 1. 5.* И такъ, хотя Гермогеніанъ указываетъ намъ послѣднюю цѣль всякаго права въ *человѣкѣ*, однако, исходною точкой для своихъ построеній онъ ставитъ именно *личность*. Мысль современной юриспруденціи этимъ не удовлетворена. Мы принимаемъ за исходную точку нашихъ построеній не эту идею личности, способности, а ищемъ чего-то другого, хотимъ идти глубже... Современное правосознаніе не ставитъ понятія личности такъ обособленно отъ человѣка, какъ это было у римлянъ. Мы не отвергаемъ правоспособности ни уединаго человѣческаго существа. Основу для этого всеобщаго признанія личныхъ правъ, какъ природенныхъ человѣку (*Urrechte*), *новая философія раскрываетъ намъ въ его природныхъ свойствахъ, въ его разумности и воле-способности.* Такимъ образомъ, понятіе личности гораздо тѣснѣе сочетается съ этими непремѣнными свойствами всякаго человѣка.

Сколько бы ни было проблематическаго, съ научной точки зрѣнія, въ существованіи такихъ природенныхъ правъ *), современная практическая юриспруденція дѣйствуетъ въ условіяхъ этого сознанія правоспособности всякаго человѣка, какъ человѣка. Съ этимъ вмѣстѣ возникаютъ новыя задачи для жизни современныхъ обществъ, далеко не всегда разрѣшимыя путемъ юридическимъ, и трудности для современной цивилистики, незнакомыя античной мысли.

Если римская мысль представляла себѣ ясно возможность *сочетанія* личности, конкретной правоспособности, съ человѣкомъ, то она такъ же легко и *разрывала* эту связь, низводя человѣка въ категорію вещей, или давая личный характеръ обладанію тамъ, гдѣ отдѣльнаго человѣка, какъ обладателя, назвать нельзя. Современная мысль вовсе не допускаетъ этого разрыва, этого полнаго обезличенія человѣка, низведенія его на степень вещи. Зато внѣ отдѣльно взятаго человѣка, если не современное со-

*) См. Унгра, System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. § 60.

знаніе, то современная цивилистика трудно ладить съ представленіемъ лица. Основу римскому сознанію всѣхъ юридическихъ отношеній, какъ личныхъ, давала исторически-развившаяся система институтовъ гражданского права. Именно въ этой системѣ безусловно необходима постоянная извѣстность и преемственность личная юридическихъ отношеній. Безъ этого она немыслима и практически неосуществима. Личное приращеніе всѣхъ юридическихъ отношеній необходимо здѣсь не въ дѣлахъ отдѣльнаго заинтересованнаго, а въ цѣляхъ всего цивильнаго обществія, всего гражданского община. Въ него нельзя себѣ представить не только энергическаго община, но никакого движенія въ области оборота съ вещами, дѣйствія договорныхъ формъ и проч.

Выше было замѣчено, что, связавъ разъ понятіе личности съ реквизитомъ разумности и волеиспособности субъекта, наши юристы, философы, теоретики закрыли себѣ путь къ объясненію всего ряда явленій гражданской правоспособности, идущей за предѣлы правоспособности отдѣльнаго человека. Если человекъ правоспособенъ именно въ силу того, что разуменъ и волеиспособенъ, то въ силу чего, на какой основѣ будетъ держаться правоспособность тамъ, гдѣ нѣтъ этой личной воли и разума? А между тѣмъ формы такой правоспособности и личности коллективныхъ единицъ, союзовъ, имущественныхъ комплексовъ не только не скуднѣе, но неизмѣримо обильнѣе у насъ, чѣмъ въ Римѣ. Какъ научно обосновать это явленіе?

Отвѣтъ юристовъ настоятеленъ и неотложенъ.

Мы не имѣемъ въ виду исчерпать *) здѣсь попытокъ совре-

*) Подробныя литературныя указанія можно найти во многихъ хорошихъ учебникахъ пандектнаго права. Для обзорѣнія различныхъ направленій въ изысканіяхъ нѣмецкихъ юристовъ и разныхъ опытовъ конструкцій юридическаго лица за время до 1873 года можетъ служить премированное Лейпцигскимъ факультетомъ сочиненіе Zitelmann'a „Begriff u. Wesen der s. g. juristischen Person“. Въ г. Цителманъ мы могли бы привѣтствовать самаго рѣшительнаго германиста въ юриспруденціи, еслибы его построеніе понятія юридическаго лица соответствовало задачамъ именно юридическихъ конструкцій. Г. Цителманъ произноситъ нѣкотораго рода молитву объ освобожденіи нѣмецкой мысли отъ чужого вліянія. „Möge es uns gelingen durch die folgende constructive Entwicklung die destructive Kritik, die bis jetzt auf die fremde Ansicht gegeben ist, zu ergänzen, zu bestätigen und zu erläutern“. Основа этой, какъ и нѣкоторыхъ послѣдующихъ юридическихъ построеній Цителмана, взяты авторомъ изъ области психологіи, куда окончательно имѣетъ попасть и мыслимый г. Цителманомъ субъектъ права... Какъ это должно произойти—ясно изъ той внутренней основы, которую даетъ Цителманъ своему понятію лица юридическаго. Она заключается въ *безтѣлѣсной волѣ*? Корпорации суть „*unleibliche Willen*“. Способность воли, Willensfähigkeit, безъ плоти, ohne Leiblichkeit—вотъ что необходимо для того, чтобы выгнать римскія фикціи и замѣнить ихъ понятными для нѣмецкой мысли образами! Лейпцигскій фа-

менной юриспруденціи найти основы для ученія о лицѣ. Исторія развитія этого ученія идетъ съ первыхъ вліяній римскаго права на европейскую мысль и представляетъ живѣйшій интересъ не съ юридической только, а съ общей культурно-исторической точки зрѣнія, и мы на немъ остановимся въ подробности впослѣдствіи. Здѣсь мы ограничимся короткимъ перечнемъ *современныхъ попытокъ строить понятія личности*, чтобъ опредѣлить основаніе той двойственности, которую даютъ намъ теперешнія системы, различая двѣ категоріи лицъ, физическихъ и юридическихъ.

Долгое время въ европейской юриспруденціи господствующимъ приѣмомъ для расширенія свойства личности на субстраты, которые не суть люди, была метода *очеловѣченія* этихъ субстратовъ, т.-е. присвоеніе имъ тѣхъ же свойствъ, какія имѣютъ люди. Какія основы имѣла эта метода въ свое время, какіе слѣды ея удержались въ юриспруденціи до нашихъ дней—объ этомъ мы скажемъ позже, въ особомъ ученіи о юридическомъ лицѣ. Здѣсь замѣтимъ только, что европейское общество, по мѣрѣ разрушенія старинныхъ союзныхъ формъ правообладанія и образованія въ новыхъ условіяхъ той же богатой латинской системы институтовъ частнаго права, которую нельзя пред-

культетъ не оказался достаточно нѣмецкимъ, чтобъ освоиться съ этимъ построеніемъ и, награждая автора, оговорилъ свою непричастность этимъ идеямъ о лицахъ столь легко способныхъ улетучиваться...

Въ настоящее время несомнѣнно самыя значительныя заслуги по разработкѣ этого вопроса принадлежатъ профессору Оттону Гирке (O. Gierke теперь въ Берлинѣ, о немъ въ подробности позже). Это три большіе тома историческаго содержанія, къ коимъ присоединенъ теперь только-что появившійся четвертый обширный томъ, посвященный теоретической части вопроса о союзныхъ формахъ, которыя Гирке вообще называетъ *Genossenschaften*. Изъ 3-хъ первыхъ томовъ (1—*Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, 1868, 2—*Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, 1873, 3—*die Staats- und Corporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, 1881) особенно 3-й представляетъ собою изумительно богатую по содержанію и превосходно написанную исторію догмы по этому важному вопросу, доведенную авторомъ до XVII в. Мы имѣемъ въ настоящее время работу г. Л. Гервагена о юридическомъ лицѣ, въ которой русскіе читатели найдутъ подробный очеркъ литературы вопроса и отчетливыя свѣдѣнія по исторіи догмы, основанныя на сочиненіяхъ Гирке. Послѣдняя работа Гирке „*Genosstheorie...*“ представляетъ собою тоже германистскую попытку вытѣснить неподходящія римскія конструкціи своими, болѣе, конечно, говорящими нѣмецкому уху, глазу—чѣмъ блѣдныя, безкровныя римскія построенія. Дальнѣйшій анализъ содержанія названнаго сочиненія мы сдѣлаемъ въ специальной главѣ для ученія о юридическомъ лицѣ. Для русской публики наилучшимъ пособіемъ въ исторіи литературн. разработки вопроса будетъ, несомнѣнно, отнынѣ служить напечатанная профессоромъ Н. С. Суворовымъ въ 92 г. книга Объ юридическ. лицахъ по римскому праву, гдѣ читатель найдетъ богатые литературныя указанія и мастерское изображеніе всего литературнаго движенія въ Германіи по этому предмету, особенно въ главѣ 1-й. Послѣ 92 г. надлежитъ отмѣтить для нѣмецкой литературы въ особенности указан. выше *Deutsches Priv. Recht*. O. Gierke, 95 г., а также появившіяся въ 93 г. *Pandekten Ferdin. Rehgelsberger's*.

ставить себѣ безъ личнаго прираженія, требовало такой же точности постановки вопроса о субъектѣ гражданского права, которая была выработана латинской техникой.

Савиньи принадлежит для нашего времени безспорно заслуга постановки вопроса вновь на подлинно-юридическую почву. Ученіе о лицѣ перестало быть съ этихъ поръ вполнѣ фантастическимъ и возвратилось въ область юриспруденціи. Ученіе Савиньи, наиболѣе распространенное и теперь въ учебникахъ, слѣдуетъ назвать, по методу разрѣшенія проблемы, способомъ аналогической конструкціи, примѣненіемъ къ явленіямъ союзнаго обладанія тѣхъ же формъ, какія выработаны для обладанія личнаго. Это такъ называемая теорія персонификаціи—*олицетворенія*,—составляющая несомнѣнный успѣхъ и *приближеніе* къ подлинно-римскому понятію лица *сравнительно со старыми ученіями о чело-вѣченія*, такъ сказать, не людей.

Долгое время господствовавшее ученіе Савиньи стало, въ особенности въ 50-хъ годахъ (*Sturm u. Drang-Periode in der Jurisprudenz*), возбуждать многочисленныя сомнѣнія въ своемъ достоинствѣ. Если нужно,—говорятъ представители новаго направленія,—олицетворяютъ неличное обладаніе, то совершить эту операцію нельзя иначе, какъ съ помощью фикціи, стало быть—актомъ вымысла. Такимъ образомъ, въ правѣ, въ важнѣйшемъ элементѣ юридическихъ построеній, наряду съ лицами дѣйствительно существующими, дается мѣсто лицамъ, которыхъ нѣтъ въ дѣйствительности, какимъ-то миражамъ, продуктамъ воображенія. Если юристъ способенъ видѣть лицо въ коллегіи, въ корпораціи, въ „лежащемъ“ наслѣдствѣ, то спрашивается, гдѣ же предѣлъ этой игрѣ юридической фантазіи, гдѣ конецъ фикціямъ, вымысламъ, и начало реальнаго міра для юристовъ?

Очень многіе охотно допускали, что теорія персонификаціи есть подлинно римскія, чтобъ тѣмъ вѣрнѣе доказать несоотвѣтствіе формализма римскихъ построеній современному мышленію (иначе, германскому, ибо, кромѣ германскаго мышленія, въ противоположность классическому, иного, для современности, не полагается), существенно-де реалистическому. Мы знаемъ юридическія отношенія лицъ, людей, и видимъ подобныя этимъ юридическимъ отношеніямъ, именно въ сферѣ имущественной, права, неимѣющія такихъ реально существующихъ субъектовъ. Назвать эти права принадлежащими мыслимымъ субъектамъ—значитъ ничего не сказать опредѣленнаго. Классики знаютъ принадлежность, опредѣляемую не однимъ отношеніемъ *къ какому-либо*, а точно также принадлежность, опредѣляемую отношеніемъ *къ чему-либо*...

Въ 1-мъ случаѣ они говорятъ *pertinere ad aliquem*, во 2-мъ *pertinere ad aliquid*. Что же способно опредѣлить принадлежность имущества чему-либо? Предназначеніе его, *цѣль*, для которой оно существуетъ. И такъ, *мысля по-германски*, мы должны сказать, что существуютъ *имущества*, которыя принадлежать лицамъ, и есть такія, *которыхъ принадлежность опредѣляется ихъ цѣлью*, ихъ предназначеніемъ. Эти послѣднія суть имущества цѣли (*Zweckvermögen*). Такъ конструировалъ Алоизъ Бринцъ, одинъ изъ самобытнѣйшихъ пандектистовъ нашего времени, мюнхенскій профессоръ, скончавшійся въ 1887 г.

Несомнѣнно, Бринцъ держался въ своихъ попыткахъ юридическаго построенія въ сферѣ задачъ цивильной юриспруденціи, какъ и Савиньи, и не удалялся въ область вопросовъ психологіи тамъ, гдѣ для нихъ нѣтъ мѣста, т.-е., стоялъ также далеко отъ *воображаемаго человека* въ центрѣ всякой сферы обладанія, какъ и Савиньи. Несомнѣнно также, что онъ мыслить своеобразно, независимо отъ римскихъ образцовъ, хотя, какъ пандектистъ, ищетъ поддержки своимъ воззрѣніямъ въ Юстиніановскихъ текстахъ.

Возраженіе Бринца противъ *фигуры лица* вполне основательно, но оно должно быть направлено противъ Савиньи, а не противъ римскаго права, ибо въ римскомъ правѣ мы не находимъ двухъ категорій лицъ, физическихъ и юридическихъ, которыя принимаетъ Савиньи. Въ правѣ римскомъ, кому бы или чему бы ни присвоивалась правоспособность или личность, свойство *цивильной личности* или *правоспособности* оставалось однимъ и тѣмъ же. Самъ ли человекъ, или, вмѣсто него, *universitas* является какъ активный дѣятель въ гражданскомъ оборотѣ, опредѣлившаяся конкретно сфера его цивильныхъ юридическихъ отношеній есть личная. Въ одномъ случаѣ, при субъектѣ человекѣ, она приводится въ движеніе имъ самимъ, если онъ дѣеспособенъ и пока онъ живъ, до его смѣны другимъ человекомъ; въ другомъ, при субъектѣ коллективномъ, тѣ же функціи совершаются органами данной коллективной единицы.

Но, независимо отъ этихъ модификацій дѣеспособности, правоспособность тутъ и тамъ мыслится и существуетъ какъ личная, въ указанныхъ нами выше *цѣляхъ юридической извѣстности, постоянства и непрерывности цивильнаго обмѣна*. То обстоятельство, что отдѣльныя имущества или цѣлыя массы предназначаются для опредѣленныхъ спеціально цѣлей, не устраняетъ вопроса, *какъ существуютъ онѣ въ смыслѣ цивильной ихъ позиціи*, лично, самобытно, съ той же способностью къ самостоятельнымъ, себя ради, цивильнымъ функціямъ, какъ и имущества

отдѣльныхъ гражданъ, т.-е. съ той же способностью владѣть, приобрѣтать, обязываться, требовать, искать, отвѣчать, или иначе? И отвѣтъ несомнѣненъ, что эти *имущества цѣли* существуютъ также *лично*, какъ и всякія другія. Указаніе на цѣль ихъ установленія важно для вопросовъ ихъ управленія, ихъ организаціи, ихъ внутренняго строя, но оно недостаточно для опредѣленія ихъ позиціи въ цивильномъ бытѣ.

Изъ того, что извѣстное имущество, мое или университетское (книги, рукописи), больничное или отдѣльнаго служителя ея (приспособленія для врачебныхъ цѣлей), предназначено одной цѣли, служенію наукъ, помощи страждущему человѣчеству, — не видно еще, что это за имущество въ цивильномъ смыслѣ, связано ли оно въ такой комплексъ, который самостоятельно оперируетъ въ гражданскомъ оборотѣ, приращается, убываетъ, требуетъ вознагражденія за ущербы, ему нанесенные, отвѣчаетъ за ущербы, отъ него происходящіе, входитъ въ договоръ и проч. А между тѣмъ *именно это и составляетъ все содержаніе вопроса о личности и о цивильной правоспособности*, а на это именно и не даетъ отвѣта конструкція Бринца; если же даетъ, противуполагая имущество цѣли имуществу лица, то отвѣта этого нельзя признать удовлетворительнымъ, ибо въ немъ заключается отрицаніе личнаго характера принадлежности, допущеніе *имуществъ*, принадлежащихъ цѣли и въ то же время безсубъектныхъ.

Источникъ ошибочности построеній Бринца тотъ же, что и у ряда другихъ еовременныхъ юристовъ, т.-е. задача найти присущее правообладателю свойство, чтобы было право ему принадлежащее. Нѣтъ сомнѣнія, что все право, какъ говоритъ Бринцъ, имѣетъ человѣка своимъ творцомъ, своимъ предметомъ и своей цѣлью (идея римская). Это первооснова и предѣльная цѣль всѣхъ юридическихъ построеній. Но достиженіе этой цѣли, въ условіяхъ цивильно-развитого быта, *въ сферѣ отдѣльныхъ отношеній*, неосуществимо иначе, въ смыслѣ ихъ извѣстности, постоянства и непрерывности, какъ нѣкоторымъ отрѣшеніемъ понятія личности отъ представленій отдѣльнаго человѣка, когда человѣкъ не дѣеспособенъ, когда смерть разрываетъ его связь съ имуществомъ, когда цѣль института, цѣль учрежденія ставится въ независимость отъ измѣнчивой воли и возрѣвній отдѣльнаго человѣка, какъ въ *universitas, collegium, pia causa* и проч.

При этомъ надлежитъ замѣтить, что *личный характеръ* присвоивается извѣстному организованному дѣлу, предпріятію, назначенію имуществъ далеко не всякій разъ, когда именно видна цѣль предпріятія, дѣла, предназначенія. Возьмемъ для примѣра

имущество, предназначенное *цѣли*, приданое, *dos*, котораго цѣль опредѣляется прямо какъ поддержка тягостей брачнаго сожитія (*ad opera matrimonii ferenda*). Тутъ цѣль и принадлежность *ad aliquid*, выражаясь по Бринцу, ясна; но конструировать выдѣленное такимъ образомъ имущество, какъ особую единицу, лично оперирующую для этой цѣли чрезъ супруговъ, вѣтъ разсчета. Сами супруги слишкомъ близко стоятъ къ дѣлу, чтобы представлѣніе 3-хъ, вмѣсто 2-хъ имущественныхъ массъ, обособленныхъ такъ же, какъ обособляется сфера обладанія отдѣльныхъ правоспособныхъ субъектовъ, заключало въ себѣ какое-либо практическое удобство. Супруги суть ближайшіе дестинатары, для нихъ назначается это имущество, хотя, правда, не для сепаратныхъ видовъ cadaquo, а для *совмѣстныхъ цѣлей супружеской жизни*, которыя нормально и не разсматриваются каждымъ изъ супруговъ, какъ чуждыя ему, а какъ въ то же время и его собственныя. Степень близости цѣлей, для коихъ предназначается имущество, къ отдѣльнымъ дестинатарамъ можетъ быть очень различная. Чѣмъ ближе каждый дестинатаръ поставленъ къ цѣли предназначенія и чѣмъ меньше кругъ дестинатаровъ, тѣмъ, натурально, меньше резона обособлять гражданскую личность такихъ имущественныхъ назначеній. Чѣмъ отдаленнѣе эта связь и чѣмъ шире кругъ лицъ, заинтересованныхъ въ управленіи такимъ имуществомъ согласно цѣли его обособленія, тѣмъ, понятно, необходимѣе и самое обособленіе. Обыкновенное условіе такой самостоятельно - личной организаціи составляетъ значительность юридическихъ операцій, кои имѣютъ производиться ея именемъ. Указать, однако, разъ навсегда, гдѣ есть и гдѣ должна быть организована особая отъ заинтересованныхъ гражданская правоспособность — дѣло ближайшаго практическаго изученія условій, а не простыхъ теоретическихъ соображеній.

Савиньи различилъ двѣ категоріи лицъ — физическихъ и юридическихъ. Бринцъ замѣнилъ послѣднія понятіемъ имуществовъ цѣли. Цѣлый рядъ другихъ юристовъ, частью съ очень крупными именами, пошли еще дальше по пути самостоятельнаго и совершенно безплоднаго творчества въ этомъ вопросѣ.

Стараясь самъ, не *quellenmässig*, суммировать въ одномъ понятіи, въ одномъ словѣ даже, весь міръ юридическихъ явленій гражданского оборота, Виндшейдъ, на вопросъ, что такое право въ субъективномъ смыслѣ, отвѣчаетъ — это *Wollen-dürfen*, воле-дозволенность *). Мы выше видѣли, не отступая ни на шагъ отъ

*) Какой отбѣнокъ нѣмецкая рѣчь присоединяетъ глаголу *dürfen* въ юрис-

римскихъ построеній, что право, въ самомъ дѣлѣ, есть область обнаруженія воли человѣка по преимуществу, что все оно идетъ отъ человѣка, сферу его дѣятельности имѣетъ своимъ содержаніемъ, ради человѣка существуетъ. Но это не мѣшало римскому юрисконсульту говорить о *личности* въ правѣ и допускать область личнаго въ сферѣ юридическихъ отношеній и тамъ, гдѣ нѣтъ волеспособности непосредственно данной, а есть или прежде опредѣлившійся кругъ отношеній, уже связанныхъ и еще не вошедшихъ въ составъ другого (*hered. jас.*), или гдѣ воле-(вѣрнѣе, и эту поправку въ опредѣленіи субъективнаго права у Виндшейда предлагаетъ Биндингъ, дѣе-) дозволенность, *Wollen dürfen*, упражняется не самимъ субъектомъ, а обнаруживается чрезъ посредство особой организаціи (опека, *universitas*). Какія же консеквенціи получаются у Виндшейда отъ этого понятія субъективнаго права, отъ *Wollen-dürfen*? Гдѣ нѣтъ *Wollen-dürfen*, тамъ нѣтъ права? Это было бы совершенно возможное и логически правильное заключеніе, но его остерегается сдѣлать Виндшейдъ, ибо тогда оказалось бы, что онъ не видитъ вовсе дѣйствительности. Виндшейдъ выходитъ изъ затрудненія, которое самъ себѣ сдѣлалъ, инымъ путемъ. Гдѣ нѣтъ *Wollen-dürfen*, тамъ право въ *субъективномъ* смыслѣ все-таки есть, но оно *безсубъектно!!* Болѣе обличительнаго результата смѣшенія понятій человѣка и лица въ гражданскомъ смыслѣ нельзя придумать. Его нашелъ Виндшейдъ, натурально, не въ римскомъ правѣ, гдѣ его нѣтъ. Но оно не нужно и для нашего права, ибо хотя у насъ, иначе чѣмъ у Римлянъ, личенъ всякій человѣкъ, но нѣтъ никакой надобности ограничивать примѣненія личнаго сферой волеспособнаго человѣка и не допускать мыслить личности тамъ, гдѣ она не дана непосредственно волей отдѣльно взятаго человѣка.

Принеся эту дань логикѣ, совершенно ненужную для юриспруденціи, Виндшейдъ, однако, сохраняетъ для своего учебника терминъ „юридическое лицо“, по соображеніямъ не юридическимъ, а скорѣе эстетическимъ: *die juristische Person*,—говоритъ онъ,—*ist eine nicht wirklich existirende, nur vorgestellte Person* (ю. л. есть не существующее въ дѣйствительности, а лишь воображаемое лицо)... и основаніемъ для этого творчества фантазіи служитъ глубоко въ природѣ человѣка лежащее стремленіе къ личному (*natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurch geht, beruhendes Gefühl*).

Если нельзя отказать въ большой смѣлости этого рода логи-

пруденціи—объ этомъ Бирлингъ въ св. книгѣ *Zur Revision d. jurist. Grundbegriffe* даетъ цѣлый экскурсъ.

ческимъ и эстетическимъ построеніямъ, то въ этомъ смыслѣ, (т.-е. въ смыслѣ смѣлости) Ihering оставилъ, въ своей Allg. Theorie der Rechte, всѣхъ своихъ предшественниковъ далеко позади себя. Разъ принципомъ воли нельзя объяснить себѣ всѣхъ явленій права, тогда на что же нуженъ самый принципъ? Вотъ постановка вопроса у Ihering'a. Чтобы имѣть право, не нужно имѣть способности воли, какъ это мы видимъ у дѣтей, умалишенныхъ и проч. Отъ этого положенія для субъективнаго права Ihering быстро переходитъ къ передѣлкѣ самаго понятія права и получаетъ въ результатъ „интересъ“, „пользованіе“, „благо“, какъ критерій для всѣхъ юридическихъ конструкцій. Мы касались этихъ конструкцій выше (разныя мѣста Введенія). Для юридического лица результаты новыхъ воззрѣній на право особенно любопытны, ибо Ihering находитъ, что субъектомъ права въ формахъ коллективнаго обладанія является не мыслимая фигура юридической личности, а тѣ, *на пользу* коихъ идетъ имущество, ибо *принципъ пользы* *), есть рѣшающій для права. Стало быть, имущество воображаемаго лица (по Савиньи), имущество цѣли (по Бринцу) будетъ, по Ihering'у, собственно имуществомъ дестинаторовъ, интересентовъ, тѣхъ, кому оно предназначено, больныхъ, если это больница, артистовъ, если это институтъ для живописи, для музыки и т. п. Въ очень потѣшныхъ формахъ Ihering старается картинно изобразить результатъ иныхъ построеній, гдѣ можетъ оказаться, что юридическое лицо станетъ въ открытую вражду съ тѣми, кто его составляетъ. Однако, отвѣта на вопросъ, чье *право*?—какіе реквизиты права въ субъективномъ смыслѣ?—здѣсь нѣтъ; ибо сказать—больницей *пользуются* больные, а странно-пріимнымъ домомъ—странники, значитъ сказать, для вопроса права, такъ же мало, какъ сказалъ уже Бринцъ, именуя имущество юридическихъ лицъ имуществомъ цѣли.

Намъ нужны вовсе не эти тѣзы, стоящія внѣ всякаго сомнѣнія, а совершенно иныя. Мы требуемъ отвѣта на вопросъ: *есть-ли въ этихъ случаяхъ такая же форма имущественнаго обладанія, цивильная, со всѣмъ содержаніемъ институтовъ цивильной системы, какая существуетъ въ данномъ правѣ для отдѣльныхъ правоспособныхъ людей, или нѣтъ, и на этотъ вопросъ Савиньи, Бринцъ, Виндшейдъ, Ihering отвѣчаютъ намъ каждый въ большей или меньшей мѣрѣ уклончиво.*

Брунсъ, разбирая три главнѣйшія попытки построенія юри-

*) Есть-ли здѣсь, въ самомъ дѣлѣ, *принципъ*, это, какъ извѣстно, очень спорно. Бельгіецъ Laurent говоритъ: l'intérêt n'est qu'un mobile, qui rapproche les hommes, ce n'est pas un principe.

дического лица (Савиньи, Бринца, Ihering'a), находить ихъ не столько фальшивыми, сколько мало пригодными, каждую отдѣльно взятую, чтобы обнять весь кругъ явленій, съ коими они должны сосчитаться. Мы возвратимся къ этому вопросу позже, тамъ, гдѣ будемъ имѣть дѣло съ отдѣльными живыми формами коллективнаго обладанія. Отчасти мы уже указали выше (приданое), что не всякій разъ, когда есть имущество, назначенное для чего-либо, или котораго дестинатеры пока невѣдомы (сервитуты), нужно мыслить его, какъ особую, самососредоточенную сферу частно-правнаго обладанія, какъ лично-обособленный комплексъ юридическихъ отношеній. Подробности дальше. Брунсъ справедливо замѣчаетъ, что по поводу всякаго имущества отдѣльнаго лица надлежитъ различать три элемента (вопроса): само имущество (мы бы сказали—его составъ), *впереди стоящій вопросъ его обладанія* (davor... das Haben), и засимъ идущій (dahinter) вопросъ пользованія. Несомнѣнно, что для права, для даннаго юридического быта впереди долженъ именно идти вопросъ—*чье это имущество*, какой формѣ обладанія оно подлежитъ, самостоятельной, постоянно-извѣстной, личной, или данное имущество и всѣ юридическія отношенія, съ нимъ связанныя, не смотря на постоянство его назначенія, на извѣстность притязающихъ къ пользованію имъ, не самостоятельно, не есть отдѣльная величина, а лишь часть другой? Въ первомъ случаѣ мы примемъ особность и личность этой имущественной сферы; во второмъ—нѣтъ. То обстоятельство, что имущество будетъ фигурировать въ оборотѣ, какъ казенное, университетское, мірское, а пользоваться имъ будутъ все же люди того или другого круга, вовсе не измѣняетъ формы цивильнаго обладанія имъ, какъ личной въ цивильномъ смыслѣ, точно такъ же, какъ имущество отдѣльнаго человека не перестанетъ быть его имуществомъ, хотя право пользованія имъ будетъ долгое время, быть можетъ, всю жизнь собственника, принадлежать пользователю.

Обстоятельства, наиболѣе смущавшія мысль нашихъ юристовъ въ вопросѣ о формѣ имущественнаго обладанія тамъ, гдѣ нѣтъ отдѣльнаго человека, условлены, какъ мы видѣли, тѣмъ, что въ этихъ формахъ за юридической конструкціей какъ будто вовсе скрытъ живой человекъ. Мы уже сказали, что цѣль отдѣльности и личнаго характера обладанія для коллективныхъ единицъ, въ смыслѣ матерьяльномъ, *не въ нихъ самихъ*, какъ она можетъ быть (но можетъ и не быть) и у отдѣльнаго человека, а въ общеизвѣстности и постоянствѣ цивильныхъ отношеній.

Съ другой стороны, и отдѣльный человекъ является, какъ мы

увидимъ подробнѣе дальше, въ своихъ цивильныхъ отношеніяхъ не какъ физическая особь со всеми безчисленными видоизмѣненіями ей свойственными. Савиньи справедливо обращаетъ вниманіе на то, что, говоря о человѣкѣ, какъ субъектѣ правъ гражданскихъ, мы отбрасываемъ цѣлую массу характеризующихъ лично каждаго моментовъ. Въ отношеніяхъ юридическаго характера для насъ столь часто вовсе безразличенъ нравственный мотивъ дѣйствія человѣка, безразличны столь многія соціальныя положенія людей, физическія ихъ свойства, которыя кладутъ на живого человѣка и на его судьбу неизгладимую печать, безразличенъ тотъ или другой способъ пользованія имуществомъ и пр. Въ понятіе лица, въ его функцію, какъ субъекта гражданскихъ правъ, входятъ далеко не всѣ эти черты живой дѣйствительности. *Представленіе лица, правоспособнаго субъекта, есть абстракція всегда и вездѣ, идѣ рѣчь идетъ объ организованномъ цивильномъ бытѣ.* Это—юридическая переработка живого явленія не только тамъ, гдѣ правоспособна община, союзъ людей, установленіе, но и тамъ, гдѣ правоспособенъ отдѣльный человѣкъ.

И тутъ, и тамъ этой переработкой достигается для міра субъективныхъ юридическихъ отношеній та же цѣль, какая для вопросовъ права достигается извѣстнымъ приѣмомъ образованія юридическихъ положеній или правилъ. Право не достигнетъ необходимой для его осуществленія извѣстности, если оно не превратится въ комплексы опредѣленныхъ положеній, правилъ, нормъ, институтовъ; хотя Юлій Павелъ вѣрно замѣчаетъ, что правила изъ права, а не право изъ правилъ ведутъ свое происхожденіе L. 1 D. de R. J.), однако, тамъ, гдѣ нѣтъ этихъ правилъ, тамъ право будетъ *jus incertum* и, какъ говоритъ Цицеронъ, *paene ridiculum*. Точно также въ основѣ отдѣльныхъ правъ гражданскихъ лежатъ многообразные мотивы, интересы, расчеты и цѣли, но всѣ эти внутренніе факторы, вліяющіе на образованіе правъ въ субъективномъ смыслѣ, не въ состояніи намъ дать того, чтѣ составляетъ нашу задачу. Намъ необходима извѣстность, постоянство, распознаваемость живыхъ юридическихъ отношеній, а достигнуть этого мы не можемъ иначе, какъ мысля обособленными сферы этихъ правоотношеній, личными, все равно, кто бы ни былъ правообладателемъ, дитя, зрѣлый, здравомыслящій, предусмотрительный, легкомысленный, сумасшедшій, отдѣльный человѣкъ, группы людей, сословія, товарищества, казна и проч.

Исканіе воли, какъ наличной основы для всякой правоспо-

способности, составляет задачу, поставленную совершенно врозь съ задачами собственно цивилистическихъ построений. Разъ найдена постоянная связь извѣстныхъ юридическихъ отношеній съ юридически опредѣленнымъ правообладателемъ, кто бы онъ ни былъ, отдѣльный человѣкъ, или та или другая союзная форма, цѣль *цивилиста* достигнута. Намъ видны *всѣ роли юридической драмы*, кто истецъ, гдѣ отвѣтчикъ, владѣлецъ, покупатель, правопреемникъ, собственникъ, должникъ, вѣритель, и мы укажемъ выходъ (юридическій) изъ любой коллизіи, независимо отъ вопроса, кто скрывается за этими юридическими фигурами, живой или мертвый, молодой или старый, вся компанія или особенно чтимый ея членъ—учредитель такой-то.

Вопросъ, гдѣ предѣлъ образованію такихъ формъ? есть праздный для цивилиста, и если бы нѣмецкому юридическому сознанію и цѣлямъ извѣстности правоотношеній не были противны конструкціи правоспособныхъ мопсовъ, которыя предлагаетъ гейдельбергскій профессоръ Эмануилъ Беккеръ, то суды нѣмецкіе должны были бы покорно идти этимъ путемъ. Мы защищаемъ только ту тезу, что человѣкъ, его сознаніе, его воля, лежащія въ его нравственной природѣ стремленія служатъ основой права и его нормъ, юридическаго быта и юридическихъ отношеній, но для того, чтобъ это составляло постоянную черту быта культурныхъ обществъ, вовсе нѣтъ необходимости, чтобы каждый отдѣльный правообладатель былъ волеспособенъ, разуменъ и проч.

Употребленіе термина „лицо“ нынѣ не одинаково въ юридической технику разныхъ странъ. Оно наиболѣе соотвѣтствовало цѣли въ римской терминологіи. Французы не всегда пользуются имъ, гдѣ это несомнѣнно полезно. Весьма нерѣдко, когда французскому юристу надо обозначить правообладателя абстрактно, независимо отъ обладанія въ той или другой сферѣ правоотношеній, вещной, обязательственной, онъ употребляетъ совершенно неточно слово *propriétaire*, собственникъ, *propriétaire de la maison, de la créance*, тогда какъ, точно выражаясь, мы имѣли бы собственника только въ 1-мъ случаѣ, а во 2-мъ вѣрителя. Последствія этой неправильности очень важны, и мы будемъ имѣть случай сказать объ этомъ позже еще разъ.

Нѣмцы не дѣлаютъ этой ошибки, ибо у нихъ употребителенъ терминъ „лицо“, какъ и у римлянъ, для абстрактнаго обозначенія правообладателя, правоспособнаго, независимо отъ того, что составляетъ предметъ обладанія, стало быть, абстрактно.

Римляне вездѣ и все, что представляетъ собою обособленную правоспособность, именуютъ просто лицомъ: не только человѣка,

но и смѣняющуюся въ коллективномъ единствѣ совокупность лицъ, *persona coloniae ipsius*, не только лицо живаго правоспособнаго, но и опредѣлившуюся сферу правообладанія умершаго, *persona defuncti*. И такъ, тутъ техническій терминъ „лицо“, „*persona*“, есть вполне абстрактный и самъ себѣ равный для всѣхъ случаевъ, гдѣ надо обозначить обособленную правоспособность, самостоятельно опредѣлившуюся сферу гражданскихъ правоотношеній и въ этомъ видѣ функціонирующую въ цивильномъ оборотѣ съ необходимымъ для этой цѣли свойствомъ постоянной ея юридической извѣстности.

Мы могли бы, при самомъ развитомъ обмѣнѣ, обойтись этимъ простымъ терминомъ, какъ имъ обходились римляне. *Termini technici*, теперь употребительные для двухъ явленій правоспособности, особенно у нѣмцевъ, для правоспособности отдѣльнаго человѣка и коллективныхъ единицъ, далеко не суть ни удачные, ни выдержанные, ни точные. *Сама правоспособность вездѣ одна.* То обстоятельство, что она присвоена установленію или отдѣльному человѣку, не видоизмѣняетъ ея въ существѣ. Называть человѣка правоспособнаго лицомъ физическимъ, а корпорацію юридическимъ, нѣтъ никакого основанія. Нѣмецкіе систематики учатъ, что правоспособность лица физическаго прекращается съ его смертію. Затѣмъ, однако, изъ другихъ §§ тѣхъ же нѣмецкихъ системъ мы узнаемъ, что со смертію человѣка его юридическія отношенія не должны прекращаться, а должны продолжать свое существованіе, но уже не въ единствѣ физической личности (римляне не боялись сказать *persona defuncti*!), а въ новомъ видѣ, въ видѣ лица юридическаго, лежачаго наслѣдства (классики удачно говорятъ *personae vice fungitur* *).

Таковы результаты сочетанія римскихъ понятій, вѣрнѣе, терминовъ съ современными теоріями! Нельзя не сказать, что они довольно уродливы. У римлянъ *persona* живущаго и *persona defuncti* одно и то же, такъ же какъ и *persona coloniae*. Только извѣстность, дѣеспособность, предѣлы правоспособности разныхъ лицъ въ разныхъ случаяхъ не одинаковы. Тогда и слѣдовало бы учить такъ: *лицо, въ цивильномъ смыслѣ, есть понятіе единое, всегда устанавливаемое методомъ юридическимъ, но способъ опредѣлять въ конкретныхъ случаяхъ извѣстность лица, предѣлы личной правоспособности, дѣеспособность разныхъ лицъ не одинаковы.* По этимъ признакамъ можно различать разные роды

*) Замѣтимъ здѣсь любопытный оборотъ рѣчи, который употребляютъ классики, когда хотятъ обозначить цѣль, интересъ совершающагося дѣйствія—*defunctorum interest*.

лицъ, лица съ болѣе широкой сферой правоспособности и съ болѣе ограниченной, дѣеспособныя и нѣтъ, юридическая извѣстность существованія коихъ опредѣляется моментомъ рожденія физическаго, или иными признаками, указанными правомъ. Это не значитъ, что одни лица суть лица по физическимъ причинамъ, а другія по юридическимъ.

Какъ отдѣльные люди, такъ и союзы людей суть *лица въ смыслъ права, juris interpretatione*. Нельзя утверждать, что одни изъ нихъ суть реальныя особи, а другія только мыслимыя. Правообладающій союзъ людей отнюдь не менѣе правоспособенъ, чѣмъ отдѣльный человѣкъ въ соотвѣтствующей сферѣ, и исторически правоспособность союза вовсе не составляетъ подражанія, уподобленія, явленія послѣдующаго за правоспособностью отдѣльнаго человѣка, а скорѣе наоборотъ. Только отрѣшившійся отъ исторической почвы догматизмъ могъ создать такія представленія въ юриспруденціи. Точно также никакихъ подобій воли человѣка намъ не надо вымышлять, чтобъ имѣть субъектовъ, коллективно обладающихъ правомъ, ибо и самъ человѣкъ является правоспособнымъ не въ той только мѣрѣ, въ какой онъ волеспособенъ, и въ какой онъ способенъ быть лично пользователемъ земныхъ благъ. *Весь вопросъ о личности долженъ быть отрѣшенъ для каждаго отдѣльнаго случая отъ этихъ фактическихъ моментовъ и поставленъ въ связь не только съ интересами и волей людей, какъ отдѣльно взятыхъ разумныхъ существъ, а въ то же время съ интересами общежитія, извѣстности, постоянства, непрерывности юридическихъ отношеній и ихъ обмѣна въ гражданскомъ быту.*

Однако, группировка лицъ по 2-мъ названнымъ категоріямъ не только не устраняется изъ современной терминологіи, но даже какъ будто пріобрѣтаетъ право гражданства. Ее знаетъ прусскій ландрехтъ (*moralische Personen*), ею пользуется, хотя умѣренно, австрійскій кодексъ. Новый саксонскій прямо начинается съ этихъ 2-хъ категорій лицъ свою систему (впереди только положенія о нормахъ). Лоранъ хочетъ ввести незнакомое до сихъ поръ французскому кодексу дѣленіе 1-й книги на двѣ части: 1-ю для *personnes physiques*, 2-ю для *corporations*. Новый кодексъ 96 г. даетъ 69 параграфовъ для понятія юридическаго лица (§§ 21—90) въ составѣ Общей части. Борьба юристовъ, указанная выше, противъ понятія юридическаго лица, стремленіе замѣнить его инымъ наименованіемъ (имущество цѣли, пользованіе де-стинатаріевъ) не даетъ результата. У насъ не только въ учеб-

никахъ, но и въ практикѣ судовъ терминъ „юридическое лицо“ весьма распространяется.

Мы имѣли въ виду предшествующимъ изложеніемъ коротко резюмировать фальшивыя стороны и послѣдствія употребленія этого термина, многочисленныя недоразумѣнія, которыя влечетъ за собой дѣленіе лицъ на существующихъ въ природѣ (физическихъ) и будто бы въ природѣ не существующихъ, только мыслимыхъ. Затѣмъ, однако, самый терминъ, съ этими оговорками, особенно съ прибавкой *die sogenannte juristische Person* удерживается какъ безвредный въ употребленіи даже открытыми врагами фикцій въ правѣ.

Наше законодательство его не знаетъ, и графъ Сперанскій въ этомъ отношеніи сталъ ближе къ подлинному римскому праву и къ новому направленію цивилистической литературы, чѣмъ нѣкоторые предшествующіе и послѣдующіе кодексы западные. Т. X, ч. I говоритъ только о лицѣ, а не о 2-хъ категоріяхъ лицъ въ правоотношеніяхъ гражданскихъ. Позднѣйшій кодексъ, образовавшійся у насъ, ч. III мѣстн. узаконеній остзейскихъ, вводитъ терминъ „юридическое лицо“ въ отдѣльныхъ случаяхъ (см., напр., ст. 713, 1692, 2913, 2918).

Положеніе немногихъ статей X т. ч. I, сюда относящихся, въ системѣ весьма характерно. Извѣстно, что 1-я книга X т. имѣетъ своимъ содержаніемъ права и обязанности семейственныя, такъ что собственно имущественные институты расположены въ 3-хъ послѣдующихъ книгахъ. При этомъ книга 2-я (о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества вообще) распадается на три раздѣла: 1) о разныхъ родахъ имущества, 2) о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества, 3) о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ вообще, изъ коихъ лишь въ 3-мъ, послѣднемъ, мы встрѣчаемъ опредѣленіе круга лицъ имущественно-правоспособныхъ. Это глава 1-я раздѣла 3-го книги 2-й, озаглавленная такъ: *о лицахъ, могущихъ приобрѣтать права на имущества*. Здѣсь любопытноѣ всего указаніе на личный характеръ имущественнаго обладанія, данное въ титулѣ этой главы. По содержанію очень краткая гл. 1 этого разд. (всего 3 статьи, 696, 697 и 698) вполне соотвѣтствуетъ статьямъ 406—415, которыя трактуютъ о разныхъ родахъ имущества *по свойству лицъ, ими обладающихъ* (имущ. государственныя, удѣльныя, разныхъ установленій, общественныя и частныя).

Сочетаніе того и другого ряда статей дало бы то, что въ Code civil выработано (несравненно точнѣе) въ tit. I Chap. III livre II подъ титуломъ „des biens dans leur rapport avec ceux

qui les possèdent (ст. 537—543) и началу liv. III „des différentes manières, dont on acquiert la propriété“. Соответствие, конечно, далеко неполное. Затѣмъ, французы имѣютъ кн. 1, трактующую des personnes и заключающую въ себѣ не одни права союза семейственнаго, а общія положенія de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile, des absens. Соответствующихъ этому положеній нашъ X т. не заключаетъ и въ пору его возникновенія заключать не могъ.

Въ условіяхъ теперешняго праворазвитія мы близко подходимъ къ потребности такихъ же и еще болѣе развитыхъ, чѣмъ въ Code civil, *общихъ опредѣленій гражданской правоспособности*. Но X т. остается тѣмъ же, какимъ былъ, и въ ст. 698 мы читаемъ: всѣ прочія (выше указано верховное обладаніе имущ. государств. и обладаніе удѣльными имущ.) права на имущества, по различію самыхъ имуществъ и въ предѣлахъ, закономъ опредѣленныхъ, могутъ приобрѣтать: 1) Члены Императорскаго Дома; 2) дворц. управленія; 3) казна; 4) дворянск., городскія и сельскія общества; земскія учрежденія именемъ земства имѣютъ право приобрѣтать недвижим. и движим. имущества; 5) епархіальн. начальства, монастыри и церкви; 6) кредитн. установленія, богоугодн. заведенія; 8) учебн. и ученыя заведенія; 9) частныя лица; 10) сословія лицъ, какъ-то: товарищества, компаніи, конкурсы. Въ прим. къ этой ст. читаемъ, что пространство и свойство сихъ правъ подробно обозначены 1) для частныхъ лицъ и обществъ въ законахъ о состояніяхъ, въ 1 кн. сего Свода и въ Св. воен. постановл.; 2) для установленій—въ уставахъ ихъ и учрежденіяхъ; 3) для казны въ Устав. казен. управленія и госуд. благоустройства.

Таковы общія ссылки статьи на другія части законодательства; рядомъ съ этимъ идутъ и особыя указанія (см. Боровиковаго).

Статья эта и указанія въ примѣч. развивались въ своемъ содержаніи вмѣстѣ съ движеніемъ законодательства, особенно въ царствованіе Александра II, въ связи съ расширеніемъ гражданской правоспособности на совершенно иной кругъ лицъ, чѣмъ въ пору, когда статья составлена въ ея первоначальномъ видѣ.

Въ ряду перечисленныхъ статей 698-й правоспособныхъ въ имущественномъ отношеніи субъектовъ названы (п. 10) конкурсы.

Юриспруденція того времени, когда составлялся Св. Закон., намъ мало извѣстна, а подъ ст. 698 и 415 не приведено указовъ, на коихъ они основаны. Между тѣмъ въ практикѣ нашей,

въ виду 27 ст. Уст. Гр. Суд., возникъ вопросъ, надлежитъ ли конкурсу имѣть особаго по суду повѣреннаго для исковъ и отвѣтовъ, какъ это требуетъ ст. 27 для обществъ, товариществъ и компаній. Сенатъ, принявъ во вниманіе ст. 698, п. 10, т. X и 27 Уст. Гр. Суд., нашелъ, что въ ст. 698 п. 10 конкурсы сравнены съ товариществами и проч. *только по правамъ на приобрѣтеніе имущества*, что едва-ли справедливо въ виду ст. 415 т. X ч. I, и заключилъ, несомнѣнно основательно, что конкурсные управленія, по точному смыслу 1931 ст. Уст. о Торг. Несостоят., принимая дѣла несостоятельнаго, управляютъ оными въ качествѣ *уполномоченнаго отъ всѣхъ заимодавцевъ* (Рѣш. Гр. Кас. Деп. 1877 г. № 100; ср. еще тамъ же № 17, гдѣ читаемъ: опекуны, когда ихъ нѣсколько, *представляютъ* въ совокупности личность малолѣтняго и, по самому существу понятія о представительствѣ, составляютъ какъ бы одно лицо (?); № 48—для понятія администраціи; № 52 — несостоятельность умершаго и конкурсное управленіе по дѣламъ наслѣдства; ст. 1931 съ толков. по изд. Устава Торг. г. Носенко; эта ст. теперь есть 552-я въ Уст. Суд. Тор. по офиц. изд. 1887 г). Такимъ образомъ, въ виду недостаточной обоснованности нашей легальной терминологіи, несогласованности разныхъ частей законодательства и неудобствъ, встрѣчаемыхъ практикой, мы не можемъ держаться той группировки лицъ, какую даетъ намъ ст. 698 X т. Правоспособныя лица, сами, и органы, *представляющіе ихъ*, не могутъ, безъ вредныхъ послѣдствій для всѣхъ цивилистическихъ конструкцій, быть поставлены въ одну категорію явленій. Анализъ этихъ явленій несомнѣнно лучше выполненъ въ западныхъ кодексахъ, о коихъ мы говорили выше, благодаря высшему развитію тамъ юриспруденціи, и въ этихъ же приемахъ анализа явно чувствуетъ потребность наша теперешняя практика.

ГЛАВА I.

УЧЕНІЕ О ФИЗИЧЕСКОМЪ ЛИЦѢ.

§ 10.

Приобрѣтеніе правъ личности.—Простота этого ученія въ современныхъ системахъ.—Порядокъ регистраціи во Франціи и въ Германіи.—Положеніе вопроса въ нашемъ правѣ.—Регистрація при Петрѣ.—Разнообразіе способовъ удостовѣренія событій касающихся лица въ дѣйствующей системѣ.—Метрики и законъ 74 года.—Метрическія книги по различію вѣдомствъ имѣсть, гдѣ произошло событіе.—Восточныя окраины.—Царство Польское.

Самостоятельная гражданская правоспособность, цивильная личность, можетъ, на извѣстныхъ степеняхъ соціальнаго развитія, принадлежать *отдѣльно взятому человеку*.

Для того, чтобы это положеніе челоѣка, какъ личности, приобрѣло надлежащую осуществимость, необходимо дать юридическую опредѣленность не только тому составу правъ, изъ коихъ слагается эта личность, но и способамъ опредѣлять связь отдѣльно взятаго челоѣка съ отвлеченно указанной правоспособностью, устанавливать принадлежность ея отдѣльному челоѣку.

Какъ для всякаго отдѣльнаго юридическаго отношенія, такъ и для правоспособности челоѣка въ цѣломъ (*totum jus, status, universum jus*) мы достигаемъ необходимой для ея осуществленія юридической извѣстности, опредѣляя ея начальный моментъ, ея объемъ и моментъ ея прекращенія (*das Werden des subjectiven Rechts*). Когда началась правоспособность извѣстнаго лица, здѣсь — отдѣльнаго челоѣка? — вотъ существеннѣйшій моментъ юридической извѣстности, которой намъ необходимо достигнуть. Разъ начавшись, возникши, отдѣльная личность остается постоянно извѣстной въ сферѣ доступныхъ ей юридическихъ отношеній, держится, какъ правоспособная сила, до момента ея прекращенія. Объ кардинальныя линіи, коими опредѣляется положеніе челоѣка въ гражданскомъ быту, суть, стало быть, *приобрѣтеніе и потеря имъ правъ личности*.

Вамъ извѣстно, что это ученіе въ правѣ римскомъ принадлежало къ числу весьма сложныхъ, ибо съ представленіемъ челоѣка въ этомъ правѣ не соединялись необходимо свойства самостоятельной личности, отдѣльной гражданской правоспособности.

Чтобы дать юридическую опредѣленность вопросу о правоспособности или цивильной личности отдѣльнаго челоѣка, въ разныхъ историческихъ условіяхъ, требовались далеко не одни и тѣ же признаки. Слѣды различія людей въ объемъ ихъ правоспособности удержались *in multis articulis juris civilis* и до сего времени. Но это сравнительно уже слабыя остатки старой неравноправности отдѣльныхъ людей. Мы будемъ имѣть ихъ въ виду въ дальнѣйшемъ изложеніи ученія о гражданской правоспособности отдѣльныхъ людей.

Въ вопросѣ, здѣсь насъ занимающемъ, въ ученіи о возникновеніи этой правоспособности, независимо отъ ея объема, современное ученіе несравненно проще римскаго. Въ нашемъ правѣ отпалъ цѣлый рядъ ограниченій цивильной правоспособности людей, знакомыхъ римскому праву, и, главнымъ образомъ, мы не знаемъ людей вовсе неспособныхъ, людей — представляющихъ собою не субъектовъ права, а товаръ, рабовъ. Съ эгимъ вмѣстѣ масса опредѣленій, которыя были нужны римскому юрис-

консульту, чтобъ установить связь чловѣка съ личностью, принадлежность ея ему, его status, для насъ не существуетъ.

Въ современномъ правѣ простымъ фактомъ рожденія чловѣка опредѣляется необходимо и начало его личности, устанавливается юридически принадлежность ему, въ той или другой мѣрѣ, самостоятельной правоспособности.

Процессъ образованія этой идеи личности всякаго чловѣка былъ отдѣльными признаками коротко намѣченъ нами во Введеніи. Современные европейскіе кодексы, одинъ за другимъ, выражаютъ въ болѣе или менѣе категорической формѣ эту идею всеобщей, не для гражданъ только, а для всѣхъ людей, своихъ и чужихъ, установленной гражданской правоспособности. Въ противоположность старой территоріальной максимѣ, по коей воздухъ господской земли дѣлалъ чужого чловѣка подвластнымъ ея господину (*l'air asservit*), тотъ же воздухъ, въ новое время, сперва въ городахъ (*l'air de ville fait libre*), потомъ на территоріи цѣлыхъ государствъ сталъ дѣйствовать иначе и обращалъ всякаго чловѣка, какимъ бы ни было общественное его положеніе въ другомъ мѣстѣ, въ свободнаго и цивильно-правоспособнаго въ предѣлахъ данной территоріи.

Французы шли впереди въ этомъ движеніи законодательства, и уже законъ 5 іюня 91 года объявляетъ всякаго пребывающаго на французской территоріи свободнымъ. Медленно, но постоянно, та же территоріальная максима (*Luft macht eigen*) уступала мѣсто новой въ отдѣльныхъ нѣмецкихъ территоріяхъ, въ Австріи въ 1826 году, въ Пруссіи съ 1857 г. (*Luft macht frei*). Состояніе неволи и неправоиспособности гражданской выведено окончательно законодательными актами прошлаго царствованія и изъ русскаго дѣйствующаго права. Съ этимъ вмѣстѣ вопросъ о правоиспособности гражданской въ этомъ общемъ смыслѣ сталъ, какъ сказано, въ высшей степени простымъ въ теперешней нашей практикѣ. Моментъ пріобрѣтенія ея для чловѣка юридически опредѣляется событіемъ его рожденія *).

*) Въ виду этого нельзя выдѣлять особаго права на личность для отдѣльнаго чловѣка, ибо, въ современномъ правосознаніи, личность есть необходимое свойство всякаго чловѣческаго существа. Гирке (§ 30), какъ и много другихъ юристовъ, правильно утверждаетъ, что это есть основа всѣхъ отдѣльныхъ правъ. Отъ личности нельзя отречься. Иное дѣло отдѣльные права, для коихъ личность служить общей основой. Такъ для лицъ физическихъ. Иначе для союзовъ, которые тоже не сами снимаютъ съ себя свойство личности, а могутъ дѣйствительно или имѣть это свойство, или не имѣть его, быть лишены личности. Между тѣмъ Гирке право личности для лицъ физическихъ ставитъ въ особенной части своей системы, какъ особое право, на ряду съ другими. Иное дѣло—объемъ правъ личности и отдѣльные связанныя съ личностью притязанія. Тутъ тоже однако, много спорнаго у современныхъ систематиковъ (Гирке § 82).

Устанавливая, однако, эту въ высшей степени важную культурно-историческую черту современной европейской и русской жизни, мы получаемъ, для вопроса о правоспособности отдѣльныхъ людей, только, такъ сказать, *отрицательный* результатъ, людей неправоспособныхъ нѣтъ.

Необходимо, вмѣстѣ съ этимъ, имѣть еще цѣлый рядъ данныхъ, которыми ближе и положительнымъ образомъ осуществляется въ извѣстномъ законодательствѣ эта идея.

Правоспособность людей въ старое время юридически опредѣлялась повсюду принадлежностью ихъ къ тому или другому союзу, племенному, территориальному, сословному, исповѣдному. Съ принадлежностью къ тому или другому, или ко многимъ изъ названныхъ союзовъ вмѣстѣ, связана была *положительнымъ* образомъ извѣстность нормъ, коимъ подчиняется правоспособный субъектъ, подсудность его въ дѣлѣ защиты его правъ, наконецъ, самая юридическая извѣстность существованія челоѣка.

Что касается Россіи, то еще весьма недавно громадная масса русскаго населенія, въ условіяхъ крѣпостного быта, составляла частью простой инвентаръ „населеннаго имѣнія“, частью податную и военно-служебную силу, наличность которой была важна для государства, частью, наконецъ, это было населеніе православное, въ коемъ союзъ семейный ограждался законами церкви. Отдѣльно взятый, крѣпостной челоѣкъ подлежалъ власти господской, и о самостоятельной гражданской личности этого зависимаго класса людей не могло быть и рѣчи. Счетъ этого населенія опредѣлялся въ интересахъ государства мѣрами государственными, въ особенности ревизіями, которыя обнимали классы податные и притомъ въ составѣ отдѣльныхъ семей, какъ они значились въ метрическихъ записяхъ духовенства. Извѣстность состава *привилегированныхъ* сословій и ихъ положеніе опредѣлялись также съ помощью метрикъ, списками другого рода, въ особенности сословными, но въ интересахъ ихъ же гражданской правоспособности.

Возможно найти и на западѣ признаки тѣхъ же различій въ подчиненіи лицъ разнымъ нормамъ, различнымъ судамъ, сеньориальному, городскому, сословному, королевскому, церковному, того же самаго различія въ способахъ удостовѣренія наличности населенія, какія знала и наша старина.

Что же произошло на Западѣ, въ законодательствахъ въ особенности французскомъ и обще-германскомъ, со времени появленія новой идеи общей гражданской правоспособности?

Въ указанную выше *période intermédiaire* во Франціи необычайно быстро разрушены были всѣ основы стараго быта, не

только сеньориальныя права, отношенія властныя господъ къ территоріи и населенію, исключительныя институты, рассчитанныя на поддержку сословныхъ интересовъ, но и юрисдикція церковнаго суда, со всѣми послѣдствіями устраненія этихъ старыхъ основъ быта. Всѣ старыя источники права должны были вмѣстѣ съ этимъ изсякнуть и уступить мѣсто единому источнику всѣхъ правъ — *закону французскаго государства*. Отдѣльно взятый *человѣкъ*, съ его личностью, съ гражданской правоспособностью, ему принадлежащей, *сталъ въ прямое и непосредственное отношеніе къ единой государственной власти*, мимо всякихъ иныхъ общественныхъ союзовъ (о союзѣ семейномъ см. ниже). Правоспособность общая для всѣхъ и равная, безъ различія классовъ людей, ограждена новой судебной организаціей, и *извѣстность правъ личности*, ихъ пріобрѣтенія, потери, содержанія, *установлена новымъ порядкомъ регистраціи* событій рожденія, брака, смерти людей, поставленнымъ въ тѣсную связь съ организаціей суда гражданскаго и совершенно выдѣленнымъ изъ прежняго вѣдѣнія церкви. Въ цѣломъ, не только планъ обособленія права частнаго отъ публичнаго, но и задача отдѣленія церкви отъ государства для области права, секуляризація брака, уничтоженіе юрисдикціи церкви, проведены вполне послѣдовательно. Мы имѣли въ виду свойство легальныхъ нормъ новой системы (*Code civil*) и характеръ судебной реформы частью уже выше (Введение); съ подробностями развитія отдѣльныхъ институтовъ будемъ встрѣчаться позже.

Здѣсь, въ вопросѣ о правоспособности каждаго человѣка, признаннаго новымъ законодательствомъ *цивильно-свободнымъ*, для насъ въ особенности важенъ *новый способъ, коимъ устанавливается принадлежность отдѣльному человѣку свойствъ правоспособной личности*. Въ подробности содержаніе этого законодательства мы имѣемъ нынѣ въ составѣ дѣйствующаго *Code civil*, въ книгѣ 1-й „*Des personnes*“, которая дѣлится на XI titres и заключаетъ въ себѣ общія положенія *de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile, des absens, du mariage, du divorce, de la paternité, de la tutelle* (здѣсь не всѣ заголовки titre'овъ, ибо подробности будутъ видны позже). Въ основѣ лежатъ законы 20—25 сентября 92 года, *sur le mode de constater l'état civil des citoyens et sur le divorce*, коими отмѣнены всѣ каноническіе законы, до того регулировавшіе брачное право, и замѣнены закономъ государства. Характерныя черты этого новаго способа устанавливать извѣстность правосостоянія гражданъ суть слѣдующія: 1) подчиненіе органовъ регистраціи

указанныхъ событій государству (officier de l'état civil) и постановка ихъ дѣятельности въ такую же связь со свѣтской юрисдикціей гражданскихъ судовъ, въ какую поставлена дѣятельность нотаріата; 2) приведеніе порядка занесенія записей въ прямую и тѣснѣйшую связь съ цѣлью учрежденія, т.-е. съ задачей *удостоверять событія*, опредѣляющія возникновеніе, прекращеніе, объемъ правоспособности отдѣльнаго человѣка; 3) отвѣтственность всего круга соучаствующихъ въ совершеніи актовъ гражданского состоянія передъ лицомъ закона.

Нельзя не сказать, что со введеніемъ этого новаго порядка нанесенъ былъ рѣшительный ударъ разнымъ формамъ союзной автономіи, племенной, семейной, сословной, исповѣдной, и что въ то же время *интересы* отдѣльнаго лица, съ одной стороны, и *государства*—съ другой, были *несравненно лучше обезпечены*. Вотъ *положительный* результатъ освобожденія личности человѣка изъ старыхъ формъ союзной зависимости.

Мы имѣемъ нынѣ еще другой, весьма близко подходящій по типу къ этому закону, новый обширный законодательный актъ нѣмецкой имперіи, коимъ также опредѣляется порядокъ веденія записей гражданского состоянія и совершенія брака. Это законъ 6 февраля 1875 года. Судьба вопроса вообще любопытна. Введенный Бонапартомъ, вмѣстѣ съ Code civil, французскій mode de constater l'état civil des citoyens былъ вытѣсненъ изъ многихъ нѣмецкихъ земель послѣ того какъ борьба за свободу (Freiheitskampf) достигла цѣли и замѣненъ старымъ способомъ веденія метрикъ духовными лицами. Теперь, закономъ 1875 г., этотъ французскій способъ вводится опять повсюду съ нѣкоторыми несущественными видоизмѣненіями. Какъ во многихъ другихъ случаяхъ, у нѣмцевъ законъ 1875 г. вызванъ не столько юридическими, сколько политическими соображеніями. Онъ составляетъ результатъ борьбы съ вліяніемъ въ особенности римской куріи на дѣла гражданского суда (Kulturkampf). Вмѣстѣ съ тѣмъ, это одинъ изъ первыхъ законодательныхъ актовъ едва опредѣлившейся общей имперской компетенціи по предметамъ гражданского права. Онъ предшествуетъ не только общему гражданскому уложенію, но даже общему уставу гражданского судопроизводства для имперіи. Поспѣшность руководящихъ людей въ разрѣшеніи этой задачи совершенно понятна, ибо законъ, коимъ прежде всего и самымъ надежнымъ образомъ гарантируются интересы личной правоспособности гражданъ, несомнѣнно вѣрнѣе всего другого привлечетъ населеніе къ точнымъ показаніямъ его состава, а затѣмъ, натурально, центральная власть удобно мо-

жетъ воспользоваться этимъ матеріаломъ для цѣлей управленія, военнаго, финансоваго и т. д. *).

По существу это такой же актъ разграниченія духовной и свѣтской юрисдикціи, какимъ во Франціи былъ законъ 92 года. Бракъ перестаетъ быть установленіемъ церковнымъ и совершается, независимо отъ исповѣдныхъ различій брачующихся (между христіанами разныхъ исповѣданій и между христіанами и евреями), въ формахъ гражданскихъ. Согласно новому закону, „документальное удостовѣреніе рожденій, браковъ и смертей совершается чрезъ занесеніе должностными лицами, назначенными для сего государствомъ, этихъ событій въ надлежащіе реэстры“ (§ 1). Эти реэстры (Standesregister) „доказываютъ тѣ событія, для удостовѣренія коихъ они назначены и кои въ нихъ занесены, до тѣхъ поръ, пока будетъ противудоказанъ подлогъ, неправильная запись, или неправильность показаній или утвержденій, на основаніи коихъ запись произведена“ (§ 15). „Государство не препятствуетъ духовнымъ лицамъ вести свои реэстры, но таковыя не пользуются публичнымъ довѣріемъ (publica fides), которое присвоется актамъ гражданского состоянія по закону 6 февраля 1875 года.

Вотъ практическое и положительное разрѣшеніе вопроса о предѣлахъ гражданской правоспособности отдѣльныхъ людей (начало, конецъ) и о способахъ удостовѣрять ее во Франціи и Германіи.

Какимъ образомъ разрѣшаетъ эту задачу русское законодательство?

Мы видѣли выше, что неспособныхъ людей современный русскій законъ не знаетъ. Для цѣлей огражденія всѣхъ и cadaго въ его правахъ гражданскихъ организована уставомъ 20 ноября 1864 года цѣлая лѣстница судебныхъ установленій, въ коихъ задачи законодательства, управленія, суда, и ближе— юстиціи гражданской и уголовной, обособлены и поставлены въ отличныя отъ прежняго условія. Въ этомъ отношеніи русская государственная власть не только не отставала отъ соотвѣтствующаго движенія законодательства въ Германіи, но шла, въ смыслѣ объединенія процессуальныхъ формъ, даже впереди нѣмецкихъ розныхъ судебныхъ уставовъ. Что же сказать о способахъ удо-

*) Оцѣнку этого способа вести счетъ населенію см. въ „Теоріи Статистики“ проф. Янсона, 2-е изд. 1887 г. Законъ 1875 г. уже составилъ предметъ специальной разработки въ нѣмецкой литературѣ. Для цивилистовъ достаточно переработокъ этого закона, сдѣланныхъ проф. Mandry въ его книгѣ „Der civilrecht. Inhalt d. Reichsgesetze, 3 изд.

ствовѣренія событій, опредѣляющихъ цивильную правоспособность отдѣльныхъ лицъ?

Мы показали выше ту тѣсную связь, въ какой стояло разрѣшеніе этой задачи на западѣ съ управленіемъ старинныхъ союзныхъ формъ быта и съ секуляризацией союза брачнаго въ особенности. Государственная власть, однако, стояла у насъ далеко не въ той степени соревнующаго антагонизма съ властью церкви, какую мы видимъ въ исторіи западныхъ государствъ. До Петра Вел. обширная область юрисдикціи по дѣламъ семейнымъ и наслѣдственнымъ въ самой значительной степени принадлежала церкви и подчинялась нормамъ права каноническаго съ его видоизмѣненіями въ практикѣ русскихъ духовныхъ судовъ. При слабомъ развитіи договорнаго права, за исключеніемъ этихъ институтовъ, для области права гражданскаго оставалась лишь сфера имущественныхъ отношеній по недвижимостямъ, носившимъ въ ту пору характеръ далеко не цивильный. Она была во всякомъ случаѣ далеко не обширною. Начиная съ Петра, юрисдикція свѣтскаго суда замѣтно расширяется, прежде всего на кругъ дѣлъ о наслѣдованіи, а затѣмъ, и въ дѣлахъ семейныхъ, наряду съ старыми источниками каноническаго права, развивается все болѣе и болѣе законодательная дѣятельность свѣтской власти.

Не менѣе того *судъ по дѣламъ брачнымъ удерживается въ рукахъ духовныхъ властей до настоящаго времени*. Это составляетъ первое и существеннѣйшее препятствіе для перехода нашего законодательства отъ прежней формы удостовѣренія событій рожденія, брака, смерти, отъ старыхъ взглядовъ на эти задачи, къ новымъ. Въ тѣхъ условіяхъ, коими опредѣляется положеніе русской церкви съ Петра Вел. въ особенности, государство не только не могло видѣть опасности для своихъ цѣлей въ широкомъ вліяніи духовенства на эту сторону дѣла, а, наоборотъ, пользовалось записями указанныхъ фактовъ чрезъ слугъ церкви какъ подспорьемъ для производства переписей населенія.

Тотъ *порядокъ веденія* такъ называемыхъ *метрикъ*, который держится и до сего времени, введенъ былъ указомъ Петра въ маѣ 1722 года. Въ прибавленіи къ духовному регламенту (П. С. З. № 4022) указано священникамъ имѣть у себя книги, метрики, гдѣ отмѣчать своего прихода младенцевъ рожденіе и крещеніе, а такожъ случаи смерти такихъ младенцевъ до крещенія, съ прописаніемъ вины, коей ради младенецъ лишенъ св. крещенія; да въ тѣхъ же книгахъ записывать бракомъ сочетающихся. Подъ № 4480 даны формуляры для веденія метриче-

скихъ записей. Первоначально этотъ порядокъ введенъ для православныхъ приходовъ. Онъ, стало быть, не былъ общимъ. Съ другой стороны, любопытенъ вопросъ, былъ ли этотъ порядокъ единственнымъ, удостоверяющимъ эти событія?

Въ томъ же году (1722), въ инструкціи герольдмейстеру читаемъ: „Повиненъ онъ всего государства всѣхъ дворянъ списки имѣть троякіе“. Указаны эти три рода списковъ и велѣно передать въ Сенатъ всѣ прежніе изъ Розряда, да изъ Военной и Адмиралтейской коллегій. Въ это новое учрежденіе велѣно ежегодно сообщать рапортомъ, что у кого дѣтей мужеска пола родится или умретъ. Это *дворянскіе списки*. И здѣсь, какъ при ревизіяхъ, записи метрическія служили тоже важнымъ подспорьемъ для точности отмѣтокъ. Незадолго до этого (1718 г.), какъ мы видѣли выше, установленъ порядокъ приведенія въ извѣстность населенія, тоже мужского, тоже по всей имперіи, названный ревизіей (П. С. З., № 3245).

Все это способы приводить въ извѣстность личный составъ населенія имперіи, но есть ли въ числѣ ихъ хотя одинъ, который имѣлъ бы цѣлью именно обезпеченіе правъ отдѣльныхъ людей? Возможно ли ожидать, въ этой эпохѣ, дѣятельности законодателя, направленной на такую цѣль, на то, что французы называютъ *mode de constater l'état civil des citoyens*? Натурально, всего менѣе. Между тремя категоріями актовъ возможно различить такіе, которые *ближе подходили къ этой цѣли*, другіе, которые далеко отъ нея отстояли; но несомнѣнно ни одинъ прямо на эту цѣль не былъ рассчитанъ. Ревизія отстояла всего дальше отъ личныхъ интересовъ людей, подлежащихъ переписи. Тутъ цѣль была прямо военная и финансово-административная. Но совершенно такъ и вѣдомство герольдмейстера рассчитано (см. указъ) на выполненіе обязанностей дворянъ въ отношеніи къ государству. Наконецъ, и о метрикахъ, въ первоначальномъ ихъ видѣ, законъ вовсе не говоритъ, какъ о средствѣ удостовѣрить именно гражд. правоспособность. Тутъ та же точка зрѣнія обязанности, а не правъ: по коей винѣ младенецъ лишенъ св. крещенія, въ покаяніи ли представился умирающій, и если не погребенъ, то по какой винѣ (причинѣ) не получилъ христіанскаго погребенія.

Всѣ эти записи (мы ихъ здѣсь не перечисляемъ, а только приводимъ въ видѣ примѣра) въ послѣдующемъ законодательствѣ крайне развились. Образовалось множество отдѣльныхъ видовъ и способовъ удостовѣрять личность человѣка для самыхъ разнообразныхъ цѣлей. Они связаны частью съ положеніемъ человѣка

въ составѣ населеннаго имѣнія, частью съ положеніемъ чело-
вѣка въ составѣ того или другого служебнаго вѣдомства, частью
съ принадлежностью къ тому или другому государственному со-
словію, къ тому или другому установленію, исповѣданію, племени
и т. д. Прямое отношеніе лица къ государству обнаруживается
лишь въ вопросѣ о подданствѣ или иноземствѣ; засимъ во всемъ
другомъ между отдѣльнымъ человѣкомъ и государствомъ стоитъ
неизбѣжно та или другая союзная форма, которою разрѣшается
весь вопросъ о свойствахъ личности и правоспособности человѣка.

Только люди произвольно уходящіе изъ состава этихъ сою-
зовъ, оставляющіе произвольно мѣсто жительства, указанное имъ
закономъ, исповѣданіе господствующей церкви или христіанское
вообще, укрывающіеся отъ подлежащаго вѣдомства (союза), вѣ-
даются прямо государствомъ, но уже во всеоружіи его карающей
силы. Законодательство переполнено многочисленными опредѣле-
ніями способовъ вступленія и выхода изъ этихъ союзовъ. Союз-
ныя формы правоспособности преобладаютъ, личныя поглощены.
Жизнь и развитіе этихъ союзныхъ формъ составляютъ предметъ
изученія другихъ юридическихъ дисциплинъ, права государствен-
наго, церковнаго, полицейскаго, ибо характерныя для нихъ
функціи суть именно или политическія, или религіозныя, или со-
ціально-политическія, всего менѣе чисто цивильныя.

Мы укажемъ дальше, насколько эти союзныя формы явля-
лись сами цивильно-правоспособными и насколько принадлежность
къ той или другой изъ нихъ видоизмѣняетъ и нынѣ въ извѣстной
степени личную правоспособность. Здѣсь достаточно замѣтить,
что *государство не гарантировало никакихъ правъ людямъ,
стоящимъ внѣ признанныхъ союзныхъ формъ.* Это были люди
гулящіе, бродяги, бѣглецы, отступники и пр. Для этихъ людей
искать въ ту пору удостовѣренія ихъ личности, рожденія, семьи,
было бы совершенно противно ихъ интересамъ, и лично они
заявляли себя нормально непомнящими ни родства, ни племени,
ни семьи, ни мѣста, гдѣ родились, порвавшими всякія связи съ
своимъ прошлымъ. Въ рѣдкихъ случаяхъ простая достовѣрность
событія рожденія и смерти лицъ, не состоящихъ въ какой-либо
изъ признанныхъ общественныхъ группъ, могла представлять ин-
тересъ сколько-нибудь значительный для нихъ.

*Наиболѣе общимъ, хотя не рассчитаннымъ первоначально на
эту цѣль способомъ удостовѣрять личное правосостояніе слу-
жили въ этихъ условіяхъ метрики, какія велись обязательно
духовенствомъ, сперва только православнымъ, затѣмъ другихъ
христіанскихъ исповѣданій, іудейскимъ, магометанскимъ и проч.*

Кодификація русскаго права произошла въ такихъ условіяхъ, когда правоспособность *гражданская* далеко еще не обособилась отъ старыхъ союзныхъ формъ, опредѣлявшихъ государственный и общественный строй стараго времени. Такимъ образомъ все то, что на этой основѣ дѣйствовало въ практикѣ, должно было найти мѣсто и въ кодексѣ. Ввести въ систему *гражданскихъ* законовъ всю массу положеній о разныхъ родахъ состояній, въ коихъ числились люди, не было правильнаго основанія. Законы о состояніяхъ составили особый томъ свода, именно IX, и въ него вошли не только опредѣленія различной правоспособности лицъ, смотря по ихъ принадлежности къ тому или другому государственному состоянію, но и указанія способовъ веденія актовъ состоянія.

Какъ ни разнообразны эти указанія, накопившіяся въ те-перешнемъ составѣ свода законовъ о состояніяхъ, они, однако, далеко не исчерпываютъ этой важной матеріи съ юридической стороны. При невозможности отдѣлить вопросъ о правоспособности гражданской отъ принадлежности лица къ тому или другому состоянію, законъ раздѣлилъ акты, коими удостоверяется состояніе каждаго лица, на I, *общіе* для всѣхъ состояній: приходскія (метрическія) книги и вѣдомости; II, *отдѣльные* для нѣкоторыхъ состояній: 1) для дворянства—дворянскія родословныя книги, общій гербовникъ дворянскихъ родовъ и списки дворянскіе, со-держимые въ департаментѣ герольдіи, 2) для духовенства—монастырскія записныя книги и списки лицамъ духовнаго вѣдомства, 3) для городскихъ обывателей—городовыя обывательскія книги и бархатная книга знатныхъ купеческихъ родовъ; III, *особенные* акты для состоянія городскихъ и сельскихъ обывателей—ревизскія сказки (т. IX, ст. 1032).

Т. X, ст. 123 указываетъ еще виды актовъ, коими доказы-вается рожденіе, при отсутствіи метрическихъ книгъ или сомни-тельности обстоятельствъ, въ нихъ показанныхъ,—это формуляр-ные списки родителей, исповѣдныя росписи (ср. еще ст. 181, т. X ч. II, а также Уст. гр. суд. ст. 1356 нынѣ т. 16 чч. I и II, въ посл. ст. 147; эти опредѣленія касаются законнорож-денныхъ) и иные, указанные въ ст. 1032 т. IX документы.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что все это разнообразіе способовъ удостовѣренія событій, опредѣляющихъ правоспособ-ность отдѣльнаго человѣка, очень осложняетъ задачи огражденія правъ гражданскихъ. Однако, зло это было неизбежнымъ до тѣхъ поръ, пока характерное свойство самаго быта заключалось именно въ необособленности правъ гражданскихъ отъ публичныхъ,

и правоспособность гражданская опредѣлялась принадлежностью лица къ той или другой союзной формѣ, изъ коихъ слагался строй русскаго государства.

Мы указали во Введеніи, что реформы прошлаго царствованія поставили вопросъ о гражданской правоспособности отдѣльныхъ людей въ значительную степень независимости отъ ихъ сословной квалификаціи, отъ различія ступеней, ими занимаемыхъ въ смыслѣ государственномъ. Но, однако, выходъ лица изъ этихъ старыхъ союзныхъ формъ, по разнымъ причинамъ, не могъ совершиться моментально. Если старая организація сословій быстро утрачивала свое прямое вліяніе на права гражданскія, то интересы государственнаго управленія, военнаго и финансоваго въ особенности, еще долгое время удерживали массу населенія въ исключительныхъ условіяхъ частью приниженой правоспособности, частью неприноровленнаго для цивильныхъ цѣлей удостовѣренія ея. Лишь отмѣна стараго порядка отбыванія рекрутской повинности, подушной подати и постоянные успѣхи выкупной операціи приводятъ эти массы населенія въ болѣе свободное отношеніе къ старымъ союзнымъ формамъ быта и дѣлаютъ ненужными старые способы удостовѣренія личности, особенно посредствомъ ревизскихъ сказокъ. Для будущаго этотъ способъ удостовѣренія правосостоянія, несомнѣнно, потеряетъ всякое значеніе.

Мы видѣли выше, что метрики введены безъ прямой цѣли удостовѣрять именно гражданскую правоспособность. Записи въ нихъ производятся „по исправленіи каждой требы, какъ-то: молитвъ при рожденіи и крещеніи младенца, вѣнчанія и погребенія“ (ст. 1038). Согласно приложенному къ ст. 1035 формуляру, въ книгѣ обозначается годъ, мѣсяцъ и день рожденія. Такъ какъ записью удостовѣряется церковное событіе, то натурально присоединившійся къ православію раскольникъ долженъ быть также занесенъ въ метрику (т. XIV, уст. о пред. и прест. ст. 61 и уст. дух. конс. ст. 22 и 25).

Позже чѣмъ для православныхъ приходовъ порядокъ веденія метрикъ былъ выработанъ и утвержденъ русской законодательной властью для исповѣданій римско-католическаго, евангелич.-лютеранскаго, для магометанъ, евреевъ, караимовъ, для раскольниковъ, баптистовъ. Въ этомъ процессѣ дальнѣйшаго примѣненія старой системы она сама существенно измѣнилась и утрачивала свой старинный характеръ. Для евангелич.-лютеранскихъ записей требуется отмѣтка года, мѣсяца, числа и часа рожденія и смерти, причемъ въ списки (особ. графа) вносятся и мертворожденные и умершіе до крещенія младенцы (т. IX, ст.

1064 и 1070), а также въ *общемъ спискѣ прихожанъ* отмѣчается *вступленіе и выбытіе изъ прихода* (1074 и 1075). Правила дѣйствія для духовн. лицъ иностран. исповѣданій указываются частью въ IX т., частью въ XI, въ устав. иностранныхъ исповѣданій, какъ и самое вѣдомство дѣлъ этого рода сосредоточено въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ, въ департаментѣ духовныхъ дѣлъ иностр. исповѣданій.

Но какъ бы мы въ будущемъ ни ушли далеко, въ опредѣленіи правоспособности отдѣльныхъ лицъ, отъ прежняго порядка удостовѣренія правосостоянія, способы старинные удержать свое практическое значеніе для вопросовъ правъ гражданскихъ и позже, ибо основы этихъ правъ покоятся часто на отношеніяхъ прошлаго времени, иногда весьма отдаленнаго. И мы имѣемъ нынѣ постоянные процессы, въ особенности по вопросамъ наслѣдованія лицъ въ порядкѣ преемства родственнаго, основанные на давно-минувшихъ отношеніяхъ близости лицъ, удостовѣреніемъ коей служатъ прежніе, *отдѣльные акты состояній*.

Для классовъ, несшихъ не однѣ тягости, а пользовавшихся правами и привилегіями особенно со времени новой организаціи сословій при Екатеринѣ II, *особые акты состояній* стояли ближе къ вопросу о ихъ правахъ и они натурально еще дольше удержатъ свое значеніе въ практикѣ *).

Мы не остановимся въ подробности на вопросахъ подчиненности, порядка выдачи книгъ, порядка записи, свидѣтельствванія ихъ, выдачи метрическихъ свидѣтельствъ по всѣмъ указаннымъ исповѣданіямъ, ибо все это отличается значительнымъ разнообразіемъ по различію исповѣданій, и свѣдѣнія эти легко найти въ указанныхъ мѣстахъ Св. Зак. Что касается метрическихъ книгъ, содержимыхъ священно-служителями и причетниками *православныхъ приходовъ*, то онѣ дѣлятся на 3 части: а) о рождающихся, б) — бракосочетавшихся и с) — умершихъ. Для каждой части свои формуляры. Въ 1-й части нѣтъ показаній лицъ, кои свидѣлствуютъ о рожденіи, а такъ какъ запись касается собственно крещенія младенца, то для обозначенія воспріемниковъ существуетъ особая графа; въ другой графѣ показывается духовное лицо, совершившее таинство. Подпись священника и при-

*) См. т. IX, особ. ст. 1101 и 1132 и прим. (а также ссылки на указы, служащіе имъ основаніемъ). Здѣсь показана цѣль, для которой введены дворянскія родословныя книги и городскія обывательскія: дабы доставить каждому пособіе продолжать свое достояніе наслѣдственно, отъ отца къ сыну, внуку, правнуку. См. тоже ст. 1130 о спискахъ лицъ духовнаго вѣдомства православнаго исповѣданія, въ кои не вносятся дѣти этихъ лицъ, а показываются въ послужныхъ спискахъ отцовъ.

четниковъ удостовѣряетъ событіе, а рукоприкладство свидѣтелей записи (отца, матери) *допускается по ихъ желанію*. Соучастіе этихъ лицъ въ просмотрѣ записаннаго есть факультативное: когда они сами пожелаютъ повѣрить точность записи и когда, въ предотвращеніе ошибокъ, ихъ къ тому приглашаютъ члены церковнаго причта. Съ записями бракосочетаній въ особенности мы встрѣтимся въ другомъ мѣстѣ. Въ части 3-й, объ умершихъ, отмѣчается событіе смерти, но безъ особыхъ, направленныхъ на точное удостовѣреніе именно событія смерти мѣръ, а съ показаніемъ мѣсяца, дня смерти, званія, имени, и проч. умершаго, болѣзни, *кто исповѣдывалъ, кто совершалъ погребеніе и гдѣ погребенъ*, для чего и есть особыя рубрики. Все вмѣстѣ удостовѣряется подписью причта.

При наступленіи года, изъ листовъ, показаннымъ способомъ разграфленныхъ, сшиваемыхъ въ тетради для каждой части (рожденія, брака, смерти) отдѣльно, духовными консисторіями или правленіями изготовляются книги и за скрѣпой одного изъ членовъ этихъ присутствій, съ обозначеніемъ числа листовъ, выдаются по одной на каждую церковь, гдѣ и имѣютъ быть хранимы. Записи дѣлаются (безъ подчистокъ, погрѣшности оговариваются) совершившими соотвѣтствующую потребу. Метрическія книги ежемѣсячно должны быть свидѣтельствуемы и подписываемы причтомъ, при чемъ должны быть показаны числа родившихся, сочетавшихся и умершихъ. При наступленіи 1-го мѣсяца слѣдующаго года, причтъ, за общимъ подписаніемъ, отсылаетъ веденныя имъ книги въ консисторію, удостовѣряя, что списки съ нихъ, за общимъ же подписаніемъ, оставлены при церквяхъ для храненія въ ризницахъ. Освидѣтельствованныя и переплетенныя книги хранятся, каждый годъ особо, въ архивахъ консисторій, откуда заинтересованные лица и могутъ получать консисторскія метрическія свидѣтельства. Исправность веденія книгъ и своевременная отправка въ консисторію лежитъ на отвѣтственности священнослужителей и причетниковъ и гарантируется сверхъ сего свидѣтельствомъ оныхъ по полугодно благочиннымъ. Съ каждымъ новымъ годомъ консисторія дѣлаетъ распоряженія о разсылкѣ прошнурованныхъ формуляровъ вновь для дальнѣйшаго веденія записей. О цѣлости хранимыхъ въ архивахъ книгъ и объ исправности доставки епархіальные архіереи ежегодно доносятъ святѣйшему синоду. Метрическія свидѣтельства изъ консисторій выдаются самому записанному, его повѣренному, родителямъ и опекунамъ, причемъ выдача новаго свидѣтельства допускается лишь въ виду утраты прежняго. Выданныя по просьбѣ

заинтересованныхъ, немедленно по учиненіи записи приходскимъ духовенствомъ, выпиши, тоже именуемая метрическими свидѣтельствами, не замѣняютъ консисторскаго метрическаго свидѣтельства.

Мы видѣли до сихъ поръ способъ дѣйствія русской государственной власти тамъ, гдѣ орудіями ея цѣлей служили союзныя организаціи признанныхъ государствомъ исповѣданій. Извѣстно, однако, что въ разныя эпохи народной жизни у насъ возникали религіозныя ученія и толки, не пользовавшіеся такимъ признаніемъ. Къ какимъ крайностямъ отрицанія не только церковныхъ догмъ и общихъ началъ государственнаго быта, но и прямо земного существованія человѣка приводили эти ученія, объ этомъ мы находимъ ужасающія свидѣтельства въ памятникахъ нашего законодательства. Для примѣра достаточно взять случай, происшедшій недалеко отъ Петербурга, въ началѣ царствованія Екатерины, въ 1764 г., когда 18 человѣкъ раскольниковъ обоого пола, Новгородской епархіи, Обонежской пятины, собрались въ ночь на 13-е декабря въ избу для самосожженія и 21-го ночью сгорѣли, что побудило правительство, въ виду повторенія такихъ явленій, принять общія мѣры для ихъ предупрежденія (П. С. З., № 12326, ср. еще Выс. утвержд. докладъ воен. ком., тамъ же, № 12422,.... дабы оныя лѣсные жители въ скитахъ и кельяхъ ни подъ какимъ видомъ бѣглыхъ крестьянъ и всякаго званія людей въ расколъ принимать не осмѣливались, *также чтобъ не жилися*,—прибавляетъ собственноручно императрица Екатерина). Многочисленные послѣдующія политическія, административныя, карательныя и просвѣтительныя мѣры, принимавшіяся правительствомъ для устраненія разныхъ толковъ, не имѣютъ прямого отношенія къ занимающему насъ вопросу. Изъ нѣкоторыхъ публикуемыхъ правит. сенатомъ кассационныхъ рѣшеній ясно, что по отношенію къ раскольникамъ принимались въ старое время негласныя мѣры, которыя дѣлаютъ нынѣ вопросъ о гражданской правоспособности членовъ этихъ общинъ и семей часто очень сомнительнымъ. Отвергая всѣ бытовыя начала этихъ людей, государство, вмѣстѣ съ этимъ, лишало себя возможности постоянного и правильнаго вѣдѣнія значительной части коренного русскаго населенія.

Только въ эпоху реформъ прошлаго царствованія вопросъ сталъ совершенно иначе. По духу этихъ реформъ элементы права частнаго должны придти для любого круга лицъ въ болѣе или менѣе полное обособленіе отъ прежнихъ, стѣснительныхъ для развитія личности, историческихъ формъ союзнаго быта. Все на-

селеніе, независимо отъ принадлежности къ разнымъ сословіямъ и исповѣданіямъ, должно быть поставлено въ прямое и непосредственное отношеніе къ государству и къ органамъ его правосудія. Вмѣстѣ съ этимъ утрачиваются для отдѣльныхъ лицъ многія побужденія скрываться отъ органовъ власти. При этихъ условіяхъ способы удостовѣрять личную правоспособность, и именно кардинальные, опредѣляющіе ее моменты, рожденіе, вступленіе въ супружество, смерть, должны получить иной характеръ, чѣмъ прежде. Дѣйствительно, этотъ новый характеръ именно актовъ гражданскаго состоянія успѣлъ уже опредѣлиться, и первоначально, какъ исключеніе изъ общаго исповѣднаго порядка веденія метрикъ, для раскольниковъ. Тамъ, гдѣ іерархія отклоняющагося исповѣданія не признана, рядомъ законодательныхъ актовъ, начиная съ 1874 года, указанъ способъ веденія этихъ актовъ, тоже названныхъ метриками, посредствомъ органовъ власти государственной, а не церковной. Это волостныя, уѣздныя, городскія мѣстныя управленія, надзоръ за дѣйствіями коихъ, черезъ губернскія правленія, сосредоточивается въ мин. внутр. дѣлъ (т. IX, ст. 1093 съ прил. и прим. по прод. 1883 г. Жалобы въ 1-й деп. правит. сената, т. 1 учр. сената, ст. 30, доп. 2, п. 6 по прод. 1883 г. Для подробныхъ справ. см. сборн. Гожева). Заявленія о рожденіи, для записи, дѣлаются родителями и тѣми, кому они поручаютъ, а также принявшими новорожденного на воспитаніе. Дѣйствительность происхожденія дѣтей отъ брака раскольниковъ, равно какъ и правильность заявленія о времени рожденія должны быть подтверждены показаніями не менѣе 2-хъ свидѣтелей. По истеченіи года со дня рожденія запись не можетъ быть произведена, а законность рожденія имѣетъ быть доказываема судомъ (т. IX, тамъ же). Для записи браковъ, „предшествовавшее записи брака исполненіе соблюдаемыхъ между раскольниками брачныхъ обрядовъ вѣдѣнію полицейскихъ чиновъ при семъ не подлежитъ“ (тамъ же, прил., ст. 17). Законъ указываетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, различныя мѣры для устраненія записи такихъ браковъ, которые, независимо отъ исповѣдныхъ особенностей, противорѣчатъ христіанскимъ воззрѣніямъ на существо этого союза (подробности тамъ же, въ прил. къ ст. 1093 и въ ученіи о союзѣ брачномъ). Запись о смерти отнесена здѣсь не къ моменту погребенія, а къ самому событію (тамъ же).

Если вопросъ о гражданскомъ состояніи раскольника относится къ эпохѣ предшествовавшей 19 апр. 1874 г., то законодатель указываетъ другіе источники кромѣ метрики, для удосто-

вѣренія опредѣляющихъ гражданскія состоянія событій (особенно ревизскія сказки, см. т. X ч. 1 изд. 87 г. ст. 78 примѣч.).

Согласно позднѣйшему развитію законодательства, метрическія записи браковъ, рожденій и смертей ведутся мѣстными гражданскими властями и для баптистовъ (т. XI, уст. иностр. исп., ст. 903, по прод. 81 г.). Правила о веденіи метрическихъ записей для баптистовъ разработаны много обстоятельнѣе, чѣмъ для раскольниковъ (см. сборн. указ. за 1879 г., № 112, ст. 716 и сборникъ Гожева). Установленъ 2-хъ недѣльный срокъ для заявленія о рожденіи. Для мертворожденныхъ составляется запись о рожденіи, съ показаніемъ мертворожденности, а для дѣтей, родившихся живыми и умершихъ до записи, оба событія заносятся въ книгу записей о рожденіи и о смерти. Для записи смерти установленъ 8-ми дневный срокъ. Событія эти точно, въ юридическомъ смыслѣ, опредѣляются обязательнымъ показаніемъ времени и мѣста рожденія и смерти въ каждой записи. У баптистовъ, какъ и у раскольниковъ, во всѣхъ случаяхъ требуется наименованіе лицъ, сдѣлавшихъ заявленіе, и лицъ, бывшихъ при томъ свидѣтелями, причемъ всякая запись должна быть подписана должностнымъ лицомъ, заявителями и свидѣтелями, если они грамотны, а о безграмотности дѣлается оговорка.

Есть рядъ случаевъ, гдѣ событія рожденія и смерти удостоверяются иначе, смотря по вѣдомству, въ коемъ состоятъ родители (особ. метрич. книги по воен. вѣдомству, см. т. IX, ст. 1089 и слѣд., для ссыльныхъ тамъ же, 1095) или по мѣсту, гдѣ произошло событіе (на мореход. судахъ, или на морѣ и на внутреннихъ водахъ ст. 1096 и слѣд.; удостовѣреніе чрезъ консуловъ, см. уст. торг., т. XI, ст. 2025, уст. конс. 1887 г. ст. 69—81).

Изъ сдѣланныхъ нами краткихъ указаній легко придти къ заключенію, какою сложностью отличается у насъ этотъ порядокъ веденія метрикъ. Трудно найти какой нибудь отдѣлъ законодательства, который такъ или иначе не касался бы этого вопроса. Всего менѣе онъ обработанъ въ составѣ X т. ч. 1-ой, въ закон. гражд. По способу веденія книгъ самая задача можетъ казаться вовсе не связанной именно съ правомъ гражданскимъ. Это имѣетъ свое историческое объясненіе. Но въ теперешнемъ состояніи русскаго права это анахронизмъ, утрачивающій съ каждымъ годомъ связь съ явленіями современнаго русскаго гражданскаго права. Нѣтъ сомнѣнія, что этотъ порядокъ веденія актовъ гражданскаго состоянія имѣетъ скоро стать на очередь вопросовъ, подлежащихъ такой законодательной переработкѣ, которая привела бы

это важное условіе извѣстности гражданскихъ правъ въ большее соотвѣтствіе съ нынѣшнимъ состояніемъ общей гражданской правоспособности людей, уже признанной въ принципѣ нашимъ законодательствомъ.

Указанными здѣсь многообразными и въ то же время недостаточными положеніями далеко не исчерпывается задача, которая должна быть поставлена государствомъ, ищущимъ дѣйствительнаго огражденія гражданской правоспособности всѣхъ гражданъ. На восточныхъ нашихъ окраинахъ имѣются массы населенія, которое въ своемъ бытѣ или вовсе не носитъ признаковъ европейской культуры, или имѣетъ ихъ въ самой слабой степени. Въ этихъ условіяхъ тамъ не можетъ быть ни потребности, ни средствъ правильнаго веденія актовъ состоянія. Законодатель не только не спѣшитъ обособить и въ инородческомъ населеніи отдѣльное лицо изъ сложившихся племенныхъ формъ быта, но, какъ увидимъ позже, ограждаетъ отдѣльныхъ людей, хотя и взрослыхъ, отъ неудобствъ пользованія гражданской свободой при недостаткѣ зрѣлости сужденій и характера. Положенія законодательства для калмыковъ, инородцевъ Восточной Сибири, для Туркестанскаго края, частью вошли въ общій сводъ, частью составляютъ особый сводъ степныхъ законовъ кочевыхъ инородцевъ Восточной Сибири, частью, наконецъ, мы имѣемъ и особые законоположенія для мѣстностей, занятыхъ преимущественно инородцами. Таково въ особенности новѣйшее подробно-развитое „Положеніе объ управленіи туркестанскаго края“ Выс. утвѣрж. 12 іюня 1886 г. *). Интересы при изученіи русскаго гражданского права эти акты не представляютъ, но они очень любопытны, во 1-хъ, какъ свидѣтельства быта нашихъ восточныхъ окраинъ, во 2-хъ, и особенно послѣдній актъ, какъ попытка примѣнить къ быту даже кочевыхъ инородцевъ многія формы управленія и суда, не только уголовного, но и гражданского, выработанныя жизнью культурныхъ народовъ.

По отношенію къ калмыкамъ законодатель подчиняетъ дѣла брачныя правиламъ буддійскаго исповѣданія и окончательнымъ рѣшеніямъ ламы; а для вопроса о правѣ дѣтей на имущества и воспитаніе указываетъ свѣтскую юрисдикцію улусскаго зарго. Нынѣ эта свѣтская юрисдикція ограничена введенными въ Став-

*) Напечатано въ Мѣ Правител. Вѣстника 204—207 за 1886 г. и приведено въ дѣйствіе съ 1 января 1887 г. Это Положеніе, также какъ и Положеніе объ управленіи областей Акмолинской и друг., учрежденіе сибирское, положеніе объ инородцахъ входятъ въ составъ II т. Св. Зак. Эти Положенія вошли уже въ составъ предпринятаго товариществомъ „Общественн. Польза“ изданія Св. Зак. въ одной книгѣ (вып. 2-й).

ропольской губерніи судебными установленіями (т. XI, уст. иностр. исповѣд. ст. 1283 и 1284). Та же подсудность буддійской іерархіи имѣетъ мѣсто и для другихъ кочевыхъ инородцевъ Восточной Сибири, но въ дѣлахъ брачныхъ русскій законодатель допускаетъ самое сильное вліяніе родовыхъ управленій. Въ указанномъ новомъ законодательномъ актѣ для осѣдлаго туземнаго населенія обязанность слѣдить за убылью и прибылью этого населенія возложена на волостного управителя (волость состоитъ изъ нѣсколькихъ сельскихъ обществъ, у туземцевъ—аксакальствъ), для кочевого населенія составъ аульнаго общества и волости опредѣляется кибитками (200 и 2000 кибитокъ, а кибитка—отдѣльное, конечно, временное жилище, юрта, сакля, землянка или домъ). См. ст. 99, 108, 109, указ. Положенія. Судебныя установленія дѣйствуютъ или на основаніи общихъ законовъ Имперіи, или, для туземцевъ въ особенности, организована дѣятельность судовъ народныхъ. Народные суды разрѣшаютъ подсудныя имъ дѣла на основаніи обычаевъ, существующихъ въ той или другой части туземнаго населенія.

Несомнѣнно, что тѣ явленія быта, съ которыми мы встрѣчаемся въ сводѣ степныхъ законовъ, составляютъ, въ смыслѣ культурномъ, формы, обращенныя къ очень отдаленному прошлому. Въ нихъ всего менѣе гарантій личности и гражданскихъ правъ отдѣльнаго человѣка. Образцы формъ, ближе достигающихъ этихъ цѣлей, мы видѣли, говоря объ актахъ состоянія по общему своду. Но и тамъ много нерасчлененнаго, неприноровленнаго къ этимъ именно цѣлямъ. Ближе къ этимъ цѣлямъ подходитъ порядокъ веденія актовъ гражданского состоянія въ Царствѣ Польскомъ. Вы находите въ современномъ положеніи тамошняго права почти тоже, что нашли бы въ нѣмецкихъ земляхъ, гдѣ дѣйствовалъ порядокъ Code Napoléon, въ послѣдствіи видоизмѣненный возобновленіемъ записей прежняго исповѣднаго характера и участіемъ духовенства. При этомъ, однако, то, что заключалъ въ себѣ Code въ смыслѣ точности записей, развитости ихъ содержанія, различныхъ условій, гарантирующихъ ихъ достовѣрность, было тщательно сохранено *).

*) Для ознакомленія на русскомъ языкѣ съ этимъ порядкомъ можетъ служить Сборникъ проф. Малышева указан. выше, стр. 132 и слѣд., а также весьма доступный по цѣнѣ переводъ гражд. законовъ дѣйствующихъ въ Царствѣ Польскомъ, изд. канд. правъ С. Шиферомъ. Обстоятельное изложеніе такого важнаго института, конечно, невозможно безъ связи со всей системой дѣйствующаго въ данной территоріи матеріальнаго и процессуальнаго гражданского права.—Тоже надлежитъ сказать и объ Ост-зейск. краѣ, гдѣ, въ истекшемъ году (1888), произведены важныя въ порядкѣ веденія метрикъ измѣненія въ связи съ вводимымъ тамъ нынѣ преобразованіемъ Полиціи.

тельства въ этой окраинѣ не могло внести въ дѣло той простоты и цѣлесообразности, какая желательна и которая достигнута въ Германіи закономъ 1875 года, ибо, какъ было видно выше, этихъ свойствъ не имѣетъ отечественный способъ веденія записей.

§ 11.

Nasciturus въ старомъ правѣ. — „Неродившіяся дѣти“ въ Св. Зак. — Рожденіе живымъ. — Доказанность. — Своевременное рожденіе. — Жизнеспособность. — Образъ человѣка. — Вѣроятная продолжительность жизни. — *Présomption de survie*. — Безвѣстное отсутствіе. — Имперскій Код. 96 г.

Рожденіемъ и смертію устанавливаются предѣлы гражданской правоспособности отдѣльныхъ людей. Извѣстность этихъ предѣловъ необходима не только для огражденія интересовъ самихъ субъектовъ, но и въ общихъ цѣляхъ постояннаго и правильнаго обмѣна юридическихъ отношеній. Въ виду этого гражданская юриспруденція, въ особенности римская, подробно разрабатываетъ цѣлый рядъ детальныхъ вопросовъ по этимъ кардинальнымъ пунктамъ опредѣляющимъ правоспособность отдѣльнаго человѣка. Въ новыхъ кодексахъ цивилистическая разработка этого предмета тѣсно связана съ римскими традиціями. У насъ въ т. X и въ указ. выше полож. объ актахъ состоянія въ IX т. найдется такъ же мало отвѣтовъ на сомнѣнія практики, какъ и въ другихъ сборникахъ чисто позитивнаго содержанія.

Вопросы, важные для точнаго разумѣнія начальнаго и конечнаго моментовъ правоспособности отдѣльнаго человѣка, суть слѣдующіе: 1) какъ въ гражданскомъ смыслѣ опредѣлить состояніе человѣка въ моменты, предшествующіе отдѣленію отъ утробы матери? 2) Какіе признаки рожденія нужны для того, чтобы наличность правоспособнаго субъекта не возбуждала сомнѣній? 3) Вѣроятная продолжительность жизни? 4) Вѣроятная послѣдовательность смертей, когда достовѣрности достигнуть нельзя? 5) Вѣроятность смерти, когда трудно предположить продолженіе жизни (безвѣстно-отсутствующаго).

1) Какъ разсматривается состояніе, предшествующее рожденію, зачаточное, именно съ точки зрѣнія гражданской, для занимающаго насъ вопроса о начальномъ моментѣ личнаго существованія? Мы ставимъ такимъ образомъ вопросъ этотъ отдѣльно отъ другого, о мѣрахъ охраненія плода, составляющаго предметъ иныхъ, частью тоже юридическихъ дисциплинъ. Имѣемъ ли мы

уже въ той фазѣ развитія организма дѣло съ личностью или нѣтъ? Опредѣлившіяся достаточно мнѣнія римскихъ юрисконсультовъ, принятія нынѣ западными цивилистами, даютъ намъ отвѣтъ отрицательный. Согласно этимъ воззрѣніямъ, *embryo*, какова бы ни была степень зрѣлости плода, не можетъ быть рассматриваемъ какъ отдѣльно правоспособный субъектъ. Однако, предшествующее отдѣленію отъ матери *зародышиное состояніе* чело-
вѣка, эвентуально, не есть безразличное для гражданского права. Если за беременностью послѣдуетъ рожденіе младенца живымъ, тогда и предшествующее состояніе окажется для вопросовъ права не безразличнымъ. Приобрѣтеніе имъ правъ будетъ условливаться моментами, предшествующими его рожденію. Съ этимъ эвентуалитетомъ, стало быть, *nasciturus* рассматривается какъ бы уже рожденный (*jam natus*); но только въ этомъ смыслѣ и въ этихъ предѣлахъ. Это состояніе не есть рѣшительное, опредѣляющее, а только экспектативное, выжидательное, и если ожиданія не приведутъ къ цѣли, то вполне безразличное для права. Выкидышъ не вліяетъ ни на какія правоотношенія, какія бы ожиданія ни предшествовали этому результату. Въ подлинномъ опредѣляющемъ правоотношенія смыслѣ, *embryo* въ этомъ случаѣ никогда не былъ субъектомъ правъ.

Нашъ цивилистъ Д. И. Мейеръ держится близкихъ къ этому воззрѣній, указывая въ подтвержденіе ихъ въ особенности ст. 1106 X т., ч. 1. Эта статья говоритъ. Отъ права наслѣдованія не устраниются:.... 1) *дѣти*, хотя бы онѣ не были еще рождены (до рожденія это, конечно, не *дѣти*) *), но токмо зачаты при жизни отца **). Это частный случай наслѣдованія послѣрожденнаго (*postumus*), дающій слабое освѣщеніе занимающему насъ вопросу. Много содержательнѣе боярскій приговоръ, помѣченный думнымъ дьякомъ, П. С. З., № 14 (6-го іюня, 1649 г.), который легъ въ основу указаннаго положенія ст. 1106. Изъ него видно, что, при неизвѣстности исхода беременности, въ классѣ помѣстномъ, беременная вдова получала долю „на беремя“ противу дочерей умершаго, получившихъ изъ помѣстья долю „на прожитокъ“, а остальное шло въ родъ. Указаннымъ боярскимъ приговоромъ опредѣлено „будетъ даны такія помѣстья дачи не большія, а послѣ родится сынъ, и тѣ помѣстья изъ дачъ *новоротитъ* и справитъ за сыномъ. А будетъ дачи большія, и о такихъ дѣлахъ докладывать государю“.... ***). Приговоръ бояр-

*) *Non est pupillus qui in utero est* l. 161 D. de V. S. (Ульпіанъ).

**) Въ кассац. практ. см. за 1873 г. № 1531.

***) Очевидно, и здѣсь сказался специфическій взглядъ на личность, тѣсно

скій неизмѣримо содержательнѣе статьи 1106, ибо въ немъ ясно различено состояніе выжидательное для вопроса о правахъ „беремени“ и смѣна его состояніемъ правоспособности родившагося. На основаніи этого приговора боярскаго можно безошибочно утверждать, что до рожденія nasciturus не разсматривается какъ особо-правоспособный субъектъ, какъ лицо; рожденіе же живого человѣка опредѣляетъ окончательно его отдѣльную правоспособность, личность, съ отнесеніемъ условій пріобрѣтенія имъ правъ къ моменту, предшествующему его рожденію (онъ пріобрѣтаетъ вполнѣдствіи права такъ, какъ пріобрѣлъ бы, если бы былъ рожденъ уже въ ту пору).

2) Какіе признаки рожденія необходимы, чтобъ опредѣлить отдѣльную правоспособность рожденного (status nativitatis)?

А. Не возбуждаетъ сомнѣній ни въ римскомъ, ни въ современномъ правѣ требованіе, *чтобы отдѣлившійся отъ утробы матери младенецъ былъ живымъ*. Отдѣльная личность не признается существовавшею, если между рожденіемъ и смертію нельзя установить никакого промежутка времени, хотя бы самаго краткаго, для жизни, если родившійся есть мертворожденный. Событія такихъ родовъ остаются безъ всякихъ послѣдствій для гражданскихъ правоотношеній. Несомнѣнно, что рождаемые безъ признаковъ жизни могутъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ, искусственно быть призваны къ жизни и продолжать существованіе, какъ и рожденные живыми. Тогда, натурально, состояніе младенца въ минуту отдѣленія отъ матери остается безъ послѣдствій. Такимъ образомъ, чтобъ получилась отдѣльная правоспособность, необходима жизнь родившагося, хотя бы самая непродолжительная, внѣ утробы матери. Это реєвизитъ общій для нашего права и для любой европейской системы (см. выше, въ актахъ состоянія, отмѣтки мертворожденности еще въ петровскихъ формулярахъ для метрикъ).

В. Больше сомнѣній возбуждаетъ вопросъ о признакахъ рожденія человѣка живымъ и о *доказываніи на судъ этого важнаго момента*. Контроверза существовала еще въ римской юриспруденціи, гдѣ прокуліанцы считали непремѣннымъ признакомъ жи-

связанный съ вопросомъ службы и оклада. Въ силу этого по вопросу „интересному“, т.-е. связанному съ *интересомъ* казны, презумція идетъ въ пользу рожденія дочери, а если сына, то *непремѣнно одного*“, между тѣмъ *чисто-цивильная презумція* склоняется, какъ извѣстно, къ презумціи рожденія *тройки*, l. 3 D. si pars hered. pet. V. 4 (Юлій Павелъ): prudentissime juris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut trigemini nascerentur, quartam partem superstiti filio assignaverint. Мѣсто надо взять въ цѣломъ по достоинству метода построенія отвѣта.

вого рожденія крикъ новорожденнаго, который, правда, обыкновенно сопровождаетъ появленіе на свѣтъ развившагося младенца, но котораго нельзя разсматривать какъ необходимый признакъ живого рожденія. Сабиніанцы были противъ этого мнѣнія, и Юстиніанъ принялъ ихъ ученіе. Любопытно, что въ новое время контроверза возобновляется въ разныхъ нѣмецкихъ системахъ. Въ саксонской группѣ источниковъ германскаго права повторяется требованіе прокуліанцевъ, чтобъ новорожденный огласилъ четыре стѣны дома своимъ крикомъ (*das Beschreien der vier Wände des Hauses*); въ другихъ группахъ почитается достаточнымъ признакомъ жизни раскрытіе глазъ. Несомнѣнно, что такіе критеріи для опредѣленія свойствъ рожденія живого могли имѣть смыслъ при господствѣ способа доказывать черезъ свидѣтелей. Это — признаки, которые и нынѣ могутъ, въ массѣ случаевъ, особенно въ простонародьи, быть единственными удобопримѣнными въ практикѣ. Въ современныхъ кодексахъ, однако, мы не находимъ такого ограниченія признаковъ живого рожденія, и съ этимъ вмѣстѣ вопросъ о доказанности событія становится весьма контроверзнымъ.

Рядъ современныхъ кодексовъ ищетъ выхода изъ затрудненій, встрѣчаемыхъ практикой, слѣдующимъ способомъ. Если роды отъ здоровой матери суть своевременные, и плодъ, стало быть, достаточно развитъ, тогда презумируется рожденіе живымъ (австр. и сакс. код.). Презумція, натурально, не исключаетъ доказыванія на судѣ противнаго. Средства доказывать какъ живо- такъ и мертворожденность ничѣмъ не ограничены, никакими обязательными признаками, хотя прусскій ландрехтъ удерживаетъ крикъ ребенка, какъ наиболѣе надежный и обыденный признакъ живого рожденія.

Если событіе рожденія младенца занесено въ акты гражданского состоянія, то для доказательства рожденія живымъ достаточно ссылки на эти акты, хотя, опять, такая ссылка не исключаетъ возможности противудоказыванья въ случаѣ, напр., подлога.

С. Мы видѣли сейчасъ, что нѣкоторые признаки родовъ (своевременность) служатъ основой для предположенія живого рожденія. Есть, несомнѣнно, фізіологически извѣстный предѣлъ, ранѣе котораго выдѣленіе плода даетъ необходимо выкидышъ (*abortus*), а не жизнеспособнаго младенца. Юриспруденція, частью уже римская, стремилась широко воспользоваться для своихъ цѣлей, — извѣстности и постоянства признаковъ рожденія, — этими фізіологическими данными, чтобы точнѣе опредѣлить моменты возникновенія отдѣльной личности. Въ этихъ же видахъ ставятъ

нынѣ, кромѣ указанныхъ требованій, еще реквизитъ для правоспособности новорожденнаго—его *жизнеспособность*. Контроверза по этому вопросу для права римскаго представляется весьма любопытной. Савиньи не находилъ въ римскомъ правѣ именно выраженнаго реквизиита жизнеспособности (*Lebensfähigkeit, Vitalität*) для опредѣленія привоспособности родившагося живымъ. Вехтеръ, ближе къ буквѣ толкуя подходящія мѣста источниковъ, полагаетъ, что для правоспособности требуется отдѣленіе не только живого младенца, но и зрѣлаго, доношеннаго, что-де и указываетъ на реквизитъ жизнеспособности. Рожденіе, наступившее 6 мѣсяцевъ послѣ зачатія—жизнеспособно, раньше—нѣтъ, хотя бы ребенокъ и жилъ короткое время послѣ рожденія. Такъ думаетъ Вехтеръ, основываясь на точномъ смыслѣ текстовъ; иначе Савиньи. Мысль Савиньи долгое время господствовала въ практикѣ; это легче всего объяснить себѣ сравнительнымъ удобствомъ судить о правоспособности родившагося по одному признаку рожденія живымъ, чѣмъ по этимъ двумъ критеріямъ, рожденія живымъ и сверхъ того *рожденія своевременнаго послѣ зачатія*, тѣмъ болѣе, что послѣдній моментъ часто совсѣмъ нельзя установить съ точностью.

Если этому реквизииту (*Vitalität*) даютъ этотъ тѣсный смыслъ (собственно *perfecte natus*, въ противоположность съ *abortus*), то различіе мнѣній не ведетъ къ серьезнымъ недоумѣніямъ для практики. Но ему даютъ еще другой, болѣе широкій смыслъ, рожденія не только живого и своевременнаго, но еще и вообще *надежнаго къ продолженію жизни*. Старое германское право показываетъ несомнѣнные признаки существовавшаго въ народномъ сознаніи взгляда, что одно событіе рожденія младенца еще ничего не рѣшаетъ окончательно въ вопросахъ семейно-имущественныхъ распоряжковъ. По вестготскому праву вліяніе на отношенія по наслѣдованію новорожденный оказывалъ только тогда, когда онъ *прожилъ 10 дней и былъ окрещенъ*. По Саксонскому Зерцалу, въ такой же связи выражается требованіе, чтобы новорожденный былъ *lifhaftich* (способенъ жить).

Несомнѣнно, что повсюду, гдѣ *исповѣдный моментъ* имѣлъ значительное вліяніе на правоспособность, одно рожденіе, не освященное еще приобщеніемъ новорожденнаго къ тому или другому церковному союзу, не рѣшало ничего въ вопросахъ правоспособности.

Любопытно, что это старинное требованіе рожденія не только живымъ, но и жизнеспособнымъ, удержалось въ одномъ изъ передовыхъ нынѣшнихъ кодексовъ, въ *Code civil*, а оттуда, вмѣстѣ

съ заимствованіемъ Code'a, перешло въ Польшу. Оно удержалось у французовъ не въ видѣ общаго реквизи́та для правоспособности человѣка, а въ нѣкоторыхъ спеціальныхъ примѣненіяхъ къ вопросу о признаніи законности рожденія (art. 314) и въ особенностяхъ къ праву наслѣдованія (art. 725): *sont incapables de succéder: a) celui qui n'est pas conçu, и b) l'enfant qui n'est pas né viable...* Нашъ кодексъ не знаетъ этого реквизи́та.

D. Сверхъ указанныхъ требованій, въ разное время мы встрѣчаемся съ требованіемъ отъ рождаемаго *образа человѣческаго*, какъ условія правоспособности. Но какимъ долженъ быть образъ человѣка, и гдѣ начинается безобразіе, уродство, препятствующее признать рожденнаго за человѣческое существо, объ этомъ ни въ старыхъ, ни въ новыхъ кодексахъ мы не найдемъ ничего опредѣленнаго. Здѣсь широкое поле для суевѣрій всякаго рода *). Римскіе юристы допускали очень значительныя уклоненія отъ правильнаго образованія человѣческаго тѣла безъ всякихъ послѣдствій для правоспособности. Различеніе монстро́зныхъ рожденій всегда интересовало больше криминалистовъ со стороны безнаказанности ихъ истребленія. Изъ нынѣшнихъ кодексовъ прусскій отвергаетъ семейныя и гражданскія права за рожденіями, не имѣющими *menschliche Form und Bildung*, но не отказываетъ имъ въ общихъ правахъ человѣческихъ (*allgemeine Rechte der Menschheit*, I. 1, §§ 17, 18, тоже для *ungeborene Kinder*, тамъ же, § 10). Новый Саксонск. гражд. законникъ § 33 распространяетъ на рожденія, настолько отклоняющіяся отъ образа человѣка, что ихъ нельзя признать за людей, положенія для мертворожденныхъ.

Въ одномъ указѣ Петра находимъ укеры вѣрованіямъ, что уроды рождаются чрезъ вѣдовство и порчу отъ дѣйства дьявольскаго, чему быть невозможно, ибо единъ Богъ творецъ всея твари, а не діаволь. Если же найдутся гдѣ диковины въ породѣ человѣчей, звѣрской и птичьей, то предписывается таковыхъ доставлять начальству. Показаны въ видѣ примѣра младенцы о двухъ головахъ и сросшіеся тѣлами, которые уже были доставлены согласно прежнимъ указамъ. *За живыхъ человѣческихъ уродовъ* обѣщано 100 рублей, а ежели гораздо чудное встрѣтится, то дадутъ и болѣе. О положеніи такихъ уродовъ въ правѣ этотъ указъ не говоритъ ничего (П. С. З. № 3159); но въ болѣе ран-

*) Въ русскихъ лѣтописяхъ постоянно встрѣчаются замѣтки лѣтописцевъ объ уродливыхъ рожденіяхъ, какъ угрожающихъ людямъ предзнаменованій. Въ основѣ, конечно, лежитъ вѣра, что такое нарушеніе законовъ міротворенія не обходится безъ вмѣшательства *нечистой силы*.

немъ указѣ запрещено убивать младенцевъ, рождающихся особымъ нѣкакимъ видомъ, или несущественнымъ образомъ, или какимъ чудомъ (№ 1964). Теперешнее наше гражданское право тоже не касается вопроса. Юридическая практика отклоняетъ отъ себя вовсе рѣшеніе вопроса о нормальномъ человѣческомъ образѣ, какъ условіи правоспособности, и руководится въ этомъ отношеніи исключительно данными фізіологіи и медицины; которыя не допускаютъ рожденія отъ человѣка не людей.

3) Мы уже частью выше видѣли, что для юриспруденціи важно указать не только предѣльный моментъ жизни человѣка (начало ея), но также опредѣлить свойство жизнеспособности новорожденнаго, стало быть, его силъ продолжать жизнь внѣ утробы матери. Это собственно былъ частный случай рѣшенія общаго вопроса о вѣроятной продолжительности жизни человѣка, и мы лишь брали его въ спеціальномъ приложеніи къ только что родившемуся, иногда даже недоношенному ребенку. Въ этихъ случаяхъ всегда нужно индивидуальное изслѣдованіе даннаго субъекта. *Вопросъ о вѣроятной продолжительности жизни существуетъ въ юриспруденціи не въ этомъ только тѣсномъ примѣненіи.* Та же проблема встрѣчается тамъ, гдѣ нужно отвѣтить на вопросъ, продолжаетъ ли еще жить *безъ вѣсти пропавшій*. И такъ, тутъ рѣчь будетъ о вѣроятномъ предѣлѣ жизни въ смыслѣ ея окончанія (Имп. код. 96 г. ст. 14). Съ этимъ вопросомъ мы сейчасъ встрѣтимся. Независимо отъ этихъ двухъ вопросовъ, жизнеспособности, длящейся или прекратившейся жизни безвѣстноотсутствующаго, для права можетъ быть важенъ вопросъ о вѣроятной продолжительности жизни людей вполне жизнеспособныхъ и находящихся на лицѣ.

Въ отдѣльныхъ случаяхъ вѣроятную продолжительность жизни устанавливаютъ для каждаго отдѣльнаго лица путемъ медицинскаго изслѣдованія его силъ и здоровья. Такъ, напр., въ сдѣлкахъ по страхованію жизни. Результатъ изысканій служитъ основой для опредѣленія отношеній сторонъ, устанавливаемыхъ собственно договоромъ.

Но бываютъ случаи, когда для цѣлей опредѣленія юридическихъ отношеній внѣдоговорныхъ, надо имѣть готовую норму вѣроятной продолжительности жизни. Въ завѣщаніи назначены годовыя выдачи лицу такого-то возраста. Вопросъ въ томъ, насколько они умаляютъ составъ наслѣдственнаго имущества. Надо вознаградить семью убитаго при эксплуатаціи какого либо предпріятія рабочаго-кормильца этой семьи (Остз. код. ст. 4557). Въ обоихъ случаяхъ мы не получимъ *искомой суммы, не опре-*

дѣливъ вѣроятной продолжительности жизни тамъ — легатарія, здѣсь потерпѣвшаго. Чтобъ найти эту сумму, возможно тоже индивидуальное изысканіе и опредѣленіе вѣроятной продолжительности жизни даннаго человѣка на этомъ основаніи. Методъ опредѣленія можетъ быть математическимъ, и точность изысканія будетъ зависѣть отъ количества данныхъ, принятыхъ во вниманіе при вычисленіи. Такое изысканіе хорошо само по себѣ, но оно очень сложно и въ примѣненіи къ судебнымъ цѣлямъ неудобно.

Менѣе совершенно вычисленіе вѣроятной продолжительности жизни *по одному признаку*, именно по возрасту даннаго лица, но за то оно имѣетъ для юриспруденціи преимущество извѣстности и удобопримѣнимости. Нѣкоторыя законодательства, слѣдуя этому методу, принимаютъ разъ навсегда данный шаблонъ для опредѣленія вѣроятной продолжительности жизни по признаку возраста. Таковы, напр. римское право и новое саксонское гражданское уложеніе. Римское право даетъ (для алиментовъ и узупрукта въ особенности) такую скалу: при возрастѣ лица до 20 лѣтъ вѣроятная продолжительность его жизни еще на 30 лѣтъ, при возрастѣ 20—25 вѣроятная продолжительность жизни еще на 28 лѣтъ, отъ 25 до 30—25 л., отъ 30 до 35—22 г., 35 до 40—20 л., при возрастѣ отъ 40 до 50 предполагается, что человѣкъ проживетъ до 59 л., при возрастѣ отъ 50 до 55 еще на 9 лѣтъ, 55—60 на 7, послѣ 60 на 5 лѣтъ (l. 68 pr. D. ad leg. Falcidiam 35, 2). Это положеніе реципировано буквально въ Сводѣ гражд. узак. губ. Прибалт. ст. 2315. Сакс. гр. улож. въ § 35 даетъ другую скалу: при возрастѣ до 1 года вѣроятная продолжительность жизни еще на 35 л., до 2-хъ на 41, до 10 еще на 44, до 15—на 41, до 20 еще на 38, до 25 еще 35 лѣтъ, до 30 еще на 32, до 35 на 28, до 40 на 25, до 43 еще на 22, до 50 на 19, до 55 на 16, до 60 на 13, до 65—10, 70—8, 75—6, 80—5, 85—4, 90—3, до 100—2, послѣ ста лѣтъ еще на 1 годъ. Наше законодательство не даетъ отвѣта на вопросъ, и мы можемъ, стало быть, безъ конца спорить о предѣлахъ точности при вычисленіи вѣроятной продолжительности жизни въ случаяхъ необходимости ея опредѣленія для цивильныхъ цѣлей. Этѣ скалы заключаютъ въ себѣ тотъ же элементъ произвольнаго, какъ и другія числовыя измѣренія въ правѣ, какъ опредѣленіе зрѣлости по годамъ, 7, 14, 21, или какъ постановка давностнаго срока, въ 3, 10, 20, 30 лѣтъ, но въ нихъ есть и значительная доля приближенія къ истинѣ и, въ особенности, существенное для юридической нормы, начало предшествующей событію извѣстности, легкой распознаваемости и общности примѣненія.

4) Вѣроятная *последовательность смерти лицъ*, когда достоверно нельзя ее установить. Возможны случаи, гдѣ вопросъ о правѣ лица находится въ самой тѣсной зависимости отъ точнаго рѣшенія другого вопроса, о последовательности нѣсколькихъ событій, касающихся разныхъ лицъ. Я приобретаю такія то притязанія къ имуществу В, если В умеръ послѣ А. Я, заинтересованный, долженъ доказать эту последовательность смертей если хочу обосновать мои притязанія. Оба лица могли умереть при одномъ несчастномъ случаѣ, пожарѣ театра, землетрясеніи, крушеніи поѣзда, судна и проч. Одинъ могъ, однако, пережить другого, и если это можетъ быть доказано, то фактическая доказанность последовательности двухъ смертей даетъ основу для рѣшенія вопроса; иначе — *pariter mortui* будутъ *simul mortui* (тоже въ Нѣм. К. 96 г. art. 20). Вамъ извѣстно однако, что, при извѣстной связи лицъ одновременно умершихъ и извѣстномъ ихъ возрастѣ, римское право допускало предположеніе, *презумцію предшествующей смерти одного изъ комморіентовъ*, хотя бы доказать последовательность смертей не было никакой возможности. Цѣль очевидна. Незнѣстность въ области цивильныхъ юридическихъ отношеній служить источникомъ неисчислимыхъ неудобствъ не только для отдѣльныхъ лицъ, но и для цѣлаго юридического быта. Если возможно, хотя бы съ нѣкоторою степенью приближенія къ истинѣ, устранить такую неизвѣстность, она должна быть устранена. Мастерской выходъ изъ крайне трудной проблемы одновременной смерти *ascendent'a* и *descendent'a*, зрѣлаго или малолѣтняго въ римскомъ правѣ—вы знаете.

Одинъ изъ современныхъ кодексовъ, *Code civil*, стремился расширить сферу примѣненія презумцій для такихъ же казусовъ, но, однако, такъ, что немногіе юрисконсульты находятъ это расширение удачнымъ. Римляне допускали предположеніе предшествующей смерти малолѣтняго *десцендента его же асценденту*, и такое же предположеніе предшествующей смерти асцендента совершеннолѣтнему десценденту, и въ этомъ, по простымъ соображеніямъ *относительной способности сопротивленія* этихъ лицъ, есть значительная мѣра внутренняго вѣроятія. Французы допускаютъ *la présomption de survie* по соображеніямъ прямо возраста погибшихъ, хотя они и *не связаны происхожденіемъ одинъ отъ другого*, а затѣмъ и ихъ пола. До 15-ти лѣтняго возраста старшій предполагается пережившимъ, послѣ 60-ти лѣтняго — младшій. Если одни моложе 15, другіе старше 60, то первые суть пережившіе. Въ возрастѣ отъ 15 до 60, при одинаковости его для 2-хъ лицъ, или при разницѣ меньше чѣмъ на одинъ

годъ, мужчина переживаетъ женщину. Произвольнаго здѣсь несомнѣнно больше, чѣмъ можно допустить, а вѣроятнаго меньше, чѣмъ слѣдуетъ. Лишь общее заключительное положеніе не лишено цѣлесообразности, ибо для послѣдовательности смертей предписано держаться той презумціи, которая открываетъ преемство въ порядкѣ соответствующемъ естественному (старый умираетъ прежде молодого, art. 720—722), X т. этихъ проблемъ не рѣшаетъ.

5) Весьма нерѣдки въ практикѣ случаи, когда нельзя достоверно опредѣлить ни дѣйствительно послѣдовавшей смерти, ни времени, въ которое смерть послѣдовала, въ виду продолжительнаго безвѣстнаго отсутствія лица. Если возможно крайне тяжелое для юридическаго быта положеніе неизвѣстности рожденія лица, сокрытія, подлога въ этомъ начальномъ моментѣ правоспособности, и государство вынуждено принимать стѣснительныя для массы мѣры опредѣленія извѣстности рожденій, то еще чаще возможны исчезновенія лицъ, невольныя и произвольныя, послѣдствіемъ коихъ бываетъ продолжительная неизвѣстность гражданскихъ правоотношеній безъ вѣсти пропавшаго. Мы сейчасъ допускали предположительное опредѣленіе момента смерти у коммориентовъ. Возможно ли, для выхода изъ трудностей, которыя даетъ намъ безвѣстное отсутствіе человѣка, допустить предположеніе дѣющейся его жизни или наступившей смерти? Степень неудобствъ, испытываемыхъ въ юридическомъ бытѣ отъ этой неизвѣстности тѣмъ значительнѣе, чѣмъ болѣе *личенъ* самый обмѣнъ гражданскій.

Человѣкъ безвѣстно-отсутствующій состоитъ не только въ имущественныхъ, но въ семейныхъ и родственныхъ отношеніяхъ, которыя служатъ основой не только обладанію извѣстной наличностью, но и возможности пріобрѣтать вновь права, напр., чрезъ наслѣдованіе по закону. Что же, такая загадка, *masque de fer*, продолжаетъ быть супругомъ, отцомъ семейства, добрымъ родственникомъ, обладателемъ имущества, должникомъ, наслѣдникомъ? Современные законодательства въ значительной степени самостоятельно, независимо отъ римскихъ традицій, нашли выходъ изъ этихъ трудностей, хотя путь, коему они слѣдуютъ, есть тоже методъ презумцій, наиболѣе удачно примѣнявшійся въ правѣ римскомъ. Лучшая ученая разработка вопроса принадлежитъ покойному берлинскому проф. Брунсу (*Die Verschollenheit*). Вопросъ относится къ числу весьма контroversныхъ. Разработка его на западѣ любопытна и для русскаго не только потому, что безвѣстно-отсутствующіе составляютъ явленіе всеобщее, но и потому

въ особенности, что въ послѣднихъ своихъ фазахъ русское законодательство значительно приблизилось къ одному изъ западныхъ законодательныхъ типовъ.

Общая практика новаго права образовалась первоначально въ Италіи и имѣла въ основѣ не юридическій, а библейскій источникъ, именно псаломъ 90 (89), ст. 10, гдѣ псаломопѣвецъ принимаетъ 70-лѣтній возрастъ за обыденно-предѣльный для жизни человѣка. Юриспруденція того времени имѣла все основаніе построить на этомъ *предположеніе смерти безвѣстно отсутствующаго*. Но текстъ псалма вовсе не рассчитанъ на юридическое примѣненіе этой презумціи, потому, во 1-хъ, что продолжительность безвѣстнаго отсутствія и вѣроятіе возврата совершенно не одинаковы, при этомъ терминѣ, для пропавшихъ людей разнаго возраста, и во 2-хъ, потому, что пропадають люди и перешедшіе за предѣлъ 70-лѣтняго возраста. Псаломъ послужилъ основой только для *презумціи смерти*. Практика юридическая, въ случаяхъ этого рода, выработала особый порядокъ вызова отсутствующаго и при неявкѣ объявляла его *умершимъ*.

Со временемъ, однако, уяснилась важность не только вопроса, живъ или умеръ пропавшій, но и двухъ другихъ, а) *въ какой моментъ онъ умеръ*, и б) достаточно ли предположенія смерти, или нужно еще *предположеніе, что до опредѣленнаго срока человекъ продолжалъ жить*. По отношенію къ вопросу а практика раздѣлялась между двумя мнѣніями: 1) что наступленіе 70 лѣтъ составляетъ презумтивный моментъ смерти, 2) что моментъ презумтивной смерти обосновывается не этимъ срокомъ, а опредѣленіемъ суда о примѣненіи презумціи къ данному случаю (*Todeserklärung*—этотъ актъ свойствененъ именно нѣмецкой практикѣ и удержанъ въ новомъ код. 96 г.). Преобладало первое мнѣніе. Что касается вопроса б, то предположеніе смерти въ срокъ такой то, казалось бы, само собою даетъ основу для предположенія жизни съ этого срока. Но, въ случаяхъ открывающагося для безвѣстно-отсутствующаго наслѣдства, заинтересованный долженъ обосновать судебное предположеніе длящейся жизни противъ возможныхъ возраженій о вѣроятности смерти. Поэтому эта презумція и выдѣлялись какъ особая.

Главнѣйшее неудобство въ практикѣ условливалось не этой методой презумцій, а свойствомъ срока, неприноровленнаго къ различію возрастовъ безъ вѣсти пропадающихъ. При вяломъ средне-вѣковомъ обмѣнѣ это неудобство мало чувствовалось. Въ новое время законодательства измѣняютъ именно эту сторону дѣла. Прусскій ландрехтъ принялъ 10 лѣтъ отсутствія безъ вѣсти за

достаточный срокъ для наступленія послѣдствій отсутствія. Счетъ идетъ, начиная съ пропажи или съ наступленія совершеннолѣтія пропавшему. При 65 годахъ вмѣсто 10 лѣтъ принимается 5-ти-лѣтній срокъ для тѣхъ же послѣдствій. У французовъ срокъ различенъ, смотря по условіямъ, отъ 4—10 лѣтъ. Пруссакъ, какъ и саксонцы, сохраняютъ die Todeserklärung (см. Landr., II, I, § 665 и Sächs. Ges.—buch § 37 и слѣд.). Пруссакъ считаютъ презумцію смерти наступившею послѣ вызововъ (Edictalladung), силой судебного опредѣленія, саксонцы—силой наступившаго срока. При семъ, въ вопросѣ о приобрѣтеніи вновь доставшагося отсутствующему права прусск. право презумируетъ его прожившимъ 70, саксонское 90 лѣтъ. Близко къ этимъ основамъ и остзейскій сводъ (ср. ст. 524—528).

Въ вопросѣ о бракѣ прусск. ландр. допускаетъ вступленіе оставшагося въ новый бракъ, а если онъ не воспользовался этимъ, то оставляетъ старый бракъ въ силѣ (см. указ. § и слѣд.). Оригинально саксонское уложеніе. Оно требуетъ присяги оставшагося, что вѣстей о пропавшемъ нѣтъ, и допускаетъ новый бракъ (§ 1708); если не вступилъ въ бракъ, то при возвратѣ пропадавшаго бракъ продолжается (1709). Въ случаѣ же вступленія оставшагося супруга въ другой бракъ и послѣдовавшаго возврата пропадавшаго саксонское право допускаетъ въ теченіе полугода обремененному такимъ образомъ двойными узами супругу потребовать расторженія второго брака. (1710). Новый нѣмецкій кодексъ даетъ рядъ легальныхъ презумцій о моментѣ смерти въ виду обстоятельствъ, при коихъ могъ исчезнуть безвѣстно отсутствующій (война, плаваніе, другіе случаи смертельной опасности, которой подвергался пропавшій). Сроки въ разныхъ случаяхъ сокращены до 4-хъ лѣтъ со времени вѣроятной смерти. Въ этихъ условіяхъ предположеніе смерти наступаетъ или со времени судебного признанія лица умершимъ, или съ наступленіемъ угрожающаго жизни событія. До сего исчезнувшій предполагается жившимъ (art. 13—19).

Русское законодательство въ этомъ вопросѣ представляетъ собою наслоеніе разныхъ эпохъ, мало согласованныхъ внутреннимъ образомъ. Старое законодательство разрабатывало вопросъ нераздѣльно съ гражданско-политической, административной и уголовной точекъ зрѣнія, такъ что мы находимъ и нынѣ въ составѣ дѣйствующаго права положеніе объ отлучкѣ безъ паспорта, которая почитается безвѣстнымъ отсутствіемъ и въ то же время побѣгомъ, произвольнымъ оставленіемъ отечества и проч. Всѣ такіа дѣйствія влекутъ за собой не только имущественныя, но и тя-

желая личныя послѣдствія (ср. т. XIV уст. о пасп. ст. 41, т. IX, ст. 8, Улож. о наказ. ст. 325 и слѣд.). Въ составѣ собственно гражданскаго законодательства удерживается двойственность нормъ по различію вопросовъ, подлежащихъ разрѣшенію, по различію сословій и нахождения безвѣстно отсутствующихъ въ военной службѣ. Для вопроса брачнаго права, безвѣстное отсутствіе служить поводомъ къ расторженію брака, и подлежитъ вѣдомству духовныхъ судовъ (дѣйствовавшія до сего правила производства дѣлъ по Уст. Дух. Конс. ст. 230—236 замѣнены новыми на основ. Высоч. повел. отъ 14 янв. 1895 г.). Общій срокъ для ходатайства о расторженіи брака 5-ти-лѣтній (54). Способъ розысканія различенъ, смотря по состоянію, къ коему принадлежитъ лицо, предоставляющему ему право проживать гдѣ пожелаетъ, или вѣтъ (т. X, ч. I, ст. 58, 59, 60). Для солдатскихъ женъ, потерявшихъ мужей, два срока, пятилѣтній—если мужъ въ бѣгахъ, десятилѣтній—если онъ пропалъ безъ вѣсти на войнѣ, или взятъ въ плѣнъ.

Новыя законоположенія, въ составѣ Устав. гражд. судопр., опредѣленіе выдѣляютъ *одну гражданскую сторону вопроса* и по руководящимъ началамъ ближе подходятъ къ французскому, чѣмъ къ нѣмецкому типу нормъ. Объявленія умершимъ нашъ новый законъ не знаетъ. Французское право, однако, много полнѣе разрабатываетъ матеріальную сторону вопроса; наше же преимущественно имѣетъ въ виду, по свойству источника, его процессуальную сторону (ср. Code civil, особ. Effets de l'absence art. 120—143). Рядъ относящихся сюда положеній, коротко, даетъ такія руководящія начала. Всякій имущественно-заинтересованный, а также прокурорскій надзоръ, возбуждаютъ передъ компетентнымъ окружнымъ судомъ дѣло о розысканіи безвѣстноотсутствующаго, и о храненіи его имущества. При достаточной юридической обоснованности такого ходатайства судъ постановляетъ, въ порядкѣ охранительнаго производства, публикацію для вызова (въ 3 нумерахъ Сенатскихъ объявленій, въ одной франц. и одной нѣмецкой газетѣ) отсутствующаго и назначеніе опекуна для защиты правъ и охраненія имущества его. Опека, дѣйствуя, въ этихъ цѣляхъ, повторяетъ публикаціи (въ „Сенатск. объявленіяхъ“ и „Губерн. Вѣдомостяхъ“) каждые полгода. Черезъ 5 лѣтъ послѣ 1-го вызова, по просьбѣ заинтересованныхъ, окружной судъ приступаетъ къ заключительному акту, т.-е публикуетъ объ истекшемъ срокѣ, удостовѣряется, чрезъ своего члена, въ ненахожденіи розыскиваемого, и, по выслушаніи заключенія прокурора, постановляетъ *признать* такого-то *безвѣстноотсутствующаго*.

щимъ съ *распубликованіемъ* этого постановленія. До истеченія 10-ти-лѣтняго срока со времени перваго вызова это постановленіе не опредѣляетъ окончательно, а лишь провизорно положеніе имущества отсутствующаго, ибо, при появленіи его ранѣе этого срока, имущество имѣетъ быть ему возвращено съ вознагражденіемъ лишь за управленіе *) (Уст. гражд. суд. ст. 1451—1460). Притязанія безвѣстноотсутствующаго къ наслѣдству, открывшемуся во время его отсутствія, несомнѣнно ограничены 10-ти-лѣтнимъ срокомъ его отсутствія (1241 ст. X т.). Есть ли истеченіе 10 лѣтъ со времени 1-го вызова терминъ безповоротный для правъ отсутствующаго къ его собственному имуществу—объ этомъ не говоритъ нашъ гражданскій кодексъ. Французское законодательство, въ указан. выше артикляхъ, даетъ подробныя указанія о положеніи имуществъ безвѣстноотсутствующаго, провизорномъ до той поры, когда уже нѣтъ вѣроятія ему вернуться (100 лѣтній возрастъ), и когда, наконецъ, изъ состоянія провизорнаго обладанія наличныхъ претендентовъ становится дефинитивнымъ.

§ 12.

Видоизмѣненія право- и дѣеспособности отдѣльныхъ людей по условіямъ физическимъ и общественнымъ.—А. Полъ.—В. Возрастъ, способы измѣренія.—*Venia aetatis*.—Гражданская незрѣлость инородцевъ.—С. Здоровье; средневѣковыя возрѣнія.—Указъ Петра о свидѣтельствѣ дураковъ въ Сенатѣ.—Низведеніе гражд. дѣеспособности на западъ и въ нашсмъ правѣ.—Расточители.—D. Правоспособность иностранцевъ.—Е. Различія по сословіямъ.—F. Промыслы, званія, должности (совмѣстительство).—G. Гражданское безчестіе.—H. Способы публичнаго удостовѣренія измѣненной дѣеспособности.—I. Гражданская правоспособность инородцевъ.—Евреи.

Мы принимали гражданскую правоспособность какъ одинаковое достояніе всѣхъ людей на извѣстной степени культуры. Если бы, однако, гражданская правоспособность, и, въ особенности, дѣеспособность была дѣйствительно равною для всякаго, безъ видоизмѣненія и приноровленія ея къ фактическимъ различіямъ, существующимъ между людьми въ дѣйствительности, то это было бы

*) Ст. 1244 X т. говоритъ: „за казенный присмотръ“, ибо держится еще той точки зрѣнія на отсутствіе, которая уже утрачена въ новыхъ законоположеніяхъ, и имѣетъ въ виду возможную „выморочность“ такого имущества, составлявшую въ старое время интересъ казны болѣе серьезный, чѣмъ нынѣ, такъ какъ притязанію на имущества выморочныя стали нынѣ причастны весьма многія установленія и сословія. Ср. ст. 1243 X т. и ссылку на Инструк. Канцел. Конфискаціи.

насиліємъ надъ жизнью, часто прямо вреднымъ для интересовъ самихъ правоспособныхъ субъектовъ. Задача юридическихъ нормъ заключается въ приближеніи, а не въ удаленіи отъ условій дѣйствительности.

Видоизмѣненія право- и дѣеспособности отдѣльныхъ людей, *неравенство въ правѣ, въ этомъ смыслѣ, допускаются во всякой развитой системѣ гражданскихъ правоотношеній. Нѣкоторыя изъ нихъ связаны съ физическими свойствами людей и никогда не изглаждаются вполнѣ ни изъ какой системы права; другія обусловлены успѣхами культуры въ данномъ обществѣ и удерживаются въ той или другой системѣ частью какъ остатки прошлыхъ историческихъ судебъ, частью соображеніями политическими, религіозными, административными, системой карательныхъ мѣръ и проч.*

Мы группируемъ эти разнообразныя условія неравенства на двѣ категоріи, *условія физическія* (*status naturalis*) и *условія общественныя* (*status civilis*), вліяющія на видоизмѣненія право- и дѣеспособности. Первая суть: полъ, возрастъ, здоровье. Мы ихъ рассмотримъ впереди. Рѣзкой грани провести между той и другой категоріей условій нельзя. Положеніе женщины опредѣляется такъ или иначе не по условіямъ только природнымъ, но и по условіямъ общественности. Ограниченіе дѣеспособности расточителя составляетъ какъ бы переходъ отъ условій физическихъ къ общественнымъ, ибо мотовство, хотя связано нерѣдко съ болѣзненнымъ состояніемъ воли, и у римскихъ юристовъ сближалось съ сумасшествіемъ, но въ то же время въ этомъ понятіи мотовства есть несомнѣнно и нѣкоторая соціальная окраска.

А.

Полъ (*status sexus*). Различіе половъ составляетъ *постоянное* физическое условіе нѣ котораго неравенства правоспособности людей на самыхъ различныхъ ступеняхъ культуры. Принадлежность къ тому или другому полу представляетъ такимъ образомъ необходимое условіе извѣстности правоспособности отдѣльныхъ людей. Рѣдко, и въ видѣ уродства, принадлежность къ тому или другому полу не можетъ быть опредѣлена вполнѣ и неизмѣнно. Понятіе гермафродитизма знакомо вамъ изъ римскаго права. Современныя гражданскія системы, согласно началамъ права римскаго, допускаютъ неизвѣстность пола, какъ *состояніе временное*, которое въ результатѣ должно дать преобладаніе признаковъ принадлежности челоука къ тому или другому полу (въ Прусск. Ландр. къ 18-ти лѣтнему возрасту). Баварское законо-

дательство допускает гермафродитизмъ дѣлящійся, и тогда выходъ изъ неизвѣстности достигается выборомъ пола, къ коему хочетъ себя причислить гермафродитъ.

Прежде чѣмъ опредѣлилась эта чисто физическая и цивильная точка зрѣнія на различіе половъ, случаи такого уродства вели къ ужаснымъ послѣдствіямъ. Въ XVI вѣкѣ, въ Дармштатѣ, извѣстенъ случай крещенія младенца сомнительнаго пола сперва именемъ Елизаветы, потомъ Іоанна и превращенія Іоанна опять въ Елизавету. Неясность пола казалась нарушеніемъ законовъ міротворенія, и суевѣрные толкователи этихъ законовъ не нашли лучшаго средства доставить имъ торжество, какъ предавъ сожженію несчастное существо.

Вліяніе различія половъ на правоспособность опредѣляется частью общими условіями юридическаго быта, частью воззрѣніями на природу женщины, физически и психически менѣе мощную, чѣмъ у мужчины.

Въ правѣ римскомъ легко замѣтить связь приниженной правоспособности женщины въ правѣ гражданскомъ съ положеніемъ ея въ правѣ публичномъ. Въ послѣднемъ она до самаго поздняго времени *ab omnibus officiis publicis remota est*. Это послѣдствіе того, что у женщины нѣтъ *communio comitiorum*. Участіе въ комиціяхъ было въ основѣ невозможнымъ для женщины, такъ какъ долгое время между организаціей народнаго собранія и системой военной защиты удерживалась очень тѣсная связь. Призваніе женщины ограничивалось семейной средой, гдѣ въ семьѣ агнатской она не служила звеномъ для дальнѣйшей агнатской связи и составляла такимъ образомъ *finis familiae*. Покуда жива была связь гражданской правоспособности съ политическимъ положеніемъ гражданъ, женщина не могла выйти изъ-подъ опеки, составляющей для нея тяжесть, когда опекунами были агнаты, и наоборотъ, составляющей тягость для опекуна, если онъ былъ постороннимъ лицомъ. Въмѣстѣ съ обособленіемъ цивильной правоспособности отъ условій политическаго положенія лица въ имперіи, равноправность половъ въ гражданскомъ правѣ дѣлаетъ быстрые успѣхи. Подробности извѣстны изъ курсовъ исторіи римскаго права. Рядомъ съ этимъ, римляне нерѣдко выдаютъ свой взглядъ на природу женщины, легче допускающую постороннее вліяніе въ вопросахъ права, особенно права цивильнаго, строгаго, формальнаго, которое все *vigilantibus scriptum est*. Женщина способна обязываться сама за себя, но когда обязательство принимается за другого, въ случаяхъ поручительства, ей предоставлено возражать на основаніи *Sc. Vellejanum*. Женщина можетъ

дать согласіе мужу на продажу ея приданаго недвижимаго, но не на залогъ его. Итакъ, здѣсь не столько стѣснена свобода, сколько *предупреждена опасность сдѣлокъ*, которыя всего легче могутъ стать ловушкою для непредусмотрительныхъ, каковы именно сдѣлки поручительства и залога. Это римская оцѣнка психической природы женщины, вовсе не болѣе, чѣмъ мужчины, склонной къ уступкѣ наличнаго обладанія, но болѣе подвижной и легкой (*levitas muliebris*) на общанія тамъ, гдѣ послѣдствія не тотчасъ даютъ себя знать.

Много аналогическаго возможно замѣтить въ видоизмѣненіяхъ правоспособности женщины у новыхъ народовъ. Въ началѣ ихъ исторіи, какъ и въ udržавшихся до сихъ поръ соотвѣтствующихъ стадіяхъ развитія племенныхъ правъ на нашихъ восточныхъ окраинахъ, положеніе женщины подавленное, едва примѣтное въ явленіяхъ юридическаго быта *). Рѣчь идетъ о мужахъ, о сильныхъ (см. начальныя слова Русск. Правды), а не о слабыхъ, которые способны существовать только подъ охраной чужой силы. Въ дѣлахъ имущественныхъ новая культура права, рѣзче, чѣмъ у римлянъ, *различаетъ обладаніе поземельное* отъ имущества движимаго. Въ 1-мъ въ особенности ясно сказывается связь политическаго строя съ системой защиты и съ обладаніемъ поземельнымъ. Въ иныхъ формахъ, чѣмъ у римлянъ, въ германской системѣ сказывается та же тѣсная связь женщины съ семьей, съ домоводствомъ (выразительное изрѣченіе народной мудрости: *des Weibes Welt das Haus; des Mannes Haus die Welt*); и при наслѣдованіи ей приходится на долю тѣ вещи, которыя нужны для семейнаго обихода или вообще меньшая доля участія въ дѣлѣхъ, хорошо выраженная нѣмецкимъ словомъ *Spindeltheil* (*Spindel* — веретено), въ противоположность съ *Schwerttheil* (*Schwert* — мечъ), на которую притязаетъ мужчина. Съ обособленіемъ сословій правоспособность женщинъ видоизмѣняется по различію этого характернаго для феодальнаго быта условія. Тамъ, гдѣ виднѣе связь имущественнаго обладанія съ политическимъ положеніемъ лица, въ сословіи феодальныхъ господъ, правоспособность женщинъ именно въ отношеніи къ особымъ формамъ этого обладанія ниже правоспособности мужчинъ. Для среднихъ

*) Особенно неблагопріятны и грубы *народныя* воззрѣнія на равенство половъ, и именно въ юридическихъ (особенно словесныхъ) сдѣлкахъ. Брунеръ даетъ массу свидѣтельствъ этого рода. *Den Ochsen hält man bei den Hörnern, den Mann beim Wort, die Frau beim Rock* (den Mann beim Wort, den Hund beim Schwanz). Тоже у испанцевъ (*Al buey por el cuerno, y al hombre por el vierbo*), у французовъ (*les bêtes par les cornes, les hommes par la parole*), тоже и по латыни (*verba ligant homines, taurorum cornua funes*).

вѣковъ это имѣло мѣсто въ особенности въ вопросахъ поземельной собственности. Женщины были вовсе неспособны самостоятельно владѣть ленами, очень принижались въ правѣ наслѣдованія, не могли завѣщать, вѣдать опеку надъ малолѣтними.

Въ другомъ классѣ, городскомъ, торговомъ, гдѣ не это обладаніе смѣшаннаго, цивильно-политическаго характера опредѣляло положеніе лица, а первенствующая роль принадлежала богатству движимому, промышленности, капиталу, половыя различія ранѣе утрачиваютъ вліяніе на правоспособность. Существенно, стало быть, и здѣсь, какъ во многихъ другихъ вопросахъ равноправности, обособленіе права гражданскаго отъ публичнаго. Женщины, самостоятельно ведущія торговое, ремесленное дѣло, совсѣмъ не различаются въ ихъ правоспособности отъ мужчинъ въ средніе вѣка.

Естественно, что въ историческомъ процессѣ, вмѣстѣ съ паденіемъ основъ феодальнаго быта и обособленіемъ права гражданскаго отъ публичнаго, произошло въ новое время, содѣйствіемъ государства, какъ въ императорскую эпоху въ Римѣ, значительное *сближеніе правоспособности обоихъ половъ* въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній. Новые кодексы слѣдуютъ римской максимѣ (L. 195 pr. D. de V. S. 50, 16): положенія, опредѣляющія права мужчинъ примѣняются и къ женщинамъ, какъ равноправнымъ, если, въ видѣ исключенія, законъ не ограничиваетъ въ особенности женщинъ (Прус. Ландр. I. 1 § 24).

Положеніе *замужней женщины* есть, однако, во многихъ отношеніяхъ совершенно исключительное и зависимое отъ этого ея особаго семейнаго состоянія. Мы встрѣтимся съ условіями, его опредѣляющими, въ изложеніи институтовъ права брачнаго. Независимо отъ этого, ограниченія въ правѣ наслѣдованія играютъ нынѣ роль главнымъ образомъ тамъ, гдѣ есть особыя, а не общія цивильныя источники правъ, которые удержались, напр., въ Германіи, для высшаго дворянства, для крестьянскихъ имуществъ, какъ не поглощенные еще новой жизнью остатки средневѣковыхъ установленій. Французское законодательство принимаетъ еще во вниманіе, какъ общее видоизмѣняющее условіе дѣеспособности лица, различіе пола и возраста, *при оцѣнкѣ сдѣлокъ, совершенныхъ по принужденію* (С. с. art. 1112).

Въ разнообразныхъ, дѣйствующихъ на русской почвѣ юридическихъ нормахъ возможно различить множество оттѣнковъ неравноправности, условленной различіемъ половъ, свидѣтельствующихъ о различіи культурнаго состоянія разныхъ слоевъ населенія Имперіи. Въ эту пестроту нормъ легко внести нѣкоторую зако-

номѣрность при помощи аналитическихъ пріемовъ, коими мы пользуемся для объясненія юридическихъ явленій. Достаточно для этого опредѣлить культурное состояніе даннаго племени, характерныя черты общественнаго строя, степень обособленности институтовъ приватнаго права, и съ помощью этихъ данныхъ легко уяснится необходимость неодинаковаго положенія женщины въ разныхъ сочетаніяхъ этихъ условій у нашихъ инородцевъ, въ разныхъ слояхъ русскаго общества, въ законахъ и правахъ нашихъ западныхъ окраинъ.

Собственно русское законодательство крайне слабо отражаетъ разнообразіе условій, въ коихъ находится правоспособность женщинъ. Въ старыхъ памятникахъ нашего права ее отнюдь нельзя назвать подавленной. Напротивъ, Уложеніемъ царя Алексѣя Михайловича *честь женщины* цѣнится дороже, когда судъ имѣетъ возстановить ее противъ посягательствъ, чѣмъ честь мужчины. Выше (см. Введен.) была указана скѣла этой оцѣнки для мужчинъ. Ст. 99. Гл. X (мы беремъ характернѣйшую; всѣ подробности любопытны, но не могутъ быть здѣсь исчерпаны) говоритъ: „а будетъ кто-нибудь обесчестить *непригожимъ словомъ* чью жену, или дочь дѣвку, или сына неверстаного, какова чину нибуди, и женамъ и дочерямъ и то по суду и по сыску править за ихъ безчестье: женъ противъ мужа оклада вдвое, дочери дѣвкѣ противъ отцова оклада вчетверо, сыну неверстаному вполы“.

Различіе правоспособности имущественной, однако, частью уже въ ту пору опредѣлившееся и удержавшееся до сего времени, весьма ощутительно и близко соотвѣтствуетъ принятымъ нами выше критеріямъ для опредѣленія приближенія и удаленія отъ равноправности половъ. Это приниженіе правоспособности женщинъ у насъ не абсолютное, а относительное, и выражается въ особенности при встрѣчѣ мужчинъ и женщинъ *въ правахъ наследованія*. Въ линіяхъ нисходящихъ ближайшее право наследованія принадлежитъ дѣтямъ мужского пола (1127). Указная часть дочерей при живыхъ сыновьяхъ есть для недвижимостей $\frac{1}{14}$, для движимостей $\frac{1}{8}$ (1130); для усыновленнаго зак. 12 мар. 91 г. указалъ, при неимѣніи у усыновителя сыновей, наследованіе въ равныхъ доляхъ съ дочерьми въ имѣніи благопріобрѣтенномъ (т. X, ч. I, ст. 156¹). Въ боковыхъ линіяхъ сестры при родныхъ братьяхъ и ихъ потомкахъ обоего пола не имѣютъ права на наследство (1135). Вотъ характерныя черты относительной неравноправности женщинъ. Не трудно угадать ихъ основы въ старыхъ (не чисто гражданскихъ) воззрѣніяхъ на иму-

щество недвижимое, какъ на главнѣйшій фондъ, составлявшій источникъ службы государству. Тамъ, гдѣ нѣтъ этого условія, въ движимомъ имуществѣ, доля участія женщины тотчасъ повышается. Въ мѣстныхъ нормахъ, утвержденныхъ дѣйствующимъ закономъ, особое свойство недвижимости еще рѣзче даетъ себя чувствовать. Литовск. стат. не допускаетъ дочерей къ наслѣдованію отцу, при наличности мужского потомства, вовсе и ограничиваетъ притязаніе дочерей приданымъ (ст. 1133). Въ губерніяхъ и уѣздахъ Закавказскаго края (въ предѣлахъ Грузіи, Имеретіи и Гуріи, для христіанскаго населенія, туземнаго) братьямъ предоставлено оставлять за собою указную часть изъ недвижимаго имѣнія, слѣдующую сестрамъ, удовлетворяя ихъ деньгами по цѣнѣ имѣнія (1130, прим.).

Абсолютнаго характера видоизмѣненій правоспособности женщинъ наше гражданское законодательство вовсе не знаетъ. Нѣтъ не только половой опеки, но нѣтъ препятствій женщинѣ (матери) самой нести опекунскую обязанность (229).

Вопроса объ ограниченіи правоспособности женщины не въ силу принадлежности къ полу, а въ силу союза брачнаго, въ коемъ можетъ состоять женщина (ограниченіе въ правѣ обязываться векселемъ, распространенное и на дѣвицъ неотдѣленныхъ, ограниченія въ правѣ жены наниматься безъ согласія мужа), мы здѣсь не касаемся *).

В.

Возрастъ (*status aetatis*). Рядомъ съ этимъ неизмѣннымъ условіемъ правоспособности надлежитъ поставить другое, *постоянно измѣняющееся условіе дѣеспособности* гражданской, зрѣлость человѣка, физическую и умственную, которая во всякомъ правѣ разсматривается какъ важный моментъ, опредѣляющій способность осуществлять право и отвѣчать за свои дѣйствія въ гражданскомъ смыслѣ.

Свойство зрѣлости и способъ опредѣлять его въ человѣкѣ, понятнымъ образомъ, въ высшей степени условны. Едва ли въ какой либо другой системѣ именно гражданская сторона этого вопроса разработана такъ тщательно и всесторонне, какъ въ правѣ римскомъ. Прежде всего, въ опредѣленіи зрѣлости человѣка надлежитъ различать цѣль, для которой требуется зрѣлость, для

*) См. особ. Paul Gide. Etude sur la condition privée de la femme, изд. 2-е par Esmein.

сознанія своихъ интересовъ, правъ и интересовъ другихъ лицъ, для половыхъ функцій, для расширенія круга и интересовъ и правъ, или для простого ихъ охраненія *in statu quo*. Все это различія крайне важныя и прямо вліяющія на опредѣленіе зрѣлости человѣка.

Въ связи съ нормальнымъ ходомъ развитія людей, для гражданскаго права, въ вопросѣ о дѣеспособности, столь же важны опредѣленія зрѣлости въ случаяхъ отклоненія отъ нормъ, напр., у глухонѣмыхъ. Съ людьми незрѣлыми для цивильныхъ цѣлей сближаются въ вопросахъ дѣеспособности люди слабоумные, сумасшедшіе, расточители. Мы здѣсь коснемся только возраста какъ критерія цивильной зрѣлости человѣка.

Измѣреніе зрѣлости возрастомъ можетъ быть производимо весьма различнымъ образомъ въ смыслѣ метода измѣренія. Въ римскомъ правѣ и въ современныхъ законодательствахъ этотъ *методъ* есть *двойкій*. Зрѣлость человѣка прежде всего извѣстна близкимъ ему людямъ. Семья, родичи, старшіе признаютъ своего младшаго члена зрѣлымъ для той или другой цѣли и открываютъ просторъ его самостоятельности въ этой сферѣ семейныхъ, имущественныхъ вопросовъ. Такое признаніе знаменуется обыкновенно *для общаго свѣдѣнія* какимъ либо наружнымъ признакомъ, перемѣной одежды (у римлянъ *toga praetexta* смѣняется другимъ одѣяніемъ, *toga virilis*), ношеніемъ какихъ либо знаковъ, совершеніемъ какихъ либо обрядовъ. Разнообразіе такихъ формъ не имѣетъ предѣловъ и тѣсно связано съ вѣрованіями, обычаями, промыслами и т. д. Есть случаи, когда для извѣстнаго лица, *по оцѣнкѣ его способностей близкими*, наступаетъ признаніе его зрѣлости; есть другіе, гдѣ возрастъ зрѣлаго опредѣляется не столь индивидуально, а примыкаетъ къ какому-нибудь общему обряду, празднику, какъ у римлянъ праздникъ 17-го марта, причемъ всѣ однолѣтки въ этотъ день вступаютъ въ права зрѣлости. Въ западной церкви конфирмація имѣетъ тоже значеніе публичнаго удостовѣренія извѣстной зрѣлости конфирмированнаго.

Всѣ эти виды индивидуальнаго изслѣдованія зрѣлости сохраняютъ и позже значеніе, но уже болѣе или менѣе ограниченное въ примѣненіи, или значеніе *субсидіарнаго средства* опредѣлять зрѣлость лица. Господствующимъ методомъ въ позднѣйшихъ стадіяхъ развитія, какъ римскаго, такъ и современнаго права, служитъ измѣреніе зрѣлости счетомъ лѣтъ даннаго лица.

Нѣтъ сомнѣнія, что измѣреніе зрѣлости для всѣхъ одинаковымъ *количествомъ лѣтъ* заключаетъ въ себѣ значительный элементъ произвольнаго, ибо, конечно, не всѣ люди въ 18 лѣтъ

способны къ брачному сожитію, и не всѣ одинаково въ 21 годъ становятся зрѣлыми для обдуманнаго веденія своихъ дѣлъ. Но нормы гражданскихъ правъ разсчитаны не на то только, чтобы ограждать интересы отдѣльныхъ людей, а въ то же время имѣютъ цѣлью дать возможно большую точность и извѣстность принятымъ въ нихъ измѣреніямъ въ интересахъ общихъ. Въ этомъ отношеніи установленныя для всѣхъ нормы возраста, гдѣ зрѣлость опредѣляется точнымъ числомъ годовъ каждаго человѣка, 7-ю, 14-ю, 21-мъ годомъ, несомнѣнно представляютъ большія удобства. Рядомъ съ этимъ, однако, развитыя законодательства допускаютъ, какъ бы *въ видъ поправки* общихъ и потому произвольныхъ нормъ, *индивидуальное изслѣдованіе* зрѣлости.

Одно изъ самыхъ любопытныхъ сочетаній этого метода общихъ и индивидуальныхъ измѣреній зрѣлости даетъ намъ право римское, котораго правильное разумѣніе и примѣненіе оставляетъ позади себя многочисленныя новыя попытки найти выходъ изъ трудностей проблемы. Мы не войдемъ въ разсмотрѣніе этого римскаго метода, обыкновенно разясняемаго въ подробности въ пандектныхъ чтеніяхъ.

Изъ новыхъ законодательствъ заслуживаетъ въ томъ же отношеніи особаго вниманія французское, повліявшее на кодексъ, дѣйствующій въ Царствѣ Польскомъ.

Французское право сохранило значительное *вліяніе близкихъ*, такъ сказать, автономію семьи, въ этомъ вопросѣ. Начать съ того, что *le mineur est emancipé de plein droit par le mariage* (малолѣтній эманципируется *ipso jure* чрезъ вступленіе въ бракъ, а для этого нужно согласіе членовъ семьи, о чемъ въ анализѣ институтовъ брачнаго права). Но и независимо отъ этого малолѣтній можетъ быть эманципированъ отцомъ, за отсутствіемъ его — матерью, въ возрастѣ 15 лѣтъ, а при отсутствіи обоихъ родителей — 18 лѣтъ, по опредѣленію семейнаго совѣта, если таковой *l'en juge capable* (считаетъ его способнымъ стать въ положеніе зрѣлаго). Дѣйствіе объявленія совершеннолѣтнимъ (*venia aetatis*) въ томъ, что онъ самъ управляетъ имуществомъ и теряетъ право на реституцію (какъ въ римскомъ правѣ) въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣлъ бы его иначе. Въ займахъ, въ распоряженіяхъ, превышающихъ задачи текущаго управленія, онъ ограниченъ необходимостью соучастія куратора. Въ отрасли торговли, которую вѣдаетъ эманципированный самъ, онъ сравнивается съ совершеннолѣтнимъ. Въ случаяхъ злоупотребленія эманципаціей, онъ можетъ быть вновь подчиненъ опекѣ (art. 476—487).

Многіе *нѣмецкіе кодексы* (прусск., баварск., австр., сакс.,

новый имперскій, особенно art. 5) предоставляет *veniam aetatis* wenn sie das Beste des Minderjährigen befördert *), а вслѣдъ за ними III часть мѣстн. остзейскихъ законовъ тоже допускаетъ объявленіе совершеннолѣтнимъ до наступленія общаго срока, по индивидуальному изслѣдованію зрѣлости (ст. 270 и 271). Какъ тамъ, такъ и здѣсь обыкновенно родственникамъ или опекунамъ предоставляется засвидѣтельствовать передъ органами суда или высшаго опекунскаго надзора солидность нравовъ и достаточную зрѣлость подлежащаго лица для самостоятельнаго веденія своихъ дѣлъ. Остзейскій кодексъ не допускаетъ, однако такой *venia aetatis* ранѣе 18-лѣтняго возраста (при общемъ возрастѣ совершеннолѣтія въ 21 годъ).

Нашъ гражданскій кодексъ, какъ вообще, такъ и въ этомъ случаѣ, слабо отражаетъ жизненную сторону явленій нашего быта и отвѣчаетъ на вопросы о зрѣлости лица для гражданской самостоятельности только въ той мѣрѣ, въ какой измѣреніе ея нормировано прямо указами и носить характеръ рѣзко опредѣленныхъ счетомъ годовъ чиселъ. Основу для дѣйствующаго Х т. дали, главнымъ образомъ, указы Императрицы Екатерины II въ связи съ организованными ею опекунскими установленіями.

Исключительность цифровыхъ опредѣленій, несомнѣнно, достаточно гарантировала извѣстность возрастовъ для цѣлей не только гражданскихъ, но и гражданско-политическихъ, коими опредѣлялся преимущественно бытъ того времени. Для цѣлей чисто-гражданскихъ такая исключительность неудобна, стѣснительна. Пока право черпаетъ свои нормы изъ однихъ указовъ, натурально, эти нормы будутъ носить характеръ обще-обязательныхъ, а не примѣнительныхъ, какими въ вопросахъ этого рода служатъ мѣстные обычаи, автономія сословная, родовая, семейная. Всѣ эти источники, обогащавшіе западные кодексы, у насъ изсякли. Легальная зрѣлость опредѣляется метрикой, актомъ состоянія, исповѣдными особо

*) Мысли г. Гантовера по этому предмету въ его статьѣ, О силѣ договоровъ заключен. малолѣтн. и несовершеннолѣтн. безъ участ. опекун. (Сулѣбн. Вѣстн. 69 г. № 52). Также г. Исаченко (Юрид. Вѣстн. 82 г. кн. 8). Вопросъ о пользѣ допущенія не только *venia aetatis*, но и ограниченія дѣеспособности малолѣтнихъ хорошо разрабатывается въ этихъ статьяхъ, и въ послѣднее время, по поводу нѣмецк. Улож. 96 г., привлекъ къ себѣ вниманіе нѣмецкой литературы. См. по этому предмету особ. указанную выше брошюру Дернбурга *Die persönl. Rechtsstel. nach dem Bürg. Gesb. 96*. Дернбургъ находитъ, что нерѣдко благія намѣренія по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ и сумасшедшимъ (особенно тихимъ, съ такъ назыв. *idée fixe*) обращаются для нихъ въ сущую напасть. Дернбургъ даетъ рядъ примѣровъ. Но собственно практическій выходъ изъ этого деспотизма общихъ правилъ, *summum jus summa injuria*, указать не легко. Въ общемъ Дернбургъ находитъ, что положеніе французскаго кода практичнѣе выработанныхъ нѣмецкими комиссіями правилъ.

по каждому приходу содержимыми именными росписями о бывших у исповѣди и св. причастія, книгами родословными, городскими обывательскими, словомъ, тѣми же актами, кои удостовѣряютъ событіе рожденія, и порядокъ веденія коихъ разработанъ лишь въ послѣпетровскомъ законодательствѣ (ср. ст. 214, 215, 216 X т., ч. 1).

Грани возрастовъ указаны закономъ очень просто: 1) малолѣтство—отъ рожденія до 14 и отъ 14 до 17 лѣтъ, 2) несовершеннолѣтіе—отъ 17 до 21 года, 3) совершеннолѣтіе (213). Цивильныя послѣдствія для дѣеспособности такія: 1) малолѣтній недѣеспособенъ для управленія имѣніемъ, распоряженія, отчужденія, ни самъ, ни чрезъ уполномоченное имъ лицо (217), но 2) достигая возраста 14 лѣтъ, малолѣтній можетъ испросить себѣ попечителя для совѣта и защищенія во всѣхъ дѣлахъ, съ такими же качествами, какія предписаны для опекуна (219), 4) достигшій 17-лѣтняго возраста вступаетъ въ управленіе своимъ имѣніемъ, но дѣлать долги, совершать акты и сдѣлки какого либо рода, распоряжаться капиталомъ, брать таковой обратно изъ кредитныхъ установленій можетъ не иначе какъ съ согласія и за подписью попечителя (220). Выданныя имъ безъ согласія попечителя обязательства объявляются недѣйствительными какъ на время несовершеннолѣтія, такъ и на послѣдующее (222). Натурально, законъ, ограждая этимъ интересы несовершеннолѣтнихъ, *не инвалидируетъ обязательствъ въ ихъ пользу, устанавливаемыхъ людьми дѣеспособными.*

Особые термины зрѣлости допущены для вступленія въ союзъ супружескій, но безъ вліянія на общую цивильную дѣеспособность, такъ что можно быть отцомъ семейства и не быть, въ то же время, цивильно-дѣеспособнымъ ни для сдѣлокъ *inter vivos*, ни для сдѣлокъ *mortis causa*. Этотъ возрастъ есть 18 для мужчинъ, 16 для женщинъ, съ измѣненіемъ для нѣкоторыхъ мѣстностей (въ Закавказьѣ для природныхъ жителей—15 и 13) и съ допущеніемъ нѣкоторой *venia aetatis*, по усмотрѣнію мѣстнаго епархіальнаго архіерея, въ необходимыхъ случаяхъ (съ 1857 года, X т., ч. 1, ст. 3), въ незначительномъ размѣрѣ (15½ для дѣвицы 17½ для мужчины). Особого возраста для способности совершать завѣщаніе наше право тоже не знаетъ; мы находимъ его въ области дѣйствія *Code civil*, который допускаетъ уже въ 16 лѣтъ *testamentifactio activa* до объема половины имущества, подлежащаго завѣщательному распоряженію совершеннолѣтнихъ (art. 904), также прусскаго ландрехта, требующаго 18 лѣтъ для

совершенія завѣщанія. Имп. Код. 96 г. устанавливаетъ въ 16 лѣтъ право завѣщать (2229).

Примѣненіе *индивидуальнаго изслѣдованія* зрѣлости встрѣчается въ нашемъ законодательствѣ для *глухонѣмыхъ*. По отношенію къ нимъ сроки зрѣлости вообще наступаютъ позже, и опека длится до 21 года, а засимъ производится изслѣдованіе способности свободно изъяснять свои мысли и изъяслять свою волю. Соображаясь всякій разъ отдѣльно со степенью развитія этихъ способностей, сенатъ, по представленію низшихъ инстанцій (о чемъ позже, въ положеніяхъ объ изслѣдованіи умственныхъ способностей, ст. 368 — 372), или назначаетъ попечительство, или опеку, или, наконецъ уравниваетъ ихъ съ совершеннолѣтними (ст. 381).

Любопытное и оригинальное явленіе нашего законодательства представляетъ *умаленіе гражданской правоспособности для инородцевъ, которые, по степени культуры, признаются гражданно-незрѣлыми*, несмотря на возрастъ, въ цѣломъ составѣ населенія. Это своего рода подопечное положеніе цѣлыхъ племенъ. Любопытно, что интересы этихъ незрѣлыхъ ограждаются не чиновниками, а именно противъ чиновниковъ, заемныя сдѣлки коихъ съ инородцами объявляются ничтожными (ст. 2072). При семъ вообще оборотныя операціи инородцевъ въ Сибири имѣютъ силу только тогда, когда совершаются на наличныя деньги (2070). Иначе обязательства заемныя дѣйствительны только при условіи письменнаго ихъ совершенія и дозволенія, одобренія и поручительства, для сибирскихъ обывателей—членовъ волостного правленія или инородческой управы, для мезенскихъ самоѣдовъ—родового старосты (ст. 2074 и слѣд.). Займы общественныя допускаются тоже съ разрѣшенія губернскаго или областного начальства, которое имѣетъ разсмотрѣть: а) предметъ, издержки, б) побудительныя причины займа, с) состоятельность въ платежѣ (ст. 2086, 2087 и слѣд.) *).

Нѣкоторыя дальнѣйшія частныя явленія ограниченной правоспособности или дѣеспособности, также привилегіи малолѣтнихъ въ счетахъ разныхъ сроковъ, особенно сроковъ давности, мы будемъ имѣть въ виду при разсмотрѣніи отдѣльныхъ институтовъ.

*) Этотъ рядъ статей выведенъ теперь изъ состава X т. ч. 1, и замѣненъ правилами, изложенными въ учрежд. Управленія инородцевъ—ст. 130, прил. III по прод. 1886 г. Нынѣ см. т. II ч. 1 Положен. объ инородцахъ ст. 38 и прил. къ ней для наймовъ инородцевъ и ихъ займовъ. По указан. выше изд. Св. зак. въ одн. кн. столбецъ 305, 332, 334 и слѣд.

С.

Нормальное физическое и умственное состояніе человѣка (status integritatis). Полнота гражданской правоспособности, какъ было видно выше, рассчитана на такое состояніе, физическое и умственное, отдѣльнаго человѣка, въ коемъ онъ можетъ самъ, безъ содѣйствія ему другихъ людей, достигнуть цѣлей обособленнаго личнаго существованія въ обществѣ. Норму этихъ силъ и способностей *нельзя установить разъ навсегда*, какъ зрѣлость, посредствомъ возраста, и отступленіе отъ нормы должно быть всякій разъ отдѣльно изслѣдуемо. Такія отступленія отъ нормы являются намъ въ видѣ пороковъ и болѣзней, наличность которыхъ дѣлаетъ признаніе человѣка право- и дѣеспособнымъ для него собственно эфемернымъ и бесплоднымъ. Какой прокъ для идіота отъ этого свойства гражданской личности, которое мы за нимъ признаемъ? Несомнѣнно, что возможность присвоивать людямъ слабымъ свойства гражданской самобытности не составляла потребности любой эпохи въ исторіи права. Это явленіе позднѣйшее, знаменующее собой обособленіе права гражданского, *признаніе государствомъ свойства личности за всякимъ живымъ человеческимъ существомъ*, выработки той техники юридической, при которой всѣ гражданскія правоотношенія образуются какъ личныя для цѣлей ихъ постоянства и извѣстности (см. выше понятія личности въ системѣ институтовъ гражд. права).

Мы имѣемъ совершенно несомнѣнныя свидѣтельства средне-вѣковаго быта, гдѣ карлики, уродливые люди, больные и слабые совсѣмъ не *пріобщались общей правоспособности*, ибо эта правоспособность не мыслилась иначе, какъ въ связи съ обязанностями нести повинность военную, на конѣ или пѣшую, тянуть тягло, пока силъ станетъ. Нѣкоторые нѣмецкіе партикулярные статуты ставили очень высоко требованіе полноты физическихъ силъ, чтобъ пользоваться правами, и для крестьянина напр. предѣлъ его способности держать на свое имя хозяйство ограничивался 60-ти лѣтнимъ возрастомъ, съ наступленіемъ коего старикъ обязанъ сдать хозяйство сыну. Гриммъ, въ своихъ *Rechtsalterthümer* (стран. 95 и слѣд.), даетъ образцы пробы силы, которыми опредѣлялась способность человѣка быть самостоятельнымъ.

Легальные нормы, предназначенныя для обезпеченія страждущихъ отъ эксплуатаціи, въ особенности способъ изслѣдованія безумія и сумасшествія, ведутъ у насъ свое происхожденіе изъ прошлаго вѣка, приноровлены къ потребностямъ того времени и

мало отвѣчаютъ измѣнившимся, особенно послѣ реформъ прошлаго царствованія, условіямъ современнаго быта.

Мы рассмотримъ коротко ихъ содержаніе и сопоставимъ съ другими системами.

Характернѣйшій памятникъ прошлаго вѣка, свидѣтельствующій о предшествовавшихъ ему порядкахъ и вводящій новые, есть извѣстный указъ Петра Великаго *о свидѣтельствованіи дураковъ въ Сенатъ*. Онъ еще не вполне отжилъ и для нынѣшней практики, ибо и нынѣ въ процессѣ признанія лица безумнымъ и сумасшедшимъ требуется рѣшающее участіе Сената. Вотъ этотъ указъ:

„Понеже какъ послѣ вышнихъ, такъ и нижнихъ чиновъ людей, движимое и недвижимое имѣніе даютъ въ наслѣдіе дѣтямъ ихъ таковымъ *дуракамъ*, что ни въ какую науку и службу не годятся, а другіе, несмотря на ихъ *дурачество*, но для *богатства*, отдаютъ за оныхъ дочерей своихъ и свойственниковъ замужъ, отъ которыхъ добраго наслѣдія къ государственной пользѣ надѣяться неможно, къ тому же оныхъ имѣніе получа, безпутно расточаютъ, а *подданныхъ* бьютъ и мучатъ и недвижимое въ пустоту приводятъ и смертныя убійства чинятъ, *того ради* повелѣваемъ, какъ вышихъ, такъ и нижнихъ чиновъ людямъ, и ежели у кого въ фамиліи нынѣ есть или впредь таковыя будутъ, о таковыхъ подавать извѣстіе въ сенатъ, а въ сенатѣ свидѣтельствовать, и буде по свидѣтельству явятся таковыя, которые ни въ науку, ни въ службу не годились и впредь не годятся, отнюдь жениться и замужъ идти не допускать и вѣчныхъ памятей не давать, а деревень наслѣдственныхъ и никакихъ за ними не справливать, а велѣтъ вѣдать такія деревни по *приказной запискѣ*, и ихъ *негодныхъ* съ тѣхъ деревень кормить и сподобовать ближнимъ ихъ родственникамъ, а буде родственниковъ не будетъ, то ближнимъ свойственникамъ. А ежели къ свидѣтельству явятся не таковыя, какъ объ нихъ въ извѣстіи написано, то употребить оныхъ въ службу и въ науку, кто къ чему будетъ способенъ, а движимое и недвижимое имѣніе по наслѣдству имъ отдать, а жениться по *уточнымъ* лѣтамъ допускать“ (П. С. З. № 3949, 1722 г.; для прежней практики см. тамъ же № 633).

Здѣсь характерна забота власти не о лицѣ и его правахъ въ особенности, а объ интересахъ государства, что въ ту пору представлялось не расчлененнымъ, а тѣсно слитымъ. Имущества движимыя и недвижимыя должны принадлежать тому, кто способенъ нести тягость личной службы государству. Если эта связь

такъ тѣсна, то понятно, что интересы государства не могутъ быть поручены органамъ второстепеннымъ, тѣмъ болѣе, что имъ угрожаютъ не только дѣйствительно негодные въ службу люди, но еще и такіе, которые, при этомъ сочетаніи правъ и обязанностей, находятъ для себя удобнымъ *симулировать дурачество*. Основанія для компетенціи сената, лежащія въ этихъ условіяхъ, мало-по-малу исчезали, а сама компетенція удерживалась и удерживается до сихъ поръ въ законодательствѣ.

Тамъ гдѣ цивильная сторона отношеній обособилась ранѣе, чѣмъ у насъ, тамъ это обособленіе проведено послѣдовательно во всѣхъ институтахъ, процессъ признанія недѣеспособности проще, короче и цѣлесообразнѣе.

Мы укажемъ коротко черты этого процесса (*interdiction, Entmündigung*) по французскому и новому нѣмецкому праву. Въ томъ и другомъ есть значительныя черты схода. Оба проходятъ въ contradикторномъ порядкѣ передъ судомъ первой инстанціи (у нѣмцевъ *Amtsgericht*), съ участіемъ прокурора. Французскій законъ предполагаетъ участіе семейнаго совѣта. Судебное изслѣдованіе умственныхъ способностей возбуждается родственниками, супругами, прокуроромъ. Судъ особой экспертизой опредѣляетъ состояніе умственныхъ способностей (*imbécillité, démence, fureur, Geistesschwachheit, Bresthaftigkeit* и проч.) постановляетъ низведеніе больного изъ состоянія цивильной зрѣлости (*Entmündigung*) и назначаетъ провизорно попечителя, имѣющаго заботиться о лицѣ и имуществѣ больного (*Code civ. 489 и слѣд., 497*). Стороны должны быть налицо въ публичномъ засѣданіи суда (тамъ же, 498). Если бы просьба о признаніи больнымъ была отвергнута, судъ можетъ, по обстоятельствамъ, ограничить дѣеспособность больного соучастіемъ совѣтника, коего судъ и указываетъ. Такія опредѣленія суда получаютъ силу окончательную, если нѣтъ апелляціи (тамъ же 500, нѣмецкій *Civilprozessordnung* §§ 593—627). Со времени низведенія всѣ акты, предпринятыя больнымъ безъ указанной ассистенціи, ничтожны. Если нѣтъ споровъ, то къ больному назначается опека, и всѣ законы о малолѣтнихъ и дѣйствіяхъ опекуна примѣняются и къ нему (*Cod. civ. 509*). Тѣмъ же порядкомъ, но уже по просьбѣ больного или опекуна, судъ изслѣдуетъ и опредѣляетъ признаніе его выздоровѣвшимъ. Для права польскаго, близкаго къ французскому, см. ст. 489 и слѣд. Гражд. Улож. 25 г.; для остзейскаго, представляющаго, какъ и многія нѣмецкія партикулярныя законодательства, соединеніе дѣятельности судебныхъ и опекуна-

скихъ установленій въ этомъ дѣлѣ, см. Св. мѣст. узак. ч. III, ст. 493 и слѣд. Уст. гр. судопр. ст. 1673—1681.

Нашъ законъ „предоставляетъ“ семейству, въ коемъ есть безумные или сумасшедшіе, предъявлять о томъ мѣстному начальству (367). О послѣдовавшемъ поступленіи больного въ лечебницу завѣдующіе обязаны дать знать медицинскому начальству и губернатору. Освидѣтельствованіе совершается въ губернскихъ городахъ чрезъ врачебное отдѣленіе губернскаго правленія (въ присутствіи губернатора, вице-губернатора, предсѣдателя окружного суда, прокурора, или ихъ товарищей, почетнаго мирового судьи, и смотря по состоянію изслѣдуемаго, управляющаго казенной палатой, губернскаго или двухъ уѣздныхъ предводителей дворянства, предсѣдателя сиротскаго суда съ членомъ, депутата отъ военнаго вѣдомства, предсѣдателя коммерческаго суда въ портовыхъ городахъ и проч. см. ст. 368 и слѣд.). Самое освидѣтельствованіе производится въ присутственномъ мѣстѣ или на дому, въ послѣднемъ случаѣ чрезъ инспектора врачебной управы съ двумя медиками въ составѣ цѣлаго присутствія и подъ предсѣдательствомъ представителя сословія, къ которому принадлежит больной (372). Освидѣтельствованіе заключается въ распросахъ, обращенныхъ къ больному по предметамъ домашней его жизни и обыкновенныхъ обстоятельствъ (373). Все это, и особенно вопросы и отвѣты, должны быть точно протоколируемы, ибо заключеніе присутствія о болѣзни даетъ основаніе только къ принятію мѣръ призрѣнія, а отнюдь не низводитъ его дѣеспособность и не подчиняетъ опеку. *Только сенатъ, какъ при Петрѣ*, окончательно разрѣшаетъ вопросъ, признаетъ больного недѣеспособнымъ, подобно малолѣтнему, и подчиняетъ опеку. По отношенію къ крестьянамъ губернскаго правленія составляютъ рѣшающую инстанцію (374). Выходъ изъ этого состоянія интердикціи совершается такимъ же труднымъ и медленнымъ путемъ, какъ и вступленіе въ него, причемъ выздоровѣвшій получаетъ полную свободу независимо отъ заключеній сената, а имѣніе *), его освобождается отъ опеки лишь съ разрѣшенія сената (378).

Медленность этого производства, особенно въ случаяхъ перемежающагося страданія умственнымъ разстройствомъ и въ мѣстахъ отдаленныхъ отъ столицы, дѣлаетъ его нерѣдко почти вовсе не достигающимъ цѣли.

*) Нѣтъ сомнѣнія, что и здѣсь, какъ въ вопросѣ объ усыновленіи и узаконеніи до закона 12 марта 91 г., высшіе классы пользуются вовсе не желательной привилегіей подлежать низведенію гражданской ихъ дѣеспособности содѣйствіемъ Сената, а не мѣстнаго органа, болѣе близкаго и удобнаго для указанной цѣли. Для пребывающихъ за границей см. ст. 370, т. X, ч. 1.

Для изслѣдованія степени зрѣлости глухонѣмого и нѣмого, достигшаго 21-лѣтняго возраста, производство то же, съ тѣмъ же рѣшающимъ участіемъ сената (381; о способахъ оглашенія для случаевъ этого рода см. ниже, стр. 340 и 341).

Отступленія отъ общихъ нормъ для больныхъ и несовершеннолѣтнихъ въ теченіи сроковъ разъясняются въ ученіи давности.

Натурально, въ кругъ лицъ, устраняемыхъ судомъ отъ свѣдѣтельства, входятъ признанныя умалишенными, состоящія на испытаніи врача, не могущія имѣть познанія о доказываемомъ обстоятельстве, глухіе, слѣпые (Полож. о нотар. части ст. 86 т. I; Уст. Гр. Суд. 371, п. 1 и 2).

Для слѣпыхъ установленъ особый, гарантирующій ихъ интересы, способъ совершенія актовъ.

Неспособность къ брачному сожитію и 80-лѣтній возрастъ вступающаго въ супружество дѣлають бракъ недѣйствительнымъ; скопцамъ запрещено принимать въ семью чужихъ дѣтей (Собр. Узак. 84 г. № 56, стр. 438).

Съ людьми ненормальными, для коихъ законъ, особенно законъ гражданскій, требующій бдительности ума и воли, не писанъ, правильно сопоставить расточителей. Собственно по результату ихъ соціальной роли они приходятъ къ тому же, къ чему придетъ всякій безпомощный; но ихъ безпомощность не въ болѣзни, распознаваемой и признаваемой по симптомамъ, независимымъ отъ нравовъ, а именно въ ненормальности самихъ нравовъ. Хотя бы расточитель оказался вполне здоровымъ человекомъ по любымъ экспертизамъ, но нравы его таковы, что свойство личности цивилизующей, самобытности гражданской явнымъ образомъ приводятъ его и должны приводить къ разоренію. Многіе цивилисты хотятъ видѣть здѣсь тоже явленіе болѣзненное, нравственную слабость, которая „жертвуетъ заботу о будущемъ впечатлѣнію минуты“. Возможно, что это такъ, но не эта болѣзненность составляетъ предметъ судебного изысканія, какъ у сумасшедшаго, а нравы лица, чѣмъ бы они ни обуславливались. Въ основѣ низведенія дѣеспособности расточителя до размѣровъ несовершеннолѣтняго видны интересы разныхъ союзовъ, къ коимъ онъ принадлежитъ. Въ правѣ римскомъ не любая расточительность, а расточительность въ дѣдовскомъ и отцовскомъ имуществѣ могла влечь за собой умаленіе дѣеспособности. Но ни римское, ни современное западное право не удержалось на этой узкой точкѣ зрѣнія интересовъ наслѣдованія близкихъ, а выработало какъ бы общую норму соціально здоровыхъ нравовъ, отсутствіе коихъ,

хотя бы никому прямо не угрожающее невыгодами, вызывает заботливость общества о сохранении имущества расточителя, какъ и малолѣтняго и больного.

Возбужденіе процесса о признаніи расточительности исходитъ отъ близкихъ къ моту лицъ (но не отъ прокурора). На нихъ лежитъ тяжесть доказать эту черту нравовъ. Инстанція и форма процедиrowанія вообще близко подходятъ къ таковымъ же въ случаяхъ сумасшествія. Постановленіе суда о признаніи расточителемъ должно быть объявлено ему лично и оглашено. Тотъ же порядокъ для снятія запрещеній. Послѣдствія, по французскому и нѣмецкому праву, близки къ римскому, т.-е. расточитель становится въ положеніе *impubes infantiae proximus*. Французы, впрочемъ, не даютъ ему опекуна, а лишь совѣтника, безъ соучастія коего расточитель (*prodigue*) не можетъ ни искать, ни отвѣчать на судѣ, ни совершать мировыя сдѣлки, ни занимать, принимать платежи, отчуждать, обременять свое имущество ипотекой (*Code civ. art. 513 Civilproc. ordn., §§ 621—627*)

Разъ дѣло идетъ здѣсь не о болѣзни, а о нравахъ, тамъ, гдѣ различіе нравовъ раздѣляетъ данное общество на круги, имѣющіе въ этомъ смыслѣ мало между собою общаго, сужденіе о расточительности должно быть поставлено въ болѣе или менѣе тѣсную связь съ воззрѣніями того круга лицъ, къ которому принадлежитъ расточитель. Всѣ положенія нашего законодательства о расточителяхъ тѣсно связаны съ почти отжившей для гражданскаго права сословной организаціей русскаго общества, оставляющей, однако, такія черты различія нравовъ, которыя можетъ сгладить лишь продолжительное время. При этомъ точка зрѣнія полицейская есть совершенно опредѣляющая весь составъ дѣйствующаго законодательства. Положенія о расточителяхъ помѣщены главнымъ образомъ въ Уставѣ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій. Вотъ коротко эти нормы. Когда главный начальникъ губерніи признаетъ нужнымъ наложить опеку на имѣніе дворянина, въ чертѣ его управленія находящееся, то обращается къ дворянскому сословію; если сословіе не постановитъ наложить опеку, то самъ начальникъ предписываетъ ее учредить. Въ обоихъ случаяхъ доносится 1-му департ. сената съ изложеніемъ причинъ. Сенатъ, если найдетъ сіе основательнымъ, предписываетъ то же и для имѣній въ другихъ мѣстностяхъ, принадлежащихъ тому же лицу (Уст. о пред. и пресѣч., ст. 182, прилож. 1). Если почетный гражданинъ, купецъ или мѣщанинъ, по безпутной жизни, расточаетъ свое имущество, то губернаторы сообщаютъ объ этомъ соотвѣтствующему обществу. Приговоры о

наложеніи опеки для двухъ первыхъ категорій лицъ приводятся въ исполненіе по заключеніямъ общаго присутствія губернскаго правленія и палатъ, а гдѣ введены новыя суды, съ участіемъ прокурора окружн. суда; для мѣщанъ рѣшающую инстанцію составляютъ губ. правленія и начальники губерній. Однако, на постановленія сихъ начальствъ допускается жалоба 1-му деп. прав. сената (тамъ же, прил. II).

Дѣйствія признанія расточителемъ заключается въ учрежденіи опеки надъ имѣніемъ, причемъ немедленно должны быть наложены на имѣнія (помѣщичьи) запрещенія. Опекуны, управляя имѣніемъ, уплачиваютъ долги, а расточители не только лишаются права закладывать, продавать имѣнія, но и вступать въ какія либо обязательства (Уст. о пред., ст. 182, 183, 184) и хотя не лишаются права искать и отвѣчать на судѣ, но обязаны о каждомъ дѣлѣ увѣдомлять опеку, не могутъ безъ согласія опекуна избирать повѣреннаго, оканчивать дѣло примиреніемъ, дѣлать на судѣ уступки, представлять споръ о подлогѣ акта и вступать въ отвѣтъ по такому спору (Уст. Гр. Суд., ст. 20).

Для прекращенія опеки надъ расточителемъ *modus procedendi* соотвѣтствуетъ порядку ея учрежденія.

По отношенію къ крестьянамъ (крѣпостнымъ) въ старомъ законодательствѣ не могло быть потребности въ опредѣленіяхъ объ ихъ расточительности. Нынѣ сельскимъ обществамъ предоставлено, согласно ст. 51 Общ. положенія и 230 Уст. о пред. пресѣч., передавать въ распоряженіе правительства членовъ своихъ за порочное поведеніе, каковой приговоръ подлежитъ утвержденію губернскаго по крестьянскимъ дѣламъ присутствія; однако, 51-ю статьею *сельскому сходу не предоставлено права признавать кого либо изъ однообщественниковъ неимѣющимъ гражданской правоспособности вслѣдствіе расточительности* и назначать по сему поводу опеку (такъ толкуетъ сенатъ, хотя низшія инстанціи смотрятъ на это иначе, см. вообще по вопросу о порочности любопытную практику крестьянскихъ судовъ въ Сборникѣ рѣшеній 1-го департ. прав. сената по крестьянскимъ дѣламъ, И. Данилова, Петербургъ, 1885 г., стр. 20—68). Новый законъ (Выс. повел. 18 марта 1886 г., „Правит. Вѣстн.“ за 1886 г., № 75), направленный къ ограниченію семейныхъ раздѣловъ въ крестьянскихъ хозяйствахъ, гдѣ имѣетъ мѣсто общинное землевладѣніе, постановляетъ, что сельскій сходъ, имѣющій вѣдать такіе раздѣлы (ср. Сборн. Данилова, указан. сейчасъ, стр. 69, а также Сборникъ, изд. въ 1880 г., № 36 и 115), прежде всего удостоверяется, согласенъ ли на раздѣлъ родитель или старшій членъ

семьи, а при отсутствіи согласія приступаетъ къ нему лишь при условіи, что поводомъ къ раздѣлу служить *расточительность и безнравственное* поведеніе домохозяина (п. 2). Практика по этому важному пункту не успѣла, конечно, опредѣлиться.

Въ общемъ положеніе о расточительности у насъ основано на совершенно иныхъ соображеніяхъ, чѣмъ въ западныхъ законодательствахъ. Инициатива исходитъ совсѣмъ не отъ того круга лицъ, коихъ интересы имѣютъ въ виду французскій и имперскій законъ, процедиrowаніе не носитъ совсѣмъ тѣхъ особыхъ судебныхъ гарантій, кои введены Уставомъ 1864 года для дѣлъ гражданскихъ вообще, разныя части дѣйствующаго законодательства недостаточно согласованы, и нѣтъ сомнѣнія, что вопросъ о расточителяхъ долженъ будетъ стать скоро на очередь безотлагательныхъ заботъ законодательной власти.

Наряду съ разсмотрѣнными поводами къ низведенію дѣеспособности Нѣм. Код. 96 г. вводитъ особый поводъ къ такому низведенію, именно *пьянство* (Trunksucht), когда пьяница теряетъ способность заботиться о своихъ дѣлахъ или подвергаетъ семью опасности нищеты или, наконецъ, угрожаетъ безопасности постороннихъ людей.

Т. Х, ч. I знаетъ особый видъ опеки по особымъ Высочайшимъ повелѣніямъ устанавливаемой (ст. 296). Каждый случай такого рода составляетъ спеціальнѣй законъ, такъ что заключеній къ общему праву дѣлать отсюда нельзя. Но несомнѣнно, что необходимость такихъ законовъ и явная польза такихъ особыхъ мѣропріятій, въ свою очередь, указываютъ на недостаточность общихъ цивильныхъ нормъ по этому предмету. Кассационная практика обнаруживаетъ нерѣдко затруднительность соглашенія такихъ спеціальныхъ нормъ съ общими, и Сенатъ допускаетъ, согласно ст. 296, отступленіе отъ общихъ правилъ именно только тамъ, гдѣ изъятія прямо показаны особымъ Высочайшимъ повелѣніемъ (см., наприм., Кас. рѣш. гражд. 77 г. № 228).

4. *Положеніе иностранцевъ*. Мы выше видѣли, что, вмѣстѣ съ обособленіемъ права частнаго отъ публичнаго, гражданская правоспособность расширяется на своихъ и чужихъ, безразлично. Понятіе подданства, способы его установленія и прекращенія входятъ въ дисциплину публичнаго права. Въ основѣ теперешней практики лежитъ законъ 10 февраля 1864 г. и послѣдующія измѣненія, введенныя въ составъ IX т. Св. Зак. Для вступленія въ подданство непророжденнаго подданнаго необходимо принятіе имъ присяги (IX, ст. 1021), а для женщинъ-иностранокъ достаточно и вступленія въ бракъ съ русскимъ подданнымъ (1028),

точно также какъ для женщинъ русскихъ подданныхъ вступленіе въ бракъ съ иностранцемъ составляетъ способъ прекращенія подданства (1026).

Иностранцами нашъ законъ называетъ всѣхъ подданныхъ другихъ державъ, не вступившихъ въ русское подданство (990). Иностранцы, находясь въ Россіи, какъ лично, такъ и по имуществу ихъ подлежатъ дѣйствию русскихъ законовъ и пользуются ихъ общей защитой и покровительствомъ (995). Дѣла иностранцевъ, находящихся въ Россіи, какъ между собой, такъ и съ русскими подданными подлежатъ вѣдомству судебныхъ установленій по общимъ законамъ о подсудности (ст. 224 Уст. Гр. Суд.).

Иностранцы могутъ пріобрѣтать какъ чрезъ куплю, такъ и по наслѣдству, завѣщаніямъ, дарственнымъ записямъ, отводамъ отъ казны и т. п. всякаго рода движимыя и недвижимыя имущества, кромѣ тѣхъ, кои могутъ принадлежать только потомственному дворянству (IX, 1003); иностранцы также, кромѣ евреевъ, могутъ управлять имѣніями, держать въ арендѣ и посессіи недвижимыя имѣнія (1004), устраивать фабрики и заводы, съ уплатой гильдейскихъ пошлинъ (1005), упражнять всѣ виды промысловъ (1901, 1002), вступать въ обязательства (1007), завѣщать (1047), на общемъ для русскихъ подданныхъ основаніи *).

Столь широкой постановки равноправности чужихъ и своихъ, введенной у насъ въ такую пору, когда для своихъ еще продолжали существовать многочисленныя стѣсненія въ правахъ гражданскихъ, едва-ли знаетъ какое-либо изъ современныхъ западныхъ законодательствъ. Возьмемъ для примѣра Германію. Art. 3 имперской конституціи уравниалъ въ правоспособности подданныхъ каждаго отдѣльнаго нѣмецкаго государства въ другомъ нѣмецкомъ же государствѣ, а для иностранцевъ въ тѣсномъ смыслѣ, т.-е. подданныхъ внѣ-нѣмецкихъ государствъ, этотъ общій законъ предоставилъ отдѣльнымъ нѣмецкимъ государствамъ удержать свои прежнія начала и вводить новыя нормы, имѣющія обязательную силу въ каждой отдѣльной территоріи. Известно, что прусская законодательная власть, смѣшивающая такъ часто задачи права и политики, ввела именно новыя нормы для землевладѣнія въ нѣкоторыхъ пограничныхъ провинціяхъ, устранившія массы „чужихъ“ землевладѣльцевъ съ этихъ нѣмецкихъ земель.

*) Вопросъ объ охраненіи литературной и художественной собственности тамъ, гдѣ нѣтъ конвенцій, остается для иностранцевъ открытымъ. Ср. Сборн. Гожева, т. I, стр. 880. Приведенныя здѣсь (стр. 893) конвенціи съ Франціей и Бельгіей потеряли силу съ 1886 г.

Въ 1886 г. (14 марта) послѣдовалъ Высочайшій указъ, коимъ въ 10 губерніяхъ Царства Польскаго и въ 11 губерніяхъ, прилежающихъ къ западной границѣ, иностраннымъ подданнымъ возбранено пріобрѣтеніе внѣ портовыхъ и другихъ городскихъ поселеній права собственности, права владѣнія и пользованія недвижимымъ имуществомъ, найма, аренды, завѣдыванія (кромѣ домовъ и дачъ); наслѣдованіе по закону допущено въ прямой нисходящей линіи и между супругами только для поселившихся до изданія этого указа, иначе иностранецъ обязанъ продать въ теченіе 3-хъ лѣтъ такое имущество русскому подданному, подъ страхомъ отчужденія съ публичнаго торга. Законъ дѣйствуетъ не только на отдѣльныхъ людей, но и на всякаго рода общества. Въ 1892 г. этого же рода ограниченія введены въ Волынской губерніи, не взирая на принятіе иностранцами подданства (т. IX изд. 1876 г., продолж. 1893 г., ст. 1003; тамъ же см. 1005 ст. о нефтяной добычѣ иностранцевъ, ср. рядъ примѣч. къ ст. 698, т. X по Продолж. 1895 г., гдѣ тѣ же мѣры примѣнены и къ другимъ окраинамъ русской территоріи).

Не составляетъ ограниченія въ частноправномъ смыслѣ запрещеніе иностранцамъ занимать различныя должности и носить званіе присяжнаго повѣреннаго (Учр. Суд. Уст., ст. 355, п. 2). Въ защитѣ правъ на судѣ иностранцы, ничѣмъ не гарантирующіе возможной отвѣтственности (не состоящіе на службѣ, не владѣющіе недвижимостью), должны представлять обезпеченіе возможныхъ издержекъ и убытковъ по дѣлу; иначе отвѣтчикъ предъявляетъ отводъ безъ объясненій по существу дѣла (Уст. Гр. Суд., св. 571, п. 5, ср. Code civ. art. 16 и Code de procéd. art. 166). Есть и прямыя, хотя незначительныя ограниченія ихъ правоспособности, напр., въ наслѣдованіи, для представленія притязаній на которое иностранцами положенъ 2-хъ годичный срокъ (1247 и 1294 X т., ч. I), также въ правѣ участія въ нѣкоторыхъ предпріятіяхъ (напр., ст. 2139, пр. 2 тамъ же). Законъ не допускаетъ принятіе въ русское подданство иностранцевъ изъ евреевъ и дервишей (IX, 992, 994).

Нѣмецкая юридическая терминологія принимаетъ двоякій смыслъ противоположенія своего и чужого въ отношеніи къ подданству: *тѣснѣйшій*, гдѣ въ понятіе чужого входитъ только тотъ, кто не есть имперскій подданный, и *обширнѣйшій*, гдѣ чужимъ называется не только чужой для имперіи, но и неподданный даннаго члена имперскаго союза. И такъ, русскій подданный есть иностранецъ, чужой для нѣмецкой имперіи, иностранецъ въ тѣсномъ смыслѣ, но и подданный имперіи пруссакъ

будетъ въ обширномъ смыслѣ чужимъ для Баваріи. Стремленіе новаго нѣмецкаго законодательства заключается въ томъ, чтобы сравнять въ отношеніи гражданской правоспособности всѣхъ подданныхъ, чужихъ, въ обширномъ смыслѣ, передъ лицомъ общаго имперскаго закона, чтобы уничтожить въ этомъ смыслѣ партикулярную правоспособность и дать перевѣсъ общей. Этого ищутъ тамъ достигнуть гораздо энергичнѣе, чѣмъ достиженія равноправности своихъ, имперскихъ подданныхъ, и чужихъ, иностранцевъ въ тѣсномъ смыслѣ.

Нельзя сказать того же о нашемъ законодательствѣ. Въ то время какъ права иностранцевъ (въ узкомъ смыслѣ, подданныхъ иныхъ державъ) несомнѣнно сравнены (кромя мѣстныхъ изъятій по закону 1886 года) съ правами русскихъ подданныхъ въ отношеніи гражданской правоспособности, равноправность гражданская для своихъ и чужихъ въ обширномъ смыслѣ оставляетъ желать весьма многого. Мы возьмемъ для примѣра законы русскіе, касающіеся Финляндіи и входящіе въ составъ IX т. Св. Зак. Рос. Имп. Вотъ они: русскіе дворяне и чиновники, желающіе получить право гражданства въ Финляндіи, должны подавать прошенія губернатору подлежащей финляндской губерніи съ удостовѣреніемъ, что русскія власти не встрѣчаютъ препятствія къ *выбытію* (?) перечисляющагося изъ имперіи. Особымъ процессомъ восхожденія на Высочайшее благоусмотрѣніе такое перечисленіе допускается, но для дѣйствительнаго перечисленія проситель обязанъ поселиться въ В. К. Финляндскомъ, записаться тамъ въ поголовные списки, внести единовременно тысячу рублей въ пользу фонда финляндскихъ богадѣленъ и рабочихъ заведеній, и лишь тогда финляндскій гражданинъ изъ русскихъ подданныхъ станетъ въ положеніе, равное съ туземнымъ гражданиномъ (IX, 312, прил., тутъ же о порядкѣ перечисл. въ Цар. Польское; для низш. клас. особ. полож.).

5. *Сословность*. Если современное европейское государство способно обособлять сферу правъ публичнаго и частнаго и открывать не только подданнымъ, но и иностранцамъ широкое общеніе интересовъ имущественныхъ и цивильныхъ вообще, то это составляетъ явленіе лишь новаго времени, не вездѣ еще устранившее иной порядокъ вещей, господствовавшій въ старое время. Непосредственному отношенію каждаго отдѣльнаго человѣка, какъ подданнаго, къ государству предшествовала въ жизни европейскихъ обществъ *связь отдѣльныхъ людей съ союзомъ государственнымъ, посредствуемая другою, тѣснѣющей союзной формой, сословіемъ или состояніемъ, къ которому необходимо долженъ былъ принадле-*

жать каждый членъ союза государственнаго. На исторіи развитія правосознанія на западѣ и у насъ эта пора рѣшающаго значенія принадлежности къ тому или другому сословію оставила свои глубокіе слѣды. Долгое время нѣтъ вовсе нормъ права общихъ, которыя исходили бы прямо отъ государства и служили бы для всѣхъ равно основой личной правоспособности... Если такія нормы и имѣютъ нерѣдко своимъ источникомъ законъ государственный, то, по содержанію своему, онѣ всего чаще представляютъ собою правосознаніе сословное, ищущее лишь утвержденія и укрѣпленія со стороны государства въ видѣ привилегіи даннаго сословія. Не всѣ такія союзныя формы суть привилегированныя въ смыслѣ льготъ, но, однако, и для тѣхъ классовъ, которые терпятъ отъ предпочтенія другихъ, надежность положенія отдѣльных лицъ, постоянство формъ быта устанавливалась тоже особымъ для этихъ классовъ (необщимъ) закономъ. Такимъ образомъ на западѣ образовались не нормы права гражданскаго, а эти многочисленныя отдѣльныя системы нормъ для благородныхъ (дворянства высшаго и низшаго), городскихъ жителей, крестьянства, которыя, особенно въ Германіи (и въ Остзейск. сводѣ), далеко и нынѣ не потеряли своего значенія. Независимо отъ видоизмѣняющаго общую правоспособность значенія такихъ сословныхъ институтовъ, самыя союзныя формы обогатили наше право сравнительно съ римской цивильной системой обиліемъ такихъ образованій, въ коихъ отдѣльный человекъ является лишь участникомъ правъ и обязанностей союза, цѣлаго, о чемъ въ подробности мы будемъ имѣть случай сказать въ ученіи о юридическомъ лицѣ.

Исторія образованія сословій въ Россіи значительно иная, чѣмъ на западѣ. Если тамъ сословная организація часто была сильнѣе государственной и налагала на строй государства трудно устранимый, свой, особый, сословный типъ, то въ Россіи, наоборотъ, само государство, сама центральная власть, для своихъ цѣлей, для цѣлей службы и тягла, стремится организовать сословныя формы, дать характеръ постоянства и извѣстности ихъ составу, ихъ правамъ и обязанностямъ, не только для внутреннихъ отношеній самихъ союзовъ, но, и это главнымъ образомъ, для цѣлей самого государства. Данныя по этой исторіи развитія сословныхъ формъ въ Россіи указываются въ подробности въ исторіи русскаго права вообще и въ курсахъ политическихъ наукъ въ особенности.

До самаго послѣдняго времени, до эпохи коренныхъ преобразованій всего русскаго юридическаго быта въ прошлое царство-

ваніе, типъ сословной нормы, опредѣлившійся окончательно въ законодательной дѣятельности Екатерины II, былъ господствующимъ и налагалъ свою печать на всю систему русскаго гражданского права.

Однако, эти признаки прежняго смѣшенія публичнаго и частнаго права для теперешняго русскаго гражданского права далеко уже не имѣютъ того значенія, которое имъ принадлежало въ условіяхъ стараго быта. Въ составѣ дѣйствующаго законодательства удерживаются и пересчитываются въ новыхъ изданіяхъ свода раздѣльно положенія, опредѣлявшія прежде *особыя права сословія* и затѣмъ, чрезъ распространеніе этихъ особыхъ правъ на всѣхъ, утрачивавшія характеръ сословной льготы, исключенія, и *получившія нынѣ свойство нормъ общихъ*. Такъ мы читаемъ: „дворянинъ безъ суда не можетъ быть лишенъ ни жизни, ни правъ состоянія, ни имѣнія. (IX, 312, 326). Это нынѣ уже не изъятіе, ибо никто безъ суда не можетъ быть лишенъ жизни, правъ состоянія, имѣнія. „Потомственный дворянинъ можетъ пріобрѣтать законнымъ способомъ всѣ безъ изъятія роды имуществъ движимыхъ и недвижимыхъ“, „входить во всѣ вообще договоры и обязательства, а также распорядиться недвижимымъ имуществомъ по правиламъ въ законахъ гражданскихъ установленнымъ“. (327). Эта привилегія, а именно привилегія владѣнія населенными имѣніями (своего рода территоріи, населеніе коихъ самъ законъ нерѣдко именовалъ „подданными“) нѣкоторое время и послѣ отмѣны крѣпостнаго права, до окончательной его ликвидаціи, сохраняла значеніе (ст. 333) и утратила его вполне лишь съ 1-го января 1883 года, когда бывшіе помѣщичьи крестьяне, состоявшіе еще въ обязательныхъ отношеніяхъ къ бывшимъ господамъ (сеньорамъ), переведены съ оброчной и издѣльной повинности на выкупные платежи и причислены къ разряду крестьянъ собственниковъ (продолж. 1883 г., ч. 2, къ IX т. ст. 731, пр. 2). Въ другое время и съ другимъ смысломъ возникла привилегія городскихъ обывателей пріобрѣтать движимую и недвижимую собственность, производить торговлю, учреждать фабрики, дарить, завѣщать, давать въ приданое свое имѣніе на основаніи законовъ (558, 560), наконецъ, нынѣ, когда каждый сельскій обыватель можетъ пріобрѣтать въ собственность недвижимое и движимое имущество, отчуждать, отдавать въ залогъ...“ (715, 766), когда крестьяне и башкиры, какъ отдѣльно, такъ и цѣлыми обществами, могутъ входить, на основаніи общихъ постановленій, во всякіе закономъ дозволенные договоры, обязательства и подряды...“ (т. IX особ. прил. I ст. 22), отыскивать свои права,

вчинять тяжбы и иски и т. д.“ (ст. 24), возможно было бы, вмѣсто историческаго матеріала, содержащаго во всѣхъ этихъ разныхъ по историческому происхожденію статьяхъ, внести въ составъ гражданскаго кодекса указанныя нормы правоспособности какъ общія, обозначая при нихъ немногія отступленія, не утратившія пока своего значенія (ср. выше, ст. 226).

Эти отступленія по сословіямъ немногочисленны и заключаютъ въ себѣ не столько привилегіи или льготы, сколько особо при-
норовленные къ той или другой сферѣ имущественнаго обла-
данія институты полуцивильнаго характера. Таковы въ особен-
ности имущества заповѣдныя, кои учреждать, съ соизволенія Вы-
сочайшей власти, дозволено дворянамъ потомственнымъ (IX, 325,
X, ч. 1, ст. 467 и слѣд.). Эта заповѣдь, въ гражданскомъ
смыслѣ—ограниченіе оборотности имущества и его нераздѣльность,
встрѣчается не тутъ только. Здѣсь она направлена на цѣль обез-
печенія знатныхъ дворянскихъ родовъ. Въ другомъ случаѣ зако-
нодатель указываетъ предѣлъ дѣлимости участковъ государствен-
ныхъ крестьянъ (бывшихъ, ст. 394). Это тоже особое положеніе
въ цѣляхъ обезпеченія крестьянскаго быта. Наконецъ, въ этихъ же
цѣляхъ, съ характеромъ исключительнаго института для нѣкото-
рыхъ мѣстностей имперіи, мы имѣемъ полуцивильную форму об-
ладанія имуществомъ, земель, на правѣ владѣнія общиннаго, гдѣ
полевые участки не наследуются членами союза, а передѣляются
или распределяются, по приговору міра, между крестьянами,
по душамъ, тягламъ или инымъ способомъ, а повинности отбы-
ваются за круговой порукой, (IX, прил. мѣстн. положен. вели-
корусск. губ., ст. 113, прим.). Тутъ тоже цѣль обезпеченія быта
и исправности выполненія повинностей этимъ классомъ лицъ. Но
ни въ заповѣдномъ имѣніи, ни въ особыхъ формахъ крестьян-
скаго землевладѣнія нѣтъ настоящаго измѣненія общей цивиль-
ной правоспособности привилегіей, а существуютъ особые инсти-
туты, образовавшіеся въ сферѣ иныхъ, чѣмъ чисто цивильныя
отношеній. Дворяне способны учреждать заповѣдныя имѣнія, и
учреждая ихъ, они преслѣдуютъ не столько цѣли цивильныя,
сколько упрочиваютъ высокое соціальное положеніе извѣстнаго
дворянскаго рода. На имуществахъ крестьянскихъ можетъ лежать
извѣстная заповѣдь, запретъ, интердиктъ, редуцированная оборо-
тоспособность; и тутъ тоже задача не въ ограниченіи или рас-
ширеніи ихъ *гражданской правоспособности*, не въ привилегіи,
а въ удержаніи класса земледѣльческаго, специфическими спосо-
бами, въ этой сферѣ труда, постоянномъ и преемственномъ.
Привилегій, несомнѣнно, охотно искали бы и другія сословія,

между тѣмъ, трудно думать, чтобы лица среднего класса, въ особенности торговые люди, усматривали умаленіе ихъ гражданской правоспособности, когда имъ не предоставлено закономъ налагать заповѣдь, ограничивать оборотоспособность ихъ имущества *).

Иное дѣло ограниченіе потомственныхъ дворянъ въ правѣ усыновлять. Это, въ теперешнихъ условіяхъ быта, составляло, до закона 12 марта 91 г., *умаленіе гражданской правоспособности* этого класса лицъ сравительно съ другими сословіями. Пока господствующую систему правоотношеній опредѣляли институты смѣшаннаго, цивильно-политическаго типа, до тѣхъ поръ, понятнымъ образомъ, было бы неправильно вообще и вмѣстѣ съ этимъ противно интересамъ зависимыхъ классовъ подускать расширеніе чрезъ усыновленіе, стало бытъ приватнымъ актомъ, круга лицъ привилегированныхъ. Кромѣ рожденія отъ потомственныхъ дворянъ и брака, эти привилегіи сообщались пожалованіемъ отъ Высочайшей власти, въ извѣстной степени службой лица, и рядомъ съ этимъ трудно было бы поставить усыновленіе какъ способъ приобщенія лица непривилегированнаго къ кругу лицъ привилегированныхъ.

Отсюда понятно, что *въ старомъ бытъ* усыновленіе потомственными дворянами допускалось только при отсутствіи потомковъ и сродниковъ мужского пола той же фамиліи у усыновителя, при условіи, что усыновляемый принадлежитъ самъ къ кругу законнорожденныхъ родственниковъ усыновителя, притомъ не иначе какъ съ Высочайшаго соизволенія и безъ всякихъ предпочтеній для усыновленнаго въ правѣ наслѣдованія (X, 145, 147), кромѣ одного случая, когда усыновитель передаетъ съ Высочайшаго разрѣшенія свою фамилію мужу одной изъ родственницъ своихъ, и по смерти ея безъ потомства, за прекращеніемъ мужского поколѣнія ея рода, къ наслѣдству въ цѣломъ ея недвижимомъ имѣніи призывается усыновленный (X, 148, 1160). Недопущеніе свободныхъ приватныхъ формъ усыновленія для потомственныхъ дворянъ было, несомнѣнно, въ извѣстной гармоніи съ существенными чертами стараго быта.

Частью уже прежде, для классовъ непривилегированныхъ, и въ особенности для податныхъ сословій, а со времени прекращенія старыхъ формъ зависимости и для дворянства личнаго и для духовенства—институтъ усыновленія быстро приватизируется

*) См. еще выше привилегія низведенія дѣеспособности центральной инстанціей, правит. сенатомъ.

(ст. X, стр. 149—163). Личные дворяне усыновляют со всѣми послѣдствіями для усыновленнаго, какія устанавливаетъ законъ для родныхъ (см. ст. 149, которая крайне плохо редактирована) дѣтей усыновителя *кроме правъ состоянія*, которыхъ усыновитель не сообщаетъ усыновленному. Тоже для купцовъ, имѣющихъ званіе потомственнаго почетнаго гражданства. Права гражданскія сообщаются усыновляемымъ, „но къ почетному гражданству (они) не причисляются и возводятся въ оное въ томъ только случаѣ, когда сами на званіе сіе приобрѣтутъ право“ (ст. 154). И такъ, законъ указываетъ намъ не только возможность усыновленія лицами привилегированными, но и методъ, какимъ это достигается. Дѣло совершенно простое. Чтобъ дать силу акту приватнаго характера, тамъ, гдѣ подлежитъ установкѣ или измѣненію юридическое отношеніе смѣшаннаго типа, семейно-сословнаго, надо *обособить* приватныя, чисто семейныя, цивильныя послѣдствія акта отъ вопроса о правахъ состоянія. Цѣль будетъ достигнута.

Какъ бы мы, однако, ни доказывали совсѣмъ измѣненныя закономъ условія быта русскаго общества съ отмѣной дворянскихъ привилегій по обладанію населенными имѣніями, и какъ бы ни оказался въ самомъ законѣ ясенъ методъ обособленія приватныхъ и публичныхъ послѣдствій акта усыновленія, мы все же должны были признавать неотмѣненнымъ, а наоборотъ, подтвержденнымъ послѣдующею законодательной практикой умаленіе гражданской правоспособности дворянъ потомственныхъ сравнительно съ другими классами лицъ въ вопросѣ объ усыновленіи. — Лишь въ настоящее время этимъ методомъ обособленія публичныхъ и приватныхъ послѣдствій усыновленія *законъ 12 марта 1891 года* устранилъ существовавшее до сего умаленіе правоспособности дворянъ въ вопросахъ семейнаго права. Въ этомъ славномъ памятникѣ прошлаго царствованія для христіанскаго населенія Имперіи постановлено: дѣти, рожденныя внѣ брака, *кроме* происшедшихъ отъ прелюбодѣянія, узаконяются бракомъ ихъ родителей. Узаконенныя дѣти почитаются законными со дня брака родителей и съ этого времени уравниваются въ правахъ съ законными дѣтьми отъ сего брака рожденными. Лицамъ *всѣхъ состояній безъ различія пола* (кроме обреченныхъ на безбрачіе по сану) дозволяется, при неимѣніи своихъ законныхъ или узаконенныхъ дѣтей, усыновлять своихъ воспитанниковъ, *пріемышей* и чужихъ дѣтей. Не допускается усыновленіе христіанами нехристіанъ и обратно. Усыновленные дворянами и почетными гражданами, имѣющіе меньшія права состоянія, приобрѣтаютъ

усыновленіемъ личное почетное гражданство (т. X, ч. 1, ст. 144, 145, 148, 153).

Гражданская правоспособность *блага* духовенства ограничивается не столько по соображеніямъ цивильнаго характера, сколько въ духѣ особаго призванія служителя алтаря. Несомнѣнно, что отдѣльныя лица этого класса могутъ достигать значительнаго обогащенія, ибо законъ вовсе не указываетъ какихъ либо предѣловъ довольства для лицъ блага духовенства, но есть виды дѣятельности, особенно важные въ процессѣ цивильнаго обмѣна, коихъ упражненіе составляло бы *pefas* для этого круга лицъ. Таковы вообще операціи торговыя, подряды, поручительства по подобнымъ дѣламъ, вексельныя обязательства, нѣкоторыя отрасли промышленности (винокуреніе, а также виноторговля). Законъ воспрещаетъ также лицамъ блага духовенства хожденіе по дѣламъ, кромѣ дѣлъ церкви, ихъ женъ, дѣтей, питомцевъ, состоящихъ на ихъ попеченіи. За этими исключеніями они вовсе не ограничиваются въ сферѣ имущественныхъ правъ сравнительно съ другими классами лицъ. Такъ какъ духовное званіе не поглощаетъ вполнѣ принадлежности лица къ тому или другому сословію, то принадлежность духовнаго лица къ дворянству, потомственному или личному, или къ почетному гражданству, оказываетъ вліяніе на вѣдомство дѣлъ опекунскихъ для сиротъ духовныхъ особъ (X, 236), а также на способность ихъ усыновлять чужихъ дѣтей, о чемъ сказано выше. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ имущественные интересы лица духовнаго званія встрѣтились бы съ запрещеніями церковнаго закона, наше законодательство ищетъ выхода наиболѣе примирительнаго изъ сей коллизіи. И такъ, если это лицо владѣетъ недвижимостью по праву дворянства, то промыслъ винокуренія и продажи вина можетъ быть упражняемъ черезъ арендатора (IX, 381). Многія изъ этихъ ограниченій относятся не къ одному только православному духовенству, а также и къ духовнымъ лицамъ другихъ христіанскихъ исповѣданій. Посему мы находимъ эти ограниченія въ разныхъ частяхъ дѣйствующаго свода, въ т. X, ч. I, въ Уст. Гражд. Суд.; въ IX т., въ XI т., въ Уст. вексельн., въ Уст. иностр. испов., и въ Уст. дух. консист. (сведено, хотя не вполнѣ, у Гожева и Цвѣткова, т. 1, стр. 88, см. въ особен. запрещеніе обязываться для лицъ духовнаго званія *всѣхъ исповѣданій* векселями въ т. XI, Уст. векс., ст. 6, по изд. 1887 г.; также для запрещенія быть хадатаемъ IX, 379 п. 2, 427, 460; Уст. Гражд. Судопр. ст. 45, п. 3, 246 п. 4, т. XI, Уст. иностр. исп. 327). Для православныхъ, посвященныхъ уже въ іерейскій или діаконскій санъ,

доколѣ они пребываютъ въ семь санѣ, бракъ вовсе воспрещенъ съ послѣдствіемъ недѣйствительности такового (X, ст. 2, 37 п. 6, Уст. дух. консист. изд. 1883 г., 205 п. 6, здѣсь же ст. 82 и слѣд. указываютъ разныя ограниченія для православнаго духовенства въ правѣ отлучаться изъ постоянного мѣстожителства).

Въ результатѣ редукція гражданской правоспособности бѣлаго духовенства далеко не есть значительная *).

Совершенно другой характеръ носить умаленіе, во многихъ отношеніяхъ почти поглощеніе гражданской правоспособности монашествующихъ, *духовенства чернаго*. Возможно, съ небольшими оговорками, поставить постриженіе въ число способовъ прекращенія гражданской правоспособности лица. Это актъ отреченія отъ гражданской личности во многомъ напоминающій, по юридическому содержанію своему, самыя тяжелыя формы лишенія правъ состоянія съ цѣлями карательными, но совершаемый добровольно въ цѣляхъ спасенія. Поступающій въ монашество отрывается отъ имущества своего единожды навсегда, почему не получаетъ его обратно чрезъ сложеніе сего званія впослѣдствіи (IX, 356, 480). Разобщеніе монашествующихъ съ гражданскимъ міромъ почти полное, оно обнимаетъ *jus connubii* и *jus commercii*, *commercium inter vivos*, кромѣ незначительныхъ сдѣлокъ обыденной нужды, и *mortis causa*. Сфера брачныхъ, семейныхъ, родственныхъ отношеній закрыта для нихъ вполне, они не наследуютъ по закону, въ ихъ пользу нельзя завѣщать (X, 2,

*) П. С. З. даетъ массу указаній на источники регулированнаго закономъ положенія какъ лицъ, такъ и имущества, имѣющихъ назначеніе служить церкви. Ср. въ особенности въ 1-мъ П. С. З. № 412, Выписку изъ дѣяній собора, бывшаго въ Москвѣ въ 1667 г., гдѣ частію самимъ духовнымъ лицамъ даны правила благочинія (нелѣпо есть ѣздить по улицамъ верхомъ на конѣхъ со епитрахиліею и крестомъ, — несомнѣнно дѣло идетъ о свадебныхъ обрядахъ), частію, мірянамъ (осуждается козлогласованіе грядущимъ жениху и невѣстѣ), указываются правила суда церковнаго и предѣлы вѣдомства его, весьма широкіе, правила житія монашескаго и лицъ бѣлаго духовенства, особенно вдоваго, коему возбраняется въ дому своемъ иныя жены держати, но токмо матеръ или сестру, или тетку; и все это на основанія соборныхъ правилъ, причемъ бракъ лица состоящаго пресвитеромъ, діакonomъ и поддіакonomъ ведетъ къ изверженію отъ причта, 1-е П. С. З. т. 1-ый, стр. 710. Тутъ же правила опредѣляющія положеніе вещей церковныхъ и проч. (ср. еще № 4190). Синодскій указъ отъ 22 декабря 1743 года перечисляетъ возбраненныя духовнымъ лицамъ операціи, торги, подряды, откупы, промыслы, поруки по дѣламъ подобнымъ, обязательства и дачу серебра своего должникамъ въ лихву, а кто по 2-мъ и 3-емъ наказаніи неисправенъ явится, яко наемника, а не пастыря, по силѣ правилъ Св. Апостолъ и Св. От. Собора 17 Лаодикійскаго 4, Карпагенскаго 5, 16, шестого Вселенскаго 10, Василия Великаго 14, неотмѣнно извержи сана священническаго вовсе (см. П. С. З. № 8844). Лицамъ духовнымъ не дозволяется виноторговля, а монастыри иногда диспензируются отъ сего запрета въ виду скудости средствъ (№ 9847, 6177). Указан. № 412 важенъ для исторіи рецепціи.

37 п. 6, 1109, 1025 примѣч.). Съ цивильной точки зрѣнія это столь же мало занимательныя лица, какъ мало занимательны для цивилиста вещи посвященныя богамъ. Пока на нихъ лежитъ этотъ интердиктъ, лично, особо, они не фигурируютъ почти вовсе въ цивильномъ обмѣнѣ, они вполне поглощены союзной формой монашескаго общежитія, въ которую вошли, принимая обѣтъ. При поступленіи въ монашество и еще до постриженія, лицо, имѣющее отречься отъ міра, отдаетъ родовое свое имѣніе законнымъ наслѣдникамъ, а благопріобрѣтеннымъ можетъ распорядиться завѣщаніемъ, при недостаткѣ коего имѣніе обращается къ законнымъ наслѣдникамъ (X, 1223). Затѣмъ, дальнѣйшая сфера стяжаній, во время монашества, приведена, согласно цѣли этого установленія, гражданскимъ закономъ къ минимуму потребностей земного существованія. Монашествующимъ православнаго исповѣданія, со включеніемъ духовныхъ властей, дозволено строить своимъ иждивеніемъ кельи или пріобрѣтать ихъ покупкой внутри монастыря, не иначе, однако, какъ подъ условіемъ предоставить ихъ, въ случаѣ отлучки или смерти, монастырю, гдѣ келья построена (IX, 357). Монахамъ не возбранено *дѣлать поклажи* принадлежащихъ имъ денегъ въ кредитныя установленія, но и эти вѣлады имѣютъ, по смерти владчиковъ, поступать въ монастырскую казну (361, тоже для римско-католическихъ монаховъ 442, для монахинь иначе, ибо на ихъ такъ называемыя „приданыя деньги“ имѣютъ притязаніе наслѣдники 443, X, 1171). Подъ частныя обязательства деньги монаховъ не могутъ быть отдаваемы (IX, 362). Это не значитъ, натурально, что отданныя такимъ образомъ деньги имѣютъ стать добычей обманщика съумѣвшаго ихъ выманить, хотя неопредѣленность законоположенія и строгость отвѣтственности провинившагося монаха легко можетъ фактически вести къ этому нежелательному результату. Монашествующимъ воспрещено *принимать поклажи*, кромѣ книгъ, *ходатайствовать* по дѣламъ *передъ судомъ*, кромѣ дѣлъ своей обители, по порученію монастырскаго начальства, *быть поручителями* (IX, 362, 360, 359). Признанный закономъ источникъ ихъ личнаго обезпеченія имуществомъ составляетъ продажа собственныхъ рукодѣлій чрезъ посредство престарѣлой братіи и съ дозволенія монастырскаго начальства (358, 478).

Изъ общей неправоиспособности монашествующихъ къ *commercium mortis causa* законъ дѣлаетъ отступленія въ пользу способности совершать духовныя завѣщанія *для монашествующихъ властей* и въ пользу способности монаховъ вообще пріобрѣтать изъ актовъ послѣдней воли, когда предметъ завѣщательнаго рас-

поряженія составляютъ *иконы, панакіи, наперсные кресты и книги духовнаго, нравственнаго и ученаго содержанія* (ср. П. С. З. № 12577, IX, 363, X, 1025 и примѣч.; ст. 1054 прим. т. X, приведенная у Цвѣткова № 415, не относится къ праву монаха совершать завѣщаніе, на случай своей смерти, о своемъ имуществѣ, а къ *весьма характерному праву монаха быть свидѣтелемъ, послухомъ, у чужой духовной грамоты*).

Городское сословіе, именуемое въ законѣ *среднимъ родомъ людей*, пользовалось долгое время разными сферами дѣятельности торговой и промышленной на началахъ сословной привилегіи. Съ расширеніемъ, однако, свободы промысловъ и торговли на всѣ классы населенія, права этого сословія стали представлять собою скорѣе *типъ нормальной общей правоспособности*, чѣмъ отступленіе отъ нея. Ограниченіе правъ производить тѣ или другія операціи, или владѣть имуществомъ выше извѣстной цѣнности не есть ограниченіе гражданской правоспособности, а способъ обложенія промысловъ и торговли (IX, 558, 559, 560, 561, а также положеніе о пошлинахъ за право торговли въ изд. Устава торговаго и проч. г. Д. А. Носенко, въ приложеніи).

Состояніе сельскихъ обывателей, включавшее въ себѣ массу самыхъ разнообразныхъ группъ и разрядовъ частью свободнаго, частью несвободнаго населенія, постепенно поднималось, со времени освободительныхъ актовъ прошлаго царствованія, до общаго уровня гражданской правоспособности. Узы частно-правной зависимости окончательно прекращены для бывшихъ помѣщичьихъ крестьянъ лишь 1-е января 1883 года, съ какового срока весь кругъ лицъ, состоявшихъ еще въ обязательныхъ отношеніяхъ къ помѣщику, переведенъ съ оброчной повинности на выкупные платежи и причисленъ къ разряду крестьянъ-собственниковъ. Принадлежность къ сельскому состоянію, не закрывая нынѣ путей къ общей гражданской правоспособности, *ставитъ, однако, крестьянъ въ нѣкоторыя особыя отношенія къ ихъ обществамъ и подчиняетъ отдѣльной юрисдикціи судебныхъ и административныхъ по крестьянскимъ дѣламъ установленій*. Съ нѣкоторыми изъ имѣющихъ силу только для крестьянъ институтовъ имущественнаго характера мы ознакомимся въ разныхъ мѣстахъ нашей системы. Для устройства крестьянскаго семейнаго быта и для порядка наслѣдованія у крестьянъ законъ указываетъ особый источникъ права въ мѣстномъ крестьянскомъ обычаѣ *).

*) Для изученія практическаго примѣненія Положенія о сельскомъ состояніи и случаевъ коллизіи особыхъ правъ для крестьянъ съ общей ихъ же правоспособностью и съ правами гражданскими вообще большую цѣну имѣютъ

6. Постоянное занятіе, въ видѣ промысла, служебное положеніе лица, его *званіе*, оказываютъ и нынѣ, хотя въ неизмѣримо меньшей степени, чѣмъ въ старое время, нѣкоторое вліяніе на правоспособность лица. Несомнѣнно, что эти признаки, постоянное занятіе, профессія, *Beruf*, *Berufsstände*, составляли, въ условіяхъ прежняго соціального быта, главную основу, на которой держалось самое различіе не только профессиональных, но и сословныхъ группъ. Исторія образованія и разложеніе союзныхъ формъ стараго времени, тѣсной зависимости, въ которой находилась отдѣльная личность отъ опредѣлявшей ея положеніе соціальной группы, представляетъ любопытнѣйшую сторону культурной исторіи европейскихъ обществъ.

Отъ этого господства союзныхъ формъ, исповѣдныхъ, сословныхъ, профессиональных, которыми опредѣлялось все положеніе отдѣльнаго человѣка въ средніе вѣка, остаются и нынѣ часто очень глубокіе слѣды солидарности членовъ одной группы между собою и отрицательнаго отношенія къ другимъ группамъ въ правахъ въ особенности, иногда и въ правѣ. Мы имѣемъ въ виду здѣсь вліяніе этихъ моментовъ на положеніе лица собственно въ *гражданскихъ правоотношеніяхъ*. Не у насъ только, но и на западѣ въ нѣкоторыхъ государствахъ еще весьма значительно обособленіе людей *военнаго званія*, частью въ правахъ, частью въ правоспособности. Прусскій ландрехтъ объявляетъ ничтожными заемныя сдѣлки субалтерныхъ офицеровъ, совершенныя ими безъ одобренія начальства, со свойственной прусскому военному духу настойчивостью (см. Ландрехтъ, ч. I, тит. 11, § 684: *der Gläubiger hat niemals die geringste Wiederzahlung zu hoffen*, а все что было бы уплачено, то имѣетъ безвозвратно, *zur Strafe*, поступать въ пользу фиска *).

Наше законодательство неизмѣримо гуманнѣе поступаетъ въ этихъ случаяхъ, облегчая офицерамъ путь къ кредиту особыми мѣрами (см. № 107 Собр. узак. за 1890 г. Положеніе объ офи-

работы Г. И. Данилова, состоящаго за оберъ-прокурорскимъ столомъ, частью уже вторично изданныя, подъ общимъ заглавіемъ: „Положеніе о сельскомъ состояніи“, и его же „Сборникъ рѣшеній 1-го Департамента Правительствующаго Сената по крестьянскимъ дѣламъ“; а въ истекшемъ 1889 году особое вниманіе обращаетъ на себя обширный, хорошо обработанный и удобный для пользованія „Сборникъ рѣшеній Правительствующаго Сената по крестьянскимъ дѣламъ“, изданный съ разрѣшенія г. министра юстиціи оберъ-прокуроромъ 2-го Департамента Правительствующаго Сената И. Л. Горемыкинымъ, нынѣ въ 3-емъ изд. значительно разработанномъ и дополненномъ.

*) Нѣкоторое низведеніе гражданск. дѣеспособности, напоминающее нашихъ сибирскихъ ивородцевъ, которое нынѣ объявляютъ отмѣненнымъ (*Konrad Cossack—Lehrb. d. deutsch. bürgerl. R.*, стр. 76, пр. 5), хотя Имп. код. 96 г. будетъ введенъ лишь съ 1900 г.

церскихъ заемныхъ капиталахъ; ср. еще для взысканія по векселямъ ст. 654 Уст. Торг., теперь 105 Уст. о векс. и прилож. къ ней п. 9), и съ другой стороны, ограничивая для лицъ, желающихъ посвящать себя военно-служебной профессіи, *право ихъ вступать въ союзъ супружескій особыми требованіями*. Денежные ресурсы военно-служащихъ весьма ограничиваются существующими взглядами на обязательныя для этого званія приличія. И такъ, напр., офицерамъ и нижнимъ чинамъ хотя и не воспрещено брать промысловыхъ и купеческихъ свидѣтельствъ, но они не могутъ, состоя на дѣйствительной службѣ, сами управлять своими заведеніями для промышленности и сами торговать, а должны брать управляющихъ, приказчиковъ, повѣренныхъ; производить торговлю крѣпкими напитками военно-служащимъ вовсе воспрещено. Натурально, военно-служебная профессія, при массѣ требованій, которыя ставитъ служба, и при этихъ ограниченіяхъ общей правоспособности, должна обезпечивать служащихъ по возможности въ полной мѣрѣ. Такое обезпеченіе крайне обременительно для государственной казны, но оно станетъ совершенно невыполнимымъ, если военно-служащіе будутъ въ правѣ также свободно осложнять свои семейныя обязанности, какъ люди свободныхъ профессій. Отсюда рядъ ограниченій *in jure connubii* для военно-служащихъ. Священникамъ воспрещено вѣнчать ихъ браки безъ разрѣшенія подлежащаго начальства. Брачное совершеннолѣтіе для офицеровъ 23 года, при чемъ для лицъ, достигшихъ этого возраста, но не имѣющихъ 28 лѣтъ въ сухопутномъ вѣдомствѣ и 25 въ морскомъ, разрѣшеніе вступить въ бракъ дается не иначе, какъ по представленіи реверса (имущественное обезпеченіе не ниже 250 руб. годовой доходности). Вовсе воспрещается вступленіе въ бракъ нижнимъ чинамъ, состоящимъ на дѣйствительной обязательной военной службѣ. Такъ какъ воспрещенія эти условлены „особенностями военной службы“, то военное начальство диспензируетъ подвѣдомственныхъ офицеровъ отъ ихъ ограниченій, когда находитъ это цѣлесообразнымъ, какъ, напр., въ нѣкоторыхъ родахъ службы на окраинахъ и въ отдаленныхъ командахъ, гдѣ иначе было бы затруднительно пополненіе должностей. Эти виды ограниченій не влекутъ за собою ничтожества совершившагося брака, если нѣтъ другихъ условій, влекущихъ за собой его недѣйствительность, и всѣ послѣдствія ихъ нарушенія ограничиваются служебнымъ взысканіемъ и, конечно, устраненіемъ неудобствъ, проистекающихъ отъ этого для военной службы. Это суть *leges minus quam perfectae*, но они все-таки составляютъ нѣкотораго рода ограниченіе *in jure connubii*,

ибо духовныя лица, безъ коихъ не можетъ быть совершенъ бракъ, обязаны требовать отъ лицъ, состоящихъ на службѣ военной и гражданской, письменнаго дозволенія вступить въ бракъ, безъ коего имѣютъ отказывать въ совершеніи обряда вѣнчанія. Это требованіе существуетъ стало быть не для военно-служащихъ только, но указанныя выше мѣры повышеннаго брачнаго совершеннолѣтія и матеріальнаго обезпеченія установлены именно для лицъ военнаго званія (ср. т. X, ч. I, ст. 9 и приведенныя здѣсь ссылки, или по Гожеву №№ 626 и слѣд. 11628 и слѣд.). Слѣдуетъ прибавить, что командиръ, дающій разрѣшеніе на вступленіе въ бракъ, обязанъ разсмотрѣть его *пристойность* для офицера (Собран. Узакон. 1887 г. № 112). Нѣм. код. 96 г., требуетъ для военно-служащихъ, при вступленіи ихъ въ бракъ, особаго дозволенія начальства (art. 1315).

Въ массѣ случаевъ *принятіе* на себя лицомъ *извѣстныхъ обязательствъ* исключаетъ для этого лица *возможность*, безъ нарушенія этихъ обязательствъ, *вступать въ другія*, находящіяся въ противорѣчій съ первыми. Такъ, лица, вступившія въ договоръ товарищества (societas) для извлеченія выгодъ изъ какого либо предпріятія, не въ правѣ одновременно съ этимъ, въ ущербъ товариществу, эксплуатировать тоже предпріятіе въ цѣляхъ личныхъ, способныхъ повредить достиженію общей цѣли. Это будетъ должное дѣйствіе, за которое виновный въ нанесеніи ущерба можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности. Точно тоже въ случаяхъ договора довѣренности. Повѣренный, обязанный, напр., принимать мѣры къ повышенію цѣны извѣстнаго товара, не въ правѣ, безъ опасности отвѣчать за свои дѣйствія, обязаться передъ другими лицами въ смыслѣ противоположномъ, т.-е. въ смыслѣ пониженія цѣны. Совершенно также невозможно принять на себя обязанность выполненія извѣстныхъ дѣйствій и контроля надъ вѣрностью, положимъ, ихъ выполненія. *Во всѣхъ этихъ и подобныхъ случаяхъ несомнѣимости 2-хъ ролей съ существомъ извѣстнаго обязательства мы не говоримъ объ ограниченіи гражданской правоспособности* товарища, повѣреннаго, контролера, въ особенности, а разумѣемъ такое стѣсненіе свободы дѣйствій какъ отрицательную сторону принятаго на себя положительнаго обязательства. Обязался достигать общихъ выгодъ, быть солидарнымъ съ товарищами, стало быть, не въправѣ идти противъ нихъ, и это тѣмъ болѣе, что къ сдѣлкамъ этого рода никто силой не нудитъ и, вступая въ нихъ, лицо, несомнѣнно, имѣетъ все время сосчитать свои выгоды.

Если такія обязательства, основанныя на довѣріи, тре-

буюція солидарности лица, обязавшагося съ вѣрителемъ, огражденія его интересовъ, охраны имущества, *связаны съ особой должностью и возлагаются на лицо въ силу, скажемъ, его служебнаго положенія*, то это, несомнѣнно, будетъ по юридической сущности свободнымъ договорнымъ обязательствомъ, а отнюдь не *ограниченіемъ гражданской правоспособности лица*. Нѣкоторые изъ нашихъ систематиковъ, вслѣдъ за Мейеромъ, къ сожалѣнію, иначе смотрятъ на дѣло. И такъ, для сторожа, обязаннаго стеречь казенный лѣсъ, отъ порубокъ, окажется ограниченіемъ въ его гражданской правоспособности, если и съ него взыщутъ и за его порубки? Ограниченіи гражданской правоспособности въ такомъ родѣ можно было бы насчитать очень много. Сюда войдетъ вся система договорныхъ обязательствъ, а также и обязательства, возникающія изъ недоговорныхъ отношеній. Но это вовсе не будутъ на самомъ дѣлѣ ограниченія правоспособности гражданской, а простыя консеквенціи договорно-обязательственныхъ отношеній или общихъ обязанностей, независимыхъ отъ специальныхъ соглашеній. Таможенные чиновники, нотаріусы, браковщики, аукціонисты не могутъ участвовать въ операціяхъ, надзоръ за коими или соучастіе въ коихъ въ извѣстномъ направленіи составляютъ ихъ обязанность. Акцизный чиновникъ не можетъ устраивать вновь или брать въ аренду заводы для выдѣлки питей въ той губерніи, гдѣ состоитъ на службѣ. И это тоже будетъ ограниченіе гражданской правоспособности въ силу должности? Взглядъ совершенно ошибочный, ибо въ такомъ случаѣ и прелюбодѣяніе сведется къ простому понятію ограниченія гражданской правоспособности, установленнаго для лицъ, вступившихъ въ союзъ супружества, а не преступнаго дѣйствія, составляющаго нарушение супружеской вѣрности. Служащій по соляному управленію не можетъ вести торговаго солью; инспекторъ дороги не въ правѣ принимать на себя управленіе ею. Такихъ воспрещеній масса. И несомнѣнно, что необходимость все это напоминать особо: смотри за другими, *но и самъ не расхищай*, всѣ эти *явленія совмѣстительствъ*, противъ коихъ никогда нельзя сдѣлать всѣхъ потребныхъ оговорокъ, служатъ печальнымъ знаменіемъ времени. Юриспруденція не должна создавать рубрикъ, какъ будто назначенныхъ для маскированія сути дѣла въ этихъ случаяхъ. Совмѣщеніе надзора и поднадзорной дѣятельности включаетъ въ себѣ слишкомъ явные признаки намѣренія уйти самому отъ надзора, котораго нѣтъ основанія избѣгать человѣку добросовѣстному. И такое лицо, прежде чѣмъ успѣло воспользоваться выгодами своего положенія, несомнѣнно, теряетъ право

на довѣріе, ему оказанное, должно быть устранено отъ дѣла, хотя бы и не успѣло воспользоваться преступнымъ образомъ выгодами созданнаго себѣ положенія. Требованіе вѣрности долгу, частному, семейному, публичному, не есть ограниченіе гражданской правоспособности, а нарушеніе этой вѣрности не есть возвратъ утраченной силой обстоятельствъ полноты гражданской правоспособности, а дѣйствіе неправильное или преступное, долженствующее повлечь за собою болѣе или менѣе тяжкія послѣдствія для виноватаго, независимо отъ особыхъ клаузулей договора, служебныхъ инструкцій, уставовъ и проч.

Нашъ Сводъ законовъ правильно заноситъ многія ограниченія такого рода въ соотвѣтствующіе *уставы о службѣ гражданской*, въ *уставы таможенный, торговый, врачебный*. Иногда, однако, эта точка зрѣнія остается невыдержанной. Такимъ образомъ, простая мѣра обезпеченія надежности дипломатической службы указана въ ст. 66 т. X ч. 1-ой какъ бы особое ограниченіе *in jure connubii* для дипломатовъ. *Дипломатъ не долженъ безъ разрѣшенія начальства вступать въ бракъ съ иностранкой*, и вступленіе въ такой бракъ обязываетъ жену продать принадлежащія ей въ чужихъ краяхъ имѣнія. Иначе мужъ обязанъ оставить дипломатическую службу. Это *устраненіе* чисто конвенціональнымъ образомъ *совмѣщенія интересовъ*, которые могутъ оказаться несовмѣстимыми.... и только.

Для совершенія актовъ на имѣнія или капиталы, принадлежащія казначеймъ, ихъ женамъ или дѣтямъ, требуется дозволеніе ихъ начальствъ (ст. 784 т. X по изд. 57 и 718 по изд. 87 г., см. оговорки въ концѣ статьи). Это грубая форма *запрещенія на имущество частныхъ лицъ*, коимъ предупреждается опасность несостоятельности ихъ на случай начетовъ, и ничего болѣе.

Такой же характеръ предупрежденія опаснаго совмѣщенія ролей виденъ въ запрещеніи карантиннымъ чиновникамъ и служителямъ быть душеприкащиками или легатаріями по завѣщаніямъ лицъ, пребывающихъ въ ихъ карантинномъ надзорѣ (въ изд. X т. ч. 1, 57 ст. 786, въ 1887 г. ссылка на Уст. Врач. ст. 1211, прод. 1886 г.).

Ограниченія въ правѣ чиновниковъ вступать въ казенные подряды и поставки, прежде помѣщавшіеся въ X т., нынѣ, въ изд. 1887 г., указаны въ уставѣ о службѣ по опредѣленію отъ правительства (изд. 1876 г. ст. 529, п. 2—4); ограниченія для купческаго сословія тѣхъ мѣстъ, гдѣ производятся казенныя предпріятія или торги въ *Общ. Учрежд. Губернскомъ* (изд. 1876 г.

ст. 1357 п. 5), въ Городов. Полож. (изд. 1886 г. ст. 102), въ Уст. Лѣсномъ (ст. 242, примѣч. по продолж. 1887 г.) и въ Закон. о Состоян. (изд. 1876 г. ст. 645 и 646). Вступающія въ обязательства съ казною лица, имѣющія денежные сдѣлки со служащими въ томъ мѣстѣ, гдѣ производится подрядъ, прежде совершонныя, должны объявить о семъ начальству до заключенія договора (ст. 11 Полож. о казен. подряд. и поставк. и примѣч. къ ней, въ особ. прил. къ X т. ч. 1).

Особ. положеніе противъ „совмѣстительствъ“ *) см. въ прод. Св. Зак. 1890 г. Уст. Служб. Прав., ст. 528 и слѣд.; нынѣ въ уст. О служ. отъ правит. стр. 721 и слѣд., особ. 733 и слѣд. (по изд. Общ. Польза, столб. 74 этого устава).

7. *Гражданское безчестіе*. Въ тѣснѣйшей связи съ различіями состояній и сословій, къ коимъ принадлежитъ лицо, развивалось повсюду въ новое время воззрѣніе на честь, достоинство лица, и на разные виды умаленія чести, низведенія или лишенія правъ состоянія, которыя постигаютъ людей и вліяютъ на ихъ гражданскую правоспособность. Вопросы личной чести и достоинства широко обнимаютъ собою явленіе соціальныхъ отношеній, не ограничиваясь юридически опредѣленной сферой. Они много живѣе какихъ-либо общеизвѣстныхъ и общеобязательныхъ нормъ. И при отсутствіи нормъ юридическихъ мы видимъ постоянно вліаніе на отдѣльныя сферы юридическихъ отношеній тѣхъ или другихъ взглядовъ на честь и достоинство лица. Эти взгляды коренятся нерѣдко въ политическихъ, исповѣдныхъ, сословныхъ, племенныхъ, родовыхъ, даже семейныхъ преданіяхъ и правахъ. Они часто не только неизвѣстны, но и непоятны внѣ круга лицъ, съ ними сжившихся. Въ этомъ обширномъ и живомъ смыслѣ оцѣнка достоинства лица и его чести ни въ одномъ законодательствѣ не составляетъ предмета позитивнаго нормированья. Право лишь позволяетъ принимать такимъ воззрѣніямъ болѣе или менѣе опредѣленную форму осужденія извѣстнымъ кругомъ людей отдѣльныхъ поступковъ, всего поведенія образа жизни, характера отдѣльнаго лица. Но сила этихъ воззрѣній далеко не ограничивается случаями закономъ допускаемаго со стороны общества осужденія.

*) Особенно слѣдуетъ обратить вниманіе на „несовмѣстимость“ многихъ высокихъ государственныхъ должностей съ гонимствомъ или соучастіемъ въ денежныхъ и промышленныхъ предпріятіяхъ, чего именно съ усердіемъ искали добиться въ особенности предпріятія дутыя, выставляя на видныя въ безнадежномъ дѣлѣ мѣста подобныхъ „сиренъ“, превосходно вознаграждавшихся за эту роль фальшивыхъ маяковъ для легкомысленной публики, дѣлавшейся такимъ образомъ жертвой предпринимательскаго грабежа.

Средніе вѣка были въ особенности богаты различіями достоинства лицъ по весьма разнообразнымъ признакамъ. Здѣсь, прежде всего, видную роль играло происхожденіе человѣка въ бракѣ и внѣ брака, въ бракѣ равномъ и неравномъ. Чѣмъ выше ставила церковь и общественное сознаніе значеніе союза брачнаго, тѣмъ полнѣе было отрицаніе дѣтей, происшедшихъ внѣ этого освященнаго союза или въ условіяхъ особо возбраненныхъ церковью половыхъ связей. Несмотря на коренное измѣненіе воззрѣній во французскомъ обществѣ въ исходѣ прошлаго столѣтія, дѣти, рожденныя отъ прелюбодѣянія или отъ кровосмѣшенія (*enfants adultérins et incestueux*), остаются неспособными къ легитимаци и по *Code civil* (art. 331).

Чѣмъ тѣснѣе была въ ту пору связь публичныхъ и частныхъ правъ, тѣмъ тяжелѣе были послѣдствія этого непризнанія незаконнорожденнаго членомъ союза семейнаго. За этимъ шли разнообразныя лишенія не только въ области публичныхъ должностей, но даже въ правѣ состоять членомъ цехового союза. Вмѣстѣ съ разрѣшеніемъ этой связи *juris privati* съ *jus publicum*, съ паденіемъ цехового строя, положеніе лицъ внѣ брака рожденныхъ въ смыслѣ ихъ приватной правоспособности, сглаживается въ самой значительной степени.

Чтобъ составить себѣ понятіе о томъ безправномъ положеніи, которое соединяло старое русское право съ внѣбрачнымъ рожденіемъ, достаточно взять 280 ст. гл. X Уложенія со всей этой энергіей укоризны, которою иреисполненъ весь строй этой статьи: „а буде кто съ кѣмъ побраняся назоветъ кого выблядкомъ, и того, кого онъ назоветъ выблядкомъ, учнетъ на него Государю бити челомъ безчестье, и съ суда сыщется про того челобитчика допряма, что онъ не выблядокъ, и ему на томъ, кто его назоветъ выблядкомъ, велѣтъ по сыску доправить безчестье въ двое безовсякія пощады. А будетъ про то челобитчика въ сыску скажутъ, что онъ прямой выблядокъ, прижитъ отъ наложницы до законныя жены, или и при законной женѣ, или послѣ законной жены, и такимъ выблядкомъ въ безчестьяхъ отказывать, и къ законнымъ дѣтемъ... не причитать и помѣстей и вотчинъ... не давать. А будетъ тотъ, кто того выблядка у наложницы прижилъ, на той наложницѣ и женится, и ему, того выблядка въ законныя дѣти не причитать-же, помѣстей и вотчинъ тому выблядку не давать, потому что онъ того выблядка прижилъ у наложницы своей беззаконно до женитвы“.

И такъ, въ классѣ привилегированномъ положеніе незаконнорожденныхъ совсѣмъ безправное, а классы низшіе, хотя бы и

искали обезпечить права за таковыми, несли въ старину больше тягостей, чѣмъ имѣли правъ *).

Съ измѣнившимися отношеніями сословій и съ обособленіемъ права публичнаго и частнаго, наше законодательство держалось, въ правѣ узаконенія незаконнорожденныхъ, все еще на точкѣ зрѣнія Уложенія и не знало иныхъ формъ легитимациі, кромѣ *сопричтенія къ законнымъ дѣтямъ силой особыхъ Высочайшихъ указовъ*. За исключеніемъ этихъ случаевъ, гдѣ могутъ такому легитимированному быть присвоены всѣ права законнымъ дѣтямъ по роду и наслѣдству принадлежація (т. X, ч. 1, ст. 1119 и ст. 133 и 144), права незаконнорожденныхъ въ союзѣ семейственномъ и родственномъ совершенно ничтожны (Улож. о наказ. ст. 994, т. X, ч. 1, ст. 663 и 666).

Опасаясь, очевидно, обхода закона, столь строгаго въ дѣлѣ узаконенія своихъ незаконнорожденныхъ, законодатель постоянно оговариваетъ недопустимость и *усыновленія своихъ незаконнорожденныхъ*. Не говоря о дворянахъ потомственныхъ, которымъ предоставлено усыновлять своихъ только *законно-рожденныхъ* родственниковъ, для личныхъ дворянъ особенно оговорено запрещеніе усыновлять своихъ незаконнорожденныхъ дѣтей (т. X ч. 1, ст. 149 п. 2); для усыновленія купцами требуется удостовѣреніе, что усыновляемый подкидышъ (ст. 152). Лишь именно для подкидышей и непомнящихъ родства, притомъ, когда усыновитель есть мѣщанинъ или сельскій обыватель, а также иностранецъ, усыновленіе допускается безъ особыхъ изслѣдованій кровной связи

*) Забота о сохраненіи жизни „зазорныхъ младенцевъ“ опредѣлилась давно въ нашемъ законодательствѣ (см. П. С. З., № 2855) и составляетъ нынѣ обширную отрасль управленія. Не надо думать, что указан. статья Уложенія характеризуетъ національное русское воззрѣніе на вопросъ. Скорѣе это взглядъ *эпохи*, когда интересъ публичный, начало *службы*, поглощало всѣ подлинныя основы національнаго частнаго права. И тутъ всё дѣло въ томъ, чтобы *помѣстей и вотчинъ тому выблядку не давать*. Не дастъ ли намъ отвѣта на вопросъ о легитимациі незаконнорожденныхъ старина новгородская, гдѣ служилое землевладѣніе не только не поглощало всего частнаго права, но именно противъ него-то воособенности и направляли новгородцы свои усилія въ договоры, грамотахъ съ князьями? Недавно открытый и опубликованный моск. профес. А. С. Павловымъ „Неизданный памятникъ русскаго церковнаго права XII в.“, который составляетъ поученіе новгородскаго владыки XII в. духовенству, отвѣчаетъ намъ прямо на вопросъ, какъ онъ поставленъ Уложеніемъ (будетъ тотъ кто того выблядка у наложницы прижилъ на той наложницѣ и женится,—ему того выблядка въ закон. дѣти причитатъ ли?). Въ указ. изданіи профес. Павлова (Журн. М. Нар. Пр. 90 г., октябрь) нашелъ *самое древнее свидѣтельство о существованіи на Руси обычая привѣнчивать къ родителямъ дѣтей для ихъ узаконенія въ глазахъ церкви и христіанскаго общества*. Подобный обычай у сербовъ въ первой полов. XIII в. (указ. стат. стр. 7). Это, конечно, ближе къ Константиновой (Великаго) легитимациі, чѣмъ взглядъ Уложенія. Тоже см. Нѣм. Код. 96 г., ст. 1719, и Ост. Код. ст. 173, гдѣ указанія на латинск. источн.

усыновленнаго съ усыновителемъ, съ тѣмъ только условіемъ, чтобы усыновляемый подкидышъ, если онъ не крещенъ еще, крестился и воспитывался въ православной вѣрѣ (ст. 163 исключеніе для прибалтійскаго края, для нижнихъ чиновъ—разрѣшеніе начальства—ст. 160).

Эти мѣропріятія мало достигаютъ цѣли, и при желаніи установить семейную связь для своего незаконнорожденнаго родители приобѣгаютъ къ болѣе отдаленному обходу, т.-е. устраиваютъ подкидыша и своего усыновляютъ какъ бы чужого, достигая этимъ все той же цѣли.

За то внѣ этого круга отношеній и притязаній правоспособность, особенно цивильная, ничѣмъ нынѣ не оттѣнена у насъ для незаконнорожденныхъ сравнительно съ законнорожденными.

Неравный бракъ не составляетъ у насъ особаго института, какъ въ Германіи. Однако, какъ сейчасъ было указано, бракъ не въ любыхъ сочетаніяхъ лицъ почитается *пристойнымъ*, и эти различія отражаются частью въ легальныхъ нормахъ, частью, и въ особенности, во взглядахъ общества, не имѣющихъ, однако, юридическихъ консекевенцій.

Средніе вѣка знали массу профессій, которыя не гармонировали съ тѣмъ или другимъ сословнымъ положеніемъ лица. Отъ этого остаются нынѣ очень незначительные слѣды, если самая профессія, самый промыселъ не разсматривается какъ предосудительный и гнусный. Къ числу такихъ предосудительныхъ профессій средніе вѣка относили профессію ростовщика, содержателя публичнаго дома, публичной женщины, каватнаго плясуна, живодера, палача (сюда же шелъ бродяга и цыганъ). По отношенію къ этимъ людямъ, частью къ ихъ потомству, особенно по отношенію къ палачу, законъ смягчалъ нерѣдко или вовсе отмѣнялъ отвѣтственность за нанесеніе имъ обидъ, не признавалъ ихъ достовѣрными свидѣтелями, допускалъ исключеніе изъ разныхъ союзовъ и проч. *). Несомнѣнно, что нынѣ, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ требуется отъ лица нѣкоторая доля нравственнаго достоинства для участія въ юридической дѣятельности, люди предосу-

*) Въ Германіи указываютъ случаи, гдѣ имущество конфискуется по смерти содержателя публичнаго дома, а тѣло его передается землѣ подъ висѣлицей; палачу отказываютъ въ причастіи. Римская *infamia* не можетъ быть прямо примѣняема у насъ, о чемъ подробно въ Пандектн. чтеніяхъ. Не менѣе того нѣкоторыя понятія римлянъ о гнусныхъ промыслахъ могли бы съ успѣхомъ найти примѣненіе и нынѣ. Таково, напр., понятіе *leno* и широкое толкованіе, которое даетъ ему Ульпіанъ ср. особенно L. 4 § 2 D. 3. 2 (*si caupo fuit, vel stabularius et mancipia talia habuit ministrantia et occasione ministerii quaestum facientia, sive balneator fuerit, velut in quibusdam provinciis fit....*), L. 43 § 9, D. 23. 2. L. 24, pr. L. 26, pr. D. 4. 8. 5.

дательныхъ профессій будутъ отклоняемы тѣмъ вѣриѣ, чѣмъ больше законъ предоставляетъ свободы въ оцѣнкѣ нравственныхъ свойствъ человѣка суду, избирателямъ, надзирающимъ и отвѣтственнымъ за выборъ лицамъ.

Прямые указанія нашего закона на такихъ, хотя непреступныхъ, но запятнанныхъ, или не столько преступныхъ, сколько запятнанныхъ, людей не многочисленны. Объяснить себѣ эту скудость развитія въ дѣйствующемъ правѣ такъ называемой *infamia immediata* проще всего тѣмъ, что источники ея образованія идутъ, главнымъ образомъ, изъ той эпохи развитія русскаго права, когда государство далеко не охотно допускало, независимо отъ его же видовъ, автономію разнаго рода союзовъ, въ области коихъ особенно обильно образуются специфическія воззрѣнія на честь и на разные виды ея умаленія, какъ это мы видимъ особенно въ средневѣковомъ обществѣ на западѣ.

И такъ, хотя въ крайне ограниченныхъ предѣлахъ, но и нашъ законъ допускаетъ вліяніе на правоспособность *явныхъ и ясныхъ пороковъ, суровыхъ поступковъ, расточительности* (по-видимому, независимо отъ особаго признанія расточителемъ въ указанномъ выше порядкѣ), *несостоятельности* (независимо отъ вопроса о вѣрномъ банкротствѣ), когда всѣ эти свойства и дѣянія не изслѣдованы судомъ, не вѣнены виновнымъ, а признаются въ обществѣ какъ свойства даннаго человѣка. Впрочемъ, всѣ послѣдствія, на которыя указываетъ нашъ гражданскій кодексъ, органичиваются въ этихъ случаяхъ лишеніемъ права быть опекуномъ (X, 256) *). Недостаточно опредѣленное понятіе пороч-

*) Крайне случайный и неправильно систематизированный перечень признаковъ недостаточной благонадежности лица не есть здѣсь исчерпывающій, какъ это и принимаетъ сенатск. практика (см. указ. у Боровиковск. подъ ст. 256), а лишь энунціативный, при томъ такъ, что устраненіе этихъ лицъ не должно ограничиваться только опекунскимъ дѣломъ. Нѣкогда, при широкомъ развитіи полицейскихъ усмотрѣній, цивильно-неблагонадежныя лица могли быть отовсюду устраняемы и безъ особыхъ указаній закона. Скудость закона тогда не чувствовалась. Она будетъ становиться въ новыхъ условіяхъ тѣмъ чувствительнѣе, чѣмъ лучше будетъ разработанъ законъ объ имущественной отвѣтственности не только за свои дѣянія, но и за выборъ другихъ лицъ на отвѣтственныя должности. Тогда конечно, и нашъ судъ и нашъ законъ найдетъ и укажетъ подробно признаки гражданской ненадежности, поставивъ вопросъ одинаково далеко и отъ произвола личныхъ усмотрѣній, и отъ неразборчивости въ квалификаціяхъ человѣка, когда на немъ нѣтъ клейма суда уголовнаго. Конечно, при этомъ *vitae turpitudine* окажется не на всѣхъ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ ее видѣли римляне, а частью и средніе вѣка. Одинъ изъ новѣйшихъ законодательныхъ актовъ указываетъ на особый признакъ, который служитъ основаніемъ устраненія отъ ходатайства по дѣламъ, производящимся у земск. начальниковъ, городск. судей и въ уѣздныхъ сѣздахъ, по взаимному согласію мин. внутрен. дѣлъ и юстиціи, такихъ лицъ, которыя по дошедшимъ до нихъ несомнѣннымъ свѣдѣніямъ, обнаруживаютъ *предосудительный образъ дѣйствій*. См. прод. 90 г., т. II прил. къ 5 ст. прав. объ устр. суд. части, гдѣ введены земск. уч. начальн.

ности становится легче распознаваемымъ и шире примѣнимымъ, когда законъ указываетъ формальный его критерій, хотя все-таки безъ судебного собственно изслѣдованія порочности. Это мы видимъ въ ст. 246 уст. гражд. суд., гдѣ въ числѣ лицъ неспособныхъ быть повѣренными названы, п. 12, исключенные (изъ службы по суду, или) изъ духовнаго вѣдомства за пороки, или же изъ среды обществъ и дворянскихъ собраній по приговорамъ тѣхъ сословій, къ которымъ они принадлежатъ *) Здѣсь же видимъ запрещеніе быть повѣренными для несостоятельныхъ, которые признаны несостоятельными, хотя свойство ихъ несостоятельности неопредѣлено, а также для лицъ, которыя, бывъ преданы суду по обвиненію въ преступленіяхъ, влекущихъ за собою потерю всѣхъ или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, не оправданы судебнымъ приговоромъ (тамъ же, ст. 246, п. 5 и п. 11).

Есть еще особый форумъ для оцѣнки нравственныхъ достоинствъ чловѣка, — это судъ церкви для сферы права семейнаго. Двоеженецъ рассматривается этимъ судомъ какъ недостойный состоятъ въ поруганномъ его легкомысліемъ союзѣ и осуждается на всегдашнее безбрачіе (X, 40, 41, 42). Къ такому же умаленію правоспособности брачной влечетъ расторгненіе брака по причинѣ прелюбодѣянія для признаннаго прелюбодѣя (такъ для исповѣданія православнаго, уст. дух. консистор. 1883 г., ст. 253; иначе въ другихъ исповѣданіяхъ, гдѣ нерѣдко бракъ воспрещается лишь для соучаствовавшихъ въ прелюбодѣянніи, одного съ другимъ, а не съ посторонними).

Отлученные отъ церкви по приговору духовнаго суда не могутъ быть повѣренными и не допускаются къ свидѣтельству (уст. гр. суд., ст. 146 п. 9 и 371 п. 6).

Общія положенія о низведеніи гражданской правоспособности по силѣ судебныхъ приговоровъ, *infamia mediata*, тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ дѣйствующей системой наказаній и входятъ въ особую дисциплину. Мы ограничимся указаніемъ связи этой системы наказаній съ вопросами правоспособности. Лишеніе всѣхъ правъ состоянія соединяется для дворянина съ потерей дворянскаго достоинства, для духовныхъ лицъ съ изверженіемъ изъ духовнаго сана и званія, для городскихъ обывателей и людей прочихъ состояній съ утратой добраго имени и правъ, каждому состоянію присвоенныхъ (Улож. о нак., ст. 22). Наказаніе всегда

*) Вѣдѣнію сельскаго схода подлежатъ... 2, приговоры объ удаленіи изъ общества вредныхъ и порочныхъ членовъ его (см. особ. прил. къ IX т., пол. о сельск. состоян., Общ. полож. ст. 51).

постигаетъ только осужденнаго, а не тѣхъ, кто съ нимъ связанъ семейными узами, хотя бы послѣдніе не хотѣли воспользоваться правомъ разорвать съ осужденнымъ эти узы (тамъ же, ст. 24). Старыя семейныя и на родствѣ основанныя отношенія прерываются или лишь эвентуально (для жены и дѣтей), или рѣшительно (въ отношеніи родства, какъ основы наслѣдованія по закону); точно также прекращаются и прежнія права имущественныя осужденнаго, переходя на его наслѣдниковъ (ст. 25—28). Но и новая ихъ правоспособность, въ положеніи лишеннаго всѣхъ правъ состоянія, есть крайне редуцированная. Ссылно-поселенцамъ предоставляется покупать и прежде перечисленія ихъ въ государственные крестьяне на свое имя земли и дома въ предѣлахъ той волости, къ коей они приписаны, если они безпорочно вели себя въ теченіе 3-хъ лѣтъ сряду (X, прил. къ ст. 708, ст. 56; уст. о ссыльн., изд. 1890 г., ст. 422, 423 и слѣд.). Они не могутъ, послѣ объявленія имъ приговора, совершать завѣщаній подъ страхомъ недействительности акта (т. X, ст. 1019).

Лишенные всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ ограничиваются въ правѣ записываться въ гильдію или получать свидѣтельства на право торговли, быть свидѣтелями при совершеніи актовъ, третейскими судьями, опекунами, попечителями, повѣренными (ул. о наказ., ст. 43).

Низшія степени умаленія правоспособности не влекутъ за собою умаленія семейныхъ и имуществен. правъ тамъ, гдѣ эти права не составляютъ сословной привилегіи (ст. 50).

Лица, подвергшіяся умаленію своей правоспособности, подлежатъ въ извѣстныхъ случаяхъ припискѣ къ податнымъ обществамъ, стѣснены въ свободѣ выбора мѣстожителства, не могутъ производить торговли.

Ст. 55 прил. къ ст. 708 X т., ч. I, запрещаетъ вообще совершать акты объ имѣніи или о займѣ отъ имени банкротовъ и несостоятельныхъ должниковъ и лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія.

8. Наше законодательство, до самаго послѣдняго времени, не регулировало достаточнымъ для гражданскихъ цѣлей образомъ общедоступную извѣстность событій и обстоятельствъ, видоизмѣняющихъ гражданскую правоспособность физическихъ лицъ въ разныхъ случаяхъ, указанныхъ нами въ этомъ параграфѣ (см. выше, § 3, стр. 296 и слѣд.). Законъ 26-го іюня 1889 г. (Собр. узак. за этотъ годъ, № 140), подъ общимъ и неисчерпывающимъ содержаніе этого закона оглавленіемъ „Объ измѣ-

неній дѣйствующихъ узаконеній относительно обезпеченія силы налагаемыхъ на вотчинниковъ ограниченій въ правѣ распоряженія недвижимыми имуществами“, въ пунктѣ IV, сдѣлалъ крайне важное нововведеніе въ способахъ опубликованія и удостовѣренія наступившихъ и прекратившихся случаевъ видоизмѣненія право- и дѣе-способности физическихъ лицъ.

Вотъ они:

1, Опекунское установленіе, немедленно по полученіи распоряженія объ учрежденіи опеки вслѣдствіе расточительности, безумія или сумасшествія, а также опеки или попечительства надъ глухонѣмыми или нѣмыми, публикуетъ *въ сенатскихъ объявленіяхъ*, по какому поводу и надъ кѣмъ учреждается опека или попечительство, съ указаніемъ званія или чина, имени, отчества, фамиліи или прозвища сего лица. Означенная публикація производится опекунскимъ установленіемъ и при учрежденіи опеки или попечительства надъ совершеннолѣтними по особу Высочайшему повелѣнію, съ указаніемъ въ публикаціи года и нумера Собранія узаконеній и распоряженій правительства, гдѣ опубликовано это Высочайшее повелѣніе.

2, Въ теченіе трехмѣсячнаго срока со дня опубликованія настоящихъ правилъ, каждое опекунское установленіе обязано составить алфавитный списокъ лицъ, состоящихъ къ тому времени подъ указанными въ предыдущей статьѣ опекою или попечительствомъ. Списокъ долженъ содержать въ себѣ свѣдѣнія, означенныя въ статьѣ 1. Эти списки припечатываются въ сенатскихъ объявленіяхъ, въ видѣ особыхъ къ нимъ приложений.

3, Въ теченіе того же срока (ст. 2) и въ томъ же порядкѣ (ст. 2), присутственными мѣстами, вѣдающими дѣла о несостоятельности, составляются списки лицъ, дѣла о несостоятельности коихъ находятся еще въ производствѣ. Списки эти также припечатываются въ сенатскихъ объявленіяхъ, въ видѣ особыхъ къ нимъ приложений.

4, По прекращеніи указанныхъ въ статьѣ 1 опеки и попечительства, а также по окончаніи дѣла о несостоятельности, подлежащее установленіе (ст. 1—3) производитъ о семъ публикацію въ сенатскихъ объявленіяхъ, съ означеніемъ нумера, въ которомъ припечатано первоначальное объявленіе (ст. 1—3 настоящихъ правилъ; ст. 506 уст. суд. торг., изд. 1887 г.; п. 8 прилож. VI къ ст. 1400 уст. гражд. суд.). Въ публикаціи объ окончаніи дѣла о несостоятельности показывается, сверхъ того, свойство несостоятельности; въ случаѣ прекращенія такого дѣла по ми-

ровой сдѣлкѣ (ст. 638 уст. суд., торг., св. зак., изд. 1887 г.), о семъ означается въ публикаціи.

5, Публикаціи, установленныя статьями 1—4, производятся бесплатно.

6, Старшіе нотаріусы и установленія крѣпостныхъ дѣлъ прежняго устройства, а также всѣ нотаріусы обязаны вести алфавитный указатель лицамъ, которыя объявлены несостоятельными или надъ которыми учреждены указанныя въ статьѣ 1 опеки и попечительства, руководствуясь при этомъ означенными въ статьяхъ 1 и 4 публикаціями. Въ этотъ указатель вносятся: 1) званіе или чинъ, имя, отчество, фамилія или прозвище неспособнаго лица; 2) поводъ ограниченія правоспособности; 3) наименованіе установленія, коимъ произведена публикація; 4) годъ и номеръ сенатскихъ объявленій, гдѣ помѣщена публикація (ст. 1—3 настоящихъ правилъ; ст. 506 уст. суд. торг., изд. 1887 г.; п. 8 прилож. VI къ ст. 1400 уст. гражд. суд.), а также годъ и номеръ „Собранія узаконеній и распоряженій правительства“, гдѣ распубликовано Высочайшее повелѣніе объ учрежденіи опеки или попечительства надъ совершеннолѣтнимъ и 5) годъ и номеръ сенатскихъ объявленій, гдѣ припечатана публикація о прекращеніи опеки или попечительства или объ окончаніи дѣла о несостоятельности. ст. 4 съ указаніемъ свойства несостоятельности.

7, Нотаріусъ, до вступленія въ отправленіе должности, обязанъ заготовить установленный статьею 6 указатель за прежнее время. Нотаріусъ можетъ получить изъ нотаріальнаго архива указатель своего предшественника, но долженъ свѣрить оный съ указателемъ нотаріальнаго архива.

8, Означенные въ статьѣ 6 *указатели предъявляются желающимъ, для обозрѣнія*, и изъ оныхъ выдаются справки всѣмъ желающимъ.

9. *Принадлежность лица къ извѣстному племени и исповѣданію.*

Мы видѣли выше (см. введеніе), что въ отдаленныя отъ современнаго правосознанія эпохи принадлежность лица къ племени союзу рѣшала для него весь вопросъ не только о его правахъ, но и о нормахъ юридическихъ, дѣйствію которыхъ онъ подчиняется. Это система племенныхъ или личныхъ правъ, которую мы находимъ на зарѣ исторіи права у западныхъ народовъ и которой обильные слѣды удерживаются и нынѣ еще у насъ. Племенные группы, инородцы, какъ ихъ отрицательно обозначаетъ нашъ сводъ, совершенно отличны отъ иностранцевъ,

иноземцевъ, гдѣ основа разобщенія съ нами есть политическая. Инородцами законъ нашъ обозначаетъ русскихъ же подданныхъ, но для коихъ опредѣляющія ихъ юридическій бытъ и ихъ правоспособность нормы, въ составѣ цѣлаго племени, суть особыя, племенные, а не обще-русскія. Эти инородцы, обитающіе русскую территорію, группируются въ законѣ такъ: 1) сибирскіе инородцы и въ особенности сибирскіе киргизы; 2) инородцы, обитающіе на Командорскихъ островахъ; 3) самоѣды въ Мезенскомъ уѣздѣ Архангельской губ.; 4) кочевые инородцы Ставропольской губ.; 5) калмыки, кочующіе въ Астраханской и Ставропольской губерніи; 6) ордынцы Закаспійскаго края; 7) евреи (IX, 835). Состояніе инородца есть своего рода status, но дающій для всѣхъ, вмѣстѣ взятыхъ, крайне мало общихъ признаковъ, кромѣ внутренней племенной связи и особыхъ основъ юридическаго быта для каждой группы отдѣльно.

Нѣкоторыя изъ этихъ племенныхъ группъ, особенно инородцы Восточной Сибири, находятся на той ступени цивилизаціи, которая исключаетъ не только возможность, но и потребность какого-либо общенія не только въ правѣ, но и въ другихъ областяхъ нравственной жизни *). Не только на этихъ ступеняхъ соціального развитія, но и на значительно высшихъ, каковую представляютъ калмыки, не можетъ быть рѣчи о полномъ примѣненіи той системы цивильныхъ правоотношеній, которую можно назвать общею для русскаго государства. Экономическій строй жизни, старая соціальная организація открываютъ такъ еще мало простора цивильной дѣятельности отдѣльнаго человѣка, что введеніе разомъ началъ общей личной правоспособности и общихъ институтовъ гражданскаго права, также какъ и устраненіе старыхъ основъ быта, было бы дѣломъ чистаго произвола. Поэтому наше законодательство вездѣ указываетъ обязательность примѣ-

*) Памятники права въ прошломъ вѣкѣ исполнены сѣтованій на „замерзѣлость“ „идолатровъ“, населяющихъ отдаленныя сибирскія области. Начальствующимъ предписывается слѣдить, чтобы народъ камчатскій большыхъ изъ своихъ юртъ не выбрасывалъ, утопающихъ спасалъ, чего по замерзѣлости своей эти люди не дѣлаютъ, (П. С. З. 6041, 9519). Первые пути къ общенію пролагаются христіанскими миссіонерами (см., напр., крещеніе вогуловъ, якутовъ, остяковъ № 2863). Къ сожалѣнію, на ряду съ этими зачатками нравственнаго сближенія постоянно видимъ признаки злоупотребленія невѣжествомъ и эксплуатацию этихъ племенъ не только пришлыми торговыми, но и чиновнымъ классомъ. Изъ прошлаго вѣка идутъ многочисленныя опредѣленія закона ограждающія нѣкоторые иноземцевъ отъ совершенія сдѣлокъ, коими обыкновенно оупутывали пришлые эксплуататоры неопытныхъ людей, совершенно такъ, какъ оупутываютъ малолѣтнихъ (см. выше, стр. 306, № 9502 П. С. З.). Старая язва взяточничества нашла себѣ здѣсь какъ бы новую пищу. Съ особой энергіей императрица Екатерина II преслѣдовала этотъ видъ злоупотребленія властью.

ненія *особыхъ правъ*, обработанныхъ, напр., въ сводѣ степн. законовъ кочев. инородцевъ Восточной Сибири, также древнихъ *особыхъ калмыцкихъ постановленій, самоѣдскихъ обычаевъ и прочее*, въ юридической практикѣ этихъ племенъ.

Для нѣкоторыхъ инородцевъ, въ особенности для киргизовъ и калмыковъ, законодательство открываетъ постепенно возможность постоянного и правильнаго общенія съ мѣстнымъ русскимъ населеніемъ на началахъ общаго права. Образецъ новыхъ началъ управленія и суда мы указали выше для Туркестанскаго края. Обычныя основы инородческаго быта не нарушаются при этихъ нововведеніяхъ, а лишь приводятся въ извѣстность и въ согласованіе съ общими цѣлями государственнаго порядка и развитія гражданственности. Наиболѣе любопытныя стороны этого быта представляютъ давно исчезнувшія на европейской почвѣ союзныя формы родового строя. Въ нихъ нельзя различить установленія такого характера, который соотвѣтствовалъ бы вполне понятіямъ какой-либо развитой юридической системы, гдѣ отношенія гражданскія обособились отъ иныхъ. Въ этихъ инородческихъ союзныхъ формахъ особенно любопытны крайне развитое строеніе союза семейнаго и родового и порядокъ одновременнаго и преемственнаго соучастія членовъ союза въ обладаніи имущественномъ, гдѣ было бы неправильно видѣть только отступленія отъ общихъ правъ, а не совершенно своеобразныя установленія, понятныя только въ связи съ другими чертами ихъ быта, въ особенности съ малымъ развитіемъ личности и расчлененныхъ договорно-обязательственныхъ отношеній *).

Массы нашего инородческаго населенія представляютъ собою вмѣстѣ и иновѣрцевъ, притомъ, исповѣданія нехристіанскаго. Такъ какъ на институтахъ нашего брачнаго права удерживается

*) Многочисленныя изслѣдованія и наблюденія надъ этими формами быта принадлежатъ всего чаще этнографамъ и обнимаютъ не одно право, а больше или меньше разныя стороны этого быта. Библиографическія указанія въ курсѣ К. И. Малышева, т. I (1878 г.), для инородцевъ Европ. Россіи, стр. 64 прим., для восточныхъ окраинъ 63. Имъ же собраны въ особ. прил. къ курсу (I, 1880 г.) многія данныя по семейному быту инородцевъ. Полезно справиться съ указан. на дѣйствующ. законодательство до 1885 г. у Гожева и Цвѣткова, I, стр. 23. Очень цѣнны изданія семипалатинскаго статистическаго комитета. Важны работы Леонтовича по монголо-ойратскому уставу, особенно работы здѣшняго профессора Голстунскаго. Въ новѣйш. время ученныя экспедиціи наши обильно освѣщаютъ разныя стороны быта степныхъ инородцевъ Россіи. Теперь мы имѣемъ весьма цѣнное изданіе И. Л. Горемыкина, см. выше, гдѣ т. I, стр. 676 и слѣд., напечатано освѣщенное практикой положеніе о башкирахъ. Публикацій по этимъ предметамъ масса. Недавно о бытѣ киргизовъ появилась нѣмецкая работа Дильгенштета. Большую цѣну для ознакомленія съ бытомъ сибирскихъ инородцевъ въ ихъ современномъ состояніи имѣетъ сочиненіе г. Ядринцева по этому предмету.

въ очень значительной степени исповѣдный характеръ, то для православныхъ и католиковъ нѣтъ съ этимъ населеніемъ общенія брачнаго, а для лютеранъ не существуетъ *jus connubii* съ ино-вѣрцами—язычниками (X, 85).

Для тѣхъ институтовъ, которые не носятъ характера мѣстныхъ или племенныхъ, а составляютъ право общее, каковы заемъ, наемъ личный и вещный, мы имѣемъ указанныя выше видоизмѣненія дѣеспособности инородцевъ, составляющія нѣкоторое подобіе пониженной дѣеспособности малолѣтнихъ, на что было указано нами выше.

На ряду съ инородцами наше законодательство ставитъ, какъ было выше показано, и *евреевъ*. Вопросъ о племенныхъ институтахъ для евреевъ есть совсѣмъ особый, интересъ котораго не ограничивается государствомъ русскимъ и который вмѣстѣ съ этимъ не есть вопросъ только племенной, а точно также и главнымъ образомъ исповѣдный. Въ отличіе отъ другихъ инородцевъ, населяющихъ Россію, основаніе для обособленія правоспособности евреевъ у насъ, какъ и повсюду, лежитъ вовсе не въ ихъ неумѣлости пользоваться съ выгодой для себя общей гражданской правоспособностью. Быть еврейскаго племени далеко не представляетъ собою низшую, предшествующую въ историческомъ смыслѣ, стадію развитія тѣхъ же соціальныхъ и экономическихъ формъ, которую въ свое время прошли мы и которая есть еще длящаяся для многихъ русскихъ инородцевъ.

Для евреевъ характерна совсѣмъ не эта *отсталость* другихъ инородцевъ, а нѣкоторая исключительность всѣхъ основъ ихъ культуры, дѣлающая неприложимыми къ ихъ быту тѣ измѣренія, коими мы опредѣляемъ высокій или низкій уровень культуры у другихъ народовъ. Въ этомъ бытѣ есть черты, *постоянно* обособляющія евреевъ отъ другихъ, притомъ *отъ любыхъ иныхъ* народностей. Ихъ культурная жизнь давно уже сложилась не по типу общихъ донаціональных племенныхъ формъ быта, которыя уступаютъ въ извѣстныхъ условіяхъ другимъ, высшимъ формамъ общенія въ правѣ. У евреевъ съ поразительной силой сопротивленія удерживаются, съ одной стороны, совершенно исключительныя основы ихъ племенного быта, совсѣмъ недоступныя для инородныхъ элементовъ, съ другой, и на ряду съ этой исключительностью, они широко развиваютъ *общеніе*, правда, весьма одностороннее, *со всѣмъ культурнымъ міромъ*, независимо отъ степеней культуры, отъ различія народностей и исповѣданій. Обѣ стороны дѣла, т.-е. и особое право еврейское, и исторія общенія

евреевъ съ другими народами въ сферѣ права, представляютъ чрезвычайный интересъ и необъятныя трудности для изученія.

Что касается именно *особаго права евреевъ*, то доступъ къ нему возможенъ только при основательномъ познаніи языка, исторіи и въ особенности религіи этого народа. Едва ли возможны сомнѣнія въ томъ, что крайне тѣсная связь юридическихъ институтовъ съ основами вѣрованій составляетъ главнѣйшее условіе относительно малой измѣнчивости всего народнаго быта евреевъ; съ другой стороны, въ этой связи права съ религіей лежитъ главнѣйшее условіе безразлично-отрицательнаго отношенія ихъ къ другимъ народамъ. Ихъ законъ есть *для нихъ* богоданный и съ нимъ они проходятъ и даль вѣковъ, и царства земныя къ той завѣтной цѣли спасенія, которая предуготовлена для вѣрующей мысли тысячелѣтія тому назадъ. Изъ институтовъ еврейскаго права для цивилиста важны установленія союза семейнаго и тѣсно связанныя съ нимъ права интестатнаго наслѣдованія. Правильное разумѣніе этихъ институтовъ едва ли, однако, доступно непосвященному во всю область спеціальныхъ свѣдѣній по еврейскому праву. Нѣкоторымъ пособіемъ для ознакомленія съ этими институтами можетъ для русскаго читателя служить сборникъ проф. К. И. Малышева, составляющій особое приложеніе къ его курсу (не конченному, какъ и это приложеніе, коего мы имѣемъ пока 1-й томъ).

Для институтовъ права общаго, которое обнимаетъ и евреевъ, надлежитъ имѣть въ виду слѣдующія данныя.

Современное русское законодательство въ отношеніи къ евреямъ не представляетъ собою ничего оконченнаго и ничего оригинальнаго. Почти всякій законъ носитъ характеръ мѣры временной. Это одна сторона дѣла. Другая его сторона въ томъ, что русское законодательство проходитъ теперь по отношенію къ еврейскому вопросу тѣ стадіи, которыя въ свое время проходили народы и государства Запада.

Эта исторія общенія съ евреями представляетъ для цивилистики, конечно, свои свѣтлыя стороны, ибо съ *культурной исторіей евреевъ* несомнѣнно связаны *успѣхи общенія народовъ* и разработка многихъ сторонъ современной цивильной системы. Но это одна сторона дѣла, притомъ скорѣе фактъ сношеній съ ними, чѣмъ исторія этихъ сношеній. Самый же процессъ этого общенія представляетъ настоящія картины ужаса. Для подтвержденія нѣтъ нужды обходить всѣхъ территорій, ибо на каждой совершается приблизительно одно и то же.

Первыя свѣдѣнія о появленіи евреевъ среди новыхъ народовъ

относятся къ IV в. Уже въ ту пору они видны въ большихъ массахъ на Рейнѣ. Изъ VI вѣка есть уже свѣдѣнія объ ожесточенномъ гоненіи на нихъ въ Римѣ. На любой территоріи, гдѣ они осѣдаютъ, отъ нихъ требуютъ, чтобъ они *купили* себѣ за деньги право существованія отъ власти имѣющихъ. Такой цѣной территоріальный властитель предоставляетъ имъ временную осѣдность. Упорно держась всюду и во всемъ, начиная съ самыхъ обыденныхъ признаковъ и привычекъ, съ одежды, пищи, распредѣленія трудовыхъ и праздничныхъ дней, особо отъ мѣстнаго населенія, какъ люди совсѣмъ другого міра, какъ чужіе для туземцевъ, евреи ищутъ, часто не разбирая средствъ, скопить въ своихъ рукахъ денежныя ресурсы, цѣною которыхъ они пріобрѣтаютъ временное покровительство сильныхъ, вооружая вмѣстѣ съ тѣмъ противъ себя народныя массы.

Преслѣдованіе евреевъ обыкновенно ожесточается въ эпохи возбужденія религіозныхъ чувствъ (крестовые походы) и въ годы народныхъ бѣдствій (чума полов. XIV вѣка). Всѣ знакомыя и въ наше время обвиненія евреевъ въ истязаніи христіанскихъ младенцевъ для извлеченія крови, необходимой будто бы для религіозныхъ обрядовъ, въ отравленіи колодцевъ, зарождались именно въ этихъ условіяхъ смущеннаго событіями и ожиданіями настроенія народныхъ массъ.

Извѣстно, что это возбужденіе временами переходило въ настоящее изуверство, когда евреевъ жгли массами, если они не сжигали себя сами, громко исповѣдуя свою вѣру, или навсегда изгоняли изъ страны, лишая ихъ всякаго покровительства закона.

Какимъ же правомъ жили евреи, пока имъ предоставляемо было хотя такое прекарное существованіе среди чужихъ имъ людей?

Внутри, между собой, въ составѣ своего союза — это было еврейское право, какъ система своего рода племенныхъ или личныхъ нормъ. А внѣ? Было ли это общее территоріальное право? Отнюдь нѣтъ, ибо, начать съ того, что общаго права долгое время не было вовсе въ средне-вѣковомъ обществѣ, а были особыя права отдѣльныхъ союзовъ, мѣстныхъ, сословныхъ, исповѣдныхъ и т. д.; и тамъ, гдѣ вмѣстѣ съ развитіемъ центральной власти образовывались элементы общаго права для извѣстной территоріи, такое право мало касалось евреевъ. Само римское право, несмотря на универсальный характеръ его институтовъ, въ процессѣ рецепціи получило, какъ мы видѣли, вначалѣ, нѣкоторую исповѣдную окраску, и если отъ короля до простого горожанина глоссаторы охотно признавали всѣхъ римскими гражданами, то

это, однако, не мешало имъ выключать изъ круга гражданъ евреевъ, грековъ, сарациновъ и проч. Какое же право сообщалось евреямъ? Это не была какая либо система, а это былъ рядъ привилегій, которыя територіальный господинъ давалъ евреямъ какъ своей челяди, какъ данникамъ, какъ оброчной статѣ (servi camerae imperialis). Они получали обыкновенно за эту дань право жить въ отведенныхъ для нихъ кварталахъ. Иногда въ этихъ кварталахъ или улицахъ имъ предоставлялось пріобрѣтать землю на правѣ собственности, отнюдь, однако, не выходя за эти тѣсные предѣлы, ибо въ средніе вѣка землевладѣніе носило далеко не одинъ только характеръ частно-правнаго обладанія. Землевладѣніе сельское допускалось для евреевъ лишь подъ условіемъ обработки земли ихъ же руками, при томъ безъ сообщенія имъ какихъ либо связанныхъ съ землевладѣніемъ вотчинныхъ или публичныхъ правъ. Для евреевъ пришлыхъ ограниченія удерживались и тогда, когда для издавна осѣвшихъ эти ограниченія болѣе или менѣе сглаживались. Во многихъ нѣмецкихъ партикулярныхъ законодательствахъ эти и подобныя ограниченія удерживались даже въ текущемъ столѣтіи.

Раньше другихъ въ Пруссіи (съ 1812 г.), затѣмъ въ Австріи (въ 60-хъ годахъ), наконецъ, въ Германской имперіи право свободно пріобрѣтать земельные участки предоставлено всякому подданному независимо отъ исповѣдныхъ различій. Явнымъ образомъ обособленіе права частнаго отъ публичнаго, разложеніе старыхъ союзныхъ формъ, распространеніе на всѣхъ подданныхъ общихъ обязанностей въ отношеніи къ союзу государственному, сознавшему въ эту пору свое дѣйствительное господство надъ каждымъ отдѣльнымъ человекомъ, кто бы онъ ни былъ, широко раскрыло въ области права пути общенія для всѣхъ людей, безъ различія племени, религіи, соціальнаго положенія и прочее.

Время господства этого новаго порядка вещей еще, однако, очень непродолжительно, чтобы дать основаніе заключить, въ какой мѣрѣ на самомъ дѣлѣ особенности племенные и исповѣдныя сгладятся и уступятъ дѣйствию этого призыва всѣхъ людей къ правообщенію на условіяхъ полного равенства. Самый этотъ призывъ составляетъ продуктъ измѣненій юридическаго сознанія европейскихъ народовъ. Евреи призваны, наряду съ другими, къ полному правообщенію (это пассивная сторона дѣла). Но преобразуется ли и въ еврейской общинѣ правосознаніе въ томъ же направленіи отъ особаго къ общему (*активная сторона*), — это именно и покажетъ будущее...

Главнѣйшій видъ юридическаго обмѣна, который практиковали

евреи въ средніе вѣка, составлялъ *мелкій торгъ и денежные обороты*. Въ то время когда операціи процентнаго денежнаго займа были запрещены каноническимъ и свѣтскимъ закономъ для христіанъ, евреямъ не только дозволялись эти операціи, но долгое время размѣръ дозволеннаго роста для займа у евреевъ, силой особыхъ *привилегій*, былъ крайне высокъ. Лишь послѣ XVI в. начинается уравнительное движеніе законодательства въ этомъ вопросѣ для заемныхъ сдѣлокъ христіанъ и евреевъ, и въ наше время законы о ростѣ отмѣнены одинаково для всѣхъ и *всѣ одинаково* подлежатъ отвѣтственности за ростовщическія продѣлки, направленные на эксплуатацію нужды, неопытности, легковѣрія, по имперскому, напр., закону 24 мая 1880 года (о чемъ подробно позже, въ ученіи объ обязательствахъ).

Особаго рода *привилегія*, крайне распространенная въ средніе вѣка заключалась для евреевъ въ томъ, что проданныя и заложеныя имъ *движимости*, хотя бы онѣ были отняты силой или украдены, не подлежали возврату по иску собственника, иначе какъ подъ условіемъ уплаты долга или цѣны, за которую вещь была куплена. Одна изъ старѣйшихъ привилегій этого рода для евреевъ города Шпейера, отъ XI в., требовала отъ отвѣтчика еврея только присяжнаго (по еврейскому закону) показанія цѣны вещи (*juramentum secundum legem suam*). Это правило, въ значительно измѣненномъ видѣ, стало впослѣдствіи общимъ для добросовѣстнаго приобрѣтенія движимостей въ различныхъ условіяхъ (о чемъ позже, въ системѣ вещн. правъ), совершенно независимо отъ племенныхъ и исповѣдныхъ свойствъ заинтересованныхъ. Къ этимъ главнѣйшимъ пунктамъ различія, а затѣмъ постепеннаго уравниенія правоспособности евреевъ въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній (о правѣ брачномъ мы не говоримъ, такъ какъ этотъ вопросъ разрѣшается замѣной исповѣднаго брака безъисповѣднымъ, о чемъ было говорено выше и подробнѣе будетъ указано въ правѣ семейномъ), присоединился вопросъ о правѣ евреевъ приобрѣтать ученые степени, не по любымъ наукамъ *), а по юриспруденціи въ особенности. Затрудненіе

*) Никто не оспаривалъ у евреевъ научныхъ дарованій вообще и даже какъ будто особенныхъ по нѣкоторымъ видамъ ученыхъ профессій, напр., по медицинѣ. Die jüdischen Aerzte wurden sogar von den Geistlichen zu Rathe gezogen, welche sich nicht ganz auf die wunderthätige Heilung... verlassen mochten,—объясняетъ г. Grätz въ св. Geschichte der Juden. Указываютъ на лейбъ-медика Карла Великаго, еврея, на врача Гуго Капета (ср. Stobbe, Handbuch, т. I, также особая работа его о евреяхъ, тамъ же, гдѣ богат. литерат. указанія; также у Heussler'a Institut. d. deutsch. Priv. rechts, 1, § 35, особ. прим. Для положенія евреевъ въ средн. вѣка много живыхъ чертъ у Iohan. Scherr'a Deutsche Kultur u. Sittengeschichte, не разъ изданная; для Франціи

возникало въ виду де особаго свойства предметовъ познанія для доктората обоихъ правъ (*juris utriusque d-r*, т.-е. *juris civilis* и *canonici*), а также докторской присяги. Натурально, весь вопросъ въ томъ, какія требованія будутъ поставлены для доктора по каноническому праву. Если здѣсь нужна не наука только, а также и вѣра, то сами евреи, конечно, откажутся искать такой ученой степени. И наоборотъ, отъ кого бы ни исходили заслуги чисто научнаго характера для области правовѣдѣнія, каноническаго или свѣтскаго, никакое ученое собраніе, конечно, не откажетъ ихъ признать, разъ дѣло идетъ только о наукѣ. Несомнѣнно, что послѣдняя точка зрѣнія становится вмѣстѣ съ временемъ господствующею.

Вопросъ о правоспособности этихъ инородцевъ въ Россіи представится намъ въ болѣе простомъ видѣ, когда мы уяснили себѣ, хотя въ нѣкоторой степени, его перипетіи на Западѣ.

Собственно въ той части русскаго государства, въ центрѣ Россіи, гдѣ выросло, стало могучимъ національное русское сознаніе и опредѣлился существующій государственный строй, вопросъ о евреяхъ долгое время сливался съ вопросомъ о положеніи инородцевъ и иновѣрцевъ вообще. Поэтому совершенно справедливо замѣчаніе И. Е. Андреевскаго въ его юношескомъ еще трудѣ. „О правахъ иностранцевъ въ Россіи. С.-Петербург. 1854 г.“: „въ древнѣйшее время въ нашемъ отечествѣ допускались къ поселенію и жительству въ городахъ лица всякой націи и вѣроисповѣданія, а потому и евреи“ (стр. 125). Еще къ вел. кн. Владиміру приходили „жидове хозартіи“ и т. д. (см. указан. книгу). Со времени Мономаха въ восточной Руси евреевъ было мало (стр. 126). Опасность исповѣдная, вліяніе еврейской пропаганды, ересь жидовствующихъ, устранялась, какъ и всякая подобнаго рода угроза исповѣдной чистотѣ, тѣмъ же обычнымъ въ ту пору орудіемъ „очищенія“—огнемъ, какое мы видимъ и на Западѣ въ соотвѣтствующее время.

Не только въ старой Россіи, но и въ Имперіи „еврейскій вопросъ“ третируется безъ особыхъ затрудненій, когда этотъ вопросъ беспокоитъ государство, власть свѣтскую. И такъ, еще въ первой половинѣ XVIII в., законъ предписываетъ „жидовъ высылать, которые на Украинѣ и въ другихъ городахъ имперіи

въ особенности у Henri Beaune, *Droit coutumier des Français, La condition des personnes*“; отчетъ объ этой книгѣ въ Юридич. Библиограф. изд. при С.-Петербург. Университ. № 3, 89). Нынѣ Henri Beaune далъ уже 4 тома своего классическаго изсѣдованія (1, *Introduction à l'étude historique du droit coutumier français...* 1880, 2, сейчасъ указан.— *La condition des personnes* 82 г., 3, *La condition des biens* 85 г., 4, *Les contrats*—89 г.).

россійской поселились, и впредь ни подь какими образы въ Россію не впускать, а золота имъ съ собою изъ Россіи не вывозить и мѣнять золотыя ихъ деньги на мѣдныя“ (П. С. З. № 5063). Такъ въ указѣ 1727 года. Тоже и позже, при Елизаветѣ. Указы позднѣйшіе только подробнѣе опредѣляютъ, какія именно монеты золотыя на какія мѣдныя надлежитъ размѣнивать при выѣздѣ евреевъ (№№ 8673, 8869 и мног. друг.). Рѣчь явно идетъ о евреяхъ иностранцахъ, приходившихъ за рубежъ изъ мѣстностей, въ ту пору еще не возсоединенныхъ съ центромъ. Подробныя указанія мѣдныхъ пятаковъ, полушекъ и проч., коими велѣно было разсчитывать пріѣзжихъ за ихъ червонцы, золотые эфемки и проч., свидѣтельствуютъ, быть можетъ, объ ухищреніяхъ старыхъ исполнителей закона обходить его вовсе подь предлогомъ недостаточной опредѣлительности.

Во всеоружіи власти является законъ свѣтскій, когда опасность отъ иновѣрцевъ грозитъ чистотѣ русской церкви. Еретикамъ угрожаетъ смерть (см., напр., П. С. З. № 1103) *). Басурманы теряютъ право владѣть населенными (православными) имѣніями, если не хотятъ принять Св. крещенія (№ 2778). Мы имѣемъ случай совращенія изъ христіанства именно въ еврейство, которое подвергаетъ и совратителя и совращеннаго тяжкому наказанію. Еврей Борохъ совратилъ въ іудейство капитанъ-лейтенанта Возницына, который и былъ обрѣзанъ. Жена Возницына сдѣлала доносъ на мужа. Капитанъ-лейтенантъ Возницынъ былъ приговоренъ, вмѣстѣ съ Борохомъ, къ смертной казни чрезъ сожженіе. Г-жа Возницына за доносъ была награждена сотнею душъ крестьянъ съ землею и принадлежностію (тамъ же, № 8612, 8725).

Совершенно въ иномъ видѣ представляется тотъ же еврейскій вопросъ для западной окраины Россіи, долгое время развивавшейся особо отъ ея естественнаго центра.

До самаго послѣдняго времени судьба Литовскаго государства, и тѣмъ болѣе литовскихъ евреевъ, была до крайности недостаточно освѣщена и въ польской и въ русской исторической и юридической литературѣ. По отношенію къ евреямъ Литвы, за исключеніемъ „Историческаго изслѣдованія о правахъ литовско-русскихъ евреевъ“ Ѳ. И. Леонтовича, ни одинъ изъ трудовъ предшествовавшихъ и послѣдующихъ писателей не стоитъ, по мнѣнію

*) Мы не касаемся подробностей, которыя теперь, послѣ публикацій изъ Архива Св. Синода, представляютъ живѣйшій интересъ. Достаточно просмотрѣть дѣло Тверитинова при Петрѣ въ Опис. док. и дѣлъ Св. Прав. Синода. Для черно книжниковъ и чародѣевъ см. № 3485. П. С. З., гдѣ то же сожженіе.

профессора С. А. Бершадскаго, на высотѣ задачи. Лишь въ 1883 году появилась вполне солидная разработка этого предмета, въ смыслѣ обилія матеріала, до тѣхъ поръ скрытаго въ архивахъ, и тщательности его изученія, въ извѣстной монографіи профессора С. А. Бершадскаго „Литовскіе евреи“ 1388—1569 г. Петербургъ 1883 г. Мы можемъ пожалѣть только, что работа обнимаетъ главнымъ образомъ два вѣка (отъ конца XIV до XVI в., и лишь въ главѣ первой предѣлы времени взяты шире). Но и этого довольно, чтобы отвѣтить на интересующій насъ вопросъ.

Что же находимъ мы въ этой двух-вѣковой исторіи литовскаго еврейства для освѣщенія ихъ юридическаго положенія въ Литвѣ?

Буквальное повтореніе тѣхъ же явленій, коими знаменуется исторія евреевъ въ любомъ государствѣ Запада въ эпоху слабаго развитія государственной власти, въ условіяхъ феодальнаго режима.

Это, прежде всего, совершенно изолированное положеніе еврейской общины среди чуждой ей интересовъ мѣстной жизни. Земскіе господа гарантируютъ посредствомъ привилегій евреямъ неприкосновенность жизни, имущества, чести и все тѣхъ же промысловъ, какіе нормально предоставляли имъ земскіе владыки на Западѣ. Есть буквальные повторенія тѣхъ самыхъ льготъ для еврейскаго торговаго и денежнаго обмѣна, какія извѣстны изъ XI вѣка на Западѣ. Конечно, и тутъ всѣ эти льготныя письма покупаются еврейскими общинами не одною только дорогою цѣной денегъ, но и еще болѣе тяжкими послѣдствіями неувѣренности положенія евреевъ среди эксплуатируемаго ими и главнымъ образомъ чрезъ нихъ, не всегда въ ихъ только пользу, низшаго населенія.

Мы не имѣемъ интереса описывать на новыхъ мѣстахъ, среди другихъ людей, все тѣхъ же знакомыхъ изъ сдѣланнаго выше очерка смѣняющихся явленій: то этихъ привилегій, то этого безправія, которое переживали евреи въ Литвѣ, тѣмъ болѣе, что всѣ эти картины мастерски изображены перомъ названнаго выше историка.

Повидимому, въ очень мало измѣнившемся порядкѣ средне-вѣковаго быта „еврейскій вопросъ“ принятъ русскимъ государствомъ въ составѣ универсальнаго преемства западно-русской окраины, какъ одна изъ самыхъ трудныхъ для разрѣшенія проблемъ государственной мудрости.

Сто лѣтъ назадъ, говоритъ профессоръ Бершадскій, литов-

скіе евреи перешли въ русское подданство, сто лѣтъ существуетъ въ Россіи „еврейскій вопросъ“.

Это—вопросъ, съ одной стороны, о внутреннемъ строѣ еврейской общины. На него въ разное время русское законодательство отвѣчало различно, сперва противодѣйствуя кагальной организаціи (при Екатеринѣ), затѣмъ, и понынѣ, признавая ее.

Съ другой стороны, вопросъ о евреяхъ, со времени присоединенія западнаго края и частью южныхъ окраинъ, есть вопросъ общей гражданской правоспособности этихъ *инородцевъ*.

Долгое время эта сторона дѣла не представлялась вовсе настоятельною для разрѣшенія, ибо не для однихъ евреевъ, а совершенно также и для коренного русскаго населенія вопросъ объ общей гражданской правоспособности составлялъ лишь благое вожелѣніе, казалось, не скоро еще имѣвшее перейти въ дѣйствительность. Въ настоящее время общая гражданская правоспособность составляетъ, какъ было видно выше, достояніе всѣхъ русскихъ подданныхъ, частью и иностранцевъ. Въ какомъ-же видѣ представляется намъ вопросъ о правоспособности евреевъ въ дѣйствующемъ нынѣ русскомъ законодательствѣ?

Изъ многихъ законодательныхъ актовъ послѣдняго времени возможно заключить съ полнымъ основаніемъ, что современное положеніе дѣлъ разсматривается самимъ законодателемъ какъ переходное, временное, т.-е. имѣющее силу впредь до общаго пересмотра законодательства о евреяхъ. Мы не можемъ прямо утверждать, что вопросъ о равноправности и для евреевъ есть уже утвердительно рѣшенный въ принципѣ; но нѣтъ никакихъ сомнѣній, что мы не удаляемся отъ разрѣшенія вопроса въ этомъ смыслѣ, а приближаемся къ нему.

Чтобъ оріентироваться въ дѣйствующемъ правѣ надо различать: А, яснымъ образомъ выражающееся въ массѣ законовъ стремленіе не нарушать насильственно, по краймей мѣрѣ въ обществѣ, старыхъ основъ обособленнаго еврейскаго быта;

В, съ другой стороны, вполнѣ опредѣленно обозначившуюся задачу законодателя выводить отдѣльные лица и нѣкоторыя группы изъ ихъ устарѣвшей исповѣдно-племенной организаціи и ставить ихъ въ непосредственную, прямую связь съ государствомъ; наконецъ,

С, мѣры, направленные противъ расширенія равноправности, такъ сказать, фактическимъ путемъ, въ обходъ закона, при наличности, удерживающей еще силу старой союзной организаціи.

Къ законодательнымъ мѣрамъ 1-й группы, А, слѣдуетъ отнести, прежде всего, *кагальную организацію евреевъ*, весьма раз-

виту (о чемъ здѣсь мы не будемъ говорить въ особенности), внутри которой законъ допускаетъ обязательные денежные сборы (коробочный), предназначенные для общественныхъ потребностей евреевъ (см. для современнаго положенія законы о состоян., т. IX, прод. 1890 г., прилож. къ ст. 980, прим.). Съ этой особой общественной организаціей тѣсно связанъ чисто исповѣд- ный характеръ институтовъ брачнаго права у евреевъ и отдѣль- ный порядокъ веденія метрическихъ записей (т. IX и XI, уст. иностр. исповѣд., съ измѣн. по продолж. 1890 г.). Обособленная сфера брачнаго права, семьи, семейныхъ властей и обязанностей, связанныхъ съ этимъ отношеній родственныхъ, по наслѣдо- ванію, по интересамъ общественнымъ, дѣлаютъ жизнь массы ев- рейскаго населенія замкнутой и только внѣшнимъ образомъ при- касающейся къ иноплеменному и иновѣрческому для нихъ об- ществу христіанъ.

Эти главные черты, опредѣляющія положеніе евреевъ въ со- ставѣ русскаго населенія, даютъ результаты очень тяжелые не для общины еврейской, конечно, а для отдѣльно взятыхъ чле- новъ этого племеннаго союза. Не всегда возможно назвать право- способность евреевъ приниженною, но она всегда является услов- ленною этой связью еврея съ его племенемъ и исповѣданіемъ; она никогда не становится вполне свободной и равной съ дру- гими, въ смыслѣ общаго гражданскаго права.

Русскій еврей не можетъ стать нынѣ, въ теперешнихъ усло- віяхъ, вполне свободнымъ и равноправнымъ, въ смыслѣ общаго права, иначе какъ разорвавъ навсегда связь съ союзомъ, къ ко- торому онъ принадлежитъ, а это достигается лишь переходомъ въ одно изъ христіанскихъ исповѣданій. До тѣхъ-же поръ пока эта связь не нарушена, правоспособность еврея будетъ состав- лять ту или другую степень приближенія къ общей гражданской правоспособности, а не всю полноту ея.

Руководящій, для опредѣленія юридическаго положенія ев- реевъ, принципъ нашего законодательства состоитъ въ томъ, что евреи, русскіе подданные, подлежатъ общимъ законамъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ не постановлено особыхъ о нихъ пра- вилъ (IX, 952).

Однако, для евреевъ, русскихъ подданныхъ вообще, пока не возникло особаго основанія для изъятія, существуетъ такъ на- зываемая *черта осѣдлости*, которою и ограничивается ихъ право свободно выбирать себѣ мѣсто жительства. Эта черта осѣдлости опредѣляется крайне разнообразными и разновременными поло- женіями устава о паспортахъ и бѣглыхъ (т. XIV). Здѣсь, прежде

всего, удерживается для нихъ свобода жительства и переселенія въ предѣлахъ губерніи Царства Польскаго, въ сѣверо-и юго-западномъ краѣ, въ Бессарабіи и Курляндіи, въ Шкловѣ (Лифляндской губ.), съ нѣкоторыми изъятіями для отдѣльныхъ городовъ (Кіевѣ) и особыми правилами для другихъ городовъ (Николаевѣ, Севастополь) и областей (Войско-Донское) *).

Это одна сторона дѣла.

Другую сторону дѣла, В, составляетъ *эманципационное движеніе русскаго законодательства по еврейскому вопросу*. Въ связи съ этимъ идутъ попытки евреевъ выйти изъ стѣсненныхъ условій правоспособности, въ обходъ закона, сохраняя связь съ еврейской общиной, противъ чего направлена другая серія законовъ С), о которой мы будемъ говорить здѣсь-же.

Эманципационное движеніе на западѣ совершилось нынѣ абстрактнымъ провозглашеніемъ равноправности гражданской для всѣхъ, независимо отъ различій исповѣдныхъ. Такимъ образомъ, по мѣрѣ того, какъ развивался свободный обмѣнъ интересовъ въ области ремесла, искусствъ, промышленности, торговли, знаній, для населеній западныхъ территорій, государства западныя уничтожали старыя рамки обособленной правоспособности разныхъ группъ населенія и замѣнили ихъ нормами общаго права. Нельзя утверждать, чтобы вмѣстѣ съ формальнымъ признаніемъ въ принципѣ равноправности христіанскихъ и еврейскихъ подданныхъ, въ западныхъ государствахъ исчезли признаки разобщенія въ правосознаніи этихъ различныхъ группъ населенія. Обѣ продолжаютъ еще въ нѣкоторой степени обнаруживаться и принимаютъ по временамъ угрожающій характеръ; но при сильно развитыхъ и хорошо дисциплинированныхъ органахъ государственной власти опасность столкновеній предупреждается и устраняется безъ большаго труда.

При совершенно иныхъ размѣрахъ задачи, въ другихъ историческихъ условіяхъ, русская законодательная власть идетъ къ цѣли сближенія правоспособности христіанъ и евреевъ другимъ путемъ, т.-е. она расширяетъ на евреевъ въ той или другой степени общую правоспособность, *по изслѣдованіи признаковъ надежности такого сближенія для отдѣльныхъ лицъ или для отдѣльныхъ группъ*, такъ сказать *causa cognita*, а не абстрактно, не для всѣхъ и каждаго.

Опять и здѣсь, въ этомъ методѣ дѣйствія, мы видимъ для

*) См. Уст. о пасп. ст. 11 и слѣд.; исчерпывающее изложеніе этихъ правилъ не имѣетъ здѣсь для насъ интереса.

еврейскаго населенія то же, что можно наблюдать въ исторіи русскаго права для другихъ государственныхъ состояній. И для другихъ состояній повышеніе гражданской правоспособности развивалось сперва для отдѣльныхъ лицъ и группъ, а затѣмъ было расширено на цѣлые классы лицъ.

Этотъ методъ примѣняется въ одинаковой мѣрѣ къ евреямъ иностраннымъ, идущимъ въ Россію съ западной и восточной границы, и къ евреямъ-русскимъ подданнымъ.

Евреямъ-иностранцамъ, недопускаемымъ вообще ко вступленію въ русское подданство (положеніе комит. министр. 29 іюля 1824 г.), предоставляется *право пребыванія*, на болѣе или менѣе льготныхъ условіяхъ, въ Россіи наравнѣ съ другими иностранцами, лишь *по особому каждый разъ усмотрѣнію*. Въ чертѣ осѣдлости еврей-иностранцы допускаются лишь въ рядѣ указанныхъ закономъ спеціальныхъ случаевъ (раввины, медики, учредители фабрикъ, мастера; послѣдніе съ допущеніемъ присяги на подданство чрезъ 5 лѣтъ пребыванія. См. уст. о пасп., ст. 289 290 и слѣд.; для евреевъ, приходящихъ съ востока, см. тамъ же ст. 12, п. VI).

Евреямъ - подданнымъ, дозволено *селиться внѣ черты осѣдлости*.

а) если они принадлежатъ, въ продолженіи указанныхъ закономъ сроковъ, къ купечеству 1-й гильдіи и неопорочены судомъ, при чемъ имъ предоставляется имѣть прислугу и приказчиковъ, тоже неопороченныхъ судомъ, въ опредѣленномъ числѣ;

б) этими же льготами пользуются въ той или другой мѣрѣ, кончившіе курсъ высшихъ учебн. заведеній, учащіеся фармацевты, фельдшера; бабки, также практиканты по этимъ отраслямъ медицины, магистры и доктора разныхъ университетскихъ факультетовъ (тамъ же, ст. 12, п. I и II; подробности опускаемъ).

Временное пребываніе дозволяется внѣ черты осѣдлости на очень различныхъ основаніяхъ и обыкновенно на короткіе сроки или для достиженія извѣстной цѣли (обученіе), или для упражненія мастерства, указанныхъ въ законѣ промысловъ, съ отдѣльными многочисленными руководящими правилами для столицы, для другихъ городовъ, для времени ярмарокъ и проч. (тамъ же, ст. 157 и слѣд.) *).

*) Не слѣдуетъ думать, что всѣ эти мѣры направлены только противъ евреевъ. Тутъ есть нѣкоторыя черты, связанныя съ паспортной системой вообще и касающіяся и другихъ инородцевъ въ Сибири и въ европ. Россіи, другихъ инородцевъ (для скопцовъ ст. 31 и 32 уст. о пасп.), наконецъ, иногда лицъ высшихъ классовъ (см., напр., ст. 58 и 68).

На-ряду съ этими расширяющимися рамками общенія, въ законодательствѣ, особенно съ начала 60-хъ годовъ, ясно обнаруживается *стремленіе расширить предѣлы общей гражданской правоспособности* на евреевъ безъ всякихъ особыхъ условій и изслѣдованій въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Въ составѣ дѣйствующаго Свода мы имѣемъ статью 959, т. IX, которая позволяетъ евреямъ, въ чертѣ общей ихъ осѣдлости, равно какъ и вездѣ, гдѣ дозволено имъ постоянное пребываніе, *приобрѣтать недвижимую собственность всякаго рода*, кромѣ имѣній населенныхъ. Этотъ въ высшей степени важный успѣхъ русскаго законодательства въ направленіи къ равноправности былъ, очевидно, компрометтированъ какими-то обстоятельствами, которыя намъ трудно разяснить, и мы видимъ въ послѣдующихъ законодательныхъ актахъ обратный ходъ, правда, не во всемъ объемѣ дѣйствія льготнаго закона, но все же въ значительныхъ его предѣлахъ. Законъ 3-го мая 1882 года, въ видѣ временной мѣры, до общаго пересмотра, въ установленномъ порядкѣ, законовъ о евреяхъ, воспрещаетъ евреямъ впредь *вновь* селиться внѣ городовъ и мѣстечекъ, съ допущеніемъ въ семъ отношеніи исключенія только относительно существовавшихъ до 82 года еврейскихъ колоній, занимающихся земледѣіемъ. Этимъ же закономъ приостановлено временно совершеніе купчихъ крѣпостей и закладныхъ на имя евреевъ, засвидѣтельствованіе арендныхъ договоровъ на недвижимыя имущества, довѣренностей на управленіе и распоряженіе таковыми (Продол. 90 г., т. IX, ст. 959). Законъ этотъ имѣетъ примѣненіе лишь въ губерніяхъ постоянной осѣдлости евреевъ *). Натурально закону этому обратной силы не присвоено, и успѣвшее образоваться еврейское землевладѣніе не устраняется, такъ что евреевъ нельзя назвать неспособными владѣть недвижимостями въ этихъ краяхъ, и сила закона направлена лишь противъ дальнѣйшаго расширенія наличнаго еврейскаго землевладѣнія посредствомъ указанныхъ въ положеніи 3-го мая способовъ (тамъ же).

Крайне важенъ для правообщенія вопросъ о чертѣ осѣдлости и о землевладѣніи, о свободѣ обмѣна и приобрѣтенія недвижимостей вообще. Но рядомъ съ этимъ высокую степень важности имѣетъ для этой же цѣли *право брачное и договорное вообще*.

*) Надлежитъ замѣтить, что въ девяти западныхъ губерніяхъ, до окончательнаго устройства края чрезъ усиленіе русскаго землевладѣнія, лица польскаго происхожденія тоже ограничены въ приобрѣтеніи *вновь* помѣщичьихъ имѣній (т. X, ч. 1, ст. 698, прим. 2).

На вопросахъ брачнаго права и семейнаго союза вообще испытывается очень тяжело метода повышенія правоспособности индивидуальной, для каждаго особо, *causa cognita*, какой слѣдуетъ нашъ законодатель. Бракъ есть у насъ, и не для однихъ евреевъ, институтъ не чисто цивильный, а цивильно-религіозный. Такимъ образомъ, недопущеніе евреевъ къ браку съ христіанами и обратно не составляетъ для той или другой стороны редукии ея правъ, а есть послѣдствіе характера института и у тѣхъ и у другихъ. Но, затѣмъ, возможно, что семья, уже образовавшаяся, подвергается вліяніямъ разныхъ исповѣданій. Для этихъ случаевъ нашъ законъ опредѣляетъ, что *послѣдующее обращеніе одного изъ супруговъ въ православіе* не ведетъ къ расторженію брака *ipso jure*, а лишь евентуально, если того потребуетъ другой супругъ (X ч. 1 ст. 81). И такъ, бракъ *продолжается* между евреемъ и православнымъ.

Но сообщаетъ ли свободный отъ ограниченія чертой осѣдлости супругъ это право другому подобно тому, какъ супругъ высшаго состоянія сообщаетъ право состоянія другой сторонѣ, если она по состоянію ниже, или, по крайней мѣрѣ, не отнимаетъ правъ высшаго состоянія? На сей разъ эта аналогія не имѣетъ мѣста. Супругъ православный не будетъ опредѣлять своей повышенной правоспособностью умаленную правоспособность другого. Даже прямо наоборотъ. Законодатель, опасаясь, повидимому, такихъ браковъ, какъ средства найти новый путь къ нарушенію черты осѣдлости, стало быть дѣйствія *in fraudem legis*, опредѣляетъ, что ни мужъ, ни жена, вслѣдствіе такого брака, не приобрѣтаютъ права выбора постоянного жительства внѣ черты осѣдлости. Такимъ образомъ и на новокрещенаго христіанина, если его прежній бракъ съ евреемъ не расторгнутъ, распространяется, въ виду ст. 103 т. X, ч. I., законъ о чертѣ осѣдлости (ст. 81 *in fine*).

Для регулированія положенія дѣтей въ бракахъ, коихъ исповѣдная природа измѣняется переходомъ родителей въ христіанство, законъ устанавливаетъ: а) на случай принятія обоими супругами св. крещенія, совершеніе сего таинства и надъ малолѣтними дѣтьми ихъ, не имѣющими болѣе семи лѣтъ отъ роду; б) если же принимаетъ христіанство одинъ отецъ и одна мать, то въ 1-мъ случаѣ крещенію подвергаются сыновья, въ послѣднемъ дочери (IX, 965) *).

*) Эта статья показана въ Прод. 1890 г. замѣненной правилами, изложенными въ прим. (по прод.) къ ст. 1290 уст. дух. д. иностр. испов. Ст. 1290 означ. уст. говоритъ совсѣмъ о другомъ, а примѣч. къ ней даетъ новую ссылку

Любопытенъ вопросъ объ усыновленіи. Если евреи имѣютъ всѣ права русскихъ гражданъ, то, натурально, они могутъ и усыновлять, опять, однако, только для той цѣли, какая дается усыновленіемъ; а посему усыновленіе евреемъ имѣетъ мѣсто только въ отношеніи къ единовѣрцамъ, и при этомъ, по разъясненію правительствующаго сената, усыновленіе евреями, пользующимися свободой мѣстожительства, дѣйствительно только по отношенію къ тѣмъ единовѣрцамъ, которые сами имѣютъ право проживать повсюду въ имперіи (прод. 1890 г. т. IX, ст. 954, пр. 2).

Законъ 12 марта 1891 года о дѣтяхъ узаконенныхъ и усыновленныхъ разсчитанъ, что касается *узаконеній*, только на христіанскихъ подданныхъ имперіи и къ евреямъ и иновѣрцамъ вообще не имѣетъ примѣненія (ср. разд. III); что касается усыновленій, то усыновленіе лицъ христіанскаго исповѣданія нехристіанами и сихъ послѣднихъ лицами христіанскаго исповѣданія воспрещается (разд. IV, п. 4), а также лицамъ раскольничьихъ и иныхъ сектъ запрещено усыновлять православныхъ (тамъ же, прим.). Совершенно такъ, какъ по вопросу о дѣйствиіи перехода одного изъ супруговъ-евреевъ въ христіанство на права другого селиться внѣ черты осѣдлости возникли сомнѣнія, которыя разрѣшены были не въ пользу освобожденія отъ черты осѣдлости, также и по вопросу объ усыновленіи въ практикѣ возникали сомнѣнія о сообщеніи усыновителемъ-евреемъ, имѣющимъ свободу выбора мѣста жительства, этого права усыновленному еврею, для котораго обязательна черта осѣдлости. На этотъ

на уст. о пред. и пресѣч. прест., безъ указанія нумера статьи. Такимъ образомъ, пересмотрѣвъ одинъ томъ (IX), вы отосланы въ другой (прод. 1890 г. т. II), а отсюда вы препровождены въ третій томъ (XIV), гдѣ имѣете просмотрѣть оглавленіе, прочесть ст. 70-ю сначала, а затѣмъ уже найти приложение къ ст. 70-й (прим.), коего отношеніе къ статьѣ 965, отъ которой мы шли къ нему, и которая значитъ замѣненною, можетъ дать поводъ къ разсужденіямъ очень спорнымъ, ибо содержаніе 965 ст., нами переданное въ текстѣ, и прил. къ ст. 70 (о порядкѣ приготовленія иновѣрцевъ къ принятію православія) совсѣмъ по содержанію не конгруируютъ. Въ общемъ очеркѣ мы не касаемся ни этихъ, ни массы другихъ подробностей, относящихся къ евреямъ, ибо для этого нужны волюмы разъясненій. Но что касается указанной здѣсь техники ссылокъ, то въ ней много общаго съ извѣстной игрой въ почту, гдѣ отъ такого-то нумера васъ отсылаютъ нумеровъ на 5 назадъ отъ цѣли, отсюда впередъ нумеровъ на 7, потомъ опять назадъ, и если, при большомъ досугѣ въ канцеляріяхъ, такая техника можетъ быть занимательна, то она не имѣетъ никакого оправданія для цѣлей изученія закона. Послѣ цѣлой возни съ этими, плохо сброшюрованными, волюмами, вы не добьетесь никакого толку, какъ въ старое время при хожденіи по дѣламъ. Важнѣйшее, для гражд. права, положеніе изъ прил. къ ст. 70 (примѣч.) даетъ намъ п. 2-й, опредѣляющій для иновѣрцевъ особое совершеннолѣтіе (14 лѣтъ) на случай перехода въ православіе и безъ согласія родителей, если нѣтъ сомнѣнія, что они сами того желаютъ и свѣдуши въ церковн. догматахъ и ученіи.

вопросъ мы находимъ отвѣтъ въ собраніи узаконеній за 1889 г. № 298, и этотъ отвѣтъ отрицательный (ср. выше, стр. 359, ст. 954 пр. 2, т. IX).

Въ связи съ довольно тѣснымъ прикосновеніемъ вопросовъ права и интересовъ исповѣдныхъ въ старомъ нашемъ законодательствѣ находилось *воспреещеніе христіанамъ вступать съ евреями въ договоръ найма для постоянныхъ домашнихъ услугъ*, очевидно, въ цѣляхъ предотвращенія соблазна близкаго общенія съ иновѣрцами. Женщины-христіанки, нанимаемыя евреями-хозяевами для приготовленія пищи и бѣлья служителямъ изъ христіанъ, также для фабричныхъ работъ, должны были имѣть отдѣльныя помѣщенія. Существовали также нѣкоторыя ограниченія для найма мастеромъ подмастерьевъ изъ христіанъ *) (ст. 2209 стар. изд. X т., ч. I, 1211; уст. о пред. и прес. преступл. устанавливаетъ подобныя мѣры и для нѣкоторыхъ сектантовъ, а скопцамъ воспреещено принимать къ себѣ въ семью чужихъ дѣтей подъ какимъ бы то ни было видомъ, см. т. XIV, изд. 90 г. ст. 61 и всю гл. 3-ю, Разд. 1). Высочайшее повелѣніе 28 апрѣля 87 года отмѣнило стѣснительныя для найма евреями христіанъ мѣры, свидѣтельствовавшія скорѣе о слабости органовъ юстиціи, чѣмъ о дѣйствительныхъ опасностяхъ для интересовъ христіанскаго исповѣданія, и замѣнило ихъ простымъ воспреещеніемъ нанимателю-еврею препятствовать нанятымъ христіанамъ чествовать праздники и выполнять религіозныя обязанности, подъ страхомъ денежнаго взысканія, по приговору мирового судьи, не свыше 50 рублей (уст. о наказ. налаг. мир. суд. по прод. 90 г. ст. 48-я, а также т. XVI, изд. 90 г. уст. о пред. и прес. преступ. ст. 88). Вопросъ о силѣ договора поставленъ врозь отъ вопроса о преступныхъ дѣйствіяхъ, право гражданское отъ полицейскаго и уголовного закона, и съ этимъ вмѣстѣ тотчасъ явилась возможность отмѣнить стѣснительную старую мѣру предупрежденія—пресѣченія преступленій и расширить дѣйствіе общей нормы договорнаго права на кругъ лицъ, не связанныхъ ни племенемъ, ни исповѣданіемъ.

Послѣ этой важной нормы, идущей путемъ расширенія пра-

*) Т. X ч. I ст. 2210 отсылаетъ для справки о теперешнемъ положеніи къ уст. о промышлен. изд. 87 г. ст. 342, прим.; 382 (тоже у Боровиковскаго изд. 89 года). Статья 342 уст. о пром. не имѣетъ примѣчанія и не относится вовсе къ дѣлу. Статья 382 также не имѣетъ никакого отношенія къ вопросу. Къ дѣлу относится ст. 390 примѣч., гдѣ еврею дозволено держать подмастерьевъ-христіанъ, а учениковъ-христіанъ они могутъ держать съ особаго разрѣшенія, если есть хотя одинъ подмастерье-христіанинъ, съ обязанностью отправлять учениковъ по воскреснымъ днямъ въ церковь. Тоже у Гаугера изд. 97 г.

воспособности на всѣхъ гражданъ, надлежитъ отмѣтить другую мѣру послѣдняго времени, хотя и не прямо изъ области права частнаго, направленную, „впредь до изданія особаго по сему предмету закона“, противъ допущенія лицъ не-христіанскихъ исповѣданій въ число частныхъ повѣренныхъ при уѣздныхъ сѣздахъ, иначе какъ съ разрѣшенія министровъ внутреннихъ дѣлъ и юстиціи по представленіямъ предсѣдателей сѣздовъ (собр. узак. за 90 г. № 398, нынѣ см. въ прод. 90 г., т. 2-й въ самомъ концѣ). Для принятія въ число присяжныхъ и частныхъ повѣренныхъ вообще подлежащими судебными установленіями и совѣтомъ присяжныхъ повѣренныхъ не-христіанъ требуется, тоже до изданія особаго закона по этому предмету, представленіе предсѣдателей судовъ и совѣтовъ прис. повѣр. министру юстиціи, отъ разрѣшенія коего и зависитъ вступленіе нехристіанина въ составъ повѣренныхъ (собр. узак. 90 г. №№ 127 и 1031, нынѣ въ прод. суд. уст. учр. суд. уст. 90 г. ст. 380 и 406-я).

Мы этимъ заключаемъ наше обзорѣніе условій, видоизмѣняющихъ гражданскую правоспособность отдѣльныхъ лицъ. Несомнѣнно, многія детали остаются въ сторонѣ и подлежатъ изученію въ ближайшихъ практическихъ цѣляхъ по подлиннымъ источникамъ. Для сохраненія возможнаго единства и связи изложенія мы теперь же переходимъ къ важному ученію о лицѣ юридическомъ *).

ГЛАВА II.

УЧЕНІЕ О ЮРИДИЧЕСКОМЪ ЛИЦѢ.

§ 13.

Правоспособность коллективныхъ правообладателей въ особенности.—Союзныя формы на западѣ.—Процессъ ихъ разложенія.—Замѣна новыми союзными образованіями.—Тѣ же явленія на нашей исторической почвѣ.—Многообразие формъ.—Общія категоріи союзныхъ формъ въ средневѣковой доктринѣ.

Мы искали выше (стр. 235—265) мотивировать въ системѣ гражданскихъ правоотношеній необходимость *личнаго* ихъ приращенія. Мы пришли къ результату, что какимъ бы ни былъ субстратъ для образованія понятія личности въ гражданскомъ правѣ (отдѣльный человекъ, союзъ лицъ, universitas, корпорація, установленіе), самое понятіе личности носитъ на себѣ признаки

*) Ученію о мѣстожителѣствѣ будетъ дано иное систематическое положеніе, чѣмъ это было принято прежде.

искусственности, переработки юридической. Необходимость же сосредоточить именно около лицъ весь обмѣнъ гражданскихъ правоотношеній условлена не тѣми или другими свойствами или потребностями этихъ лицъ, а интересами гражданского оборота, который безъ этого признака (принадлежности правъ извѣстнымъ лицамъ) потерялъ бы свойства распознаваемости правоотношеній и ихъ постоянства.

Мы брали, стало быть, до сихъ поръ, мотивъ образованія лицъ въ гражданскомъ правѣ *общій*, для любыхъ лицъ, физическихъ и юридическихъ. Этимъ, натурально, вопросъ не исчерпывается, и за этимъ общимъ мотивомъ или общей необходимостью распредѣлять всѣ правоотношенія по лицамъ, намъ надлежало мотивировать необходимость личнаго характера принадлежности гражданскихъ правоотношеній тамъ, гдѣ личенъ отдѣльно взятый человекъ, и затѣмъ тамъ, гдѣ личною является корпорація, установленіе, та или другая союзная форма.

Первому изъ этихъ вопросовъ мы посвятили 1-ю главу этого отдѣленія (стр. 265 и слѣд.), ученіе о физическомъ лицѣ. Мы видѣли тамъ, какъ и чѣмъ опредѣляется въ историческомъ процессѣ обособленіе личности отдѣльнаго человека въ гражданскомъ правѣ, въ какихъ условіяхъ образуется, развивается его правоспособность, и въ какомъ видѣ, съ какими ограниченіями, она является намъ въ правосознаніи европейскихъ обществъ и въ системахъ гражданского законодательства, частью иностраннаго, въ особенности—отечественнаго. Легко было убѣдиться, что въ современномъ правосознаніи личенъ всякій человекъ вообще, и что немногія отступленія отъ началъ равенства составляютъ остатокъ прежнихъ условій быта, едва ли способныхъ долго сопротивляться нивелирующему духу времени. Постоянныя различія лицъ, условленныя ихъ природными свойствами (возрастъ, полъ, здоровье) крайне мало вліяютъ на гражданскую правоспособность людей, и все значеніе этихъ индивидуальныхъ различій ограничивается въ современномъ правѣ видоизмѣненіемъ ихъ дѣеспособности.

Если вопросъ о правоспособности отдѣльныхъ людей является намъ, такимъ образомъ, съ исторической и практической сторонъ совершенно простымъ и яснымъ, то этимъ, однако, мы еще вовсе не приближаемся къ разъясненію другого вопроса, правоспособности гражданской лицъ коллективныхъ и установленій.

Какъ исторически мотивируется это явленіе? Въ какомъ отношеніи стоитъ вопросъ о правоспособности отдѣльныхъ людей къ правоспособности союзовъ? Въ какомъ видѣ является намъ

союзная правоспособность въ настоящее время? Какая цѣль и гдѣ предѣлы ея развитія? Конгруируетъ-ли вполне правоспособность коллективныхъ единицъ съ правоспособностью отдѣльныхъ людей? Гдѣ ея специфическія основы? Какъ опредѣлить отношенія союза къ лицамъ, его образующимъ и внѣ стоящимъ? Гдѣ основа отвѣтственности этихъ союзовъ за ущербы и убытки, происходящіе отъ нихъ для третьихъ лицъ? Откуда и какъ возникаетъ ихъ дѣеспособность? Какіе особые реквизиты ихъ активной и пассивной роли въ гражданскомъ быту? Какъ прекращается ихъ обособленная правоспособность? Какая послѣдующая судьба ихъ имуществъ!

Вотъ рядъ вопросовъ, крайне трудныхъ, сложныхъ, контроверзныхъ, безъ отвѣта на которые мы не объяснимъ себѣ, не мотивируемъ достаточнымъ образомъ для жизни этого оригинальнаго явленія нашего права, значеніе коего, въ современныхъ условіяхъ, ежедневно растетъ на нашихъ глазахъ, наряду съ развитіемъ правоспособности отдѣльныхъ людей, а вовсе не умаляется въ виду этой правоспособности отдѣльныхъ людей и не уступаетъ ей.

Намъ необходима здѣсь такая же разработка этихъ вопросовъ какъ и для лицъ физическихъ, но эти задачи здѣсь далеко не разрѣшаются такъ же, какъ онѣ разрѣшались въ ученіи о лицѣ физическомъ. Изученіе ихъ составляетъ *спеціальную задачу* те-перешней литературы, ибо безъ спеціальныхъ изысканій, простыми способами аналогій и фикцій, мы не уяснимъ себѣ правоспособности и дѣеспособности лицъ юридическихъ, и самое явленіе будетъ казаться намъ произвольнымъ, ничѣмъ не мотивированнымъ. Особенно богата спеціальными изысканіями въ этой области современная нѣмецкая литература *).

*) Къ литературнымъ указаніямъ сдѣланнымъ выше, надлежитъ, для общихъ справокъ, прибавить вышедшее лѣтомъ 91-го года новое изд. Учебн. Виндшейда въ соотвѣствующихъ §§. Очень хорошо написана и весьма доступна для русскихъ читателей небольшая брошюра Рудольфа Зомы (R. Sohm.) *Die deutsche Genossenschaft*, составляющая оттискъ изъ праздничнаго подношенія Виндшейду по случаю его юбилея. На русскомъ языкѣ очень облегчаетъ доступъ къ волюминозному труду Гирке добросовѣстнѣйшимъ образомъ и съ полнымъ знаніемъ дѣла составленный рефератъ г-на Л. Гервагена, напечатанный въ „Юрид. Вѣстникѣ“ за текущій годъ (91) въ №№ 7 и 8, стр. 362—396. Въ краткомъ изложеніи этого курса нельзя исчерпать ниже всего содержанія этого реферата, весьма любопытнаго для русскихъ читателей. Въ настоящее время во Франціи разсматривается въ законодательныхъ инстанціяхъ законопроектъ объ ассоціаціяхъ, имѣющій, конечно, во многомъ измѣнить дѣйствующій законъ 1867 года. Къ сожалѣнію, онъ уже не войдетъ въ наше обозрѣніе. Для установленій въ особен. Geouffre de Lapradelle *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*. 1895 (особ. 3-e partie, chap. II, le problème de la personnalité).

Мы обойдемъ весь рядъ указанныхъ выше спеціальныхъ проблемъ ученія о юридическомъ лицѣ въ дальнѣйшемъ, насколько это возможно коротко, сжато.

И такъ, какъ возникаютъ эти коллективныя единицы? Мы беремъ *сперва историческую сторону дѣла*. Именно этой стороны проф. О. Гирке коснулся въ особенности въ первомъ томѣ своего труда (*Das deutsche Genossenschaftrecht*, 1m.—*Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, 68 г., 1111 стр.). Въ этой книгѣ Гирке обозрѣлъ цѣлую массу союзныхъ формъ, смѣнявшихся на Западѣ, въ германскомъ мірѣ, начиная съ первыхъ историческихъ данныхъ, съ самыхъ старинныхъ формъ патриархальнаго быта, проходя послѣдовательно все разнообразіе родовыхъ, семейныхъ, народныхъ общинъ, связанныхъ союзомъ личнымъ и поземельнымъ, союзъ господъ съ подвластными, затѣмъ, множество союзныхъ формъ феодальной эпохи, образованіе наряду со свѣтскими союзными формами таковыхъ же подъ главенствомъ церкви, образованіе вольныхъ городскихъ общинъ и внутри города спеціальныхъ союзовъ (гильдій, цеховъ), а также сословныхъ профессиональныхъ, политическихъ формъ различнаго характера.

Для новаго времени работа Гирке даетъ намъ (по 2-мъ эпохамъ, отъ 1525 до 1806 и послѣ 1806 года) *процессъ разложенія старинныхъ бытовыхъ союзовъ*, частью преобразованія ихъ подъ вліяніемъ новой идеи государства и возникновенія новыхъ, иначе образующихся и иначе расчлененныхъ формъ публичныхъ и частныхъ ассоціацій. Въ этой новой фазѣ развитія несомнѣнно своеобразнѣйшее и наиболѣе характерное именно для нашего времени явленіе составляютъ *ассоціаціи*, возникающія *по свободному соглашенію* сочленовъ.

Въ результатѣ эманципаціоннаго движенія, которымъ новое государство высвобождало личность человѣка, правоспособность индивидуума, въ томъ видѣ, какъ мы ее рассматривали выше, изъ старинныхъ, часто крайне тяжелыхъ узъ союзаго быта, получился какъ бы нѣкоторый разрывъ между предоставленнымъ самому себѣ индивидуумомъ и высшей формой союзаго быта, государствомъ, которое гарантировало индивидууму только абстрактно гражданскую свободу, не отвѣчая всѣмъ тѣмъ потребностямъ, которымъ служили разрушенныя теперь старыя союзныя образованія. *Посредствовавшія некогда между индивидуумомъ и государствомъ ближайшія къ лицу союзныя формы*, въ большинствѣ случаевъ, *утратили свое значеніе*, уступивъ государству значительную долю своихъ прежнихъ политическихъ функ-

цій, а все, что составляет область права приватнаго, стало принадлежностью полноправнаго въ гражданскомъ смыслѣ субъекта. Это былъ именно моментъ обособленія публичнаго и частнаго права изъ прежняго тѣснаго сближенія ихъ въ старыхъ автономныхъ союзахъ и въ формахъ лично-зависимыхъ отношеній цѣлыхъ группъ населенія отъ господскихъ правъ привилегированнаго класса.

Чтобы возмѣстить затерявшіяся въ этомъ процессѣ разложенія старыхъ формъ быта посредствующія между отдѣльно-поставленнымъ человѣкомъ и государствомъ бытовые социальныя формы — повсюду на Западѣ возникло *свободное ассоціаціонное движеніе*, коего цѣли и направленіе специализировались, смотря по требованіямъ мѣста и времени, до крайней степени. Насколько цѣли этого движенія суть политическія, административныя, исповѣдныя, общественныя въ томъ или другомъ смыслѣ, воспитательныя, научныя, художественныя и т. д., судьбы этихъ ассоціацій весьма различны и измѣнчивы, въ зависимости отъ государственнаго строя страны, отъ политическихъ видовъ, которые ставятъ себѣ и обществу руководящія сферы и т. д. Этого дѣла мы здѣсь касаться не будемъ, хотя Гирке даетъ очень хорошее обозрѣніе этого движенія въ разныхъ мѣстахъ книги, особенно стр. 865 и слѣд. Общѣе и ближе къ намъ интересъ этого новаго ассоціаціоннаго движенія тамъ, гдѣ точнѣе опредѣлилась и специализировалась экономическая цѣль движенія, гдѣ союзъ, тотъ или другой, является сосредоточенной экономической силой, правообладателемъ въ смыслѣ цивильномъ, и этому предмету авторъ посвящаетъ заключительныя страницы своего сочиненія (воособенности стр. 907—1111).

И такъ, на вопросъ, поставленный нами выше, какъ возникаютъ коллективныя формы правоспособности, мы, въ виду сдѣланнаго обзора исторической работы Гирке, въ правѣ сказать, что масса союзовъ, въ старое время носившихъ автономный характеръ съ обильнымъ и разнообразнымъ составомъ правоспособности, политической и гражданской, нынѣ утратила этотъ характеръ, уступивъ автономію политическую государству, ставъ къ нему въ положеніе болѣе или менѣе субсидіарныхъ органовъ и сохранивъ ту или другую степень правоспособности гражданской. Это *общины*, *Gemeinden*, городскія и сельскія, и уподобляющіяся имъ въ томъ или другомъ отношеніи мѣстныя окружныя сочлененія, церковныя общины, обязательныя сообщества по школьному дѣлу, плотинныя (для содержанія плотинъ съ цѣлями предупрежденія опасностей), по путямъ сообщенія, по оро-

шенію и проч. Масса такихъ союзовъ происхожденія стариннаго, незапамятнаго, историческаго, далеко не всегда основаннаго на концессіяхъ отъ государства, а нерѣдко предшествующаго образованію высшихъ политическихъ союзныхъ формъ.

Нѣкоторыя изъ такихъ старинныхъ лично-союзныхъ формъ, общинъ или корпорацій, превратились, вмѣстѣ съ временемъ, въ *установленія* (Anstalten), болѣе или менѣе подчиненныя видамъ государства и утратившія самую значительную долю своихъ старинныхъ корпоративныхъ правъ и автономій. Таковы, напр., университетскія корпораціи.

Въ противоположность этой группѣ коллективныхъ старыхъ, частью преобразованныхъ, формъ, другія формы, свободно-союзныя, представляютъ собою новообразованія, идущія частью въ замѣну старыхъ союзныхъ формъ быта (рабочія ассоціаціи, замѣняющія во многихъ отношеніяхъ разбитыя старыя формы цехового быта *), частью открывающія пути неизвѣстному въ экономической области въ старое время сочетанію производительныхъ силъ для достиженія одной цѣли (компаніи акціонерныя).

И такъ, по историческому происхожденію кругъ коллективныхъ правообладателей можетъ быть расчлененъ на двѣ группы, *старинныхъ* союзовъ людей, общинъ, корпорацій, преобразовавшихся отчасти, подъ вліяніемъ новыхъ государственныхъ идей, въ простые органы управленія съ большей или меньшей долей автономіи и гражданской правоспособности, или прямо получившихъ характеръ установленій безъ корпоративныхъ правъ. Изъ этихъ старинныхъ соціальныхъ группъ постепенно выдѣлялись, съ помощью государства, широко правоспособное лицо физическое, личный образъ человѣка, призванный государствомъ къ активной роли въ современномъ праворазвитіи.

Рядомъ съ этимъ другую группу составляютъ *образованные вновь* граждански правоспособнымъ человѣкомъ новыя союзныя формы.

Между этими 2-мя категоріями исторически различныхъ коллективныхъ формъ нельзя проводить различія только по цѣлямъ ихъ образованія. И нынѣ, какъ въ старину, могутъ возникать новые города, могутъ образовываться новыя исповѣдныя сочетанія, новыя университетскія корпораціи. Но это не будутъ,

*) Нѣтъ сомнѣнія, что въ детальной разработкѣ вопроса можно раскрыть много любопытныхъ и важныхъ для исторіи права сторонъ въ этомъ процессѣ замѣны старыхъ союзныхъ формъ новыми свободными ассоціаціями. Въ этихъ новообразованіяхъ не все ново, и часто объясненіе разныхъ чертъ ихъ строенія получается только изъ соображеній ихъ происхожденія, стало быть изъ началъ континуитета въ этой эволюціи.

такъ сказать, первообразованія такихъ союзовъ. Типъ ихъ опредѣлился въ старыхъ условіяхъ быта. Новыя образованія будутъ или только снимками со старыхъ, или, еще скорѣе, они будутъ имѣть со старыми общаго лишь наименованія и цѣли, а не организацію, которой самородный и своеобразный характеръ условливался въ старину недостаточнымъ развитіемъ государственной идеи.

Черта новизны въ союзахъ второго рода, свободныхъ, опредѣляется именно тѣмъ, что они возникаютъ среди свободнаго, полноправнаго въ гражданскомъ смыслѣ населенія, въ условіяхъ огражденія этой свободы отдѣльнаго человѣка государствомъ.

Онѣ уже не условливаютъ собою, какъ въ старину, въ смыслѣ правоспособности, положенія отдѣльнаго человѣка, а наоборотъ, сами условлены имъ и служатъ тѣмъ или другимъ его цѣлямъ, не столько доминируютъ надъ нимъ, сколько ему подчиняются, служатъ ему средствомъ.

Вотъ различіе собственно-историческое, существующее между разными союзными организмами, которыхъ дѣятельность, наряду съ дѣятельностью отдѣльныхъ людей, мы наблюдаемъ въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній.

Въ этомъ процессѣ нѣтъ ничего произвольнаго. Указанныя здѣсь формы составляютъ *необходимые результаты общаго эволюціоннаго процесса соціальной жизни на Западѣ*. Онѣ образуются, трансформируются, вымираютъ, возникаютъ вновь силой тѣхъ условій, которыя переживаютъ послѣдовательно европейскія общества вообще или въ той или другой области въ особенности.

Возможно ли различить *тѣ же явленія въ исторіи права русскаго и въ современномъ его состояніи*?

Вопросъ объ ассоціаціяхъ въ исторіи нашего права далеко не имѣетъ въ общемъ такой блестящей обработки, какую онъ достигаетъ, въ послѣднее время въ особенности, на Западѣ. Не менѣе того и въ нашей литературѣ для разработки нѣкоторыхъ сторонъ дѣла положены прочныя основы.

Нѣтъ сомнѣнія, что у насъ для изученія совсѣмъ другіе размѣры задачи. Если на Западѣ возможно отмѣтить извѣстныя формы патріархальнаго быта, безразличія права частнаго и публичнаго, какъ отжившія и уступившія мѣсто другимъ, то у насъ эти явленія остаются и понынѣ все еще живыми, въ особенности въ инородческихъ группахъ населенія, къ коимъ законъ допускаетъ примѣненіе общихъ формъ гражданского обмѣна лишь съ большою осмотрительностью, все равно, являются ли онѣ въ составѣ общества или какъ отдѣльныя лица, какъ къ незрѣлымъ для цивильнаго обмѣна, какъ къ дѣтямъ.

Эта сторона дѣла для насъ здѣсь мало поучительна.

Другое, противоположное, явленіе представляютъ западныя наши окраины, имѣющія несомнѣнно очень много точекъ соприкосновенія съ соціальными условіями быта на Западѣ. Это, однако, для курса общаго русскаго права явленіе тоже только локальное.

Въ какомъ же видѣ представляется вопросъ въ собственно-русскихъ центральныхъ областяхъ, т.-е. какого рода коллективные единицы, соотвѣтствующія указаннымъ выше группамъ на Западѣ, знаетъ наша исторія и наше право въ современномъ его состояніи?

Для обозрѣнія старинныхъ союзныхъ формъ собственно имущественнаго обладанія, насколько онѣ сохраняли еще болѣе или менѣе значеніе для прошлаго и текущаго вѣка, до наступленія реформъ 60-тыхъ годовъ, руководствомъ и исходной точкой дальнѣйшихъ изысканій можетъ служить „Исторія Гражданскихъ Законовъ“ Неволіна, ч. 2-ая. Неволінь собственно трактуетъ не о союзахъ лицъ, а *объ имуществвахъ разнаго рода и лицахъ, кои способны одладать тѣмъ или другимъ родомъ имущества*. Такая постановка вопроса больше соотвѣтствуетъ систематикѣ X т. ч. 1, которой очень старался держаться покойный нашъ историкъ, хотя эта систематика вовсе не есть подлинная для русскаго права, а заимствованная изъ французскаго кодекса съ разными видоизмѣненіями. Отсюда, однако, возможно, безъ большого труда, придти къ заключенію о *тѣхъ кругахъ лицъ* или, выражаясь соотвѣтственно формуламъ О. Гирке, о *тѣхъ союзахъ*, между коими группировались въ старое время права и обязанности смѣшаннаго, публично-приватнаго характера. Неволінь различаетъ кругъ лицъ, способныхъ владѣть вотчинами (§ 266), разные разряды людей служилыхъ (§ 268), людей тяглыхъ (§ 212). Внутри каждой группы различаются еще тѣснѣйшія группы. И такъ, владѣніе помѣстное могло имѣть своимъ источникомъ жалованье свѣтской власти; но были помѣстья, жалуемые отъ власти духовной, отъ архіереевъ, монастырей (§ 289). Въ этихъ кругахъ лицъ, болѣе обширныхъ, какъ служилый классъ вообще, было меньше солидарности и строго опредѣленныхъ союзныхъ интересовъ, чѣмъ въ соотвѣтствующихъ группахъ на Западѣ. Если эти круги были тѣснѣе, опредѣлялись родомъ службы, мѣстнымъ служебнымъ назначеніемъ (напр., ярославскія дѣти боярскія *),

*) Любопытно, въ видѣ какого страннаго недоразумѣнія удержался понынѣ у насъ этотъ родъ лицъ, именно *дѣтей боярскихъ*. Они есть въ составѣ населенія сибирскаго; но именуются не просто дѣтьми боярскими, а такъ на-

смоленскіе рейтары, украинскіе полки, то натурально и связь лицъ и солидарность имущественныхъ интересовъ была болѣе тѣсной.

Вообще же, кромѣ общихъ или особыхъ служебныхъ обязанностей въ классѣ помѣстномъ, близость разрядовъ и связь членовъ того или другого разряда опредѣлялась *ограниченіемъ оборото способности имущества въ пользу союза и его членовъ*. Такихъ ограниченій было множество. При Михаилѣ Ѳеодоровичѣ запрещенъ былъ оборотъ помѣстій между московскими и городскими помѣщиками, между бѣлозерцами и другими служилыми; по уложенію Царя А. М. — между служащими по московскому списку и новгородцами и псковитянами: то же ограниченіе для украинцевъ, казаковъ, русскихъ и инородцевъ и проч. (Неволинъ § 293). Распространеніе оборотоспособности имущества и правоспособности обладанія на широкіе круги лицъ одного класса было уже шагомъ къ освобожденію лица отъ тѣснѣйшаго союза, въ составѣ коего числились лица изъ рода въ родъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и началомъ разрушенія этихъ тѣснѣйшихъ союзныхъ формъ. Лицо, однако, выходя изъ этихъ тѣснѣйшихъ союзныхъ формъ, вступало вовсе не на полный просторъ приватной правоспособности, а лишь въ болѣе широкій союзъ сословія, и лица привилегированныхъ видовъ службы въ сословіе дворянское. Но и тутъ опять не тотчасъ въ цѣломъ его составѣ, а нерѣдко лишь въ многочисленныхъ группахъ мѣстныхъ, племенныхъ, спеціально-служебныхъ, какъ это держалось и отчасти держится въ современномъ законодательствѣ (т. IX, ст. 18 и мног. подобн. изъ слѣдующихъ).

Рядомъ съ этимъ процессъ расширенія правоспособности шелъ ступенями и въ классѣ тяглыхъ людей. И тутъ съ расширеніемъ правоспособности лицъ, принадлежащихъ къ тѣснѣйшимъ союзамъ, разрушались эти тѣснѣйшія союзныя формы, чаще всего входя, смотря по видамъ государства, въ болѣе широкія сочлененія (Неволинъ § 312; для исторіи городскихъ классовъ, людей тяглыхъ и нетяглыхъ, дворовъ черныхъ и бѣлыхъ, тамъ же § 314).

Процессъ образованія сословій, въ томъ видѣ, какъ опредѣлился ихъ составъ въ XVIII и въ главныхъ чертахъ удержался до реформъ прошлаго царствованія, знакомъ вамъ изъ очерковъ

звѣаемыми дѣтьми боярскими, очевидно для того чтобъ ихъ нынѣшняя юриспруденція и особенно администрація не принимала за дѣтей въ самомъ дѣлѣ и не управлялась какъ съ настоящими *infantes* (Св. Зак. т. II, Учр. Казак. ст. 1282, у Гожева № 2503).

исторіи права (Лекціи и изслѣдов. проф. В. И. Сергѣевича, стр. 659 и слѣд.). До наступленія этихъ реформъ типъ сословной нормы былъ, какъ извѣстно, господствующимъ въ нашемъ законодательствѣ и въ тѣхъ его частяхъ, которыя составляютъ здѣсь предметъ нашего изученія.

Такимъ образомъ, въ Россіи до послѣдняго времени отдѣльный человѣкъ поставленъ былъ въ вопросѣ о его правоспособности не прямо въ отношеніе къ государству и его органамъ, а чрезъ посредство нѣкоторой сословной организаціи, вліявшей на многія стороны жизни и на отправленіе правосудія въ особенности. Лишь со времени реформъ прошлаго царствованія правоспособность гражданская отдѣльно взятыхъ людей поставлена въ прямое отношеніе къ закону государственному, обнимающему людей всякаго чина, и вмѣстѣ съ этимъ сняты признаки сословной организаціи общихъ судовъ, получившихъ назначеніе ограждать права всѣхъ и каждого.

Этотъ процессъ распаденія старыхъ союзныхъ формъ, высвобожденія индивидуума изъ прежней условной и ограниченной правоспособности и, наконецъ, изъ частно-правной зависимости, съ могучимъ содѣйствіемъ государства, имѣетъ, въ этихъ главныхъ чертахъ, въ нашей исторіи много общаго съ исторіей развитія западныхъ обществъ. Великая разница заключается въ томъ, главнѣйшимъ образомъ, что сословная организація и муниципальныя формы у насъ никогда не достигали такой силы въ своемъ развитіи, какую онѣ имѣли на Западѣ, и, подвергаясь частнымъ преобразованіямъ, служили скорѣе покорнымъ орудіемъ государственныхъ видовъ, чѣмъ обособленнымъ въ жизни общества, крѣпкимъ и самобытнымъ организмомъ.

Въ составѣ дѣйствующаго права мы легко различаемъ коллективныя единицы *старого образованія*, которыхъ функціи въ правѣ публичномъ и правоспособность гражданская опредѣляются различными актами законодательной власти, обращенными именно къ сословіямъ, городамъ, установленіямъ. Эти акты суть частью стараго, частью, въ связи съ реформами прошлаго царствованія, новѣйшаго происхожденія.

Въ категорію коллективной гражданской правоспособности общаго (мы выдѣляемъ, какъ формы исключительнаго правообладанія, казну, дворцовыя управленія и имущества членовъ Императорскаго дома—см. ст. 697 и 698, п. 1, 2, 3) типа законъ заноситъ слѣдующіе виды; а, дворянскія, городскія и сельскія общества, а также земскія учрежденія, б, епархіальныя начальства, монастыри и церкви, с, богоугодныя заведенія, d, учеб-

ныя и ученныя заведенія, е, сословія лицъ, какъ-то: *товарищества*, компаніи, конкурсы.

Оставляя въ сторонѣ конкурсъ, который не можетъ стоять въ одной категоріи съ товариществами въ смыслѣ его правоспособности (см. выше), мы получаемъ значительное обиліе коллективныхъ формъ правообладанія, которыя при этомъ далеко не покрываютъ дѣйствительнаго разнообразія этихъ явленій въ жизни. Къ имущественному обладанію способны далеко не эти только союзы и установленія.

Наша кодификація даетъ намъ общія указанія на мѣсто системы, гдѣ подробно разработаны пространство и свойство правъ, могущихъ быть приобрѣтаемыми этими субъектами (указ. ст. пр. 1-е). Такія *общія указанія* даютъ натурально не много для облегченія справокъ, да и дать точныя справки не легко, ибо коллективное имущественное обладаніе у насъ, какъ и на Западѣ, связано нерѣдко съ совершенно специфическими цѣлями, коихъ никакъ не перечислить до конца. И такъ, нѣкоторое почтенное лицо (г. Судіенко) пожертвовало капиталъ съ коммеморативными патриотическими цѣлями, на устройство памятника на полѣ полтавской битвы, съ храмомъ и школой при немъ. Кругъ лицъ, сибиряковъ по происхожденію, собираетъ сумму денегъ и устраиваетъ особый капиталъ на содержаніе ученицъ въ Троицко-Савской женской гимназіи. Жертвуется для устройства бесплатныхъ, на 600 человѣкъ, обѣдовъ въ Москвѣ значительный капиталъ на поминъ души такихъ-то въ такіе-то дни. Если такія добровольныя приношенія на пользу общую организуются какъ самостоятельный правообладатель актомъ Высочайшей воли, что нашъ законъ допускаетъ только въ виду заслуживающей сего цѣли и значительности размѣровъ пожертвованія, то мы получаемъ настоящее установленіе съ имущественной правоспособностью, ему присвоенной. Какая мѣра этой самостоятельности — это вопросъ даннаго случая, но явленія такихъ значительныхъ жертвъ на благо общее, „на благое просвѣщенія“, въ память такого-то событія, весьма многочисленны и способны принимать самыя разнообразныя формы, для которыхъ не всегда найдется готовая категорія въ сводѣ законовъ.

Если мы всмотримся въ перечисленные статьей 698-й главные виды коллективнаго обладанія имуществомъ, то нѣкоторыя расчлененія получаются сами собой.

Это, съ одной стороны, коллективные обладатели *стариннаго* типа, каковы епархіальныя начальства, монастыри, церкви, сословныя общества; съ другой стороны—это мѣстныя учрежденія

нового типа, безсловнаго, каковы земскія учрежденія, установленія кредитныя и многочисленныя виды товариществъ и компаній. Особо отъ этихъ категорій идутъ богоугодныя, учебныя и ученыя заведенія. Многія изъ такихъ формъ, сохраняя старинное наименованіе, теряютъ прежній характеръ организаціи, и изъ корпоративнаго строенія преобразовываются въ простыя установленія или въ установленія съ нѣкоторыми остатками стараго корпоративнаго строя. Прослѣдить этотъ переходъ всего удобнѣе на исторіи установленій церковныхъ. У насъ эти переходы видны и въ дѣйствующемъ законодательствѣ, особенно въ уставахъ иностранныхъ исповѣданій, гдѣ для церкви римско-католической господствующимъ типомъ является *типъ установленія*, а для реформатской *типъ корпорации*, или *установленія съ признакомъ корпоративной организаціи* для завѣдыванія имуществомъ. Подробностей здѣсь не мѣсто касаться, хотя онѣ крайне любопытны и важны.

Средневѣковая доктрина именовала правообладателей со строемъ корпоративнымъ—*collegia personalia*, а правообладателей съ характеромъ комплекса имущества, куда назначаются завѣдующіе сверху, — *collegia realia*. Натурально для среднихъ формъ слѣдуетъ различить еще категорію—*collegia mixta*. Въ кругу тѣхъ же правообладателей можно сдѣлать по другому признаку, по способу ихъ возникновенія, еще иныя группировки. И такъ, есть группы, возникающія независимо отъ воли лицъ, въ нихъ входящихъ. Таковы въ особенности группы стариннаго образованія, исповѣдныя (не одинаковыя, ибо есть исповѣданія, принадлежность къ коимъ опредѣляется рожденіемъ, но изъ коихъ выходъ свободенъ, есть такія, изъ коихъ невозможенъ и выходъ), частью сословныя. Но есть и такія, которыя образуются и въ составъ коихъ входитъ лицо свободно. Это преимущественно союзы новообразованные. Въ средневѣковой терминологіи это различіе обозначалось названіями *collegia necessaria* и *voluntaria*.

Вотъ простое обозрѣніе бытовыхъ явленій соціальной жизни прошлаго и настоящаго разныхъ европейскихъ обществъ въ ихъ исторической смѣнѣ и въ самыхъ общихъ характерныхъ для тѣхъ или другихъ группъ очертаніяхъ.

§ 14.

Задача юридическаго построения союзныхъ формъ средневѣковой эпохи. — Пробужденное, подъ дѣйствіемъ реценціи, сознательное отношеніе къ своимъ бытовымъ даннымъ. — Иннокентій IV. — *Воля* коллегіи? — *Persona ficta* и совпадающія линіи классической и новой конструкціи. — Несоотвѣтствіе теоретическаго построения міровоззрѣнію эпохи. — Конструкція Бартола. — Вмѣненіе. — Есть ли въ этой конструкціи нѣмецкая національная основа?

Но, однако, что же представляютъ собою эти явленія для юриспруденціи? Все, что мы до сихъ поръ могли отмѣтить въ этомъ эволюціонномъ процессѣ, — это *первообразный* (относительно) характеръ однихъ союзныхъ формъ, изъ коихъ лишь постепенно выдѣляется отдѣльный, независимый отъ принадлежности къ тому или другому союзу, правоспособный человѣкъ, и *производный* характеръ другихъ союзныхъ формъ, которыя сами возникаютъ по соглашенію такихъ приватно-правоспособныхъ людей и служатъ въ гражданскомъ обмѣнѣ такими же активными дѣятелями, какъ и лицо физическое.

Этого, конечно, недостаточно, чтобъ дать *юридическую определенность* показанному явленію въ гражданскомъ правѣ. Чтобъ это явленіе коллективныхъ правообладателей получило цивилистическую извѣстность, ему надлежитъ дать юридическую конструкцію. Намъ надо знать не только, какъ исторически возникаетъ это явленіе, но и какъ образуется, чѣмъ обуславливается, какъ прекращается, въ чемъ состоитъ эта особая правоспособность или цивильная личность коллективныхъ единицъ, какая позиція такихъ лицъ въ гражданскомъ общежитіи, какъ осуществляютъ они свою правоспособность, какъ дѣйствуютъ въ определенной сферѣ правоотношеній, ищутъ, отвѣчаютъ, какое отношеніе союзной личности къ личностямъ въ ней, въ ея составѣ пребывающимъ и проч.

Возможно ли, однако, дать определенность, хотя бы въ этомъ только условномъ, юридическомъ смыслѣ, явленію до такой степени измѣнчивому, какъ эти союзныя формы, хотя и не вполнѣ нами исчерпанныя, но все же настолько розныя и въ смыслѣ времени ихъ происхожденія, и въ отношеніи къ мѣсту, гдѣ онѣ возникали, и, наконецъ, къ типическимъ особенностямъ отдѣльныхъ группъ? Нѣтъ сомнѣнія, что одна конструкція отнюдь не въ состояніи будетъ и обнять всѣ эти явленія и вмѣстѣ въ себѣ сколько-нибудь близко къ жизненнымъ функціямъ разнородныя союзныя формы.

Чтобъ убѣдиться въ трудности найти одну формулу для всѣхъ этихъ явленій, достаточно взять хотя бы только различные виды одновременно существующихъ союзныхъ формъ. Но мы еще легче убѣдимся въ недостаточности одной формулы, если возьмемъ это разнообразіе формъ въ ихъ исторической смѣнѣ. Если трудно сейчасъ сказать, что корпорація, установленіе, казна суть одинаковыя формы коллективнаго обладанія, только съ разными видоизмѣненіями въ мелочахъ, то еще труднѣе подчинить одной конструкціи средневѣковую автономную корпорацію съ безразличіемъ состава ея правъ, публичныхъ и частныхъ, съ ея властнымъ отношеніемъ къ сочленамъ, съ ея правомъ самозащиты противъ другихъ подобныхъ союзовъ, и нашу, напр., предпринимательскую акціонерную компанію, какихъ бы мощныхъ экономическихъ размѣровъ она ни достигла.

Ни на чемъ не испытывается и не доказывается такъ хорошо историческій характеръ основныхъ понятій права, какъ на постепенномъ перерожденіи, внутреннемъ, полномъ, въ условіяхъ измѣняющейся среды, такихъ явленій и формъ, которыя по наружнымъ признакамъ все кажутся какъ будто тѣми же, что были прежде. Таковы понятія правоспособности, личности, собственности, обязательства и т. д. Таково въ особенности понятіе личности коллективной, правоспособности союзной.

Нѣтъ сомнѣнія, что долгое время формы коллективнаго обладанія были очень обильными и разнообразными, и что въ сознаніи людей онѣ складывались, безъ всякой критики и сличенія, также непосредственно и наивно, какъ въ наше время понятіе обладанія отдѣльнаго, какъ понятіе собственности и проч. Время изученія этихъ явленій, потребность подчинить ихъ извѣстнымъ нормамъ, противопоставить ихъ другимъ явленіямъ, есть дѣло послѣдующихъ успѣховъ сознанія. Въ западной жизни этому переходу отъ непосредственнаго, наивнаго міровоззрѣнія къ разумѣнію и различенію соціальныхъ явленій и къ сознанію ихъ строенія, наиболѣе содѣйствовала рецепція чужого, римскаго права. Это возможно обнаружить на исторіи многихъ институтовъ публичнаго и частнаго права на Западѣ. Но едва-ли въ исторіи какого понятія этотъ процессъ проходитъ на нашихъ глазахъ такъ ясно, какъ на понятіи юридическаго лица въ особенности.

Въ первое время рецепціи освоеніе глоссаторами латинскихъ текстовъ по этому вопросу еще настолько зависимое, условное и — можно сказать — школьное, что ожидать тутъ же умѣлаго и цѣлесообразнаго примѣненія римскихъ формулъ къ явленіямъ

средневѣковой жизни было бы преждевременнымъ. Такъ проходить первая пора ознакомленія юристовъ-книжниковъ съ латинскими текстами и съ лежащей въ основѣ всей римской гражданской системы идеей личнаго обладанія. Эта идея личнаго обладанія еще до крайности блѣдно освѣщаетъ въ ихъ рукахъ своеобразныя формы обладанія коллективнаго, которыя несомнѣнно господствуютъ въ жизни. Таково первое время господства глоссаторовъ. Но уже во второмъ поколѣніи учениковъ болонской школы постоянное общеніе съ міромъ классической юриспруденціи производитъ изумительное дѣйствіе....

Вопросъ, подавшій поводъ къ разбору юридическаго строенія коллективныхъ правообладателей, былъ чисто практическаго свойства. Дѣло входило въ кругъ папской юрисдикціи. Надо было опредѣленнымъ образомъ отвѣтить на *вопросъ о вмѣненіи*, коему подлежала коллегія...

Итакъ, способна ли *universitas personarum* къ вмѣняемому дѣйствию, независимо отъ вопроса о виновности отдѣльныхъ ея членовъ?

Здѣсь суть дѣла, *sedes materiae*!

Отвѣтъ долженъ дать папа.

Апостольскій престолъ занималъ въ эту пору Иннокентій IV (Sinibaldus Fliscus), ученикъ болонской школы глоссаторовъ и канонистовъ, торжествующій соперникъ императора Фридриха II Гогенштауфена, славный ученый и политикъ. На первомъ соборѣ въ Ліонѣ, въ 1245 году, Иннокентій IV не только даетъ рѣшающій отвѣтъ поставленнаго выше вопроса, но вмѣстѣ съ этимъ, почти неожиданно, полагаетъ основу цѣлому ученію о юридическомъ лицѣ, проливая на это явленіе такой яркій свѣтъ, что, пять вѣковъ спустя, гениальному юристу нашего времени, Ф. К. ф. — Савиньи, не остается ничего, какъ только повторить конструкцію папы Иннокентія во всѣхъ основныхъ ея чертахъ.

Интересъ этого ученія, очевидно, близокъ намъ по существу, хотя очень далекъ по времени и по условіямъ, въ коихъ опредѣлилась конструкція. Тѣмъ болѣе поразительна сила этой концепціи!

Въ чемъ же основа этого ученія? Съ вопросомъ объ экскоммуникаціи коллегіи, о виновности, вмѣненіи и наказаніи самой коллегіи папа обращается къ источникамъ классическаго права и на основаніи l. 15 § 1. D. de dolo malo (4, 3) заключаетъ: *impossibile est quod universitas delinquat* (Innoc. c, 53 X 5, 39 rn. 1). Да, но этотъ текстъ (Ульпіана) извѣстенъ былъ

давно, и быть можетъ рѣшеніе соотвѣтствовало совершенно понятію юридическаго лица у классиковъ и вовсе неспособно было служить основой для правосознанія XIII вѣка? На эти сомнѣнія именно папа Иннокентій IV и отвѣчаетъ намъ цѣлымъ построеніемъ своего ученія объ этомъ явленіи...

Если классики на вопросъ о вмѣненіи юридическому лицу отвѣчали отрицательно, то это не только вполне понятно, но ясна также и причина или основа такого ихъ воззрѣнія. Въ томъ мірѣ вопросъ о личности, о правоспособности гражданской былъ, условіями римской цивилизаціи, поставленъ настолько обособлено отъ всякихъ другихъ квалификацій лица, физическихъ и общественныхъ, отъ вопроса о возрастѣ, здоровьѣ, общественномъ положеніи, принадлежности къ тому или другому союзу, что цивильно-правоспособнымъ могъ быть всякій, хотя бы вовсе невмѣняемый. Посему, съ правоспособностью гражданской вовсе тамъ не совпадалъ и не совмѣщался вопросъ о волѣ вообще, о злой волѣ въ особенности. И такъ, у римлянъ, совершенно естественно, муниципія, коллегія, корпорація способны имѣть права, должны нести отвѣтственность имущественную, ибо это такія же гражданскія правоспособныя личности, какъ и люди; но у нихъ нѣтъ воли, нѣтъ злой воли, которая вся цѣликомъ должна быть поставлена на счетъ членовъ коллегіи, и поэтому нѣтъ преступныхъ дѣйствій, нѣтъ наказаній, которыя и могутъ постигать только людей, подлежащихъ вмѣненію.

При этомъ надлежитъ замѣтить, что наши классическіе источники далеко не содержатъ въ себѣ какого-либо законченнаго ученія о юридическомъ лицѣ, въ которомъ выработана единая основа и на ней выполнено и довершено вполне опредѣлившееся построеніе. Ничего подобнаго нѣтъ. И мы сами вынуждены раскрывать эту внутреннюю основу и довершать построеніе классиковъ *).

Что же мы находимъ у Иннокентія IV? Въ его время, какъ мы еще яснѣе убѣдимся позже, далеко не было налицо тѣхъ болѣе или менѣе выразившихся основъ конструкціи, какія мы раскрываемъ у классиковъ. И вотъ, папа самъ указываетъ намъ эти основы, не римскія, а свои, притомъ, такія, которыя дѣлаютъ возможнымъ для него удѣржать въ силѣ почти всю ту конструкцію, какую онъ находилъ у классиковъ.

*) Возможно, что къ намъ не дошло много подробностей этого ученія, и что самое явленіе коллективной правоспособности было на дѣлѣ въ Римѣ значительно болѣе развито, чѣмъ это видно въ памятникахъ юридической письменности. Вопросъ этотъ очень любопытенъ и споренъ.

Въ чемъ же дѣло?

Приемъ различенія понятій у папы вполне соответствуетъ классическому. Понятіе *universitas* противопоставляется понятію *societas* *). *Societas non est collegium per se*. И такъ, силой простого договора не составляется *universitas*, и *singuli*, вступившіе въ договоръ товарищества, не образуютъ отдѣльной отъ себя правоспособности союза, *nisi aliter constitutur per principem, vel senatusconsultum vel, alio modo*. Уходя изъ состава договорнаго товарищества, каждый *socius* разрушаетъ соціететъ, и, совершенно иначе, выходящій изъ корпораціи членъ, актомъ своей воли, смертію, отнюдь не прекращаетъ ея существованія (Гирке стр. 285, ср. Гай I. 1 pr. § 1 D. III, 4 *quod cujus-cunque*).

Что же такое коллегія? Папа на этой именно союзной формѣ, не на другихъ, не на установленіяхъ и *riae causae*, развиваетъ основы своего ученія, какъ и классики. Въ коллегіи, какъ и у римлянъ, рѣзко очерчена идея *единства* лицъ, въ нее входящихъ. Это *universitas* въ отличіе отъ *diversitas* въ соціететѣ. Это *universitas personarum*. Но какому же опредѣленію эта *universitas* подлежитъ въ юридическомъ смыслѣ? Папа продолжаетъ совершенно въ римскомъ смыслѣ: это лицо, это *persona*... До этихъ поръ все римское.

Но, однако, далѣе? Что же такое *лицо* въ эту пору, въ XIII вѣкѣ, въ жизни, въ дѣйствительности? Развѣ это та же абстрактно-цивильная правоспособность, которую безразлично можно присвоивать и отдѣльному человѣку и коллегіи, какъ въ Римѣ, или это нѣчто иное?

И вотъ съ этой минуты идеи юрисконсульта XIII вѣка совсѣмъ расходятся съ конструкціей классиковъ.

Это лицо есть у папы и въ дальнѣйшей канонической экзегезѣ только *nomen intellectuale et res incorporalis*.

Рѣшающій вопросъ, необходимый въ духѣ времени и совершенно чуждый римской мысли, гдѣ жъ *душа* этой особы? и отвѣтъ—это *res inanimata*, надъ коей невозможно таинство крещенія, это не есть лицо въ томъ смыслѣ, въ коемъ личны одаренные душою люди, стало быть—это *persona representata, persona ficta*.

*) Крайне любопытно то сближеніе, какое встрѣчаемъ у Иннокентія для корпораціи съ корреалитетомъ. Казалось, это сближеніе составляетъ счастливую мысль, въ первый разъ осѣнившую професс. Ihering'a для уясненія исторіи развитія понятія юридическаго л. въ его *Geist*, ѣ; оказывается нѣтъ (Срав. у Гирке, т. III, стр. 286, прим. 118).

Вотъ гдѣ, откуда, какъ и на какой основѣ возникла идея и конструкція *фиктивныхъ* лицъ.

Это вовсе не римская идея. Фикція вовсе не нужна римлянамъ, которые пришли къ обособленію права приватнаго, правоспособности частной и личности путемъ историческимъ, безъ всякихъ фикцій. Фикція нужна была юрисконсультамъ XIII в., чтобы найти примиреніе этой обособленной гражданской личности классическаго міра съ своей дѣйствительностію.

Такова основа каноническаго построенія личности въ правѣ, вполне отличная отъ римской практической и ихъ культурной основы для понятія гражданской личности. Но за этимъ различіемъ исходныхъ точекъ, всѣ дальнѣйшія консеквенціи въ ученіи Иннокентія вполне сходятся съ классическими. *Quia universitas, sicut est capitulum, populus, gens et hujusmodi, nomina sunt juris et non personarum, ideo non cadit in eos excommunicatio. Quia capitulum, quid est nomen intellectuale et res incorporalis, nihil facere potest nisi per membra sua.*

Въ дальнѣйшихъ моментахъ анализа правоспособности юридическаго лица у Иннокентія и его послѣдователей находимъ тотъ же приѣмъ сближенія съ правоспособностью отдѣльных людей, какъ и у классиковъ. Если Юлій Павелъ говоритъ: *municipes per se nihil possidere possunt*, и Ульпіанъ прибавляетъ: *sed hoc jure utimur ut et possidere et usucapere municipes possint, idque iis per servum et per liberam personam acquiratur*, то не выражена-ли *mutatis mutandis* та же основа въ словахъ каноническаго текста *quid si civitas per ministros suos possidet sic et ecclesia possidet per canonicos* (Гирке, 291).

Противоположеніе имущественной сферы коллегіи и членовъ, въ смыслѣ активномъ и пассивномъ, есть тоже вполне выраженное и оконченное, какъ и въ правѣ римскомъ: *quod est universitatis non est singulorum* (Marcianus I. 6 § 1. D. de rer. div.),—*si quid universitati debetur singulis non debetur et v. v.* (Ulpianus I. 7 § 2 *quod cujuscunque*).—Натурально въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ сочленъ коллегіи притязалъ бы на извѣстное пользованіе имуществомъ коллегіи, какъ отдѣльный каноникъ къ имуществу извѣстнаго церковнаго установленія, тамъ этотъ *singulus* притязалъ бы къ нему *non jure singulari, sed jure collegii* (Гирке, 294, 298).

Обходя менѣе характерные пункты ученія, мы остановимся на построеніи *дѣеспособности* коллегіи. Извѣстно, что эта сторона конструкціи не принадлежитъ къ числу наилучше разработанныхъ въ пандектахъ, и что въ мѣстахъ, трактующихъ этотъ

вопросъ, имѣются въ виду въ особенности корпораціи публичнаго характера (*Qvod major pars curiae efficit, pro eo habetur, ac si omnes egerint. Scaevola, I. 19 D. ad municipalem 50. 1; обще у Ulp. 1. 160 § 1 D. de R. I.*). На этихъ основахъ Иннокентій и его послѣдователи строятъ, опять для корпорацій въ особенности, цѣлое ученіе. Самъ папа отчетливо формулируетъ положеніе, что корпорація, какъ *nomen intellectuale*, не можетъ ничего хотѣть, ибо неспособна ни къ актамъ воли, ни къ дѣяніямъ. Зато здѣсь возможно представительство съ прямымъ вліяніемъ дѣйствія представителя на правоотношенія юридическаго лица. Каноническое право принимаетъ прямо за *regulae juris* положенія—*potest quis per alium qvod potest facere per se ipsum* и *qvi facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum*, а отсюда выводитъ, что *universitas* дѣйствуетъ сама, если она дѣйствуетъ *чрезъ* другого.

Кто-жъ эти заступители корпорацій? Ея члены, ея органы. И такъ, не останавливаясь на менѣе выраженныхъ явленіяхъ замѣстительства, укажемъ на вполне выразительную для канонической системы тѣзу: *jurante syndico nomine universitatis vel collegii ipsa universitas jurare videtur*. Затѣмъ, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ коллегія имѣетъ дѣйствовать *collegialiter* или *capitulariter*, тамъ рѣшаетъ консенсъ сочленовъ, а если такового нѣтъ, то, въ условіяхъ самаго точнаго выполненія всего ритуала созыва членовъ, открытія собранія и проч., рѣшаетъ *большинство*, ибо *major pars* есть не только *numerosior*, но и *pars sanior*.

Вотъ въ самыхъ выпуклыхъ чертахъ понтификальное ученіе XIII вѣка о юридическомъ лицѣ. Оно, несомнѣнно, во всѣхъ деталяхъ составляетъ воспроизведеніе и развитіе возрѣній римскихъ. Но если классическая юриспруденція находила для этихъ возрѣній подлинную основу въ живой дѣйствительности своего времени, если тамъ на самомъ дѣлѣ, для любыхъ субъектовъ, индивидуальныхъ и коллективныхъ, правоспособность гражданская, личность, являлась вполне обособленной сферой отношеній и для этой сферы отношеній опредѣлились и выработались всѣ условія и вся техника юридическихъ оборотныхъ операцій, то возможно-ли удержатъ въ той же силѣ, и особенно, на той же основѣ это обособленіе личности въ историческихъ условіяхъ средневѣковой жизни?

Несомнѣнно, нѣтъ.

И поэтому для Иннокентія IV такая обособленная личность, для коей основу составляетъ совокупность людей, должна была быть не дѣйствительностью, а *фикціей*. Собственно фикціей, дѣ-

ломъ мысли, операціей условной, была въ эту пору и вся система обособленныхъ гражданскихъ правоотношеній, все римское право... Что такое самый процессъ рецепціи, какъ не операція мысли, какъ не фикція длящейся имперіи цезаря, воображаемаго міра? Что это, какъ не задача, поставленная отрѣшенно отъ тогдашнихъ условій существованія, отъ данныхъ той эпохи, именно идеально? И на этомъ общемъ фонѣ средневѣкового сознанія фигура созданнаго геніемъ Иннокентія IV коллективно-правоспособнаго субъекта, тоже лишь мыслимаго, безтѣлеснаго, невмѣняемаго, даже безъисповѣднаго, и не менѣе того правоспособнаго, что это могло быть для средневѣковой жизни, не для стараго Рима, конечно, какъ не фикція?...

Интересъ конструкціи коллективнаго правообладанія и правоспособности, также какъ и всей рецепціи, далекъ, однако, отъ того, чтобы быть только теоретическимъ. Что же, на самомъ дѣлѣ, представляетъ собою юридическое лицо? Неужели и въ эту пору, какъ въ Римѣ, возможно противопоставлять членовъ, образующихъ коллегію, и самую коллегію какъ двѣ раздѣльныя сферы правообладанія? Неужели въ средневѣковой дѣйствительности явленія были все такія же, того же неизмѣннаго характера и содержанія какъ тѣ, отъ коихъ исходили юристы классики въ своихъ построеніяхъ? Если въ Римѣ былъ живой имущественный обмѣнъ, гдѣ необходимо было каждую минуту знать, о чьихъ, въ личномъ смыслѣ, правахъ идетъ рѣчь, индивидуальныхъ или членскихъ, или самой корпораціи, то неужели и въ средніе вѣка обмѣнъ былъ такимъ же живымъ, отдѣльно поставленные люди также правоспособны, какъ союзы, для союзовъ необходима такая же приватная правоспособность, какъ для людей? Неужели для корпорацій замкнутыхъ, самозаконныхъ, не только подчинявшихъ, но поглощавшихъ вполне правоспособность своихъ членовъ, и для тѣхъ свободныхъ союзныхъ формъ, какія зналъ Римъ, вопросъ о дѣйствіяхъ корпоративныхъ и дѣйствіяхъ отдѣльныхъ членовъ корпораціи, о ихъ отвѣтственности, могъ, не погрѣшая противъ живой правды и живого правосознанія, быть рѣшаемъ по одному масштабу?

Нѣтъ сомнѣнія, что чистая римская логика права не могла имѣть непосредственнаго приложенія къ этой, совсѣмъ непохожей на условія античной культуры, новой общественности.

Пока юриспруденція могла насыщаться одною духовной пищей, однимъ освоеніемъ красоты римскихъ конструкцій и служить лишь источникомъ хотя и весьма возвышеннаго, но вмѣстѣ съ этимъ и весьма отдаленнаго освѣщенія дѣйствительности, по-

строения, подобныя сейчасъ разобранному, могли не вызывать возраженій, хотя бы и возбуждали недоумѣніе.

Но необходимость освѣщать дѣйствительность ближе и подробнѣе, давать построенія юридическія, полнѣе и вѣрнѣе исчерпывающія подлинное содержаніе явленій, становилась съ каждымъ днемъ настойчивѣе. Отступленій частныхъ отъ опредѣлившейся въ источникахъ каноническаго права цѣльной основы конструкціи было недостаточно.

Всего процесса поправокъ, приноровленій и опытовъ новыхъ построеній обозрѣть коротко совсѣмъ нельзя. Не таково свойство средневѣковыхъ конструкцій вообще, юридическихъ въ особенности. И мы остановимся здѣсь на опредѣлившейся въ половинѣ XIV вѣка, совершенно иной, чѣмъ у Иннокентія, гораздо болѣе характерной для времени и быстро завоевавшей себѣ широкое поле примѣненія конструкціи знаменитаго легиста Бартола, который въ свое время не зналъ себѣ равнаго въ рѣшеніи труднѣйшихъ проблемъ юриспруденціи.

На всемъ ученіи объ обществѣ въ эту пору лежалъ характеръ, опредѣлившійся въ св. Писаніи, въ Посланіяхъ Апостольскихъ, въ твореніяхъ Отцовъ Церкви, особенно блаженнаго Августина, *de Civitate Dei*. Исходя изъ этого источника, ученіе о началѣ единства, связующемъ все человѣчество въ одинъ организмъ съ его главою, Христомъ, отъ коего происходитъ все множественное (*omnis multitudo derivatur ab uno*), легло въ основу міровоззрѣнія *Томы Аквинскаго*, выразилось въ идеяхъ Данте о государствѣ и воплотилось въ *imperium mundi* Бартола. Несмотря на своеобразныя сочетанія, въ кои приходитъ эта спиритуалистическая и теологическая основа съ отдѣльными элементами античныхъ построеній, самая идея есть противоположная міровоззрѣнію античному и въ то же время совершенно отвѣтствующая духу среднихъ вѣковъ.

Эта идея высшаго союза людей не могла не отпечатлѣться на построеніяхъ юристовъ въ ихъ ученіи о корпораціи. Могло ли это ученіе оставаться только репродукціей античной постройки, хотя бы съ мастерски подведенной новой основой какъ у Иннокентія? Конечно нѣтъ. Все построеніе, если только оно предназначалось для практическихъ цѣлей, для надобностей жизни въ ея новыхъ условіяхъ, въ этой иной, чѣмъ античная, эволюціонной фазѣ человѣческаго духа, должно быть выведено вновь отъ самаго основанія и до вершины.

Еще ранѣе появленія Бартола, притомъ въ лагерѣ канонистовъ, все тѣмъ же путемъ фикціи, коими оперировалъ Инно-

кентій IV, другой папа, Іоаннъ XXII, въ томъ самомъ пунктѣ ученія, который такъ драматизируетъ его и который послужилъ практической пробой воззрѣній Иннокентія въ ліонскомъ соборѣ, о деликтѣ юридическаго лица, выразилъ идеи, прямо противоположныя идеямъ своего великаго предшественника и притомъ много болѣе соотвѣтственныя духу времени. И такъ, нѣтъ сомнѣнія,—говоритъ Іоаннъ XXII—*quantum ad rei veritatem*, что юридическія лица, *quum animam non habeant, delinquere non possunt nec puniri*. Но, однако, хотя у нихъ и нѣтъ подлинной личности (*licet non habeant veram personam*), *tamen habent personam fictam fictione juris: et sic eadem fictione animam habent et delinquere possunt et puniri*. Вотъ предѣлъ всемогущества канонической фикціи, которая способна изъ бездушнаго существа создать вполне духовную сущность, чтобъ подлинный виновникъ не ускользнулъ отъ взысканія (Гирке, 364). Нѣтъ сомнѣнія, что ничего подобнаго не совершало и не имѣло надобности совершать право римское.

Но это лишь отдѣльные пункты. Довершеннымъ дѣломъ это отторженіе отъ римскихъ основъ и эта полная реконструкція всего ученія въ духѣ новаго времени является лишь у Бартола.

Начать съ того, что въ *понятіе* корпораціи и коллегіи Bartolus и легисты вообще вводятъ массу такихъ формъ средне-вѣковаго союзнаго быта, о которыхъ римская мысль не имѣла никакого представленія. Сюда входятъ всевозможные виды принудительныхъ территоріальныхъ союзовъ, федераціи, общины, автономные союзы, съ одной стороны, союзы семейные, сообщества школьныя и проч., съ другой. Въ этихъ явленіяхъ отнюдь нельзя проводить ясной границы публичнаго и частнаго права, какъ и вообще въ правообразованіяхъ средне-вѣковой эпохи, тѣмъ менѣе искать чистыхъ формъ союзной имущественной правоспособности.

Что же представляютъ собою, въ мысли легиста, такія образованія? Возможно ли въ этихъ, не только не сходныхъ, но не родственныхъ явленіямъ античной жизни формахъ видѣть тоже *противоположеніе отдѣльныхъ лицъ цѣлому*, какъ въ Римѣ (*an universitas sit aliud quam homines universitatis?*)? Бартолъ допускаетъ, что *realiter* цѣлое не отличается отъ частей, но, *secundum fictionem juris*, universitas представляетъ единство, гдѣ всѣ вмѣстѣ, коллективно (*omnes et universi*), противопоставляются всѣмъ и каждому, дистрибутивно (*omnes et singuli*). Вотъ эти схоластическія операціи и расчлененія... Натурально, такія абстракціи оставляли практической юриспруденціи самый широкій

просторъ толкованія отдѣльнаго явленія то въ ту, то въ другую сторону (Гирке, 366, 367).

Способность образованія collegii поставлена у Бартола на несравненно болѣе широкія и независимыя отъ государства основанія, чѣмъ у предшественниковъ и въ античной концепціи (370). Въмѣсто публичной власти единого принцепса или народа римскаго, здѣсь цѣлая лѣствица властныхъ и подвластныхъ общинъ и установленій. Это частью вполне автономныя общины (*universitates superiores non recognoscentes*), частью зависимыя (*u. superiorem recognoscentes*). Въ отношеніи къ сочленамъ корпорація есть не только координированное цѣлое, но и *высшее единство*, съ повелительнымъ, властнымъ отношеніемъ къ сочленамъ.

Въ вопросахъ имущественной правоспособности у Бартола и легистовъ находимъ тотъ же приѣмъ напоминанія латинскихъ текстовъ, однако, вовсе не для того, чтобъ ихъ держаться и послѣдовательно развивать въ дальнѣйшемъ примѣненіи, а наоборотъ, чтобъ выправлять ихъ и формировать въ духѣ новыхъ правоотношеній.

И такъ, нѣтъ сомнѣнія, что собственность юридическаго лица не есть собственность его сочленовъ. Однако, сочлены эти имѣютъ въ той или другой мѣрѣ притязанія къ пользованію чужой вещью. Въ результатѣ—характерное для средневѣковой системы раздвоеніе собственности на *dominium directum* и *utile*, на высшую и низшую собственность, *Ober-* и *Unter-Eigenthum*, т.-е. то начало субординаціи, проникающей средневѣковую цивильную систему, до такой степени противоположное античному принципу координаціи въ этого рода отношеніяхъ... Къ этому надлежитъ присоединить союзное обладаніе, тоже-де обособленное, вещами внѣ-оборотными, предназначенными для публичнаго пользованія (*res publico usui destinatae*), включеніе коихъ въ сферу имуществъ союза такъ мало даетъ для собственно цивильнаго содержанія этой сферы (374).

Нѣтъ сомнѣнія, что и въ обязательственной системѣ легисты исходятъ отъ классической тѣзы: *si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent*.

Но тутъ, вполне соотвѣтственно пользованію членами имуществомъ союза, идетъ разработка отвѣтственности членовъ прямо за долги союза въ самомъ оконченномъ видѣ съ болѣе или менѣе искусно подобранными для этого юридическими основаніями (379).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что во всей этой операціи, насколько она видоизмѣняетъ, вѣрнѣе, преобразовываетъ латинскія доктрины, обнаруживается наличность подъ рукой у юриста еще

неразработанныхъ вовсе въ цивильномъ смыслѣ старыхъ формъ общности обладанія, а вовсе не подлинное противоположеніе гражданской правоспособности союза таковой отдѣльныхъ его членовъ.

Мы переходимъ къ характернѣйшему пункту, къ построению органовъ дѣятельности юридическаго лица и къ вопросу объ ответственности по его дѣйствіямъ. Этотъ пунктъ ученія не даромъ былъ исходнымъ въ конструкціи Иннокентія IV. На немъ испытывается весь смыслъ противоположенія правоспособности союза, особой отъ правоспособности его членовъ, и вся практическая сторона конструкціи въ цѣломъ.

Мы видѣли выше, что уже у Иннокентія *pars major* есть вмѣстѣ *sanior*. Нѣтъ сомнѣнія, что нѣкоторый элементъ повелительный, и стало быть характерный для права публичнаго, а не частнаго, заключается необходимо въ строеніи товарищества, когда оно не есть только договорное отношеніе, а форма единства, поставленная въ извѣстную независимость отъ консенза или диссенза членовъ. Современное право въ этомъ отношеніи не можетъ быть совершенно отличнымъ отъ права Римскаго. Но дѣло въ томъ, насколько въ различныхъ историческихъ условіяхъ этотъ повелительный характеръ, эта „*superioritas*“, опредѣляетъ собою все строеніе коллегіи. Въ такія эпохи, когда преобладающимъ типомъ союзнаго правообладанія являются не свободно образующіеся изъ цивильно правоспособныхъ и равноправныхъ сочленовъ союзы, а союзы невольные, въ составѣ коихъ личность отдѣльнаго человѣка почти поглощена, тогда „*superioritas*“ составляетъ принципъ, вполне опредѣляющій всю внутреннюю жизнь союза, весь его строй. Таковою именно и была союзная личность и строй союзнаго организма въ средніе вѣка.

Въ эту пору отдѣльный человѣкъ ищетъ обыкновенно стать весь въ связь съ союзомъ, въ который онъ входитъ. Это не парціальная, а тотальная принадлежность лица союзу. Если у членовъ обыкновенно есть право выбора постоянныхъ представителей коллегіи, то сама коллегія, т.-е. большинство ея членовъ, и эти избранные ею представители располагаютъ извѣстной автономіей (*jus statuta condendi*), юрисдикціей надъ членами и правомъ исключенія ихъ изъ состава союза.

Это, однако, только внѣшняя сторона конструкціи. Она важна для юриста, но для юриста средневѣковаго она нераздѣльна съ вопросами внутренней природы этого явленія. Мы видѣли выше, что теологическое и спиритуалистское міровоззрѣніе того времени исходило отъ понятія единства, какъ источника множественности,

и этому единству давало доминирующее значеніе въ вопросахъ соціального строя. Согласно завѣтамъ апостольскимъ и отцовъ церкви, руководящіе учителя того времени (Томасъ Аквинскій и друг.) видѣли во всемъ человѣчествѣ, во всѣхъ людяхъ, какъ бы единого человѣка, *omnes homines possunt considerari ut unus homo*, и отдѣльные люди суть лишь *multa membra unius corporis*, и какъ движеніе руки не есть *actus voluntarius voluntate ipsius manus*, *sed voluntate animae*, такъ и для дѣйствія членовъ союза надо искать причину не въ нихъ самихъ, а въ высшей движущей силѣ. Какъ же примѣняютъ учителя-юристы эту основу міровоззрѣнія къ своимъ специфическимъ задачамъ? Операция совершается простымъ приѣмомъ аналогіи и даетъ въ результатѣ единымъ духомъ проникнутый цѣлый союзъ, въ коемъ *anima est tota in toto et in qualibet parte*.

Эта исходная точка совершенно неудобна для тѣхъ расчлененій и противоположеній, которыя завѣщаны были юристамъ классическою мудростью, и если источники классической литературы могли въ первое время подавляющимъ образомъ дѣйствовать на правосознаніе, свойственное времени, то несомнѣнно жизнь скоро должна была взять верхъ надъ чуждыми ей идеалами другого міра.

Мы обращаемся съ вопросомъ о вмѣненіи дѣйствій, дѣйствій преступныхъ въ особенности, къ руководящему легисту, къ Бартолу.

Вотъ его отвѣтъ.

Онъ хочетъ дать толкованіе на *l. 16 § 10 D. de poenis 48, 19*, и это толкованіе о возможности вмѣненія и наказанія юридическому лицу служить впослѣдствіи какъ бы канономъ всего этого ученія (Гирке, 403).

Вотъ результатъ. Фикція личности даетъ для юриста подлинную правду, и стало быть, въ смыслѣ юридическомъ, это лицо есть способное къ деликту.

И такъ, возможны не только дѣйствія вообще, но настоящія преступныя дѣйствія самой корпораціи. Деликты *in amittendo universitas* совершаетъ „*proprie*“. Деликтъ *in committendo*, убійство, насиліе, прелюбодѣяніе, лицо юридическое совершаетъ *improprie*, чрезъ одобреніе, чрезъ приказъ, чрезъ представителя, чрезъ сочленовъ.

Но не въ этой только возможности деликта заключается дѣло. Дѣло въ способѣ совершенія. Чтобы преступное дѣйствіе было дѣйствіемъ корпораціи, надо, чтобы въ немъ былъ признакъ совершенія ею преступнаго акта, обряднымъ образомъ

отъ нея исходящаго акта. Сочлены должны быть *rite* собраны, и дѣло подвергнуто обсужденію, стало быть, то что „*pulsata campana et communicato consilio*“ совершенно большинствомъ корпораціи или ея представителемъ составляетъ дѣйствіе самой корпораціи, и она сама, *universitas ipsa*, несетъ за это отвѣтственность, подвергается наказанію и терпитъ его.

Ученіе Бартола, очевидно, въ принципиальномъ противоположеніи, прямомъ и рѣзко выраженномъ, съ ученіемъ Иннокентія IV.

Любопытно, что эта конструкція знаменитаго легиста произвела настоящій переворотъ въ каноническихъ именно ученіяхъ. Канонисты въ особенности спѣшили съ развернутымъ знаменемъ стать въ ряды послѣдователей Бартола, вопреки формальнаго авторитета противоположнаго ученія и несомнѣнной его классической основы.

Таковъ духъ времени, такова сила правосознанія, и такимъ, отвѣчающимъ духу времени, должно быть ученіе юриста, если оно хочетъ стать живымъ и дѣйственнымъ въ средѣ, для которой назначено!

Но вотъ, затѣмъ, трудность, которую нельзя, повидимому, одолѣть! Какъ же взыскивать съ юридическаго лица, чтò взять съ него, какъ подвергнуть лишеніямъ, заставить страдать?...

Разъ изобрѣтено вмѣненіе юридическому лицу, какъ придумать экзекуцію уже легче сравнительно. Задачѣ этой посвященъ былъ въ свое время не одинъ волюминозный трактатъ. Насъ это интересуетъ здѣсь въ малой степени, такъ какъ все, чего мы ищемъ въ этой фазѣ ученія, — это признака неумѣнья и явно практической ненадобности проводить въ ту пору ясную демаркаціонную линію между сферой правоотношеній двухъ лицъ, когда это два человека, или когда одно изъ этихъ лицъ составляетъ союзъ, *universitas*, а другое есть членъ этого союза.

Бартоль идетъ въ своемъ разсужденіи отъ такихъ посылокъ. Существуютъ несомнѣнно преступленія (противъ вѣры, противъ государства), въ коихъ невиновный сынъ терпитъ наказаніе заодно съ отцомъ. За преступленіе такого же рода имѣютъ быть караемы и лица юридическія, и тѣми же казнями, какъ люди. Такова судьба Трои, Карфагена. Торжествующій повелитель произноситъ надъ ними своего рода смертный приговоръ — это *condemnatio ad aratrum*, коей подверглись названныя общины, или, въ замѣну матеріальнаго разрушенія, онѣ терпятъ смерть гражданскую, къ каковой нѣмецкій кесарь Генрихъ, приговорилъ *civitates Tusciae*, не имѣя, однако, силы привести въ испол-

неніе свое рѣшеніе. Но и за всякаго рода деликты, кромѣ названныхъ, возможно наказаніе союза, напр., чрезъ конфискацію его имущества, а если нельзя иначе, то чрезъ переложеніе взысканія на отдѣльныхъ людей (*singuli*), хотя бы и невиновныхъ, или чрезъ замѣну невыполнимаго наказанія (обезглавленіе) выполнимымъ (денежное взысканіе).

Въ ученіяхъ другихъ легистовъ, отступленіе отъ началъ права римскаго, какъ оно было понято и освоено канонистами, особенно Иннокентіемъ IV, несравненно болѣе грубое и рѣзкое, чѣмъ въ разобранной нами въ главныхъ чертахъ конструкціи Бартола. Они отражали на себѣ еще ближе къ дѣйствительности подлинныя черты грубаго безразличія права публичнаго и частнаго, рѣзкаго вторженія лицъ властныхъ въ сферу обладанія низжестоящихъ, постоянного смѣшенія сознанія своей силы съ сознаніемъ своего права, словомъ, всѣхъ условій средневѣковой общественности, гдѣ правоспособность и личность одного человека отнюдь не есть равная правоспособности другого, если за ней нѣтъ тѣхъ фактическихъ ресурсовъ для осуществленія права, какимъ располагаетъ другая сторона.

Мы не останавливаемся на всѣхъ частностяхъ этихъ ученій и на процессѣ ихъ развитія и примѣненія въ позднѣйшее время въ разныхъ территоріяхъ западнаго міра. Уже въ томъ видѣ, какой мы дали выше ученію Бартола, легко можетъ возникнуть сомнѣніе, существовала ли уже тогда, въ его время, необходимость строго проводить раздѣльность обладанія членовъ союза и самого союза. Нужно ли это было на этихъ невысокихъ ступеняхъ культуры права, въ той мѣрѣ какъ это было несомнѣнно необходимо въ классическомъ мірѣ? Если эта необходимость сказала въ конструкціяхъ легистовъ, то не для того ли, скорѣе, чтобъ свести счеты съ привычками школы, латинской по преданію, чѣмъ по внутренней сущности явленій, которыя разбирались и построялись юристами. Быть можетъ, въ самой Италіи, а тѣмъ менѣе въ Германіи, долго бы не пришли къ необходимости противопоставлять *jura singulorum* и *jura universitatis*, еслибы не находили этихъ противоположеній въ латинскихъ текстахъ. Зачѣмъ это нужно, когда въ жизни еще столь несомнѣнные слѣды безразличія общаго и особаго, своего и союзнаго, публичнаго и приватнаго?

О. Гирке, съ любовью останавливаясь на этого рода явленіяхъ, даетъ намъ обильные матеріалы юридической литературы и законодательныхъ памятниковъ, въ коихъ болѣе или менѣе ясно выражена эта черта не-римскаго, германскаго будто бы,

правосознанія. Эти подробности имѣють большой локальный интересъ. Но для цѣлой картины развитія коллективной правоспособности въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній противоположеніе ученій Иннокентія и Бартола даетъ достаточное освѣщеніе. При этомъ, въ конструкціи Бартола совершенно ошибочно отмѣчать первые будто проблески германскаго правосознанія, противолѣжащаго римскому, какъ это дѣлаетъ Гирке. Въ ученіи Бартола нѣтъ ничего нѣмецкому національному правосознанію въ особенности свойственнаго. Въ отдаленномъ смыслѣ основы этого правосознанія, насколько онѣ не римскія — классическія, суть исповѣдныя, общія для христіанскаго міра и для времени господства теологическаго и спиритуалистскаго міровоззрѣнія. Въ ближайшемъ смыслѣ основы эти суть историческія, свойственныя извѣстному состоянію культуры права, и въ этомъ смыслѣ тоже общія, а не особыя, самобытныя, національныя, нѣмецкія. Мы ихъ поэтому и находимъ лучше и оконченнѣе выраженными именно у Бартола, а не въ позднѣйшихъ нѣмецкихъ трактатахъ и законныхъ книгахъ, которые ничего самобытнаго тутъ не создали.

Нѣтъ сомнѣнія, что религіозное средневѣковое міровоззрѣніе стало со временемъ утрачивать свое опредѣляющее значеніе для права. Процессъ этотъ виденъ въ развитіи философскихъ системъ новаго времени. По мѣрѣ измѣненія жизненныхъ отношеній, падали одна за другой старыя могущественныя союзныя формы быта, подавлявшія личность. Освобождая человѣка изъ этихъ старинныхъ тяжелыхъ формъ безысходнаго подчиненія, новое государство содѣйствуетъ образованію общихъ нормъ права, общихъ органовъ огражденія и укрѣпленія правъ, и вмѣстѣ съ этимъ постепенно раскрываетъ все болѣе широкую сферу примѣненія чистыхъ римскихъ началъ права частнаго и свободныхъ договорныхъ формъ образованія коллективныхъ правообладателей въ новыхъ условіяхъ быта.

§ 15.

Группировка современныхъ ученій о юридическомъ лицѣ.—Опыты *замъны* латинской *universitas* такъ назыв. корпораціей германскаго типа.—Связь съ общимъ планомъ обезразличенія публичнаго и частнаго права.—Безелеръ.—Безразличіе эпохъ происхожденія союзовъ въ конструкціи Гирке.—Совпаденіе съ ученіемъ Бартола.

Мы остановились сравнительно долѣе на развитіи ученія о юридическомъ лицѣ, особенно о корпораціи, въ средніе вѣка, въ виду того, что внимательное изученіе тогдашнихъ теорій не только

объясняетъ происхожденіе нынѣшнихъ ученій, но даже въ известной степени замѣняетъ ихъ изученіе.

Внимательный пересмотръ главнѣйшихъ попытокъ конструировать правоспособность и дѣеспособность юридическаго лица въ новое время приводитъ насъ къ заключенію, что все обиліе этихъ попытокъ можетъ быть сведено къ двумъ группамъ ученій. Одну, по господствующей въ ней основѣ построенія, слѣдуетъ назвать группой *ученій романистовъ*, ибо въ этой группѣ болѣе или менѣе близко къ подлиннику воспроизводятся элементы конструкціи собственно классической. Еслибы не метода *фикцій*, указанная нами выше, которую внесъ въ конструкцію папа Иннокентій IV, то весь рядъ теорій юридическаго лица, который мы теперь находимъ въ нѣмецкихъ учебникахъ, можно было бы прямо называть *римскимъ, классическимъ*, неизмѣнно примѣняемымъ къ условіямъ нашего времени. Метода фикцій, имѣвшая, какъ было видно выше, нѣкоторое оправданіе для своего времени, для XIII вѣка, составляетъ нынѣ, въ школѣ Савиньи, и всей его пестрой свиты, несомнѣнный анахронизмъ. Въ виду этого совершенно понятенъ въ кругу романистовъ поворотъ отъ этого метода фикцій къ реальнымъ основамъ конструкціи. Въ наше время, *въ современныхъ бытовыхъ условіяхъ*, нѣтъ никакой нужды въ вымыслахъ, когда сама дѣйствительность даетъ намъ совершенно несомнѣнныя явленія *особой гражданской правоспособности для мнѣ коллективныхъ*, какъ и для отдѣльныхъ живыхъ людей.

Такимъ образомъ, чтобы представить себѣ, какъ слѣдуетъ строить нынѣ правоспособность коллективныхъ единицъ въ гражданскомъ правѣ повсюду, гдѣ она выдѣлилась какъ обособленная сфера правоотношеній, надлежитъ сколько возможно, приближаться къ простымъ и вразумительнымъ основамъ римской конструкціи. Это наше мнѣніе, которое въ основѣ близко къ господствующимъ взглядамъ не только у нѣмцевъ, но и у французовъ, у бельгійскихъ ученыхъ, въ Швейцаріи, нынѣ въ новомъ, испанскомъ гражданскомъ кодексѣ *). Мы будемъ имѣть случай

*) Французы издають нынѣ на французскомъ языкѣ Collections de codes étrangers, изъ коей у насъ подъ руками теперь выполненный почтеннымъ юристомъ А. Levé, переводъ Code civil espagnol promulgué le 24 juillet 1889. Сходный въ своихъ основахъ съ французскимъ этотъ кодексъ заключаетъ въ себѣ, въ разсматриваемомъ ученіи, важное отступленіе отъ своего прототипа, на коемъ настаивалъ покойный бельгійскій профессоръ Laurent. Въ титулѣ 2-мъ De la naissance et de l'extinction de la personnalité civile 1-й книги Des personnes мы имѣемъ два chapitres, 1-ый des personnes, 2-ой des personnes juridiques, гдѣ различены les corporations, associations d'intérêt particulier, civiles, commerciales, industrielles. Законъ опредѣляетъ способы ихъ возникновенія, ихъ право и дѣеспособность, прекращеніе и послѣдующую судьбу ихъ имуществъ. Все это въ самомъ общемъ смыслѣ (art. 35—40; въ нѣмецк. проектѣ

остановиться на нѣкоторыхъ важныхъ подробностяхъ примѣненія римскихъ конструкцій въ теперешнихъ системахъ въ заключеніе.

Это одна сторона дѣла.

Другую группу писателей, обрабатывающихъ нынѣ ученіе о юридическомъ лицѣ, составляютъ *германисты*. Мы имѣли случай выше, во введеніи, характеризовать въ общемъ это направленіе современной нѣмецкой юриспруденціи. Цѣль движенія составляетъ въ этой группѣ не только устраненіе римскаго права вообще (*Ausstossungsprocess*), но и созданіе, *въ замѣну* его, самостоятельныхъ, *національных* конструкцій. Во введеніи мы могли отмѣтить только общія черты этого нѣмецкаго творчества, которыя заключаются въ нѣкоторомъ обезразличеніи сферъ права публичнаго и приватнаго, такъ строго различающихся въ римской системѣ, и въ разработкѣ своихъ, нѣмецкому духу свойственныхъ, институтовъ замѣнъ институтамъ римскаго происхожденія, мало-де говорящихъ нѣмецкому воображенію. Это были только общіе планы. Въ разсматриваемомъ ученіи мы видимъ ближайшее примѣненіе общихъ приѣмовъ этой школы.

Можно безъ большой погрѣшности утверждать, что первенствующая роль въ нашемъ вѣкѣ въ такой постановкѣ задачи изученія въ особенности коллективныхъ формъ принадлежитъ профессору Beseler'у въ извѣстномъ его сочиненіи *Volksrecht und Juristenrecht* (1843 г.). Мы говоримъ о юридической сторонѣ вопроса. Въ VI гл. названнаго сочиненія Безелеръ ищетъ ввести въ систему юридическихъ понятій чисто германское понятіе *Genossenschaft*, котораго, думаетъ онъ, никакъ нельзя подчинить латинскимъ построеніямъ. Въ понятія общности въ сферѣ брачнаго права римляне знаютъ лишь двѣ рѣзко одна другой противостоящія формы, сообщества (*communio*), возникающаго изъ договора товарищества (*societas*), и союза лицъ, воплощеннаго въ строеніи римской *universitas* (стр. 163). Совсѣмъ-де иначе все это по германскому праву, въ которомъ уже въ понятіи общины (*Gemeinde*) мы находимъ модификаціи строгаго римскаго понятія юридическаго лица, ибо и тутъ уже у сообщенниковъ (члены об-

88 г. больше 20-ти параграфовъ. 41—64). Французскій переводчикъ, не безъ признанія нѣкотораго пробѣла въ своемъ Code, замѣчаетъ, что если все это не выражено у нихъ *expressement*, то заключается *implicitelement* въ art. 537 до 542, 619, 910, 937, 1712, 2045, 2121, 2227, а также въ массѣ специальныхъ законовъ для публичныхъ и частныхъ корпорацій и установленій. Это, однако, не одно и то же, и общія положенія, которыя выражены въ art. 537—542 совсѣмъ не замѣняютъ указанныхъ общихъ положеній новаго испанскаго кодекса. *Chapirte Code'a*, заключающій въ себѣ art. 537—542, послужилъ, къ сожалѣнію, прототипомъ для гл. 2-й, кн. 2-й, т. X, ч. I (ср. выше).

щины) встрѣчаются отдѣльныя права на извѣстныя общинныя имущества, для коихъ, думаетъ Безелеръ, въ римскомъ правѣ нѣтъ соотвѣтственныхъ понятій. Еще болѣе такихъ отклоненій даютъ нѣмецкія сотоварищества, технически *Genossenschaften*, въ коихъ органически сплетаются права отдѣльныхъ сочленовъ съ правомъ самого товарищества, и по отношенію къ имуществу возникаетъ своеобразнѣйшее сочетаніе обѣихъ римскихъ формъ, т.-е. *universitas*, съ одной, и *communio*, съ другой стороны (указан. сочин., стр. 164). Такія явленія отличной отъ римскихъ понятій конструкціи юридическихъ отношеній Безелеръ указываетъ намъ: 1) въ союзахъ политическихъ (нѣмецкій *Bund* того времени, таможенный союзъ, владѣтельные дома, корпораціи разнаго рода, университеты, цехи, гильдіи); 2) въ остаткахъ старыхъ землевладѣльческихъ союзовъ, мѣстныхъ (марка, плотинный союзъ, товарищества для орошенія и друг. подобныя); 3) въ союзахъ церковныхъ; 4) въ разныхъ видахъ промысловыхъ и торговыхъ (горнопромышленный, страховой, акціонерныя и инныя торговыя товарищества) союзовъ; 5) въ обществахъ для религіозныхъ, научныхъ, художественныхъ цѣлей; 6) въ различныхъ формахъ общности семейной, въ союзахъ фамильныхъ знатнаго дворянства и въ нѣкоторыхъ семейно-союзныхъ установленіяхъ (особенно въ семейныхъ фидеикомиссахъ) для низшаго дворянства, а также въ общности имущественной супруговъ.

Вотъ главнѣйшіе виды этихъ союзовъ (*Genossenschaften*, всѣхъ перечислять здѣсь нѣтъ нужды), которые образуютъ совершенно особыя, по мнѣнію Безелера, *чисто германскія* формы коллективнаго обладанія, гдѣ сплетаются два строго-различавшіеся у римлянъ типа правоотношеній, типъ общности, обладанія товарищескаго (*communio*), безъ обособленной отъ товарищей союзной личности, и типъ именно обособленного отъ сочленовъ имущественнаго обладанія лица юридического, личности союзной (*universitas*).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что въ кругъ этихъ явленій, отмѣченныхъ Безелеромъ, 1) включены союзы съ характеромъ чисто публичнымъ (*Bund*, союзъ таможенный), которыхъ сопоставленіе съ гражданской правоспособностью коллективныхъ единицъ, о чемъ собственно и трактуетъ римская цивильная система, едва ли полезно. Съ другой стороны, 2) въ одномъ понятіи *Genossenschaft* у Безелера сопоставлены такія явленія, которыя имѣютъ крайне мало общаго не только по ихъ типу (публично или частно-правовому), но и по эпохамъ, къ коимъ они принадлежатъ.

И такъ, для уясненія роли и строенія въ смыслѣ цивиль-

номъ трудно извлечь что-либо дѣйствительно содержательное изъ сопоставленія, напр., привилегированныхъ формъ обладанія для лицъ высшаго дворянскаго состоянія и акціонерной компаніи. Въ одномъ будутъ черты болѣе или менѣе отдаленнаго прошлаго, безразличія приватнаго и публичнаго права, нормы ленной системы; въ другомъ—черты новаго времени, обособленіе права частнаго и публичнаго, нормы права торговаго или чисто-гражданскаго. Чтобы сопоставлять съ какимъ-либо практическимъ результатомъ такія несходныя явленія, надо найти для нихъ, такъ сказать, общаго знаменателя, свести старыя дворянскія привилегіи къ бумажнымъ цѣнностямъ, приватизировать ихъ, неоцѣниваемое сдѣлать оцѣночнымъ, властныя права выкупить. Тогда только возможно будетъ видѣть результатъ сравненія; иначе нѣтъ. Но вѣдь это значитъ уничтожить ихъ!...

Исходя отъ такого пестраго конгломерата не-римскихъ формъ, легко было стать въ противорѣчіе съ *римскими цивилистическими* конструкціями, но не легко было образовать свою, которая носила бы такой же характеръ опредѣленности, единства и оконченности и общности, какъ римская идея и форма коллективной гражданской личности или правоспособности.

Послѣ Безелера никто не сдѣлалъ для изученія этихъ явленій и ихъ юридической переработки столько, сколько сдѣлалъ профессоръ Оттонъ Гирке. На немъ намъ и слѣдуетъ остановиться.

Гирке беретъ явленія, какъ они даны въ исторіи. Если есть въ эволюціонной смѣнѣ нѣмецкихъ формъ такое-то явленіе—оно есть нѣмецкое. Быть можетъ, оно было и въ исторіи римской общественности?—это его не смущаетъ. Быть можетъ, оно есть и въ исторіи другихъ народностей? Тогда его, можетъ быть, слѣдовало бы назвать *явленіемъ свойственнымъ известной фазѣ въ исторіи общественнаго развитія вообще?* Гирке и на этомъ не останавливается. Для него важно противоположеніе римскаго права, хотя бы въ его окончательно опредѣлившейся позднѣйшей фазѣ, съ одной стороны, и явленій права германскаго *въ любую эпоху* развитія, съ другой. Онъ хочетъ, такимъ образомъ, имѣть противоположеніе своего, нѣмецкаго, чужому, римскому, хотя бы никакому сомнѣнію не подлежало, что *чужое, отдаленное, римское, способно въ известную пору стать своимъ, близкимъ*, если сходятся условія развитія, а свое можетъ стать отдаленнымъ, чужимъ, если не народному духу, то эпохѣ, условіямъ даннаго времени.

Гирке беретъ эту мощную идею національной *цѣльности*,

единства и исключительности, какъ готовую, какъ данную, не изслѣдуетъ, не провѣряетъ отношенія этой идеи къ дѣйствительности въ разныя эпохи національной жизни. У него нѣтъ процесса, который указываетъ какъ нормальный для исторіи національнаго сознанія Пухта, у коего сперва идетъ обособленіе, затѣмъ наступаетъ пора общности въ сознаніи разныхъ обществъ. По Гирке, то, что есть наше, есть *только наше и навсегда наше*, а что есть чужое, навсегда должно остаться таковымъ. Это новая фаза партикуляризма, который у нѣмцевъ за племеннымъ, сословнымъ, земскимъ, городскимъ, сталъ теперь національнымъ, но не пересталъ быть партикуляризмомъ. Когда рѣчь идетъ о явленіяхъ въ исторіи, мы натурально не можемъ стать на чью-бы то ни было точку зрѣнія, ибо явленія говорятъ сами за себя, безъ комментаріевъ. И такъ, мы видимъ что въ исторіи Германіи смѣняются тѣ же явленія общественности, какъ и въ исторіи другихъ культурныхъ народовъ; мы видимъ смѣну исключительности общеніемъ, смѣну общенія въ кругахъ болѣе тѣсныхъ общеніемъ въ кругахъ болѣе широкихъ, общенія сперва своихъ только, потомъ своихъ и чужихъ. Мы видимъ, наконецъ, что не только явленія общественности измѣняются въ этомъ направленіи отъ болѣе тѣсныхъ къ болѣе широкимъ кругамъ; мы видимъ, что ни единый народъ ни въ прошломъ, ни въ современномъ состояніи не являлъ такого полного и тяжелаго подчиненія *чужой системѣ юридическихъ понятій*, какъ нѣмцы...

Мы выше видѣли, какія обширныя историческія штудіи предшествовали у этого писателя созданію *своей* теоріи. Въ отношеніи учености, такъ сказать, грузоподъемной силы, онъ является настоящимъ Атлантомъ. Что же даетъ этотъ Атлантъ, когда онъ думаетъ своимъ, *нѣмецкимъ юридическимъ творчествомъ вытѣснить и замѣнить построенія, сложившіяся не въ нѣмецкомъ сознаніи?*

Пятьдесятъ лѣтъ назадъ, когда писалъ Безелеръ, вопросы исторіи рецепціи, а въ особенности способы примѣненія римскихъ понятій къ разбору и построенію явленій новой общественности, какіе мы видѣли выше у итальянскихъ юристовъ, далеко еще не привлекали къ себѣ столько вниманія въ Германіи, какъ въ настоящее время. Послѣ счастливаго почина въ изученіи исторіи рецепціи классической работой Ф. К. Ф. Савиньи: „Объ исторіи римскаго права въ средніе вѣка“, цѣлый рядъ специальныхъ сочиненій въ этой области дѣлаетъ возможнымъ прослѣдить самыя разнообразныя приемы примѣненія римскихъ принциповъ къ явленіямъ новаго времени. Ученіе о лицѣ юридическомъ въ особен-

ности крайне обильно попытками приноровить это понятіе и разныя черты его построенія къ любымъ эпохамъ праворазвитія и къ самымъ разнообразнымъ условіямъ общественности. Едва-ли кто лучше Оттона Гирке успѣлъ ознакомиться со всѣмъ разнообразіемъ приемовъ этихъ построеній. Такимъ образомъ, въ настоящее время гораздо легче, чѣмъ 50 лѣтъ назадъ, возможно, безъ большихъ ресурсовъ личнаго творчества, создать такое ученіе, которое не только ближе подойдетъ къ характеру явленій, незнакомыхъ классикамъ, но и будетъ имѣть за себя нѣкоторый искусъ практическаго примѣненія къ жизни. Если такое ученіе или такая конструкція будетъ болѣе или менѣе точнымъ снимкомъ съ ученія, положимъ, Бартола, то его нельзя будетъ назвать чисто римскимъ, и если все противоположеніе, которое мы допускаемъ въ этихъ вопросахъ, колеблется между римскимъ и германскимъ, то и ученіе Бартола возможно, конечно, не безъ нѣкоторой узурпаціи, назвать германскимъ. Собственно въ немъ ни по основамъ конструкціи, ни въ подробностяхъ не будетъ ничего національнаго. Это будетъ ученіе именно вселенскаго характера, приноровленное особенно къ условіямъ слабаго развитія государственной власти, автономнаго строенія различныхъ общественныхъ союзовъ (церкви, общины, сословія), нерасчлененности права публичнаго и частнаго, зависимаго и поглощеннаго союзомъ положенія личности человѣка. Точнымъ образомъ его надлежитъ называть по этимъ признакамъ средневѣковой догмой по преимуществу. Основоположенія этой конструкціи внѣ всякаго сомнѣнія могли бы найти примѣненіе въ любой, не германской только, но и романской и славянской области, гдѣ есть налицо указанные признаки религіознаго сознанія и общественной организаціи. Они близко соотвѣтствуютъ указанному нами выше преобладанію союзныхъ формъ и въ прошлыхъ судьбахъ русскаго общества, а если бы у насъ была въ ту пору связь съ наукой и школой, то нѣтъ сомнѣнія, что только такая или такого типа конструкція способна была бы фиксировать юридически свойства явленій тогдашней нашей общественности.

Гирке въ своей теоріи принимаетъ за отправную точку построенія ту же идею единства (*omnis multitudo derivatur ab uno*, см. выше, стр. 381), какую мы только что видѣли въ средневѣковыхъ ученіяхъ объ обществѣ, но начало единства въ его догмѣ не есть идеальное и всеобщее, какъ на подлинной почвѣ этого ученія, а обособленное и локализованное, такъ сказать, въ нѣмецкомъ національномъ сознаніи, на коемъ и зиждутся со-

юзныя формы нѣмецкаго склада, непохожія на римскія корпораціи.

При этомъ, однако, вмѣсто того обезразличенія римскихъ понятій, помощью котораго Безелеръ старался опредѣлить особый характеръ этихъ конструкцій, Гирке устанавливаетъ въ самой основѣ своей теоріи различіе формъ простой общности, разныхъ видовъ *Gemeinderschaft*'а или обладанія *zur gesamten Hand* (глава 3-я), отъ настоящей *Genossenschaft*.

Ясно, что у Гирке, иначе чѣмъ у Безелера, *Genossenschaft* будетъ составлять не простое безразличіе между *communio* и *universitas*, а нѣчто иное, новое. Но что - же именно это за форма?

По опредѣленію Гирке это будетъ корпорація, но *корпорація германскаго права*. Натурально, этихъ двухъ признаковъ, а) это не простая общность и б) это не римская, а германская корпорація, далеко недостаточно, чтобъ положительнымъ образомъ опредѣлить юридическую природу этого явленія. Чтобы опредѣлить это явленіе во всѣхъ чертахъ и дать оконченную конструкцію ему, Гирке и написалъ свою теорію, которой и посвящены четыре главы его книги: 1-я, 2-я, 4-я и 5-я. Исключена, стало быть, только 3-я глава, посвященная тѣмъ формамъ германской общности, которыя не суть корпораціи.

Первое и насущное условіе союзовъ, которые относятся къ типу *Genossenschaft* или корпораціи германскаго права, заключается въ томъ, чтобъ *граница права публичнаго и частнаго была переведена на новое мѣсто*, а вмѣстѣ съ тѣмъ образовалась бы особая сфера для такъ называемаго соціальнаго права. Не все право, какое бы оно ни было, публичное или приватное, будетъ составлять явленіе соціальное, а возникаетъ особая сфера именно соціальнаго права. Изъ этой области къ праву государственному, которое такимъ образомъ не сходится уже съ публичнымъ, будетъ относиться лишь то, что важно для общества съ точки зрѣнія государства. Съ другой стороны, права соціальныя входятъ, въ составъ корпораціи, въ сочетаніе съ правами индивидуальными. Такимъ образомъ, государство опредѣляетъ въ сферѣ правъ отдѣльныхъ корпорацій такія права, которыя суть публичныя, и такія, которыя суть индивидуальныя, разрѣшая, стало быть, эту сферу правъ на права соціальныя и чисто индивидуальныя.

§ 16.

Анализъ отдѣльныхъ моментовъ строенія юридическаго лица. — I. *Возникновение корпорации.*

Что же получимъ мы для разъясненія вопроса о юридическомъ строеніи и особой сущности корпорации германскаго типа? Ученіе это разрабатывается по 4-мъ моментамъ: 1) возникновение этого вида союзовъ (гл. I), 2) юридическія отношенія корпораций (гл. II), 3) корпоративная воля и дѣянія (гл. IV; гл. III указываетъ разные виды общности, гдѣ нѣтъ корпорации), 4) измѣненія и прекращеніе корпораций (гл. V). Мы рассмотримъ все ученіе въ его главнѣйшихъ и наиболѣе выпуклыхъ чертахъ, по этимъ моментамъ.

I. Возникновение корпорации такъ назыв. германскаго типа. Если въ подлинномъ германскомъ юридическомъ сознаніи, по ученію германистовъ, не должно проходить грубаго расчлененія всего права на публичное и приватное, то ученіе о союзныхъ формахъ германскаго типа имѣетъ включить не одно только явленіе корпораций съ ихъ приватной стороны, но и корпорации публичныя по ихъ существу и по возможности во всемъ ихъ разнообразіи. Кругъ формъ, подлежащихъ изученію, сходится у Гирке съ показанными выше (стр. 402) формами по Беселеру.

Есть рядъ писателей, которые думаютъ иначе чѣмъ Гирке и вовсе не ставятъ задачей изученія юридическаго лица это сопоставленіе явленій самаго различнаго свойства по ихъ происхожденію и сущности, хотя бы и имѣющихъ извѣстныя точки соприкосновенія одно съ другимъ. Но это тѣ писатели, которые ищутъ изученія даннаго юридическаго быта, а не преобразования ошибочныхъ представленій современнаго законодательства, нынѣшнихъ судовъ, юриспруденціи римской школы, на основаніи болѣе глубокаго будто бы изученія основъ права, что берется совершить Гирке. Вычеркнуть у Гирке эту широкую постановку задачи — значитъ преобразовать всю его работу, и хотя въ этомъ видѣ работа даетъ массу неясностей въ смыслѣ практическомъ, но именно въ этомъ ея характеръ, въ этомъ свойствѣ задачи — измѣнить всѣ основы существующихъ воззрѣній, на мѣсто господствующей лжи дать торжество истинѣ, раскрытой настоящимъ ея истолкователемъ. Вездѣ у этого писателя изслѣдованіе переходитъ въ прорицаніе, задачи практическія въ гадательныя, и тутъ, по нашему разумѣнію, вся суть работы.

И такъ, какъ же возникаетъ корпорація? Въ отвѣтъ читатель прежде всего долженъ предполагать и онъ не ошибется, что корпорація нѣмецкая должна возникать какъ бы то ни было, но непременно иначе, чѣмъ у Римлянъ. Въ чемъ же признакъ этого отличія? Тутъ собственно авторъ заранее выдаетъ намъ весь секретъ своей конструкціи. Все дѣло въ томъ, что корпорація сама, по этому ученію, есть такое же *волеспособное существо, какъ и отдѣльно взятый человѣкъ*. Эта волеспособность корпораціи не составляетъ для насъ совершенной новости, ибо мы видѣли нѣчто подобное въ указанномъ выше ученіи легистовъ. Разница въ томъ только, что у легистовъ эта основа юридической конструкціи покоилась, въ свою очередь, на общемъ міровоззрѣніи того времени (см. выше, стр. 392). Отсюда, отъ этихъ отправныхъ точекъ построенія, общество, у легистовъ, цѣлое, должно было являться какъ единая и управляемая единою волей множественность. У Гирке, *безъ этой основы*, цѣлое, само, образующееся, какъ это будетъ показано ниже, совсѣмъ особымъ способомъ, представляетъ собою, однако, все такую же *особую и единую волевою сущность*, какъ и отдѣльный человѣкъ. А отъ этого *даннаго* (произвольно, собственно, взятаго для этого тѣснѣйшаго примѣненія), свойственнаго будто нѣмецкой и несвойственнаго римской корпораціи, получается отвѣтъ на вопросъ, какъ возникаетъ корпорація германскаго типа. Отвѣтъ этотъ заключается въ томъ, что эта коллективная личность не требуетъ для своего возникновенія акта *креаціи со стороны государства*, какъ это будто было необходимо для римской *universitas*, а возникаетъ силой правосознанія, непосредственно, какъ и самъ человѣкъ *).

Насколько все это мнѣніе представляетъ собою сплетеніе явныхъ недоразумѣній и односторонностей, легко заключить 1) изъ того, что ничего подобнаго указанному требованію особаго акта креаціи нельзя допустить для права римскаго въ любыя эпохи его развитія и для любыхъ формъ союзнаго обладанія какъ общую характерную для римскаго сознанія особенность, 2) что признаки полицейскаго контроля въ позднюю пору римской исторіи права, какъ условія образованія *нѣкоторыхъ видовъ корпорацій* (только корпорацій, не установленій,

*) Различіе между особымъ актомъ законодательной власти, который давалъ жизнь корпораціи (*jus constituendi*) и простымъ актомъ управленія, по которому разрѣшалось открытіе таковой по неимѣнію препятствій со стороны полиціи (*jus confirmandi*), есть очень существенное, особенно въ государствѣ конституціонномъ, а между тѣмъ, это различіе не всегда точно приводилось старыми юристами.

riae causae, которыя въ эпоху христіанскихъ императоровъ возникали свободно), совсѣмъ не имѣютъ того смысла, который имѣлъ бы актъ персонификаціи со стороны государства, 3) что для современнаго нѣмецкаго права характерно требованіе почти во всѣхъ ландрехтахъ разрѣшенія или одобренія со стороны начальства для образованія правоспособной корпораціи и установленія *).

Что требованія полицейскаго разрѣшенія не были реципированы вмѣстѣ съ юстіановскими текстами въ общемъ правѣ въ Германіи, — это характерно для эпохи рецепціи, а не для національнаго нѣмецкаго правосознанія.

Идеи выраженный въ этомъ 1-мъ пунктѣ ученія Гирке суть внѣ сомнѣнія предвзятые, ничѣмъ не поддержанныя и составляющія скорѣе всего произвольную и не много переработанную репродукцію итальянскихъ доктринъ позднѣйшей эпохи (см. выше), когда, при слабости государственной власти, нѣтъ сомнѣнія, корпораціи легко возникали *per se* и составляли не только союзы не признававшіе надъ собой высшей власти (*superioritatem non recognoscentes*), но нерѣдко оспаривавшіе самую власть у государства.

Но развѣ эта или подобная черта характеризуетъ современ-

*) См. для подтвержденія этихъ пунктовъ и для ближайшаго изученія вопроса у любого изъ нѣмек. пандектистовъ ученіе о возникновеніи юридич. лица. Полезно взять § 63 въ Пандектахъ Дернбурга. Гирке не только утверждаетъ приведенное въ текстѣ для характеристики особенностей возникновенія корпораціи въ Германіи, но еще оспариваетъ чисто фактическую сторону дѣла, противъ Рота особенно (стр. 34 пр. 4). Послѣдній, въ св. *System d. deutsch. R. rechts*, 1, § 70 и слѣд., § 72, § 73 пр. 16, утверждаетъ, что права корпораціи возникаютъ именно черезъ предоставленіе (*Verleihung*) таковыхъ со стороны государственной власти. Пруссій Ландрехтъ, конечно, не менѣе, а болѣе иныхъ ландрехтовъ, характерный для подлинно-нѣмецкаго правосознанія, опредѣляетъ: *die Korporationen und Gemeinden kommen nur solchen vom Staate genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauernden gemeinnuetzigen Zwecke verbunden haben* (*Allg. Landr. II, tit. 6, § 25*). Совершенно основательно прибавляетъ Dernburg: *Gleiches gilt fast in sämtlichen deutschen Landen* (*Lehrb. des Preusz. Priv. rechts*, 1, § 50, пр.). Что могутъ для общей характеристики явленія дать такія строго-опредѣленные положенія, какъ приводимый Гирке законъ 15-го іюня 68 г., по силѣ коего права юридическаго лица пріобрѣтаются всѣми союзами лицъ, преслѣдующими частныя, а не публичныя цѣли, чрезъ простой актъ занесенія въ реестры такихъ союзовъ, при условіи, что *статутъ соответствуетъ легальнымъ нормамъ*, заранее указаннымъ для этихъ случаевъ? Неужели это измѣняетъ дѣло? При этомъ еще надлежитъ замѣтить, что законъ 68 года объявляетъ именно, что въ этой формѣ, т.-е. въ формѣ занесенія въ реестры, и совершается собственно *признаніе союза со стороны государства*, коего требуетъ общій законъ, (см. *Bürg. Gesetz. f. d. Königr. Sachsen*, § 52—*Das Recht d. Persönlichkeit steht... den Personenvereinen, Anstalten, Vermögensmassen, welche von Staate als juristische Personen anerkannt sind*). Нужна большая предвзятость, чтобъ въ этихъ свидѣтельствахъ видѣть подтвержденіе выраженной выше мысли объ особомъ отъ римскаго способѣ возникновенія нѣмецкой корпораціи.

ное нѣмецкое правосознаніе, а не извѣстную эпоху въ исторіи развитія европейскихъ обществъ, каково бы ни было, по національнымъ признакамъ, ихъ правосознаніе?

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что нынѣшнее нѣмецкое государство много льготнѣе ставитъ условія новообразованія союзовъ граждански-правоспособныхъ, чѣмъ это было до 48 года; въ послѣдніе годы имперской компетенціи этихъ вопросовъ особенно льготно. Но это далеко еще не указываетъ на необходимость классикамъ немножко приподняться до высоты нынѣшняго нѣмецкаго правосознанія, чтобъ увидать настоящіе размѣры гражданской свободы и личной автономіи въ этой области задачъ свободнаго образованія корпорацій, какъ это полагаетъ, повидимому, Гирке.

Мы рассмотримъ засимъ, какіе способы указываетъ новый нѣмецкій кодексъ для образованія обособленной гражданской правоспособности, юридической личности, союзовъ. Это тѣмъ болѣе умѣстно здѣсь, что мы одновременно повѣримъ соотвѣтствіе ученій Гирке дѣйствительному состоянію нѣмецкаго права и вмѣстѣ съ этимъ узнаемъ и *общую методу дѣйствія* современныхъ законодательствъ въ данномъ вопросѣ, такъ какъ новый германскій кодексъ въ общемъ не представляетъ собою ничего рѣзко отклоняющагося отъ порядка принятаго и въ другихъ государствахъ Европы.

Вообще возможенъ троякій способъ возникновенія гражданскихъ правоспособныхъ союзовъ (частью и установленій).

1. Это, во-первыхъ, тотъ, который Гирке (за нимъ Регельсбергеръ) виндицируетъ въ пользу своего, національнаго права, *именно свободное образованіе союзовъ*, которые становятся личными, цивильно-правоспособными, *силой простого акта коллективной воли* лицъ, образующихъ союзъ *). Это и есть то, что слѣдуетъ назвать свободнымъ, автономнымъ, самочиннымъ спо-

*) Эту идею самозданнаго союза Регельсбергеръ выражаетъ красивымъ образнымъ языкомъ въ св. Пандектахъ: *Gesamtwille* союза возникаетъ изъ *Einzelwillen* wie aus vielen *Rinnsalen* der *Strom* (291); *vereinigt bringen sie* (Mitglieder) *Willensäusserungen* u. *Wirkungen hervor* u. dafür bilden die *Individualwillen* der an *Webstuhl* der *Organisation* sitzenden *Menschen* nur *Elemente* (293). Какъ возможно это утверждать, когда нѣмецкіе и общіе и партикулярные законы явно этому противурѣчаютъ? Это можно объяснить себѣ или крайнимъ возбужденіемъ патріотическаго чувства, ослѣпляющаго изслѣдователя особымъ *Sehnsucht'*омъ къ родному праву и такимъ же нерасположеніемъ къ латинскому. Или, быть можетъ, эти нѣмецкіе писатели трактуютъ здѣсь о такомъ нѣмецкомъ національномъ духѣ въ образованіи самозданныхъ союзовъ, который обнаруживается не на имперской территоріи, а въ чужихъ краяхъ, въ другихъ частяхъ свѣта. Тогда почему-же знать, не возникаетъ ли такой-же союзный духъ и у другихъ націй на чужихъ территоріяхъ? Для *союзовъ колоніальныхъ* имперскій законъ слѣдуетъ именно концессіонной системѣ.

собою возникновенія гражданской личности союза, въ данномъ случаѣ, по мыслямъ названныхъ писателей, *корпорации нѣмецкаго типа по общему гражданскому праву*. Въ этомъ и состоитъ предположенное названными писателями отличіе нѣмецкаго творческаго духа отъ римскаго, гдѣ подобной союзной личности нѣтъ.

Вотъ мы и имѣемъ по этому поводу замѣтить, что такой способъ существовалъ не въ нѣмецкомъ только общемъ правѣ, а повсюду, былъ безусловно практическимъ *въ известную пору* слабого развитія государственной власти, когда подобные правоспособные союзы представляютъ собою не гражданскую только личность, ибо таковая въ ту пору не обособлялась нигдѣ, а совершенно автономную общину, каковыхъ въ другихъ условіяхъ совсѣмъ встрѣтить нельзя, ни въ Римѣ, ни въ новое время. Въ современномъ нѣмецкомъ правѣ этотъ способъ возникновенія союзовъ допускается въ самомъ тѣсномъ приложеніи, для союзовъ самаго стариннаго типа, крайне тяжелаго по строенію и уступающаго нынѣ болѣе легкимъ союзнымъ формамъ, именно, въ горнозаводскомъ товариществѣ, о коемъ мы скажемъ ниже.

Чтожъ тутъ автономнаго, самочиннаго, какая здѣсь *имманентная*, по выраженію германистовъ, волеспособность коллективной единицы, достойная уподобленія подлинной человѣческой особѣ?

Наряду съ этимъ мы увидимъ далѣе, что возможно, опять не въ одной Германіи, а повсюду, образованіе товариществъ, *силой простого договора, съ нѣкоторыми* корпоративными правами, которыхъ, однако, далеко недостаточно, чтобъ признать въ строеніи союза вполнѣ обособленную отъ сочленовъ союзную личность. Германисты, указывая свободное образованіе корпораций германскаго типа въ отличіе отъ латинской *universitas*, разумѣютъ не эту союзную форму, хотя нѣкоторыя проявленія этой формы, опять повсемѣстныя, а не нѣмецкія національныя, могутъ дѣйствительно быть названы современными самобытными, а не *реципированными* союзными формами. Тяжелая форма горнозаводскаго союза по своему строенію подходитъ по нѣкоторымъ признакамъ тоже скорѣе сюда, чѣмъ къ подлинной корпорации.

И такъ, свободная, актомъ коллективной воли образуемая обособленная личная корпорация не составляетъ совсѣмъ для современнаго права характернаго и отличающаго его отъ права римскаго явленія.

2. Другой, крайне распространенный нынѣ способъ образо-

ванія союзовъ съ обособленной союзной личностью есть *концессіонный*. Здѣсь государство тѣмъ или инымъ актомъ власти, спеціальнымъ закономъ, или всякій разъ разрѣшеніемъ подлежащаго правительственнаго органа *предоставляетъ союзу* именно обособленную союзную гражданскую правоспособность въ болѣе или менѣе обширномъ объемѣ. Нѣмецкія правительства, земскія и имперское, весьма хорошо понимаютъ цѣну такихъ концессій не только для концессіонарія, но и для концедента. Для концессіонарія это значительный подъемъ его экономического, соціальнаго, иногда и политическаго положенія (*ein bedeutungsvoller Machtzuwachs* *), котораго расчетливое правительство не даетъ, не сосчитавъ при семъ и собственныхъ интересовъ. Посему партикулярныя нѣмецкія правительства не уступили этого своего цѣннаго права не только предполагаемому національному *духу свободного* (безъ концессіи) *образованія* корпораціи, но не поступились этимъ правомъ ниже въ пользу центральной имперской власти. Право давать или не давать концессіи, удерживать старыя или вновь ихъ подтверждать удержано въ компетенціи партикулярныхъ правительствъ **) и послѣ кодекса 1896 г. въ томъ видѣ, какъ было до изданія кодекса.

Особенно широко система концессій примѣняется въ Пруссіи. Но эта система не представляетъ собою опять ничего характернаго только для Германіи, и всѣмъ хорошо извѣстно, что она есть общая для всѣхъ европейскихъ (и не европейскихъ) государствъ.

Для союзовъ, преслѣдующихъ *экономическія* цѣли, нѣм. код. 1896 г. требуетъ именно концессіи (ст. 22, 23) ***). Это составляетъ самое очевидное и рѣзкое противоположеніе современнаго нѣмецкаго, общаго и партикулярнаго, способа сообщать союзу свойство юридической личности ученіямъ германистовъ о *свободномъ образованіи* союзовъ нѣмецкаго типа автономнымъ образомъ, о чемъ было сказано выше.

*) Ср. изд. Шульценштейномъ Zeitschr. f. deutsch. Civ. Proc. за 1893 г. ausserordentl. Beilage 1893 г., гдѣ публиковались мотивы къ Второму чтенію. Heft 1, стр. 14 и слѣд.

**) Удобно ли, напр., Пруссіи отказаться отъ этого права концессій, когда она требуетъ для образованія религіозныхъ и духовныхъ союзовъ, неимѣвшихъ въ силу конституціи корпоративнаго строенія, именно *законодательнаго акта* для этой цѣли. Во время такъ назыв. культурной борьбы особый законъ 1887 г. даровалъ лишь *нѣкоторымъ* монастырямъ, изъ коихъ многіе были закрыты въ эту эпоху, права юридическаго лица (Дернбургъ, Preuss. Pr. R. 5 изд. § 50).

***) При этомъ не отмѣнены, какъ это было показано выше, прежніе имперскіе законы для приобрѣтательныхъ и хозяйственныхъ артелей (Erwerb- u. Wirthschaftsgenossenschaften), для товариществъ торговыхъ, по общ. торг. код., и для послѣдующихъ измѣненій нѣкоторыхъ изъ нихъ, каковы акціонерныя компаніи.

3. Наконецъ, третій общій способъ сообщенія союзу свойствъ обособленной гражданской правоспособности составляетъ простой актъ *занесенія такого союза въ реестры* подлежащей судебной инстанціи (нѣмец. код. 1896 г. art. 55).

Именно на немъ особенно пытались демонстрировать близость образованія отдѣльной правоспособности союза *съ общимъ способомъ констатировать правоспособность отдѣльнаго чело- вѣка чрезъ занесеніе его въ метрики*, въ Standesregister у нѣмцевъ. Но это вполнѣ суетная аналогія! Начать съ того, что этотъ способъ допускается Имперскимъ закономъ далеко не для *всѣхъ* союзовъ, а только для тѣхъ, которые не преслѣдуютъ экономическихъ цѣлей (21). Затѣмъ такіе союзы (фрейны для цѣлей научныхъ, художественныхъ, благотворительныхъ, общежи- тельныхъ, отнюдь не религіозныхъ или политическихъ) только въ томъ случаѣ пріобрѣтаютъ чрезъ занесеніе въ реестры свой- ство юридического лица, когда строеніе ихъ строго *соотвѣт- ствуетъ реквизитамъ общаго для такихъ союзовъ норматив- наго закона*, т.-е. собственно, когда они составлены по заранѣе, такъ сказать, одобренному рецепту.

Но и при наличности *всѣхъ* реквизитовъ нормативнаго за- кона, союзъ пріобрѣтаетъ дефинитивнымъ образомъ цивильную личность вовсе не простымъ актомъ занесенія его, послѣ по- вѣрки *всѣхъ* реквизитовъ судомъ, въ судебные реестры. Для этого требуется еще истечение шестивѣдѣльнаго срока, который назна- чается для *евентуальнаго вмѣшательства административной власти*. Это есть особое Einspruchsrecht административныхъ инстанцій, котораго цѣль состоитъ-де въ томъ, чтобъ устранить послѣдующее вмѣшательство этой власти въ вопросы о цѣли существованія союза, дозволенной или недозволенной, особенно для изслѣдованія, не есть ли она политическая, соціальная или религіозная.

Какъ бы то ни было, но изъ указанныхъ реквизитовъ воз- никновенія и существованія признанныхъ, регулированныхъ и одобренныхъ послѣ сугубаго изслѣдованія союзовъ невозможно придти къ тѣмъ заключенію о способѣ возникновеніи корпорацій германскаго типа, которое должно отличать ихъ отъ латинской universitas и отождествляетъ съ самобытно-волееспособнымъ субъ- ектомъ гражданского права, лицомъ физическимъ.

Общія нормативныя условія для занесенія граждански-пра- воспособныхъ союзовъ въ судебные списки суть частью *матеръ- яльныя*, частью чисто *формальныя*. Для реэстрособности союзъ долженъ заключать въ себѣ не менѣе семи членовъ. Чтобъ до-

стигнуть регистраціи союзъ долженъ носить индивидуализирующее его наименованіе, данныя о вступленіи, выходѣ, составѣ членовъ, ихъ имущественныхъ ставкахъ, составѣ и переменѣхъ въ органахъ управленія, о цѣли союза, его мѣстожительствѣ. Всѣ эти опредѣленія должны явствовать *изъ статута союза*, который можетъ быть разработанъ свободно сочленами, въ широкихъ рамкахъ, но необходимо *подлежитъ явкѣ* вмѣстѣ со всѣми другими моментами образованія союза къ судебной записи. Цѣль всей операціи въ томъ, чтобъ дать союзной личности тотъ *формальный* чеканъ, который необходимъ для юридической извѣстности и постоянства ея функцій въ цивильномъ обмѣнѣ. Сама регистрація рассчитана на законмѣрность строенія союза, на достовѣрность и гласность всѣхъ данныхъ его существованія въ интересахъ его членовъ, третьихъ лицъ и въ цѣляхъ надзора.

Когда есть всѣ эти реквизиты и до наступленія условій его прекращенія союзъ есть цивильно-личный, обособленный, отдѣльно правоспособный, юридически самобытный *въ тѣхъ предѣлахъ*, какіе присвоены ему союзнымъ статутомъ и общимъ нормативнымъ закономъ. Постоянная конституціональная связь его съ живымъ личнымъ составомъ сочленовъ даетъ союзу тотъ или другой типическій характеръ его строенія. Права сочленовъ и ихъ обязанности въ отношеніи къ союзу должны быть ясны изъ опредѣленій статута. Нормативный законъ касается всѣхъ этихъ вопросовъ лишь самымъ общимъ образомъ.

Вотъ все что возможно сказать основательнаго объ этомъ первомъ моментѣ образованія юридической союзной правоспособности въ одномъ изъ самыхъ типическихъ для современнаго права законодательныхъ актовъ. Онъ очень далекъ отъ идеаловъ школы германистовъ и по существу не заключаетъ въ себѣ ничего національнаго.

Переходимъ ко второму пункту ученія.

§ 17.

II. *Юридическія отношенія корпораціи.*—Абстрактный характеръ латинской *universitas* и „жизненность“ нѣмецкой *Gesammperson*.—Откуда явились фикціи?—Реальный характеръ строенія латинской *universitas*.—Причина неясности для насъ матеріальной стороны отношеній.—Попытка германистовъ опредѣлить свойства отношеній въ корпораціи нѣмецкаго типа юридическимъ методомъ.—Безуспѣшность.

Второй пунктъ ученія составляютъ юридическія отношенія корпорацій. Въ этомъ пунктѣ снова и въ особенности надлежитъ имѣть

въ виду, что О. Гирке ставить задачу своей теоріи вовсе не въ духѣ соглашенія или примиренія римскихъ и современныхъ началъ. Наоборотъ, Гирке мыслитель вполне радикальный, онъ создаетъ свою теорію, чтобы вытѣснить фальшивыя, не свойственныя нѣмецкому духу римскія конструкціи, чтобы дать торжество реальной личности, нѣмецкой *Gesammperson*, взамѣнъ фантастической римской *universitas*!...

Нигдѣ эта подлинность, реальность нѣмецкой *Gesammperson* не выразилась у нашего автора съ такой оконченностью и такъ очевидно вооруженной именно для *Ausstossungsprocess*'а какъ въ ученіи о свойствахъ юридическихъ отношеній *Gesammperson*. Противуположеніе показано по всѣмъ пунктамъ, и вездѣ дано отличіе новаго построенія отъ стараго классическаго брака...

Мы кратко рекапитулируемъ задачи деструктивной критики, чтобы тѣмъ удобнѣе выдѣлялись черты новой конструкціи.

И такъ, у римлянъ лицо юридическое *не есть живое, кровное*, и въ этомъ весь порокъ ихъ построеній. Въ нѣмецкомъ сознаніи это прямо реальная величина, *Vollperson* или *Gesammperson*.

Въ чемъ же собственно видно это свойство безжизненности классическихъ конструкцій?

Римская конструкція потому не представляетъ собою живой и реальной силы, что *universitas* тамъ является вполне *отрпшенной отъ круга лицъ, ее образующихъ*. Права союза не суть права его членовъ. Обязательства союза не суть обязательства его членовъ. То же самое въ обратномъ смыслѣ. И такъ, по оцѣнкѣ германистовъ, что это будетъ? это будетъ какое-то отвлеченіе, что-то созданное фантазіей, какой-то вымыселъ, видѣніе, *Vogelscheuche*. Въ результатѣ—это ненужная, бесполезная, даже вредная операція.

Мы не будемъ возвращаться къ доказанному выше положенію, что римляне сами не разсматривали коллективную правоспособность какъ вымышленную, фиктивную, какъ нѣчто, въ смыслѣ *метода* образованія, совершенно отличное отъ правоспособности отдѣльнаго человѣка. Всѣ эти наименованія коллективной правоспособности фиктивнымъ, моральнымъ, воображаемымъ лицомъ, принадлежать другому времени и другому міровоззрѣнію (см. выше).

Но, быть можетъ, независимо отъ наименованія, *на дѣлѣ* это только вымыселъ, только фантазія, безжизненная и даже вредная

операція юриспруденціи? Вотъ это именно съ охотой утверждаютъ германисты.

Надо, стало, разобрать, въ чемъ *дѣло*, когда мы присвоиваемъ правоспособность союзу, обособляя ее отъ правоспособности или личности сочленовъ, въ чемъ состоитъ суть этой операціи? Здѣсь-ли только, т.-е. когда рѣчь идетъ о принадлежности правъ лицу, или союзу лицъ, или не здѣсь только, а также и въ другихъ случаяхъ юристы оперируютъ совершенно тѣмъ-же методомъ?

И такъ, мы представляемъ себѣ общину, въ которой, на ряду съ раздѣльнымъ обладаніемъ подворными участками, существуютъ водопой, каменоломни и другія неразверстанныя земельныя угодья въ общемъ пользованіи. Допустимъ, что это общинное хозяйство, въ измѣнившихся экономическихъ условіяхъ, распадается все на участки; и въ то же время въ этой мѣстности удерживаются старые земледѣльческіе промыслы. Постоянная потребность въ камнѣ, въ водопой для скота, въ содержаніи путей и пользованіи ими остается той-же, какой была, но способы удовлетворенія не могутъ быть тѣми же. Для отдѣльнаго землевладѣльца теперь надо имѣть особое право прогона скота по чужому участку, гдѣ есть водопой, надо имѣть право водопоя въ сосѣдскомъ пруду, право пользоваться въ извѣстномъ размѣрѣ камнемъ, пескомъ, тоже изъ чужихъ участковъ, въ которые вошли эти угодья. Въ замѣнъ прежней задачи общиннаго управленія нераздѣльнымъ имуществомъ, служившаго этимъ потребностямъ, теперь является задача опредѣлить, для тѣхъ-же потребностей, исполнѣ жизненныхъ, *взаимоотношеніе участковъ по ихъ обособившимся* интересамъ пользованія указанными удобствами. Какъ это сдѣлать? Юриспруденція отвѣчаетъ образованіемъ особаго круга *вещныхъ* правоотношеній, которыя называются *предіальными сервитутами*, вотчинными службами, правами участія частнаго, гдѣ одинъ *участокъ* является правообладающимъ, *господствующимъ*, другой обязаннымъ, служебнымъ (*praedium dominans, praedium serviens*).

Что это за операція, совершаемая нами въ этомъ случаѣ въ смыслѣ юридическомъ? *есть это фикція*, вымыселъ чего то несуществующаго, созданіе ненужныхъ фигуръ? Думается, что нѣтъ; а между тѣмъ, развѣ въ самомъ дѣлѣ *участку* нуженъ проходъ, проѣздъ, каменоломня, или хозяину этого участка? Не можетъ быть сомнѣнія, что это все потребности *хозяина участка*, но, и въ этомъ вся суть дѣла, не того или другого, а *всякаго, кто будетъ сидѣть на этой земледѣльческой площади*, въ этомъ

округѣ, въ этой маркѣ. Такимъ образомъ юриспруденція, связывая сосѣдскія служебныя отношенія *съ участкомъ*, дѣлая участокъ *субъектомъ* правоотношенія, не вымышляетъ ничего произвольнаго, а опредѣляетъ принадлежность имущественнаго притязанія такимъ методомъ, который вполне соотвѣтствуетъ цѣли, *методомъ присвоенія сервитутнаго права самому участку*, безъ-именно, въ этомъ смыслѣ абстрактно, и чрезъ это обезпечиваетъ пользованіе сервитутомъ преемственно *всякому*, заинтересованному въ этомъ собственнику участка. Нужно-ли еще подчеркивать, поименно вычислять, кого именно ради сервитута устроенъ? Этого ненужно и это невозможно, ибо преемственныхъ обладателей участка можетъ быть неопредѣленное множество, и каждый изъ нихъ, ставъ владѣльцемъ участка, *eo ipso* пріобрѣтаетъ пользованіе сервитутными правами.

Мы взяли примѣръ *отдѣльнаго правоотношенія*, коего составъ или принадлежность было бы неудобно опредѣлить связью его съ тѣмъ или другимъ хозяиномъ, — которое необходимо связывать съ *любымъ* хозяиномъ такого-то участка анонимно, формулировать, въ этомъ смыслѣ, абстрактно.

Но возможно, что не отдѣльное юридическое отношеніе, а цѣлый комплексъ ихъ, *цѣлая сфера правъ и обязанностей* только тогда получить должную и соотвѣтствующую дѣлу опредѣленность, когда связь этой сферы правоотношеній будетъ опредѣлена тоже съ опредѣленнымъ *не чрезъ простой перечень*, А, В, С, кругомъ лицъ, а съ кругомъ лицъ, одновременно или послѣдовательно существующихъ, но опредѣленнымъ тоже *отвлеченно*, абстрактными признаками. И такъ, пусть извѣстное помѣщеніе, извѣстные денежные ресурсы будутъ принадлежать обществу русскихъ врачей, стало быть, постоянно измѣнчивому кругу лицъ извѣстной квалификаціи, независимо отъ того или другого состава этого общества, при любомъ его составѣ; или, другой примѣръ, дворянскому обществу такой-то губерніи, ирбитскому городскому обществу, обществу владѣльцевъ ирбитскаго гостиннаго двора.

Что же, принадлежность эта будетъ *фикціей*, или настоящей дѣйствительностью, только опредѣленной *методомъ извѣстнаго отвлеченія союза, какъ цѣлаго, отъ основныхъ его частей*. Отвѣтъ не оставляетъ никакихъ сомнѣній. Такой правообладатель есть столь-же *реальный факторъ* правообладанія, какъ и господствующій участокъ. Тутъ нѣтъ тѣни вымысла.

Едва ли возможно выдѣлить именно эту черту подлинности, эту *реальность* существованія союзовъ отдѣльно, *отвлеченно*,

хотя и не вполне независимо отъ состава членовъ, лучше, чѣмъ мы находимъ это у Альфена (I. 76 D. de judiciis 5. 1). Вопросъ въ томъ, тотъ-же будетъ судъ, если измѣнится составъ судей, или иной? Альфенъ отвѣчаетъ, что тожество суда не подлежитъ никакому сомнѣнію, хотя-бы въ его составъ перемѣнились всѣ судьи, когда они продолжали разсмотрѣніе того же дѣла. И тутъ, дескать, мы имѣемъ то же явленіе, которое повторяется и во многихъ другихъ случаяхъ, ибо, напримѣръ, и легионъ останется *все тѣмъ же*, хотя составъ его весь измѣнился выходомъ прежнихъ и вступленіемъ новыхъ воиновъ, и народъ (populus) будетъ *все тотъ-же* нынѣ, какимъ былъ сто лѣтъ назадъ, хотя изъ людей того вѣка не осталось нынѣ въ живыхъ ни единого человѣка... Да, наконецъ, думаетъ Альфенъ, ссылаясь на старыхъ мыслителей, и каждый изъ насъ долженъ бы почесть себя самого за иного, чѣмъ былъ годъ назадъ, если бы ежедневный обмѣнъ атомовъ тѣла оказывалъ отрицательное дѣйствіе на наше тожество. Такова мысль юриста-классика.

И такъ, цѣлое есть *иное*, чѣмъ части его образующія, и не менѣе того вполне *реальное существованіе*, которое необходимо, юристу въ особенности, мыслить и представлять себѣ независимо отъ составныхъ частей, абстрагировать, но отнюдь не измышлять, не создавать произвольно, не фингировать вопреки дѣйствительности.

Вотъ простая основа римскаго ученія *особой отъ сочленовъ сферы правообладанія союза*.

Для извѣстной цѣли въ этомъ отвлеченіи и обособленіи рѣшенъ очень важный юридическій вопросъ, вопросъ *о субъектѣ права, о принадлежности* правоотношенія, das Haben, какъ говоритъ Брунсъ.

И такъ, чье имущество?—Союза, корпорація. Чьи деньги, чьи требованія, чья отвѣтственность?—Союза, и только, отнюдь не его членовъ.

Но исчерпывается ли этой стороною дѣла (вопросами принадлежности) вся задача? Мы съ намѣреніемъ выше привели въ параллель отвлеченный отъ правообладанія вопросъ *пользованія* сервитутомъ. Если сказано, что у такого-то имѣнія есть право участія частнаго (сервитутъ) по отношенію къ такому-то другому, то все ли этимъ сказано? Совершенно также, если сказано, что это помещеніе, домъ, деньги, бібліотека принадлежатъ городу, дворянскому обществу, обществу русскихъ врачей, то значитъ ли, что все содержаніе отношенія этимъ исчерпано какъ въ томъ случаѣ, когда сказано, что это домъ князя N?.. Дальше этого опредѣ-

ленія (домъ князя N) въ послѣднемъ примѣрѣ нѣтъ никакой нужды идти въ вопросъ права вообще, ибо этимъ опредѣленіемъ все дано, и das Haben, важнѣйшій для гражданскаго оборота пунктъ, кому принадлежитъ имущество, чье оно, и das Geniessen, внутренній моментъ, кто имѣетъ пользоваться этимъ добромъ. Оба момента явны разомъ.

Такъ ли же просто дѣло, когда мы говоримъ—это сервитутъ, принадлежащій такому-то имѣнію, или это собственность Общества русскихъ врачей? Конечно, далеко нѣтъ, ибо опредѣливъ такимъ образомъ *принадлежность*, мы устанавливаемъ только посредствующее юридическое положеніе вещи. Не имѣнію сосѣднему *нуженъ* сервитутъ, *не союзу* потребно *пользоваться* залами клуба врачей, а смѣняющимся собственникамъ имѣнія въ первомъ случаѣ, и извѣстному кругу людей, образующихъ общество нынѣ и нынѣ имѣющихъ право пользоваться заломъ, библіотекой и проч. этого общества, во второмъ. Вотъ гдѣ *дестинатеры* конструкціи. Вотъ на кого, въ *матеріальномъ* смыслѣ, рассчитана эта посредствующая фигура *praedii dominantis*, или *universitatis*, *collegii* и проч. Они скрыты (стоятъ *dahinter*) за этими юридическими образами, выдвинутыми впередъ (*davor*).

Когда мы говоримъ—это имущество общества, сословія, то все ли сказано для опредѣленія его юридической позиціи? Все, для положенія этого имущества въ гражданскомъ оборотѣ, совершенно такъ, какъ все сказано, когда опредѣлено, что такое-то имущество составляетъ собственность князя N. Въ этомъ указана *самостоятельная въ гражданскомъ смыслѣ*, обособленная какъ для лица *sui juris*, позиція этого дома, этой земли въ гражданскомъ обмѣнѣ, принадлежность его къ извѣстной сферѣ правообладанія, подчиненность усмотрѣнію извѣстнаго правоспособнаго субъекта, общества, города, компаніи. Этого указанія, *чье имущество*, довольно, чтобъ вѣдать его, распоряжать имъ, совершать любые юридическіе акты на его имя, искать, отвѣчать на судѣ. Словомъ, извѣстна вся *формальная сторона* конструкціи.

Неопредѣленной, неизвѣстной остается пока лишь *внутренняя сторона* этого построенія. И этой внутренней сторонѣ нѣтъ никакой нужды давать юридическую извѣстность въ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ есть князь N. До извѣстнаго предѣла, пока заинтересованъ только самъ князь и никто болѣе, все вѣдомство этой внутренней стороны условлено волей хозяина, его усмотрѣніемъ. Она становится юридически любопытной только тогда, когда въ томъ или другомъ способѣ пользованія и управленія имуществомъ окажутся заинтересованными *3-тѣ лица*, положимъ,

вѣрители князя, имѣющіе залоговыя юридическія притязанія къ его дому. Тутъ уже начинается нѣкоторое *раздвоеніе внешней, формальной, и внутренней, матеріальной стороны правообладанія*. Хозяинъ можетъ дѣлать что хочетъ, но онъ обязанъ не забывать стоящихъ *dahinter* залоговѣрителей, арендаторовъ и проч.

Если въ этомъ случаѣ обладанія раздвоеніе выступаетъ только *эвентуально*, когда, допустимъ, у князя нѣтъ денегъ, то въ случаяхъ принадлежности имущества юридическому лицу такое раздвоеніе есть *принципіальное*, ибо внѣшняя и внутренняя сторона правообладанія будетъ здѣсь нормально находиться въ разныхъ рукахъ.

Если мы поставимъ себѣ цѣлью коротко и просто выразить свойство римской корпораціи, то намъ надо будетъ именно отмѣтить двѣ черты: 1) принадлежность имущества формальному единству, союзу, и 2) скрытую за этой формальной стороной конструкціи матеріальную сторону отношенія, которую легко раскрыть подъ этой оболочкой правоотношенія, рассчитанной собственно на опредѣленность, „юридическую извѣстность“, удобство оборотныхъ функцій корпораціи. Въ догматическихъ построеніяхъ классиковъ, которые извѣстны намъ только въ самыхъ прецизныхъ и краткихъ чертахъ, матеріальная сторона дѣла какъ бы вовсе поглощена. Но для того, чтобъ правильно понять *живую сторону явленій*, намъ нельзя останавливаться на этой *логикѣ конструкціи*. За формой скрыто содержаніе института. Форма никогда не есть сама себѣ цѣль.

Такимъ образомъ, въ построеніяхъ классиковъ намъ слѣдуетъ видѣть только методу, способъ, средство дать формальную извѣстность и ясность правоотношеніямъ, и если мы не можемъ раскрыть для каждаго даннаго случая въ старомъ правѣ матеріальной основы, повода, цѣли образованія юридическаго лица, то это объясняется свойствомъ источниковъ (скудость) и отдаленностью явленія отъ насъ. Не можетъ быть никакого сомнѣнія, что въ каждомъ данномъ случаѣ лица, образовывавшія корпораціи, хорошо знали, изъ какихъ ресурсовъ и для какихъ цѣлей они выдѣляли какъ особую правоспособность корпораціи и какіе въ матеріальномъ смыслѣ результаты извлекалъ *каждый изъ сочленовъ* изъ этой операціи. Изъ того что эта сторона намъ *невидна*, нельзя заключать, что ея не существовало на дѣлѣ.

Натурально, тамъ, гдѣ задача послѣдующей критики будетъ только деструктивная, тамъ разборъ построенія будутъ начинать именно съ того момента, который вовсе не составляетъ ближай-

шей цѣли конструкціи. Въ данномъ случаѣ, нѣмецкая отрицательная критика римской конструкціи юридическаго лица начинается съ того, что изъ построенія классиковъ вовсе не видать, какъ же члены корпораціи относятся къ матеріальной сторонѣ этого формальнаго, отвлеченно-личнаго правообладанія. Рядомъ съ деструктивными задачами шли, къ сожалѣнію, одни неудачнѣе другой, попытки *своихъ* построеній. Частью мы уже имѣли случай указать ихъ выше.

Для тѣхъ опытовъ построенія, которые имѣютъ цѣлью во-особенности разработку внутренняго строенія корпорацій, ея *юридическихъ отношеній* воособенности, мѣсто именно здѣсь, во 2-й главѣ Гирке.

Вмѣсто латинскаго фантома авторъ обѣщаетъ намъ *живой, говорящій нѣмецкому слуху* и удовлетворяющій зрѣнію нѣмца образъ коллективнаго лица.

Вотъ онъ. Если римлянинъ трактуетъ юридическое лицо какъ абстрактно-извѣстную и отдѣльную отъ сочленовъ правоспособность, то по мнѣнію германистовъ, тутъ нѣтъ достаточной осязательности для нѣмецкой мысли. Строеніе корпораціи нѣмецкаго права рознится отъ латинскаго тѣмъ, что въ корпораціи необходимо должна быть выражена не отрѣшенность ея отъ членовъ, а прямо обратное, тѣсная и неразрывная связь множественности съ единствомъ.

Это и есть то, что составляетъ *опредѣляющее начало*, отличительный признакъ нѣмецкаго Genossenschaft'a, das genossenschaftliche Princip; а такъ какъ въ понятіе Genossenschaftъ входятъ едва ли не всѣ соціальныя формы, кромѣ чисто договорныхъ и свободно разрѣшаемыхъ, то этимъ принципомъ, въ отличіе отъ римскаго, и опредѣляется собственно весь германскій соціальный строй, начиная отъ формъ федеральнаго государства, союза церковнаго, и до простой акціонерной компаніи.

И такъ, *единство* федеративнаго государства, единство церковной общины, старой германской марки, плотиннаго союза, горнозаводскаго дѣла, акціонерной компаніи, не есть опредѣляющій эти формы принципъ. Чтобъ опредѣлить ихъ нужна *organische Verbindung der vielheitlichen Sonderrechte der Glieder mit dem einheitlichen Gesamtrecht* (Гирке, стр. 307 и слѣд.). Этихъ образованій не опредѣляетъ ни центроостремительная, ни центробѣжная сила, а то что автору угодно именовать чрезвычайной растяжимостью нѣмецкаго и вообще современнаго понятія корпораціи (Гирке, стр. 306).

Ученый германист Heusler (Андрей), авторъ Institutionen des deutschen Privatrechts, 1885 г., отвѣчающій требованіямъ національнаго самолюбія нѣмцевъ, имѣть непремѣнно *свое* право, инымъ путемъ *), чѣмъ Гирке, замѣчаетъ своему собрату, что его organische Verbindung между Единствомъ и Множественностью въ нѣмецкой корпораціи не представляетъ достаточной простоты и что непрестанный возвратъ творца теоріи къ формулировкѣ то тѣмъ, то другимъ способомъ его понятій и опредѣленій производитъ впечатлѣніе, *будто и самъ авторъ не легко умѣетъ найти подлинное выраженіе своимъ идеямъ*. Гирке возражаетъ, что нельзя найти простого выраженія для явленій, которыя сами отличаются сложностью **). Нѣтъ сомнѣнія, что упрекъ Гейслера Гирке вполне основателенъ. Отсутствие простоты и вразумительности конструкціи Гирке не подлежитъ никакому сомнѣнію, не смотря на то что она именно рассчитана на осязательность, и ищетъ замѣнить римскій формализмъ матеріализмомъ, какъ это обыкновенно обозначаютъ, нѣмецкихъ конструкцій.

Дѣлая съ этимъ моментомъ *множественности*, введеннымъ

*) Мы думаемъ, что особенность метода Heusler'a въ этомъ его стремленіи заключаются въ томъ, что онъ примѣняетъ къ явленіямъ очень равнаго и мало развитаго юридическаго быта Германіи такія понятія и термины, которыя принадлежатъ весьма развитому римскому быту и усвоены нынѣшней классической школой юриспруденціи изъ римскихъ источниковъ. Результатъ выходитъ такой, что эта расчлененность понятій составляли будто бы достояніе и старой нѣмецкой мысли, что совершенно ошибочно.

**) Ср. указ. сочин. Heusler'a, стр. 262—305, и Гирке, Теорія, Nachtrag стр. 906. Вопросъ о томъ, что такое *простота* юридическихъ построеній, въ чемъ состоитъ это качество ихъ, легко способенъ стать предметомъ безконечныхъ споровъ. Одинъ изъ способовъ толковымъ образомъ разъяснить себѣ это требованіе *простоты* конструкціи составляетъ изученіе вообще свойствъ юридической техники, ея приѣмовъ, цѣлей, освѣщенныхъ хорошими образцами технической юридической работы. Лучше всего, конечно, освоенію съ юридической техникой содѣйствуетъ знакомство съ классическими образцами ея въ сочиненіяхъ римскихъ юристовъ. Но не всегда тотъ, кто свыкъ съ техникой, въ состояніи дать себѣ отчетъ въ существѣ и свойствахъ этой работы. Такому пониманію можетъ содѣйствовать нѣкоторое теоретическое ознакомленіе съ приѣмами и особенностями юридической техники. Нѣтъ сомнѣнія, что во всей юридической литературѣ трудно найти что-либо болѣе удавшееся въ этомъ смыслѣ, чѣмъ попытка Р. ф. Іеринга въ его Geist'ѣ ч. 2-я, отд. 2-е. Не все тутъ одинаково закончено, но въ цѣломъ и въ нѣкоторыхъ частяхъ въ особенности это нѣчто незамѣнимое для разъясненія себѣ свойствъ и задачъ юридической техники. Для вопроса о простотѣ юридическихъ построеній надо въ особенности остановить вниманіе на § 39 (по изд. 58 г.), гдѣ показана метода и цѣль приведенія сложныхъ юридическихъ образованій къ *простымъ* элементамъ, чего именно вовсе нѣтъ въ приѣмахъ построеніе Оттона Гирке. Самъ Іерингъ обязанъ блестящими результатами своего опыта дать ученіе о юридической technikѣ, независимо отъ его высокихъ дарованій, глубокому изученію классическихъ образцовъ юридическихъ построеній въ правѣ римскомъ. Нѣтъ сомнѣнія, что эта часть работы Іеринга принадлежитъ лучшей порѣ его литературной дѣятельности.

въ конструкцію понятія, шагъ приближенія къ матеріальной или экономической сторонѣ понятія (имущество компаніи, въ *экономическомъ смыслѣ*, есть и по римскому, и по германскому праву, конечно, вмѣстѣ съ тѣмъ имущество компаніоновъ), мы дѣлаемъ вмѣстѣ съ тѣмъ крайне опасный шагъ, удаляющій насъ отъ формальнаго различенія понятій, имѣющаго рѣшающее значеніе для права.

Нѣтъ сомнѣнія, что такое расчлененіе своего и общаго, публичнаго и частнаго, одинаго и рознаго, не составляетъ достоянія любой эпохи въ исторіи права. Въ историческомъ прошломъ любого народа возможно наблюдать явленія большого или меньшаго безразличія публичнаго и частнаго, общаго и рознаго. Это *первоначальная стадія* нерасчлененности правоотношеній, въ которую и нельзя и не нужно вносить формальныхъ критеріевъ позднѣйшаго происхожденія *). Слѣды такого безразличія могутъ оставаться и въ относительно позднюю эпоху культуры права какъ партикуляризмы, натурально. Такая *organische Verbindung der Einheits und Vielheitsrechte* можетъ быть характерной для эпохи когда еще нѣтъ настоящей *Entbindung*, и личность чловѣка поглощена болѣе или менѣе полно союзомъ. Но эта нерасчлененность отнюдь не можетъ служить опредѣляющимъ принципомъ тѣхъ союзныхъ формъ, римскаго ли, германскаго ли происхожденія, которыя принадлежатъ эпохѣ развитаго личнаго обмѣна правоотношеній.

Въ этомъ пунктѣ ученія, совершенно такъ какъ въ 1-омъ (возникновеніе союзовъ нѣмецкаго типа) и въ 3-ьемъ, воле- и дѣеспособность союзовъ (о чемъ въ дальнѣйшемъ), чувствуется несомнѣнное родство конструкціи Гирке съ конструкціей Бартола (ср. выше, стр. 383, начало). Разница только въ томъ, что конструкція Бартола выражала дѣйствительно принципиальное свойство союзныхъ правоотношеній того времени, стало быть, отвѣчало духу эпохи; тогда какъ конструкція Гирке является для нашего времени настоящимъ анахронизмомъ.

Гирке, однако, не думаетъ одной чертой сочетанія Единства и Множественности исчерпать весь отличительный характеръ нынѣшнихъ нѣмецкихъ союзовъ. Подходя ближе къ строенію современныхъ *имущественныхъ товариществъ* (*vermögensgenossenschaftliche Struktur*, стр. 318), Гирке ищетъ наполнить неясное представленіе *принципа сплетенія* (*Verflechtung*) Един-

*) Какъ это дѣлаетъ напр. Heusler (Андрей) въ указан. выше сочиненіи въ различныхъ ученіяхъ.

ства и Множественности сколько-нибудь опредѣленныхъ юридическимъ содержаніемъ. Но при этомъ пуще всѣхъ напастей, натурально, онъ избѣгаетъ пользоваться для этой цѣли подлинными классическими понятіями или реактивами. Съ какимъ то старо-обрядческимъ трепетомъ онъ ищетъ обойти даже такія понятія какъ собственность, общая собственность, право на чужую вещь. а ставить въ замѣнъ всей этой латинской ереси такое юридическое сложеніе, съ коимъ никакъ не хотятъ мириться цивилисты.

Одну изъ любимыхъ фигуръ, къ которой очень охотно обращаются германисты, составляетъ понятіе *korporatives Gesamteigentum*. Передать это понятіе по-русски не легко. Суть дѣла въ томъ, что собственность, которая для того и мыслится, чтобъ обособить сферу обладанія одного отъ другого, должна быть въ одно и тоже время розной для сочленовъ и единой для корпорации. Покойный русскій ученый И. И. Дитятинъ употреблялъ для этого явленія наименованіе *единорознаго* имущества. Въ очень ограниченномъ примѣненіи названіе *Gesamteigenthum* встрѣчается изъ нынѣшнихъ кодексовъ, напр., въ Цюрихскомъ гражданскомъ уложеніи *). Если нѣтъ настоящей надобности точно устанавливать вопроса принадлежности (чье именно право собственности?), тогда совокупная собственность и единорозное имущество, натурально, не угрожаетъ никакой никому бѣдой. Но разъ дѣло именно въ этой точности, и намъ необходимо

*) Гражданское уложеніе Цюрихскаго кантона переведено на русскій языкъ покойнымъ русскимъ цивилистомъ П. А. Гедримовичемъ и издано редакціон. комис. по составл. гражд. уложенія въ 1887 г. *Gesamteigenthum* передано словомъ совокупная собственность, см. особ. ст. 566—572, и этому излюбленному понятію германистовъ отведено, однако, скромное мѣсто. Блунчли, авторъ Цюрихскаго кодекса, видитъ въ акціонерной компаніи также явленіе такой совокупной собственности корпорации и сочленовъ вмѣстѣ. Натурально, яснымъ такое представленіе сдѣлать трудно. Въ мысли германистовъ оно составляетъ фигуру, пережившую, такъ сказать, свое время, когда у разныхъ вещныхъ претендентовъ на тоже имущество сознаніе правъ ихъ участія слабо расчленялось, и юристы, по условіямъ незначительной оборотности имущества, могли довольствоваться такими представленіями какъ *dominium pluriū in solidum*. Отъ обильныхъ нѣкогда формъ такого безразличія въ вопросѣ о принадлежности имущества остались нынѣ немногія, и ревнивые германисты тѣмъ тщательнѣе ограждаютъ ихъ отъ сокрушающаго римскаго анализа и неумолимаго дѣйствія времени и рѣшаются немного пускать ихъ даже въ дальнѣйшій оборотъ, туда, гдѣ требуется большая опредѣленность юридическаго построенія (напр. акціонерн. компанія). Цюрихскій кодексъ, однако, далеко не оставляетъ впечатлѣнія такой арроганціи, какое производятъ преобразовательныя планы проф. О. Гирке. Надо и здѣсь, натурально, принять во вниманіе разницу времени. Блунчли германистъ стараго времени, когда военная доблесть не составляла квалификаціи для профессора; а Гирке, Биндингъ—настоящіе воины (Ihering въ послѣднихъ работахъ воинственнѣе и самыхъ настоящихъ воиновъ), о чемъ Гирке и заявляетъ во введеніи къ II тому (О. Гирке продѣлалъ весь походъ 70—71 гг. во Францію).

установить, чье именно данное имущество, какъ отвѣтъ — это есть имущество общее и особенное, единорозное, съ тенденціей къ центру и отъ центра, составляетъ скорѣе насмѣшку, чѣмъ юридическую конструкцію. Для освѣщенія вопроса Гирке не считаетъ излишнимъ указывать между прочимъ такіе примѣры правъ сочленовъ союза на имущество союза, какъ Kirchenstuhlrecht (право имѣть свое кресло въ храмѣ) и право на мѣсто для погребенія на кладбищѣ. Право на могилу въ кладбищенской оградѣ, конечно, мало пригодно для освѣщенія институтовъ имущественнаго обладанія въ смыслѣ оборотномъ; а Kirchenstuhlrecht составляетъ вовсе не исключительное явленіе германскаго права (въ еврейскихъ синагогахъ есть то же самое) и, конечно, представляетъ собою скорѣе хорошо придуманный способъ обложения прихожанъ, чѣмъ настоящую *цивилистическую* конструкцію нѣмецкаго типа.

Желая, очевидно, дать возможно широкій ходъ неясному и крайне интимнаго такъ сказать характера понятію единорозной собственности, Гирке предлагаетъ рядъ попытокъ точнѣе его установить. Метода его, однако, есть такая. Въ правѣ индивидуальномъ, говоритъ онъ, нѣтъ подходящей схемы понятія (Begriffsschema), которой подчинялась бы нѣмецкая корпоративная единорозная собственность. Такой схемы надо искать въ правѣ социальномъ. Но что такое это социальное право, какое его строеніе, гдѣ граница его, объ этомъ нигдѣ ничего сколько либо прецизнаго.... И такъ, Gesamteigenthum не есть ни Alleineigenthum, ни Miteigenthum... Это, правда только одно отрицаніе, за коимъ тотчасъ и должна бы слѣдовать положительная сторона конструкціи; но въ замѣнъ этого мы получаемъ образныя выраженія, собственность совокупная есть *осадокъ* (Niederschlag) союзаго принципа (des genossenschaftlichen Princips, стр. 318), съ относительнымъ, а не абсолютнымъ обособленіемъ правъ единства и множественности, это *осколки* собственности (Eigenthumssplitter, 320 стр.), или, мы имѣемъ въ этомъ построеніи вещныя полномочія (sachenrechtliche Befugnisse) общественноправной *окраски* (von socialrechtlichen Färbung). Но всѣ эти образы, при всей ихъ выразительности, все-же не замѣняютъ юридической извѣстности понятій собственности, собственности общей, на доли дѣлимая, отвлеченная, правъ на чужую вещь, ограниченной въ пользу союза оборотности вещи, какими пользуются романисты для анализа правоотношеній. Явно, дѣло идетъ о чемъ-то иномъ, отличномъ отъ обыденныхъ имущественно-гражданскихъ правоотношеній, но что это такое именно —

этого Гирке, да и никто иной, не может намъ выразить коротко и просто.

Какъ же объяснить себѣ эту неудачу почтеннаго и несомнѣнно весьма свѣдущаго юрисконсульта? Повидимому, неудача условлена тѣмъ, что авторъ ученія не хочетъ ограничить значеніе оригинальныхъ сторонъ современныхъ конструкцій союзнаго правообладанія тѣми предѣлами, которые указываетъ дѣйствительность, а ставитъ задачей національнаго самолюбія раскрывать вездѣ и во всемъ черты вполнѣ самобытныя, хотя бы это граничило съ прямой несообразностью.

Эта предвзятость и даетъ свои печальные результаты.

§ 18.

Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе).—Неримскіе союзные типы въ новомъ правѣ.—Признаки ихъ строенія.

Оригинальныя свойства не только нѣмецкихъ, но и повсюду, у новыхъ народовъ, повторяющихся, въ извѣстныхъ бытовыхъ условіяхъ, юридическихъ построеній вовсе не даютъ той *полной обособленности всѣхъ юридическихъ понятій*, которую хотѣлъ бы имѣть въ своемъ распоряженіи почтенный германистъ, чтобъ произвести настоящую *Ausstossung* реципированнаго римскаго права *) и *замѣну* его своими построеніями. Попытки Гирке установить общія схемы для этихъ новыхъ отношеній и ихъ измѣненій даютъ такія осложненія (см. ихъ обозрѣніе у Гервагена, стр. 369—373), въ которыхъ разобратся возможно только тогда когда мы вовсе забываемъ общія отвлеченныя преобразовательныя задачи Гирке и спускаемся съ этой высоты *къ отдельнымъ конкретнымъ явленіямъ современнаго права*, конечно, далеко не всегда соотвѣтствующимъ классическимъ латинскимъ формуламъ. Что-же касается той общей картины которую рисуетъ Гирке для своихъ *Genossenschaften* *въ цѣломъ* то она настолько туманна, что читатели, весьма умѣлые, каковъ напр., Otto Wendt **), усматриваютъ въ ней буквально всѣ тѣ же черты, какія видны и въ римской *universitas*.

*) Это походило бы, замѣчаетъ одинъ изъ критиковъ Гирке, на планъ очистить современный англійскій языкъ отъ всѣхъ примѣсей, которыя корумпировали *первоначальную чистоту* англо-саксонской рѣчи.

**) *Lehrbuch d. Pandekten*. Iena 1888. Von Beseler u. Gierke wird ein besonderer deutschrechtlicher *Genossenschaftsbegriff* vertheidigt, welcher die romanistische Korporationslehre zu verdrängen bestimmt sein soll: „Die Genossen-

Въ дальнѣйшемъ наша задача будетъ заключаться въ томъ, чтобъ выдѣлить и обособить *такія отношенія членовъ союза къ союзному организму, которыя не находятъ себѣ соотвѣтствующихъ въ реципированномъ правѣ.*

Нѣтъ сомнѣнія, что *исконную союзную форму, наиболѣе общую и наиболѣе упорно удерживающую свое значеніе для послѣдующаго праворазвитія, какъ въ Германіи, такъ и у насъ, составляетъ патріархальная община, весьма часто связанная съ поземельнымъ обладаніемъ, стало быть, съ общностью территориальной.* То, что въ этомъ отношеніи даютъ намъ и говорятъ западные ученые, подтверждаютъ, для права славянскаго и русскаго, наши историки.

На процессъ разложенія нѣмецкой территориальной общины, Markgenossenschaft, нѣмецкіе историки слѣдятъ за исторіей развитія новыхъ союзныхъ и вмѣстѣ съ этимъ новыхъ индивидуальныхъ формъ правоотношеній. Процессъ этотъ не вездѣ одинаковъ, но онъ повторяется повсюду, съ извѣстными модификаціями, при многихъ сходныхъ чертахъ, и въ нѣмецкой, и въ нашей культурѣ права.

Для историка права любопытны и важны всѣ эти черты, какой бы области права онѣ ни касались, — права государственнаго, отдѣльныхъ его отраслей, суда, управленія, финансовъ, — ибо отсюда, изъ этихъ первоначальныхъ элементовъ образовались послѣдующія учрежденія болѣе развитаго публичнаго быта.

Перемѣны, происходившія въ судьбахъ первоначальныхъ общинныхъ формъ, могли быть весьма разнообразными. Въ основѣ измѣненій могли лежать насильственные дѣйствія со стороны сосѣдей, завоеванія. Могла и независима отъ такихъ внѣшнихъ событій развиваться особность правъ общины, публичныхъ, для однихъ круговъ лицъ, и только частныхъ, для иныхъ круговъ лицъ. Далеко не всѣ эти любопытныя и важныя для исторіи права явленія одинаково важны и характерны и для процесса развитія *гражданскихъ правоотношеній въ особенности.*

schaft ist eine reale Gesamtperson“... Sehen wir von der realen Gesamtperson als dem rein konstruktiven Element ab, so ergibt sich aus Gierke's letztem Buche dass der von ihm gelehrte Körperschaftsbegriff des deutschen Rechts sich völlig mit dem Wesen der römischen universitas deckt... Die ganze Differenz dreht sich nur darum ob zur Erlangung der Korporationsrechte staatliche Anerkennung erforderlich sey... Das geht nicht mehr den Begriff, sondern die Entstehung der Korporation an (§ 25, 3). Мы убѣдимся далѣе, что не только въ этомъ пунктѣ, но и въ ученіи объ юридическихъ отношеніяхъ, и въ ученіи о дѣеспособности Гирке отступаетъ отъ римскаго права, и слѣдуя, правда, во многомъ Бартолу, старается, однако, ad maiorem patriae gloriam, повсюду вводить своеобразныя комбинаціи.

Здѣсь намъ прежде всего надо имѣть въ виду тѣ черты, общія для нашего и для германскаго права, которыя ясно отличаютъ наши понятія отъ системы понятій кодифицированнаго римскаго права, хотя не всегда, вмѣстѣ съ этимъ, и отъ прежнихъ судебъ права римскаго.

Западная культура права сохраняетъ особенно долго и весьма отчетливо явленія постепенности разложенія старыхъ формъ общности и образованія въ замѣнъ ихъ особаго рода союзовъ между старыми членами такихъ общинъ. У насъ эти явленія видны также ясно, хотя, конечно, менѣе тщательная разработка нашей исторіи права даетъ себя чувствовать и въ эгомъ дѣлѣ, какъ и въ другихъ научныхъ проблемахъ.

Нѣтъ сомнѣнія, что въ основѣ старо-земельнаго общиннаго обладанія лежала экономическая и бытовая необходимость общей обработки поля, общаго хозяйства на рискъ и въ прибыль всей общины (*auf gemeinsamen Gedeih und Verderb*), все равно, связанной кровной близостью ея членовъ или иной союзной основой. Процессъ разложенія этой общности опредѣляется *потребностью и способностью отдѣльныхъ сочлененій этой общины (семей) вести хозяйство на свой страхъ и себѣ въ прибыль* (*auf privaten Gedeih u. Verderb*), т.-е. въ извѣстной степени особо отъ союза. Отсюда слѣдуетъ считать ступени образованія и опредѣлять возрастъ поземельной собственности на Западѣ. Рядомъ съ обособленіемъ усадьбы и полевого надѣла удерживается, для выдѣленнаго члена общины, старинная общность пользованія угодьями *). Но и самый надѣлъ вовсе еще не образуетъ разомъ свободной собственности владѣльца. Хотя бы вся старая общность распалась на такіе дворы съ особымъ полевымъ надѣломъ и хозяйствомъ, старая связь членовъ союза съ этимъ вмѣстѣ не разрывается окончательно. Слѣды ея удерживаются въ массѣ явленій юридическаго характера. Начать съ того, что самый выдѣлъ отнюдь не есть непремѣнно безповоротный, хотя бы онъ былъ и реальнымъ. При выдѣлѣ практикуется весьма часто соглашеніе о неотчужденіи участка въ 3-ьи руки безъ соучастія членовъ стараго союза. Сверхъ того, мы встрѣчаемъ постоянно удерживаемое притязаніе то самой общины на возвратъ, то сосѣдей на приростъ выдѣленнаго участка къ ихъ долямъ въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣ умершаго владѣльца не останется на лицо преемника его правъ, болѣе или менѣе близко связаннаго съ нимъ.

*) Для нашего права см. Обзоръ Владимірскаго Буданова, вып. II, стр. 193 и слѣдующ.; а также въ очень цѣнномъ изслѣдованіи проф. О. И. Леонтовича Старый земскій обычай. Одесса. 1889 г., особ. стр. 58 59, 51, 52 и слѣд.

Сосѣди призываются къ этому праву приращенія въ разныхъ условіяхъ, то при отсутствіи мужского преемства, то, сверхъ того, при отсутствіи дочерей, братьевъ, сестеръ умершаго (см. указан. брошюру Schm'a, а также статью О. Gierke въ Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 12).

Такимъ образомъ, самые *надѣлы*, несмотря на ихъ реальное обособленіе, *имѣютъ извѣстную подвижность, способность приращаться*. Эта черта, или эта особенность очень характерна для юридической природы этого явленія, и она именно удерживается въ нѣкоторыхъ позднѣйшихъ современныхъ намъ союзныхъ формахъ, хотя бы далеко не въ своемъ первоначальномъ, чистомъ видѣ.

Въ теченіе всей средневѣковой эпохи мы видимъ обильные признаки такой собины или собственности, *ограниченной притязаніями* то всей общины, то ближайшаго сосѣда на евентуальныя приращенія на счетъ выбывшаго сочлена союза. Старинная связь членовъ, нѣкогда поглощавшая ихъ личность и собственность, продолжаетъ долгое время сказываться въ ослабленномъ видѣ, *въ союзъ совладѣльцевъ по матеріально-раздѣльнымъ частямъ*, достаточно крѣпкомъ, однако, и настойчиво выраженномъ то въ тѣхъ, то въ другихъ юридическихъ консеквенціяхъ.

Въ виду этихъ явленій мы и задаемъ себѣ вопросъ, что же собственно представляетъ собою въ юридическомъ смыслѣ такая союзная форма, которая составляетъ явно остатокъ старой общности и какую-то переходную форму къ ненаступившему еще совершенному обособленію владѣній?

Вотъ именно такимъ образомъ поставленный вопросъ и составляетъ проблему, надъ рѣшеніемъ коей много работаетъ современная юриспруденція, особливо нѣмецкая.

Эта задача невымысленная, а выработанная прямо историческимъ процессомъ, интересъ разрѣшенія которой притомъ не ограничивается вовсе только прошлымъ, а близко подходитъ и къ нѣкоторымъ нынѣшнимъ союзнымъ формамъ.

Какія же характерныя особенности видны въ этой конструкціи?

Мы отмѣчаемъ слѣдующія: а) каждый сочленъ союза имѣетъ свою *реально обособленную часть*, изъ совокупности коихъ образуется цѣлое, б) интересы сочленства, однако, не ограничиваются только такимъ рознымъ обладаніемъ, а допускаютъ *увеличеніе частей*, евентуальное, *насчетъ другихъ сочленовъ*, с) самъ союзъ не имѣетъ особаго, ему, отдѣльно отъ членовъ, принадлежащаго имущества, d) не менѣе того, *отдѣльные члены не могутъ совершать нѣкоторыхъ дѣйствій* (напр. отчужденіе своихъ частей

съ извѣстнымъ окончательнымъ эффектомъ) *иначе какъ съ со-
дѣйствіемъ союзныхъ органовъ* (т.-е. просто сочленовъ или осо-
быхъ представителей союза), е) существованіе союза *не связано*
необходимо съ наличностью извѣстнаго состава лицъ, въ него
входящихъ, и допускаетъ, въ нѣкоторыхъ предѣлахъ, измѣненіе
своего состава, f) сочлены, въ виду евентуальныхъ интересовъ
принадлежности къ союзу (b), могутъ подлежать и *отвѣтствен-*
ности по обязательствамъ союза, g) наконецъ, союзу принад-
лежитъ, въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ, *отдѣльная отъ сочле-*
новъ дѣеспособность (напр., право ограждать интересы союза на
судѣ).

Вотъ рядъ признаковъ, способныхъ, какъ увидимъ, къ зна-
чительнымъ видоизмѣненіямъ, которыми опредѣляются нѣкото-
рыя, частью старинныя, частью современныя союзныя формы.

Что-жъ онѣ собою представляютъ? Въ историческомъ смыслѣ
это несомнѣнно *переходныя формы отъ общности къ индивидуа-*
лизму. Этихъ однихъ генетическихъ опредѣленій, однако, для
насъ вовсе недостаточно, чтобъ разгадать особую юридическую
природу подобныхъ явленій. Мы спрашиваемъ себя, представ-
ляютъ ли эти формы что либо соответствующее знакомымъ намъ
римскимъ категоріямъ? Въ смыслѣ Юстиніановскаго кодифициро-
ваннаго и реципированнаго римскаго права, несомнѣнно, нѣтъ.
Но и это опять, *чи* эти формы, въ смыслѣ національномъ, не
рѣшаетъ ничего для ихъ юридической природы. Весь вопросъ и
вся суть дѣла въ томъ, какъ слѣдуетъ юридически конструиро-
вать это явленіе, въ какую формулу облечь, какъ опредѣлить
юридическія отношенія союза къ сочленамъ и обратно, сочле-
новъ одного къ другому и проч., чтобъ дать имъ необходимую
для права извѣстность и прецизность.

Чтобъ отвѣтить на этотъ вопросъ, намъ надо будетъ искать
черты сходства и различія этого явленія съ понятіями, которыя
намъ знакомы изъ прежняго.

Мы начинаемъ съ предположенія, не представляетъ ли собою
эта форма того типа, который выработанъ классической системой
въ простомъ договорномъ товариществѣ, съ несущественными,
быть можетъ, модификаціями? И такъ, *не есть ли это латин-*
ская societas, въ коей субъектами правоотношеній являются от-
дѣльно взятые товарищи, а не самъ союзъ, и гдѣ, въ силу
этого, выходъ одного товарища разрушаетъ всю договорную связь?

Нѣкоторыя черты сходства съ договорнымъ товариществомъ
тутъ несомнѣнно будутъ. Это именно и въ особенности *принад-*
лежность имущества, на которое существуетъ евентуальное

притязаніе сочленовъ, не союзу, а сочленамъ товарищества. Но, во-первыхъ, и тутъ нѣтъ полного сходства, ибо эта принадлежность не прямо индивидуальная, а нѣсколько модифицированная. Во-вторыхъ, тутъ есть черты совершенно чуждыя именно римской *societas*, ибо тамъ договорная связь *разрушается* чрезъ *перемѣну лицъ* его образующихъ; здѣсь *выходъ членовъ* и *измѣненіе* личнаго состава *вовсе не имѣетъ этого разрушающаго союза дѣйствія*. И такъ, этотъ союзъ не представляетъ той *мѣры индивидуализма* и не есть въ той мѣрѣ личный, какъ римское договорное товарищество. Онъ опредѣляется не столько волей лицъ, сколько свойствомъ и составомъ самаго имущества. Изъ двухъ категорій союзовъ, которые французы называютъ *sociétés de personnes* и *sociétés de capitaux* (о чемъ позже), рассматриваемая форма ближе къ послѣдней категоріи, тогда какъ римская *societas* есть именно *société de personnes*. Здѣсь больше выражено сочетаніе имущества (*biens*), чѣмъ лицъ. Этихъ чертъ сходства и различія съ индивидуалистской формой римскаго товарищества для насъ пока достаточно.

Возьмемъ другое предположеніе.

Если это не есть простая договорная товарищеская связь, а нѣкоторый союзъ, опредѣляемый менѣе измѣнчивыми, чѣмъ субъективное усмотрѣніе или личная воля, болѣе постоянными имущественными критеріями, то не подходитъ ли сюда конструкція „*нѣмецкой корпорации*“, гдѣ именно то же имущество, которое принадлежитъ мнѣ, члену корпорации, должно принадлежать одновременно и союзу? *Не есть ли это въ самомъ дѣлѣ Gesamteigenthum*, мое и наше, *имущество союзное и розное въ одно и то же время?*

Нѣкоторыя черты двойственности въ конструкціи правоотношеній разбираемой формы и родства со старыми началами общности, о коей говорятъ германисты, тутъ несомнѣнно есть. Но, однако, независимо отъ того, что сближенія какой угодно схемы съ туманными очертаніями этихъ конструкцій не могутъ дать никакой опредѣленности явленію, мы выше указывали, что исторически разбираемая нами форма составляетъ *результатъ разложенія прежней общности*. Тутъ только генетическая связь, а вовсе не то безразличіе моего и союзнаго, о коемъ толкуютъ германисты. Особое тутъ вовсе не поглощено общимъ, нѣтъ тоже и двухъ правъ собственности на одну вещь. Характеръ двойственности въ опредѣленіи юридическихъ отношеній союза и членовъ, въ противоположность простому договорному товариществу, выраженъ здѣсь только въ томъ, что *право собственности*

на реально-раздѣльную часть можетъ принадлежать не иначе какъ члену союза. Но, затѣмъ, союзъ самъ совѣтъ не имѣетъ права собственности на ту же вещь, какая принадлежитъ членамъ. Если у союза есть какія-либо имущественныя притязанія, то именно на *чужую вещь*, какъ бы мы ни назвали такое притязаніе. Такія права могутъ принадлежать союзу или отдѣльнымъ его членамъ, но въ нихъ совѣтъ нельзя видѣть столкновенія двухъ правъ, приблизительно равносильныхъ, какъ въ двухъ правахъ собственности на ту же вещь.

И такъ, тутъ нѣтъ ни первичныхъ формъ общности съ одновременными притязаніями союза и его членовъ къ имущественному обладанію (*Gesamteigenthum*, единорозная собственность), ни договорнаго товарищества въ римскомъ смыслѣ и свойственнаго ему вещнаго правоотношенія, собственности общей, *condominium*.

Намъ остается еще гипотеза. Не представляютъ ли разсматриваемые союзы того самаго явленія, которое классики опредѣляли понятіемъ *universitas, corpus*, и что мы именуемъ юридическимъ лицомъ?

Нѣтъ сомнѣнія, что указанный нами въ разсматриваемой союзной формѣ *признакъ существованія того же союза, несмотря на смѣну образующихъ его людей*, составляетъ одну изъ надежныхъ основъ для построенія понятія корпораціи, особой отъ образующихъ ее членовъ. Есть на лицо въ подобныхъ союзахъ и другой важный признакъ корпораціи,—это *независимая отъ согласія членовъ, организованная такъ или иначе дѣеспособность* союза въ его интересахъ. Организоваться такимъ образомъ союзъ можетъ вовсе не въ частныхъ, а въ публичныхъ цѣляхъ. Мы здѣсь имѣемъ въ виду не это явленіе, а именно корпорацію приватнаго типа, союзное единство для цѣлей гражданскаго права. И вотъ мы спрашиваемъ, достаточно ли двухъ указанныхъ признаковъ единства, чтобъ опредѣлить здѣсь, хотя бы другихъ признаковъ единства и не было, форму настоящей *universitas*, настоящей правоспособной гражданской личности?

Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, намъ надо принять во вниманіе слѣдующія соображенія. Понятіе корпораціи для права приватнаго, *взятое вообще*, далеко не есть настолько установившееся, чтобъ можно было разъ навсегда перечислить *всѣ признаки*, которые для нея существенны и безъ коихъ она не существуетъ. Для приближенія къ точности здѣсь полезно брать признаки этого понятія въ той или другой системѣ частнаго права. И такъ, въ системѣ кодифицированнаго и реципиро-

ваннаго римскаго права указанныхъ признаковъ вовсе не достаточно, чтобы опредѣлить существо universitas, corpus, collegium, ибо классики опредѣляя юридическую природу этого явленія, отличаютъ не только измѣнчивость лицъ, входящихъ въ коллегію, большинство голосовъ, но настаиваютъ именно на этихъ извѣстныхъ тезахъ, quod est universitatis non est singulorum, si quid universitati debetur singuli non debetur и пр. (см. выше, стр. 378). То же буквально повторяютъ Иннокентій IV, новые учителя, въ нашемъ вѣкѣ Савиньи и безчисленные его послѣдователи.

Но рядомъ съ этимъ идетъ другое движеніе. Что оно собою представляетъ? *Одно ли только расширеніе римскаго понятія корпораціи на явленія, въ коихъ всѣхъ этихъ признаковъ нѣтъ, или нѣчто въ самомъ дѣлѣ новое?*

По отношенію къ кодифицированному римскому праву это явленіе несомнѣнно вовсе независимое отъ рецепціи и въ этомъ смыслѣ, конечно, новое.

Начиная съ Бартола, черезъ всю традицію ученій о союзахъ и товариществахъ, до самаго послѣдняго времени, идутъ такіа отступленія отъ конструкцій классиковъ, что было бы ошибкой разсматривать ихъ только какъ уклоненіе отъ римской догмы. Они возникли самобытно, въ иныхъ условіяхъ, чѣмъ римскія формы.

Но нѣтъ, однако, никакихъ сомнѣній, что эти явленія вовсе не могутъ имѣть назначенія вытѣснить римское ученіе. Быть можетъ, когда-либо знакомые и римской жизни, эти явленія не получили выраженія, свойственной имъ юридической формулы, въ кодифицированномъ правѣ. Бартоль прямо ставитъ вопросъ, an universitas sit aliud quam homines universitatis, и въ его конструкціи, хотя выдѣляются для единства всѣ признаки корпоративнаго строя, но въ то же время онъ вовсе не склоненъ видѣть въ имуществѣ союзномъ нѣчто совсѣмъ особое отъ принадлежности сочленамъ, въ обязательствахъ союза нѣчто некасающееся сочленовъ *). Совсѣмъ наоборотъ, хотя при этомъ Бартоль вездѣ ищетъ сочетать свои построенія съ римскими, какъ это ни трудно, и въ результатѣ у него, совершенно вопреки классической традиціи, цѣлое въ корпораціи realiter вовсе не противуполагается частямъ.

Нѣтъ сомнѣнія, что здѣсь лежитъ зародышъ тѣхъ кон-

*) Въ новое время идея дистинктеровъ, поставленная Ihering'омъ въ основу ученія о юридическомъ лицѣ (см. выше), имѣетъ нѣчто родственное съ конструкціей Бартола.

струкцій, которыя позже и особенно въ наше время въ лагерѣ германистовъ стараются поставить какъ совершенно самостоятельныя, вполне независимыя отъ римскихъ основъ (формализмъ) союзныя типы новаго рода (материализмъ).

Туда собственно, въ тѣ историческія условія, и слѣдуетъ отнести историческія явленія, въ коихъ явно разлагались медленно старыя формы общности и на мѣсто ихъ становились корпораціи неримскаго типа, для коихъ юристы той эпохи безуспѣшно искали классическихъ основъ.

Мы имѣемъ покуда, однако, только отрицательные результаты нашихъ сопоставленій этой *неримской* формы съ извѣстными намъ иными союзными формами. Это не *societas*, и возникающія отсюда отношенія не составляютъ типа общей собственности. Это не есть *нѣмецкая* двойственная *собственность*, какъ бы мы ее ни называли. Это, наконецъ, не *латинская* *корпорация*.

Но что-жъ это за явленіе, въ положительномъ смыслѣ, именно со стороны конструкціи?

Отдѣльные признаки явленія были даны выше.

Какъ же разсматривается это явленіе *въ новое время*, у современныхъ писателей, въ новыхъ кодексахъ?

Пока союзныя формы, хотя непохожія на римскія, носили характеръ старинныхъ формъ, эмпирически знакомыхъ заинтересованнымъ, явленіе не волновало особенно юристовъ, не представляло собою капитальной задачи юриспруденціи. Это могла быть разлагавшаяся земельная община, союзъ лицъ сословный, родовой, цеховая организація, торговое товарищество или иныя традиціонныя, не римскія, но хорошо знакомыя старинныя формы.

Такъ могло стоять дѣло до тѣхъ поръ, пока эти старинныя союзныя формы держались на прежнихъ основахъ, въ извѣстной степени удовлетворяя текущимъ требованіямъ жизни. Но вотъ въ концѣ XVIII вѣка мы видимъ поразительно быстро совершающійся переворотъ въ общественномъ сознаніи и въ результатъ его быстрое разложеніе цѣлой массы старинныхъ формъ общности, которыя въ первое время не замѣняются ничѣмъ, кромѣ абстрактно-сознанной свободы индивидуума, основныхъ правъ личности человѣка... Переворотъ, совершившійся во Франціи, быстро обнимаетъ сосѣднія страны. Задачи законодательства теперь становятся иными, чѣмъ онѣ были три десятилѣтія назадъ. Однако, кодификаціи конца XVIII и начала XIX вѣка даютъ намъ или типы старинныхъ корпорацій тамъ, гдѣ переворотъ еще

не успѣлъ совершиться (Пруссія и Австрія), или, какъ во Франціи, Code civil отвѣчаетъ въ особенности цѣлямъ индивидуализма, оставляя другимъ частямъ законодательства разработку строенія тѣхъ или другихъ *союзныхъ формъ* правообладанія.

Между тѣмъ, практическія требованія, которыя, вслѣдъ за переворотомъ въ политическихъ и соціальныхъ отношеніяхъ, стали быстро вступать на очередь для юриспруденціи и законодательства, состояли вовсе не въ томъ только, чтобъ опредѣлять гражданскія права отдѣльно-взятыхъ людей, но и въ томъ особенно, чтобъ указать *общія нормы образованія правоспособныхъ союзовъ*, независимо отъ вопроса, походятъ эти союзы на латинскія корпораціи или нѣтъ. На мѣсто старинныхъ, разнообразныхъ по строенію, отжившихъ теперь свое время союзовъ, надлежало опредѣлить общія условія *свободнаго развитія союзныхъ формъ въ современной средѣ соціальныхъ и экономическихъ отношеній*, въ коихъ нерѣдко предоставленная отдѣльному лицу гражданская свобода ставила его только болѣе одинокимъ, а отнюдь не болѣе обезпеченнымъ, чѣмъ въ прежнихъ бытовыхъ условіяхъ.

Въ дальнѣйшемъ наша задача, стало быть, должна состоять въ томъ, чтобы показать, какія *новыя положительныя черты въ строеніи гражданско-правоспособныхъ союзовъ были выработаны и опредѣлились въ главнѣйшихъ современныхъ законодательствахъ...* Мы именно ищемъ здѣсь не однихъ только отрицательныхъ прознаковъ (*неримскія universitates*) и не общихъ созерцательныхъ картинъ *новаго правосознанія*, а положительныхъ отличительныхъ признаковъ правоотношеній въ современныхъ корпораціяхъ, насколько они осязательно опредѣлились въ конкретныхъ формахъ теперешняго *союзнаго быта*. Интересъ изученія не ограничивается явленіями какой-либо отдѣльно взятой современной системы правъ, французской, прусской, нашей, а обнимаетъ ихъ всѣ, и вся разница для той или другой системы заключается въ томъ, что въ одной задачѣ законодательства въ этомъ направленіи опредѣлились раньше, въ другой позже, въ третьей онѣ, быть можетъ, еще не вполне опредѣлились и составляютъ задачу, однако, тоже неотложную близкаго будущаго.

§ 19.

Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе).—Конкретные союзные типы новаго права.—Союзныя формы личныя во Франціи.—Приноровленіе ихъ строенія къ нарождающимся требованіямъ времени.—*Personnalité restreinte* въ договорѣ товарищества по *Code civil*.—Личные союзы по *Code de commerce*, ихъ виды.—Дальнѣйшая потребность личнаго обособленія союзовъ.—*Sociétés à capital variable* по закону 24 іюня 67 г.—Примѣненіе къ разнымъ союзнымъ типамъ.—Дальнѣйшія попытки дать примѣненіе свойства личности союзамъ чисто договорнаго характера.

Чтобъ идти скорѣе къ цѣли, мы оставляемъ здѣсь въ сторонѣ строенія тѣхъ союзовъ, *публичныхъ* (*l'état, les départements, les communes*), *религіозныхъ* (*les congrégations*), *благотворительныхъ* (*les hospices*), коихъ гражданская правоспособность опредѣлилась изстари близко къ чертамъ подобныхъ союзовъ въ правѣ римскомъ, и остановимся въ особенности на весьма характерномъ для современнаго французскаго права и важномъ для насъ здѣсь противоположеніи двухъ типовъ союзовъ, такъ называемыхъ *sociétés civiles* и *sociétés commerciales*.

Эти оба типа *частныхъ союзовъ* опредѣлились для современнаго дѣйствующаго права Франціи въ обоихъ кодексахъ, гражданскомъ, *Code civil*, и торговомъ, *Code de commerce*, появившемся три года послѣ перваго, въ 1807-мъ году. Нормы *Code civil* даютъ намъ товарищескія правоотношенія того типа, который близко соотвѣтствуетъ латинской формѣ *договорнаго товарищества*, *societas*, гдѣ не конституируется особая отъ правоспособности отдѣльныхъ сочленовъ правоспособность союзной или юридической личности. Это *société ne имѣющая personnalité civile*. Въ этомъ и состоитъ важнѣйшая для насъ здѣсь черта, опредѣляющая простѣйшую форму союза лицъ для общихъ, притомъ только имущественныхъ цѣлей.

Противуположный въ этомъ отношеніи простому договорному товариществу строй отношеній имѣютъ *sociétés commerciales*, которыя всѣ (за исключеніемъ *association en participation*) пользуются правами юридическихъ лицъ, *имѣютъ personnalité civile*.

Мы разберемъ дальше нѣсколько подробнѣе, въ какомъ отношеніи находятся положенія *Code civil* о товариществахъ къ особому виду товариществъ торговыхъ и къ союзнымъ формамъ новѣйшаго типа. Здѣсь мы замѣтимъ только, что безличный товарищескій союзъ имѣлъ въ своей основѣ очень простыя условія

своего образованія, какъ всякій договоръ *), но за то и юридическій эффектъ его ограничивался обязательственными отношеніями внутренними, между членами товарищества, далеко не всегда и лишь слабо давая себя чувствовать, какъ единство, какъ цѣлое, въ отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ, стоящимъ внѣ союза и вступающимъ съ его сочленами въ тѣ или другія юридическія связи. Съ другой стороны, товарищества торговыя, развивавшія именно такія солидныя союзныя отношенія, которыхъ недоставало первому типу союзовъ, по способу своего возникновенія, по фискальнымъ интересамъ, связаннымъ съ ихъ учрежденіемъ, по нѣкоторымъ чертамъ ихъ строенія были вполне пригодны лишь для значительныхъ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій и не имѣли вовсе свойства общедоступности.

При этомъ состояніи законодательства тѣ *круги лицъ*, которые были, въ виду распаденья старинныхъ союзовъ, заинтересованы въ образованіи новыхъ союзныхъ формъ, *вынуждены были обращаться для своихъ цѣлей или къ тяжелымъ формамъ* торговаго товарищества, которые далеко не всегда соотвѣтствовали скромнымъ ресурсамъ нуждающихся людей, или въ крайнемъ случаѣ, *прибѣгать къ фидуціарнымъ способамъ дѣйствія* часто весьма ненадежнымъ, ибо подставной хозяинъ коллективнаго предпріятія всегда легко можетъ оставить ни при чемъ довѣрчивыхъ товарищей, скрывающихся за его именемъ.

Такимъ образомъ, когда къ началу 40-хъ годовъ, въ разныхъ европейскихъ государствахъ, ясно обозначились признаки соціально экономическаго кризиса, обширные круги лицъ матеріально-необезпеченныхъ, особенно классъ рабочій, въ правѣ былъ съ укоромъ указывать на исключительность служенія дѣйствующихъ кодовъ интересамъ буржуазіи и на равнодушіе руководящихъ сферъ къ интересамъ массъ. Въ общемъ и этотъ соціальный кризисъ и это исканіе выхода изъ неудовлетворительнаго положенія дѣлѣ, конечно, не ограничивались одной Франціей. Въ Англіи тревогу почувствовали ранѣе. Но нигдѣ прямой путь къ улучшеніямъ не опредѣлился сразу. Задача заключалась явно въ *измѣненіи нормъ права гражданскаго примѣнительно къ потребностямъ времени* и новыхъ экономическихъ условій. Но прежде чѣмъ была достигнута эта прямая цѣль, въ Англіи началось живое движеніе рабочихъ классовъ, направленное къ борьбѣ фактической противъ тяжелаго господства капи-

*) Нѣтъ нужды даже въ письменномъ его начертаніи, если сумма ниже 150 франковъ (С. с. art. 1834, 1325, 1347, 1348).

тализма, съ помощью организованныхъ коалицій, въ особенности стачекъ и забастовокъ (trade-unions). Ближе къ цѣли подходятъ многообразные союзы съ положительными задачами, взаимной поддержкой членовъ въ разныхъ случаяхъ опасности, угрожающей неумолимымъ образомъ отдѣльно-стоящему человѣку и значительно смягчаемой солидарностью членовъ союза въ ихъ взаимной поддержкѣ другъ друга (friendly society) *). Прямые результаты движенія въ образованіи союзныхъ формъ общихъ, принаровленныхъ къ потребностямъ низшихъ классовъ, обнаружались въ Англіи, какъ и въ другихъ государствахъ Запада, лишь въ шестидесятихъ годахъ. Съ этихъ поръ борьба классовъ приняла повсюду юридическій характеръ прямо на почвѣ *институтовъ гражданскаго права*. Явленія, близко соотвѣтствующія этимъ, повторялись съ извѣстнымъ мѣстнымъ колоритомъ повсюду. У нѣмцевъ весьма замѣтный оттѣнокъ движенію дали писатели національнаго лагеря, которые находили, что въ основѣ неправды противъ низшихъ классовъ лежитъ привитая будто со стороны къ нѣмецкому праву система латинскаго индивидуализма и формализма, исцѣленіе отъ коей надлежитъ ждать отъ *возрожденія національныхъ институтовъ*, проникнутыхъ де совершенно противоположными принципами альтруизма... Мы уже имѣли случай не разъ указывать разныя перипетіи этого движенія и его любопытныхъ консеквенцій **). Здѣсь насъ занимаетъ въ особенности *движеніе вопроса коопераціи во Франціи*.

Если французы склонны были укорять въ особенности законодательную власть въ исключительномъ служеніи интересамъ однихъ и безучастіи къ другимъ, то натурально и спасенія отъ всѣхъ бѣдъ тамъ прежде всего ждали отъ *всемогущества государства*. Событія политическія конца 40-хъ и начала 50-хъ годовъ должны быть извѣстны изъ другихъ дисциплинъ. Прямое вмѣшательство государства въ вопросы хозяйства, въ особенности прямая поддержка со стороны государства производительныхъ союзовъ рабочихъ не дали, какъ извѣстно, благопріятныхъ результатовъ.

Отдѣльные *самостоятельныя* товарищества стали появляться во Франціи еще въ 30-хъ годахъ. Послѣ 48-го года такіе

*) Нѣкоторые французскіе писатели (Hubert Valleroux) оспариваютъ у англичанъ первенство учрежденія кооперативныхъ товариществъ въ пользу Франціи (см. его брошюру *Les diverses législations de l'Europe concernant les sociétés coopératives*. Paris Pichon. 1891).

**) Въ поставленной такимъ образомъ задачѣ возрожденія и *Ausstossung'a* идеи римской, чтобъ замѣнить ее идеею нѣмецкою, лежитъ источникъ не одного соціальнаго, но и политическаго движенія въ Германіи (см. выше, Введение).

союзы стали опять очень обильными, хотя далеко не всегда солидными. Съ наступленіемъ такъ называемой ère des Césars руководящія сферы старались дать вопросамъ коллективныхъ предпріятій вообще, а въ особенности кооперацій въ кругахъ рабочаго класса возможно широкое развитіе. Тутъ надлежитъ отмѣтить законы 56 и 63 годовъ (soc. en commandite par actions и soc. à responsabilité limitée), замѣненные впоследствии обширнымъ законодательнымъ актомъ 24-го іюля 1867-го года, Въ особенности же для кооперативнаго движенія важными законодательными актами были законы 50-го, 52-го гг. для sociétés de secours mutuels и рядъ законовъ о синдикатахъ (съ 1865—88 гг., особенно законъ 21 марта 84 г. о синдикатахъ профессиональных).

Готовность императорскаго правительства покровительствовать кооперативному движенію среди рабочихъ рядомъ законодательныхъ мѣръ съ характеромъ привилегій встрѣчена была въ эту пору, послѣ горькихъ опытовъ 48 г., съ недовѣріемъ, и до сорока представителей производительныхъ товариществъ въ Парижѣ (sociétés de production) настойчиво ходатайствовали о развитіи и улучшеніи законодательства, но только въ предѣлахъ *общаго права*, безъ всякихъ поощрительныхъ мѣропріятій въ пользу рабочихъ сверху. Въ результатъ выработанъ былъ обширный законопроектъ, получившій 24-го іюня 1867 г. законодательную санкцію и составляющій до послѣдняго времени главнѣйшій, хотя не исключительный общій законъ для института товариществъ во Франціи *).

*) Мы не ставимъ себѣ здѣсь задачи сколько нибудь законченно ввести читателя въ тотъ необъятный кругъ интересовъ и задачъ, который опредѣляется понятіемъ коопераціи и ассоціаціи вообще во Франціи и другихъ государствахъ запада. Если возможно найти одну доминирующую черту для характеристики свободныхъ жизненныхъ процессовъ въ западныхъ обществахъ нашего времени, то это именно движеніе отъ розни къ союзамъ самаго разнообразнаго типа и назначенія. Изученіе этого явленія всестороннее составляетъ задачу далеко не одной дисциплины права гражданскаго. Чтобъ составить себѣ общее понятіе о колоссальномъ развитіи этой дѣятельности, направленной къ союзамъ хотя бы одного только типа, чисто экономическаго (Erwerbs — u. Wirtschafts-Genossenschaften), достаточно просмотрѣть простое обозрѣніе, правда, съ цифрами, какое даетъ этому движенію Hans Crüger въ сочин. Erwerbs — u. Wirtschafts-Genossenschaften in den einzelnen Ländern, появившемся лѣтомъ 92 года въ Германіи. Крюгеръ обозрѣваетъ всѣ европейскія государства, затѣмъ, Египетъ, Австралію, Китай, Канаду, Сѣв.-Амер. Штаты. Это одинъ изъ ученыхъ и очень солидныхъ практическихъ дѣятелей въ этомъ кругѣ вопросовъ. Слѣдить за всѣмъ что происходитъ въ этой области задачъ нельзя иначе какъ съ помощью специальныхъ повременныхъ изданій. Ихъ указываетъ частью Крюгеръ (особ. Blätter für Genossenschaftswesen). По вопросу о товариществахъ французы имѣютъ свое специальное обозрѣніе, Revue des sociétés, редактируемое Vavasseur'омъ. Этому же лицу принадлежит извѣстный издавна трактатъ, Traité des sociétés civiles et commerciales 2 vol.,

Наша задача здѣсь ограничивается указаніемъ, въ крупныхъ чертахъ, юридическихъ отношеній для главнѣйшихъ современныхъ граждански-правоспособныхъ союзовъ.

Для права французскаго основную линію различій гражданской правоспособности союзовъ даетъ расчлененіе свободныхъ союзныхъ формъ, товариществъ, на двѣ группы, *société civile* и *société commerciale*. Первую группу товариществъ, *société civile*, составляютъ договорныя товарищества, которыя принципиально, если нѣтъ для даннаго случая отступленія, не образуютъ особой отъ сочленовъ граждански правоспособной личности, не имѣютъ *personnalité civile*. Юридическія отношенія для этой группы союзовъ характеризуются чертами договорно обязательственного типа съ весьма немногими отступленіями. Наоборотъ, *société commerciale*, кромѣ отдѣльныхъ видовъ, имѣетъ *personnalité civile*, союзную личность, особую отъ сочленовъ союзную правоспособность.

Особый порядокъ, въ которомъ кодифицировалось и дополнялось французское законодательство по этому предмету дѣлаетъ его изученіе нѣсколько затруднительнымъ. Рядъ законовъ, дѣйствующихъ нынѣ въ вопросѣ о товариществахъ, входилъ въ силу не одновременно, и новые законы не столько замѣняли, сколько восполняли предшествующіе, тамъ, гдѣ не указана именно замѣна новымъ закономъ предшествующаго *).

когого 4-е изданіе появилось въ 1892 году. Здѣсь обширныя литературныя указанія, практика судовъ, образцы формулъ и проч. (изданіе очень доступное по цѣнѣ). По вопросамъ объ ассоціаціяхъ во Франціи и за границей давно уже пользуются большою извѣстностью работы Hubert Valleroux. Ихъ много, начиная съ 60-хъ годовъ. Два большіе трактата на эту тему увѣнчаны академич. преміями (*Les assoc. ouvrières en France et à l'étranger*, 84 г., *Les corporations d'arts et métiers et les syndicats* 85 г.). Последняя у насъ подъ рукою его работа небольшая, но очень интересная, взята изъ *Bulletin de législ. comparée* и изд. у Pichon въ Парижѣ подъ заглавіемъ: *Les diverses législ. de l'Europe concern. les sociét. coopératives* (91 г.). Для товарищества торгов., съ обилиемъ литер. указаній не только по литер. франц., но и нѣмецк., воособ. *Traité de droit commercial*. Ch. Lyon Caën et L. Renault 2-е изд.), t. 2-me, fasc. 1 et 2 1890—1892). Назв. сейчасъ работа Valleroux оказываетъ особ. услугу для ознакомленія съ мало-доступнымъ для иностранцевъ движеніемъ англ. законодательства, которое испытываетъ на практикѣ очень значительную переработку, чтобъ отвѣчать требованіямъ дѣйствительности. Hubert Valleroux освѣщаетъ именно эту сторону дѣла чрезъ лич. сношенія съ людьми близко стоящими къ практикѣ. Никогда нельзя быть достаточно au courant всѣхъ новостей, которыя даетъ законодательство, практика и литература въ „крайне живомъ“ вопросѣ о союзныхъ формахъ предпріятій, особенно о коопераціяхъ. Законченная для разн. формъ *sociétés* назван. трактаты, появившіеся всего годъ назадъ, не знаютъ важнаго закона 1-го авг. 93 г. объ акціонерн. компаніяхъ. Нѣмецкая литература и законодательство постоянно приносятъ цѣнныя новости все въ этой же области.

*) Для иностранца эти наслоенія законодательныхъ актовъ особенно неудобны при изученіи дѣла и справкахъ. Указанная выше работа Vavasseur'a представляетъ собою то удобство, что читатель находитъ тамъ перепечатан-

имѣющихъ *personnalité civile* общія нормы установлены въ *Code civil*. Положенія *Code de commerce* не отмѣняютъ для товариществъ торговыхъ общихъ положеній о товариществахъ, выработанныхъ въ *Code civil*, кромѣ тѣхъ пунктовъ, въ коихъ для торговыхъ товариществъ указаны особые положенія въ законѣ или въ обычаяхъ (*lois et usages*. Ср. art. 18 *Code de com.* и 1873 С. с.). Точно также и позднѣйшіе законы, особенно законъ 24 іюля 1867 г. не замѣняетъ прежнихъ законовъ о товариществѣ, а лишь видоизмѣняетъ ихъ тамъ, гдѣ этого требуютъ свойства новыхъ формъ товарищества и нормы новаго закона.

Итакъ, намъ необходимо, хотя бы въ самыхъ общихъ чертахъ и независимо отъ позже возникшихъ контроверзъ, показать здѣсь же строеніе *soc. civile* по *Code civ.* Отношенія товариществъ возникаютъ изъ контракта и носятъ существенно договорный типъ (1832). Цѣль союза—общая прибыль; средство—имущественное общеніе товарищей (1832—33). Реквизиты формы суть общіе для всѣхъ контрактовъ (1325, 1347, 1848). Общеніе товарищей есть болѣе или менѣе полное, идущее *на все имущество* наличное (*soc. universelle de tous biens présents*), или *на все, что стяжаетъ товарищество* за время своего существованія (сюда идутъ всѣ движимости, а недвижимости только въ смыслѣ пользованія ими,—*société universelle de gains*. 1838), это *sociétés universelles*; другую категорію товариществъ составляетъ общеніе товарищей, ограниченное опредѣленными вещами, или пользованіемъ таковыми, для общаго предпріятія, для упражненія ремесла или профессіи (1841, 42),—это *soc. particulière*. Кромѣ этого дѣленія товариществъ на универсальныя и партикулярныя, *Cod. civ.* знаетъ товарищества срочныя, по свойству предпріятія, или пожизненныя и въ этомъ смыслѣ безсрочныя (1843, 44, 69).

Товарищи прежде всего обязаны внести свои ставки (*mise*),

ными одинъ за другимъ тексты законовъ о товариществахъ, titre IX (liv. III) *code civil*, artt. 1832—73 (см. Vavasseur, tome 2, 1-er append., стр. 339—354), titre III *code de commerce* (art. 18—64, съ видоизмѣнен. art. 27 и 28 по закону 63 года; тамъ же, стр. 374—377), законы 24 іюля 1867 г. и 22 января по 18 февраля 1868 г. (тамъ же, ств. 354—373; въ заключеніе Vavasseur перепечатываетъ законопроектъ 1884 года для акціонерныхъ компаній, стр. 377—398). Въ Append. 2-ме читатель найдетъ принятыя въ практикѣ формулы для разныхъ видовъ товариществъ, а) *soc. civiles, universelle de tous biens présents, de gains, particulière, simple, soc. particulières avec parts d'intérêts non négociables, avec actions ou parts d'intérêts négociables* (крайне любопытная по простотѣ реквизитовъ и по эффекту форма *soc. civile*, стр. 406), б) *soc. en nom collectif* (полное товарищество), в) *soc. en commandite* (товарищество на вѣрѣ). д) *soc. anonyme* (наша акціонерная компанія), е) *soc. coopératives* или *à capital variable*, ф) *association en participation* (стр. 401—468).

особенно вещи (1846). Вещи, предоставляемые товариществу лишь на правѣ пользованія, если онѣ суть обособленные объекты обладанія (*corps déterminés et certains*), притомъ непотребимые (*non consumtibles*), остаются въ теченіе товарищескаго общенія на страхѣ собственника; наоборотъ, вещи потребимыя, не индивидуализируемыя какъ первыя, назначенныя на продажу, переходятъ на рискъ товарищества (1851). Если не вещи, а промышленная дѣятельность товарища составляетъ его ставку, то онъ обязанъ отчетностью въ своемъ заработкѣ передъ товарищами (1847). Вещи, принадлежащія товариществу, предназначаются для употребленія каждаго изъ товарищей соотвѣтственно цѣли союза (1859 — 2⁰).

Что касается выгодъ отъ общаго дѣла, то онѣ распределяются пропорціонально ставкѣ каждаго товарищества въ общій фондъ (1853 al. 1).

По вопросу объ управленіи дѣлами товарищества важно въ особенности различать, было ли возложено веденіе дѣлъ союза *по силѣ самаго договора товарищества* на извѣстное лицо (*associé gérant*), или такой особой клаузулы въ договорѣ не было. Въ послѣднемъ случаѣ всѣ товарищи разсматриваются какъ взаимно уполномочившіе другъ друга на веденіе текущихъ дѣлъ товарищества, до нѣкотораго предѣла (для мѣръ улучшенія недвижимостей, напр., требуется общее согласіе, 1852). Если же полномочіе вести дѣло возложено силой самаго контракта на извѣстное лицо, то оно остается въ силѣ до конца товарищества, а уполномоченный въ правѣ вести дѣло хотя бы вопреки оппозиціи другихъ товарищей, натурально, въ извѣстныхъ предѣлахъ добросовѣстности (*sans fraude*, именно, art. 1856).

По отношенію къ *долговымъ обязательствамъ*, *Cod. civ.* опредѣляетъ, что отвѣтственность передъ кредиторомъ ложится на всѣхъ вступившихъ въ долговое обязательство товарищей въ равной мѣрѣ съ другими, развѣ бы выговорено было иное. При этомъ обязательство, заключенное отдѣльнымъ товарищемъ именемъ союза, обязываетъ его одного, кромѣ случая полномочія и обращенія сдѣлки на общую пользу (1863, 1864). Соучастники товарищества не связаны солидарной отвѣтственностью, если товарищество не есть торговое (1862).

Товарищество *прекращается* истеченіемъ времени, если оно срочное, прекращеніемъ дѣла, смертью естественною или умаленіемъ правоспособности (*interdiction*), несостоятельностью (*déconfiture*) одного изъ товарищей, выходомъ изъ состава за нежеланіемъ продолжать товарищеское отношеніе (1865).

Вотъ главные и несомнѣнно характерныя черты товарищества гражданскаго, не торговаго, по Code civil, носящаго всѣ признаки чисто индивидуалистскаго договорнаго союза, безъ *personnalité civile* *).

Несмотря на всѣ эти ярко выраженные черты такъ назыв. *soc. civile*, толкователи послѣдняго времени, т.-е. эпохи остро опредѣлившейся потребности давать сколь возможно льготныя условія для образованія союзовъ и сообщить имъ возможно большій юридическій эффектъ, ищутъ всѣми способами извлечь изъ статей Code civil аргументацію въ пользу признанія и за этой формой не просто только договорно-обязательственнаго строенія отношеній, а именно обособленной отъ товарищей, хотя бы и въ ограниченномъ смыслѣ, союзной личности (*personnalité restreinte*).

Мы остановимся на этомъ стремленіи французской юриспруденціи дальше въ этомъ же раздѣлѣ. Оно крайне характерно для духа времени, во-первыхъ, и во-вторыхъ, это стремленіе составляетъ прямое послѣдствіе метода, коего держатся традиціоннымъ образомъ французы въ дѣлѣ присвоенія союзамъ именно свойствъ юридической личности. Чтобы освоиться съ этимъ методомъ намъ надо коротко пересмотрѣть отдѣльные виды такъ называемыхъ *sociétés commerciales*. Мы къ этому и приступаемъ.

Всякій разъ, когда операціи, составляющія задачу товарищества, принимаютъ характеръ *операций торговыхъ*, товарищескій договоръ долженъ подчиниться условіямъ и требованіямъ, установленнымъ для товариществъ торговыхъ того или другого вида (*société commerciale*).

Какими именно признаками французское право опредѣляетъ свойство предпріятія какъ торговаго — мы этого здѣсь вовсе не касаемся (см. Chap. 2 у Vavasseur, vol. 1, стр. 4—17).

Никто не сомнѣвается въ томъ, что по современному французскому праву товарищества торговыя пользуются особымъ юридическимъ положеніемъ, которое состоитъ въ томъ, что право признаетъ за ними свойства юридической личности, *personnalité civile*, что имъ въ силу этого присваивается какъ союзу, какъ цѣлому, отдѣльная отъ его сочленовъ правоспособность. Изъ

*) Для опредѣленія общихъ съ римскимъ правомъ положеній этого контракта удобнымъ средствомъ можетъ служить изданіе Code civil par H. J. B. Dard avec des notes indicatives des lois romaines и проч. Это изданіе повторялось не разъ.

всѣхъ видовъ торговыхъ товариществъ только *société en participation* не приобретаетъ этого свойства.

Что же это за товарищества? Вотъ коротко ихъ перечень и основныя черты ихъ строенія.

1) *soc. en nom collectif*, у насъ полное товарищество, торговый домъ. Это товарищество, въ коемъ *отдѣльные товарищи* ведутъ торгъ подъ общей фирмой (*raison sociale*, съ показаніемъ именъ участниковъ), и *отвѣчаютъ* всѣ *лично* и *солидарно* по обязательствамъ товарищества. Если бы по тѣмъ признакамъ, которые право римское считаетъ существенными для строенія *особой* отъ сочленовъ *личности союза*, у насъ спросили, есть ли эти признаки въ полномъ товариществѣ, то мы отвѣтили бы прямо — ихъ нѣтъ; французы говорятъ намъ, однако, — тутъ есть юридическое лицо (ученіе въ цѣломъ у Lyon Caen, *Traité*, v. II, стр. 107—292).

Какъ отвѣчаютъ на этотъ вопросъ современныя нѣмецкія законодательства и учителя — юристы, объ этомъ мы скажемъ впоследствии.

2) полное товарищество по существу своей конструкціи не можетъ обнимать широкаго круга лицъ, ибо въ основѣ его лежитъ такое безграничное взаимное довѣріе такихъ-то лицъ другъ къ другу, которое мыслимо только въ тѣсномъ кругу людей, близко одинъ другого знающихъ, и въ виду этого, всякій разъ когда товарищество ищетъ расширить свои денежные операціи, оно прибѣгаетъ къ другой союзной формѣ, гдѣ соучастіе въ полномъ товариществѣ опредѣляется *для лицъ стороннихъ* размѣромъ ихъ вклада, за предѣлами коего эти стороннія лица вовсе не принимаютъ на себя никакой евентуальной отвѣтственности по дѣламъ товарищества. Это *простая командита*, товарищество на вѣрѣ (тамъ же стр. 292—352).

3) но и съ этими осложненіями товарищество полное носить въ себѣ, несмотря на нѣкоторыя черты корпоративнаго строя (по француз. праву настоящую юридическую личность), отличающія эту форму отъ простой *société civile*, условія стѣснительныя и прямо элементы разложенія, крайне неблагоприятныя для большихъ и долгосрочныхъ коллективныхъ капиталистическихъ предпріятій.

Такимъ образомъ, необходимость вынуть капиталъ и трудность этой операціи отталкиваетъ отъ этой формы; съ другой стороны, смерть, разореніе одного изъ участниковъ можетъ роковымъ образомъ повліять на судьбу дѣла и парализовать его экономическую энергію. Отсюда потребность въ новой формѣ капиталистическаго

коллективизма, которой отвѣчаетъ конструкція *анонимнаго товарищества*, т.-е. *союза капиталовъ* вмѣсто союза лицъ (*société de capitaux*, а не *société de personnes*), гдѣ всѣ товарищи суть товарищи только по вкладамъ, гдѣ всѣ отвѣчаютъ только этой долей своего участія въ дѣлѣ, гдѣ каждую минуту отдѣльный акціонеръ можетъ выйти изъ союза, передавъ любому покупщику свое право соучастія и вовсе эгимъ не вліяя на судьбу самого товарищества (тамъ же, стр. 352—705).

На ряду съ этой формой слѣдуетъ поставить разработанную въ законѣ 24 іюля 67 года смѣшанную форму коммандитно-акціонернаго товарищества (ведущее торгъ подъ извѣстной фирмой), въ коемъ одна группа товарищей отвѣчаетъ лично и солидарно а другую составляютъ акціонеры, предѣльное соучастіе коихъ въ дѣлѣ устанавливается ихъ взносами (705—729).

Этихъ положеній для характеристики названныхъ товариществъ, которыя всѣ суть *sociétés commerciales*, для насъ пока здѣсь достаточно.

Всѣ эти формы торговыхъ товариществъ признаются имѣющими *personnalité civile*, т.-е. это суть юридическія лица.

Изъ всѣхъ видовъ торговаго товарищества *société en participation* не пользуются этимъ преимуществомъ, не имѣетъ *personnalité civile*. Это союзъ крайне жизненнаго для торговли характера, свободный почти отъ всякихъ обрядностей для его установленія, *отъ гласности* въ особенности, способный быстро слагаться — столь же быстро разрѣшаться. *Code de com.* опредѣляетъ его какъ союзъ въ формахъ, по предметамъ, по размѣрамъ интересовъ и по условіямъ образующійся всякій разъ въ виду обстоятельствъ и точнѣйшимъ образомъ опредѣляемый содержаніемъ договора (art. 48 *C. de com.*). Онъ очень въ ходу въ морскомъ торговомъ дѣлѣ (покупка цѣлаго груза судна, *cargaison*), въ сдѣлкахъ ярмарочныхъ на значительныя партіи товара. По конструкціи отношеній тутъ много аналогическаго съ нѣмецкимъ негласнымъ товариществомъ, особенно съ *Gelegenheitsgesellschaft*. Французское право не видитъ здѣсь не только общаго имущества, принадлежащаго товариществу, но не устанавливаетъ ни солидарной отвѣтственности товарищей другъ за друга, ни процессуальной дѣеспособности чрезъ общаго повѣреннаго, уполномоченнаго отъ товарищества (*gérant*). Эта форма для насъ здѣсь не представляетъ особаго интереса.

И такъ, французы принимаютъ обособленную юридическую личность для всякаго *гласнаго* товарищества, если оно есть *société commerciale*.

Сколько бы мы ни всматривались въ свойства юридическихъ отношеній, которыя лежатъ въ основѣ разныхъ видовъ гласныхъ торговыхъ товариществъ, мы никакъ не найдемъ той общей *внутренней* основы, которая одинакова служила бы оправданіемъ для присвоенія юридической личности всѣмъ тремъ названнымъ выше формамъ торговаго товарищества одинаково. Это намъ станетъ особенно ясно, если мы сопоставимъ полное товарищество, съ одной стороны, и акціонерную компанію — съ другой. Въ 1-мъ единство союза видно въ фирмѣ. Но при этомъ, однако, уже въ самой фирмѣ, независимо отъ другихъ указаній, могутъ быть видны *поименно всѣ образующіе союзъ участники*. Затѣмъ, нѣкоторые признаки корпоративнаго строенія видны въ управленіи дѣлами товарищества, въ солидарной отвѣтственности всѣхъ товарищей за долги союза (Code de com. art. 22), наконецъ, въ способности союза *d'ester en justice* въ составѣ цѣлаго товарищества, а не всѣхъ отдѣльно показанныхъ участниковъ...

И, однако, все же, и въ способахъ установленія этого союза, въ замѣнутости входящаго въ него круга лицъ, въ разныхъ чертахъ юридическихъ отношеній членовъ къ союзу, особенно въ способахъ его прекращенія (выходъ, несостоятельность, смерть отдѣльнаго товарища) столь явны черты не только не поглощеннаго, но даже не переработаннаго союзной формой индивидуализма соучастниковъ, что видѣтъ здѣсь не союзъ трехъ, а отдѣльную отъ этихъ трехъ и нейтрализующую ихъ четвертую, реально опредѣлившуюся и обособившуюся, какъ въ римской *universitas*, гражданскую личность, будетъ чистымъ произволомъ. *Это не есть только societas, чистая договорная форма общенія; но это также не есть и развитая, обособленная, самобытная фигура, отрѣшенная отъ даннаго состава людей граждански правособная личность, personnalité civile.*

Совершенно другую картину даетъ намъ компанія анонимная, гдѣ, начиная съ самаго наименованія ея, *должны исчезнуть* отдѣльные члены въ общемъ *анонимномъ* обозначеніи союза (Crédit Lyonnais, Urbaine), и ни одинъ изъ нихъ *не можетъ* быть названъ. Здѣсь все имущество есть союзное, а не членское. Если союзу принадлежитъ недвижимость, то акціи, принадлежащія членамъ, суть движимости. Долги союза не суть долги членовъ. Перемена состава союза, полная, безъ всякаго остатка стараго состава членовъ, измѣненіе ихъ благосостоянія, ихъ банкротство, весь обмѣнъ, вся жизнь и смерть людей, образующихъ это цѣлое, *юридически* ничего не рѣшаютъ, остаются со-

вершенно безразличными для существованія цѣлаго (см. выше приведен. мѣсто Альфена L. 76 D. de judiciis 5. I).

Отчего же, спрашиваемъ мы, французы на оба вида *soc. commerciales* кладутъ одну и ту же печать обособленной отъ его состава личности?

Дѣло совершенно простое! Интересы торгова, наживы, спекуляціи, въ глазахъ стараго законодательства, имѣли такое для характера союза опредѣляющее значеніе, что законодательство должно было, по этой чисто внѣшней, экономической, частью фискальной, а вовсе не юридической причинѣ, видѣть въ этихъ формахъ явленіе особое, отличное отъ союзовъ простыхъ, не торговыхъ. Эти явленія должны были быть отмѣчены особыми признаками, установленіе такихъ союзовъ требовало отдѣльных (первоначально очень сложныхъ и строгихъ) формальностей, они должны были заключать въ себѣ особыя гарантіи правильности въ самомъ веденіи дѣла (книговодство, art. 8 и слѣд. C. de com.), въ евентуальной подсудности ихъ, особой отъ общаго гражданскаго суда (коммерческіе суды), въ особыхъ цивильныхъ и уголовныхъ послѣдствіяхъ торговой несостоятельности (*faillite*, а не *déconfiture*). А такъ какъ съ понятіемъ личности, отдѣльной правоспособности, не соединялось опредѣленныхъ, точно установленныхъ реквизитовъ *внутренняго строенія* юридическихъ отношеній союза, то предоставленіе за одно всѣмъ предпріятіямъ наживнымъ, спекулятивнымъ, одной формы привилегированной правоспособности, *personnalité civile*, казалось простымъ дѣломъ справедливости.

Это была въ свое время имѣвшая свои основанія *привилегія олицетворенія*, подобнаго нѣкоторымъ общественнымъ союзамъ публичнаго и въ особенности церковнаго типа. Таковъ смыслъ и такова цѣль этой операціи.

Но какой же *приемъ*, какой методъ юридической техники здѣсь примѣняется?

Самый простой для того времени и къ сожалѣнію поднесъ доминирующій *приемъ*, который примѣняли здѣсь, былъ *методъ фикціи*. Мы скажемъ, воскрешая мысль средневѣковыхъ юристовъ, именно и въ особенности для товариществъ торговыхъ полныхъ, *quamvis non habeant veram personam, tamen fictione juris habent personam fictam* (ср. выше, стр. 382). Это дѣло чистѣйшаго формализма мысли, которому, по соображеніямъ чисто внѣшнимъ, можно произвольнымъ образомъ давать самое широкое и разнообразное примѣненіе. Мы это сейчасъ будемъ имѣть случай доказать...

Въ результатѣ разрушенія старинныхъ формъ общности, пустыхъ мѣстъ тамъ, гдѣ прежде интересы больше или меньше находили себѣ удовлетвореніе изъ ресурсовъ отжившихъ союзныхъ формъ, оказалось очень много. Въ массѣ случаевъ такіе интересы не имѣли ничего общаго съ коммерціей, и выработанныя юриспруденціей виды и формы *sociétés commerciales* совсѣмъ не отвѣчали этимъ потребностямъ.

Между тѣмъ успѣхи общественности развивались быстро въ новыхъ условіяхъ. Законодательство должно было отвѣчать не только необходимости въ замѣнѣ старинныхъ формъ общности новыми, но и еще потребности новыхъ формъ для союзовъ въ такихъ кругахъ лицъ и въ такой сферѣ задачъ, которыя совсѣмъ не были видны въ старое время.

Какой же отвѣтъ давало законодательство?

Кромѣ *société commerciale* для союзовъ свободныхъ была еще *société civile*, договорная форма сочетанія интересовъ, которую мы въ главныхъ чертахъ изобразили выше. Всматриваясь ближе въ эту конструкцію, мы видимъ, что она крайне узко скроена, если можно такъ выразиться, для того круга задачъ, которыя теперь становились на очередь.

Эта узость формы и неудовлетворительность конструкціи для массы новыхъ проблемъ видна главнымъ образомъ въ двухъ пунктахъ. *Société civile* только тамъ имѣетъ примѣненіе, гдѣ цѣль союза есть если не торговая, то все же только *стяжательная*. Между тѣмъ на очередь развитія новыхъ интересовъ становились теперь задачи построенія союзовъ не только корыстныхъ, но часто вовсе не носящихъ характера предпріятій денежныхъ. Съ другой стороны, конструкція простой *société civile* заключала въ себѣ то неудобство, что внѣшній эффектъ такого союза очень слабый. Выработанные въ *Code civil* элементы конструкціи, если они не осложнены реквизитами гласныхъ торговыхъ товариществъ, суть только внутренніе, касающіеся самихъ товарищей и далеко недостаточно опредѣляющіе отношенія цѣлаго къ 3-мъ лицамъ, стоящимъ внѣ союза.

Мы не можемъ исчерпать здѣсь всѣхъ задачъ, которыя ставила жизнь, и всѣхъ путей, которымъ слѣдовала французская юриспруденція, отвѣчая этимъ требованіямъ жизни. Это увлекло бы насъ далеко отъ нашей цѣли. Остановимся на явленіяхъ наиболѣе характерныхъ и важныхъ для насъ въ вопросѣ о юридическихъ отношеніяхъ союзовъ разнаго типа.

Въ ряду случаевъ, гдѣ союзъ явно не носилъ характера товарищества коммерческаго, а между тѣмъ простая договорная

форма *société civile* не отвѣчала вовсе потребности извѣстности и постоянства его отношеній и вмѣстѣ измѣнчивости его состава, французы примѣняли понятіе *société civile*, но съ усиленнымъ эффектомъ. Но въ какихъ именно случаяхъ?

Въ тѣхъ, гдѣ образованіе союза рассматривалось, по тому или другоуу поводу, какъ въ особенности желательное, не ради цѣлей исключительно частныхъ, а ради интереса общественнаго, даже публичнаго.

Въ такихъ случаяхъ союзъ лицъ, если съ нимъ связана *utilité publique*, не по свойству своего строенія, а по этому внѣшнему соображенію получаетъ *personnalité civile* опять *ex vi* *privilegii*.

Какимъ же методомъ можно совершать такіа преобразенія? Методомъ фикцій, *fictione juris*. Но, однако, этотъ методъ не способенъ же замѣнить дѣйствительности, не способенъ въ самомъ дѣлѣ дать юридическимъ отношеніямъ такого содержанія, котораго они не имѣютъ?

Очевидно, тутъ, въ этихъ случаяхъ, гдѣ по соображеніямъ *внѣшнимъ* и методомъ *фикцій* союзу присвоивается то, чего онъ не имѣетъ по своей природѣ, подъ понятіемъ *personnalité civile* разумѣется не вполнѣ то, что заключалось въ римскомъ понятіи *universitas*. Какой именно смыслъ фикціи даетъ французская юриспруденція въ этихъ и подобныхъ случаяхъ — мы будемъ имѣть случай сказать сейчасъ же. Образцомъ такихъ ассоціацій для цѣлей частью идеальныхъ, частью экономическихъ могутъ служить ассоціаціи напр. для *высшаго образованія*, далѣе, тоже не въ торговыхъ цѣляхъ предпринимаемая, задача *улучшенія* напр. *конской породы*, наконецъ, съ характеромъ болѣе локальнымъ, учрежденіе союзовъ *землевладѣльцевъ для орошенія* такой-то мѣстности (гренобльской долины), для *осушенія*, для украшенія такихъ-то дачныхъ мѣстностей и тому подобное.

Чтобъ такимъ экстреннымъ способомъ достигнуть во многихъ отношеніяхъ удобной юридической позиціи *personnalité civile* ассоціаціи подобнаго рода должны быть признаны за *общепользныя* декретомъ, основаннымъ на мнѣніи государственнаго совѣта (*avis du Conseil d'état* объ *utilité publique*). Тогда союзъ, не имѣющій не только свойства торговаго предпріятія, но не составляющій собственно даже *société civile* по *Code civil*, приобрѣтаетъ свойства *personnalité civile*.

Само собою разумѣется, что всякая *société civile* можетъ *организоваться на подобіе société commerciale*, независимо ни отъ чьихъ мнѣній или усмотрѣній. Тогда это будетъ *société*

civile, *въ формѣ société commerciale*. Но преимущества союзовъ такого рода, именно и въ особенности преимущество имѣть *personnalité civile*, приобрѣтаются здѣсь натурально болѣе или менѣе тяжелыми пожертвованіями для учредителей, ибо на *soc. civile à forme commerciale* будутъ лежать многія траты сопряженныя съ учрежденіемъ и веденіемъ дѣла торговаго, *les formalité de publicité* (особенно регистрація). Къ этому прибѣгать будутъ союзы неторговые по свойству задачъ лишь въ крайнихъ случаяхъ (Lyon Caen, t. II, № 92 и 1074 и слѣд.) *).

Въ виду этихъ complicatіѣй и обходовъ, одновременно съ развитіемъ потребности въ возможно легкомъ образованіи союзовъ, за коими, вмѣстѣ съ этимъ, право признавало бы эффектъ солидности и способности къ нѣкоторымъ операціямъ юридическаго характера, во французской юриспруденціи обнаруживалось все болѣе и болѣе настойчивое исканіе выхода къ тому, чтобы изъ наличныхъ ресурсовъ законодательства создать такого рода товарищества, которыя имѣли бы хотя не развитое до полного объема гражданской правоспособности, но все-таки достаточное для цѣлей даннаго союза свойство личности, опредѣленное притомъ самой природой правоотношенія, а не методой фикціи и не въ видѣ привилегіи.

Это движеніе въ высшей степени любопытное, практически важное и привлекающее къ себѣ все болѣе и болѣе вниманіе французскихъ юристовъ, ищущихъ разработки легальныхъ нормъ путемъ практическимъ въ ближайшемъ соотвѣтствіи практики сдѣлокъ и судовъ съ назрѣвающими новыми потребностями общественной жизни.

Это задача *исканія личности не того типа самостоятельнаго, самоцѣльнаго и законченнаго, какой дала намъ латинская universitas, а служебнаго, очень стѣсненнаго въ предѣлахъ своего развитія, коего подобіе въ правѣ римскомъ даетъ скорѣе persona alieni juris, чѣмъ persona sui juris* и для котораго французы стали употреблять мало прецизное названіе *personnalité restreinte*. По существу дѣло выдѣленія этихъ явленій изъ общаго строенія корпорацій латинскаго типа составляетъ практическую задачу первостепенной важности; подробности мы увидимъ дальше. Здѣсь считаемъ полезнымъ заранѣе замѣтить, что въ строеніи подобныхъ союзовъ, какимъ является товарищество торговое полное

*) Эта матерія принадлежитъ къ числу самыхъ controverznыхъ. Законъ 24 іюля 1867 г., особ. art. 55 и слѣд., касается этихъ вопросовъ, но далеко не устраняетъ всѣхъ недоразумѣній (ср. особ. Lyon Caen, t. II, № 2, 1084); подробностей намъ нельзя здѣсь касаться.

(société en nom collectif), или какая-либо ассоціація для орошенія гренобльской долины, *индивидуальность юридическая со-
членовъ и правоспособность ихъ* вовсе не поглощается союзной
правоспособностью, весь личный составъ союза виденъ, или по-
именно какъ въ товариществѣ полномъ, или по извѣстнымъ
признакамъ, владѣльцы такихъ-то участковъ; но связь лицъ не
есть только договорная, а съ извѣстными чертами корпора-
ции, съ такими именно, которыя необходимы для операціи вмѣ-
стѣ, союзомъ, болѣе надежныхъ и постоянныхъ, чѣмъ въ простой
société civile.

Въ смыслѣ историческомъ это явленіе на европейской почвѣ
далеко, конечно, не новое, хорошо знакомое средневѣковой эпохѣ,
несомнѣнно отличное отъ права римскаго и дававшее въ свое
время не мало труда старымъ итальянскимъ юристамъ. Тутъ
надо признать индивидуальность сочленовъ союза въ той или
другой мѣрѣ, и въ опредѣленныхъ отношеніяхъ дать союзу
элементы единства, которыхъ не даетъ простая форма договор-
наго товарищества. Какъ этого ищутъ достигнуть французскіе
юристы въ наше время, мы вскорѣ покажемъ. Задача, стало,
далеко не новая и представляющая нѣкоторый обратный ходъ
отъ крайностей современнаго индивидуализма къ типамъ союз-
наго правообладанія, характернымъ для стариннаго строенія евро-
пейскихъ обществъ.

Нигдѣ, конечно, явленіе индивидуализма и розни, столь
часто, къ сожалѣнію, смѣшиваемое съ понятіемъ личной незави-
симости и свободы, не дало такихъ печальныхъ результатовъ
въ современномъ общежитіи, какъ въ классѣ рабочемъ. Мысль
современнаго законодателя должна была по необходимости сосре-
доточиваться на этихъ послѣдствіяхъ разрушенія старинныхъ
формъ общности въ особенности. Мы выше намѣтили признаки
обнаруживающагося въ этомъ направленіи движенія законодатель-
ства во Франціи. Но, однако, задачи, направленные прямо на
поддержку рабочихъ кооперацій, были встрѣчены многими сомнѣ-
ніями, и подъ вліяніемъ этихъ сомнѣній обширный законодатель-
ный актъ, выработанный и введенный въ силу 24-го іюля 1867
года, не заявляетъ себя какъ направленный на поддержку
интересовъ рабочаго класса въ особенности. Въ немъ не встрѣ-
чается даже слово кооперація. Законъ ставитъ себѣ цѣлью со-
дѣйствовать, *въ духъ времени*, вообще развитію союзныхъ право-
отношеній. Онъ обнимаетъ товарищества командитныя на акціяхъ,
акціонерныя компаніи (tit I и II), облегчаетъ условія образова-
нія такихъ товариществъ (для акціонерныхъ компаній отмѣнено

требованіе правительственнаго разрѣшенія, art. 21), и на ряду съ этой задачей вводитъ въ titre III, такія видоизмѣненія условій образованія союзовъ, которыя, по своему существу, наиболѣе принаровлены къ потребностямъ рабочаго класса, хотя отнюдь не исключаютъ своего примѣненія для любыхъ круговъ лицъ, какъ нормъ общаго права, настоящаго *droit commun*.

Нѣтъ сомнѣнія, что въ составѣ французскаго законодательства, какъ мы его очертили до сихъ поръ, препятствіемъ къ образованію, широкому и свободному, союзовъ служилъ слишкомъ выразившійся индивидуалистическій характеръ простыхъ товариществъ (*soc. civile*) и осложненный требованіями формъ и задачами торговаго промысла характеръ строенія товариществъ коммерческихъ. Надо было найти средній путь для образованія, возможно болѣе легкаго и въ этомъ смыслѣ общедоступнаго, а вмѣстѣ и вполне эффективнаго, такихъ товариществъ, которыя связывали бы обширные круги лицъ и сообщали бы этой связи лицъ солидность, дающую союзу лицъ не одно свойство количественнаго сочетанія, но еще и характеръ независимаго отъ того или другаго состава, *постояннаго, прочнаго, продолжительнаго, самостоятельнаго въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ экономическаго и юридическаго существованія*. Тамъ, гдѣ такая союзная форма должна была служить не однимъ только владѣющимъ классамъ, тамъ, натурально, образованіе союза надлежало поставить сколько можно независимо отъ способности членовъ тотчасъ, при самомъ учрежденіи товарищества, дѣлать значительныя ставки въ союзную кассу и образовывать крупныя союзныя денежныя ресурсы, предназначенныя для цѣли наживы, риска, и безвозвратныя для вкладчика. На эти требованія законъ 1867 года отвѣчалъ слѣдующими положеніями.

Для образованія товариществъ не требуется необходимо заранее извѣстная сумма союзаго капитала (*capital fixe*). Товарищества любого рода, простыя, торговыя, полныя, командитныя, акціонерныя, съ той или другой цѣлью, могутъ образовываться, безъ установленія неизмѣннаго (*fixe*) союзаго капитала, чрезъ послѣдовательныя вносы или ставки извѣстнаго круга товарищей (не менѣе семи), или чрезъ пріемъ новыхъ, допуская такимъ образомъ возрастаніе, а съ другой стороны, чрезъ вынутае ставокъ или выходъ членовъ, умаленіе союзаго капитала. Эта основная черта, видоизмѣняющая строеніе товариществъ, даетъ имъ специфическое свойство союзовъ съ непостояннымъ или переменнымъ капиталомъ, „*société à capital variable*“, и дѣлаетъ всѣ виды товариществъ доступными для утилизаціи об-

ширнымъ кругамъ лицъ, нерасполагающимъ значительными денежными ресурсами.

И такъ, тѣ союзныя формы, которыя по свойству своего строенія были до сего доступны однимъ кругамъ лицъ, становятся со времени закона 1867 года доступными для любого круга лицъ.

Переведенныя на цифры эти видоизмѣненія даютъ, примѣрно, такіе результаты. Чтобы учредить акціонерную компанію не этого типа, а стараго, т.-е. à capital fixe, акціи не могутъ быть ниже ста (для компаніи, коихъ капиталъ не выше 200 тыс. фр.) и пятисотъ франковъ (гдѣ капиталъ выше указанной нормы) съ предварительнымъ вносомъ по крайней мѣрѣ четвертой доли капитала наличностью. Для soc. à cap. variable, гдѣ капиталъ не выше 200 тыс. франковъ, минимумъ для акцій— 50 франковъ, со ставкой наличностью десятой доли. Такимъ образомъ, анонимное товарищество съ переменнымъ капиталомъ, при легальномъ требованіи семи товарищей, конституируется при подписномъ капиталѣ въ 350 фр., если наличность составляетъ 5×7 , т.-е. 35 франковъ.

Любыя формы товариществъ, неторговыхъ, торговыхъ, всякаго типа, для какой угодно цѣли, стало быть, товарищества потребительныя (de consommation), взаимнаго кредита (de crédit mutuel), производительныя (de production), могутъ стать подъ дѣйствія закона 1867 г. для soc. à capital variable. Всѣхъ модификацій и сочетаній этихъ основныхъ типовъ перечислить невозможно. Мы беремъ эти основные, экономически опредѣлившіеся типы, которые всѣ развиваются въ той или другой степени въ любой современной культурной странѣ. Изъ этихъ трехъ типовъ артель потребительная нашла себѣ самую благопріятную почву въ Англіи, гдѣ колоссальныя дѣла этихъ артелей осложняются еще задачей выстройки жилищъ, приобретаемыхъ членами потребительныхъ артелей въ полную собственность *); артель

*) Это возбуждаетъ сенсацію у французовъ... Acquérir un immeuble en mangeant!—какой сюрпризъ можетъ превзойти это удовольствіе, особенно для семейнаго человѣка? Нѣтъ сомнѣнія, что одно это ожиданіе утолитъ, пожалуй, аппетитъ потребителя лучше иного блюда! Crüger даетъ картину развитія такихъ товариществъ, по истинѣ увлекательную не по однимъ только цифрамъ операций (въ 1888 г. потребителей товариществъ, о коихъ было сообщено на конгрессѣ въ Глазговѣ въ 1890 году, было 1,204, число членовъ 867 тыс. выручка отъ продажъ около 24 милл. ф. ст.; въ союзъ оптовой закупки входило 811 товариществъ, и этому союзу принадлежало 5 пароходовъ, 7 товарныхъ складовъ, свой обширный банковый отдѣлъ и много фабрикъ; см. у Crüger'a, стр. 66 и 72), но и по слѣдующимъ еще соображеніямъ: „der leitende Gedanke ist, wie zu den ersten Zeiten der christlichen Socialisten, dass die menschliche Gesellschaft ein Leib ist, der aus vielen Gliedern besteht und nicht eine Masse

кредитная крайне широко и разносторонне привилась и разрослась въ Германіи; наконецъ, артель производительная несомнѣнно возбуждала постоянно и возбуждаетъ теперь самыя свѣтлыя надежды особенно у французовъ.

Чтобы союзъ товарищескій подошелъ подъ дѣйствіе закона 1867 года и послѣдующихъ для *société à capital variable*, необходимо при самомъ его образованіи (въ статутахъ), частью и въ другихъ его документахъ, присвоивать ему эту квалификацію, *société à capital variable*, и указывать вмѣстѣ предѣлъ, ниже ко-его капитальная сумма товарищества не можетъ быть редуцируема (art. 51 и 58). Если это акціонерная компанія, то эти указанія имѣютъ быть обозначаемы въ ея фактурахъ, объявленіяхъ и проч. (art. 64).

Такъ какъ союзы этого типа могутъ быть гражданскими (ci-

unter einander kämpfender Atome. Die Führer fangen damit an, dass sie vere-
deln den Mensch..." (тамъ же, стр. 75, гдѣ указаны и характерныя для этого
движенія къ коопераціи воззрѣнія нѣкоторыхъ его вождей). Hubert Valleroux,
сводя результаты кооперативнаго движенія для Англіи къ еще болѣе красно-
рѣчивымъ цифрамъ (если членовъ кооперативныхъ союзовъ въ 1890 г. считали
1 милл. 55 тыс., которые всѣ нормально суть отцы семействъ, то польза этихъ
союзовъ распределяется на 4 до 5 милл. людей), заключаетъ: *les hommes de
bon vouloir et de travail qui ont de la fermeté et de la suite réussissent très
bien avec les lois actuelles; ceux qui n'ont pas ces qualités ne réussiront pas
même avec la législation la plus commode, car il n'y a pas de loi qui puisse
remplacer le travail et la capacité des hommes* (указ. брош. стр. 11). Крюгеръ,
какъ и другіе нѣмецкіе писатели (особенно Гирке), охотно отдаетъ своимъ со-
отечественникамъ предпочтеніе въ этомъ дѣлѣ образовывать союзы любого
рода, а не одного какого-либо исключительно (никому не уступая въ государ-
ственности и любви къ свободѣ, *haben die Germanen eine Gabe vor allen vo-
raus... die Gabe der Genossenschaftsbildung*—Гирке, *Das deutsche Genos. recht*,
1, стр. 3; Crüger, стр. 140); не менѣ того по цифрамъ видно такое же пре-
обладаніе у нѣмцевъ союзовъ кредитныхъ надъ иными, какъ у англичанъ—по-
требительныхъ, у французовъ—производительныхъ. Къ 31-му марта 1891 года
у нѣмцевъ числилось кредитныхъ союзовъ 1,046, потребительныхъ 301. иного
рода вмѣстѣ взятыхъ 50 (здѣсь показаны всѣ товарищества, вошедшія въ об-
щій союзъ съ принудительной или обязательной ревизіей каждые два года; см.
Crüger, стр. 167). У французовъ съ самаго начала кооперативнаго движенія
особымъ расположеніемъ пользовались продуктивныя артели по самымъ разно-
образнымъ отраслямъ производства (Crüger 106, 107, 115, 116, 120). Другіе
виды союзовъ часто примыкаютъ къ этой цѣли. Это рано обнаружившееся от-
ношеніе и теперь поддерживается одной обширной группой дѣятелей коопе-
раціи (коей органомъ служитъ „*Fédération nationale*“). Вожди этой группы ста-
вятъ себѣ цѣлью такую организацію промышленности и торговли, которая
была бы способна добросовѣстно посредствовать между производителями и по-
требителями. Задача поставлена весьма высоко и вмѣстѣ съ этимъ, конечно,
не столь близко къ практикѣ, какъ въ союзахъ иотребительныхъ и кредитныхъ.
Крюгеръ даетъ обзоръ движенія коопераціи и въ Россіи, очень, конечно,
краткое (стр. 321—329). Свѣдѣнія легко могутъ быть дополнены съ помощью
новѣйшихъ публикацій нашихъ экономистовъ, между коими впереди долженъ
быть поставленъ почтенный трудъ нашего профессора А. А. Исаева, „Начала
Политической Экономіи“. Спб. 1894 г., гдѣ читатель найдетъ особенно въ Отд.
I, въ гл. 11, 12, 13, въ Отд. II, въ гл. 7, въ Отд. IV, въ гл. 1, а также въ
Отд. VII обстоятельныя свѣдѣнія по вопросу объ ассоціаціяхъ разнаго рода и
обширныя указанія по западной и отечественной литературѣ вопроса.

viles) и торговыми, то натурально въ способахъ ихъ учрежденія, съ участіемъ, безъ участія нотариуса, съ публикаціей статутовъ или безъ нея, отдѣльные виды товариществъ слѣдуютъ особымъ правиламъ, свойственнымъ каждому виду въ особенности. Для однихъ эта формальная оснастка очень проста; для другихъ, идущихъ, такъ сказать, въ большое плаваніе, она болѣе сложна и не дешева. Регистрація и публикаціи въ легально указанномъ органѣ печати доводятъ траты учрежденія союзовъ до суммы, превышающей первоначальныя обязательныя личныя ставки (ихъ можетъ быть всего 35 фр., а расходовъ—80 фр.). При этомъ, кромѣ общихъ основъ для различенія союзовъ простыхъ и торговыхъ, дѣйствуютъ правила, что потребительные союзы суть простые, если они не оперируютъ дальше круга своихъ членовъ. Общества взаимнаго кредита суть товарищества торговыя, также какъ артели производительныя, если ихъ задачу составляетъ мануфактурная или торговая промышленность, а не земледѣліе или иной видъ промышленности экстрактивной.

Любопытнѣйшія и важнѣйшія именно для юридической стороны дѣла черты строенія этихъ союзовъ суть слѣдующія.

Прежде всего, французское право сообщаетъ *всѣмъ товариществамъ этого типа свойство юридической личности, personnalité civile*.

Мы видѣли выше, какъ мало опредѣленности юридическимъ отношеніямъ союза даетъ эта фикція и эта привилегія, когда ее присвоиваютъ торговому товариеству, безразлично, полному или анонимному. Эту функцію стали позже примѣнять еще шире, и вотъ теперь свойство личности приписывается не только торговому товариеству любого строенія, но даже простой *société civile*, если это есть товарищество *à capital variable*.

Почему жъ это такъ, почему, по какимъ основаніямъ, не только внѣшнимъ, позитивнымъ, а внутреннимъ, одно товарищество, не торговое, будетъ лишено *personnalité civile*, а другое такое же получить это свойство? Это и есть именно вопросъ, насъ здѣсь наиболѣе интересующій. При какихъ реквизитахъ это свойство сообщается союзу и какое дѣйствіе оно имѣетъ? Разсмотримъ то и другое.

Союзы любого рода, *civiles, commerciales, à capital variable*, получающіе *personnalité civile*, а въ особенности *société civile*, отличаются отъ обыкновеннаго простого товарищества *нѣкоторыми элементами строенія, которые даютъ имъ вообще свойства не просто только договорнаго союза, а именно черты корпорации*. Кто эти лица, которыя нормально вступаютъ въ союзы этого

типа, и чѣмъ опредѣляется измѣнчивость союзнаго капитала? Эти лица суть нормально рабочіе люди, экономически совершенно безсильные какъ индивидуумы, безпомощные врозь. Капиталъ, который они въ силахъ образовать, есть, особенно въ началѣ, минимальный. Иногда это небольшія деньги, чаще—орудія производства и сырье, подлежащее обработкѣ. Весь расчетъ построенъ на сбереженіяхъ и послѣдующихъ ставкахъ товарищей. Это расчетъ будущаго. Основная черта всей конструкціи, измѣнчивость капитала, опредѣляются приливомъ и отливомъ членовъ союза. Ихъ вступленіе даетъ подъемъ, ихъ выходъ упадокъ силъ союза. Они сами образуютъ ту силу, которую въ союзѣ не личномъ, а предпринимательскомъ капиталистскомъ образуетъ наличное имущество. Посему первая и главная черта этого союза есть не только ихъ довѣріе къ союзу, но и довѣріе союза къ нимъ. Особенность этой *societas*, отличающая ее отъ индивидуалистической римской *societas*, состоитъ въ томъ, главнымъ образомъ, что не члены только способны покинуть союзъ, опять и тутъ не вполне свободно, но и самый союзъ въ правѣ выкинуть ихъ вонъ, какъ негодныхъ союзниковъ.

Во взаимныхъ отношеніяхъ членовъ другъ къ другу скрывается не только начало равенства и братства, которое характерно для индивидуалистской *societas*, но рядомъ съ этимъ и начало подчиненія отдѣльнаго лица большинству, сочлена союзу, котораго вовсе не знаетъ латинская *societas*. *Союзъ какъ цѣлое стоитъ здѣсь по отношенію къ отдѣльному члену, какъ предприниматель къ долевымъ соучастникамъ предпріятія.* Ихъ главная ставка въ предпріятіи — это они сами. Эта ставка можетъ оказаться только бременемъ, и ее устраняютъ. То, что сочленъ вносить, кромѣ своего соучастія какъ рабочей силы, столь незначительно для союза и столь важно для него самого, что ему предоставляется выйти изъ союза и взять съ собой всю свою часть. Конечно, въ отдѣльныхъ случаяхъ и по особому уговору, особенно въ артеляхъ производительныхъ, эта выемка своей ставки можетъ быть весьма ограничена. Все же однако, расчетъ не въ деньгахъ, а въ лицахъ, образующихъ союзъ, въ ихъ личныхъ свойствахъ, въ ихъ солидарности съ интересами союза, а не въ ихъ матеріальномъ соучастіи, не въ ихъ денежныхъ вносахъ. Изъ этого особаго состава союза, очевидно, вполне отличнаго и отъ римской *societas* и отъ ихъ *universitas*, развиваются всѣ элементы строенія этихъ *société à capital variable*.

Такимъ образомъ А, если *soc. à capital variable* составляетъ

хотя простую *société civile*, то общія опредѣляющія черты этихъ союзовъ будутъ слѣдующія:

1) Союзъ не ограничивается замкнутымъ кругомъ лицъ; наоборотъ, основная его черта есть способность постоянно измѣняться, причемъ самъ союзъ остается все тѣмъ же, какъ и въ *universitas*, а не становится инымъ при всякой смѣнѣ, какимъ бы онъ былъ при латинской *societas*.

2) Союзъ есть прежде всего личный, причемъ члены союза свободны оставлять его, но *подлежатъ и исключенію* опредѣленіемъ большинства (art. 52 al. 2).

3) Члены выходящіе и удаляемые *уносятъ съ собой свои доли участія* имущественнаго въ товариществѣ, но, однако, только до извѣстнаго предѣла убыли товарищеской кассы, который указанъ въ законѣ (не ниже $\frac{1}{10}$ всего товарищескаго капитала; art. 51), или въ сроки и въ порядкѣ указанные особымъ соглашеніемъ (*à moins de conventions contraires*, art. 52, но и при этомъ стѣсненія имѣютъ свои границы).

4) Не только уходящіе, но и удаляемые *члены остаются ответственными* по обязательствамъ товарищества, образовавшимся за время пребыванія ихъ въ союзѣ, въ теченіе пяти лѣтъ (art. 52). Смерть отдѣльнаго товарища, его несостоятельность не прекращаютъ связи между остальными сочленами.

Вотъ отдѣльныя черты корпоративнаго строя этихъ особыхъ союзовъ нашего времени, которые во многомъ напоминаютъ строеніе подобныхъ же союзовъ въ средніе вѣка и вовсе расходятся съ извѣстными намъ типами латинскихъ товариществъ и юридическихъ лицъ.

Какое же дѣйствіе этой *personnalité civile*, какой эффектъ при показанныхъ основахъ строенія?

Очевидно, тутъ нѣтъ возможности проводить юридически такъ именно разницу между принадлежностью имущества сочленамъ корпораціи и самой корпораціи, какъ это дѣлается въ строеніи римской *universitas*. Вся артель есть не столько владѣющая, сколько ищущая стать въ положеніе коллективнаго обладанія. Ставка денежная, каждаго, отдѣльно взятая, есть и остается его имуществомъ, вложеннымъ въ общее дѣло и не вполне свободнымъ, пока членъ пребываетъ въ союзѣ или пока союзъ не разорванъ. Долги союза не суть только обязательства союза, а эвентуально это обязательства сочленовъ наличныхъ и выбывшихъ. При такихъ условіяхъ характеризовать юридическія отношенія союза понятіемъ собственности, принадлежащей союзу, а не чле-

намъ, понятіемъ обязательствъ союзныхъ, въ отличіе отъ обязательствъ сочленовъ, было бы явной ошибкой.

Обособленной и самостоятельной, при томъ полной и законченной правоспособности союзной, какая свойственна самодеятельному или самоцѣльному лицу (*persona sui juris*), здѣсь вовсе нѣтъ. Но союзъ не есть также только простое множество людей, преслѣдующихъ по уговору одну задачу. Тутъ больше юридическаго содержанія. Это не правоспособная, отдѣльно отъ союза, а организованная для коллективной дѣятельности, стало быть, коллективно дѣеспособная корпорація. Эта дѣеспособность союза видна въ его операціяхъ на имя и за счетъ товарищей въ предѣлахъ, указаннымъ общими нормами или особыми соглашениями; она видна, сверхъ того, въ его способности искать и отвѣчать на судѣ именемъ цѣлаго. Одно это положеніе измѣняетъ всю юридическую позицію такого союза въ отличіе отъ простого товарищества. Если бы это были только договоромъ связанныя лица, то для иска и отвѣта на судѣ каждый товарищъ отдѣльно имѣлъ бы фигурировать въ процессуальномъ смыслѣ какъ отдѣльный субъектъ процессуальнаго правоотношенія. То, что коснулось одного, что имѣетъ силу для этого лица, то не касается, то не имѣетъ силы для другого. Согласно французской процессуальной максимѣ *nul ne plaide par procureur*, лица имѣющія хотя бы общій для нихъ товарищескій интересъ, должны искать и отвѣчать на судѣ *поименно*, если товарищество не представляетъ собой юридической личности особой отъ товарищей. Пусть этотъ кругъ лицъ коллективно поручитъ защиту своихъ интересовъ общему повѣренному, — это не избавитъ ихъ отъ необходимости, въ силу указанной максимы, быть поименно перечисленными въ отдѣльныхъ процессуальныхъ дѣйствіяхъ, ибо каждый изъ нихъ все таки самъ лично остается стороной въ дѣлѣ, и общій мандатарій не можетъ своимъ именемъ дѣйствовать за довѣрителей (*art. 61 C. de proc. civ.*). Легко себѣ представить, къ какимъ осложненіямъ, иногда совершенно неодолимымъ, ведетъ этотъ процессуальный реквизитъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ товарищество очень многочисленно и составъ его измѣнчивъ.

Въ виду этого признаніе за союзомъ хотя бы не *personnalité civile* въ полномъ смыслѣ, а одной только процессуальной дѣеспособности, *droit d'ester en justice*, составляетъ въ практическомъ смыслѣ преимущество капитальной важности. *Sociétés civiles à capital variable* пользуются имъ въ силу закона 67 г. въ полной мѣрѣ. Натурально, размѣры не только дѣе-, но и правоспособности союзовъ *à capital variable* могутъ видоизмѣняться

силой ихъ статутовъ въ предѣлахъ общихъ легальныхъ нормъ. Мы хотимъ здѣсь отмѣтить только, что въ современномъ строеніи союзныхъ формъ возможны такія явленія, коихъ мы не видимъ въ реципированномъ правѣ. Правоспособность отдѣльных членовъ вовсе не поглощается общей правоспособностью союза, наоборотъ, всѣ они видны отдѣльно съ ихъ притязаніями на доли и съ ихъ отвѣтственностью по обязательствамъ союза, и не менѣе того ихъ связываетъ такого рода корпоративная организація, которая сближаетъ ихъ въ отношеніи къ дѣеспособности съ настоящими корпораціями.

Мы указали выше противуположенія двухъ видовъ союзовъ, *sociétés de personnes* и *sociétés de capitaux*. Чистый типъ перваго есть простое товарищество, *société civile*, безъ осложненія измѣнчивостью состава. Чистый типъ *soc. de capitaux*, который есть подлинная, особая отъ членовъ и вполне развитая гражданская личность, представляетъ акціонерная компанія, *société anonyme*. Что же будетъ собой представлять та форма, которую мы здѣсь рассматриваемъ? Мы уже имѣли въ виду выше образованіе средней формы между обѣими типическими, чистыми формами товарищества. Это именно *soc. en nom collectif*, которая есть собственно *société de personnes*, но осложненная нѣкоторыми началами единства, свѣственными *société de capitaux*. У нея есть единая фирма, *raison sociale* съ именами товарищей, съ нѣкоторой организаціей и со способностью *ester en justice*, въ качествѣ торговаго дома, съ преимуществомъ личности по своему свойству гласнаго торговаго товарищества. Что же такое *soc. à capital variable*? Тутъ есть элементы строенія подлежащей *société de personnes*, ибо все дѣло въ членахъ союза, въ ихъ надежности. Они солидарно отвѣчаютъ за дѣла какъ въ торговомъ домѣ, они могутъ взять свои вклады, на нихъ могутъ лечь долги союза? Это черта, приближающая ихъ къ строенію *soc. en nom collectif*. Но рядомъ съ этимъ у нихъ много больше чертъ корпораціи, приближающихъ ихъ къ типическому союзу капиталовъ, къ акціонерному товариществу. Здѣсь мѣняются лица безъ вліянія на строй цѣлаго, здѣсь большинство голосовъ. Сначала роль капитала здѣсь есть ничтожная, и центръ тяжести и расчетовъ покоится на личныхъ свойствахъ товарищей. Но вѣдь это не постоянно такъ. Накопленіе денежныхъ ресурсовъ составляетъ цѣль организаціи. Вѣнцомъ усилій будетъ образованіе такихъ суммъ, такихъ значительныхъ долей именно денежнаго участія, что союзъ изъ товарищества смѣшаннаго типа, лежащаго между чистой *société civile* и чистой *société de capitaux*, съ

легкостью можетъ изъ *société civile à capital variable* преобразиться въ *soc. commerciale*, въ акціонерную компанію *à capital variable*, гдѣ тотъ же кругъ товарищей, вмѣсто условной и нѣсколько прекарной принадлежности къ кругу собратій по труду и бѣдности, станетъ въ положеніе торговаго союза со свойствомъ развитой союзной личности, соучастіе въ выгодахъ коего составляетъ своеобразную цѣнность, именуемую акціей, способную быть предметомъ обмѣна въ болѣе или менѣе широкомъ и свободномъ кругу лицъ, уже вовсе не ограниченномъ прежними сотрудниками общаго дѣла.

И такъ, между чисто индивидуалистской и подлинно-корпоративной формой союза располагаются сочетанія формъ товарищества съ наклономъ къ тому или другому основному типу. Торговый домъ ближе къ индивидуализму; товарищество *à capital variable*, хотя бы и не торговое, ближе къ корпоративному строю.

Задача новой юриспруденціи стала много выше прежнихъ проблемъ. Мы не ограничиваемся указаніемъ грубыхъ различій явленій жизни, не ищемъ насильственно, такъ сказать, втискать ихъ въ какія-либо двѣ, три типическія формы цѣной утраты подлинныхъ чертъ живого явленія. Вмѣсто этого приѣма обобщеній и абстракцій, мы идемъ къ изученію мелкихъ различій, къ индивидуализаціи формъ, хотя бы не выражающихъ вполне строго и отчетливо, а лишь приблизительно черты того или другого типа.

Вмѣстѣ съ этимъ задача наша уходитъ отъ служенія только капиталистическимъ интересамъ, только классамъ владѣющимъ, въ особенности торговцамъ. Это не патриціанская юриспруденція. Это не квинтскій формализмъ. Мы приближаемся къ задачамъ преторской системы, съ характеромъ примѣнительныхъ нормъ, со свойствомъ эквитета, не повелительнымъ въ отношеніи къ гражданскому обмѣну, а наоборотъ, прилаживающимся къ его жизненнымъ требованіямъ. Нѣтъ сомнѣнія, что съ этимъ вмѣстѣ часто утрачивается легкая распознаваемость нашихъ конструкций, ихъ рѣзкій чеканъ. Но за то на формахъ союзныхъ нашего права виденъ весь процессъ выращиванья товариществъ. Намъ недостаточно сказать—вотъ этотъ союзъ имѣетъ свойства личности, а эготъ лишенъ этого свойства. Мы можемъ и должны различать тѣ или другіе элементы, изъ коихъ складывается гражданская личность въ строеніи союза. Они въ началѣ могутъ быть чисто зародышными. Мы ихъ культивируемъ и на этой степени. Изъ сочетанія экономически-ничтожныхъ ресурсовъ, за коими ютится нищета и трудъ, вырастаютъ такія союзныя формы, которыя своимъ экономическимъ значеніемъ не только замѣняютъ,

но прямо угрожаютъ противупобщественнымъ явленіямъ монопо-
ліи и захватовъ, столь часто вызывавшимъ самые тяжелые со-
ціальные кризисы въ европейскихъ обществахъ.

Мы регистрируемъ это движеніе *развивающихся* союзовъ и
ищемъ юридическихъ *формулъ* для *разныхъ фазъ* этого процесса
превращенія отдѣльныхъ атомовъ въ союзное тѣло, съ болѣе или
менѣе постоянными и отвердѣвшими, такъ сказать, признаками
строенія настоящей корпораціи.

Въ результатѣ кооперація можетъ придти къ тому типу so-
ciétés à capital variable, гдѣ союзъ становится торговымъ пред-
пріятіемъ, société commerciale, сохраняя свойство измѣнчивости
капитала.

В, По отношенію къ этой фазѣ или именно къ анонимнымъ
товариществамъ à capital variable, въ особенности, законъ 67-го
года, кромѣ общихъ нормъ для всѣхъ sociétés à capit. variable
(выше, лит. А), даетъ отдѣльныя опредѣленія. Эти опредѣле-
нія касаются не самой юридической природы союзовъ, а нѣко-
торыхъ частныхъ. По существу союзы эти здѣсь намъ мало лю-
бопытны, ибо представляютъ собою черты настоящей латинской
universitas, т.-е. отдѣльной отъ членовъ граждански развитой
правоспособности союза.

Въ главныхъ пунктахъ особыя правила для этого рода ано-
нимныхъ товариществъ суть слѣдующія: а) акціи, какъ было
указано выше, могутъ быть въ 50 франковъ, съ обязательнымъ
внесомъ при подпискѣ наличности въ 5 фр. ($\frac{1}{10}$ суммы акціи),
при составѣ семи членовъ, а въ командитѣ на акціяхъ — под-
писка должна быть въ 200 франковъ, при 4-хъ товарищахъ, съ
наличностью въ 20 фр.; б) всѣ акціи этого рода должны быть
именными, чтобъ избѣжать спекуляцій, которыя были бы осо-
бенно опасны въ этомъ родѣ союзовъ, причемъ общее собраніе
или административный совѣтъ можетъ не допустить передачи
акцій даже чрезъ трансфертъ (art. 50); в) капиталъ такихъ
акціонерныхъ компаній не долженъ превышать maximum 200,000
фр., съ ежегоднымъ повышеніемъ на такую же сумму; д) свой-
ство союза какъ акціонернаго, съ измѣнчивымъ капиталомъ, и
сумма, ниже коей не можетъ быть редуцируемъ капиталъ, должны
явствовать изъ его статутовъ и должны быть показываемы въ дѣ-
ловыхъ бумагахъ союза.

Не можетъ быть никакихъ сомнѣній въ заслугахъ новой
юриспруденціи при выработкѣ этихъ формъ, представляющихъ
много удобствъ для коллективныхъ операцій рабочаго класса въ

особенности, хотя весьма многое въ нихъ, особенно въ подробностяхъ, остается крайне controvertible.

Но задачи, которыя ставить себѣ наука и практика во Франціи, въ этомъ дѣлѣ не останавливаются и на этомъ.

Мы видѣли выше союзы стариннаго происхожденія, за коими издавна признается качество особой отъ сочленовъ личности. Мы видѣли формы союзовъ относительно-новѣйшаго типа, коимъ присвоивалось строеніе личное, потому что они торговые, промышленные, наживные, и въ этомъ смыслѣ заслуживающіе поощренія. Мы видѣли выше союзы, съ признаками личности, типа небарышническаго, которые возводятся въ личные, потому что въ нихъ скрыта *utilité publique*. Возможны союзы не торговые, которые становятся личными, потому что принимаютъ форму торговыхъ. Мы пришли, наконецъ, къ новѣйшему типу союзовъ, тоже въ той или иной мѣрѣ личныхъ, по соображеніямъ ихъ социальной пользы для возрастающихъ массъ людей труда въ особенности.

Французская юриспруденція не останавливается и на семъ послѣднемъ мотивѣ личнаго строенія союзовъ. Уже давнымъ давно въ средѣ французскихъ юристовъ встрѣчаются controvertible мнѣнія при толкованіи *articl'ей Code civil*, касающихся строенія чистыхъ и простыхъ товариществъ цивильныхъ, не торговаго типа и ничѣмъ особенно неквалифицированныхъ. Это *sociétés sans personnalité civile*. Нормы *Code civ.*, какъ это мы видѣли, сводятся такъ легко къ строенію чистой латинской договорной *societas*... Такъ долгое время ихъ и рассматривали. Но вотъ настоящая потребность въ союзныхъ формахъ нѣсколько болѣе прочнаго корпоративнаго типа побуждаетъ французскихъ юрисконсультовъ искать признаковъ корпоративнаго строя даже въ этихъ простыхъ договорныхъ товариществахъ. Возрѣнія этого рода развиваются у французовъ не въ отвлеченныхъ трактатахъ, а въ рѣшеніяхъ судовъ. Тутъ крайне много controvertible. Намъ неудобно здѣсь присматриваться къ этому направленію въ движеніи практики. Довольно сказать, что профессоръ Lyon-Caen, который не принадлежитъ къ этой группѣ юристовъ, отмѣчаетъ все возростающее стремленіе допускать и въ союзахъ *sans personnalité civile* нѣкоторые признаки корпоративнаго строенія, отдѣльныя черты союзной личности *). У юристовъ-практиковъ рѣчь идетъ натурально главнымъ образомъ о томъ, можно ли вывести такія положенія изъ текстовъ *Code civ.* или нѣтъ? Воз-

*) *Traité*, t. II, p. 94, прим. 1 и 2.

можно, что при буквальномъ разумѣніи элементы корпоративнаго строя не легко вырабатываются изъ текстовъ Code civil, и это основа взглядовъ одной группы юристовъ. Но дѣло до крайности жизненное... Рѣчь идетъ уже не о текстѣ стараго закона только, а о той широтѣ и свободѣ образованія товариществъ съ гражданскими цѣлями, которую допускаетъ новое законодательство и которую питаетъ обильно духъ времени. Задача поставлена въ томъ смыслѣ, чтобы путемъ договорнаго права достигнуть хотя бы и не прямого признанія особой отъ членовъ и полной правоспособности союза. Задача не носитъ радикальнаго характера, она вся ограничена тѣмъ, чтобы устранить нѣкоторыя неудобства господства индивидуалистическихъ элементовъ въ строеніи простыхъ товариществъ и сообщить имъ нѣкоторыя удобства и выгоды строенія корпорацій.

Практика англійскаго права въ этомъ дѣлѣ свободы союзовъ идетъ впереди всѣхъ континентальныхъ государствъ. Формальные реквизиты образованія союзовъ и регламентація наружная доведены тамъ до минимума и замѣнены контролемъ дѣятельности союзовъ по существу **). Группа французскихъ писателей, идущихъ къ этой цѣли, должна на пути одолевать большія трудности, ибо нѣтъ сомнѣнія, что Code civil образовался весь въ духѣ очень ясно выраженнаго индивидуализма. Не менѣе того это стремленіе французовъ не заключаетъ въ себѣ ничего произвольнаго или незрѣлаго. Наоборотъ, къ этой задачѣ шло и идетъ само французское законодательство смѣлыми и быстрыми шагами. Цѣль, къ которой стремятся юрисконсульты этого лагеря, состоитъ въ томъ, чтобы дать свободному договорному товариеству весь эффектъ, котораго только возможно достигнуть путемъ договора. Это отвѣтъ на требованія жизни. Союзы должны быть поощряемы не по тѣмъ или другимъ исключительнымъ соображеніямъ, а по тому одному, что они суть союзы, что это не рознь, а общеніе людей въ сферѣ права. Отъ права особеннаго для союзовъ того или другого типа нынѣшняя юриспруденція идетъ къ настоящему общему союзному праву. На этомъ пути нельзя не привѣтствовать всякаго, хотя бы и не особенно виднаго, въ первую минуту, успѣха.

Если англійская система вовсе не знаетъ различія правъ товариществъ торговыхъ и просто гражданскихъ, если англичане допускаютъ въ простой *partnership*, вовсе не возведенной въ *personnalité civile*, право кредиторовъ союза искать удовлетворенія

**) Hubert-Valleroux, Les diverses législ. de l'Europe etc., стр. 14 и 15.

изъ складочнаго имущества предпочтительно передъ личными кредиторами отдѣльныхъ членовъ товарищества, если, наконецъ, простая *partnership* можетъ пледировать на судѣ подъ именемъ союзной формы, не называя поименно товарищей, то что, въ самомъ дѣлѣ, кромѣ безжизненной буквы закона, будетъ стоять на пути французской юриспруденціи къ тѣмъ же цѣлямъ?...

Это стремленіе нашло себѣ въ послѣднее время очень краснорѣчивое выраженіе въ небольшой работѣ дижонскаго профессора Marcel Mongin *). Mongin ищетъ примирить новыя стремленія жизни и практики съ текстами стараго кодекса. Это дается ему не легко. Метода Mongin заслуживаетъ полнаго одобренія и за ней, конечно, будущее въ задачахъ этого рода. Онъ ищетъ для *société civile* безъ *personnalité morale* *внутреннихъ признаковъ*, которые, *независимо отъ фикцій*, сближаютъ въ извѣстныхъ случаяхъ товарищество цивильное съ торговымъ. Эти внутренніе признаки сводятся къ 4-мъ слѣдующимъ.

1. Имущество товарищества, не имѣющаго вовсе свойствъ обособленной отъ отдѣльныхъ товарищей гражданской личности, находится, пока союзъ длится, въ общей собственности товарищей, но въ общей собственности не того типа, который знаетъ право римское (кодифицированное), а въ общей собственности не допускающей ни отчужденія, ни обремененія долгами со стороны товарища, который не уполномоченъ управлять дѣлами до того срока, пока длится договорно-товарищеское отношеніе. Это ясно выражено въ art. 1860 Cod. civ. Mongin называетъ это *служебностью или сервитутомъ недѣлимости* (*servitude d'indivision*). Отсюда идетъ заключеніе, что кредиторы товарища не въ правѣ требовать изъ товарищескаго имущества удовлетворенія своихъ личныхъ къ имуществу притязаній. Такимъ образомъ, товарищескій фондъ идетъ на предпочтительное удовлетвореніе обязательствъ союзныхъ, а не отдѣльныхъ cadaго товарища. Съ нѣкоторыми ограниченіями, нѣтъ сомнѣній, это возможно допустить. И въ такомъ случаѣ простое товарищество будетъ въ этомъ пунктѣ сходиться съ конструкціей союза *avec personnalité morale*. Для коллективныхъ операцій товарищества это дѣло крайней важности.

2. Въ случаяхъ, гдѣ есть обособленная союзная личность,

*) Работа появилась сперва въ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, затѣмъ отдѣльной брошюрой у Cotillon. Mongin не названъ у Lyon Caen въ его *Traité*, vol. II fasc. 1-е, потому, конечно, что обѣ работы появились почти одновременно. Литературныя указанія и ссылки на практическую юриспруденцію весьма обильны въ названной брошюрѣ. Къ удивленію у *Vavasseur*а мы не встрѣтили указаній на Marcel Mongin.

отдѣльный товарищъ, назовемъ его Ч., къ которому обращено взысканіе со стороны 3-го (Т.), не можетъ противопоставить ему возраженіе о зачетѣ (компензаціи) этого взысканія требованіемъ союза (С.) къ Т. Основаніе ясно. С. (союзъ) и Ч. (членъ его) суть разныя лица, а компенсировать требованія Т. къ Ч. можно только встрѣчнымъ требованіемъ Ч. къ Т. Совсѣмъ иное дѣло тамъ, гдѣ союзъ и членъ его не разноличны, а лично тождественны. т.-е. когда у союза нѣтъ ничего своего, особаго отъ членовъ. Тогда, естественно, требованіе Т. къ Ч. можетъ быть встрѣчено возраженіемъ о компензаціи. Mongin, однако, въ той же art. 1860 находитъ основаніе, надо сознаться, нѣсколько отдаленное, для недопущенія компензаціи взысканія со стороны Т. къ Ч. требованіемъ С. къ Т., ибо тогда часть принадлежащаго союзу требованія (та, которая идетъ на долю должника Ч., если трое членовъ, то одна треть) къ Т. пошла бы на погашеніе личнаго обязательства Ч. къ Т., а не для союзныхъ цѣлей, что-де противно art. 1860.

3. Еще смѣлѣе и случайнѣе идея отстаиваемая Mongin въ третьемъ пунктѣ его конструкціи, гдѣ онъ старается доказать, что если по art. 529 имущество недвижимое акціонерной компаніи обращается у акціонеровъ въ движимости, ибо таковы суть акціи, то подобное же преображеніе возможно и въ нѣкоторыхъ видахъ договорныхъ товариществъ. Быть можетъ, но самое явленіе не характерно въ цѣломъ и объясненіе слишкомъ комплицировано (см. § 3 брошюры, стр. 20 и слѣд.).

4. За то очень ясенъ послѣдній пунктъ возможнаго сближенія союзовъ безъ личности съ лицомъ юридическимъ. Это право подобныхъ союзовъ *защищать свои союзные интересы на судъ именемъ цѣлаго*, безъ наименованія сочленовъ. Mongin ясно представляетъ себѣ трудность устранить прямо выраженную въ Code de proc. civ. максиму, но онъ принимаетъ, опираясь на практическіе случаи, что максима *nul ne plaide par procureur* не представляетъ собою принципа права публичнаго, которое „*privatorum pactis mutari non potest*“, и допускаетъ предварительное соглашеніе заинтересованныхъ, по силѣ коего сторона заранѣе отказывается отъ примѣненія art. 61 C. de proc. civ. на случай если противникъ станетъ дѣйствовать въ процессѣ чрезъ общаго повѣреннаго безъ наименованія всѣхъ членовъ товарищества. Совершеннѣйшаго порядка возможно, натурально, ожидать лишь отъ дальнѣйшаго движенія законодательства къ отмѣнѣ указанной процессуальной максимы.

Подробностей разработки вопроса мы не касаемся, отсылая

читателя въ указанной работѣ. Нѣтъ сомнѣнія, что въ задачѣ, которую ставить себѣ группа цивилистовъ этого направленія, сказывается потребность выдѣлить именно *гарантированную имуществомъ сочленовъ коллективную дѣеспособность союза* тамъ, гдѣ развитая въ той или другой мѣрѣ отдѣльная *правоспособность* не можетъ имѣть мѣста. Это и есть та сторона дѣла, которая насъ здѣсь наиболѣе интересуетъ.

Дальнѣйшій успѣхъ въ развитіи союзовъ виденъ во Франціи въ такъ называемыхъ профессиональныхъ синдикатахъ, которые составили предметъ регламентаціи въ законѣ 21-го марта 1884 года. Въ смыслѣ французскаго права это не суть настоящія sociétés, однако, въ нихъ есть несомнѣнно нѣчто аналогическое съ товариществомъ по раздѣльнымъ долямъ. По строю своему они напоминаютъ союзы профессиональные средневѣковой эпохи. Задачу, которую ставятъ себѣ современные синдикаты, составляютъ мѣры огражденія интересовъ людей одной профессіи. Но, однако, законъ оставляетъ неяснымъ рядъ вопросовъ, очень важныхъ для строя этихъ союзовъ, о кругѣ профессій подлежащихъ огражденію синдикатами, о задачѣ такихъ союзовъ, о правѣ этихъ союзовъ ограждать подлежащіе ихъ вѣдѣнію интересы на судѣ (droit d'ester en justice). Слишкомъ общія выраженія закона (профессіи) дали основаніе включить сюда — либеральныя профессіи (напр. врачебную), что было, однако, отвергнуто практикой. Относительно задачъ такихъ синдикатовъ явились сомнѣнія насчетъ способности нечленовъ союза оперировать подобно синдикатамъ, насчетъ свойства операцій, которыя предпринимаютъ синдикаты, суть ли онѣ торговыя, напр. доставка сырья членамъ союза, и не составляютъ ли такіе синдикаты скорѣе кооперативныя товарищества... Наконецъ, въ вопросѣ о правѣ судебной защиты, на ряду съ задачами ясными для синдикатовъ (преслѣдованіе упражняющихъ нелегально промыселъ, напр. продажу медикаментовъ, или хозяевъ, нарушающихъ условленные синдикатомъ для своихъ членовъ рабочіе часы или размѣръ заработной платы), есть рядъ крайне спорныхъ вопросовъ о границахъ исковой охраны правъ союза и правъ отдѣльных членовъ синдиката.

За этими синдикатами юриспруденція склонна признавать то же свойство *personnalité restreinte* въ смыслѣ обособленной для союза дѣеспособности союзной, направляемой частью на дѣятельность учредительную (образованіе союзовъ, расширеніе, разныя операціи въ интересахъ сочленовъ), частью на охрану процессуальную интересовъ союза въ случаяхъ ихъ нарушенія.

Играющіе нынѣ видную роль въ огражденіи интересовъ отдѣльно стоящихъ людей союзы страховые, именно страхованія взаимнаго, гдѣ нѣтъ отдѣльнаго предпринимателя такихъ операцій и гдѣ каждый членъ союза есть одновременно и страховщикъ другихъ и страхователь себя, не суть въ легальномъ смыслѣ слова товарищества, *sociétés*, и практика не признаетъ за ними свойства гражданской личности, какія иногда признаются даже за простыми *sociétés civiles* *).

§ 20.

Юридическія отношенія корпораціи (продолженіе). — Австрія. — Пруссія. — Германія. — Горнозаводское товарищество въ особенности. — Попытки нѣмецкихъ юристовъ найти *внутренніе признаки* для распознаванія обособленной союзной личности. — Лабандъ. — Возможенъ ли здѣсь неизмѣнный критерій? — *Mittelfiguren*. — Образцы строенія новыхъ союзно-личныхъ формъ въ современномъ нѣмецкомъ правѣ.

Мы заключаемъ, такимъ образомъ, важный для разумѣнія вопроса о гражданской правоспособности коллективныхъ единицъ на западѣ этюдъ по современному французскому праву и переходимъ, засимъ, къ обзорѣнію того же явленія въ Германіи. Если французское право явило намъ любопытный образецъ практической системы, развивавшейся на довольно скудной почвѣ общаго кодифицированнаго права въ виду быстро нараставшей потребности новыхъ союзныхъ формъ, то дѣйствующее право Германіи продолжало представлять собой бездну партикуляризмовъ, которые объединялись долгое время при помощи скорѣе теоретической, чѣмъ практической разработки принциповъ союзнаго права римскаго и германскаго происхожденія. Мы уже имѣли случай показать выше, какую массу попытокъ найти ключъ къ правильному построенію граждански-правоспособныхъ союзовъ представляетъ нѣмецкая литература общаго права, римскаго и германскаго. Работы нѣмецкихъ юристовъ были и останутся для насъ весьма цѣнными въ особенности въ отношеніи къ задачѣ постигнуть *природу явленій* коллективной правоспособности, хотя долгое время эти работы оставляли многого желать для цѣлей практическихъ. Въ результатѣ мы приходимъ къ убѣжденію, что союзная правоспособность не фикція, это такая же необходи-

*) Lyon-Caen Traité № 933. Jay la personnalité des syndicats professionnels.

мость развитого гражданского община, какъ и правоспособность отдѣльнаго человѣка. Въ дальнѣйшемъ намъ надо коротко остановиться на законодательной обработкѣ вопроса объ юридическихъ отношеніяхъ союзовъ разнаго типа, хотя въ двухъ главнѣйшихъ современныхъ кодифицированныхъ системахъ, австрійской и прусской *), чтобы затѣмъ перейти къ движенію законодательства нѣмецкаго на новой почвѣ имперскаго права и законопроектвъ общаго нѣмецкаго гражданскаго уложенія. Во всемъ изложеніи мы ограничимся самыми выпуклыми чертами.

Задача самостоятельной обработки общихъ ученій о союзной правоспособности въ австрійскомъ гражданскомъ правѣ въ эпоху кодификаціи была, натурально, далеко еще не созрѣвшею. Австрійскій кодексъ 1811 года трактовалъ о юридическихъ лицахъ въ одномъ параграфѣ (§ 26). Послѣдующіе толкователи рассматривали вопросъ до такой степени поверхностно, что блестящій представитель австрійской юриспруденціи второй половины текущаго столѣтія, Іосифъ Унгеръ, объясняетъ этою скудостью старой обработки необходимость для него обширно трактовать это ученіе въ его „Системѣ“ **). Съ тѣхъ поръ задачи изученія до крайности осложнились массой новообразовавшихся союзовъ, вовсе незнакомыхъ старымъ кодификаторамъ. Въ указанной „Системѣ“ своей Іосифъ Унгеръ учитъ въ явленіяхъ коллективнаго правообладанія различать въ современномъ австрійскомъ правѣ настоящую *universitas*, *во-первыхъ*, отъ *societas*, и эта задача выполнена имъ на тѣхъ же основахъ, какія были установлены главнѣйшимъ образомъ въ ученіяхъ Савиньи и его послѣдователей. Но, рядомъ съ этимъ, *во-вторыхъ*, Унгеръ отмѣчаетъ и для Австріи постоянно усиливающуюся тенденцію къ союзнымъ образованіямъ новаго типа, особенно для цѣлей кредита сочленовъ, сбереженій, обезпеченія вдовъ и сиротъ, страхованія, и за симъ, для цѣлей религіозныхъ, художественныхъ, образовательныхъ, общежительныхъ (клубы, музыкальныя собранія, артистическіе кружки въ другихъ областяхъ искусства и проч.), для интересовъ локальных, осушенія, орошенія, украшенія дачныхъ мѣстностей, для цѣлей торговыхъ, промышленныхъ, которыя не

*) Нѣтъ сомнѣнія, что системы саксонскаго, цюрихскаго, баварскаго, а затѣмъ, англійскаго, испанскаго, итальянскаго права могутъ быть не только не менѣе важны, но частью даже болѣе важны для полнаго ознакомленія съ современнымъ союзнымъ правомъ, и мы здѣсь дѣлаемъ выборъ названныхъ двухъ системъ не изъ предпочтенія къ нимъ, а по необходимости ограничить предѣлы изложенія законодательствами, ближе соприкасавшимися съ русскимъ, чѣмъ другія системы.

**) *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (много разъ изданная), В. I, cap. 10.

подчиняются ни чистому типу товарищества, ни латинскому понятию *universitas*. Почтенный цивилистъ трактуетъ объ этихъ явленіяхъ въ общей части своей системы только для *очищенія подлиннаго понятія* юридическаго лица (латинской формаціи) отъ этихъ новообразованій, которыхъ-де не слѣдуетъ смѣшивать съ явленіемъ настоящей *universitas*; подробное же изученіе подобныхъ явленій должно-де составлять задачу особенной части системы гражданскаго права (§ 43, пр. 12). Это, натурально, совершенно основательно, ибо явленія этого рода вовсе не такъ типичны, чтобъ можно было всю ихъ природу опредѣлить немногими общими чертами.

Не менѣе того и Унгеръ не отказывается дать имъ нѣкоторое своеобразное очертаніе, которое открываетъ этимъ явленіямъ возможность стать *въ извѣстныхъ отношеніяхъ* на ряду съ самобытной фигурой латинской *universitas*. Унгеръ далеко не безъ колебаній рѣшалъ любопытный вопросъ о природѣ этихъ явленій. По конструкціи его, опредѣлившейся въ его Системѣ *), союзы такого рода суть, вообще говоря, союзы только личные (то же, что у французовъ *société de personnes*), имѣющіе, однако, при этомъ нѣкоторое *подобіе корпоративной организаціи для внѣшнихъ цѣлей* и вмѣстѣ съ этимъ представляющіе видоизмѣненія строя внутреннихъ отношеній нормальнаго для простой *Societas* (стр. 330). Въ чемъ же дѣло? Унгеръ называетъ такого типа союзъ *формальнымъ единствомъ лицъ*, въ которое могутъ вступать и изъ коего могутъ выходить отдѣльные члены, не измѣняя его тожества. Весь наличный составъ союза образуетъ единую волю, которую осуществляетъ постоянный союзный органъ (334 стр.). *Матеріально*, однако, при этомъ, положеніе союза есть иное, чѣмъ положеніе корпорации, ибо права членовъ, *respective* ихъ обязанности, вовсе не поглощены правами союза, а постоянно выступаютъ, какъ имъ, отдѣльнымъ членамъ, принадлежащія (стр. 333). Пока союзъ существуетъ, эти права членовъ нѣсколько затемнены и составляютъ какъ бы ихъ притязанія на союзное имущество (стр. 334, пр. 15), нѣтъ здѣсь иска на раздѣлъ общаго имущества (стр. 331, пр. 12), и лишь съ прекращеніемъ союза матерьяльная особность долей cadaго опредѣляется рѣзко и ясно (стр. 334, пр. 15). Сверхъ этого, союзъ представляетъ единство процессуальной личности, *personam legitimam in iudicio standi*, съ общимъ мѣстожителствомъ

*) См. наприм. изд. 3-е, стр. 330, лит. В, до стр. 337-й; иначе — въ *Krit. Uebersch. VI*.

(стр. 331 и 336). Унгеръ очень противъ того, чтобъ примѣнять сюда то же понятіе корпораціи, которое выражаетъ идею латинской *universitas*, съ простой квалификаціей этихъ корпорацій признакомъ ихъ не римскаго, а германскаго происхожденія (336).

И такъ, два вида единства лицъ, одно — поглощающее обособленную гражданскую правоспособность сочленовъ, другое — связующее въ сферѣ союзныхъ отношеній раздѣльную дѣеспособность членовъ и образующее коллективную волю, вѣрнѣе, дѣеспособность цѣлаго, съ нѣкоторыми ограниченіями правоспособности членовъ.

Въ результатѣ двѣ формы союзнаго единства въ практикѣ австрійскаго права, одна — несомнѣнно латинская, другая — развившаяся въ новомъ правѣ явнымъ образомъ независимо отъ реципированнаго права! Каждая имѣетъ свою сферу примѣненія, при чемъ одна не только не поглощаетъ, но и неспособна поглотить другую. Обѣ существуютъ рядомъ. Тѣ учителя, которые принимаютъ для подлинной корпораціи необходимость особаго акта креаціи (Унгеръ) со стороны государства юридической личности, отмѣчаютъ какъ черту новой формы, что тутъ креація не нужна, а достаточно простого неимѣнія препятствій со стороны полицейскихъ установленій (334—335).

Возможно ли не узнать здѣсь явленія той самой *personnalité restreinte*, о которой для французскаго права сейчасъ намъ свидѣтельствовалъ передовой французскій писатель Mongin? Совпаденіе результатовъ изученія современнаго права у обоихъ писателей тѣмъ болѣе поразительно, что одинъ идетъ къ изученію нынѣшняго союзнаго права отъ строгихъ формулъ *Code civil* и ищетъ приноровить ихъ въ требованіямъ современнаго обществія; другой, Унгеръ, исходитъ отъ изученія права римскаго и современныхъ проблемъ научныхъ и практическихъ, опредѣлившихся въ особенности у германистовъ. Очевидно, тутъ и тамъ явленія жизни, потребности настоятельныя современныхъ европейскихъ обществъ имѣютъ крайне много точекъ соприкосновенія, и результаты изслѣдованія не могутъ быть различны, несмотря на различіе исходныхъ точекъ и методовъ изученія и построенія юридическихъ понятій.

Прусскій ландрехтъ, какъ и австрійскій кодексъ, появился въ такую пору, когда налицо была еще масса старинныхъ формъ общности, и потребность въ развитіи новыхъ формъ далеко еще не созрѣла. Если такая потребность возникала въ отдѣльных случаяхъ, то законодательство точно указывало спо-

собы установленія корпоративныхъ правъ посредствомъ отдѣльныхъ статутовъ для каждаго случая или хотя и посредствомъ нормъ, но для той или другой спеціальной цѣли, напр., для торговыхъ товариществъ въ особенности. Такимъ образомъ, въ массѣ случаевъ, строеніе юридическаго лица въ системѣ ландрехта сходилось съ реципированнымъ латинскимъ правомъ, за предѣлами коего союзы своеобразные пользовались признаніемъ лишь всякій разъ по особымъ соображеніямъ. Типъ союза общій съ нѣкоторыми осложненіями корпоративнаго характера легко допускался законодательствомъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ эти черты корпоративнаго строенія ограничивались отношеніями внутренними какъ въ общей собственности, безъ признаковъ самобытности союза во внѣшнихъ его отношеніяхъ *).

Однако, и здѣсь постепенное разложеніе старинныхъ союзныхъ формъ и потребность замѣны ихъ конструкціями болѣе солидными и надежными, чѣмъ простое товарищество, вело законодательство по пути все болѣе и болѣе широкаго признанія за союзами промышленными, земледѣльческими, торговыми, тѣхъ или другихъ свойствъ настоящей корпораціи. Союзы лѣсохозяиственные, горнопромышленные, союзы регулирующіе пользованіе почвенными водными источниками приходили къ конструкціи отношеній внутреннихъ между сочленами наиболѣе соотвѣтственной цѣли союза и пріобрѣтали частью имущественныя права, а главнымъ образомъ легчайшіе способы осуществленія своихъ интересовъ путемъ процессуальнымъ, въ смыслѣ активной и пассивной легитимациі вести процессы отъ своего имени.

Успѣхи этого рода въ развитіи союзныхъ формъ имущественнаго обладанія или вѣдѣнія не ограничивались, натурально, однимъ какимъ либо ландрехтомъ; они были общими для всѣхъ нѣмецкихъ территорій.

Нѣтъ, однако, сомнѣнія, что работы разныхъ ландрехтовъ врозь только тогда достигали своихъ по-истинѣ высокихъ результатовъ, когда задачи развитія союзнаго права изъ области партикуляризмовъ перешли на общенаціональную, сперва только научную, а затѣмъ и практическую, законодательную и судебную, почву. Тутъ уже, конечно, труднѣй всего найти предѣлъ интереса въ изученіи этого обилія формъ союзнаго быта, частью изстари вырабатывавшихся, частью обновленныхъ, частью совсѣмъ новыхъ. Мы остановимся на самыхъ характерныхъ.

*) Подробности у Гирке въ исторической части работы. Коротко у Дернбурга, §§ 59 и 58.

Одну изъ самыхъ любопытныхъ по своимъ юридическимъ метаморфозамъ союзныхъ формъ представляетъ собою товарищество горнозаводское. На этой формѣ возможно прослѣдить *превращеніе* специфическаго явленія *раздѣльности обладанія матеріально определенными частями имущества недвижимаго съ нѣкоторымъ корпоративнымъ единствомъ совладѣльцевъ въ высшую союзную форму, въ компанію анонимную*. Метаморфоза происходитъ на нашихъ глазахъ и принадлежитъ къ числу самыхъ интересныхъ явленій современнаго права. На ней какъ будто экземплифицируется, разъясняется на отдѣльномъ примѣрѣ, общій процессъ перехода менѣ совершенныхъ союзныхъ формъ, недоразвитыхъ формъ союзно-личнаго обладанія, *personnalité restreinte*, въ оконченную, вполне опредѣлившуюся, правоспособную юридическую личность. Вотъ, коротко, характерныя черты этого явленія. Реально-раздѣльныя части (Кухе) горнозаводскаго дѣла *), принадлежащія отдѣльному промыслу (Gewerkschaft), представляютъ собою недвижимости съ особыми хозяевами, которые, однако, при всей раздѣльности обладанія (каждая доля заносится въ горнозаводскія вотчинныя книги какъ отдѣльная недвижимость, подлежитъ пересвоенію, залогу, посредствомъ занесеній въ ту же книгу **), по самому свойству дѣла, такъ тѣсно связаны общими

*) Представлять себѣ условія этого вида производства, необходимость общаго управленія и проч. не легко, если нѣтъ общаго понятія объ этой отрасли хозяйства. Нѣмецкая литература даетъ много средствъ ознакомиться съ горнозаводскимъ дѣломъ не технику. У насъ встрѣчаются иногда статьи Горнаго Журнала, написанныя не исключительно для специалистовъ и дающія общую картину дѣла, безъ которой частности устройства завода мало понятны непосвященному. Обращаемъ вниманіе читателей на талантливый Очеркъ современнаго состоянія енисейской золотопромышленности горн. инженера Л. Ячевскаго (см. Горный Журналъ за 1892 г., т. 3, августъ—сентябрь). Уставы горнозаводскіе очень разнообразны въ разныхъ странахъ. Нѣмецкіе и французскіе частью переведены на русскій языкъ (Штофъ А., 1882 г.). Для общаго обозрѣнія законодательствъ и литературы нѣмецкой можетъ служить Stobbe Handbuch, т. I, § 59. Обыкновенно реально-раздѣльныхъ долей въ промыслѣ, Кухе, принимается 128. Это число удобно въ особенности, потому что оно дѣлится на четныя числа, 2, 4 и проч., и стало быть даетъ легкій способъ опредѣлять такими долями соучастіе въ дѣлѣ многихъ товарищей. Переходъ отъ реальной раздѣльности въ паямъ товарищества будетъ выражаться отвлеченными долями, но уже въ круглыхъ числахъ, 100, 1000, а не 128. Эти доли суть въ юридическомъ смыслѣ движимости. Самый промыселъ будетъ представлять собою союзъ по строенію очень близкій съ акціонерной компаніей, въ коей участіе опредѣляется, однако, не количествомъ денежныхъ единицъ (цѣна акціи 100, 1000 рубл.), а отвлеченными долями, одной сотой, тысячной всего дѣла (подобно тому, какъ Бэръ предлагалъ формулировать и самыя акціи въ критич. разборѣ нов. нѣмецк. акціонерн. закона, см. Jahrb. f. Dogmatik, XXI) и т. д., съ тѣмъ еще отличіемъ отъ акцій, что пріобрѣтатель доли вноситъ за нее не только ту или другую цѣну какъ за акцію, но *остается обязаннымъ производить и дальнѣйшіе взносы* (Zubusse), пока промыселъ въ ходу.

**) Указанныя въ предшествующемъ примѣчаніи горнозаводск. товарищества (Gewerkschaft) съ дѣленіемъ всего промысла на 128 реально-раздѣль-

интересами, что необходимо подчиняются общему порядку въ веденіи всего дѣла и терпятъ въ интересахъ общихъ извѣстныя ограниченія своихъ частныхъ владѣльческихъ правъ. Они должны имѣть своего старшину и представителя. Въ вопросахъ веденія дѣла въ цѣломъ рѣшающую силу получаетъ большинство голо-совъ. Всѣ соучастники этой общности несутъ вмѣстѣ тяжести нѣ-которыхъ затратъ и подчиняются необходимости дополнительныхъ вносовъ (Zubusse). Совладѣльцы способны отчуждать свои доли 3-мъ, но не могутъ требовать матеріальнаго выдѣла своего уча-стка изъ общаго дѣла (servitude d'indivision). Въ случаѣ неис-правности платежа обязательныхъ вносовъ (Zubusse) за продол-

ныхъ долей не составляютъ первоначальной фазы въ исторіи этого рода про-мышленныхъ организацій. Въ старинномъ нѣмецкомъ правѣ горнопромышлен-ники, предпринимавшіе добываніе какого-либо мет алла, занимали, обыкно-венно на чужихъ земляхъ, небольшія площади и устраивали дѣло въ тѣсномъ кругу товарищей (не больше 8, изъ коихъ 4 должны сами фактически быть рудокопами), при чемъ все дѣло распадалось на настоящіе матеріально раз-дѣльные участки, въ коихъ предприниматели состояли хозяевами этихъ участковъ (Eigenlehner), связанными, однако, товариществомъ по общему дѣлу, безъ чего и самое дѣло не могло бы идти, во 1-хъ, по свойству работъ, а за-тѣмъ и потому, что нормально такое предпріятіе въ началѣ не только ничего не приносило, но требовало еще взносовъ предпринимателей въ общую кассу (Zubusse) для общихъ затратъ. Къ подобному небольшому въ началѣ дѣлу могли примыкать отдѣльные предприниматели, если устраивали спуски (Stollen) къ промыслу и содѣйствовали этимъ отводу водъ и притоку воздуха. Участокъ каждаго составлялъ его недвижимость, и если бы входы къ нему становились недоступны, то промышленникъ былъ въ правѣ занимать другіе входы, при-чемъ недвижимость фиктивно оставалась тою-же. Указанная выше форма про-мыслового союза съ 128-мью (нормально) реально-раздѣльными долями со-ставляла уже позднѣйшую форму промышленной организаціи, когда разраба-тывалась обширная площадь горнозаводскаго промысла и соучастниковъ явля-лось большое количество. На этой послѣдующей формѣ удерживаются еще ясные признаки родства ея организаціи съ прежней. Такъ, хотя эти 128 до-лей суть собственно только отвлеченныя доли цѣлаго, но каждая доля разема-тривается въ юридическомъ смыслѣ, какъ недвижимая вещь, каждый това-рищъ (Gewerk) можетъ эту недвижимость занести въ горнозаводскую книгу тѣмъ порядкомъ, какъ дѣлается такое занесеніе для отдѣльнаго недвижимаго имущества, и можетъ ею распоряжаться какъ собственникъ, только отнюдь не вынимая этой доли изъ цѣлага дѣла, чего собственно сдѣлать и нельзя, ибо такая долевая принадлежность ему промысла включаетъ въ себѣ вовсе не одно только право на извѣстную часть эксплуатируемыхъ нѣдръ земли, но также и притязаніе на соответствующее долевое участіе во всѣхъ удобствахъ и угодьяхъ, принадлежащихъ промыслу (лѣса, воды, строенія, машины и проч.). Другой признакъ родства этой формы со старинной въ томъ, что соучастники и здѣсь могутъ быть обязаны вносами (Zubusse). Если бы всѣ доли сошлись въ рукахъ одного владѣльца, то этимъ не былъ бы погашенъ ихъ юридическій характеръ реально-раздѣльныхъ недвижимостей. Эта форма товарищества по долямъ недвижимости (alte Kuxen) уступаетъ въ дальнѣйшемъ совершеннѣй-шей формѣ, какъ будетъ ясно въ текстѣ (neue Kuxen). Нужно ли говорить, что эта смѣная формъ товарищескаго владѣнія долями иллюстрируетъ какъ нельзя лучше историческую смѣну социальныхъ, экономическихъ и техниче-скихъ условій производства. Каждая форма говоритъ сама за себя, и юриспру-денція не много прибавляетъ къ этимъ явленіямъ эмпирическаго построенія союзовъ, опредѣляя разстояніе этихъ формъ отъ латинской *societas, condo-minium*, отъ корпораціи того или другого типа.

жительные сроки соучастникъ теряетъ свою долю или освобождается отъ взысканія дополнительныхъ вносовъ цѣной отказа отъ совладѣнія. Въ подробностяхъ горнозаводскіе промыслы разныхъ земель носили болѣе или менѣе значительныя отклоненія отъ этихъ чертъ. Во всемъ строѣ отношеній легко, однако, найти черты близости съ указанными нами выше явленіями разлагающихся средневѣковыхъ формъ общности, съ одной стороны, и, съ другой, очень опредѣленные моменты различія отъ латинской общей собственности. Тутъ есть раздѣльная принадлежность недвижимыхъ долей, раздѣлъ общей прибыли, и рядомъ съ этимъ черты корпоративнаго строенія внутреннихъ отношеній, смѣна лицъ образующихъ корпорацію посредствомъ отчужденія своихъ долей, внѣшнее представительство цѣлаго, тѣ или другія ограниченія правъ соучастниковъ на ихъ доли и тяжесть обязанностей въ отношеніи къ союзу, тѣсно связанная съ владѣніемъ долями или частями цѣлаго.

Въ этомъ своемъ довольно примитивномъ видѣ эта форма общности представляетъ, при измѣняющихся условіяхъ производства, большія несовершенства и переходитъ легко въ высшую форму соучастія многихъ въ одномъ предпріятіи, по строенію, очень близко подходящую къ анонимному товариществу. Первый толчокъ къ этой перемѣнѣ даетъ обыкновенно необходимость большихъ затратъ для усовершенствованія эксплуатаціи, въ связи съ этимъ необходимость усилить кредитъ, чему въ старой конструкции очень мѣшаетъ право cadaго участника обременять залогомъ свою долю въ личныхъ, а не въ союзныхъ цѣляхъ. Товарищи могутъ избрать для этого перехода какую они хотятъ форму товарищества, а если они не указываютъ именно таковой, то союзъ по закону будетъ собою представлять горнопромышленное товарищество новаго типа, neue Gewerkschaft, коему, какъ лицу юридическому, принадлежитъ право собственности на все движимое и недвижимое горнозаводское имущество (тутъ нѣтъ конца спорамъ, какъ назвать права союза и права членовъ), а союзники пріобрѣтаютъ въ замѣнъ стараго обладанія недвижимостями легко передаваемые движимыя доли (паи, акціи) и сочленскія права въ веденіи дѣлъ компаніи. При этомъ переходѣ старой грузной и неповоротливой организаціи въ новую, несомнѣнно болѣе подвижную и легкую, новая форма удерживаетъ, однако, нѣкоторыя черты прежняго своего строенія и въ особенности рѣзко-отличную отъ строенія акціонерной компаніи обязанность сочленовъ къ дополнительнымъ вносамъ (Zubusse).

Мы взяли здѣсь эту смѣну товарищескихъ формъ организаціи

общаго обладанія или общаго предпріятія не потому, что имѣемъ въ виду ея ближайшее изученіе. Для этого нашъ очеркъ слишкомъ кратокъ. Эта эволюція важна для насъ, какъ осязательный образчикъ разнообразныхъ формъ подобнаго типа, которыя встрѣчаются въ самомъ различномъ примѣненіи къ предпріятіямъ, въ коихъ участниками являются или совладѣльцы отдѣльныхъ имуществъ, или предприниматели общаго дѣла, связанные общностью цѣли, коей они достигаютъ. Это могутъ быть совладѣльцы торговыхъ помѣщеній, лавокъ, амбаровъ, рыбныхъ промысловъ, совладѣльцы общаго торговаго судна, въ особомъ видѣ товарищества, которое нѣмцы называютъ *Rhederei*.

Эти формы правоотношеній долгое время почти не останавливали на себѣ вниманія нѣмецкой ученой юриспруденціи, потому въ особенности, что нынѣшняя наука права преслѣдовала главнымъ образомъ разработку системы права общаго, а право общее представлялось нѣмцамъ не въ видѣ національныхъ институтовъ, обыкновенно локальныхъ и не чисто цивильнаго типа, а въ видѣ системы реципированнаго латинскаго права. Въ то время когда въ Англіи и во Франціи давно уже поставлены были на очередь исполнѣ практическія задачи законодательству въ смыслѣ разработки новыхъ союзныхъ формъ, соотвѣтствующихъ современнымъ экономическимъ и соціальнымъ условіямъ, у нѣмцевъ все еще разбирались въ проблемахъ очень абстрактныхъ, сопоставленія принциповъ латинскаго и національнаго права. Правда, что за этими проблемами нерѣдко скрывались задачи и пракческаго свойства, но какъ будто еще ждавшія очереди, благопріятныхъ условій для развитія *своего* общаго права на ряду съ чужимъ, а по планамъ германистовъ въ отмѣну этой чужой системы, въ которой и старались указать причину всѣхъ золъ.

Нѣтъ сомнѣнія, однако, что вмѣстѣ съ приближеніемъ этихъ вождедѣнныхъ условій національнаго творчества продолжительная разработка латинскихъ ученій и сопоставленіе старыхъ союзныхъ формъ съ новыми оказалось вовсе не безплоднымъ для научнаго достоинства нѣмецкихъ работъ. Слишкомъ пламенные надежды на полное отторженіе отъ старыхъ ученій и на возможность вовсе вытолкать латинскихъ учителей (*Ausstossungsprocess*), конечно, не оправдались, и это національное возбужденіе содѣйствовало лишь успѣху разработки старыхъ мѣстныхъ союзныхъ типовъ въ духѣ общаго права не латинскаго корня. Затѣмъ, настойчивое выкрикиванье свойства этихъ конструкцій какъ національныхъ чистѣйшей воды, дающихъ будто проявленіе нѣмецкаго, и только нѣмецкаго, совсѣмъ особеннаго, юридическаго генія въ правѣ,

составляло уже простой приѣмъ агитаціи и способъ плѣнить нѣмецкое общественное мнѣніе въ пользу новыхъ продуктовъ.

Въ кругу этихъ *новыхъ* союзныхъ формъ легко было отличить такія, которыя вполне точно покрываются признаками данными строеніемъ настоящей латинской *universitas*, или совершенно соотвѣтствуютъ понятію латинскаго *societät'a*. Но на этомъ дѣло, конечно, не остановилось. Новая условіи жизни вырабатывали товарищества совсѣмъ не этихъ только двухъ типовъ. Надо было отвѣчать на вопросъ, представляютъ ли собою новообразованные виды товарищества обособленную отъ товарищей, не подходящую подъ указанные критеріи *союзную личность*, юридическое лицо, или данный союзъ представляетъ собою лишь болѣе или менѣе *сложное юридическое отношеніе сочленовъ*, физическихъ лицъ, безъ обособленія союзной личности? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, слѣдовало натурально установить впередъ абстрактно, что же такое представляетъ собою обособленная отъ сочленовъ союзная личность, какіе признаки существенны, какіе случайны для этого понятія.

Простѣйшій отвѣтъ, въ духѣ теоріи фикціи, былъ бы такой. Признаки существенные для личности союзной суть тѣ же, что и для физическаго лица, ибо признавая союзъ личнымъ, мы оперируемъ посредствомъ фикціи, т.-е. мы присвоиваемъ корпораціи тѣ самыя права, изъ коихъ образуется правоспособность физическаго лица.

Независимо, однако, отъ того, что теорія фикціи сама мало пригодна для дѣла, что въ результатѣ мы получили бы изъ этого сопоставленія или уравниенія состава правоспособности независимо отъ различія субъектовъ, лицъ физическихъ и юридическихъ?

Получили бы мы неизмѣненный составъ и неизмѣнные признаки гражданской правоспособности, или нѣтъ? Мы думаемъ, что такихъ постоянныхъ признаковъ мы этимъ методомъ не получимъ, ибо самый составъ правоспособности отдѣльнаго человѣка въ разныхъ историческихъ условіяхъ совсѣмъ не одинъ и тотъ же. Составъ правоспособности отдѣльнаго человѣка въ развитой латинской системѣ — одинъ, въ слабо развитой для гражданскихъ правоотношеній средневѣковой эпохѣ совсѣмъ другой.

И такъ, лицо само, понятіе личности, гражданской правоспособности, имѣетъ не одинъ составъ въ различныя эпохи, въ различныхъ системахъ права. Стало быть, то что представляется личностью въ извѣстную пору, то съ точки зрѣнія послѣдующаго, болѣе развитаго состава того же понятія, будетъ неполной

личностью, личностью въ относительномъ смыслѣ, *personnalité restreinte*, ступеню, притомъ низшею, развитія личности, личностью зародышной, ограниченной.

Сдѣланный нами такимъ образомъ анализъ предупреждаетъ насъ отъ неправильной постановки вопроса. Для опредѣленія признаковъ понятія личности не должно ставить самого вопроса абсолютно, по отношенію къ любой эпохѣ или къ любой системѣ права.

Мы не ошибемся если скажемъ, что такіе то признаки личности, взятые изъ эпохи болѣе развитой цивильной системы, могутъ служить для опредѣленія личности и въ эпохѣ предшесгвующей, если мы ихъ тамъ найдемъ. Но если мы не найдемъ въ извѣстномъ союзѣ стараго типа всѣхъ признаковъ развитой цивильной личности, то это еще не будетъ значить, что союзъ безличенъ. Это будетъ значить только, что для ранней эпохи или для системы правоотношеній такого-то типа — этихъ признаковъ личности достаточно, чтобъ признать ея особность отъ образующихъ союзъ сочленовъ.

Между тѣмъ нѣкоторые изъ нѣмецкихъ писателей ищутъ именно *постоянныхъ* признаковъ союза съ обособленной отъ членовъ личностью и указываютъ намъ именно такіе признаки. Таковъ, напр., извѣстный нѣмецкій публицистъ Лабандъ.

Въ его очень почтенной работѣ по этому вопросу, которую читатель найдетъ въ *Zeitschrift f. Handelsrecht* Goldschmid'a, XXX, стр. 502, читаемъ:

Vereinigungen, bei welchen das objective Recht die Mitglieder von der Haftung für die zur Erreichung der Gemeinschaftszwecke eingegangener Verbindlichkeiten befreit, sind juristische Personen; Vereinigungen, bei welchen Mitglieder als solche für die zur Erreichung der Gemeinschaftszwecke eingegangener Verbindlichkeiten haften sind Rechtsverhältnisse.

Вся работа Лабанда выполнена превосходно, а выписанное мѣсто принадлежитъ къ числу очень характерныхъ и мѣткихъ въ этой работѣ. Если мы станемъ на точку зрѣнія Римскаго права, то трудно, въ самомъ дѣлѣ, найти черту личной обособленности болѣе яркую, чѣмъ эта, именно связь долгового обязательства съ союзомъ и, въ духѣ латинскаго права, *только съ союзомъ*. Это, по латыни, означаетъ прямо, что союзъ есть обособленное лицо, отдѣльная отъ членовъ цивильная правоспособность. И такъ, это вполне мѣтко, *ganz treffend...* но для чего, для какой системы? Для латинской. Мы будемъ имѣть много разъ случай впоследствии убѣдиться, что именно эта черта, — гдѣ

обязательство—тамъ личность, гдѣ особое обязательство, тамъ особая личность,—есть черта латинской системы *), и въ то же время не можетъ быть никакого сомнѣнія, что этой чертой опредѣлить личную особенность въ нашей системѣ будетъ совершеннѣйшимъ произволомъ. Если тамъ только тотъ, кто установилъ обязательственное договорное отношеніе, тотъ же только, и отнюдь не другой, способенъ быть подлиннымъ субъектомъ этого долгового отношенія, то вѣдь всякому извѣстно, что у насъ это совершенно иначе. Союзъ установилъ въ своихъ цѣляхъ долговое обязательство, по ксему отвѣчаетъ, однако, не онъ самъ, а члены, или, не только онъ самъ, а съ нимъ на ряду и его члены,—и это въ нашемъ смыслѣ вовсе не такая невозможность какъ въ латинскомъ. Моя личность и личность союза не суть необходимо *такъ* противоположаемыя какъ латинская *universitas* и ея сочлены. Наши отношенія могутъ взаимно характеризоваться нерѣдко такими чертами зависимости, восполненія взаимнаго, коими характеризуются въ латинской системѣ не отношенія 2-хъ лицъ *sui juris*, а отношенія одной *persona sui* и другой *persona alieni juris*, какъ служебныхъ другъ къ другу, какъ взаимно-восполняющихъ одна другую. Значить ли это, что тутъ нѣтъ характеризующей строеніе союза отдѣльной отъ сочленовъ союзной личности, а есть лишь юридическое отношеніе между сочленами?—Совсѣмъ нѣтъ! Это значить только, что тутъ нѣтъ той мѣры личнаго обособленія, той степени личнаго развитія, какую знаетъ право латинское, но это не значить, чтобъ обособленіе не существовало вовсе.

Мы, такимъ образомъ, отвергаемъ абсолютную приложимость латинскихъ критеріевъ для опредѣленія состава личности въ нашей системѣ. Мы находимъ произвольнымъ примѣненіе тѣхъ же признаковъ, которые достаточны для распознанія обособленной личности у римлянъ, къ нашей системѣ. Убѣдиться въ неправомерности этого приѣма нетрудно, примѣнивъ критерій Лабанда къ разобранному нами выше примѣру горнозаводскихъ союзовъ на разныхъ ступеняхъ ихъ развитія. *Zubusse*, дополнительные вносы, или денежная отвѣтственность каждаго пайщика по дѣламъ союза, удерживается въ этихъ конструкціяхъ отъ самой примитивной ихъ формы до наиболѣе развитой. Неужели, однако, будетъ правильнымъ примѣнить ко всѣмъ тремъ, указаннымъ выше формаціямъ горнозаводскаго союза Лабандовскій критерій, и всѣ три вида союзовъ (*Eigenlehner*, *Gewerkschaft* старого и

*) То же, не безъ видоизмѣненій въ частностяхъ и въ разную пору развитія.

новаго типа) признать одинаково безличными? Съ латинской точки зрѣнія это будетъ такъ; но рецепція латинскихъ ученій способна и должна служить намъ для самыхъ разнообразныхъ цѣлей, кромѣ той, которая достигается въ данномъ случаѣ, т.-е. потери способности различать на нашей почвѣ очевидно разныя явленія, т. е. кромѣ цѣли ослѣпленія.

Но отвергая этотъ латинскій критерій, мы, быть можетъ, подвергаемъ себя величайшей опасности потерять съ этимъ вмѣстѣ всякій критерій для различенія явленій товарищескаго союза безличнаго, т.-е. простого юридическаго договорнаго правоотношенія между сочленами, и союза личнаго, корпораціи? Мы промѣняли бы такимъ образомъ систему права извѣстнаго, выработаннаго, хотя и чужого, на свою систему, которая даетъ намъ взамѣнъ настоящее *jus incertum atque raene ridiculum!*

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что возможность опредѣлять природу явленія по одному рѣшающему признаку неизмѣримо проще, чѣмъ осложненіе задачи изслѣдованіемъ многочисленныхъ видоизмѣненій простого явленія. Но, съ другой стороны, безспорно и то, что, опредѣляя явленіе произвольнымъ критеріемъ, мы заранѣе примиряемся съ результатомъ завѣдомо ложнымъ.

Фердинандъ Регельсбергеръ *) (Геттингенъ), опредѣливъ основные пункты ученія о юридическомъ лицѣ, останавливается на явленіяхъ, которыя составляютъ *спорную область* въ вопросѣ о свойствахъ конструкцій, личномъ или безличномъ (312—317 стр.). Выходъ изъ трудности, къ которому прибѣгаютъ нынѣ посредствомъ созданія такъ называемыхъ *Mittelfiguren*, личности относительной (*personnalité restreinte*, товарищество съ корпоративной организаціей), Регельсбергеръ находитъ совсѣмъ негоднымъ (*ein schlimmer Ausweg*), ибо вмѣсто дѣйствительной помощи въ рѣшеніи труднаго вопроса мы получаемъ только новое слово и оставляемъ задачу нерѣшенной (стр. 315).

Какой, однако, выходъ предлагаетъ самъ Регельсбергеръ, прекрасно сознающій, что критиковать много легче, чѣмъ созидать? Вотъ онъ. Намъ не слѣдуетъ, думаетъ Р., останавливаться на какомъ-либо отдѣльномъ признакѣ, чтобъ опредѣлять природу спорнаго явленія, а надлежитъ для рѣшенія вопроса, личенъ ли

*) См. его *Pandecten* 1893 г. (пока только Общая часть), которые представляютъ въ ряду попытокъ примиренія латинскихъ и современныхъ правовозрѣній очень цѣнное приобрѣтеніе новой нѣмецкой юридической литературы. Желательно продолженіе труда, но очевидно перерабатывать юридическія конструкціи въ основныхъ институтахъ гражданскаго права много труднѣй, чѣмъ давать поддѣльную свѣжесть давно затасканнымъ матеріямъ, посредствомъ нѣкоторыхъ стилистическихъ или безразличныхъ систематическихъ преобразеній.

безличенъ данный союзъ, принимать во вниманіе всю совокупность признаковъ, опредѣляющихъ характеръ рассматриваемаго союза, особенно признаковъ, рѣшающихъ для цѣлаго рода этихъ союзовъ, а не для отдѣльнаго ихъ вида. И такъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ отдѣльные признаки не надежны взятые врозь, тѣ же признаки взятые вмѣстѣ дадутъ выходъ надежный, и мы отвѣтимъ безъ затрудненія — вотъ тутъ, въ акціонерной компаніи, есть союзная личность, а здѣсь, въ товариществѣ полномъ — ея нѣтъ, при этомъ, въ 1-мъ случаѣ это личность вполне, во всемъ ея составѣ, въ 2-мъ это вовсе не личность, ибо средняго нѣтъ, *tertium non datur*.

Мы сошлись бы вполне съ Регельсбергеромъ, если бы составъ современныхъ системъ гражданского права былъ, такъ сказать, однородный, если бы современные системы не представляли намъ очевидной двойственности своего сложенія, если бы институты юридическіе давали намъ нѣчто законченное, завершенное, а не постоянно измѣнчивую, постоянно прилаживающуюся къ живымъ историческимъ, соціальнымъ и экономическимъ явленіямъ дѣйствительность. Въ этихъ условіяхъ составъ понятія личности въ традиціяхъ разныхъ системъ не можетъ быть совершенно одинаковымъ, всегда себѣ равнымъ. Такимъ образомъ, ставить для нынѣшней жизни дилемму такъ, какъ она можетъ быть поставлена для кодифицированнаго юстиніановскаго права, есть уже ошибка въ методѣ. Для юстиніановскаго права вопросъ можетъ быть поставленъ такъ именно, какъ его ставитъ Регельсбергеръ и другіе романисты. Для современнаго права онъ долженъ быть поставленъ иначе, а именно такъ: есть ли здѣсь, въ такомъ-то явленіи, признаки личности въ смыслѣ римской системы, латинской *universitas*? Если ихъ нѣтъ, то не имѣются ли въ данномъ явленіи такіе признаки, которые, хотя и не даютъ намъ латинской *universitas*, но не лишаютъ его, въ условіяхъ менѣе развитого въ личномъ смыслѣ характера обмѣна, свойствъ личности, сравнительно съ латинскимъ ея строеніемъ, только относительной, и все же существенно отличной отъ простаго договорнаго товарищества? Вопросъ для нашего живого, измѣнчиваго и по составу нормъ и институтовъ двойственнаго права есть лучше къ нему принаровленный и способный вызвать отвѣтъ болѣе близкій, болѣе подходящій къ современной дѣйствительности, а особенно въ Германіи.

Посему выходъ изъ затрудненій, который даютъ такъ называемыя *Mittelpersonen*, не есть неправильный, а наоборотъ, вполне соответствующій нашимъ системамъ правоотношеній, хотя оста-

вляющій многого желать съ точки зрѣнія латинской прецизности и строгаго анализа. Онъ насъ выводитъ, хотя нѣкоторымъ обходнымъ путемъ, но къ такому рѣшенію вопроса, въ которомъ больше приближенія къ истинѣ, чѣмъ въ отвѣтѣ Регельсбергера.

Какъ мы назовемъ эту фигуру въ данномъ случаѣ, личностью относительной, корпораціей новаго типа, не римскаго, *personalité restreinte*, союзной дѣеспособностью съ отраженнымъ лишь вліяніемъ на права сочленовъ—это вопросъ данной формы, конкретнаго случая. Юридическія консеквенціи изъ такого отвѣта получатся сами собой. Разные соучастники союза станутъ въ такое взаимоотношеніе, которое, въ условіяхъ современнаго права, въ той или другой степени удовлетворяетъ ихъ требованія личныхъ союзныхъ функцій, не поглощая, однако, формально всего строя ихъ правоотношеній въ одинъ составъ латинской *universitas*.

Современное нѣмецкое право стало весьма отзывчиво къ практическимъ требованіямъ современной жизни, особенно замѣтнымъ образомъ въ связи съ опредѣлившимся нынѣ стремленіемъ вырабатывать систему права общаго на основѣ національной, а не исключительно латинской традиціи. Результаты весьма важные для институтовъ такого типа достигнуты нынѣ въ особенности въ нѣмецкой *Handelsgesetzbuch* для товариществъ торговыхъ, въ новыхъ законодательныхъ актахъ для такъ называемыхъ *Erwerbs-und Wirtschaftsgenossenschaften* и въ Имперскомъ гражданскомъ уложеніи 96 г.

Мы не станемъ перечислять типическихъ формъ торговыхъ товариществъ по нѣмецкому торговому кодексу, ибо нѣкоторыя отклоненія ихъ отъ тѣхъ же типическихъ формъ во французскомъ правѣ, показанныхъ нами выше, для цѣлей этого ученія не существенны.

Мы показали выше, что французское торговое право развиваетъ всю свою систему торговыхъ товариществъ въ виду общихъ нормъ договорнаго товарищества, данныхъ гражданскимъ (а не торговымъ) кодексомъ. Эти общія нормы въ значительной мѣрѣ отличаются отъ латинскаго понятія *societas*. Разрабатывая формы торговыхъ товариществъ для системы права общаго (нынѣ имперскаго), нѣмецкое торговое уложеніе не имѣло такого общецивильнаго фона, какимъ располагала французская юриспруденція при выработкѣ *Code de commerce*. Этотъ общій фонъ имперскаго права для договорныхъ товариществъ составляла реципированная латинская система, видоизмѣненная разными ландрехтами для отдѣльныхъ территорій. Въ настоящее время Граж-

данское уложеніе 96 г. восполняетъ этотъ недостатокъ. Эта новая основа для имперскаго права выработана въ виду образцовъ старо-германскаго типа, дѣйствующихъ системъ французскаго, прусскаго права и торговаго уложенія. Тутъ слѣдуетъ отмѣтить въ особенности, что въ договорномъ товариществѣ по новому плану черты корпоративнаго строя являются значительно болѣе выпуклыми, чѣмъ въ латинскомъ типѣ. Это составляетъ несомнѣнный успѣхъ нѣмецкихъ юристовъ національнаго лагеря, т.-е. германистовъ. Германисты, горячѣ всѣхъ нападая на безцвѣтность союзнаго права въ проектѣ 88 года, требовали именно здѣсь коренныхъ передѣлокъ. Гирке, въ одной изъ своихъ очень оживленныхъ нападокъ на кодификаторовъ, ставитъ вопросъ— быть или не быть гражданскому праву? Unser Privatrecht wird socialer sein, oder es wird nicht sein *). И нѣтъ сомнѣнія, что Второе чтеніе въ данномъ вопросѣ приблизилось, въ извѣстной степени, къ этой цѣли національнаго обновленія системы общаго права. Статьи 649, 654, 655 Второго чтенія опредѣляютъ, что всякій сотоварищъ, насколько онъ имѣетъ полномочіе вести дѣла товарищества, является представителемъ всѣхъ товарищей въ отношеніи къ третьимъ. Это полномочіе можетъ быть у него отнято постановленіемъ *большинства* товарищей, если есть для сего серьезныя основанія. Товарищество не теряетъ своего характера, если силой товарищескаго договора эти опредѣленія расширены или сужены въ данномъ случаѣ. Другое видоизмѣненіе юридическаго строенія этого союза вводитъ ст. 658, по силѣ коей вещи, принадлежащія товарищу и вошедшія въ составъ *товарищескаго* имущества, не идутъ на удовлетвореніе требованій личныхъ кредиторовъ отдѣльнаго товарища. Пока товарищество въ этихъ условіяхъ своей организаціи продолжаетъ существовать, взысканіе съ находящагося въ его составѣ товарища можетъ идти лишь на всю его долю. Этимъ путемъ можетъ быть достигнуто прекращеніе товарищества, и тогда личный кредиторъ отдѣльнаго товарища будетъ удовлетворенъ лишь изъ оставшейся за уплатой по общимъ обязательствамъ наличности, которая придется на долю несостоятельнаго товарища. Въ всякаго сомнѣнія эти отдѣльныя черты корпора-

*) См. его брошюру Die soziale Aufgabe d. Priv. Rechts (Vortrag gehalten am 5 April 89 in der juristisch. Gesellschaft zu Wien). Здѣсь Г. развертываетъ всю картину „Новаго права“, натурально въ самомъ приподнятомъ тонѣ по отношенію къ корпорации германскаго типа въ особенности. Hier streift das Privatrecht überhaupt den Character des Individualrechts ab und geht in Socialrecht über... Darum beginnethier eine ganz neue Reihe spezifischer Rechtsbegriffe die in den Niederungen (NB) des Individualrechts kein Vorbild haben.!

тивной организаціи, большинство голосовъ, обособленное отъ членовъ имущество союза, существующія для договорнаго товарищества только факультативно, могутъ въ извѣстной степени поднять союзную кредитоспособность товарищества сравнительно съ простой *societas*. Близки къ этому, хотя съ переработкой редакціи, положенія договора товарищества по Нов. Улож. 96 г. (705—740 стт., особенно 709, 710, 718, 719, 727, 737).

Этихъ отдѣльныхъ чертъ корпоративнаго строенія еще вовсе, однако, не достаточно, чтобъ конструировать отдѣльную отъ со-товарищей союзную личность товарищества, и все, что здѣсь слѣдуетъ видѣть, это лишь простую модификацію договорнаго юридическаго отношенія въ опредѣленномъ кругу лицъ, способномъ, однако, легко распасться.

Много дальше въ этомъ отношеніи идетъ *товарищество полное* по дѣйствующему германскому торговому уложенію. Оно насъ здѣсь въ особенности интересуеетъ какъ юридическая фигура, возбуждающая большія несогласія между нѣмецкими теоретиками, ищущими опредѣлить свойство конструкціи, какъ личной или безличной, по однимъ внутреннимъ признакамъ.

И такъ, вопросъ ставится нами такимъ образомъ: представляетъ ли собою *полное товарищество* въ современной нѣмецкой системѣ строеніе обособленной гражданской правоспособности, юридической личности, въ латинскомъ смыслѣ?

Отвѣчая на этотъ вопросъ, мы должны прежде всего замѣтить, что дѣйствующее нѣмецкое право, указавъ абсолютные реквизиты этой союзной формы, допускаетъ значительныя видоизмѣненія ея факультативно, по соглашенію сторонъ въ товарищескомъ договорѣ, въ подробностяхъ. Для нашихъ цѣлей мы беремъ здѣсь такой образецъ полного товарищества, въ коемъ есть всѣ допущенные закономъ въ составѣ договора элементы корпоративнаго строенія этой формы. Результатъ будетъ слѣдующій.

И такъ, понятіе полного торговаго товарищества будетъ на лицо уже тогда, когда есть договоръ нѣкотораго круга лицъ, ведущихъ торгъ подъ общей фирмой и связанныхъ солидарной и неограниченной имущественной отвѣтственностью всѣхъ товарищей по общему предпріятію (НТУ*) ст. 85).

*) Мы дальше подъ этими инициалами будемъ цитировать дѣйствующее нѣм. торг. улож.—Нѣмцы не употребляютъ терминовъ соответствующихъ французскимъ *soc. civile* и *commerciale* (см. выше), ибо у нихъ нѣтъ, вѣрнѣе — не было (ибо уже эти условія нынѣ измѣнились) общаго понятія договорнаго товарищества, какое даетъ французамъ *code civil*. Точно также они не употребляютъ въ легальной терминологіи противоположенія *soc. sans personnalité civile* и *avec personnalité*. У французовъ эти термины тоже принадлежатъ

Всѣхъ этихъ признаковъ, а) фирма (о способахъ ее создать см. выше для франц. права), б) ответственность солидарная и всѣмъ имуществомъ, с) веденіе торговаго дѣла нѣсколькими лицами вмѣстѣ, конечно, недостаточно, чтобъ опредѣлить внутреннимъ критеріемъ природу этой конструкціи какъ личной. Но, засимъ, съ характеромъ или факультативнымъ, или обязательнымъ (въ той или другой мѣрѣ), слѣдуютъ другіе признаки конструкціи, которые въ самомъ дѣлѣ ставятъ этотъ вопросъ вполне опредѣленно. Вотъ эти признаки:

Товарищество полное а) имѣетъ, подъ опасеніемъ довольно выраженныхъ невыгодъ, быть занесено въ торговые реестры суда съ указаніемъ фирмы, состава, перемѣнъ, въ интересахъ аутентичности этихъ данныхъ передъ любыми третьими (86—88);

б) такимъ образомъ индивидуализированный союзъ способенъ пріобрѣтать подъ своей фирмой права, вступать въ обязательства, имѣть на свое имя въ вотчинныхъ книгахъ занесенную недвижимую собственность, искать и отвѣчать на судѣ (111). Имущество товарищества не есть ни общая собственность, ни единорозная, а прямо собственность союза. Это собственность обособленная, и въ отношенія способовъ ея пересвоенія и въ процессъ взыскномъ (при конкурсѣ), вполне отъ имущества отдѣльныхъ товарищей;

с) не допускается зачета (компензаціи) требованій товарищества посредствомъ частныхъ обязательствъ отдѣльныхъ товарищей, пока длится товарищество;

юриспруденціи, а не законодательству. До послѣдняго времени и нѣмцы не именуютъ правоспособныхъ корпорацій непременно юридическими лицами, а лишь указываютъ составъ правоспособности такого-то вида союзовъ (обществъ, корпорацій, установленій), предоставляя юриспруденціи конструировать изъ такихъ комбинацій понятія личнаго и безличнаго товарищескаго правоотношенія. Изъ наименованія товарищества торговымъ не слѣдуетъ заключать, чтобъ оно непременно вело торгъ. Мы видѣли выше у французовъ *société à forme commerciale*, коему этимъ присвоиваются извѣстные юридическіе признаки, безъ всякой надобности ему вести торгъ. Названіе *торговаго товарищества* есть, стало быть, обозначеніе союза съ признаками профессіи, выраженной въ этомъ терминѣ, а затѣмъ это есть техническое обозначеніе союза съ извѣстными особенностями его юридическаго строенія. Нѣмцы тоже, въ виду особенностей развитія ихъ законодательства, не говорятъ о *soc. à forme commerciale*, но хорошо знаютъ, какъ и французы, явленіе союзовъ не ведущихъ никакого торга и носящихъ, однако, свойственное торговому союзу наименованіе. Посему понятно что Лабандъ въ указанной выше статьѣ восклицаетъ: *es giebt Handelsgesellschaften, welche weder Gesellschaften sind* (см. выше горнозаводскій союзъ, гдѣ всѣ пай въ рукахъ одного лица) *noch Handel treiben* (см. выше франц. *soc. à forme commerciale*, точно также товарищества для пріобрѣтенія, сбыта недвижимостей, горнозаводское товарищество, *Bergwerks-Aktienverein*, которое не ведетъ никакого торга). Надлежитъ еще прибавить, что товарищество можетъ вести торгъ и не быть торговымъ товариществомъ (НТУ, ст. 10).

d) взысканіе противъ отдѣльнаго товарища по его частному долгу не можетъ быть направлено на товарищеское имущество или на долю, причитающуюся этому товарищу въ общемъ имуществѣ, ибо пока длится товарищескій союзъ ни одинъ изъ товарищей не въ правѣ располагать своей долей въ своихъ частныхъ цѣляхъ;

e) въ случаѣ конкурса товарищества, его вѣрители удовлетворяются изъ его имущества отдѣльно отъ частныхъ кредиторовъ товарищей (§§ 119—122, кратко);

f) въ случаѣ конкурса отдѣльнаго товарища взысканіе съ него не можетъ быть направлено на вещи, ему принадлежащія въ составѣ общаго имущества, а лишь на всю его долю, причемъ реализація требованій на этомъ имуществѣ можетъ послѣдовать лишь по прекращеніи товарищества (*servitude d'indivision*) и лишь на тѣхъ ресурсахъ, которые останутся за удовлетвореніемъ всѣхъ расчетовъ съ товариществомъ (тамъ же);

g) составъ товарищества можетъ, если это предусмотрено договоромъ, измѣняться безъ прекращенія союза, чрезъ выходъ товарища, чрезъ исключеніе, чрезъ вступленіе на мѣсто умершаго его наслѣдника. При выходѣ или исключеніи товарищъ не можетъ требовать выдѣла изъ товарищескаго имущества, а лишь денежнаго удовлетворенія (123—125, 127, 128, 131).

Взявъ эти и только эти признаки строенія полнаго товарищества, мы спрашиваемъ себя, что же вся эта юридическая позиція цѣлаго союза даетъ намъ по своему составу только договорное правоотношеніе товарищей и ничего болѣе, ничего личнаго въ смыслѣ обособленія правъ союза отъ правъ отдѣльных товарищей? Нѣтъ сомнѣнія, что отвѣчать утвердительно на этотъ вопросъ, признать здѣсь только правоотношеніе товарищей будетъ явной ошибкой. Что мы именуемъ въ правѣ гражданскомъ личностью? Мы разумѣемъ подъ личностью индивидуализированную связь правоотношеній извѣстнаго рода съ опредѣленнымъ субъектомъ, съ человѣкомъ, съ союзомъ. Тутъ цѣлый рядъ правоотношеній связанъ именно съ союзомъ, союзъ есть собственникъ, вѣритель, истецъ, отвѣтчикъ... Въ нихъ именно и обнаруживается эта особая право-и дѣеспособность союза, его гражданская личность, которой мы ищемъ.

И такъ, правоотношенія, кратко очерченныя нами выше для полнаго товарищества не составляютъ только договорнаго соціетета, какъ въ латинской системѣ, а даютъ нѣчто явно болѣе консистентное для гражданскаго оборота, обособленное, самобытно-личное. Что-жъ это будетъ, латинская корпорація, *universitas*?

Вглядимся ближе въ составъ понятія universitas и въ тотъ рядъ признаковъ, который можетъ характеризовать полное товарищество. Возьмемъ одинъ, виднѣйшій, на коемъ останавливаетъ вниманіе Лабандъ. То, что составляетъ обязательства союза, не можетъ составлять долга, лежащаго и на сочленахъ; что въ правѣ требовать союзъ, того не въ правѣ требовать отдѣльные сочлены. Поставлены ли здѣсь долги и требованія такъ врозь какъ въ латинской universitas? Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quid debet universitas singuli debent? Такъ ли это здѣсь, или прямо наоборотъ? Мы видимъ здѣсь, что каждый членъ создаетъ правоотношенія для цѣлаго, устанавливаетъ для него обязательства, погашаетъ долги, предъявляетъ иски именемъ цѣлаго, отвѣчаетъ всѣмъ своимъ достояніемъ за долги союза... Такимъ образомъ, тутъ есть несомнѣнные признаки личности, особой у союза и особой у товарищей; но *та-ли* это личность, какую создала латинская система? Возможно ли сюда примѣнить ту характерную черту обособленія латинской личности, которую выражаетъ положеніе *per liberam personam adquiri nobis non posse*? Нѣтъ, та личность, о которой мы здѣсь говоримъ, не знаетъ этой степени юридическаго обособленія отъ другой. Тутъ фактъ и право сходятся ближе одинъ съ другимъ. Мы, фактически близкіе люди, вѣримъ другъ другу, и эта фактическая близость отражается на свойствѣ конструкціи. То, что я совершаю, какъ товарищъ, видоизмѣняетъ правоотношенія товарищества. Мои ресурсы отвѣчаютъ за товарищескія обязательства. Римляне не создали для подобныхъ условій *фактической* близости и довѣрія одного къ другому никакой специфической союзной формы. Въ латинской системѣ способность одного пріобрѣтать для другого условливалась *юридической* зависимостью одного отъ другого. Для этого необходима специфическая связь двухъ лицъ, одного *sui*, другого *alieni juris*. Въ современныхъ конструкціяхъ такой эффектъ является въ условіяхъ несравненно болѣе широкихъ и свободныхъ. Одинъ способенъ обязывать другого, пріобрѣтать черезъ него, пріобрѣтать и себя ради и въ пользу третьяго, отвѣчать, искать за другого. Каждое изъ лицъ, такимъ образомъ дѣйствующихъ, есть несомнѣнно *persona libera*, но строеніе такой личности есть иное, не столь строго юридически обособленное отъ другой, какъ мы это видимъ въ латинской системѣ. Это лицо исторически иного возраста, менѣе опредѣлившееся, не столь законченное, обособленное, словомъ, это, по отношенію къ латинской universitas, *personnalité restreinte*, личная правоспособность лишь относительная.

Мы вовсе не развили такъ строго и закончено понятіе личности, какъ Римляне, но мы не создали и такой служебной юридической позиціи одного человѣка къ другому, какая видна въ этомъ противоположеніи *personae sui* и *alieni juris*. За то въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ латинская система пользуется этими двумя фигурами для своихъ ходовъ и только ими, мы ведемъ, такъ сказать, ту же игру менѣ законченными, но болѣе гибкими, принаровленными *ad hoc* построеніями, въ коихъ оказывается, соотвѣтственно фактическимъ элементамъ отношенія, то больше, то меньше признаковъ личнаго обособленія союза отъ образующихъ его сочленовъ.

Безъ всякаго сомнѣнія въ конструкціи акціонерной компаніи, которой мы здѣсь не будемъ повторять (см. выше, для французск. права, стр. 436, 438), и по *внутреннимъ признакамъ ея строенія*, близость къ латинской *universitas* гораздо болѣе выраженная, чѣмъ въ товариществѣ полномъ. Здѣсь обособленіе союзнаго и членскаго обнимаетъ и область долговыхъ отношеній, на коей настаиваетъ Лабандъ. Все, что возможно отмѣтить здѣсь въ отличіе отъ латинскаго типическаго представленія корпораціи,—это *матеріальную* близость интересовъ акціонеровъ къ интересамъ компаніи, которая дѣлаетъ болѣе затруднительнымъ представленіе *чужого имущества* въ томъ имуществѣ компаніи, которое все есть только орудіе для операцій подлинныхъ дестинаторовъ всей игры, т.-е. акціонеровъ. Эта матеріальная близость ихъ къ интересамъ компанейскаго предпріятія остается не безъ вліянія, конечно, на разныя стороны конструкціи, на способы возникновенія, управленія, прекращенія этого союза, на судьбу его имущества послѣ ликвидаціи дѣлъ, и не менѣ того въ основныхъ чертахъ юридическаго строя латинской корпораціи и этой нынѣшней *société de capitaux* нѣтъ никакого внутренняго противорѣчія.

Тѣ самыя экономическая и соціальныя явленія нашего времени, которыя вызвали въ Англіи и во Франціи специфическое стремленіе къ сближенію людей въ союзы для борьбы противъ фактической монополіи владѣющихъ классовъ въ производствѣ, распредѣленіи, накопленіи и потребленіи экономическихъ благъ, оказали и въ Германіи чрезвычайно сильное вліяніе на движеніе законодательства и юриспруденціи и въ этой области вопросовъ, въ вопросахъ союзной правоспособности особаго вида товариществъ, называемыхъ вообще *Erwerbs-und Wirthschaftsgenossenschaften*. Вамъ извѣстны изъ экономическихъ дисциплинъ размѣры этого движенія, заслуги нѣкоторыхъ его вождей, особенно Шульце-

Делича и Рафейзена, и я останавливаю ваше вниманіе здѣсь только на важныхъ для юриста модификаціяхъ внутренняго строенія этихъ союзовъ въ дѣйствующемъ нѣмецкомъ правѣ, которыя отличаютъ ихъ отъ формъ латинской *universitas* и не лишаютъ ихъ, однако, свойствъ правоспособной и обособленной въ нашемъ смыслѣ гражданской личности.

Специфическая задача, которую ставятъ себѣ союзы этого типа, *Genossenschaften* разныхъ наименованій, состоитъ въ томъ, чтобъ связать особой конструкціей имущественныя правоотношенія массы нуждающихся людей такъ, чтобы они свободно вступали въ составъ союзовъ для образованія изъ своихъ же ресурсовъ такой экономической силы, которая, своимъ юридическимъ строеніемъ, давала бы имъ характеръ стороны въ экономической борьбѣ съ превосходящимъ противникомъ. Въ составѣ такихъ союзовъ отдѣльные люди дѣлаютъ какъ бы шагъ назадъ въ смыслѣ своей хозяйственной и юридической обособленности, ближе къ прежней союзной зависимости и общности, хотя выраженной теперь на иномъ, чѣмъ прежде объектѣ *), притомъ общности, не стѣсняющей своихъ сочленовъ лично, а подчиняющей ихъ, взаимнѣй экономической зависимости отъ 3-хъ, нѣкоторой имущественной зависимости отъ союза, который, какъ цѣлое, существуетъ въ ихъ цѣляхъ и дѣйствуетъ подъ ихъ же прямымъ вліяніемъ. Для достиженія благопріятныхъ результатовъ борьбы надо дать союзу такую же юридически самостоятельную организацію и такіе же экономическіе ресурсы, какими располагаетъ противная сторона, т.-е. кругъ граждански-правоспособныхъ и экономически состоятельныхъ людей. Въ экономическомъ смыслѣ, эта цѣль можетъ быть достигнута лишь посредствомъ возможно широкаго распространенія сочленства въ этихъ организаціяхъ; въ юридическомъ смыслѣ эта цѣль будетъ достигнута чрезъ сообщеніе такой организаціи тѣхъ свойствъ правоспособной личности, какія подобные союзы имѣли въ старое время, въ средневѣковой эпохѣ.

Для того, чтобъ такой союзъ служилъ только средствомъ для членовъ, а не поглощалъ ихъ лично, какъ это имѣло мѣсто въ союзѣ патримоніальномъ, однимъ изъ важныхъ условій служить та черта теперешней союзной конструкціи, что они всѣ нынѣ суть по своимъ цѣлямъ специализированные, отвѣчающіе той или

*) Прежде зависимость членовъ союза выражалась на ихъ земельладѣльческихъ отношеніяхъ, не вполне свободныхъ, теперь на ихъ денежныхъ счетахъ, въ коихъ отдѣльные товарищи вынуждены подчиняться союзному режиму.

другой отдѣльной потребности людей, какъ это мы видимъ въ системѣ обязательствъ, а не обнимающіе человѣка во всѣхъ проявленіяхъ его личнаго существованія, какъ это было въ системѣ старинныхъ правоотношеній властныхъ.

Отвѣтомъ на эти стремленія въ Германіи были многообразные Verein'ы, Genossenschaft'ы, коимъ различныя земскія законодательства сообщали ту или другую организацію, въ виду не всегда одинаковыхъ практическихъ расчетовъ, которые имѣютъ привести нуждающіеся классы къ указанной цѣли *). Въ теперь дѣйствующемъ союзномъ правѣ Германіи главнѣйшее значеніе имѣютъ не эти прежнія различія союзныхъ формъ, а новый имперскій нормативный законъ 1-го мая 1889 г. для Erwerbs-und Wirthschaftsgenossenschaften **).

Намъ надлежитъ здѣсь кратко отмѣтить характерныя черты *личнаго* строенія союзовъ по этому закону.

Казалось бы, для цѣли лично-союзной конструкціи правоотношеній ничто не можетъ быть пригоднѣе разобранной нами кратко выше совершенно абстрактной, посему примѣнимой для любой цѣли, формы акціонерной компаніи (стр. 452 и слѣд.). Но тѣ же неудобства, которыя мы указали выше въ обзорѣніи французскаго законодательства, мѣшаютъ, конечно, и здѣсь ея примѣненію. Все строеніе анонимнаго товарищества есть капиталистическое, и въ этомъ его непригодность для тѣхъ случаевъ, гдѣ капиталы еще имѣютъ возникнуть, а тѣмъ временемъ нужды людей уже опредѣлились очень ясно и не терпятъ отсрочки въ ихъ удовлетвореніи. Эти правоотношенія надо, стало быть, регистрировать не когда есть досугъ, какъ, положимъ, въ депозитѣ давно накопленныхъ богатствъ, а безотлагательно, какъ въ depositum miserabile, когда иначе грозитъ бѣда.

Мы имѣемъ здѣсь союзъ капиталовъ, какіе есть на лицо, минимальныхъ, и даже менѣе того, какіе наростутъ чрезъ послѣдующія прибавки и приращенія, подобно тому, что мы видѣли въ старыхъ горнозаводскихъ союзахъ (см. выше) и что въ подробности опредѣляютъ отдѣльные статуты товариществъ (§ 7, § 20).

*) Очень хорошее краткое обзорѣніе этого движенія даетъ тотъ же Гирке въ Юридич. Словарѣ Гольцендорфа подъ рѣченіями Genossenschaft, Corporation и проч

**) Изданъ безчисленное количество разъ множествомъ издателей, изъ коихъ очень ходячее и удобное, какъ и для другихъ новыхъ нѣмецкихъ законоположеній, даетъ Guttentag'sche Sammlung. Въ изданіи Гуттентага помѣщаются обзорѣнія старыхъ формъ конструкціи этихъ союзовъ и дѣлаются сопоставленія ихъ съ другими видами союзовъ.

Чтобы образовался союзъ, необходимо не одно согласіе членовъ, выраженное подписью статута (какъ договора въ полномъ товариществѣ); необходима еще регистрація, т.-е. занесеніе товарищества подъ его реальной фирмой въ публичные списки подобныхъ союзовъ въ компетентномъ судѣ, въ составѣ членовъ не менѣе 7-ми, незамкнутомъ, съ указаніемъ цѣли (кредитъ, пріобрѣтеніе сырья, склады, сбытъ, потребление, пріобрѣтеніе орудій производства, устройство жилищъ), съ наименованіемъ союза eingetragene Genossenschaft такого-то типа, mit beschränkter, unbeschränkter (и т. п. о чемъ позже) Haftung для сочленовъ, съ ихъ именами и экстрактомъ статута.

Регистрація даетъ, такимъ образомъ, публичную достовѣрность возникновенію, составу, назначенію, взаимоотношеніямъ частей и цѣлаго. Отсюда же видно мѣстожителство союза и органы управленія. Нормативный законъ 1889 г., допуская нѣкоторое разнообразіе и примѣнительность въ отдѣльныхъ статутахъ, опредѣляетъ для всѣхъ союзовъ этого типа существенныя черты ихъ юридическаго строенія.

Разъ ставъ гласно въ указанныя условія обособленнаго юридическаго существованія, союзъ способенъ начать свои юридическія операціи на свое имя.

Законъ 1889 г. предоставляетъ такому союзу selbstständige Rechte und Pflichten. Союзъ фигурируетъ, какъ торговецъ въ смыслѣ НТУ. Онъ способенъ подъ своей фирмой пріобрѣтать собственность, вещныя права на недвижимости, съ занесеніемъ въ вотчинныя записи подъ союзной фирмой, искать и отвѣчать на судѣ (§ 17). Органы его нормальной дѣятельности, въ отличіе отъ полнаго товарищества и ближе къ строю акціонерной компаніи, суть правленіе, наблюдательный комитетъ и собраніе товарищей. Пока союзъ производитъ удачнымъ образомъ свои операціи и ничто не угрожаетъ его экономической состоятельности, его служебная для сочленовъ дѣятельность какъ нельзя лучше достигаетъ своей цѣли. Для нихъ открыть кредитъ, для нихъ пріобрѣтаются орудія производства, заводятся склады, облегчается сбытъ, строятся дома и прочее, и во всей сферѣ сюда направленной юридической дѣятельности союза не нужно ничьихъ именъ, кромѣ имени союзной фирмы.

Въ этихъ условіяхъ внутреннія отношенія союза выражаются событіями дальнѣйшихъ денежныхъ взносовъ со стороны членовъ въ товарищескую кассу, вступленіемъ, выходомъ, удаленіемъ сочленовъ изъ состава союза. Существенное отличіе въ этомъ отношеніи союзной формы 1889 года отъ компаніи акціонерной

заключается въ томъ, что акціонеръ можетъ спекулировать своими акціями, ибо эти акціи составляютъ обособленныя, раздѣльныя реальныя цѣнности, прямо предназначаемыя для легчайшаго обмѣна, особенно если онѣ формулированы на предъявителя. Это союзъ анонимный. Кто эти лица, скрытыя за именемъ союза, — вопросъ совершенно безразличный для всего строя отношеній компаніи. Наоборотъ, въ рассматриваемой формѣ вся задача конструкціи въ томъ, чтобы связать доленое участіе въ имущественныхъ выгодахъ товарищества съ дѣйствительнымъ личнымъ участіемъ въ предпріятіи допущеннаго въ составъ союза извѣстнаго круга лицъ. Эта черта приближаетъ Genossenschaft'ы къ полному торговому товариществу и удаляетъ ихъ отъ строенія анонимной компаніи. Правъ своихъ на выгоды совсѣмъ нельзя разобщить съ своимъ сочленствомъ. Доленое участіе товарища не воплощается въ образѣ акціи. Спекулировать нѣтъ никакого удобства. Здѣсь ясно сказывается приближеніе этого вида долевого участія въ общности къ тому строенію правоотношеній, какое знала средневѣковая общность. Существенное различіе, кромѣ объекта общаго обладанія, въ этомъ союзѣ отъ старыхъ формъ общности видно въ томъ, что здѣсь нѣтъ *обязательной* принадлежности лица къ союзу, нѣтъ наслѣдственнаго соучастія, а лишь свободное отношеніе соучастниковъ къ цѣлому. Надо, однако, быть непременно членомъ союза лично, чтобы пользоваться всѣми выгодами положенія союзнаго правообладанія. Можно въ составѣ союза уступить (цедировать) свои права сочленства другому лицу, разумѣется, вмѣстѣ со всѣми выгодами и невыгодами этого положенія, но нельзя никакъ эксплуатировать свою позицію для коммерческихъ спекуляцій, независимо отъ принадлежности къ союзу; для этой цѣли строеніе союза не даетъ удобствъ, какъ не даетъ удобствъ для коммерческихъ спекуляцій положеніе раздѣльнаго совладѣльца горнопромышленнаго участка въ общемъ горномъ промыслѣ.

Вся свобода положенія сочлена союза въ его составѣ ограничивается тѣмъ, что ему предоставлено лично уйти изъ его состава и взять съ собою свою долю (конечно, только деньгами). И такъ, товарищъ очень легко освобождаетъ союзъ отъ своего соучастія, но нельзя, какъ мы это сейчасъ увидимъ подробно, сказать того же объ освобожденіи себя отъ отвѣтственности по обязательствамъ союза.

Для выхода члена изъ состава союза нѣтъ никакихъ юридическихъ препятствій. Выйти можно актомъ простого отказа. Выходитъ членъ нерѣдко потому, что удаляется изъ округа дѣя-

тельности союза. Наконецъ, сочленство прекращается уступкой, смертью.

Для осуществленія права выхода по своей волѣ есть нѣкоторые формальные реквизиты, напр., заявка отказа непременно за три мѣсяца впередъ, при чемъ самое отчисленіе формально происходитъ лишь къ концу операціоннаго года (§ 63).

На что, однако, нужна эта тѣсная связь денежныхъ выгодъ съ *личнымъ* соучаствіемъ опредѣленнаго члена въ составѣ союза? Умѣетъ же компанія акціонерная до такой степени легко и такъ сказать безслѣдно разрѣшать свои связи съ тѣмъ или другимъ личнымъ составомъ акціонеровъ!... Вотъ въ этомъ собственно и лежитъ самая существенная сторона различія въ строеніи того и другого типа союзовъ. Акціонеръ никогда и ничѣмъ не отвѣчаетъ по дѣламъ союза кромѣ имущественной доли, какую онъ имѣетъ въ составѣ союзнаго капитала. Съ него ни въ какомъ случаѣ нельзя ничего больше потребовать. Пока дѣла союза 89-го года идутъ хорошо, положеніе товарища ничѣмъ въ этомъ отношеніи осязательно не отличается отъ положенія акціонера.

Но, вотъ, началось колебаніе товарищескихъ операцій. Тогда всѣ товарищи могутъ начать одинъ за другимъ свои заявленія объ уходѣ изъ состава союза, съ тѣмъ несомнѣннымъ эффектомъ, что въ составѣ союзнаго имущества окажутся никому ненужныя вещи и ничѣмъ не обезпеченныя обязательства союза! Для того, чтобъ эта союзная форма не вырождалась легко въ такой видъ ограбленія кредиторовъ, необходимо приблизить строеніе этихъ союзовъ къ типу товарищества полного.

И такъ, доленое участіе въ выгодахъ союза и право сочленства въ немъ покупаются здѣсь цѣною личной, такъ или иначе выраженной, отвѣтственности соучастниковъ союза по всѣмъ союзнымъ операціямъ.

Союзъ работаетъ въ интересахъ товарищей. Составъ товарищества есть постоянно измѣнчивый, при чемъ союзъ остается все тою же юридически-обособленной личностью. За эту работу союза на пользу членовъ они, по нормальному экономическому положенію сочленовъ такихъ союзовъ, способны отвѣчать лишь самой незначительной наличностью. И въ интересахъ всего дѣла эта незначительная наличность восполняется той или другой формой и предѣломъ отвѣтственности, которую возлагаетъ на сочленовъ статутъ товарищества и общій нормативный законъ 89-го года.

Здѣсь лежитъ для насъ наиболѣе любопытная сторона конструкціи. Законъ указываетъ, что союзъ пріобрѣтаетъ всѣ свои права,

собственность, другія вещныя права по недвижимостямъ *самостоятельно* (selbstständig, § 17). Но какой смыслъ этой Selbstständigkeit? Чисто формальный, чисто юридическій! Въ смыслъ экономической наличности, эта Selbstständigkeit есть обыкновенно совершенно прекарная. Она существуетъ до той поры пока надеженъ составъ членовъ. Его резервный фондъ, его поступления суть обыкновенно стоящія много ниже его потребностей. Эти потребности въ массѣ случаевъ удовлетворяются посредствомъ кредита. Обеспеченіемъ кредитоспособности союза служить не наличность союзнаго имущества, а ресурсы, какіе онъ способенъ собрать со своихъ членовъ въ случаѣ крайности. Это, такъ сказать, ихъ трибутъ, который они несутъ за евентуальныя выгоды ихъ принадлежности къ ассоціаціи *).

Мы сейчасъ скажемъ, какъ подвергаются они взысканію этого трибута. Но впередъ небольшое отступленіе, чтобъ опредѣлить мѣсто, которое принадлежитъ этой формѣ въ исторической перспективѣ новоевропейскаго права.

Что это за явленіе? новое оно, или очень старое и давно намъ знакомое? Поставимъ вопросъ ближе къ цѣли. Есть ли это явленіе взаимной и мало по размѣру опредѣленной отвѣтственности одного члена союза за другого неизвѣстное намъ вовсе, или тутъ, въ указанномъ сочетаніи, нова только форма, новъ только объектъ сближающій людей въ этотъ тѣсный союзъ? Не была ли намъ и прежде знакома такая же связь людей, обыкновенно близкихъ, близкихъ и въ смыслѣ топографическомъ и въ смыслѣ экономического ихъ положенія, которая давала основу подобнымъ конструкціямъ?

Вспомнимъ средневѣковую поземельную общину съ указанными выше признаками ея строя (стр. 240 и слѣд. **). Тамъ та же связь членовъ съ цѣлымъ личная, рассчитанная на полноту соучастія и въ выгодахъ, и въ тягостяхъ совладѣнія (auf gemeinsamen Gedeih u. Verderb), легко разрѣшимая для отдѣльных членовъ, но не освобождающая отчужденнаго ими участка земли отъ тѣхъ или другихъ притязаній союза. Mutatis mutandis мы здѣсь имѣемъ то же явленіе союзнаго строя съ измѣненіями необходимыми по различію экономической матеріи, къ коей прира-

*) Нѣкоторые цивилисты думаютъ свести всю конструкцію этой отвѣтственности къ типу поручительства. Эффектъ будетъ несомнѣнно близкій, но въ построеніи много особенностей, начать хотъ съ того, что наличный и ушедшій членъ отвѣчаетъ вовсе не за чужое для него обязательство.

**) То же относится и къ другимъ формамъ общности средневѣковой эпохи, но мы ихъ здѣсь ради краткости не касались (см. особ. указан. выше работу Sohм'a и его ссылки на Meili).

жаются притязанія. Тутъ тоже я притязаю на выгоды сочленскаго соучастія въ общемъ предпріятіи; тоже могу уйти изъ состава товарищества, взять свою долю. Но этимъ я только себя лично освобождаю отъ связи, а не обрываю моего имущественнаго отношенія къ союзу, и тутъ именно въ смыслѣ отвѣтственности денежной по его обязательствамъ, тамъ въ смыслѣ евенгуальнаго притязанія союза на выдѣленный земельный участокъ. Это та же *общность*, но представляющая собою какъ бы переходъ стараго союзнаго строя по недвижимому обладанію въ состояніе мобилизаціи, отрѣшенное отъ связи съ поземельнымъ владѣніемъ, и воплощенія этой связи въ эквиваленты движимыхъ цѣнностей. Это какъ будто историческая переходная форма ликвидаціи общности поземельной, переводъ трудно рассчитываемыхъ поземельныхъ отношеній на денежную выкладку. Существо связи членовъ сходно до подробностей; различны лишь формы, въ коихъ она воплощается. Это послѣдующая эволюціонная стадія той же связи людей, въ коей они невольно терпятъ нѣкоторое умаленіе, вѣрнѣе, нѣкоторую недоразвитость правоспособности индивидуальной, въ пользу интересовъ родовыхъ, общихъ, въ пользу правоспособности или личности союзной.

Законъ 89 года совмѣщаетъ въ себѣ различные выработанные практикой прежнихъ ландрехтовъ виды отвѣтственности вступающихъ и выбывающихъ членовъ за союзныя обязательства въ слѣдующія типическія формы.

Начать съ того, что отвѣтственность вновь вступающихъ товарищей всегда идетъ не только за долги, которые образовались во время ихъ принадлежности къ союзу, но и за прежде накопившіеся (§ 23). Такая отвѣтственность есть, однако, всегда субсидіарная, на случай, если имущества союза не будетъ достаточно для уплаты по долгамъ товарищества. При этомъ мѣра и порядокъ привлеченія къ имущественной отвѣтственности различаются по различію строенія товарищества на слѣдующіе 3 вида:

а) для зарегистрированныхъ союзовъ съ неограниченной отвѣтственностью каждый членъ отвѣчаетъ солидарно и всѣмъ своимъ имуществомъ. По истеченіи 3-хъ мѣсяцевъ послѣ произведеннаго въ исполнительномъ порядкѣ расчета дополнительной отвѣтственности товарищей, не получившіе удовлетворенія вѣрители могутъ взыскивать съ любого изъ товарищей, не допуская возраженія объ ограниченіи отвѣтственности долями по числу содолжниковъ.

б) другой видъ союза представляетъ собою то существенное отличіе отъ перваго, что дополнительное взысканіе идетъ хотя и неограниченно на все имущество товарища, какъ и въ первомъ

случаѣ, но не прямо передъ кредиторами союза, а лишь передъ самимъ союзомъ и чрезъ его посредство передъ кредиторами; наконецъ, с) третій видъ союза даетъ отвѣтственность членовъ ограниченную извѣстной предѣльной суммой передъ союзомъ или кредиторами, но тоже солидарно (§ 135).

Очевидно, различіе предѣла отвѣтственности совпадаетъ или съ типомъ полнаго товарищества, или съ командитой.

Еслибы эти положенія объ отвѣтственности прилагались безразлично къ составу товарищей, наличныхъ и выбывшихъ, безъ всякаго, для послѣднихъ, предѣльнаго термина привлеченія ихъ къ отвѣтственности, т.-е. такъ сказать на вѣчныя времена, то, нѣтъ сомнѣнія, одно это обстоятельство отталкивало бы нуждающихся отъ соучастія въ такихъ союзахъ. И такъ, для лицъ выбывающихъ долженъ быть необходимо положенъ предѣлъ отвѣтственности въ нѣкоторыхъ границахъ времени, гдѣ есть еще возможность предположить ихъ соучастіе въ составѣ союза какъ больше или меньше связанное съ исходомъ товарищескаго предпріятія. Гдѣ такой связи установить нельзя, тамъ и отвѣтственность, конечно, не должна имѣть мѣста. Нѣмецкій законъ 89 г. устанавливаетъ предѣлъ времени для отвѣтственности выбывшаго товарища двухлѣтній. Если со времени выхода товарища и до открытія конкурса по дѣламъ союза прошло два года, то выбывшій товарищъ вовсе не отвѣчаетъ за его несостоятельность ни въ какой мѣрѣ и ни въ какой очереди (§ 119).

Этихъ основныхъ чертъ строенія нѣмецкихъ союзовъ легальнаго типа 89-го года достаточно, чтобъ убѣдиться въ значительности конструктивныхъ отступленій, которыя они представляютъ собою, отъ типа подлинной латинской *universitas*. Въ чертѣ весьма существенной для ихъ природы они даютъ намъ такое сочетаніе отвѣтственности по долговымъ операціямъ союза самого союза и его членовъ, котораго редицированное право вовсе не знаетъ. Но все же союзы этого рода, по своей природѣ и по своему историческому возрасту, не суть безличныя товарищества. Они представляютъ собою, какъ и латинская *universitas* союзы личные, правда, съ характеромъ личности не вполне обособленной, стѣсненной, неразвитой, *personnalité restreinte*; но таковою является и вообще личность, коллективная ли, или индивидуальная, на этой ступени развитія человѣческихъ обществъ. И такъ, въ историческомъ преемствѣ это будетъ только стадія развитія личности, притомъ низшая; а въ ея соціальной функціи эта союзная личность составитъ только средство для цѣли, только орудіе въ рукахъ членовъ союза для цѣлей, которыя себѣ ставятъ эти члены. Въ

этомъ тѣсномъ смыслѣ мы вправѣ допустить уподобленіе этого явленія тому различію лицъ, которое даетъ классическое право, противуполагая *personae sui* и *alieni juris*.

Чрезвычайное оживленіе нѣмецкой юриспруденціи въ вопросахъ союзнаго права вызвало въ недавнее время образованіе еще новѣйшаго типа союзовъ, который, кажется, есть дѣйствительно вполнѣ оригинальный для современнаго союзнаго права. Это такъ называемая *Gesellschaft* (а не *Genossenschaft*) *mit beschränkter Haftung*, юридическая формула котораго выработана закономъ 20-го апрѣля 92 года. Это нѣкоторая специфическая комбинація конструктивныхъ элементовъ другихъ союзныхъ формъ, принаровленная къ извѣстнымъ практическимъ цѣлямъ, для коихъ существующія формы не вполнѣ подходятъ, и тоже одаренная обособленной отъ сочленовъ союзной правоспособностью. Она вполнѣ заслуживаетъ особаго изученія и съ 1-го своего появленія возбудила чувство гордости въ кружкахъ ея изобрѣтателей и недовѣрія въ людяхъ стараго опыта, каковы особенно Бэръ и Гольдшмитъ. Специально она насъ здѣсь не интересуется. Мы видимъ въ ней только свидѣтельство большого оживленія въ этой области юридическаго творчества у нѣмцевъ и обращаемъ на это оживленіе самое серьезное вниманіе, какъ на признакъ времени и на особое свойство современныхъ экономическихъ предпріятій.

Есть случаи въ промышленной жизни, гдѣ ни акціонерная компанія, ни полное товарищество не даютъ настоящей конструкции для выраженія особаго характера потребностей и интересовъ предпринимателей. Требуется установить или поддержать юридическую связь лицъ, заинтересованныхъ въ одномъ предпріятіи, для коего, однако, не нужно вовсе такой сложной организаціи, какъ въ акціонерной компаніи. Дѣло, допустимъ, идетъ о новомъ изобрѣтеніи, которое возможно пустить въ ходъ всего лучше съ помощью нѣкотораго коллективнаго капитала, который образуется изъ взносовъ небольшого круга соучастниковъ. Акціонерная компанія сложна. Надо приблизить строеніе къ полному товариществу. Но полное товарищество требуетъ солидарной отвѣтственности круга товарищей безъ ограниченія извѣстной суммой. Здѣсь сумма должна быть ограничена. И такъ, мы беремъ простоту строенія по образцу полнаго товарищества; но вмѣстѣ съ этимъ мы придаемъ ему характеръ союза капиталовъ, а не лицъ (*société de capitaux*, а не *de personnes*; основной капиталъ долженъ быть не менѣе 20 тыс. марокъ), съ соучастіемъ небольшого круга товарищей опредѣленными, довольно

высокими (ставка не ниже 500 марокъ), но все же ограничен-ныхъ размѣровъ вкладами (§ 5). Въ то же время мы затрудняемъ передачу правъ соучастія приблизительно такъ, какъ въ *Erwerbs u. Wirthschaftsgenossenschaften*, не выдавая никакихъ акцій, но допуская, однако, наслѣдованіе и дѣленіе долей (§§ 15—17). А для того, чтобъ товарищество оперировало *какъ отдѣльная личность*, допускало нѣкоторую смѣну участниковъ и измѣненія, т.-е. повышеніе, пониженіе размѣровъ долей и дополни-тельные взносы (§ 26), мы требуемъ его регистраціи, съ ука-заніемъ содержанія товарищескаго договора и состава товарищей (§ 7); для тѣхъ же случаевъ, когда дѣятельность товарищества составляютъ банковыя операціи, — сверхъ того публикаціи ба-ланса (42).

Удобное примѣненіе эта форма находитъ во многихъ слу-чаяхъ, кромѣ указаннаго выше, въ особенности, напр., для про-долженія коллективнаго соучастія сонаслѣдниковъ въ обширномъ фабричномъ предпріятіи; то же самое еще для образованія това-рищества по предпріятію (свеклосахарному), когда въ немъ имѣетъ участвовать нѣкоторый кругъ производителей сырья; то же, на-конецъ, для перехода изъ формы акціонернаго предпріятія въ меньшее по размѣрамъ дѣло, гдѣ не требуется ни быстрого об-мѣна соучастниковъ, ни привлеченія кредита (§§ 78 и 79). Вотъ главнѣйшія функціи, въ коимъ указанная форма *товарищества съ ограниченной отвѣтственностью* есть наиболѣе подходящая *).

Мы этимъ заключаемъ нашъ обзоръ опытовъ построенія союз-ной правоспособности у нѣмцевъ, въ особенности въ самомъ ха-рактерномъ для этого ученія пунктѣ, въ вопросѣ о *юридическихъ отношеніяхъ союза*, обособленно-личныхъ для союза и сочленовъ, или только договорно-обязательственныхъ (см. стр. 402). Мы посвятили *этому пункту* ученія сравнительно много вниманія, ибо въ немъ, по нашему мнѣнію, сосредоточивается главнѣйшій интересъ всего ученія и всѣ его трудности. Обозрѣвая выше, возможно сжато, историческія данныя для строенія отличныхъ отъ латинскаго права союзныхъ формъ *новаго типа* и ихъ те-перешняго вида во Франціи и Германіи, мы имѣли въ виду дать положительный и хорошо разработанный матеріалъ для по-вѣрки существующихъ нынѣ попытокъ создать *новое ученіе о корпорации*, имѣющее вытѣснить латинскую догму и замѣнить ее довольно шумно провозглашаемыми конструкціями нѣмецкихъ мастера.

*) См. превосходное изданіе этого закона L. Parisius u. Hans Crüger 1893 г. (332 стр.).

Натурально, всѣ эти штудіи важны для насъ не въ мѣрѣ ихъ значенія для науки западной, а въ мѣрѣ ихъ пригодности или примѣнимости къ цѣлямъ отечественной юриспруденціи. Идя этимъ путемъ сопоставленій историческихъ и догматическихъ, мы вовсе не удаляемся, а быстро подходимъ къ нашей ближайшей цѣли, ибо явленія союзной жизни, прошлой и современной, на западѣ и у насъ имѣютъ очень много точекъ прикосновенія. Отчасти мы указывали на это выше. Въ цѣломъ мы возвратимся къ этой проблемѣ въ концѣ этого ученія.

Для заключенія всего ученія о юридическомъ лицѣ намъ остается повѣрить ученіе германистовъ о дѣеспособности юридического лица, особенно о его деликтоспособности, и о его прекращеніи. Но мы находимъ возможнымъ уже здѣсь, исчерпавъ главный пунктъ конструкторіи, поставить вопросъ, въ самомъ ли дѣлѣ та разработка, обильная, правда, новыхъ союзныхъ формъ, которую мы видѣли выше, пригодна для *полнаго переворота* въ ученіи о правоспособности коллективныхъ единицъ, въ особенности для *вытѣсненія и замѣны латинскихъ конструкций*, латинской *universitas*, латинской корпораціи, къ чему направляютъ свои усилія писатели германистскаго лагеря?

Намъ думается, что отвѣтъ на этотъ вопросъ есть готовый уже здѣсь, въ виду сдѣланныхъ нами разъясненій по главному пункту союзныхъ конструкций. Разобранная нами специфическія формы съ неполнымъ обособленіемъ союзной личности отъ состава членовъ составляютъ явленіе несомнѣнно крайне характерное въ исторіи соціального и экономического развитія новоевропейскихъ обществъ. Мы думаемъ, что нельзя достаточно высоко оцѣнить значеніе этого явленія для интересовъ современнаго общежитія. Заслуги современной западной, не одной нѣмецкой, юриспруденціи, въ сохраненіи и дальнѣйшей разработкѣ этихъ формъ, не подлежатъ ни малѣйшему сомнѣнію... Но на этомъ, кажется, намъ и надо остановиться, не пускаясь дальше въ сравненія этихъ явленій съ всемірно-историческими заслугами латинскаго юридическаго генія въ этой же области. Какъ бы мы ни ставили высоко свое творчество въ этой области, все же оно отвѣчаетъ лишь нѣкоторымъ нашимъ потребностямъ, специфическимъ, задачамъ локальнымъ, цѣлямъ условной необходимости, преходящимъ, временнымъ. Таковы въ особенности конструкции смѣшаннаго типа, формы принаровленные для надобностей людей извѣстнаго соціального уровня. Онѣ, безспорно, необходимы и *незамѣнимы ничѣмъ*. Но пригодны ли онѣ для того, чтобы вытѣснить иные, формально законченные, строго выдержанные

типы союзно-личнаго обособленія, *станетъ ли ихъ, чтобы замѣ-
ститъ собою все?* Вотъ въ этомъ вопросъ! И на него мы отвѣ-
чаемъ безусловнымъ отрицаніемъ...

Чтобъ выразить нашу мысль возможно рельефно, мы при-
бѣгнемъ къ сравненію. Всѣ эти новыя союзныя формы, специ-
фическія, локальныя, примѣнительныя къ отдѣльнымъ нуждамъ
и цѣлямъ, составляютъ въ процессѣ современнаго цивильнаго
обмѣна, въ достиженіи разнообразнѣйшихъ общежительныхъ
цѣлей нашего времени то же, что въ задачахъ сообщенія даютъ
намъ такъ называемые *подгнздные пути*... Что можетъ замѣнить
ихъ для ближайшихъ мѣстныхъ интересовъ, съ одной стороны,
и для обогащенія всего обмѣна, съ другой? Конечно, ничто...
Но совершенно такъ же всѣ эти пути, вся сѣть ихъ и вся си-
стема теряетъ всякій смыслъ, если мы подумаемъ не разрабо-
тывать ихъ только въ ихъ цѣляхъ, а *замѣнять ими магист-
ральныя линіи сообщенія*.

§ 21.

III. Дѣеспособность юридическаго лица.—Формализмъ воли въ строеніи юри-
дической сдѣлки.—Выходъ изъ трудностей въ классическую эпоху.—Способ-
ность къ делиету.—Савиньи.—Видоизмѣненія въ понятіи вмѣненія.—Отсут-
ствіе внутренняго критерія виновности.—Результаты въ современныхъ систе-
махъ.—Отвѣтственность союзовъ.—Конструкція Гирке.—Нѣмецкій кодексъ.—

IV. Прекращеніе юридическаго лица.—Судьба его имущества.

Мы искали выше аргументировать формальный характеръ
образованія понятія цивильной *личности*. Мы остаемся въ той
же области юридическаго формализма, когда устанавливаемъ при-
знаки ея *гражданской дѣеспособности*. Не только тамъ, гдѣ
дѣеспособный субъектъ есть коллегія, союзъ, но и въ тѣхъ слу-
чаяхъ, гдѣ дѣеспособнымъ является самъ человѣкъ, мы имѣемъ
въ томъ, что называется *дѣяніемъ въ цивильномъ смыслѣ*, точ-
нѣе, сдѣлкой, *negotium juris*, въ развитыхъ системахъ граждан-
скаго права, такое обиліе чисто формальныхъ элементовъ по-
строенія, что ими нерѣдко совершенно заслоняются психическіе
процессы, лежащіе въ основѣ дѣянія. Весь составъ понятія юри-
дической сдѣлки можетъ, такимъ образомъ, представить собою
одну *юридическую сущность*, до крайности удаленную отъ того,
что мы называемъ движеніемъ или обнаруженіемъ воли въ смыслѣ
психическаго явленія.

Здѣсь не у мѣста исчерпывать характерныя для понятія юри-

дическаго дѣянiя черты, о чемъ мы будемъ имѣть случай говорить въ спеціальному ученiи о юридической сдѣлкѣ въ послѣдствiи; однако, различенiе существенныхъ для всякой юридической операціи свойствъ формализма ея состава, въ отличіе отъ простаго, *природнаго побужденiя* воли, намъ крайне важно имѣть въ виду уже здѣсь. Остановимъ наше вниманiе на слѣдующихъ чертахъ. Мы не принимаемъ наличности дѣянiя въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, согласно нашимъ *формальнымъ* реквизитамъ, нѣтъ воли, нѣтъ надлежащей разсудительности, *judicium et intellectus*, хотя способность воли и сужденiя лежитъ, съ психической точки зрѣнiя, внѣ всякихъ сомнѣнiй. Таковы лица, у коихъ хотя бы весьма немного не хватало до возраста совершеннолѣтія, когда эти лица хотятъ совершить обязывающую ихъ сдѣлку или выразить свою послѣднюю волю. Мы не даемъ юридическаго признанiя актамъ воли вполне явнымъ и безспорно доказаннымъ, если при ихъ совершенiи не соучаствовали обрядные свидѣтели *), публичные органы. Съ другой стороны, и прямо наоборотъ, мы даемъ всю силу волеизъявленiю, въ коемъ отсутствуютъ самые необходимые, для *природнаго психическаго процесса*, элементы состава сдѣлки, основанiе, цѣль (*causa*) опредѣлившейся воли лица. Мы допускаемъ всю силу оторваннаго отъ этого натурального состава акта воли, волеизъявленiя непонятнаго, съ психической точки зрѣнiя, односторонняго, и тѣмъ не менѣе въ области права вполне эффективнаго, если только формальная сторона волеизъявленiя не нарушаетъ границъ правоспособности даннаго субъекта. Такова латинская стипуляція, таковъ современный вексель. Обязываюсь, уплачиваю, и не квалифицирую этого акта ни какъ даренiе, ни какъ каузальную сдѣлку, разрѣшающую долгъ или обосновывающую обязательство. Наконецъ, и тамъ, гдѣ не только можетъ быть и долженъ быть мотивъ и цѣль волеизъявленiя, но гдѣ онъ прямо выраженъ, но выраженъ ошибочно, мы допускаемъ силу юридической сдѣлки, отбрасывая эти ошибочные моменты волеизъявленiя, и укрѣпляемъ эффектъ передачи права собственности безъ всякихъ внутреннихъ основанiй, по одной силѣ формальнаго акта традиціи, чтобы послѣдующимъ

*) Ихъ соучастіе въ совершенiи сдѣлки, вырождающееся въ простой формальной реквизитъ ея наличности, представляетъ въ историческомъ процессѣ явленiе крайне важное для освѣщенiя именно исторiи обособленiя отдѣльнаго лица, его воли, его дѣеспособности, отъ союзной, ибо первоначально соучастіе свидѣтелей есть именно юридически-необходимое ихъ содѣйствiе, безъ коего отдѣльный человѣкъ можетъ хотѣть все что ему угодно, но юридически — совершить не способенъ ничего. Признаки соучастiя какъ существенно необходимаго и расширяющаго силу сдѣлки, а не обряднаго только, мы увидимъ въ дальнѣйшемъ.

процессомъ, обходнымъ путемъ устранить матерьяльно-несправедливыя послѣдствія этого формализма (L. 36 D. de a. r. d. 41. 1); тоже нынѣ въ актахъ вотчинной записи для такъ называемаго *безповоротнаго* укрѣпленія недвижимости за пріобрѣтателемъ). Наконецъ, силу внѣшняго акта волеизъявленія мы ограждаемъ, насколько это необходимо, и въ случаяхъ несомнѣннаго принужденія, прямо вопреки отсутствію подлинной свободной воли, по соображеніямъ необъяснимымъ внѣ условій юридическаго формализма *quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui* (L. 21 § 5 D. quod. met. c. 4, 2).

Гдѣ же возможно демонстрировать больше такъ сказать волшебнаго, таинственнаго, какъ не въ этихъ явленіяхъ *воли*, отрѣшенной отъ всѣхъ матерьяльныхъ основъ, будто въ самомъ дѣлѣ безплотной, неземной! И между тѣмъ, всѣ эти юридическія операціи происходятъ вовсе не надъ фантомами или привидѣніями, какихъ хотятъ германисты видѣть въ конструкціи *юридическаго лица*, а на подлинныхъ, *кровныхъ* физическихъ лицахъ, съ которыми германисты мирятся совершенно охотно!

Разсчегъ въ указанныхъ нами операціяхъ, очевидно, сдѣланъ не на тѣ или другія лица, а на любыхъ, безыменно, выполнѣ такъ сказать, нелицепріятно, отрѣшенно отъ кого бы то ни было „рожденнаго женщиной“, чисто формальнымъ методомъ, въ интересахъ возможно вѣрнаго, надежнаго, постояннаго цивильнаго обмѣна, совсѣмъ независимо отъ свойства субъектовъ, ихъ живыхъ особенностей, ихъ личныхъ потребностей и привычекъ, локальныхъ, иногда даже національныхъ, прямо въ цѣляхъ универсальнаго обмѣна, для всего культурнаго міра, не для дѣтей природы только, ради самаго широкаго общенія людей, а не для первобытныхъ потребностей рознаго существованія. Въ этомъ все волшебство специфическаго строенія абстрактныхъ, формальныхъ, кажущихся столь мало натуральными юридическихъ формъ и обрядовъ волеизъявленія.

Мы дѣлаемъ только шагъ дальше все въ той же области юридическаго формализма, когда конструируемъ понятіе *гражданской дѣеспособности коллективныхъ единицъ*, когда присваиваемъ способность оперировать въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній на себя, на свое имя, союзамъ, лицамъ юридическимъ. Всѣ свойства и всѣ приемы этой конструкціи настолько же важны, насколько трудны и контроверзны, и мы постараемся сколь можно сжато здѣсь же ихъ формулировать.

На вопросъ, *есть ли воля у союзовъ*, какъ она есть у отдѣльнаго человѣка, отвѣты юристовъ разныхъ системъ права и

разныхъ эпохъ юриспруденціи не только неодинаковы, но и не близки одинъ къ другому.

Юристы классики *) и за ними масса писателей всѣхъ временъ и народовъ отвѣчаютъ на этотъ вопросъ безусловнымъ отрицаніемъ, не различая ни общихъ нормъ, ни какихъ либо отклоненій въ разное время и въ разныхъ системахъ.

Затѣмъ, въ этой группѣ учителей, идетъ рядъ расчлененныхъ вопросовъ изъ той области проблемъ, которыя болѣе или менѣе тѣсно связаны съ этимъ такъ сказать преюдиціальнымъ для нихъ вопросомъ о волѣ юридическаго лица. Могутъ ли союзы владѣть? Юлій Павелъ отвѣчаетъ: *municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt...* Дѣйствителенъ ли заемъ, сдѣланный союзомъ? Ульпіанъ думаетъ — самъ по себѣ нѣтъ, ибо должны только тѣ, *qui contraxerunt, non civitas*, стало быть, въ данномъ случаѣ, должниками имѣютъ стать тѣ, кто дѣйствовалъ именемъ союза, кто занялъ деньги. И такъ, можно поставить рядъ вопросовъ, и вездѣ, силой простой послѣдовательности, получится одинъ итогъ: нѣтъ воли, нѣтъ дѣеспособности, нѣтъ сдѣлки, нѣтъ права, нѣтъ отвѣтственности... Но тогда, для какой же цѣли созданы юридическія лица? Есть ли подобное этому явленію другое въ юридическомъ быту, гдѣ тоже были бы права, и у ихъ субъекта не было бы дѣеспособности, направленной къ ихъ осуществленію, къ роли вѣрителя, должника, истца, отвѣтчика? Нѣкоторое подобіе этому явленію даютъ намъ дѣти, умалишенные, ибо у нихъ тоже нѣтъ *своей* воли. Но для людей это состояніе есть или преходящее, или случайное. Для союзовъ отсутствіе *своей* воли и всѣхъ конвенцій, истекающихъ отсюда для ихъ гражданскаго состоянія, остается неизмѣннымъ навсегда. Какой же отсюда выходъ? Въ классической системѣ онъ есть совершенно простой, и латинскіе юрисконсульты не требовали ничего лучшаго. Корпорация не имѣетъ *своей* воли, но ей можетъ принадлежать волеспособное существо, у коего всѣ его человѣческія способности должны, въ юридическомъ смыслѣ, служить средствомъ для чужихъ цѣлей, для цѣлей его господина, кто бы онъ ни былъ, отдѣльный человѣкъ или коллегія, *universitas, corpus*. Если коллегія не владѣетъ *per se*, за то она дѣеспособна *per servum*; рабъ есть постоянный органъ ея интересовъ въ вопросахъ вла-

*) Есть мнѣніе, что и тамъ, не только въ предшествующія эпохи, но и въ позднѣйшее время, этотъ вопросъ былъ весьма контroversнымъ: см. небольшую работу русскаго юриста, опубликованную на нѣмецкомъ языкѣ *Die Deliktsfähigkeit der Gemeinde von Alexander v. Kriwzow. Berlin. 1894.*

дѣнія, въ задачахъ завладѣнія, въ процессѣ узупаціонномъ, для совершенія манципаціоннаго обряда и стипуляціи *). Сверхъ того, если корпорація не можетъ сама себя обязывать, то деньги, занятыя для нея чрезъ посредство людей, входящихъ въ ея составъ, все же становятся ея деньгами, и корпорація не актомъ ихъ воли, а *черезъ вещь, re*, становится въ положеніе должника... Понемногу латинская мысль стала свыкаться съ этимъ представленіемъ дѣеспособности союзной, развивающейся независимо отъ отсутствія *своей естественной воли*. Какимъ бы орудіемъ ни достигалось восполненіе недостатка натуральной воли у союза, средство стали разсматривать какъ формально безупречное, если только оно вело къ достовѣрному, постоянному, надежному имущественному обмѣну въ кругу лицъ, физическихъ или юридическихъ, признаваемыхъ цивильно-правоспособными. Нужды нѣтъ, что волеизъявленія перестали совершаться *per servum* только, или только *re*, а совершаются уже *per liberam personam*. Необходимо одно, *чтобъ эти свободныя лица входили въ составъ союза такъ, какъ входятъ въ составъ цѣлаго его части*, еще вѣрнѣе—создающіе это цѣлое атомы (см. выше текстъ Алфена).

Тогда эти волеспособные члены образуютъ не просто *представительство союза*, не *извнѣ приходящую волеспособность*, а *изъ его же состава образованное орудіе*, помощью коего союзъ достигаетъ всѣхъ своихъ цивильныхъ цѣлей. Если между сочленами нѣтъ единства мнѣній, выходъ диктуетъ та же мѣрка *формальнаго* опредѣленія общей воли, какую мы встрѣчаемъ въ массѣ случаевъ, гдѣ нужно опредѣленіе превосходства одного передъ другимъ, превосходство возраста, количества истекшаго времени, превосходства численнаго. Отсюда—если нѣтъ единства воли сочленовъ, тогда *refertur ad universos quod publice fit per majorem partem* (L. 160 § 1 D. de R. I.).

Но идя такъ ходко по пути устраненія въ отдѣльныхъ практическихъ случаяхъ всѣхъ неудобствъ недостатка естественной волеспособности у юридическаго лица, не должна ли была классическая юриспруденція придти въ результатъ къ полному устраненію этого недостатка и къ признанію у союза въ принципѣ той же воли, какая есть у людей?

Тогда долженъ былъ самъ собою возникнуть вопросъ, гдѣ-жъ предѣлъ этой дѣеспособности? Не способна ли корпорація и къ злой волѣ, къ *delict'u*. И этотъ вопросъ возникалъ дѣйствительно. Ульпіанъ свидѣтельствуетъ намъ, что практики уже и въ ту

*) Савиньи, System, III стр. 22 пр. а.

пору спрашивали, не слѣдуетъ ли союзу вмѣнять *dolus* его членовъ или органовъ его управленія. Еслибы на этотъ вопросъ послѣдовалъ утвердительный отвѣтъ, то нѣтъ сомнѣнія, дѣеспособность гражданская юридическаго лица совершенно сравнялась бы съ его воледееспособностью. Но *отвѣтъ былъ прямо противоположный*. Какъ бы далеко ни шло развитіе гражданской дѣеспособности союза, классическая юриспруденція въ принципѣ всегда отвергала въ немъ отдѣльную отъ членовъ воледееспособность, на которой возможно основать вмѣненіе союзу, а не людямъ его образующимъ. Ульпіанъ дѣйствительно безъ колебанія говоритъ намъ, что корпорація обязана возмѣстить все, что къ ней пришло вслѣдствіе обманныхъ дѣйствій ея управителей, но отвѣтственность за *dolus* падаетъ всегда и безраздѣльно на членовъ, а не на муниципію. Такова латинская конструкція союзной дѣеспособности, возмѣщающая недостатокъ отдѣльной воледееспособности союза формальной переработкой волеизъявленій членовъ союза въ дѣянія самой корпораціи въ узкихъ и точныхъ предѣлахъ потребностей гражданской обмѣна.

Мы видѣли выше, что тамъ, гдѣ задача личности поставлена была въ новое время на ту же высоту обособленнаго гражданско-личнаго существованія, латинская конструкція ожила, въ ученіи папы Иннокентія IV, со всѣми чертами *формально дѣеспособнаго, но не воледееспособнаго за предѣломъ гражданскихъ цѣлей субъекта*. Въ половинѣ XIII вѣка новой эры строеніе понятія личности не въ цѣляхъ временныхъ, локальных, для людей этого круга, случайныхъ и не чисто гражданскихъ, а въ цѣляхъ именно чисто гражданскихъ, универсальныхъ и постоянныхъ должно было дать тотъ же результатъ, какой мы видѣли въ классической системѣ. Но мы уже указывали прежде, что такая высокая постановка задачъ ученія далеко не отвѣчала духу времени, господствующему въ эту пору типу правоотношеній не чисто гражданскихъ, обремененныхъ партикуляризмами, слишкомъ близко воплощавшихъ интересы разные своихъ сочленовъ. Въ этихъ условіяхъ должно было опредѣлиться новое теченіе въ той же области вопросовъ, и на мѣсто классической доктрины дѣйствительно образуется ученіе Бартола, прямо ей противоположное.

Оба направленія мыслей и обѣ несходныя конструкціи шли долгое время рядомъ, оспаривая одна у другой господство и достигая лишь по временамъ одна надъ другой преобладанія и то не надолго, не во всей сферѣ подходящихъ сюда вопросовъ, пока, наконецъ, въ первой половинѣ текущаго столѣтія ученіямъ классиковъ не далъ новаго и рѣшительнаго торжества, какъ чисто

разумнымъ, универсальнымъ началамъ подлинно гражданской современной системы, Ф. К. Савиньи. Намъ нечего повторять его учение, ибо оно было и оставалось до сего времени несомненно господствующимъ вездѣ, гдѣ научнымъ образомъ разрабатывалось гражданское право не для тѣснаго и спеціальнаго, а для универсальнаго примѣненія, какъ система права общаго.

И такъ, въ ученіи Савиньи всѣ тѣ же классическіе основы полнаго обособленія правоотношеній цѣлаго отъ частей и, съ другой стороны, отрицаніе отдѣльной волеспособности, особенно деликтоспособности союза, при совершенно ясномъ возмѣщеніи недостатка натуральной психической волеспособности формальной дѣятельностью союза посредствомъ входящихъ въ его составъ волеспособныхъ органовъ.

Для освѣщенія строя этихъ идей возьмемъ два пункта ученія, выраженныхъ самимъ его творцомъ. И такъ, есть ли воля у юридическаго лица? спрашиваетъ Савиньи, послѣ обширной штудіи по этому предмету, и вотъ отвѣтъ: *Endlich sind alle juristische Personen ihrer Natur nach und für immer handlungsunfähig* (Syst. III, стр. 88). Что значитъ сказать это (курсивъ въ его текстѣ нашъ)? Это значитъ сказать, что у нихъ нѣтъ, *по природѣ*, своей воли, своего *особаго* психическаго процесса, дѣеспособности *per se*; но затѣмъ, въ предѣлахъ своей гражданской правоспособности они, *juris interpretatione*, совершаютъ рѣшительно все, что совершаютъ физическія лица (Савиньи, System, §§ 90 и 96).

Принципъ одинъ у Ульпіана, у Иннокентія IV, у Савиньи.

Возьмемъ еще характерный вопросъ изъ этой контроверзной области. Доступны ли *обидѣ* юридическія лица, оскорбленію ихъ? Повидимому, здѣсь именно необходимъ моментъ внутренней восприимчивости?... Гдѣ же этотъ психическій процессъ у юридическаго лица? Отвѣтъ *Савиньи*: понятіе оскорбленія вполне приложимо къ юридическому лицу, ибо *injuria* является намъ связанной вовсе не непременно съ *затронутымъ чувствомъ*, а именно съ затронутой личностью (*da die injuria nur an die verletzte Persönlichkeit, nicht gerade an die verletzte Empfindung geknüpft ist*, II, стр. 313 *).

Но слѣдуетъ ли, однако, намъ, для современнаго примѣненія, остановиться на этихъ основахъ классической конструкціи, не

*) Савиньи аргументируетъ здѣсь противъ заключенія отъ допущенія обиды къ валичности особаго внутренняго психическаго процесса у юридич. лица.

допуская никакихъ отступленій не только въ общемъ, но даже въ частностяхъ примѣненія латинскаго принципа? Откуда могли въ свое время взяться совершенно противоположныя классическимъ основамъ ученія Бартола? На чемъ могутъ держаться и гдѣ ищутъ себѣ базы современныя конструкціи германистовъ?

Мы видѣли выше, что въ практикѣ современнаго союзнаго права возможно различить двоякаго типа построеніе юридическихъ отношеній союза къ сочленамъ. Есть такія конструкціи, гдѣ обособленіе сферы правоспособности союзной и сочленской есть абсолютное, проводимое съ такой-же оконченностью, какъ въ латинской системѣ. Къ союзамъ этого типа, безъ всякаго сомнѣнія, *могутъ быть* приложены тѣ же ученія латинскаго корня о дѣеспособности, какія были сейчасъ нами указаны, *если этому не помѣшаютъ для вопроса объ отвѣтственности по деликатамъ нѣкоторыя отличныя въ современномъ правѣ начала вмѣненія.*

Но вѣдь не одного этого типа союзы извѣстны въ практикѣ средневѣковаго и современнаго союзнаго быта. Не всѣ союзныя формы являются намъ построенными на началѣ *полнаго отрпшенія* отъ того, кто сочлененъ союза, на формальномъ безразличіи состава корпораціи для ея гражданской личности. Не вездѣ и не всегда союзы носятъ по своему построению типъ универсальныхъ и чисто гражданскихъ задачъ, поставленныхъ выше тѣхъ или другихъ мѣстныхъ, мелкихъ, исключительныхъ, приноровленныхъ иногда къ очень невысокому уровню и къ тѣсному кругу интересовъ. Въ этихъ случаяхъ, нѣтъ сомнѣнія, мы спускаемся изъ сферы всеобщихъ интересовъ, денежныхъ, капиталистическихъ, къ потребностямъ людей нуждающихся; союзъ перестаетъ быть абстрактнымъ, безыменнымъ, и дѣлается, по своему составу, шагъ ближе къ именованному, личному товариществу. Тутъ всѣ ближе другъ къ другу. Союзная дѣеспособность будетъ здѣсь иная, чѣмъ дѣеспособность отдѣльнаго человѣка. Для нея также необходима организація, формы волеизъявленія, указанные статутомъ, общее собраніе, правленіе, большинство голосовъ; но все это неизмѣримо ближе къ destinatarамъ, къ самимъ соучастникамъ и заинтересованнымъ. Воля союза и воля этихъ сочленовъ тѣснѣе соприкасаются. Отвѣтственность не можетъ быть строго обособлена, должныя дѣйствія правленія ближе прикасаются къ обманному построению всей компаніи, а если, съ одной стороны, за долги союза могутъ быть привлечены къ отвѣту товарищи, то и за дѣйствія или бездѣйствія, особенно должныя, органовъ управленія, несомнѣнно, правильно будетъ допустить отвѣтствен-

ность не однихъ прямыхъ виновниковъ, а также и весь союзъ, и не въ мѣрѣ только его обогащенія, какъ въ латинской *universitas*, а въ мѣрѣ его ресурсовъ и болѣе или менѣе явной виновности органовъ его дѣеспособности.

Это одна сторона дѣла. Характеръ и составъ союза даетъ основу для иной постановки вопроса объ отвѣтственности союза за его органы, чѣмъ въ латинской системѣ. Но, на ряду съ этимъ, идетъ и другая сторона дѣла. Это нѣкоторыя *существенныя отклоненія* нашихъ системъ отъ латинской *въ вопросахъ вѣнненія*. Совершенно такъ, какъ отъ наличности оскорбленія нѣкоторые ученые приходили къ заключенію, что у оскорбленнаго должно быть *чувство* чести, также отъ наличности вѣнненія многіе заключали къ наличности *воли* у вѣняемаго. Это методъ, характерный не только для конструкціи средневѣковыхъ писателей, но и для новѣйшихъ учителей школы германистовъ, и намъ надо хотя бы кратко остановить наше вниманіе на воззрѣніяхъ тѣхъ и другихъ въ данномъ вопросѣ, чтобы правильно понять, въ какомъ основномъ пунктѣ и почему такъ далеко расходятся представители разныхъ системъ и разныхъ эпохъ въ конструкціи всего ученія о юридическомъ лицѣ и о его волеспособности въ особенности.

Ученіе Бартола мы очертили выше (стр. 381 и слѣд.). Его конструкція несравненно болѣе соотвѣтствовала и вѣрованіямъ того времени, и особенностямъ тогдашней практики, чѣмъ юридическій формализмъ латинской мысли, воскресшій въ построеніяхъ Инокентія IV. Начнемъ съ характеристики *вѣнненія* въ ту пору. Есть ли это та самая *imputatio interna*, чисто субъективный масштабъ вѣнненія, который, въ связи съ могучимъ сознаніемъ личности, создала римская мысль? Въ этой латинской конструкціи—не можетъ быть вѣнненія, если нѣтъ *субъективнаго момента виновности, момента воли* въ лицѣ обвиняемаго. Такъ ли это въ системѣ новаго права?

Вопросъ принадлежитъ къ числу чрезвычайно любопытныхъ и хорошо разработанныхъ въ западной юридической литературѣ *). Вѣнненіе въ старомъ сознаніи, котораго весьма ясные

*) Вы имѣете указаніе на него въ вашемъ историко-юридическомъ курсѣ въ книгѣ профессора Сергѣевича „Лекціи и изслѣдованія по исторіи русскаго права“ 1883 г., стр. 436 и слѣд. Кромѣ названныхъ тамъ писателей нынѣ важно имѣть въ виду работы Amira (въ 1891 г. новая его работа Thierstrafen u. Thierprocesse), Бруннера и друг., указанія на которыя найдете у этихъ писателей. Всѣ эти ученныя изысканія важны, конечно, при спеціальныхъ историческихъ изслѣдованіяхъ. Мы остановимъ здѣсь вниманіе особенно на нѣкоторыхъ историческихъ трудахъ Бруннера и на забытой, хотя весьма хорошей

слѣды удерживаются и нынѣ *in multis articulis juris*, не связано не только съ внутреннимъ моментомъ виновной воли человѣка, но не ставится ни въ какую связь съ вопросами воли вообще и рѣшается по признакамъ одной механической связи несчастнаго случая съ вещью, составлявшей причину этого событія, а затѣмъ уже и съ лицами. Это любопытное явленіе въ исторіи человѣческаго сознанія, способное освѣтить многое и въ исторіи права. Геппъ терпѣливо слѣдитъ за этими явленіями, начиная съ греческой исторіи, гдѣ допускается признаніе *виновности вещей* въ причиненіи вреда, за что отвѣтственность падаетъ на самыя вредоносныя вещи, и онѣ должны быть брошены въ море. Балка, которою при паденіи былъ убитъ человѣкъ, должна быть выдана роднѣ убитаго. Тотъ, кто позволилъ бы себѣ воспользо-ваться подобной вещью въ своихъ интересахъ, ввести, скажемъ, въ постройку, того разсматривали какъ соучастника и присуждали къ выдачѣ не только вредоноснаго предмета, но и самаго строенія *). Еще шире развивается примѣненіе карательныхъ мѣръ къ звѣрямъ и животнымъ, виновнымъ въ нанесеніи вреда, особенно смерти. Медвѣдь объявляется *friedlos*, и за его истребленіе полагается награда какъ иной разъ за поимку лихихъ

собственно цивилистической работѣ д-ра Ferd. Hepp'a, давно умершаго тюбингенскаго профессора: *Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbesondere die Lehre v. d. Unglücksfällen nach den Grundsätz. d. römisch. u. deutsch. R. u. d. neuer. Legislat. 1838 г.* (книгу не легко найти въ продажѣ даже въ Германіи).

*) См. Brunner'a *Forschungen z. Geschichte d. deutsch. u. französ. Rechtes*, 1894 г., гдѣ перепечатана масса его мелкихъ работъ, въ свое время опубликованныхъ въ разныхъ изданіяхъ. Для указанныхъ случаевъ стр. 521 *Forschung.* (прежде опубликовано въ *Sitz. berichte der Berl. Akad.* 1890, S. 815 и слѣд.). Мы здѣсь вовсе не беремъ на себя не только исчерпать этой интересной и важной проблемы, но даже сколько-нибудь приблизиться къ ней, касаясь ея только въ той мѣрѣ, въ какой намъ нельзя ее обойти. См. въ томъ же изданіи крайне цѣнное изслѣдованіе элементовъ формализма въ старомъ французскомъ процессѣ *Die fränkisch-romanische Urkunde*, а также *Wort u. Form im altfranz. Process.* Чтеніе это для насъ полезно тѣмъ, что можетъ нерѣдко навести на соображенія важныя для исторіи русскаго права, не всегда освѣщенной такъ хорошо какъ тѣ же явленія на западѣ. Для *старого* латинскаго права тотъ же вопросъ освѣщаетъ особенно Pernice, *Labeo*, II, стр. 243, гдѣ тоже небрежность не отграничивается отъ случая. Нерѣдко тѣмъ самымъ вещамъ, которыя выводятся изъ оборота какъ зловредныя, приписывается цѣлѣбная сила (Бруннеръ тамъ же, стр. 521). Иногда полагается срокъ, послѣ коего вредоносная вещь можетъ быть взята хозяиномъ безнаказанно къ себѣ (30 ночей, стр. 592). Бруннеръ обращаетъ вниманіе на удержавшійся до нашихъ дней (пережившій царь) взглядъ англійскихъ моряковъ на злое свойство вещей причинившихъ морскія аваріи (ихъ называютъ *deodand*). У насъ, конечно, можно сдѣлать бездну наблюденій такого же рода. Частью у Якушкина встрѣчаются въ его „Обычномъ правѣ“ указанія на подобныя явленія. Однако, матерьялъ не только живой, но ниже письменный (лѣтописный, особенно тоже частью въ памятникахъ юридическихъ и въ „Полномъ Собраніи Законовъ“) далеко не исчерпанъ.

людей (Бруннеръ, стр. 516). Также *friedlos* объявляется скотъ, кони, псы, кошки, отъ коихъ послѣдовало злое дѣло. Хозяинъ строго отвѣтитъ, если дастъ кормъ или напоить такое животное, ровно такъ, какъ бы за пріютъ преступнику, объявленному внѣ закона. Вредоносное животное должно быть выдано потерпѣвшему, чтобы онъ могъ дать исходъ своему чувству мести (516). Французскіе кутюмные источники даютъ любопытные образцы переходныхъ мѣръ отъ очень жестокаго примѣненія этихъ воззрѣній, которымъ судья не всегда имѣетъ слѣдовать *selon la rigueur de droit* (*cout. de Beauvoisis*), къ болѣе мягкому воззрѣнію. Однако и у *Boutiller* въ его *Somme rurale* встрѣчаются приговоры надъ животными *à mort et en exil* (494 *).

Сдѣлаемъ шагъ ближе къ нашей цѣли, въ область вопросовъ вмѣненія тамъ, гдѣ хотя нѣтъ воли въ смыслѣ дѣеспособности юридической, но *можетъ* быть воля въ смыслѣ явленія психическаго, и гдѣ ея проявленіе есть лишь неразсчитанное, не руководимое разумомъ, словомъ гдѣ у римлянъ нѣтъ *caracitas doli*. Если нѣтъ способности злого направленія воли, какъ у дитяти, у безумнаго, тогда, натурально, при методѣ вмѣненія внутренняго, *imputatio interna*, не можетъ и не должно быть отвѣтственности. Въ вопросахъ о вознагражденіи вреда причиненнаго дѣтьми, умалишенными, единственный критерій вмѣненія касается не ихъ, а отвѣтственныхъ за надзоръ за ними родителей, опекуновъ и проч. Все остальное представить собою простую случайность, *casus*.

Такъ ли это, однако, тамъ, гдѣ мѣра вмѣненія не есть внутренняя, субъективная, а внѣшняя, наружная, объективная, гдѣ *le fait juge l'homme*?

Обратимся къ свидѣтельствамъ юридическихъ памятниковъ.

Старѣйшіе законные сборники на западѣ, несомнѣнно свободные отъ римскихъ вліяній, открываютъ намъ точку зрѣнія прямо противоположную господствующей въ правѣ римскомъ. Законъ салическій говоритъ, что дитя моложе 12-ти лѣтняго возраста, въ случаѣ причиненія имъ вреда, имѣетъ быть присуждено къ денежному вознагражденію потерпѣвшаго. Это и есть

*) Brunner говоритъ, что въ древне-германскомъ правѣ, которому нечуждо различіе дѣяній волевого и невольнаго, разумѣется подъ *an gevaere*, *ohngefähr* частью нашъ *casus*, частью небрежность, ибо чистый *casus* не соответствуетъ пантеистическому воззрѣнію языческой эпохи. Слѣды того же видны у грековъ-римлянъ (*Labeo*, *Pernice*, II, 243). *Ohngefähr* есть то же что *non volens*, *volens*, *casus*, *negligentia*; у французовъ — *mesaventure*, *mescheance*, *meschief*, перешедшее въ Англію (499).

та именно гражданская отвѣтственность, *compositio*, которая строго различается отъ другого элемента, чисто карательнаго, *fredum*, коему не подлежитъ невмѣняемый *). Много вѣковъ спустя Саксонское Зерцало повторяетъ то же положеніе. Если дитя причинить смерть человѣку или иначе нанести ему вредъ, то опекуны обязаны возмѣстить вредъ и убытокъ потерпѣвшему изъ собственнаго имущества дитяти (Кн. 2, арт. 65). Той же отвѣтственности подлежитъ и умалишенный, при чемъ наказанію такіе невмѣняемые не подвергаются (кн. 3, арт. 3). Глосса къ Зерцалу добавляетъ, что это — мѣра отвѣтственности для дѣтей не имѣющихъ разсудительности и поступающихъ безъ намѣренія и воли (Непп, стр. 120). За этими нормами средневѣковые памятники открываютъ намъ цѣлую массу буквально такихъ или подобныхъ воззрѣній (тамъ же, дальше).

На, чемъ практически могла бы держаться такая оцѣнка невмѣняемаго дѣянія, столь отдаленная и отъ латинской и отъ преобладающей нынѣ точки зрѣнія? Объясненій, конечно, можно придумать массу. Августъ Тонъ полагаетъ, что основу отвѣтственности дѣтей и безумныхъ слѣдуетъ искать въ томъ, что императивы закона, ими нарушеннаго, обращены къ людямъ вообще, и что по отношенію къ дѣтямъ и умалишеннымъ нельзя принимать такихъ мѣръ предотвращенія или обороны, которыя допустимы по отношенію къ животнымъ. Объясненіе, быть можетъ, и прекрасное, но слишкомъ глубокое, чтобы указать мотивъ законоположеній, принадлежащихъ по своему происхожденію эпохѣ весьма наивнаго міровоззрѣнія. Проще и соотвѣтственнѣе условіямъ эпохи другое объясненіе, которое состоитъ въ томъ, что ущербъ и убытокъ, который приходится терпѣть отъ дѣйствія неразумнаго существа, составляетъ, конечно, случайность, но орудіемъ этой случайности послужилъ человѣкъ, обладающій своимъ имуществомъ, и *при отсутствіи внутренняго критерія* виновности, нѣтъ основанія имущественныя невыгоды отъ этого случая возлагать на пострадавшаго, а не на невольное орудіе зла.

Изъ этого небольшого экскурса, освѣщающаго намъ совершенно иныя начала вмѣненія въ средневѣковую эпоху, чѣмъ въ латинской системѣ, несомнѣнно ясно, что тутъ нѣтъ никакой надобности въ *натуральной волеиспособности* субъекта для того, чтобъ подвергнуть его отвѣтственности въ предѣлахъ нанесен-

*) Непп. стр. 119 Lex Salica tit. 28 § 6, тоже lex Frision. Add. Tit. 3 § 70: *similiter et puer, qui nondum duodecim annos habet, si cuilibet vulnus intulerit, in simplo componat.*

наго имъ вреда чужому лицу или имуществу, совершенно независимо отъ того, хотѣлъ ли онъ нанести этотъ вредъ, или у него не было никакого разумѣнія, никакой волеиспособности. Разъ мы видимъ этотъ критерій внѣшняго вмѣненія примѣненнымъ къ физическимъ лицамъ, къ людямъ, что можетъ быть естественнѣе встрѣтиться съ его примѣненіемъ и къ союзамъ?

Это и была та проблема, которая такъ тревожила средне-вѣковую юриспруденцію.

Возможна ли злая воля для корпораціи? Возможно ли вмѣненіе ей, какъ возможно вмѣненіе человѣку? Это вопросъ, который, какъ мы видѣли выше, всталъ передъ мыслью схоластической философіи, какъ одна изъ самыхъ трудныхъ и, однако, требующихъ тотчасъ отвѣта задачъ юриспруденціи. Взглядъ Иннокентія IV былъ чисто классическимъ, но мало отвѣчавшимъ міровоззрѣнію эпохи. Бартолъ не могъ вполне отрѣшиться отъ латинскаго міровоззрѣнія и стать на чисто варварскую точку зрѣнія. Для вмѣненія ему все-таки оказался нуженъ внутренній моментъ, моментъ воли. И онъ создаетъ его изъ элементовъ тогдашняго религіознаго міровоззрѣнія и отвѣчаетъ, что корпорація должна отвѣчать за причиненное ею зло, ибо она воле- и дѣеспособна, какъ и отдѣльный человѣкъ. Основа конструкціи оказалась даже шире, чѣмъ требовала практика, и корпорація провозглашена способною отвѣчать не только за тѣ убытки, которые причинены злой волею ея членовъ, орудій ея воли, но и за ихъ преступныя побужденія. Нездоровый элементъ этого мистицизма въ правѣ отпалъ скоро, оставшись благодарной темой для школьных диспутовъ. Но тотъ, хотя грубый, но здравый элементъ конструкціи, который сказывался въ теченіяхъ кутюмнаго права, всегда шедшихъ на ряду съ рецепціей латинской системы, пересилилъ схоластику и удержался въ нѣкоторыхъ современныхъ системахъ, какъ подлинный остатокъ своеобразныхъ воззрѣній новыхъ народовъ. Собственно мѣсто ему должно быть ограниченное, въ примѣненіи къ союзамъ не латинскаго, а поваго типа, соотвѣтствующаго строенію неполнѣ обособленной личности, юридической и физической, въ современныхъ системахъ. Но кутюмныя воззрѣнія нашли себѣ нѣкоторое примѣненіе въ предѣлахъ болѣе широкихъ, тамъ именно, гдѣ союзы по своему строенію представляютъ собою типы, соотвѣтствующіе латинской *universitas*.

Возьмемъ примѣры изъ современныхъ кодексовъ. *Code civil* для этого неудобенъ, ибо приближается къ латинскому крите-

рію внутренняго вѣнненія при взысканіи за вредъ и убытки *). Въ нѣмецкихъ много отклоненій. И вотъ образецъ такового въ системѣ прусскаго ландрехта. Намъ придется и здѣсь пользоваться аналогіей съ принципами отвѣтственности невѣняемыхъ (дѣтей и умалишенныхъ), которые, однако, послѣдовательно должны быть примѣняемы и къ союзамъ. Прусскій ландрехтъ опредѣляетъ: вредъ, который наносятъ умалишенные или идіоты, а также дѣти моложе семи лѣтъ, имѣетъ быть возмѣщенъ изъ ихъ имущества, предполагая, что опекуны и обязанные за дѣтьми надзоромъ ни въ чемъ не виновны въ данномъ случаѣ (Th. 1, tit. 6, §§ 41, 42, 45), причемъ, однако, надлежитъ имѣть въ виду, по началамъ справедливости, средства необходимыя для содержанія и воспитанія отвѣтственнаго невѣняемаго (Нерр § 25). При этомъ, однако, спрашивается, выдержанъ ли этотъ критерій вѣнненія по отношенію къ лицамъ, кои не суть безусловно невѣняемыя, въ томъ же законодательствѣ? Нерр не безъ сокрушенія заявляетъ, что нѣтъ, ибо въ случаяхъ гдѣ совершенное дѣяніе было произвольнымъ, вѣнненіе и имущественная отвѣтственность за вредъ не должна имѣть мѣсто, какъ при событіи случайномъ. И эти два столь явно несогласованныя мѣрила вѣнненія встрѣчаются не только въ одной законной книгѣ, но въ одномъ и томъ же ея титулѣ (Th. 1, tit. 6, §§ 4 и 39). Это очень тревожитъ Нерр'а, и онъ находитъ такую среднюю систему, гдѣ не выдержаны послѣдовательно ни принципы аквиліева закона, ни начала германской *imputatio externa*, не примиреніемъ началъ, а настоящей *juristisches Unding* (187). Что сказать по этому поводу? „Геніальный творецъ“ Ландрехта передалъ намъ то право или вѣрнѣе тѣ два теченія, которыя онъ видѣлъ ясно въ практикѣ. Мы не поставимъ ему этого, конечно, въ вину.

Возможно ли, при этой двойственности началъ, найти какое-либо постоянство въ практикѣ не по вопросу только о вѣнненіи людямъ, но и по занимающей насъ здѣсь проблемѣ о вѣнненіи союзамъ, юридическимъ лицамъ? Оставляя пока въ сторонѣ наши соображенія, мы остановимся на дальнѣйшемъ движеніи нѣмецкой литературы и законодательства въ данномъ вопросѣ.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что задача германистовъ создать свое цѣльное правовоззрѣніе на мѣсто этой двойственности достаточно мотивирована трудностями практическаго примѣненія взаимно-

*) Въ подробности вопросъ опять будетъ насъ занимать въ другихъ частяхъ системы, особенно въ ученіи объ имущественной отвѣтственности независимой отъ договорныхъ основаній.

исключающихъ принциповъ. Въ рядахъ германистовъ именно Гирке поставилъ себѣ самую смѣлую и гордую задачу найти не то, что есть, а что должно стать взаимнѣ теперешняго неудовлетворительнаго состоянія практики. И вотъ, въ своей *Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung* онъ намъ даетъ свой отвѣтъ. Его собственно занимаетъ не вообще вмѣненіе, а вмѣненіе союзамъ дѣйствій производимыхъ ихъ органами, или какъ онъ думаетъ—ими самими. Задачу свою онъ ставитъ такъ, чтобъ отвѣтъ получился въ духѣ современной нѣмецкой практики, т.-е. въ направленіи расширенія союзной отвѣтственности, но, однако, не на основѣ внѣшняго вмѣненія, а на основѣ вмѣненія внутренняго, которое хотя и не есть нѣмецкое, но не меньше того высококультурное. Если онъ достигнетъ такого результата, тогда разомъ будетъ устранена та двойственность началъ, коей признаки мы указали въ прусскомъ ландрехтѣ и которые изобилуютъ въ практикѣ. — Но какъ подойти къ этой задачѣ? Фикціи онъ не хочетъ, ни въ духѣ ученія Савиньи, хотя Савиньи и не фингируетъ воли у союзовъ, ни въ духѣ конструкціи Бартола, которая не будетъ своевременной. Къ чему-жъ приходитъ Гирке? Къ результату совершенно невозможному... Вмѣсто идеальной или формальной воли, онъ хочетъ *реальную волю*, въ этомъ смыслѣ *подлинную*, которая совершить для юридическаго лица все, что для отдѣльнаго человѣка даетъ его внутренняя психическая жизнь, и эту союзную подлинную волю онъ образуетъ *изъ частицъ воли людей, входящихъ въ составъ союза*. Такимъ образомъ, у Гирке было бы все, что требуется, и высококультурная основа вмѣненія, и ширина имущественной отвѣтственности союза, его самобытность, его мощь, торжество социальнаго принципа надъ индивидуальными, еслибы прежде всего и яснѣе всего не оказалось въ рукахъ величайшая нелѣпость, *ein psychologisches Unding*, какой-то сшивокъ изъ чужихъ волей, *ein Flickwerk*, который и долженъ лечь въ основу всей конструкціи, тогда какъ собственно подобныя изобрѣтенія ни для какой основы, ни для какихъ цѣлей пригодными быть не могутъ, ибо представляютъ собою нѣчто несуществующее и невозможное.

Второе чтеніе нѣмецкаго законопроекта вовсе не отказывается отъ допущенія отвѣтственности, конечно, только имущественной, тамъ, гдѣ латинская система, съ ея внутреннимъ критеріемъ вмѣненія, не могла его допустить. Нѣтъ сомнѣнія, однако, что въ этомъ пунктѣ, какъ и въ вопросѣ о возникновеніи союзной личности, авторы проекта очень далеки отъ признанія германист-

скихъ ученій. Вся основа этого новаго положенія лежитъ въ кутюмномъ правѣ. Статья проекта, устанавливающая отвѣтственность союза за дѣйствія агентовъ, выражена весьма общимъ образомъ. Союзъ отвѣчаетъ за вредъ нанесенный третьему такими обязывающими къ вознагражденію дѣйствіями его управленія (Vorstand), отдѣльнаго его члена, или законно къ тому призваннаго замѣстителя, которыя произведены имъ при исполненіи возложенныхъ на него должностныхъ отправленій (§ 31 Имп. Гр. Ул.). И такъ, нѣтъ латинскаго ограниченія мѣрой обогащенія союза, и самый критерій вмѣненія взысканія союзу есть тотъ же, которымъ опредѣляется отвѣтственность виновнаго человѣка. Это строго проведенное начало соотвѣтствія въ составѣ понятія гражданской личности, ея правъ и ея обязанностей, независимо отъ того, кто облеченъ этимъ свойствомъ обособленной гражданской личности, отдѣльно взятый человѣкъ или союзъ людей, лицо физическое или юридическое.

Этого мало. Новый законъ, при опредѣленіи *мѣры отвѣтственности* за вредъ и убытки, независимо отъ устраненія латинскаго критерія, и по чисто кутюмному принципу *объективнаго вмѣненія*, предписываетъ опредѣлять мѣру отвѣтственности нанесшаго вредъ, когда ему не можетъ быть вмѣнена ни небрежность и преднамѣренность (рѣчь идетъ о недостигшихъ семи и объ *incapacitas doli* для лицъ отъ 7 до 18-лѣтняго возраста), *согласно справедливости*, смотря по обстоятельствамъ даннаго случая, насколько вознагражденіе вреда необходимо и таковое не лишаетъ отвѣтственное лицо необходимыхъ для него средствъ (§ 752. Вт. чт. и 829 Имп. Гр. Улож.).

IV. Намъ остается сказать нѣсколько словъ по вопросу о *прекращеніи* союзной личности. Это наименѣе кропотливая сторона конструкции, ибо здѣсь имѣетъ приложеніе принципъ *eodem modo quidquid dissolvere quo colligatum est*. Вопросъ представлялъ трудности въ латинской системѣ, при условіи полнаго обособленія личности союза отъ сочленовъ, притомъ особенно по отношенію къ судьбѣ имущества прекратившейся корпораціи.

Современныя системы имѣютъ въ виду далеко не эти только явленія союзнаго строя. Такимъ образомъ, впереди для вопроса о прекращеніи союза идутъ опредѣленія его статута. Такія опредѣленія все рѣшаютъ для случаевъ образованія союзовъ на опредѣленный срокъ. Наступленіе срока есть предѣлъ существованія союза. Законъ устанавливаетъ нерѣдко общій реквизитъ личнаго состава, необходимый для продолженія существованія союза. Такъ для продолженія существованія зарегистрированнаго союза,

по Второму чтенію, требуется наличности не менѣе 3-хъ членовъ. Если нѣтъ вообще личнаго состава въ корпораціи, то, конечно, нѣтъ и самой корпораціи, что не мѣшаетъ, однако, имуществу союза продолжать функціонировать для общихъ цивильныхъ цѣлей въ видѣ особой имущественной массы, какую мы имѣемъ въ установленіяхъ. Для союзовъ свободного порядка учрежденія натурально указанное закономъ опредѣленіе большинства о прекращеніи существованія союза составляетъ также способъ прекращенія. Также дѣйствуетъ опредѣленіе союза о прекращеніи его дѣятельности въ виду открывшагося конкурснаго процесса (§§ 42, 47—54 Имп. Гр. Ул.). Наконецъ, союзъ перестаетъ существовать какъ особая личность чрезъ лишеніе его правъ личности актомъ надлежащей власти въ случаяхъ нарушеній статута и расширенія дѣятельности въ сферу непредусмотрѣнную статутами.

Чѣмъ же будетъ имущество союза? Отвѣтъ долженъ быть данъ статутами. Если нѣтъ прямого отвѣта, то надо его извлечь изъ духа и общей тенденціи союзовъ подобнаго рода. Это можетъ быть достигнуто путемъ свободного толкованія. Нѣмецкій кодексъ указываетъ на сей случай двоякій выходъ, или переходъ имущества къ фиску для соотвѣтственной цѣли прекратившагося союза употребленія его имущественныхъ ресурсовъ (45—47), или, въ случаяхъ, когда союзъ предназначался только для служенія сочленамъ, раздѣлъ имущества между наличнымъ, въ моментъ его прекращенія, составомъ (45). Натурально, подъ оставшимся за прекращеніемъ союза имуществомъ слѣдуетъ разумѣть только такое, которое превышаетъ обязательные при ликвидаціи его дѣлъ платежи, для чего указываются болѣе или менѣе продолжительные выжидательные сроки.

Для отдѣльныхъ корпорацій и установленій могутъ, на ряду съ этими общими положеніями, дѣйствовать спеціальныя правила.

Отклоненія въ этомъ моментѣ ученія, какія даютъ германистскія теоріи, не представляютъ въ виду анализа предшествующихъ пунктовъ никакого интереса.

Натурально, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ для перфекціи возникновенія юридическаго лица необходимъ тотъ или другой обрядъ оглашенія, тамъ онъ тоже существененъ и для момента его прекращенія!

§ 22.

Союзная правоспособность въ русскомъ правѣ.—Юридическія лица публичнаго типа.—Гражданская правоспособность церкви и церковныхъ установленій.

Мы видѣли въ предшествующемъ изложеніи этого ученія основныя различія юридическихъ построеній союзаго правообладанія, какъ они опредѣлились въ классической системѣ и были реципированы новоевропейской юриспруденціей, съ одной стороны, и съ другой—мы указали опыты средневѣковыхъ и современныхъ юристовъ отрѣшиться отъ латинскихъ преданій и создать свои формы коллективной личности. На этихъ явленіяхъ нѣкоторые современные нѣмецкіе писатели демонстрируютъ оригинальныя свойства германскаго правосознанія. Наше заключеніе было въ пользу того, что оба типа суть существующіе въ современномъ юридическомъ быту на западѣ и что германская корпорация, какъ явленіе локальнаго характера, не можетъ имѣть своимъ назначеніемъ вытѣсненіе универсальныхъ типовъ латинской конструкціи.

Въ дальнѣйшемъ намъ надлежитъ разобраться въ слѣдующихъ вопросахъ. *Есть ли у насъ та же двойственность въ построеніи союзно-личнаго правообладанія, какую мы видѣли на западѣ?* Если такая двойственность существуетъ, то къ какимъ категоріямъ юридическихъ лицъ возможно примѣненіе конструкціи юридическаго лица латинскаго типа, и гдѣ для насъ необходимы такія же существенныя отклоненія отъ этой конструкціи, какія дѣлаютъ германисты для своихъ корпорацій новаго типа? *Какіе главнѣйшіе виды граждански-правоспособныхъ союзовъ знаетъ русское право?*

Выше мы показали, какія категоріи юридическихъ лицъ знаетъ наша современная дѣйствующая система. Между ними первое мѣсто занимаютъ государственныя установленія свѣтскія, въ особенности казна, удѣльное вѣдомство, дворцовыя управленія. Эти категоріи имущественно правоспособны какъ установленія, а не какъ корпораціи, и управляются на основаніи отдѣльных положеній и уставовъ казеннаго управленія. Гражданская правоспособность казны есть вполне обособленно личная, и предѣлы ея ясно обозначены въ составѣ гражданскихъ законовъ. Главныя черты этой правоспособности выражены въ слѣдующихъ положеніяхъ. Казна и казенныя установленія способны владѣть имуществомъ и ограждать владѣльческое состояніе общими судеб-

ными средствами (ст. 1310—1315 уст. гр. суд.). Казна, дворцовыя управленія и удѣльное вѣдомство способны пріобрѣтать имущества общими способами въ порядкѣ, указанномъ уставами, учрежденіями и положеніями, примѣняемыми къ разнымъ вѣдомствамъ (Ст. 698, т. X, ч. I) *). Присутственныя мѣста и должностныя лица являются органами гражданской дѣятельности казны въ области договорнаго права на тѣхъ же общихъ юридическихъ основаніяхъ, какія указаны для частныхъ лицъ (ст. 1537 тамъ же). Казна отвѣчаетъ по искамъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, какъ и частныя лица, при семъ по толкованію сената даже въ предѣлахъ отвѣтственности недобросовѣстнаго владѣльца (рѣшен. кас. деп. 78/108). Казнѣ принадлежитъ притязаніе къ выморочному наслѣдству (ст. 408, т. X, ч. I). Право судебной защиты принадлежитъ казнѣ на общемъ основаніи съ видоизмѣненіями, указанными въ уст. гр. суд. (ст. 1282—1299 уст. гр. суд.) **).

Мы не останавливаемся здѣсь на тѣхъ правахъ государства, коихъ предметъ составляютъ тоже имущества, но притязанія къ коимъ не имѣютъ характера приватной правоспособности, хотя многія изъ нихъ введены въ составъ статей X т. ч. I. Точно такъ же, для изученія строенія казны, не считаемъ необходимымъ здѣсь же указывать отдѣльныя привилегіи казны, которыя могутъ быть отмѣчаемы въ соответствующихъ ученіяхъ.

Эти условія обособленія гражданской правоспособности государства и приближенія ея къ общему типу гражданской правоспособности частныхъ лицъ не составляютъ достоянія любой фазы въ исторіи нашего права. Наоборотъ, въ цѣломъ это явленіе самаго недавняго времени, той эпохи, когда въ Россіи были упразднены союзныя формы стараго типа и замѣнены и въ области права и въ области процесса новыми построенія общегражданскихъ нормъ.

Выше было показано въ разныхъ мѣстахъ, насколько интересы казны изстари, особенно же въ XVII в., въ составѣ Уложенія, и въ XVIII в. тѣсно соприкасались съ правами частными. Мы видѣли выше, что поземельное обладаніе московскаго госу-

*) Краткія историческія указанія въ этомъ процессѣ образованія имущества государственныхъ, дворцовыхъ, удѣльныхъ, обществъ и установленій у Неволіна. (Истор. Рос. гр. зак. ч. 2-ая §§ 213—216).

**) Уполномоченный казен. вѣдомства (херсонско-бессарабскаго управл. государственныхъ имущества) находилъ, что казен. вѣдомство какъ юридич. лицо по принципу не можетъ быть недобросовѣстнымъ. Дѣло прошло и судебн. и кассад. инстанцій съ тѣмъ результатомъ, что различіе свойствъ владѣнія (добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго) не измѣняется отъ того, что владѣлецъ есть частное лицо или казенное вѣдомство.

дарства все распадалось на союзы, внутри коихъ права лицъ были поставлены въ самую очевидную зависимость отъ интересовъ союза. На этомъ держалась ограниченная оборотность земель тяглыхъ, помѣстныхъ для разныхъ разрядовъ служилыхъ людей, для служащихъ по московскому списку, для иногородныхъ, бѣлозерцевъ, ярославскихъ дѣтей боярскихъ, смоленскихъ рейтаровъ и проч. (см. выше, стр. 379 и 380).

Недвижимыя имущества, выходившія изъ круга обладанія указанныхъ союзовъ по разнымъ частно-правнымъ основаніямъ въ другіе союзы, должны были быть поворачиваемы опять въ союзный фондъ. Примѣрами этого рода наполнены памятники конца XVI, XVII и частью XVIII вв. Тяглыя земли подвергаются такимъ же ограниченіямъ ихъ оборотоспособности. Возьмемъ примѣры. Безчисленное количество разъ мы встрѣчаемъ запрещеніе давать въ приданое тяглыя имущества за бѣломѣстцевъ (П. С. З., № 4624, п. 48). Далѣе, нельзя закладывать имущество одного союзнаго типа лицамъ, принадлежащимъ къ составу другихъ союзовъ съ эвентуальнымъ эффектомъ перехода ихъ въ другой союзный фондъ (тамъ же №№ 269 и 272). Служащимъ по московскому списку запрещается владѣть вотчинами новгородскими или псковскими (Улож., гл. 16, ст. 68); ограничивается оборотоспособность бѣлозерскихъ земель (тамъ же, ст. 49). Смоленскіе рейтары, 12 человекъ, моты и пьяницы, помѣстья свои позаложили и пораспродали; велѣно тѣмъ земли поворотить въ тотъ же служилый рейтарскій земельный фондъ, а покупателямъ искать своихъ денегъ съ отставныхъ рейтаръ (П. С. З., 1159). Нѣмецкіе писатели, германисты, съ гордостью указываютъ на оригинальный, нелатинскій типъ обладанія нѣмецкой корпораціи, гдѣ раздѣльные владѣльцы связаны нѣкоторымъ союзнымъ единствомъ, въ коемъ права частныя сплетены съ публичными и союзныя съ индивидуальными. Мы имѣемъ эти типы въ нашей старинѣ въ большомъ изобиліи. Ихъ всячески старались разорвать прежніе совладѣльцы, ища стать въ условія возможно-широкаго и свободнаго имущественнаго обмѣна. Съ перваго взгляда эти ограниченія оборотности идутъ какъ будто прямо на пользу союза и отдѣльныхъ членовъ, остающихся въ его составѣ. И это такъ несомнѣнно, ибо изъ большихъ ресурсовъ легче нести тягость службы и податей, чѣмъ изъ оскудѣвшихъ. Но учреждая и поддерживая замкнутыя сферы обладанія, государство ограждало, конечно, прежде всего свои интересы, интересы тягла и службы, и если отъ этого могли выигрывать и союзы, то такой эффектъ былъ только, такъ сказать, косвеннымъ.

Въ теченіе XVIII в. внутри извѣстныхъ разрядовъ имуществъ очень расширяется оборотоспособность недвижимостей, до того составлявшихъ служебный или тяглый фондъ государства. Признаки частно-правнаго обладанія усиливаются, несмотря на особыя свойства нѣкоторыхъ объектовъ обладанія, имѣній населенныхъ. Въ концѣ XVIII вѣка, старыя союзныя формы уступаютъ мѣсто организаціи союзовъ сословныхъ, для общества дворянскаго каждой губерніи, для городского общества, для обществъ сословныхъ въ городахъ, купеческаго, мѣщанскаго, цехового, ремесленнаго. Всѣ эти союзы суть тоже юридическія лица публичнаго типа.

Законодательство, начиная съ екатерининской эпохи, обособляетъ въ составѣ сословныхъ союзовъ правоспособность отдѣльныхъ лицъ, входящихъ въ ихъ составъ, отъ правоспособности самаго союза. Ранѣе другихъ такое обособленіе видно на устройствѣ мѣстныхъ дворянскихъ обществъ. Вмѣстѣ съ отмѣной обязательной службы для дворянъ, сословіе дворянское перестаетъ стѣснять гражданскую правоспособность отдѣльныхъ своихъ членовъ, ибо не несетъ за нихъ той отвѣтственности, которую несли прежніе союзы за служебную способность своихъ членовъ. Самое сословіе пріобрѣтаетъ отдѣльную отъ своего состава гражданскую правоспособность съ нѣкоторыми началами привилегіи, какъ и отдѣльные члены этого союза. Дворянство способно пріобрѣтать имущества (т. X, ч. 1, ст. 698, п. 4), имѣть домъ для собраній въ губернскомъ городѣ, образовывать изъ добровольныхъ складовъ общественную дворянскую казну, производить ссуды своимъ членамъ, предпочтительно передъ другими принимать подряды для мѣстныхъ земскихъ повинностей, поставки провіанта для войскъ, поручительства по дѣламъ этого рода, наследовать въ выморочныхъ имуществѣхъ потомственныхъ дворянъ и пользоваться правомъ судебной защиты, причемъ общество ограждено отъ отвѣтственности за своихъ членовъ; для защиты на судѣ дворянскому обществу предоставлено дѣйствовать чрезъ повѣреннаго, избраннаго изъ его среды (т. IX ст. 77, 87, 93, 150, 153, 154, 155 т. X, подъ соотвѣтств. свойству сдѣлокъ рубриками).

Съ той же эпохи (П. С. З., № 16188, 1785 г. апр. 21) и на томъ же корпоративномъ основаніи и городское общество пріобрѣтаетъ обособленное положеніе цивильно - правоспособной личности. Однако, въ обществахъ сословныхъ, особенно низшихъ городскихъ сословій, мѣщанскаго и ремесленнаго, личная правоспособность членовъ еще весьма долгое время носить характеръ

въ извѣстной степени зависимый отъ союза и имъ стѣсненный, какъ въ старину, длящейся отвѣтственностью союза за исправность члена въ отбываніи воинской повинности. Ст. 1552, т. X, ч. 1, неотмѣненная еще въ изд. 57 г., опредѣляла, что по долгамъ мѣщанъ и цеховыхъ, въ случаяхъ лежащей на нихъ очередной воинской повинности, долговья взысканія имѣютъ быть прекращаемы чрезъ уплату обществомъ 30-ти рублей за несостоятельнаго. Нынѣ, съ измѣнившимся способомъ отбыванія воинской повинности это положеніе отмѣнено (съ 74 г.).

Съ введеніемъ городского положенія 1870 г. гражданская правоспособность городского общества поставлена, съ устройствомъ представительства точнѣе соотвѣтствующимъ общимъ реквизитамъ корпоративнаго строя, болѣе независимо и широко чѣмъ прежде. Съ этимъ вмѣстѣ городской управѣ предоставлено по имущественнымъ дѣламъ города искать и отвѣчать на судѣ въ лицѣ особаго уполномоченнаго, которымъ можетъ быть должностное лицо городского общественнаго управленія (т. IX ст. 566, т. II Общ. учр. губ. 2001, 2002, 2010, 2014, 2019, 2064, 2066—2071, 2065).

Права отдѣльной гражданской правоспособности присвоены и земству, причемъ земскимъ учрежденіямъ предоставлено пріобрѣтать и отчуждать движимыя и недвижимыя имущества, заключать договоры, принимать обязательства, искать и отвѣчать на судѣ по имущественнымъ дѣламъ земства (т. II Общ. учр. губ. ст. 1821). Со времени преобразованія быта сельскихъ обывателей и сельскимъ обществамъ предоставлена отдѣльная гражданская правоспособность, право пріобрѣтать движимыя и недвижимыя имущества, устанавливать для указанныхъ въ законѣ цѣлей мірскіе сборы, вступать въ договоры и обязательства, принимать подряды, поручительства при подрядахъ и поставкахъ, выдавать довѣренность, наслѣдовать въ выморочныхъ имуществахъ и подавать чрезъ особыхъ выборныхъ жалобы и просьбы по дѣламъ общества или волости (т. IX особ. прил. I ст. 17, 34, 39, 51 п. 9; т. IX зак. о сост. ст. 721, 727 и соотвѣтствующія статьи т. X ч. 1).

Мы видимъ, такимъ образомъ, въ исторіи этихъ союзовъ, особенно сословнаго типа, смѣну явленій, сперва господства союза надъ членами, потомъ, вмѣстѣ съ обособленіемъ приватнаго права отъ публичнаго, постепенное сближеніе и наконецъ уравниеніе гражданской правоспособности союза съ таковою его отдѣльныхъ членовъ. Въ союзахъ низшихъ сословныхъ (сельское общество) это обособленіе не вполне проведено и теперь, но на

этомъ явленіи мы не будемъ здѣсь особенно останавливаться въ виду его связи со всей организаціей крестьянскаго быта.

Разсмотрѣнные нами союзы суть всѣ по существу своему публичные, свѣтскаго типа. Они не носятъ въ своемъ сложеніи ничего оригинальнаго и, что касается сословія, то и ничего глубоко лежащаго въ правосознаніи, изстари ведущаго свое происхожденіе. Найти въ этихъ явленіяхъ точки соприкосновенія съ явленіями исторіи запада не представляетъ ничего затруднительнаго *). Между тѣмъ въ исторіи права, особенно въ исторіи союзнаго права имѣютъ на западѣ чрезвычайно важное значеніе успѣхи сознанія, сознательнаго отношенія къ вопросамъ права. Эта сторона дѣла, старинныя попытки опредѣлить особыя свойства союзныхъ правоотношеній, отношеній цѣлаго къ частямъ, играли въ исторіи западныхъ союзныхъ формъ такую видную роль, что безъ этого освѣщенія едва-ли бы могла современная юриспруденція придти къ тѣмъ важнымъ научнымъ результатамъ, которыми пользуется нынѣ на западѣ и юридическая школа и законодательная и судебная практика (см. выше).

Мы видѣли, что тамъ давно уже можно было съ ясностью различить два теченія въ строѣ союзныхъ правоотношеній; одно развивавшееся подъ латинскимъ вліяніемъ, гдѣ глубоко проходитъ обособленіе правоспособности союза и членовъ, другое локальное, гдѣ этого обособленія не было, но, однако, свойство этого явленія пришло къ сознанію тоже чрезъ посредство юридической школы латинской по своимъ основамъ.

Если тамъ, на западѣ, есть всѣ научныя средства, чтобъ различать происхожденіе извѣстныхъ воззрѣній, служившихъ источникомъ правосознанія, исторію рецепціи, переработки, примѣненія чужихъ воззрѣній къ бытовымъ условіямъ новаго времени, то у насъ выполненіе такихъ научныхъ задачъ встрѣчаетъ еще неодолимыя затрудненія. Разработка вопросовъ рецепціи и національныхъ основъ правовоззрѣній не только по отдѣльнымъ институтамъ, но и по основнымъ задачамъ почти не тронута.

Все, что мы можемъ найти въ нашемъ прошломъ для этихъ важнѣйшихъ проблемъ исторіи права, связано у насъ не съ успѣхами школы, а съ распространеніемъ вліянія церкви. Тоже и эта сторона дѣла, успѣхи сознанія подъ вліяніемъ церкви, несравненно слабѣе разработана въ нашей исторіи, чѣмъ этого можно бы желать и чѣмъ это видимъ на западѣ.

*) Для исторіи дворянства важное научное значеніе имѣютъ труды Романовича-Славатинскаго, для городовъ покойнаго профессора Дитятина.

Несомнѣнно одно, что *самое явленіе церковнаго обладанія*, его формы, его размѣры, имѣютъ въ исторіи развитія союзныхъ формъ у насъ, вмѣстѣ съ этимъ въ исторіи нашего правосознанія, громадное значеніе какъ для союзовъ публичнаго, такъ и для союзовъ приватнаго типа *).

Традиція льготъ и жалованій для церковнаго общества **) восходитъ къ первымъ князьямъ, и уже очень рано „неотъемлемая“ принадлежность имуществъ церкви какъ юридическому лицу составляетъ предметъ письменнаго и клятвеннаго укрѣпленія со стороны свѣтской власти. Для исторіи права важно не столько количество земельныхъ владѣній церкви, сколько юридическое разумѣніе этого явленія въ ту пору, характеръ принадлежности этихъ имуществъ, способы ихъ перехода, повсемѣстность этого явленія. Это субъектъ обладанія совершенно отличный отъ другихъ. Это организованный союзъ, въ коемъ единство цѣлаго поглощаетъ вполнѣ входяція въ него части. Такова вся идея церковнаго обладанія (у насъ, какъ и на западѣ), таковы же и отдѣльныя церковныя общества и установленія. Это одна сторона дѣла. Съ другой стороны, этотъ образъ союзаго единства не есть локальный, онъ есть повсюду одинъ и тотъ же, вселенскій по существу, вездѣ себѣ равный. Наконецъ, въ 3-хъ, для юридическаго сознанія общества, совершенно независимо отъ школы и ученій, крайне важно развитіе многообразнѣйшихъ юридическихъ средствъ, коими идутъ церковныя общества и установленія къ расширенію церковнаго обладанія. Сдѣлки, кромѣ жалованій, часто только подтверждавшихъ уже наличное обладаніе, суть самыя разнообразныя по своей юридической природѣ: это купли, вкупы или условныя влады самаго различнаго содержанія (на поминъ души, съ условіемъ корми или содержанія вкладчика, съ обязательствомъ выполненія разнообразныхъ

*) Къ величайшему сожалѣнію, Неволинъ, несомнѣнно глубокій знатокъ и церковнаго нашего права, не ставилъ этихъ явленій въ надлежащую связь съ исторіей права гражданскаго.

**) Понятіе церковнаго общества у канонистовъ см. въ „Курсѣ церковнаго права“ профессора Суворова (Ярославль, 1889—1890 гг.), § 3, а также для исторіи устройства православной церкви, отъ высшихъ органовъ церковной власти до приходской организаціи, въ т. I ч. 1 гл. VI; для современнаго состоянія т. II, ч. 3 гл. IV; затѣмъ отдѣльно ученіе о церковныхъ обществахъ (монастыри, общества, братства и церковныя попечительства) — тамъ же ч. 4 гл. VII и ученіе о церковномъ имуществѣ гл. VIII тамъ же. Въ послѣднее время мы имѣемъ еще двѣ важныя работы профессора Суворова по кореннымъ проблемамъ правоспособности церкви: Центральная организація церкви какъ юридическаго лица (Журн. Юрид. Общ., 95 г. май) и Монастыри и церкви, какъ юридическія лица (тамъ же, 96 г. іюнь).

назначеній богоугоднаго характера), залоги, сдѣлки кредитныя очень различнаго рода. Рядомъ съ этимъ идетъ въ обширныхъ размѣрахъ освоеніе недвижимостей чрезъ заимку, культуру пустыхъ земель, разработку отдѣльныхъ промысловъ. Правоотношенія, истекавшія изъ такихъ актовъ, носили типы самые различные по свойству обладанія, отъ совершенно временнаго, срочнаго, условнаго пользованія, до вѣковѣчнаго, неотъемлемаго, исключительнаго и полнаго господства. Этихъ чертъ, обособленности обладанія цѣлаго, союза, отъ частей, универсальности его распространенія и разнообразія юридическихъ формъ, достаточно, чтобъ понять, какое колоссальное значеніе въ исторіи нашего правосознанія имѣли церковныя владѣнія. Указываютъ, что количество ихъ уже въ концѣ XV в. доходило до одной трети всего тогдашняго земельного богатства московскаго государства. Что оно было необъятнымъ — это видно изъ опасеній, которыя возбуждали въ ту пору у представителей власти внѣшней, государственной, поразительные успѣхи распространявшагося на земныя блага господства власти духовной, внутренней. Отъ безмѣрныхъ неподвижныхъ церковныхъ владѣній скудѣла служба и тягло свѣтскаго правительства. Оттуда раннія попытки секуляризаціи церковныхъ имуществъ не въ пользу частныхъ лицъ или союзовъ, а въ пользу союза государственнаго.

Мы сейчасъ увидимъ результаты этого движенія для современнаго состоянія правоспособности церкви. Но для исторіи развитія юридическаго сознанія въ древней Россіи не было явленія, которое могло бы быть поставлено на ряду съ этимъ. Его можно, по его вліянію на юридическое сознаніе древняго общества и по его практическому значенію, справедливо сопоставить съ вторженіемъ въ западную жизнь и въ западное общество, въ эпоху господствующихъ партикуляризмовъ, системы права общаго, отношеній союзныхъ совѣмъ иного типа, чѣмъ тѣ, которыя господствовали до него. Эта форма могущественнаго объединеннаго повсемѣстнаго обладанія служила, такъ сказать, средствомъ сопоставленія и разложенія въ сознаніи людей и въ практикѣ старинныхъ мѣстныхъ, племенныхъ, особняхъ союзныхъ типовъ. При этомъ сопоставленіи они легче приходили къ сознанію людей того времени. И если до развившагося господства церкви мы не имѣли не только ученій, освѣщавшихъ правосознаніе, но ниже ясно формулированныхъ нормъ и письменныхъ обрядовыхъ сдѣлокъ, то подъ вліяніемъ этого явленія у насъ появились и сдѣлки, и нормы юридическія и даже ученія, частью направленные на

поддержку, частью на отрицаніе соотвѣтствія церковныхъ стяжаній съ природой и назначеніемъ церковнаго союза *).

Въ результатѣ, такимъ образомъ, и у насъ, какъ на западѣ, появились два типа союзнаго правообладанія: *одинъ*, выработанный церковной традиціей, не мѣстнаго происхожденія, соотвѣтствующій по внутренней природѣ правоотношеній классической *universitas* или *rius corpus*, обществу или установленію самодовлѣющему въ смыслѣ его правоотношеній, не связанному съ тѣми или другими членами союза или дестинатерами, юридически обособленному; *другой* или *другіе* типы, представлявшіе собою большое разнообразіе строенія, обыкновенно гораздо менѣе абстрактнаго, формальнаго, не столь отрѣшеннаго отъ валичнаго состава членовъ союза.

Вотъ тѣ два теченія, которыя мы наблюдали въ западномъ правѣ и признаки которыхъ легко указать и въ нашей исторіи и въ нашей дѣйствующей системѣ.

Мы не остановимся здѣсь на процессѣ секуляризаціи церковныхъ имуществъ и ограничимся указаніемъ на чрезвычайно сильную редукцію не только церковнаго обладанія, но и самой гражданской правоспособности церкви, церковныхъ союзовъ и установленій въ дѣйствующей системѣ.

Надѣленіе монастырей, архіерейскихъ домовъ землями и угодьями произведено въ связи съ позднѣйшими актами секуляризаціи и съ задачей государственнаго межеванія въ царствованіе императрицы Екатерины. Отсюда возникли положенія дѣйствующаго права, по силѣ коихъ: монастыри и архіерейскіе дома имѣютъ право обладанія на *отводимые отъ казны* загородные дворы, рыбныя ловли, земли и другія угодья въ количествѣ, межевыми узаконеніями опредѣленномъ; сіи земли примежеваются къ нимъ на одинаковомъ основаніи съ владѣльческими дачами (т. IX, ст. 383). Такія надѣленія объявлены закономъ *внѣоборотными*, т.-е. неподлежащими отчужденію, но допускающими эксплуатацію имуществъ отдачей въ наемъ (384). Приобрѣтеніе имѣній населенныхъ какими бы то ни было актами, дареніемъ, куплей, пожертвованіемъ на поминъ души, — воспрещены (392). Имѣнія ненаселенныя могутъ быть приобретаемы вновь куплей, даромъ, завѣщаніями частныхъ лицъ, но всякій разъ лишь съ

*) По этому предмету см. классическую работу московскаго профессора А. С. Павлова: „Историческій очеркъ секуляризаціи церковныхъ земель въ Россіи“. Одесса, 1871 г. Теперь еще многія стороны вопроса о церковн. обладаніи и его вліяніи на свѣтское освѣщаются работой Платона Соколова „Церковно-имущественное право греко-римской Имперіи. Новгородъ. 1896 г.“.

Высочайшаго соизволенія (386). Сдѣлки договорныя, съ небольшими ограниченіями, совершаются именемъ этихъ установленій на общемъ основаніи гражданскихъ законовъ. Монастыри имѣютъ наслѣдовать въ оставшихся незавѣщанными ризницахъ монашесствующихъ властей, въ ихъ выморочномъ имуществѣ, равно въ движимомъ имуществѣ и строеніяхъ внутри монастыря низшаго монашества (393).

Тѣмъ же ограниченіямъ, коимъ подвергаются монастыри и архіерейскіе дома, подлежатъ и церкви (398). Земли церковныя суть: а) принадлежащія имъ по прежнимъ дачамъ и писцовымъ книгамъ, или по новѣйшимъ укрѣпленіямъ, б) и земли усадебныя для церковныхъ причтовъ и отводимыя отъ прихожанъ для довольствія въ указанной межевыми законами пропорціи (400). Церковныя земли и угодья остаются всегда неприкосновенной собственностью и ограждаются отъ всякихъ постороннихъ притязаній (401). Для церковныхъ земель установлена та же *внѣоборотность*, какъ и для монастырскихъ (403).

Таковы положенія православныхъ церковныхъ установленій.

Дѣеспособность ихъ упражняется несомнѣнно соотвѣтственно ихъ институтной природѣ, а не корпоративной, хотя кн. I, разд. II, отд. IV трактуетъ о сословіяхъ духовенства православнаго, причисляя сюда всѣ названныя церковныя установленія *).

Для судебной защиты правъ мы имѣемъ общее положеніе о дѣлахъ казеннаго управленія, къ числу коихъ принадлежатъ дѣла монастырей, церквей, архіерейскихъ домовъ и всѣхъ христіанскихъ и магометанскихъ учрежденій.

Весьма близко съ этимъ строимъ право и дѣеспособности установленій православной церкви сходятся установленія римско-католическаго, армяно-грегоріанскаго, евангелическо-лютеранскаго исповѣданій, причемъ въ послѣднемъ сохранены черты сословнаго или корпоративнаго строенія много виднѣе, чѣмъ въ другихъ исповѣданіяхъ **) (см. т. XI, ч. I. Уставъ иностр. исповѣданій и указанія и выдержки въ изд. Гожева и Цвѣткова I, стр. 269 и слѣд.; тутъ же и правоспособность магометанскихъ духовныхъ установленій).

Вотъ главнѣйшіе типы юридическихъ лицъ публичнаго права, коимъ русскій законъ присвоиваетъ гражданскую правоспособность

*) Ср. особенно Суворова, II, стр. 414.

**) Любопытное ограниченіе устанавливаетъ законъ для церквей евангелическо-лютер. исповѣд. Дѣлать долги отъ имени церкви не дозволяется ни въ какомъ случаѣ... Расходы уплачиваются наличными деньгами, а за взятое въ долгъ попечители отвѣчаютъ какъ за свой долгъ (ср. тамъ же ст. 620 и въ Сборникѣ гг. Гожева и Цвѣткова, I стр. 272).

и дѣеспособность, соотвѣтственную цѣли ихъ учрежденія, и указываетъ тѣ или другіе ея предѣлы. На всемъ строеніи этихъ и подобныхъ союзныхъ формъ правообладанія не лежитъ никакихъ признаковъ локальнаго характера. Всѣ онѣ имѣютъ своимъ назначеніемъ служить цѣлямъ публичнымъ, и въ гражданской своей правоспособности всѣ онѣ, какъ это было въ подробности видно выше, обнаруживаютъ весьма опредѣленные черты личнаго обособленія союза, установленія, цѣлаго, отъ входящихъ въ него частей или членовъ.

Вопросъ о возникновеніи, упраздненіи нѣкоторыхъ видовъ этихъ союзовъ публичнаго типа принадлежитъ, вмѣстѣ съ этимъ, къ вопросамъ права публичнаго, а не частнаго.

Законъ нашъ даетъ на ряду съ перечисленными сейчасъ видами сословій и установленій мѣсто, въ числѣ способныхъ имѣть имущества лицъ, заведеніямъ ученымъ, учебнымъ, богоугоднымъ и установленіямъ кредитнымъ. Ничего общаго о такого рода правоспособности сказать нельзя, такъ какъ характеръ такихъ учреждений, публичный или частный, предѣлы правоспособности, органы дѣятельности всякій разъ выясняются лишь изъ устава, учрежденія, положенія, коимъ ближайшимъ образомъ опредѣляется частноправная позиція даннаго института (т. X, ч. I, ст. 698 и примѣч.).

§ 23.

Союзная правоспособность въ русскомъ правѣ (Продолженіе).—Гражданская правоспособность союзовъ частныхъ.—Старинныя союзныя формы.—Признаки вмѣненія внѣшняго въ нашемъ старомъ правѣ и отвѣтственность союза за дѣйствія и деликты членовъ.—Упадокъ союзаго духа въ эпоху крѣпостнаго права.—Артели.—Образцы самобытныхъ союзныхъ формъ.—Общество владѣльцевъ гостиннаго двора въ Ирбити.—Общество владѣльцевъ торговыхъ помѣщеній въ Петербургѣ и Москвѣ.—Образцы ссудо-сберегательныхъ и промышленныхъ союзовъ въ нашемъ правѣ.—Скудость нормъ союзаго права въ нашемъ гражданскомъ кодексѣ.

Въ противоположность установленіямъ и сословіямъ публичнаго типа нашъ законъ ставитъ лица частныя и сословія лицъ, какъ то: товарищества, компаніи, конкурсы (о конкурсахъ было сказано выше).

Здѣсь, собственно, и только здѣсь все дѣло, съ начала до конца существованія личности, входитъ въ кругъ задачъ цивилистики; не мудрено, поэтому, что на явленіяхъ этого рода въ

особенности и сосредоточиваются главнѣйшіе контроверзы современнаго права.

Но и здѣсь, т.-е. въ кругу союзовъ частныхъ, наша практика знаетъ такіе, которые поставлены не вполнѣ самостоятельно, а играютъ собственно служебную роль при установленіяхъ публичныхъ. Таковы въ особенности артели, которыми правительство пользуется, чтобъ поставить надежнымъ образомъ нѣкоторые низшіе виды службъ, при чемъ не только признаетъ извѣстную корпоративную организацію союза, но сверхъ того подчиняетъ его дѣятельность вліянію и контролю оффиціальныхъ лицъ. Артели этого рода имѣютъ крайне разнообразное строеніе. Для примѣра можно взять артели судорбочихъ на внутреннихъ водахъ, когда наемъ есть *гуртовой*, а не раздробительный (уст. пут. сообщ. ст. 336); сюда же идутъ артели грузовщиковъ, драгилей (уст. торгов. ст. 104 п. 3 и 4), также артели организованныя при горныхъ промыслахъ (т. IX особ. прил. XII ст. 43; см. у Горемыкина I, 601). Подобныя артели имѣютъ болѣе или менѣе развитую организацію, но вмѣстѣ съ этимъ служебную и подчиненную роль въ промышленномъ смыслѣ.

Для насъ здѣсь имѣли бы самую высокую цѣну данныя, касающіяся приватной правоспособности союзовъ частныхъ изъ эпохи возможно отдаленной въ историческомъ смыслѣ, предшествующей московской централизаціи, когда на всѣ союзныя формы усердно налагалась печать тягла или службы; къ сожалѣнію, для той отдаленной эпохи мы имѣемъ слишкомъ скудныя данныя. Болѣе выразившіеся и постоянные союзные типы частнаго права изъ стараго времени являются намъ въ двоякомъ видѣ, въ видѣ поземельнаго владѣнія союзомъ родовымъ и, рядомъ съ этимъ, въ видѣ землевладѣльческой общины, независимой отъ кровной связи членовъ. Опять и эти оба типа, особенно родовое землевладѣніе, являются намъ не въ первоначальной ихъ чистотѣ, а уже явно въ стадіи разложенія. Матеріаль, на коемъ возможно основывать предположенія о родовомъ и общинномъ строѣ, для той поры весь ограничивается слѣлками, касающимися того или другого вида имущества и ихъ формальною обстановкой. Въ старинныхъ новгородскихъ купчихъ, также какъ и въ послѣдующихъ московскихъ сдѣлкахъ, акты передачи недвижимостей совершаются нерѣдко не отъ одного лица другому, а отъ цѣлаго ряда лицъ другому ряду лицъ. Иногда кругъ лицъ передающихъ или пріобрѣтающихъ носитъ признакъ родственной ихъ связи по именамъ ихъ или по указаніямъ степени родства (см. А. Ю. № 71, I, V). Въ ту пору, въ XIV и XV в., раз-

витіе землевладѣнія церкви, отдѣльныхъ лицъ, при нѣкоторыхъ начинавшихся признакахъ скопленія богатствъ денежныхъ, не могло не дѣйствовать разлагающимъ образомъ на старыя союзныя формы. Но онѣ подаются не вдругъ. Мы видимъ постоянно, что, отчуждая земли, продавецъ не совершаетъ акта безповоротнаго перекрѣпленія имущества, а лишь за себя, иногда за себя и дѣтей передаетъ свое особое право пріобрѣтателю. Но за нимъ стоитъ еще цѣлый союзъ, родовой, общинный, который вовсе этимъ его актомъ не стѣсненъ въ своихъ притязаніяхъ на ту же землю, или на тотъ же участокъ землевладѣнія. Неволинъ давно замѣтилъ это явленіе. Но для того, чтобъ признать *родовой бытъ* или видѣть въ этомъ явленіи ограниченнаго господства члена союза надъ недвижимостью подтвержденіе такъ называемой *родовой теоріи*, онъ требовалъ, чтобъ родъ весь участвовалъ въ сдѣлкѣ, а иначе сдѣлку родича объ отчужденіи не своего имущества почиталъ недѣйствительностью. *Родового быта* или *родовой теоріи* нельзя видѣть въ указанныхъ явленіяхъ, но нельзя тоже въ ограниченіи притязаніями союза правъ отдѣльнаго члена отрицать признаки родового правосознанія. Пусть ограниченіе права безповоротно отчуждать недвижимость существуетъ не только въ пользу союза родового по отношенію къ чужимъ, но и внутри этого союза въ пользу ближайшихъ родичей у дальнѣйшихъ, у старинныхъ вотчичей вообще, у совладѣльцевъ общинныхъ земель, у людей одного тягла, одного рода службы,—это будетъ доказывать, что *родовой союзъ* не былъ единственнымъ или господствующимъ типомъ союзнаго обладанія, но это не можетъ служить для отрицанія наличности и этой союзной формы *).

Когда родичъ хочетъ пріобрѣсти себѣ и своимъ недвижимость—это видно изъ сдѣлки. Точно такъ же видно, когда покупатель пріобрѣтаетъ землю не у ея владѣльца, члена родового союза, а у владѣльца и вмѣстѣ у родичей, въ смыслѣ укрѣпленія ими силы сдѣлки. Они тутъ же являются свидѣтелями сдѣлки, соучастниками акта (№ 71, V). Или вотчичъ отдаетъ свою землю въ монастырь по душѣ, а родственники *отступаются Васильевы* (вотчичъ) *земли* (тамъ же № 110).

*) Ср. Неволіа Истор. Рос. гр. зак. ч. III, стр. 60, ч. I, стр. 339 и слѣд. ч. II стр. 117—120 (изд. 57 г.). Свидѣтельствомъ очень широкаго примѣненія выкупа служатъ опубликованныя г. Мейчикомъ акты въ его книгѣ „Грамоты XIV и XV вв. Московск. Арх. Минист. Юстиц.“. Москва 1883, стр. 81. Г. Мейчикъ настаиваетъ на опредѣляющемъ значеніи для права выкупа экономическихъ условій времени. Это безусловно одинъ изъ важнѣйшихъ факторовъ всего обмѣна, въ какихъ бы кругахъ онъ ни происходилъ.

До чрезвычайности характерны старые акты отчужденія недвижимостей въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, независимо отъ родственныхъ связей лицъ, совершающихъ актъ, самый объектъ сдѣлки таковъ, что тутъ не можетъ быть *полнаго* обособленія части совладѣнія, но нѣтъ тоже и признаковъ нераздѣльнаго совладѣнія цѣлымъ. Приобрѣтаетъ новый человекъ въ такихъ-то мѣстахъ село земли, полсела, три села, дворъ, дворище, земли орамы тѣхъ селъ и пожни тѣхъ селъ и ловища тѣхъ селъ, чѣмъ владѣль такой то, въ другомъ случаѣ—и притеребы того села, гдѣ ни есть владѣли; или—земли стараго заводу (№ 71, VI, VIII). Читая подобные акты, видя обстановку отчужденія, соучастіе въ актѣ сусѣдей, мужей, заводчиковъ, знахарей, вы невольно приходите къ той мысли, что въ этихъ условіяхъ не было возможности совладѣнія, если приобретатель не состоялъ въ союзѣ съ общиной (родственнымъ), или не входилъ въ союзъ поземельной общности. Какъ вступалъ новый членъ въ союзъ для него чужой, подъ какими условіями выходилъ прежній владѣлецъ, какія притязанія сохранялъ самый союзъ на долю вступавшаго новаго члена—это вопросы, которые далеко не всегда рѣшались одинаково, но всегда конечно возникали, ибо обособленіе долей въ этихъ условіяхъ никогда не могло быть полнымъ. Г. Мейчикъ совершенно справедливо, въ результатѣ весьма тщательныхъ изысканій, заключаетъ такъ: пока владѣльцами этихъ жеребьевъ оставались родные (прибавимъ—или старинные члены союза общиннаго), они не препятствовали другъ другу въ пользованіи необходимыми выгодами смежныхъ и близкихъ участковъ; съ переходомъ же одного изъ такихъ жеребьевъ въ третьи руки, остальные владѣльцы могли встрѣтить разнаго рода затрудненія отъ новаго, чуждаго имъ хозяина, и вотъ что должно было побудить ихъ къ сохраненію права преимущественной покупки при первоначальномъ раздѣлѣ общаго имущества или при послѣдующемъ отчужденіи отдѣльныхъ частей прежняго цѣлаго (стр. 83).

Коротко, это явленія того самаго характера, какія выше мы указывали для права германскаго и которыя такъ трудно подчинить латинскимъ опредѣленіямъ (выше, стр. 420, 421, 425, 426). Тутъ нѣтъ основныхъ данныхъ для этого подчиненія. Тутъ нѣтъ развитого *личнаго* сознанія, ибо надъ индивидуумомъ еще господствуютъ союзы. Тутъ нѣтъ понятія вполне *раздѣльной принадлежности* недвижимостей, на которой не лежало бы той или другой тягости союзныхъ притязаній. Въ этомъ видѣ это форма переходная отъ старой общности къ новому раздѣльному типу

владѣнія, но форма ясно еще носящая на себѣ *слѣды* прежней безраздѣльной принадлежности цѣлаго союзу.

Уже въ этихъ старыхъ условіяхъ быта видно, что это форма, обращенная къ прошлому, что ее ищутъ вытѣснить другіе типы правоотношеній, но она уступаетъ духу времени не вдругъ, и слѣды ея остаются очень еще долгое время въ практикѣ. Но это слѣды отживающаго порядка, переходящіе все болѣе и болѣе въ институты *локальнаго примѣненія, въ изгнате изъ общаго порядка* обособленныхъ частныхъ правоотношеній, и если союзныхъ формъ, то свободныхъ, а не невольныхъ, неизбѣжныхъ, какими являются для этого времени разсмотрѣнныя нами формы общности.

Московская политика, обрабатывая по своему эти старинныя союзныя формы, не отвергала собственно ихъ, а лишь пользовалась ими для своихъ цѣлей.

Поземельная общность низшаго типа въ классѣ рабочемъ удержалась въ тягломъ московскомъ землевладѣніи въ особомъ видѣ сдѣлокъ, именуемыхъ *посильными* или *отступными*. Г. Мейчикъ справедливо полагаетъ, что въ нихъ нашелъ покойный Ив. Дмитр. Бѣляевъ основу для изображенія крестьянскаго землевладѣнія въ древности въ извѣстномъ своемъ трактатѣ „Крестьяне на Руси“ (стр. 72). *Посильемъ* вступаетъ въ существовавшій до того союзъ новый членъ. Это будетъ стало быть жеребій въ общемъ владѣніи, на коемъ лежитъ податная тягость. Этотъ жеребій является показателемъ хозяйственной и податной *силы* плательщика (Мейчикъ стр. 72). *Посилье*, однако, составляли не одни земельные участки, а также дворы, промыслы, бортный, соловаренный и проч., а также лавки. Такія имущества и переходили съ обозначеніемъ или понятіемъ *посилья, владѣнья*, которое продалъ или отъ коего отступился прежній владѣлецъ (стр. 73). Черта весьма живая, чтобъ видѣть, какъ происходило пополненіе состава совладѣльцевъ общаго промысла, поля и проч.

Для остатковъ родовой общности въ московскую эпоху находилось еще много случаевъ примѣненія. Срокъ выкупа въ эту пору фиксируется и сокращается, чѣмъ достигается легчайшая оборотность родовыхъ имуществъ; но, съ другой стороны, солидарность членовъ, когда это было полезно для политическихъ цѣлей, отнюдь не отверглась новыми легальными нормами. Наоборотъ, въ Уложеніи весьма ясно, что родичи обязаны были одинъ за другого нести службу (гл. VII, ст. 17), могли быть привлекаемы къ отвѣту на судѣ (гл. X, ст. 149). Наконецъ, и это самое любопытное и характерное явленіе для этой эпохи

развитія, хотя уже и измѣненныхъ, старинныхъ союзныхъ формъ, — мы видимъ въ томъ же Уложеніи тяжесть отвѣтственности (гражданской), которая ложится на родичей за преступленія, совершаемыя однимъ изъ членовъ родового союза. Правда, это имѣетъ мѣсто при *crimen enormissimum*, какъ его называли на западѣ, при государственной измѣнѣ. Но вотъ положеніе ст. 38 гл. 17-й Уложенія, которая не оставляетъ сомнѣнія, что родичи терпятъ, теряютъ право выкупа родовыхъ вотчинъ измѣнника, которыя были до измѣны перекрѣплены въ чужой родъ и по коимъ совершены надлежащіе акты. Такому покупщику, говоритъ Уложеніе, владѣть тою вотчиною безъ выкупа, потому, что онъ у того измѣнника купилъ до его измѣны. *А роду того измѣнника той вотчины на выкупъ не отдавать.* Нѣтъ никакого сомнѣнія, что имущественныя невыгоды за преступленія родича ложатся тяжестью на союзъ, т.-е. на кругъ лицъ, для коего нѣтъ основаній для такъ называемаго *вмѣненія внутренняго*, а есть лишь для *вмѣненія внѣшняго*, формальнаго.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, цѣлый рядъ точекъ сопоставленія нашихъ союзныхъ построеній съ нѣмецкими, въ эпоху, соотвѣтствующую указанному выше правосознанію германскому, изъ коихъ вполне ясно, что въ этихъ чертахъ не слѣдуетъ видѣть какихъ-то специфическихъ германскихъ свойствъ правосознанія, и которыя встрѣчаются вездѣ на соотвѣтствующихъ невысокихъ ступеняхъ личнаго сознанія и поглощающаго для личности значенія союзныхъ формъ.

Быть можетъ въ нашей старинѣ, соотвѣтственно явленіямъ правосознанія у западныхъ народовъ, которыя мы выше отмѣтили какъ черты отличныя отъ латинскаго права, найдутся признаки вмѣненія внѣшняго и въ томъ широкомъ примѣненіи, которое оно въ свое время имѣло тамъ? Нѣтъ сомнѣнія, что вопросъ заслуживаетъ самаго внимательнаго изысканія. Мы его, однако, здѣсь не считаемъ умѣстнымъ предпринимать. Отмѣтимъ одинъ общеизвѣстный фактъ, гдѣ *вмѣненіе вещамъ* освѣщается въ нашей старинѣ самымъ яркимъ свѣтомъ. Это тяжкое наказаніе и ссылка (см. выше во французскомъ правѣ кондемнація вещей *à mort et en exil*) углицкаго колокола, который билъ набатъ при убіеніи царевича Дмитрія въ 1593 году. По преданію Борисъ Годуновъ отправилъ колоколъ въ ссылку въ Тобольскъ *съ отсѣченіемъ уха*, отчего колоколъ тотъ и прозванъ карноухимъ *).

*) Считаю себя обязаннымъ выразить мою признательность почтенному товарищу моему А. С. Лаппо-Данилевскому, отъ котораго я имѣю помѣщаемыя

Для насъ достаточно этого небольшого историческаго экскурса, чтобъ придти къ убѣжденію въ существованіи въ нашемъ прошломъ, совершенно независимо отъ какихъ либо вліяній и заимствованій, такихъ же отклоненій отъ строенія союзовъ и отъ общепринятыхъ началъ вмѣненія, какія видны въ исторіи нѣмецкаго права.

Неволинъ отмѣчаетъ въ своей исторіи тотъ любопытный фактъ, что въ эпоху Уложенія и слѣдующую за нею у насъ или было очень мало или совсѣмъ не было узаконеній о товариществахъ (Ист. Рос. Гр. Зак., § 457) *). Это справедливо. Но положеніе можно расширить, и тогда окажется, что во всю эпоху господства крѣпостного права наше законодательство давало крайне скудное развитіе не только договору товарищества, но всему договорному праву. Основаніе совершенно понятное. Какой просторъ могли открыть себѣ свободныя договорныя отношенія въ условіяхъ закрѣпощенія всего населенія? Само собою разумѣется, что въ этихъ условіяхъ не мѣсто вольнымъ союзамъ. Калачева поражаетъ то же отсутствіе союзнаго духа особенно въ XVIII в. у насъ; но онъ объясняетъ себѣ это малымъ нашимъ знакомствомъ съ памятниками этой эпохи (Артели въ древн. и нов. Рос., стр. 17). Это едва ли справедливо. Къ тому же Калачевъ даетъ намъ тутъ же большой списокъ извѣстныхъ изъ этого времени артелей въ одномъ Петербургѣ (см. стр. 24 и 25). Но какія это артели? Довольно однихъ наименованій, Вульфова, Мейерова, Томсона, Стюартова, Непорова, Шилинская,

здѣсь свѣдѣнія объ этомъ любопытномъ явленіи. Ихъ можно найти въ „Древ. Библіотекѣ“ ч. III, стр. 3; „Кратк. пок. о Сиб. воевод.“ стр. 4; *Словцова* „Истор. обоз. Сиб.“ изд. 1 кн. 1 стр. 517; Ал. Сул. „Ссылный угличскій колоколъ въ Тобольскѣ“ (въ „Москвитянинѣ“ за 1849 г. ч. 3). Есть слухи, что настоящій колоколъ разбился, но вылитъ новый (хранившійся въ Тобольскѣ) по образу стараго. На колоколѣ надпись (очевидно позднѣйшаго происхожденія). Содержаніе ея слѣдующее: („сей колоколъ, въ который били при убіеніи благовѣрнаго царевича Дмитрія въ 1593 г. присланъ изъ города Углича въ Сибирь въ ссылку въ градъ Тобольскъ къ церкви Всемиловитаго Спаса, что на торгу, а потомъ на софійской колокольной былъ набатной“). Оттуда же указаніе въ текстѣ объ отсѣченіи уха. Ср. еще Карамзинъ т. X, пр. 245; Сибіревъ „Пам. Моск. древности“ стр. 201; „Описаніе монастырей при полномъ христіанскомъ мѣсяцесловѣ“ 1825 г. стр. 145; Максимовъ, „Сибирь и каторга“ ч. 3, гл. 2-я.

*) Тутъ же въ примѣчаніяхъ приведены нумера Полн. Собр. Зак., гдѣ встрѣчаются положенія о товариществахъ. Ихъ не мало, но они всѣ очень разбросаны, спеціальны и часто прямо заимствованы изъ иностранныхъ законодательствъ. Обществъ промышленныхъ не мало. Есть постоянная агентура армянской компаніи для торговли въ Москвѣ (П. С. З. № 410). Есть компаніи для китоловнаго промысла, которая имѣетъ цѣлью привлечь къ эксплуатаціи отечественныхъ богатствъ иностранныя капиталы (тамъ же № 4349). Есть общество спасенія на водахъ и отысканія потопшихъ кораблей (№ 9721). Но это все союзы, ничего не говорящіе о развитіи свободнаго союзнаго права въ Россіи.

Кокорина и другія подобныя, чтобъ понять, въ какомъ отноше-
ніи находились всѣ эти артели, именуемыя родительными при-
надлежностными разныхъ торговыхъ фирмъ, къ вопросу о сво-
бодномъ союзѣ и о правѣ лицъ. Мы видимъ, что въ этихъ ар-
теляхъ одно изъ существенныхъ условій поступленія составляетъ
*отказъ поступившаго отъ права разбираться съ артелью су-
домъ* (стр. 24)*); при этомъ въ нѣкоторыхъ артеляхъ удержи-
вается наказаніе провинившихся не только штрафомъ, но и тѣ-
лесно (стр. 56). Нѣтъ сомнѣнія, что и эти артельные союзы
имѣли серьезное экономическое значеніе для сочленовъ.

Съ характеромъ союзовъ дѣйствительно свободныхъ мы имѣ-
емъ нынѣ рядъ любопытныхъ образцовъ изъ той же эпохи, но
образованныхъ между людьми торговаго класса. Между ними
легко различить союзные типы стараго и новаго времени. Эта
смѣна находится въ нѣкоторомъ соотвѣтствіи съ указаннымъ
нами выше типомъ горнопромышленныхъ нѣмецкихъ союзовъ.
Всѣ эти образцы мы беремъ частью изъ кассационной практики,
частью изъ новаго законодательнаго движенія.

Въ исходѣ прошлаго вѣка сгорѣлъ въ Ирбити гостинный дворъ.
Мѣстному городскому обществу предоставлено было своими силами
построить новое зданіе для той же цѣли. И вотъ этотъ кругъ лицъ,
торговцевъ, формулируетъ договоръ, коимъ цѣлый кругъ поименно
перечисленныхъ торговцевъ принимаетъ на себя постройку гостин-
наго двора, устанавливая точно, какое количество строительнаго
матеріала и денегъ имѣетъ внести въ общее дѣло каждый соучаст-
никъ. Затѣмъ соглашеніе предпринимателей опредѣляетъ, какимъ
образомъ соучастники будутъ пользоваться построеннымъ этимъ
способомъ торговымъ помѣщеніемъ. Характернѣйшая черта этого
соглашенія въ томъ, что лавокъ положено не разбирать на каж-
даго порознь ни по какимъ заслугамъ и преимуществамъ плати-
мыхъ казнѣ податей, а уравнивать выгодною, собираемою съ онаго
дохода, всякую въ тягло постройки сего новаго прочнаго зданія
по списку вступившую душу равною частію денегъ, „что самое
да продолжится до дальнѣйшей впредь въ нынѣшнихъ душахъ
перемѣны“, послѣ которой (т.-е. послѣ ревизіи) имѣетъ послѣ-
довать такое же раздѣленіе. Всѣ несогласные съ этимъ приго-
воромъ, яко нерадивые и развратные члены общества, лишаются
всѣхъ выгодъ и преимуществъ.

Договоръ товарищества по постройкѣ представляетъ собою въ

*) Такое непермѣтное условіе повторяется и въ нѣкоторыхъ новѣй-
шихъ артельныхъ договорахъ (см. у Калачева стр. 76, № 5, постановленія
Московской биржевой артели 1859 г., пунктъ 35-й).

этомъ видѣ чрезвычайно любопытный и оригинальный типъ продуктивной ассоціаціи, въ которой тѣсный союзъ лицъ извѣстнаго промысла съ ихъ потомствомъ входитъ въ соглашеніе о порядкѣ уравнительнаго пользованія предназначеннымъ для извѣстной цѣли имуществомъ, торговыми помѣщеніями. Это блестящее проявленіе общественнаго духа въ правѣ, въ области отношеній приватнаго типа, въ такую пору, когда законодательство крайне слабо отвѣчало потребности свободной союзной предпримчивости въ экономической жизни. Здѣсь какъ будто ожилъ старый новгородскій духъ, но не для того, однако, къ сожалѣнію, чтобъ восторжествовать надъ трудностями его проявленія въ новыхъ условіяхъ жизни.

Въ законодательствѣ не было никакихъ нормъ, коими бы точнѣе фиксировались приспособленность и обособленно-личный, частный характеръ этого союзнаго имущества. Съ прошлаго вѣка и до конца 60-хъ годовъ, когда право гражданское нашло себѣ настоящую ограду въ Судебныхъ Уставахъ Императора Александра II, судьба этого имущества очень странная. Общественный приговоръ, выписанный выше, былъ утвержденъ губернскимъ правленіемъ. Много разъ имущество это рассматривалось не только мѣстной властью, но и городскимъ общественнымъ управленіемъ какъ частное, принадлежащее союзу торговцевъ, его создавшихъ. Въ 1869 г. было утвержденъ соотвѣтствующій сему Уставъ общества владѣльцевъ гостиннаго двора г. Ирбити. Но это все ни къ чему не ведетъ. Ирбитское городское общество вчиняетъ искъ къ Обществу владѣльцевъ о правѣ собственности на это городское имущество, которое находится-де въ незаконномъ владѣніи этого частнаго союза. Въмѣсто одного юридического лица оказывается два; и городское управленіе доказываетъ, что частное общество вовсе не въ правѣ притязать на гостинный дворъ, такъ какъ постройка и содержаніе производились кругомъ лицъ, входившихъ въ составъ городского общества, и частью на общественные ресурсы. Защитникъ отвѣтчика признаетъ городское общество только пайщикомъ предпріятія, а не собственникомъ, причемъ указываетъ, что общественное управленіе само неоднократно рассматривало общество владѣльцевъ какъ частное. Въ послѣднемъ обстоятельствѣ судебная инстанція усматриваетъ простой пріемъ симуляціи съ цѣлью отклонить правительственный контроль, а не подлинное признаніе общества владѣльцевъ собственникомъ зданій. Съ введеніемъ городского положенія 1870 года общественное управленіе г. Ирбити перестало бояться контроля, симулированный частный хозяинъ город-

ской собственности сталъ ненуженъ и къ нему предъявили искъ. Частная инициатива была на сей разъ плохо вознаграждена, и читатель кассационнаго рѣшенія видитъ ясно, что сдѣлать въ свое время свои права несомнѣнными обществу торговцевъ-строителей, при тогдашнемъ состояніи законодательства, было далеко не легко. Въ любомъ западномъ правѣ нашлись бы безъ труда нормы для точнаго опредѣленія понятія и фиксированія личнаго состава такого товарищества по совладѣнію съ корпоративной организаціей союза; у насъ это было явно не легко, а содѣйствіе губернскаго правленія ничего не давало для этихъ цѣлей (см. Кас. Рѣш. за 1884 г. № 53).

Между тѣмъ огражденіе такихъ оригинальныхъ локальнаго типа конструкцій частно-правныхъ союзовъ есть дѣло крайне важное и экономически полезное.

Немного раньше пожара въ Ирбити, тоже во 2-ой половинѣ прошлаго вѣка, московскій каменный гостинный дворъ пришелъ въ такую ветхость, что правительство рѣшило отдать его городу для умноженія дохода, съ тѣмъ, чтобы городъ продавалъ мѣста желающимъ строить новое зданіе согласно утвержденнымъ планамъ. Никто не шелъ на зовъ. Между тѣмъ 13 лавокъ обвалилось. Тогда велѣно было *продавать мѣста тамошнимъ купцамъ по частямъ*, съ тѣмъ, чтобы каждый строился для себя, но тоже по плану. Въ планѣ были показаны, натурально, дворы, улицы, проѣзды, проходы, все равно какъ въ нѣмецкой шахтѣ стараго типа (alte Kuche, см. выше). Строились въ разбродъ, не спѣша. Никакихъ солидныхъ нормъ, коими опредѣлялась бы организація цѣлаго, соотвѣтствующихъ хотя бы указанному выше общественному приговору лавковладѣльцевъ въ Ирбити, не было. Уже въ 30-хъ годахъ текущаго столѣтія избраны отъ владѣльцевъ уполномоченные, выработаны правила пользованія зданіями и общественнымъ достояніемъ гостиннаго двора. Нѣтъ, однако, сомнѣнія, что въ этомъ союзѣ частное самымъ рѣшительнымъ образомъ превалировало надъ общественнымъ. Когда черезъ 30 лѣтъ двѣ московскія милліонерки нашли для себя удобнымъ застроить публичный проходъ прилегавшій къ ихъ магазинамъ, то въ послѣдовавшемъ за симъ процессѣ права общественныя были такъ мало выражены, что отвѣтчики пытались устранить истцовъ за общество вовсе по недостатку процессуальныхъ полномочій у нихъ. Состязаніе сторонъ разбилося на рядъ мелкихъ формальныхъ затрудненій, изъ коихъ судъ, конечно, на сей разъ, нашелъ выходъ, согласный чувству справедливости. Милліонерки проиграли дѣло. Но принципиальная разработка основныхъ положеній въ про-

цессъ оставляло желать многого (Кас. Рѣш. 1871 г. № 520). Не было сомнѣній, что большое и солидное торговое дѣло не можетъ существовать при этой степени неопредѣленности и даже неопредѣлимости существенныхъ вопросовъ правообладанія. Московскій гостинный дворъ при этихъ порядкахъ не сгорѣлъ, потому что былъ каменный, но скоро вновь пришелъ въ состояніе ветхости, изъ коего его выручила совсѣмъ новая организація дѣла, о коей мы сейчасъ скажемъ.

Пожаромъ 28-го мая 1862 г. истреблены торговыя помѣщенія Щукина двора въ Петербургѣ, принадлежавшія до того Министерству Финансовъ. Высочайшимъ повелѣніемъ 12 апрѣля 1863 г. эта мѣстность уступлена *Обществу лицъ, производившихъ до пожара торгъ* на Щукиномъ дворѣ, за 800 тыс. рублей, съ обязательствомъ выстройки торговыхъ помѣщеній по плану архитектора Кракау, на счетъ общественниковъ, имѣющихъ для сей цѣли внести часть требуемой суммы на возведеніе *принимаемыхъ каждымъ на свою долю* торговыхъ помѣщеній. Всѣ лавки и земли подъ ними будутъ составлять *полную частную собственность* общественниковъ. Изъ всѣхъ *будущихъ* лавковладѣльцевъ имѣеть быть составлено *особое торговое общество*, и для его организаціи и дѣятельности имѣеть быть выработанъ уставъ.

Гораздо прежде выработки такого устава кругъ *иниціаторовъ* (до 80 человекъ) внесъ денежные ставки куда слѣдовало и по жребію, въ собраніи членовъ еще неконституированнаго общества, разобралъ мѣста и сталъ воздвигать на лучшихъ пунктахъ рынка (по Садовой) торговыя помѣщенія по плану архитектора Кракау, чтобы тутъ же стать вмѣсто *будущихъ* лавковладѣльцевъ настоящими.

Уставъ былъ Высочайше утвержденъ больше года спустя, въ іюнѣ 1864 года (Собр. Узак. за 1864 г. № 64), когда многія постройки, *ранѣе выдачи данной*, были уже частью возведены, и между владѣльцами готовы были возникнуть нѣсколько процессовъ, которые затѣмъ и получили движеніе, начиная съ 1866 года (Кас. Рѣш. за 1867 г. № 337).

Согласно Уставу 2-го іюня 1864 г. учреждено „Маріинское Общество торговцевъ въ С.-Петербургѣ“. Составъ его первоначально образуютъ всѣ производившіе до пожара торгъ на Щукиномъ дворѣ. Обществу сему отчуждена на указан. выше условіяхъ мѣстность этого наименованія. Лавки съ землей имѣютъ составить *полную частную собственность общественниковъ*, земля подъ улицами, проѣздами, площадями, составляетъ собственность *всего Общества*.

По праву полной собственности каждый лавковладѣлецъ можетъ отчуждать принадлежащее ему торговое помѣщеніе, но *подъ условіемъ вступленія пріобрѣтателя въ составъ названнаго общества*. Сверхъ того, общество можетъ отъ себя производить отчужденія свободныхъ торговыхъ помѣщеній стороннимъ лицамъ, *подъ тѣмъ-же условіемъ вступленія ихъ въ составъ общества*. Для веденія дѣлъ Общества образуются два органа, Общее Собраніе и Управленіе, которое состоитъ изъ числа членовъ общества выбранныхъ собраніемъ на указанный уставомъ срокъ. Компетенція каждого органа указана въ уставѣ съ точностью.

Нѣтъ сомнѣнія, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ коллективнымъ правообладателемъ, съ юридическимъ лицомъ, члены коего суть въ то же время реальные совладѣльцы имущества съ опредѣленнымъ назначеніемъ. Опредѣлить различіе этого строенія отъ стараго московскаго не мудрено, такъ какъ въ московскомъ коллективная сторона правообладанія не разработана вовсе при самой конституціи союза и опредѣлилась лишь въ послѣдствіи; наоборотъ, въ указанномъ выше приговорѣ ирбитскаго общества эта сторона есть доминирующая въ строеніи цѣлаго. Сверхъ того въ Ирбити союзный строй являлся вполне замкнутымъ, и дестинатеры коллективнаго обладанія суть только торговцы, сейчасъ вошедшіе въ союзъ и ихъ потомство. Здѣсь, въ петербургскомъ типѣ, союзная сторона неизмѣримо сильнѣе, чѣмъ въ московскомъ, и слабѣе, чѣмъ въ ирбитскомъ союзѣ; но за то обладаніе долями поставлено реально раздѣльно, и кругъ вступающихъ въ союзъ есть самый широкій и свободный. Мы получаемъ, такимъ образомъ, какъ непремѣнные признаки этого союза а) принадлежность каждого совладѣльца къ обществу, б) корпоративную и довольно развитую организацію союза, в) владѣніе реально раздѣльными долями, которыя всякій врозь для себя строилъ, которыя всякій врозь можетъ продавать, закладывать, обязать ремонтировать и т. д., г) притязаніе каждого изъ членовъ союза на долевое участіе въ пользованіи союзнымъ имуществомъ.

Того обособленія союзной личности отъ членовъ, какое требуется для состава подлинной латинской universitas, нѣтъ и въ этомъ типѣ. Но онъ составляетъ все же ступень приближенія къ ней, особенно по легкости, съ которой совершается смѣна лицъ внутри союза при дѣющемся юридическомъ существованіи все той-же обособленной союзной граждански-правоспособной личности „Общества торговцевъ Щукина двора“. Та черта, которая опредѣляетъ положеніе этой формы въ группѣ *типовъ локаль-*

ныхъ, есть именно реальная раздѣльность долей и свойство правоотношенія къ нимъ членовъ союза.

При сравнительной легкости обмѣна долей, эта форма есть все-же по строенію своему довольно грузная, довольно еще близко приноровленная къ извѣстному кругу правообладателей. Въ этомъ ея достоинство какъ типа локальнаго и въ этомъ ея отличіе отъ конструкцій универсальнаго характера.

Москва, шедшая до сего въ хвостѣ союзнаго движенія по разсматриваемому вопросу, внезапно, 1884 года, оставляетъ позади себя всѣ разсмотрѣнныя союзныя формы локальнаго типа и разомъ переходитъ въ томъ-же дѣлѣ устройства правоотношеній совладѣльцевъ торговыхъ помѣщеній къ универсальному типу акціонерной компаніи.

Начиная съ 1884 года въ Собр. Узак. появляются одинъ за другимъ уставы торговыхъ рядовъ, Теплыхъ (84 г.), Верхнихъ (88 г.), Среднихъ (89 г.), которые ставятъ весь вопросъ о построеніи правоотношеній даннаго дѣла на совершенно новую, несравненно болѣе соотвѣтственную требованіямъ юридической опредѣленности и легчайшей имущественной оборотоспособности точку зрѣнія.

Согласно новымъ уставамъ (мы будемъ имѣть здѣсь въ виду особенно позднѣйшій, публиков. въ Собр. Узак. за 89 г. № 59, ст. 466; они всѣ сходны), въ замѣнъ частнаго обладанія по раздѣльнымъ частямъ цѣлаго, имѣетъ быть образовано единое обособленное отъ состава членовъ союзное обладаніе всѣмъ имуществомъ, построенное на той универсальной основѣ союзной юридической личности, коей происхожденіе слѣдуетъ отнести къ латинской традиціи.

Чтобы привести въ исполненіе широко и смѣло задуманный планъ, необходимо не одно созданіе коллективной личности изъ гостиннодворскихъ совладѣльцевъ; надо привести весь ихъ составъ и весь составъ обладанія въ такое состояніе, гдѣ частный интересъ и личные расчеты отдѣльныхъ правообладателей имѣютъ подчиняться интересу общественному и расчету общему. Такимъ образомъ, Высочайше утвержденный уставъ не есть только учредительный законъ для новаго акціонернаго „Общества среднихъ торговыхъ рядовъ между Ильинкой и Варваркой въ Москвѣ“, но есть актъ эвентуальной экспроприаціи въ пользу города Москвы всѣхъ торговыхъ помѣщеній указанныхъ рядовъ, собственники коихъ не захотѣли бы вступить въ составъ союза и добровольно уступить свои розныя владѣнія новому обществу. Для того, однако, чтобы новое общество считалось состоявшимся

и приобрѣло право оперировать на основаніи устава, необходимо добровольное согласіе и вступленіе въ его составъ двухъ третей наличныхъ совладѣльцевъ.

Когда этотъ составъ есть на лицо, то въ число акціонеровъ вступаетъ и городъ Москва, который оперируетъ для экспропріаціи членовъ меньшинства посредствомъ уплаты имъ по указанной нормѣ цѣны ихъ помѣщеній.

Затѣмъ образуется акціонерная компанія указаннаго наименованія изъ владѣльцевъ акцій, выпущенныхъ на имя членовъ союза, бывшихъ владѣльцевъ торговыхъ помѣщеній.

Это общество, въ качествѣ обособленной юридической личности, становится полнымъ собственникомъ всего имущества торговыхъ среднихъ рядовъ и полноправнымъ предпринимателемъ сооруженія новыхъ зданій для того же предназначенія и затѣмъ единственнымъ хозяиномъ всего дѣла и всего вновь образовавшагося имущества.

Рѣзкая черта отличія этой союзной формы отъ указаннаго выше союзаго типа (Ирбитское общество) состоитъ въ томъ, что здѣсь союзъ образуется не изъ тѣснаго круга людей торговаго промысла съ ихъ потомствомъ, а изъ круга акціонеровъ, коихъ большинство въ началѣ составляютъ бывшіе московскіе гостиннодворцы, а затѣмъ можетъ включить въ себя кого угодно, лишь бы въ его рукахъ были акціи. Въ этой же чертѣ отличіе этой формы и отъ общества Маріинскаго рынка въ Петербургѣ, ибо и въ этомъ обществѣ только тотъ будетъ членомъ общества, кто владѣетъ торговымъ помѣщеніемъ, и тотъ только способенъ быть лавковладѣльцемъ, кто состоитъ членомъ общества.

Обособленіе правоспособности союза отъ сочленовъ проведено здѣсь вполне, какъ въ настоящемъ типѣ анонимной компаніи, и чтобы не было сомнѣній въ такомъ обособленіи, § 70 повторяетъ спеціально ту тезу, на которой настаивали классики (*.. quod debet universitas singuli non debent*), и въ которой въ тоже время Лабандъ думалъ найти неизмѣнный и надежный общій признакъ подлинной *universitas*, отличающій ее отъ союзовъ безличныхъ (см. выше).

Что касается органовъ дѣеспособности союза, то они тѣже, что въ обыкновенномъ обширномъ анонимномъ товариществѣ (правленіе, совѣтъ, общее собраніе акціонеровъ).

Во всемъ, что не указано особо въ этомъ уставѣ, общество подлежитъ дѣйствію общихъ законовъ и въ особенности положеніямъ для акціонерныхъ компаній.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что въ близкомъ соотвѣтствіи

съ германскими формами (горнозаводскія товарищества) — у насъ, въ новое время, проходить смѣна союзныхъ формъ чисто приватнаго типа, съ чертами, то полнаго, то неполнаго, обособленія личности сочленовъ и союзной, съ большимъ или меньшимъ поглощеніемъ первыхъ послѣднею. И конечно, въ этомъ разнообразіи типовъ и въ этой жизненной смѣнѣ формъ отнюдь не слѣдуетъ видѣть у насъ только заимствованія изъ чужого права, а ближе, результатъ дѣйствія тѣхъ самыхъ экономическихъ факторовъ, которые вызывали и на западѣ подобныя явленія.

Все, что мы пока наблюдали въ области нашего *частнаго союзнаго права*, касалось однихъ интересовъ владѣющихъ классовъ. Но, въ ближайшей очереди за симъ, и у насъ появляются замѣтные въ *правѣ гражданскомъ* признаки развитія подобныхъ союзныхъ формъ въ интересахъ рабочаго класса и постепенное вступленіе этого типа союзовъ въ *общій гражданскій обмѣнъ въ качествахъ союзовъ личнаго строенія*.

Мы говоримъ здѣсь не о правахъ крестьянскихъ обществъ участвовать въ нѣкоторыхъ видахъ договорныхъ сдѣлокъ съ казной въ особенности, на которыя указываютъ отдѣльныя положенія нашего законодательства (см. напр. ст. 1709 и дальнѣйшія въ той же связи, ст. 1784, 1785 по изд. 57 г., нынѣ замѣненныя особыми правилами положенія о подрядахъ и поставкахъ, ст. 80, 81, 82); точно такъ же рѣчь здѣсь идетъ не о тѣхъ артеляхъ, которыя принимаютъ выполненіе отдѣльныхъ заказовъ или подѣлокъ подъ общей отвѣтственностью соучастниковъ. Союзы такого рода крайне важны въ экономической жизни народа, но имъ не слѣдуетъ навязывать такихъ юридическихъ построеній, которыхъ они сами вовсе не ищутъ, именно свойствъ отдѣльной *союзной правоспособности*. Обособленной союзной личности такіе союзы не имѣютъ не только тогда, когда кругъ людей связанъ общими обязательствами съ 3-мъ лицомъ на условіи круговой поруки, но и тогда, когда этотъ кругъ лицъ подчиняется нѣкоторой внутренней дисциплинѣ, содѣйствующей успѣху предпріятія. Эти мелкія, ежечасно повторяющіяся сложныя сдѣлки не у насъ только, но и нигдѣ на западѣ, гдѣ есть всѣ условія легкой регламентаціи юридическихъ отношеній, не стѣсняются никакими формальными юридическими реквизитами, кромѣ обыкновенныхъ договорно-товарищескихъ.

Для образованія *союзной личности* въ этихъ условіяхъ, какъ и во всякихъ другихъ, необходимо, чтобъ въ кругѣ людей, образующихъ союзъ, сознавалась задача поставить союзъ въ условія самостоятельной гражданской личности въ болѣе или менѣе ши-

рокой и постоянной области гражданскихъ правоотношеній. Все отличіе этихъ специфическихъ формъ ограничивается удобствами образованъ такой союзъ изъ ограниченныхъ ресурсовъ людей небогатыхъ. Подобные союзы и у насъ, какъ на западѣ, преслѣдуютъ, въ интересахъ своихъ членовъ, тѣ или другія *специфическія* задачи, кредитъ, приобрѣтеніе сырья, цѣли союзно-потребительныя или производительныя.

Самобытную *) организацію, именно для низшихъ классовъ, такіе союзы стали приобрѣтать у насъ лишь съ очень недавняго времени. Первые опыты подобной организаціи, въ эпоху освобожденія крестьянъ, были внушены нашимъ инициаторамъ тѣми типами этихъ союзовъ, которые были въ ту пору въ ходу на западѣ. Одинъ изъ опытовъ былъ сдѣланъ костромскимъ помѣщикомъ Лугининымъ, съ небольшою субсидіей съ его стороны (1000 руб. безпроцентной ссуды на 10 лѣтъ), въ Рождественской волости Костромской губерніи между жителями этой волости, въ видѣ ссудо-сберегательнаго товарищества, основаннаго на самопомощи. Уставъ этого товарищества былъ Высочайше утвержденъ въ 1865 году (Полн. Собраніе Закон. за этотъ годъ, № 42598).

Нормы, коротко, такія. Жители Рождественской волости всѣ, безъ различія сословій, могутъ участвовать въ этомъ товариществѣ. Каждый желающій вступить обязывается вносить не менѣе 15 коп. въ мѣсяцъ до полной уплаты пая (50 руб.). Для вступающихъ въ союзъ и ихъ счетовъ ведется шнуровая книга, гдѣ отмѣчается ихъ поступленіе, вносы, выходъ. Для выбитія нужна заявка за 6 мѣсяцевъ, причемъ, выбывающему выдается обратно его пай и барышъ за истекшій *полный* годъ, (а не за долю года), не касаясь суммъ, отчисленныхъ въ запасный капиталъ. Товарищество даетъ извѣстныхъ размѣровъ ссуды товарищамъ. Ему принадлежитъ образующійся изъ вкладовъ запасный капиталъ. Для цѣлей усиленія оборотнаго капитала ему предоставляется дѣлать займы. Вклады членовъ идутъ только на уплату взысканій по этому уставу, а не на другія взысканія и не на пополненіе податныхъ платежей. Союзъ имѣетъ свои общія собранія, повѣрочный совѣтъ, распорядителя и бухгалтера. Члены притязаютъ на прибыль отъ товарищескихъ операцій и несутъ тяжесть убытковъ.

*) Экономическая сторона дѣла начинается не съ этого. Много ранѣе союзовъ этого характера у насъ были въ ходу союзы, устраиваемые властями (въ удѣлахъ), помѣщиками (Аракчеевъ) въ кругу зависящаго отъ нихъ населенія. Въ селеніяхъ старообрядческихъ давно наблюдались явленія отдѣльной, для единовѣрцевъ, но мало вообще оглашаемой кредитной организаціи.

Немного позже, въ концѣ 60-хъ годовъ, сталъ прививаться и нѣсколько другой типъ союзовъ этого же рода, выработанный первоначально въ Феллинѣ (городъ въ Лифляндіи) по уставу котораго отвѣтственность членовъ за убытки, если они не могутъ быть покрыты средствами кассы, идетъ солидарно, соразмѣрно взносамъ въ оборотный капиталъ, на всѣхъ членовъ, пока долгъ не будетъ покрытъ вполне (§ 37). На случай закрытія кассы остатокъ отъ основного капитала имѣетъ поступить въ Феллинское городское общество для обращенія на пользу школъ и церкви (§ 10). Есть и другія отклоненія этого устава отъ Рождественскаго (см. Полн. Собр. Зак. за 1869 г. № 46879) *).

Способъ утвержденія подобныхъ союзовъ, требовавшій сперва Высочайшаго соизволенія, нынѣ значительно упрощенъ. Министру финансовъ предоставляется, по соглашенію съ Мин. Вн. Дѣлъ, разрѣшать открытіе народныхъ кредитныхъ установленій, сходныхъ въ началахъ своихъ съ Рождественскимъ Ссуднымъ Товариществомъ и Феллинскою Ссудо-сберегательною кассою, и утверждать необходимые для ихъ дѣйствія уставы (т. XI, ч. II, разд. X, ст. 57).

Подъ именемъ артелей вообще законъ нашъ разумѣетъ общества работниковъ, по добровольному между собою условію составленныя, для отправленій службъ и работъ, силамъ одного человека несоразмѣрныхъ (т. XI ч. II, Уст. Торг. ст. 89 и слѣд.). Одни эти признаки не даютъ, безъ сомнѣнія, ничего для состава понятія, кромѣ наличности *договорныхъ правоотношеній*, которыя, конечно, могутъ очень видоизмѣняться, смотря по условіямъ случая, то приближаясь къ типу простого товарищества, то удаляясь отъ него въ область корпоративнаго внутренняго, евентуально и внѣшняго строенія. Въ этихъ рамкахъ наше законодательство допускало развитіе тѣхъ или другихъ признаковъ весьма индивидуализирующихъ существо союзныхъ правоотношеній (о чемъ было сказано выше).

Мы не остановимся здѣсь вовсе на многочисленныхъ разновидностяхъ артельного устройства, образцы коихъ въ общемъ собраны нынѣ въ разныхъ изданіяхъ, у Калачева, въ названномъ

*) Оба устава, Рождественскій и Феллинскій, легко отыскать въ изд. И. Л. Горемыкина „Сводъ узак. и распоряж. объ устр. сельск. состоян.“ II, стр. 615, 620. Нынѣ мы имѣемъ образцовый уставъ Ссудо-сберег. товарищ. (собр. узак. 96 г. № 45, ст. 593), Образцовый уставъ кредитныхъ товариществъ (тамъ же № 89 ст. 968), оба перепечатаны въ 3-мъ изд. указан. „Свода узак. и распор.“ И. Л. Горемыкина, т. II, стр. 1336 и слѣд.

выше сочиненіи, у Пахмана, въ его Обычномъ правѣ, наконецъ, у Гожева и Цвѣткова *) т. II, стр. 573 и слѣд.

Къ числу артелей наше законодательство относитъ и такіе союзы, которые, нося типъ чисто частныхъ союзовъ, составляютъ по цѣли своей высшую форму промышленныхъ союзовъ, какую выработало современное европейское законодательство, именно *союза производительнаго*. За образецъ этой союзной формы мы возьмемъ артель кустарныхъ мастеровъ воткинской волости сарапульскаго уѣзда вятской губерніи (Собр. Узак. 1885 г., № 47, ст. 399; напечатанъ у гг. Гожевъ и Цвѣтковъ II, стр. 608 и слѣд.).

Это промышленный союзъ кустарныхъ мастеровъ, изготовляющихъ экипажи, земледѣльческія орудія и обувь.

Союзъ образуется изъ лицъ всѣхъ сословій не моложе 17 лѣтъ, безупречнаго поведенія. Конституируется сей союзъ при наличности не менѣе 20 человекъ. Вступленіе, затѣмъ, въ составъ общества новыхъ членовъ производится постановленіями общаго собранія. Выходъ добровольный, съ заявкой за 3 мѣсяца. Возможна передача своихъ правъ съ соглашенія артели. Наслѣдники (не всѣ и не во всемъ одинаково) притязаютъ на доли покойнаго (§ 23). Уходящій добровольно изъ артели беретъ свой взносъ по истеченіи отчетнаго года. Товарищъ можетъ быть устраненъ изъ артели за невыполненіе инструкціи и исключенъ за похищеніе и иное подобное съ лишеніемъ всѣхъ прибылей и взносовъ, безъ права быть зачисленнымъ вновь.

Капиталъ артели образуется изъ единовременныхъ взносовъ (25 р.), къ чему обязывается всякій вступающій. Размѣръ взноса можетъ быть увеличенъ, соотвѣтственно возрастанію запаснаго капитала, на каждого артельщика; изъ взносовъ образуется оборотный капиталъ. Запасный образуется изъ 10⁰/о отчисленія прибылей, процентовъ съ этихъ суммъ, штрафовъ. Сверхъ сего изъ отчисленія по 5 к. съ рубля заработной платы образуется вспомогательный капиталъ. Артели предоставляется пріобрѣтать въ собственность недвижимое имущество, вступать во всякаго рода дозволенные договоры, ходатайствовать въ присутственныхъ мѣ-

*) Для освѣщенія нѣкоторыхъ вопросовъ судебнаго-практическаго характера въ строеніи и дѣятельности артелей, особенно петербургскихъ, можетъ служить важнымъ подспорьемъ изданіе такъ называем. „Практика С.-Петербургскаго Коммерческаго Суда“ (съ 72 по 82 гг. и съ 82 по 94 г. куда включаются и сенатскія рѣшенія и указы), за послѣднія 11 лѣтъ сдѣланное г. В. Вильсономъ (см. особенно стр. 150 и слѣд.). Экономическую сторону жизни артелей особенно по книгѣ проф. Исаева „Начала Политической экономіи“, гдѣ и обширныя библіографическія указанія.

стахъ и у начальствующихъ лицъ чрезъ правленіе, безъ особой довѣренности.

Органами юридической дѣятельности артели служить общее собраніе и правленіе артели. Отвѣтственность артели по всѣмъ ея операціямъ обезпечивается круговою порукою артельщиковъ въ размѣрѣ ихъ взносовъ и всѣми принадлежащими артели суммами и имуществомъ.

Союзы потребительные не имѣли у насъ того успѣха, какой они приобрѣли въ Германіи и въ Англіи.

Вотъ главнѣйшіе типы правоспособности союзовъ, имѣющихъ экономическія стяжательныя цѣли въ своей основѣ.

Мы не остановимся здѣсь на подробностяхъ строенія этихъ формъ, очевидно, носящихъ ту же двойственность въ основѣ, какую мы наблюдали въ западныхъ системахъ.

Любопытенъ одинъ вопросъ—о вмѣненіи юридическимъ лицамъ у насъ. Отвѣтъ дается закономъ общимъ и отдѣльными уставами лишь въ предѣлахъ договорно-обязательныхъ отношеній. Но за этими предѣлами? Есть ли у насъ тѣ же признаки *вмѣненія внѣшняго*, какіе мы видѣли выше въ прусскомъ правѣ? Въ этомъ не можетъ быть никакого сомнѣнія, ибо ст. 686 т. X. ч. I подвергаетъ имущественной отвѣтственности дитя и умалишеннаго за вредъ и убытки ими причиняемые на томъ же основаніи, какъ вышеприведенныя положенія прусскаго ланд-рехта. Рядомъ съ этимъ общіе принципы вмѣненія суть у насъ какъ и тамъ, внутренніе, т.-е. въ основѣ вмѣненія лежитъ злая воля или виновная небрежность, слѣдствіемъ коей были убытки и вредъ для чужого имущества (684 ст.; вліяніе французскаго права здѣсь очевидно, но формулировка статьи неудовлетворительна; объ этомъ скажемъ еще позже). И такъ, и здѣсь у насъ ясны, въ правѣ дѣйствующемъ, не устраненные слѣды двойственности принциповъ вмѣненія въ вопросахъ гражданской отвѣтственности. Однако, дальнѣйшія консеквенціи отсюда не оправдываются въ примѣненіи къ лицамъ юридическимъ, какъ это обнаруживается въ практикѣ нѣмецкихъ судовъ. Мы видѣли выше, что наши суды допускаютъ опредѣленіе для казны отвѣтственности за неправо владѣніе въ предѣлахъ *malae fidei possessio*. Послѣдовательно надлежитъ допустить ту же мѣру отвѣтственности и для иныхъ союзныхъ формъ цивильнаго правообладанія. Это не исключаетъ, натурально, ни для казны, ни для союзовъ права взыскивать въ свою очередь свои убытки съ агентовъ, которые своими дѣяніями или упущеніями обосновали строгую ихъ отвѣтственность передъ третьими, на-

турально, если виновность дѣйствительно падаетъ на такихъ агентовъ.

Для изученія съ юридической точки зрѣнія важны не только тѣ союзныя формы, которыя имѣютъ своимъ предметомъ экономическія задачи, но въ равной мѣрѣ и тѣ, которыя ставятъ себѣ цѣлью иные интересы людей, религіозныя, общежительныя, научныя, художественныя, воспитательныя и проч.

Этого рода институты могутъ носить характеръ установленій публичныхъ и частныхъ. Тамъ, гдѣ они суть публичныя, ихъ строеніе, задачи, опредѣляются легальными нормами публичнаго права (см. выше). Долгое время и для тѣхъ случаевъ, когда союзы съ такими цѣлями возникали по частной инициативѣ, юридическое положеніе ихъ упрочивалось утвержденіемъ ихъ уставовъ Высочайшей властью. Въ настоящее время множество дозволенныхъ (съ полицейской точки зрѣнія) союзовъ съ указанными цѣлями регулируютъ свою дѣятельность уставами или правилами, исходящими отъ тѣхъ вѣдомствъ, къ коимъ подобныя установленія имѣютъ по своей задачѣ ближайшее отношеніе. Уставы этого рода для обществъ ученыхъ, художественныхъ, наконецъ, для общественныхъ собраній разнаго типа, помѣщаются съ начала 60-хъ годовъ въ Собраніи узаконеній и даютъ, съ цивилистической точки зрѣнія, крайне разнообразныя конструктивные типы *).

Намъ остается, въ заключеніе, сказать, въ чемъ собственно наиболѣе желательны и настоятельны улучшенія нашего союзнаго права? Отвѣтомъ на это должна служить вся предпринятая нами работа по этому предмету. Мы всю ее выполняли такъ, чтобы было видно, какія формы обособленной правоспособности знаетъ западная и наша жизнь, какъ возникаетъ, обособляется, знаменуется, прекращается союзная личность. Изъ сопоставленія, котораго мы держались до сего, ясно, что мы находимся въ той порѣ, когда необходимо развитіе союзнаго права, что основы его заложены въ нашемъ прошломъ столь же прочно, какъ и на западѣ. Въ чемъ же разница, и чего и гдѣ слѣдуетъ искать

*) См. для общественныхъ собраній, именуемыхъ клубами, очень интересную въ юридическомъ смыслѣ и живо написанную работу г-на Гордона, — „Наши общественныя собранія (клубы) съ точки зрѣнія юридической. С.-Петербургъ. 83 г.“; тамъ же небольшая предшествующая литература и выдержки изъ уставовъ. Характерная черта устройства нѣкоторыхъ нашихъ общественныхъ собраній та, что они сочетаютъ цѣли, положимъ, увеселительныя съ цѣлями благотворительными весьма на широкую руку (стр. 6), иногда дѣловымъ (стр. 7-я и дальн.).

намъ, чтобы разница эта, если она не къ нашей выгодѣ, была устранена?

Прежде всего насъ не можетъ не поразить крайняя скудость нормъ *нашего гражданского кодекса* въ области проблемъ союзнаго права. Въ этомъ отношеніи мы не ушли впередъ отъ тѣхъ недостатковъ, которые отмѣчены еще Неволинымъ. Общихъ нормъ не только мало. Для *договорнаго товарищества ихъ вовсе нѣтъ въ т. X, ч. I*. Это не есть вопросъ о союзной личности, но не имѣя никакихъ положеній для *договорнаго товарищества* въ составѣ общаго права, мы прямо лишены возможности указать легальную границу союзнаго права безличнаго и обособленно-личнаго или корпоративнаго. Здѣсь, такъ сказать, пустота въ нашемъ главномъ источникѣ. Восполнить ее нечѣмъ. И это порокъ не нашего юридическаго сознанія, а именно легальнаго кодекса, который именуется гражданскимъ, и стало быть, для состава этихъ понятій долженъ дать все что нужно. Такъ какъ союзные договоры у насъ идутъ изстари, какъ вездѣ, и сейчасъ въ общемъ сознаніи вовсе не мыслятся какъ ненужные, то законодательство, изъ какихъ бы то ни было ресурсовъ, должно указать намъ нормы договорнаго товарищества, чтобы устранить неестественный пробѣлъ въ составѣ нашего легальнаго матеріала.

За этимъ уже многое станетъ яснымъ. Договоры товарищества могутъ быть такими, которые не обособляютъ личности союза отъ товарищей, но даютъ, однако, союзамъ нѣкоторыя, болѣе или менѣе выраженные черты корпоративнаго строя правоотношеній, особенно для внутреннихъ расчетовъ. Образцы такого эффекта договора легко найти въ нынѣ дѣйствующихъ западныхъ системахъ, какъ это было указано нами выше.

За этимъ главнымъ и поразительнымъ недостаткомъ нашего гражданского кодекса слѣдуетъ отмѣтить другія невыгодныя особенности господствующаго союзнаго права.

Неволинъ справедливо замѣчаетъ, что въ послѣдніе годы царствованія Александра I и Николая I было учреждено множество компаній на акціяхъ, и для каждой такой компаніи разсматривались не только подробности предпріятія, но каждый разъ *особо и самыя основанія*, на коихъ оно утверждается; между тѣмъ, продолжаетъ Неволинъ, *сіи основанія*, при всемъ различіи частныхъ, могутъ и должны быть единообразны. Въ виду сего и было выработано *общее положеніе о компаніяхъ на акціяхъ*, которое въ 1836 году и введено въ дѣйствіе, чтобы доставить *всѣмъ вѣтвямъ промышленности* сколько можно больше свободы въ движеніи и развитіи (Ист. Рос. Гр. Зак. § 457).

Съ начала 1863 г. не одни союзныя предпріятія этого рода, но и масса другихъ развилась въ нашей законодательной практикѣ въ большемъ обилии. Мы ихъ видѣли выше. Между тѣмъ, общихъ нормативныхъ законовъ для ихъ дѣятельности, какими было въ свое время положеніе объ акціонерныхъ компаніяхъ, не прибавилось въ X т. ч. I нисколько *).

Съ другой стороны, невозможно утверждать ни по нашему опыту, ни по опыту нашихъ сосѣдей, чтобъ *концессионный способъ* разрѣшенія компаній и товариществъ былъ единственнымъ наилучшимъ для доставленія *всѣмъ вътвямъ промышленности* сколь можно больше свободы въ движеніи и развитіи. И объ этомъ многое было сказано выше. Наконецъ, тотъ *способъ оглашать* возникновеніе, измѣненіе, прекращеніе союзныхъ предпріятій, какого держится наша практика до сего времени (сравни Уст. Торг. ст. 67, 68, 69, 70, 80, 86, т. X, ч. I, 2131 и примѣч. 2141, 2153 примѣч., 2191, 2196, 2197), уступилъ, какъ было видно выше, давно уже общему способу оглашенія всѣхъ этихъ событій и всѣхъ измѣненій состава союзовъ чрезъ судебныя реестры.

Выше были приведены: а) образцы положеній договорныхъ товариществъ, б) нормативные законы, обнимающіе цѣлые типы союзныхъ формъ капиталистическихъ, с) также такъ назыв. *soc. à capital variable* или *Erwerbs- u. Wirthschaftsgenossenschaften* разнаго назначенія, d) указаны судебные способы регистраціи всѣхъ событій, важныхъ для юридической опредѣленности существованія обособленно-личныхъ союзовъ всѣхъ типовъ, наконецъ, е) переданы проекты общихъ положеній для граждански правоспособныхъ союзовъ вообще.

Этимъ мы заканчиваемъ наше ученіе о юридическомъ лицѣ въ современныхъ системахъ.

*) Таковыя есть для отдѣльныхъ видовъ кредитн. установленій въ Уставѣ Кредитномъ, разд. X, ст. 11, 27, 40—42 и 56; но и это не нормативные законы, а только шаблоны, облегчающіе канцелярскую практику по дѣламъ союзовъ и товариществъ. То же въ XI т. ч. 2-ой въ Уст. Торг. поразительно скудный отжившій свое время положенія о товариществѣ полномъ (ст. 70 и слѣд.), на вѣрѣ (ст. 81 и слѣд.) и объ артеляхъ (ст. 89 и слѣд.), ср. тоже т. X, ч. I, ст. 2126—2137.

ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

УЧЕНІЕ О ВЕЩАХЪ.

§ 24.

Вещи въ культурно-историческомъ процессѣ. — Особенности латинскаго и современнаго права въ строеніи понятія вещи. — Терминологія въ разныя эпохи римскаго права, въ западныхъ системахъ и въ русскомъ правѣ, старомъ, и въ дѣйствующемъ законодательствѣ. — Имущество и его составъ. — Вещи и правоотношенія. — Имущество въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ.

Понятіе вещи, обособленнаго объекта внѣшняго міра, взятое въ этомъ смыслѣ и только, конечно, не было бы связано съ историческими фазами, которыя проходитъ жизнь культурныхъ обществъ. Земля, вода, воздухъ, камень, плоды земли, рыбы, птицы и т. д. существуютъ совершенно внѣ связи съ потребностями въ этихъ предметахъ людей. Въ смыслѣ естественнаго, природнаго явленія и самъ человѣкъ будетъ, взятый независимо отъ *культурныхъ воззрѣній той или другой исторической эпохи*, представлять собой такой же объектъ внѣшняго міра, такую же вещь, какою намъ являются и другія вещи внѣшняго міра.

Однако, нѣкоторыя свойства вещей въ этомъ смыслѣ, связанные именно съ ихъ природой, оказываютъ вліяніе на роль или значеніе, которое имъ *будетъ принадлежать* какъ предметамъ обладанія людей. Это сказывается на нѣкоторыхъ послѣдующихъ квалификаціяхъ вещей именно съ этой объективной точки зрѣнія.

Но наряду съ натуральными свойствами вещей онѣ пріобрѣтаютъ, соотвѣтственно воззрѣніямъ на нихъ той или другой культурной эпохи, такое множество свойствъ новыхъ, *вовсе не определяемыхъ ихъ природой*, что натуральныя свойства вещей уходятъ при этомъ на второй планъ и уступаютъ мѣсто этимъ опредѣляющимъ значеніе вещей взглядамъ даннаго общества. Тѣ самыя земли, воды, камни, животныя, которыя въ природномъ смыслѣ остаются всегда тѣми же, могутъ перейти, подъ вліяніемъ извѣстныхъ воззрѣній на нихъ, изъ круга простыхъ предметовъ матеріальнаго пользованія въ кругъ вещей совсѣмъ недоступнымъ обладанію, священныхъ, завѣтныхъ, способныхъ стать развѣ только предметомъ поклоненія, а отнюдь не матеріальнаго пользованія ихъ естественными свойствами.

Съ этимъ первымъ вліяніемъ на свойства вещей воззрѣній человѣческихъ обществъ связано, съ одной стороны, стѣсненіе, а съ

другой, расширеніе круга вещей, способныхъ представлять собою интересъ обладанія, которое вовсе не дано ихъ внѣшней природой и опредѣляется именно воззрѣніями людей.

Достаточно отмѣтить однѣ эти черты, опредѣляющія *кругъ вещей и ихъ свойства* съ точки зрѣнія обладанія ими, со стороны воззрѣній на нихъ людей, чтобы понять до какой степени непостоянна, измѣнчива, способна къ развитію вмѣстѣ съ успѣхами культуры и эта сторона нашихъ юридическихъ построеній, т.-е. *объектъ права*.

Казалось бы, на этой пассивной, матеріальной, вещной сторонѣ отношенія должны лежать моментъ постоянства, однообразія, неизмѣнности, чѣмъ именно и слѣдовало бы отличать неодушевленную природу отъ живого и культурнаго активнаго дѣятеля, отъ человѣка. Между тѣмъ, нѣтъ. И на этой сторонѣ также ложится черта той же культуры, та же историческая печать, какая лежитъ на его хозяинѣ.

Опредѣлить свойство культуры даннаго общества, угадать ея историческую ступень возможно также безошибочно, вглядываясь въ самого хозяина, какъ и въ тотъ кругъ вещей, которымъ онъ хозяйничаетъ.

Эта общая исходная точка въ изученіи той стороны юридическаго отношенія или субъективнаго права, къ разсмотрѣнію которой мы имѣемъ перейти, освѣтитъ намъ путь и порядокъ изученія того, что въ общемъ смыслѣ мы называемъ объектомъ права, объектомъ права гражданскаго, въ разныя эпохи его развитія, для разныхъ его системъ и институтовъ, лучше всякой другой. *Это историческое освѣщеніе вопроса объ имуществѣ, о вещахъ въ гражданскомъ смыслѣ.*

Мы не будемъ разрабатывать здѣсь историческую сторону этого вопроса въ смыслѣ исчерпывающемъ содержаніе всѣхъ видоизмѣненій въ понятіи вещей, въ ихъ кругѣ, категоріяхъ, какія представляетъ себѣ римская или новая исторія гражданскаго права. Это имѣютъ выполнять историки права. Но разбирая данныя нашего дѣйствующаго права, мы настолько же дадимъ мѣсто историческому критерию въ этомъ анализѣ, насколько давали ему мѣсто при изученіи понятія лица.

Выше было видно, что историческія эпохи (общія и главнѣйшія) въ развитіи системъ гражданскаго права и его институтовъ представляютъ намъ сферы то болѣе узкаго правообщенія (племеннаго, національнаго, частью исповѣднаго), то болѣе широкаго (универсальнаго, международнаго). Таковы системы, отдѣльные институты. Таковы въ этихъ системахъ лица съ ихъ правоспо-

собностью, таковы же *имущества и вещи* съ ихъ юридически определенной оборотоспособностью, т.-е. своего рода гражданской правоспособностью, но не въ активномъ какъ лицо, а въ пассивномъ смыслъ.

Содержаніе дѣйствующаго X т. по отношенію къ разработкѣ ученія о вещахъ такъ скудно, въ то время какъ другія части законодательства и сама жизнь представляютъ такое разнообразіе и богатство вопросовъ обладанія вещами, что развѣ только исчерпывающее изложеніе и универсальной латинской и нашей національной системы въ состояніи обнять все богатство и разнообразіе вещей, объектовъ гражданского права въ современномъ правѣ.

Въ условіяхъ современнаго состоянія системъ гражданского права крайне трудно подмѣтить какія либо общія характерныя черты, коими легко опредѣлялось бы различіе права римскаго и правъ современныхъ, не исключая и русскаго. Повсюду, подъ вліяніемъ рецепціи или подъ болѣе далекимъ вліяніемъ иноземныхъ кодификацій, мы легко замѣтимъ одни и тѣже черты опредѣляющія понятія вещи, объекта обладанія. Однако, для различныхъ ступеней въ исторіи праворазвитія возможно, независимо отъ скудости или обилія объектовъ гражданского оборота, указать одну черту отличія нашего права отъ римскаго, замѣтную и сейчасъ. Это сравнительное обиліе у насъ вещей сложныхъ, *Sachgesammtheiten*, и напротивъ, преобладаніе вещей простыхъ въ латинскомъ обмѣнѣ *).

И такъ, скудость объектовъ на низшихъ, и обиліе на высшихъ ступеняхъ культуры, сложность состава нашихъ объектовъ и простота ихъ въ латинскомъ правѣ даютъ намъ черты, въ известной степени соотвѣтствующія господству формъ коллективнаго правообладанія у насъ, сравнительно съ чисто индивидуальнымъ у римлянъ, и вмѣстѣ съ этимъ менѣе распространенной оборотности вещей (своего рода правоспособность) на низшихъ и болѣе распространенной оборотности на высшихъ ступеняхъ культуры гражданского права.

Соотвѣтственно этимъ различіямъ легко замѣтить очень значительную разницу въ терминологіи для обозначенія объектовъ гражданского права въ системѣ латинской, въ системахъ западныхъ и нашей.

Мы начнемъ съ этого пункта.

*) Это замѣчаютъ многіе историки германскаго права, Гирке особенно, тоже и догматики, Dernburg, Preus. Pr. R.

Въ классической терминологіи видны признаки очень рано опредѣлившагося противуположенія абстрактнаго понятія лица абстрактному понятію вещи. Это противуположеніе есть совершенно прямое и рѣзко выраженное. Латинскому термину *res* въ римскомъ правѣ даютъ примѣненіе не только для круга вещей состоящихъ въ оборотѣ и обладаніи людей, его примѣненіе расширяютъ на отношенія властныя, и въ силу этого объектъ супружеской власти, *ихор* (имѣющая стать подъ власть мужа), причисляется юристами къ *ceterae res*. Затѣмъ, терминъ *res* находимъ въ примѣненіи къ предметамъ вовсе не имѣющимъ признаковъ предѣльности и осязательности, которые несомнѣнно приличествуютъ обладанію юридическому, особенно въ первоначальномъ его развитіи (Гай I, 111, l. 2, § 1 D. de rer. div. 1, 8).

И такъ, у римлянъ *res* суть и тѣ предметы, которые по свойству своему, по природѣ, неспособны быть чѣмъ либо исключительно. Наконецъ, въ позднѣйшую эпоху терминъ этотъ получаетъ двойное примѣненіе, къ вещамъ *тѣлеснымъ*, *quae tangi possunt*, и *бестѣлеснымъ*, *quae tangi non possunt*, каковы собственно не вещи, а права, сервитутное, обязательственное, наследственное (Гай II, 13).

Все это понятія и явленія хорошо знакомы изъ самыхъ начальныхъ ученій латинской системы. Для насъ здѣсь важно заключить, что *однимъ терминомъ*, въ самыхъ разнообразныхъ его примѣненіяхъ, обозначается въ латинской Technikѣ все что классики хотятъ обнять въ представленіи пассивнаго элемента юридическаго отношенія или субъективнаго права, любые объекты, не выключая и тѣхъ, которымъ хотятъ дать значеніе вещей или объектовъ не индивидуальнаго, а общаго обладанія или пользованія, въ самыхъ широкихъ, даже уходящихъ изъ области частнаго права предѣлахъ.

Эта общность одного термина въ указанномъ примѣненіи соответствуетъ такому же общему термину въ смыслѣ активномъ. Лицо и вещь,—вотъ два противулежащихъ, общихъ и техническихъ понятія, изъ коихъ слагаются конкретныя правоотношенія у римлянъ.

И тотъ и другой терминъ, въ разныя эпохи, далеко не тождествененъ въ примѣненіи къ явленіямъ жизни. Въ раннюю пору на всѣхъ проявленіяхъ правосознанія лежитъ грубый матеріальный чеканъ, который лишь со временемъ сглаживается. По отношенію къ терминологіи тоже самое слово пріобрѣтаетъ позже болѣе свободный отъ матеріи, одухотворенный такъ сказать смыслъ (*res incorporalis*).

Въ чисто цивильномъ примѣненіи, однако, *старые термины, лицо, вещь*, сохраняютъ смыслъ строгаго абстрактнаго противуположенія одинъ другому, и одинъ терминъ какъ другой удерживаютъ характеръ формальныхъ, чисто-юридическихъ, законченныхъ, понятій, соотвѣтствующихъ двумъ моментамъ гражданского правоотношенія, активному и пассивному.

Въ *позднѣйшей терминологіи*, преторской воособенности системы, появляется и принимаетъ очень широкое примѣненіе другой терминъ для обозначенія того же пассивнаго момента юридическаго отношенія. Въ немъ нѣтъ такого строгаго техническаго смысла, какой отличаетъ терминъ *res*. Этотъ новый терминъ, *bona*, добро, *Güter*, *biens*, не носитъ на себѣ такого характера абстрактнаго противуположенія субъекту, лицу, какъ терминъ *res*. Здѣсь слышится несомнѣнный отпечатокъ личнаго къ объекту отношенія владѣющаго. Мы уже тутъ какъ бы на склонѣ къ фактическому, матерьяльному, сложному явленію обладанія, общенародному пониманію права, а не тому строгому, общему, абстрактному, какое свойственно старой системѣ квинтискаго формализма. Здѣсь не та абстрактная юридическая техника. И эти явленія правосознанія и соотвѣтствующей ему терминологіи много ближе подходятъ къ намъ, чѣмъ прежній латинскій формализмъ.

Разсматривая *современную терминологию*, мы видимъ повсюду или латинскія вліянія, дающія ту же строгую, точную раздѣльность, чисто-юридическую обработку понятіямъ, или еще большую нерасчлененность, матерьяльность, „жизненность“ явлений и терминовъ, чѣмъ въ извѣстномъ общенародномъ латинскомъ обиходѣ. *Code civil* знаетъ хорошо терминъ *chose* (*choses volées et perdues*), употребляемый въ самомъ общемъ смыслѣ. Однако, въ заглавіи 2-й кн. это не *chose*, не *res*, не отдѣлъ *de rebus*, а *de la distinction des biens* и т. д., *les biens sont meubles et immeubles* (art. 516, хотя тоже и *choses* art. 551). Точно тоже и въ примѣненіи къ такимъ *biens*, qui n'appartiennent pas à des particuliers (537), наконецъ, и для *biens vacans* (539, какъ и у римлянъ).

Тоже самое, но много шире, въ примѣненіи къ объекту права у *нѣмцевъ*, гдѣ *Sache*, какъ и *chose*, встрѣчается, въ нѣкоторыхъ кодексахъ, подъ вліяніемъ латинской терминологіи въ очень широкомъ примѣненіи. Но въ массѣ случаевъ уступаетъ мѣсто наименованію такого же матерьяльнаго типа какъ *bona*, *biens*, въ терминѣ *Gut*, *Güter*, *Vermögen*.

Въ *русскомъ правѣ*, старомъ, легко замѣтить ту же двойственность терминологіи, общей, искусственной, абстрактной, и

рядомъ съ ней идущей терминологіи конкретной, приближающейся къ матеріальному, природному различенію вещей. Очень долгое время абстрактная, юридическая терминологія остается *книжной*, уступая въ жизни мѣсто наименованіямъ предметовъ обладанія по свойству этого обладанія, по свойствамъ ихъ матеріальнымъ, по способу пользованія ими.

И такъ, въ Кормчей книгѣ, въ лѣтописяхъ, въ старинныхъ актахъ, особенно касающихся имуществъ церковныхъ установленій, издавна встрѣчаются наименованія предметовъ обладанія терминомъ *вещь*, *неподвижныя вещи*, *недвижныя*, *движимыя* и *недвижимыя* *). На ряду съ этимъ однако, рѣшительно преобладающее въ обыденной рѣчи, въ законѣ и въ практикѣ, употребленіе имѣютъ термины—земля, воды, рыбныя ловли, лѣса, борти, земли орамыя, угодья, села, деревни, вотчины, помѣстья, дворы, лавки, и съ другой стороны—товаръ, животы, челядь, куны, деньги и масса *иныхъ конкретныхъ способовъ обозначенія* вещей.

Столкновенія наименованій обѣихъ категорій идетъ на памяти исторіи все время, и хотя несомнѣнно съ нѣкоторымъ развѣтленіемъ въ дальнѣйшемъ языка технического насчетъ обыденнаго, но длится и въ дѣйствующей русской системѣ.

Для старины мы отмѣтили столкновеніе терминовъ переводныхъ съ греческаго и мѣстныхъ. Въ теперешней терминологіи легко замѣтить въ группировкѣ понятій вещнаго права вліяніе французскаго кодекса, но все же преобладающей остается исторически сложившаяся техника.

Названіе объекта права *вещью* не выдержано и переходитъ отъ чисто-техническаго къ обыденному и ненадежному въ смыслѣ точности (ст. 538 обрѣтеніе вещей и другихъ движимыхъ имуществъ; ст. 416 наличное имущество составляютъ: земли, дома, капиталы, вещи).

Нѣтъ сомнѣнія, что излюбленное наименованіе объекта гражданскаго правобладанія составляетъ терминъ—*имѣніе*, *имущество*. Его избралъ для терминологіи Свода гр. Сперанскій какъ болѣе общее въ нашей рѣчи и близко соотвѣтствующее французскому термину *biens*, тоже *bona*, *facultates*, *Vermögen*. И такъ, X т. ч. 1 говоритъ о разныхъ родахъ *имущества* (разд. I кн. 2-я), *de la distinction des biens* (тит. I кн. 2-я С.с.); тамъ же *имущества* суть движимыя и недвижимыя (383), *tous les biens sont meubles ou immeubles*. Соотвѣтственно французскому дѣленію *des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent* (указ.

*) Неводина.—Истор. Гр. Зак. 57 г. ч. 2-я § 218 пр. 27 и 28.

кн. tit I ch. III) нашъ сводъ дѣлитъ *имущества* на государственныя, удѣльныя, разныхъ установленій, общественныя и частныя (кн. 2 разр. I гл. 2-я). Не только тамъ, гдѣ термины *biens*, *имущество*, *bona*, общепотребительны (имущества выморочныя, ст. 408, *biens vacants et sans maitre, des personnes qui décèdent sans héritiers* art. 539), но и тамъ гдѣ законъ указываетъ *res nullius*, никому не принадлежащія вещи (ст. 406), онъ все же предпочитаетъ держаться излюбленнаго термина *имущество*, слѣдуя и здѣсь французскому образцу.

Нынѣшніе нѣмецкіе систематики ищутъ сколь можно точнѣе установить и общіе признаки объектовъ права, особенно частнаго, и наиболѣе соотвѣтствующую существу дѣла терминологию. И такъ, для объекта права гражданскаго можетъ служить терминъ *Vermögen*, близкій къ нашему термину *имущество*. Но что слѣдуетъ разумѣть подъ имуществомъ въ смыслѣ юридическомъ и именно цивильномъ? Въ этомъ терминѣ прежде всего выражена *связь нѣкотораго объекта съ лицомъ*, онъ не есть въ той мѣрѣ чисто предметный, какъ терминъ вещь. Затѣмъ *Vermögen*, имущество, представляетъ собою *понятіе сложное* и именно въ этомъ смыслѣ технически употребляемое у нѣмцевъ и въ нашемъ законодательствѣ. Это особенно ясно въ примѣненіи къ имуществу выморочному (ст. 1263), къ имуществу безвѣстно отсутствующаго (т. XVI п. 1 Уст. Гр. Суд. ст. 1451), къ имуществу малолѣтняго („управленіе имуществомъ опекаемаго“), при чемъ въ составъ *имущества* входятъ во всѣхъ этихъ случаяхъ *всѣ юридическія отношенія*, принадлежащія къ составу этого цѣлаго, не активъ только, но и пассивъ такихъ имуществъ, особенно *конкурсной массы* (т. X ч. I ст. 698 и 10, т. XVI Уст. Гр. Суд. ст. 21 и друг.).

Наша терминологія, однако, зная хорошо употребленіе понятія *имущество* для комплекса гражданскихъ правоотношеній извѣстнаго типа, пользуется безразлично тѣмъ же терминомъ и для *отдѣльных вещей*, входящихъ въ составъ этого цѣлаго (имѣніе или имущество благопріобрѣтенное, родовое, ст. 397, 398, 399).

Во всякомъ случаѣ этотъ терминъ, очень ходячій для обозначенія *цѣлаго* состава правоотношеній гражданскихъ съ ихъ пассивной стороны, несомнѣнно настолько же пригоденъ для этой цѣли, насколько терминъ *лицо* пригоденъ для обозначенія совокупности гражданскихъ правоотношеній со стороны активной.

Въ составъ понятія цивильной личности какъ цѣлаго входитъ масса отдѣльных его правомочій; и точно также въ составъ по-

нятія имущества входитъ масса отдѣльныхъ объектовъ, коими опредѣляются гражданскія правоотношенія со стороны пассивной. Вотъ эти *отдѣльныя составныя части имущества* удобно именовать вещами воособенности.

Чтобы достигнуть большей точности въ терминологіи, нѣкоторые нѣмецкіе юристы настаиваютъ на томъ, что не вещи собственно образуютъ имущество лица, что составъ имуществъ въ юридическомъ смыслѣ опредѣляется правоотношеніями. Такимъ образомъ, все что я имѣю *въ смыслъ юридическомъ* опредѣляется не вещью или услугой, на которую я притязую, а правоотношеніемъ моимъ или къ любому кругу лицъ, который воздерживается отъ нарушенія моихъ притязаній къ вещи, или къ извѣстному лицу, обязанному мнѣ дѣйствіемъ, услугой. Это справедливо, ибо наше отношеніе напр. къ вещи, въ юридическомъ смыслѣ, представляетъ собою именно *исключеніе господства другихъ*, а не опредѣленіе способовъ ее утилизировать. Въ этомъ собственно и заключается *формализмъ* цивильныхъ правоотношеній *любого типа*. Разъ, однако, принявъ это за несомнѣнное, мы лишь упростимъ обороты нашей рѣчи. когда будемъ *гражданскія правоотношенія разнаго типа* обозначать посредствомъ ихъ результатовъ, вещь моя, мое требованіе, а не посредствомъ факторовъ, коими этотъ результатъ достигается.

Говоря объ имуществѣ, о вещи, въ юридическомъ, *въ цивильномъ смыслѣ*, мы, во первыхъ, отличаемъ это понятіе отъ того же термина, употребляемаго экономистами. Регельсбергеръ правильно замѣчаетъ, что мы не знаемъ, въ системѣ цивильнаго права, *Weltvermögen, Nationalvermögen* *). Это для насъ богатство, только, національное, міровое, а не опредѣленная *юридически* сфера исключительнаго личнаго обладанія.

Съ другой стороны, и въ имуществѣ личномъ есть много факторовъ, которые въ экономическомъ смыслѣ опредѣляютъ его цѣнность, и которые ровно ничего не измѣняютъ въ содержаніи имущественныхъ отношеній въ смыслѣ юридическомъ. Это страна, въ которой очень развитъ кредитъ, очень простъ и легокъ обмѣнъ имуществъ, ихъ оборотность, но это ничего не измѣняетъ въ формальной природѣ имущественныхъ правоотношеній.

Далѣе, *экономическій* результатъ даннаго состава имущества, отношеніе его актива и пассива рѣшаетъ весь вопросъ о состоя-

*) См. особ. Brinz, Lehrbuch I B., 2-e Aufl. § 124; Regelsberger, Pandekten I B. § 95. Виндшейдъ, какъ извѣстно ставитъ ученіе о вещахъ въ систему вещныхъ правъ, Bürgerl. Gesetzb. §§ 90—104 говоритъ: Вещи въ легальномъ смыслѣ суть только тѣлесные предметы (§ 93).

тельности или несостоятельности его обладателя, но не измѣняетъ, силой этого обстоятельства, вопроса о *юридической принадлежности* даннаго *имущества*. Имущество остается юридически связаннымъ съ опредѣленнымъ субъектомъ, хотя экономически въ немъ нѣтъ никакого положительнаго содержанія, хотя оно составляетъ въ итогѣ чистый нуль для его хозяина. Такой экономически отрицательный составъ имущества не только продолжаетъ существовать, но способенъ стать предметомъ передачи, напр., въ составѣ наслѣдства (*hereditas damnosa* *).

Изъ этого достаточно ясно, какими признаками мы различаемъ понятія имущества въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ.

Съ другой стороны, указывая въ составѣ имущества *вещи*, мы опять беремъ, для нашихъ цѣлей, далеко не всѣ физическія свойства ихъ, какъ существенныя для права. Здѣсь таже *переработка* простого *естественнаго явленія для цѣлей юридическихъ*, какъ и въ строеніи активной стороны правоотношенія, въ понятіи лица. Для свойства личности, которое принадлежитъ человѣку, въ юридическомъ смыслѣ вполне безразличны тѣ или другія его моральныя или физическія особенности; и совершенно также для юридической кваліфикаціи вещи могутъ не имѣть никакого значенія весьма многія ея физическія свойства. Въ абстрактный составъ понятія лица, какъ и понятія вещи вводится только нѣкоторая доля дѣйствительнаго содержанія понятій человѣка и вещи (ср. отчасти Гирке D. Pr. R. § 31).

Установивъ, такимъ образомъ, юридическій смыслъ понятій имущества и его составныхъ частей, вещей, и терминологию сюда относящуюся въ разныхъ системахъ, мы имѣемъ данныя, чтобы точнѣе опредѣлить *примѣненіе понятія вещи къ кон-струкціямъ собственно цивилистическимъ*.

*) Классическая литература даетъ намъ образцы и экономического и юридического значенія термина *bona*. Такъ Юлій Павелъ говоритъ: *bona non intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt* (l. 39 § 2 D. 50, 16). Тоже у Яволена: *proprie bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent* (l. 83 D. eod.) Это смыслъ термина экономическій, матеріальный. Помпоній говоря: *hereditas damnosa*, которую можно принять, толкуетъ— *juris enim nomen est, sicuti bonorum possessio* (преторская система, l. 119 de V. S.). По этому же вопросу Ульпіанъ прибавляетъ *sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum.., proprie bona appellabantur* (l. 3 pr. D de B. P. 37, 1).

§ 25.

Различіе правоспособности (пассивной) вещей. — Общій историческій процессъ расширенія круга объектовъ частнаго обладанія и ихъ оборотоспособности. — Соотвѣтствіе расширенію право- и дѣеспособности лицъ. — Особныя условія эманципаціи и мобилизаціи вещей. — Комплексы вещей новаго типа.

Извѣстно, что не все что римляне именовали вещами, *res, res corporales*, и что мы называемъ физическими тѣлами, способно составлять объектъ правоотношеній. Затѣмъ, не всѣ вещи, имѣющія эту способность вообще, способны быть предметами правоотношеній одного типа. Въ числѣ вещей *вообще правоспособныхъ* найдутся такія, которыя, какъ (въ извѣстномъ смыслѣ) и нормы, регулирующія правоотношенія, пригодны *ad utilitatem singulorum*, т.-е. могутъ быть предметомъ частнаго юридическаго господства, принадлежать отдѣльнымъ лицамъ, входить въ составъ ихъ имущества. Но наряду съ этимъ множество вещей, правоспособныхъ вообще, или вовсе не могутъ быть предметомъ исключительнаго частнаго господства, или могутъ составлять предметъ юридическихъ притязаній отдѣльныхъ лицъ только частичныхъ, или совокупныхъ, а не полныхъ и исключительныхъ. Мы сейчасъ пересмотримъ эту любопытную категорію вещей не столько *приватно*-, сколько *публично-правоспособныхъ* (пассивно, конечно).

Наконецъ, латинская система выдѣлила еще категорію имущества, тоже пріемлющихъ юридическія опредѣленія, но опять особаго типа, не свѣтскаго, профаннаго, а священнаго, *сакральнаго*.

Въ извѣстномъ соотвѣтствіи съ показанными нами выше видоизмѣненіями правоспособности въ активномъ смыслѣ развивалась и преуспѣвала, *въ системѣ цивильныхъ правоотношеній*, исторически, и другая сторона того же правоотношенія, объективная или пассивная. Между право- и дѣеспособностью субъекта и способностью быть предметомъ цивильныхъ притязаній и цивильнаго обмѣна всегда видны нѣкоторыя черты соотношенія и взаимности. Въ этихъ явленіяхъ не трудно различить ту же постепенность *расширенія объектовъ частнаго правообладанія*, какую мы отмѣчали выше, рассматривая развитіе активной правоспособности. Кругъ вещей способныхъ быть предметомъ общихъ гражданскихъ правоотношеній исторически также развивается и расширяется отъ партикуляризмовъ, отъ исключительной способности вещей составлять предметъ господства тѣснѣйшихъ круговъ или союзовъ

лицъ къ болѣе широкимъ и всеобъемлющимъ. *Res mancipi* въ Римѣ, въ системѣ квинтитизма, составляли объектъ обладанія однихъ гражданъ. Земли, недвижимости, въ средніе вѣка, въ нашей системѣ помѣстного землевладѣнія, далеко не составляли общедоступнаго предмета права.

Если эта пассивная правоспособность вещей не вездѣ и не всегда одинакова, то совершенно также и въ такомъ же соотвѣтствіи съ активной дѣеспособностью видны въ различныя эпохи *разныя сферы оборотоспособности вещей*. Это тоже какъ бы своего рода пассивная ихъ дѣеспособность, способность быть предметомъ обмѣна. Отъ очень узкой, очень исключительной она становится все болѣе широкой и общей.

Здѣсь повторяется въ частности тотъ же законъ, который мы выше (см. Введеніе) наблюдали въ общемъ, въ исторіи развитія *институтовъ* гражданского права. По мѣрѣ того, какъ обособляется чисто гражданское строеніе института отъ воздѣйствія того или другаго круга исключительныхъ возрѣній (національныхъ, исповѣдныхъ, политическихъ) и смѣшенія съ инородными институтами, объектъ права становится и болѣе правоспособнымъ и болѣе оборотоспособнымъ.

Все что здѣсь слѣдуетъ намъ замѣтить для различенія этого процесса *эманципации объектовъ* обладанія въ отличіе отъ эманципации личности заключается въ томъ, что для освобожденія лица нужны внутреннія движущія силы, успѣхи правосозрѣній людей, разрушающія старинныя союзныя формы, тогда какъ для эманципации объектовъ изъ тѣсныхъ старыхъ рамокъ правообладанія и юридическаго обмѣна, нужна *масса матеріальныхъ, механическихъ условій* (пути, рынки), въ числѣ коихъ одно изъ существеннѣйшихъ составляетъ образованіе и распространеніе особой категоріи вещей, денегъ, денежныхъ знаковъ.

Только при наличности этого агента обмѣна распадаются на части старинныя имущественныя комплексы, составныя части имущественнаго обладанія обособляются, индивидуализируются, совершенно соотвѣтственно тому же процессу въ личной сферѣ, и весь составъ имущества, въ большей или меньшей степени *мобилизируется*, становится предметомъ гражданского оборота, все болѣе расширяющагося, чисто гражданского и свободнаго.

Эти опредѣлившіяся свойства вещей составляютъ, такимъ образомъ, наряду съ образовавшейся чисто-гражданской личностью, оба главнѣйшіе момента необходимые для образованія въ новыхъ экономическихъ условіяхъ чисто гражданскихъ институтовъ. Если эти индивидуально опредѣленныя лица и обособленныя, оцѣни-

ваемыя на деньги вещи должны входить въ новыя сочетанія, образовывать новыя союзы, *новые комплексы вещей*, universitates rerum, то это будутъ сочетанія новаго типа, юридически опредѣленнаго, свободнаго, оцѣночнаго, легко образующагося и разрѣшающагося, а не того стариннаго, вѣковѣчнаго, не разрѣшаемаго, трудно опредѣляемаго, не свободнаго, какой представляли собою прежніе имущественные комплексы владѣльческихъ, свѣтскихъ и церковныхъ, поземельныхъ, привилегированныхъ, неразрывныхъ богатствъ.

Намѣтивъ, такимъ образомъ, общій историческій процессъ въ развитіи юридическаго понятія имущества и вещей, мы перейдемъ далѣе къ вопросу о современномъ состояніи юридической способности вещей отдѣльно взятыхъ быть предметомъ частнаго обладанія и обмѣна ихъ или гражданскаго оборота.

§ 26.

Неодинаковая способность „вещей“ быть предметомъ частнаго права и гражданскаго оборота. — *Вещи общія по ихъ природѣ*. — Море, морскіе берега. — Имущества принадлежащія къ составу государственныхъ въ т. X ч. 1. — Юридическія различія установленныя французскимъ кодексомъ въ этомъ составѣ имуществъ. — Сооруженія и промыслы. — *Изъятія изъ гражданскаго обладанія по легальнымъ основаніямъ*. — А. Право свѣтское. — Недостатокъ юридической квалификаціи разныхъ видовъ имуществъ общественныхъ въ т. X ч. 1. — Biens communaux publics et privés у французовъ и въ нашемъ законодательствѣ. — Юридическая природа имуществъ предназначенныхъ для общаго пользованія. — Контroversы въ нѣмецкой юридической литературѣ. — Выходъ изъ трудной проблемы. — В. Право церковное: I. Res ecclesiasticae. II. Res sanctae benedictae и проч. въ современномъ правѣ. — Отдѣльные виды ограниченной экстракоммерціанальности въ современныхъ системахъ.

Въ современномъ правѣ, совершенно такъ какъ въ системѣ классическаго права, не все что можно именовать вещью, тѣлеснымъ объектомъ, обладаетъ тѣми свойствами, которыя необходимы, чтобъ вещь стала объектомъ *частнаго права и свободнаго оборота*. Въ сложномъ ученіи о полной непримѣнимости къ нѣкоторымъ объектамъ началъ исключительнаго обладанія, о примѣненіи къ другимъ болѣе или менѣе стѣсняющихъ такое обладаніе вещами и ограничивающихъ въ той или иной мѣрѣ оборотоспособность ихъ нормъ, большую услугу можетъ оказать почтенная работа Ваппеуса „Къ ученію о вещахъ изъятыхъ изъ гражданскаго оборота“. Специально по вопросу о предметахъ свя-

щенныхъ написанъ трактатъ Мейрера *). Заслуга Ваппеуса заключается въ томъ, что вмѣсто стараго и довольно безжизненнаго способа опредѣлять категоріи вещей оборотныхъ или внѣоборотныхъ, онъ тщательно сталъ изучать *частности* этихъ общихъ, латинскихъ категорій вещей, подобно тому (хотя безъ тѣхъ же признаковъ колоссальной учености), какъ Гирке изучалъ разнообразіе союзныхъ формъ. Въ результатѣ Ваппеусъ даетъ намъ цѣлую скалу различій такъ сказать *количественныхъ*, коими опредѣляется большая или меньшая степень внѣоборотности вещей.

Эта постепенность въ развитіи пассивной правоспособности разныхъ вещей для гражданскаго обмѣна приводитъ насъ въ гораздо болѣе близкое прикосновеніе съ нашей исторической дѣйствительностью, съ различными эпохами общаго культурно-историческаго, особенно экономическаго развитія европейскихъ обществъ, которыя, какъ было сейчасъ показано, также отражаются на этой пассивной сторонѣ обмѣна, какъ и на развитіи активной правоспособности субъектовъ гражданскаго права. Нѣмецкая литература даетъ не только такія работы общаго содержанія, но и много трудовъ освѣщающихъ частные вопросы этого рода, *для вещей внѣоборотныхъ*, предназначенныхъ для общаго пользованія, для отдѣльных ихъ видовъ. Два, три десятилѣтія назадъ теоретическая разработка этихъ проблемъ почти вовсе не интересовала юридическую литературу. Теперь этотъ кругъ задачъ привлекаетъ много вниманія юристовъ.

Римляне примѣняли общій, часто неюридическій терминъ *res*, къ такимъ матеріямъ, которыхъ мы не называемъ вещами (вещества, тѣла), правда, для того лишь чтобъ отвергнуть ихъ способность быть предметомъ исключительнаго господства. Таковы воособенности *вещи общія* (*res communes omnium*), атмосферный воздухъ, море, морскіе берега, рѣки (большія). Основаніе неспособности здѣсь лежитъ *въ природѣ самой вещи*. Неспособность къ исключительному обладанію не мѣшаетъ, однако, общему пользованію ими; наоборотъ, общее пользованіе именно обеспечивается невозможностью подчинить эти объекты чьему-либо исключительному господству **).

*) Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem u. heutigem R. (67 г.). Meurer, Begriff u. Eigenthümern der heiligen Sachen (1885).

**) Повидимому, можно бы вовсе не касаться этого круга предметовъ, такъ далеко отстоящихъ отъ вопросовъ права. Что всякій можетъ дышать, пить, существовать,—это не даетъ основы для особыхъ правъ такого содержанія. Разъ пользованіе вещами общими всѣмъ не даетъ основы для какихъ-либо юриди-

Вопросъ объ исключительномъ правѣ на море для отдѣльныхъ государствъ принадлежитъ современному международному праву. Если римляне относили моря и берега морскіе къ *res communes omnium*, согласно самой природѣ этихъ вещей *), то средніе вѣка, вопреки этой природѣ и несмотря на ученія романистовъ, представляютъ постоянныя притязанія могущественныхъ торговыхъ республикъ на исключительное господство то той, то другой частью моря **).

Въ новое время, послѣ знаменитаго трактата Гуго Гроція ***) эти средневѣковыя воззрѣнія уступаютъ постоянно почву, въ интересѣ *всего міра общенія* народовъ, высокому культурному принципу римскаго права *mare commune omnium est sicuti aer*, и нынѣ не только частныя лица ****), но ниже государство не отстаиваютъ болѣе принципа исключительнаго господства надъ морями.

Такимъ образомъ, проф. Мартенсъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, совершенно основательно настаиваетъ на томъ, что вопросъ о свободѣ открытаго моря не есть установленный только природой вещи, а воособенности *сознаніемъ народовъ*, что море есть та *естественная* (NB) связь, которая соединяетъ ихъ всѣхъ, какъ членовъ международного общества *****).

Эти воззрѣнія имѣютъ, очевидно, свое основаніе только для *открытаго моря*. Наоборотъ, моря закрытыя, т.-е. не составляющія естественной связи членовъ международного общества, представляютъ собою такое же исключительное достояніе государствъ, какъ и территоріи, которыя ихъ окружаютъ.

Ческихъ построеній, юристы могли бы оставить его совершенно въ сторонѣ. Однако, на этомъ фонѣ понятій чуждыхъ права тѣмъ отчетливѣе у классиковъ обрисовывается подлинная природа институтовъ юридическихъ. Пользованіе, *Genuss*, которое *Ihering* кладетъ въ основу всѣхъ юридическихъ построеній, въ массѣ случаевъ и особенно въ разсматриваемомъ примѣненіи остается, какъ чисто фактическій моментъ, внѣ вопросовъ права. Начало юридическихъ построеній не тамъ, гдѣ есть связь лица съ вещью (гдѣ ея нѣтъ?), а тамъ, гдѣ необходима опредѣленность отношеній лицъ одного къ другому въ видахъ обладанія вещами. По существу въ правѣ раскрывается намъ именно *Machtbegriff*, вопросъ воли, обладанія, а не утилизациі матеріи. Такимъ образомъ, для картины юридическихъ отношеній эта рамка вещей всѣмъ общимъ, которую дали намъ классики, далеко не есть излишняя.

*) L. 2 D. de res. div. 1, 8; Ульпіанъ въ l. 13 § 7 D. de injur. 47, 10 говоритъ: *et quidem mare commune omnium est, et litora, sicuti aer*; Цельзъ иначе о морскихъ берегахъ, l. 3 pr. D. ne quid in loco publ. 43. 8. *litora, in quae populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror*.

**) Венеція притязала на Адриатику, Генуя на Лигурійское море, Испанія и Португалія на вновь открываемыя моря, Данія на Сѣверное и Балтійское, Англія на четыре моря омывающія британскіе острова.

***) *Mare liberum* 1609 г. Selden, *mare clausum*. Ср. *Das Europ. Völkerrecht* Heffter, изд. Geffken'a, стр. 163 и слѣд.

****) Ср. Остз. Код. ст. 1023 для *litora maris*.

*****) Современное международное право цивилизов. народовъ § 97.

Наряду съ этими вопросами международное право опредѣляетъ особо юридическое положеніе морей территорьяльных, береговаго моря, проливовъ, рѣкъ, текущихъ въ предѣлахъ разныхъ государственныхъ территорій. Натурально, юридическія положенія, опредѣляющія взаимоотношенія членовъ международного союза по этимъ объектамъ обладанія или пользованія, не составляютъ предмета права гражданскаго, а устанавливаются территоріальной властью государства и нормами международного права. Не менѣе того дѣйствующій нашъ гражданскій кодексъ въ нѣкоторыхъ своихъ положеніяхъ примѣняетъ *понятіе имущества* государственнаго безразлично къ податямъ и пошлинамъ (407), къ вновь открываемымъ землямъ и островамъ (409), къ морскимъ берегамъ (406), судоходнымъ рѣкамъ (тамъ-же) и самымъ разнообразнымъ доходнымъ статьямъ, составляющимъ казенную собственность (тамъ-же). Связать всѣ эти виды обладанія однимъ юридическимъ понятіемъ собственности, хотя бы государственной, очевидно, нельзя. Посему рядъ указанныхъ статей ограничивается указаніемъ на *принадлежность* ихъ къ составу имуществъ государственныхъ, не квалифицируя ближайшимъ образомъ юридическаго характера этой принадлежности. Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что *по свойству обладанія* перечисленными видами имуществъ государственныхъ оно въ юридическомъ смыслѣ весьма различно. Французскій кодексъ, несомнѣнно оказавшій вліяніе на формулировку указанныхъ статей (воособенности art. 538 и 539), все-же даетъ возможность различить неодинаковый юридическій характеръ обладанія отдѣльными видами вошедшихъ въ перечень нашей статьи 406-ой и французскаго art. 538 имуществъ.

И такъ, дороги, пути, улицы, содержимыя на счетъ государства, судоходныя и сплавныя рѣки, ... морскіе берега (въ пространствѣ прилива и отлива), порты, и вообще всѣ *части французской территоріи*, не допускающія частной собственности, рассматриваются какъ *принадлежность* (comme dépendences) публичнаго обладанія (domaine publique).

Точность формулы французскаго кодекса заключается въ томъ, что „имущества“ эти рассматриваются не какъ *никому не принадлежащія* (ст. 406 X т.), а какъ *неспособныя никому принадлежать* (art. 538).

Такимъ образомъ наши статьи связываютъ разныя явленія въ одну категорію, въ понятіе *имущества*, съ точки зрѣнія чисто экономической, *матеріальной* (подати, пошлины, выморочныя имущества, морскіе берега, судоходныя рѣки). Французскій

кодексъ внутри тѣхъ-же (отчасти) видовъ имуществъ, отмѣчая воособенности ихъ юридическую квалификацію, различаетъ *способность и неспособность быть предметомъ права частнаго*. Различіе права публичнаго (*domaine publique*) и частнаго у французовъ проведено тамъ, гдѣ и намъ надлежало-бы его проводить.

Мы здѣсь остановились на одномъ пунктѣ, на неспособности нѣкоторыхъ вещей (воздухъ, море, берега моря, судоходныя рѣки) быть предметомъ частнаго права, которую римляне основывали на ихъ природѣ.

Въ частности современную юридическую литературу интересуютъ вопросы частнаго обладанія для такихъ частей моря, особенно прилегающихъ къ берегу, гдѣ возможны нѣкоторыя публичныя и частныя *сооруженія или промыслы*. Упражнение такого промысла или устройство сооруженія (добываніе янтаря, рыболовство, проложеніе кабеля и т. п.), нѣтъ сомнѣнія, допускаетъ въ нѣкоторыхъ предѣлахъ исключительное господство и примѣненіе началъ права частнаго, съ модификаціями соотвѣствующими различію условій мѣстности (открытое море, береговое; о промыслахъ во внутреннихъ водахъ особо). Вообще-же исключительное господство надъ вещами общими уподобляется праву собственности на дикаго звѣря, которое прекращается въ минуту, когда потеряна фактическая власть надъ этой стихійной силой.

Натурально, всякій разъ, когда вещь, неподлежащая нашему обладанію по ея природнымъ свойствамъ, преобразуется *въ покорную человѣку силу*, отводы водъ въ вододѣйствующія сооруженія, въ каналы, резервуары и проч., юридическое свойство такого обладанія тотчасъ-же измѣняется, вещь въ этихъ предѣлахъ перестаетъ быть общею всѣмъ и допускаетъ въ той или другой мѣрѣ господство частное.

Мы сейчасъ указали, разбирая составъ ст. 406, 409, на особое свойство имущества, не связанное именно съ его природой (какъ въ вопросѣ воздухъ, о морѣ), и не менѣе того не допускающее частнаго обладанія имъ. Это категорія вещей *по ихъ назначенію неспособныхъ подчиняться приватному исключительному господству*. Основанія этой неспособности очень различныя. Также различно и юридическое положеніе подобныхъ вещей. Такихъ *имуществъ* много въ любомъ развитомъ гражданскомъ быту. Но ни терминологія служащая для отличія ихъ отъ другихъ, ни воособенности черты, опредѣляющія ихъ юри-

дическое строение, нигдѣ не выработаны съ достаточной ясностью. Тутъ нѣтъ предѣла контроверзамъ.

Цѣлые классы подобныхъ вещей группируются въ латинской терминологіи *по основаніямъ, кои служатъ для ихъ изгятія* или изъ частнаго обладанія вообще, или изъ свободнаго гражданскаго оборота, *на двѣ категоріи*, на вещи публичныя, *res publicae*, которыхъ юридическую позицію опредѣляетъ законъ свѣтскій, власть государственная, и на *res divini juris*, судьбу коихъ опредѣляютъ законы божескіе.

Это противуположеніе божескаго, публичнаго и частнаго права вполне характерно для латинской системы. У насъ, наряду съ этимъ, свойство обладанія вещами и ихъ оборотоспособность опредѣляется особыми нормами разныхъ соціальныхъ группъ, племенныхъ, сословныхъ, профессиональныхъ, исповѣд-ныхъ.

И такъ, есть имущества, которыя должны, въ разныхъ цѣляхъ, составлять достояніе государства, быть общественными, принадлежать городу, установленію, церкви, или вращаться въ тѣсномъ кругу профессиональныхъ, сословныхъ группъ, а отнюдь не подлежать дѣйствию общихъ нормъ гражданскаго права въ смыслѣ ихъ принадлежности или оборота съ ними.

Мы возьмемъ впередъ группу вещей ограниченныхъ въ право-обладанія или оборотѣ,

А, по закону свѣтскому.

Эти группы извѣстны нашему закону. Ихъ знаютъ и другія законодательства. Есть между вещами, относимыми, особенно въ нашей легальной системѣ, къ имуществамъ общимъ, такія, которыя собственно *могутъ быть и частными*. То обстоятельство, что они принадлежатъ государству, обществу, не кладетъ на нихъ особаго юридическаго отпечатка. Казна государственная, лѣса казенные, земли, заводы, оброчныя статьи (ст. 406), по своей природѣ и юридическому строенію, суть такіе-же предметы обладанія, собственности, пользованія, отчужденія, какъ и частныя имущества подобнаго рода. Для опредѣленія ихъ юридической природы нѣтъ никакой нужды выдѣлять ихъ въ особую категорію, развѣ для вопросовъ управленія ими чрезъ официальныхъ агентовъ.

Наряду съ этимъ къ вещамъ принадлежащимъ государству нашъ законъ относитъ *публичныя зданія, площади, улицы*, (сюда же можно отнести всѣ вещи опущенныя нашей статей 406 и взятые въ составъ art. 538 С.с.), *большія дороги и другія тому подобныя, также и движимыя имущества къ нимъ принадле-*

жация (406 ст.). Что можетъ и должно быть отнесено къ *тому подобнымъ* имуществамъ,—это вопросъ неисчерпаемый. Существенно только, чтобы *подобіе* опредѣлялось въ виду опредѣленнаго *юридическаго* типа имуществъ, большая дорога, площадь, а не *любого типа*, какъ въ статьѣ 406, гдѣ, съ одной стороны, судоходныя рѣки, съ другой, пустопорожныя земли, казенный заводъ, которые способны быть не только казенными, но и частными.

Имущества этого типа, именно *общественныя*, могутъ принадлежать не только государству, но и городу. Западныя законодательства относятъ къ нимъ зданія городскихъ, сельскихъ школъ, больницъ, тюремъ, зданія для помѣщенія правительственныхъ мѣстныхъ установленій, мѣстные пути сообщенія, улицы, площади водопроводы, водостоки, *biens communaux* (art. 542), а не *любая* доходныя статьи, могущія принадлежать общинѣ (каменно-ломня, городской лѣсъ). Французы называютъ первую группу *достояніемъ общиннымъ публичнымъ*; вторую—*достояніемъ общины частнымъ*. Однако, тѣ и другія имущества подчинены во Франціи (1712, 2227), какъ и у насъ, специальной регламентаціи. Знаетъ-ли наше право имущества этого типа? Это несомнѣнно, и это можно доказать наличностью отдѣльных опредѣленій, касающихся этого типа имуществъ, но въ *общей группировкѣ имуществъ* (т. X ч. I ст. 413, 414) они также мало разработаны и обособлены *юридическими признаками*, какъ и указанныя выше имущества государственныя (ст. 406).

Какія именно имущества городовъ и селеній суть имущества *общественныя* (*biens communaux publics*), изъятія изъ гражданскаго оборота, это ясно изъ отдѣльных законоположеній, не введенныхъ въ составъ т. X ч. I.

Приведемъ, для примѣра, типическіе виды имуществъ *общественныхъ*, какъ они опредѣлены въ актахъ позднѣйшаго законодательства.

Городовое положеніе 11-го іюня 92 года въ 2-хъ статьяхъ, 7-ой и 8-ой, опредѣляетъ, въ 7-ой статьѣ, *общую гражданскую правоспособность городовъ*, по силѣ коей, въ отличіе отъ *особаго права обложенія* принадлежащаго городамъ (ст. 9), городъ *приобрѣтаетъ, отчуждаетъ, ищетъ, отвѣчаетъ на судъ на основаніи общихъ гражданскихъ законовъ* (съ соблюденіемъ правилъ, установленныхъ для казенныхъ управленій), въ статьѣ 8-ой перечисляетъ цѣлый рядъ предметовъ *принадлежащихъ городскому населенію*, которые, *оставаясь городской собственностью, состоятъ въ общемъ пользованіи* (см. Св. Зак. въ одн. кн. вып. I стлб. 160). Что-же находимъ въ этомъ

перечетѣ? Земли, назначенныя по городскому плану подѣ площади, улицы, переулки, тротуары, проходы, бечевники, пристани и набережныя, пролегающія черезъ городскія земли водяныя сообщенія. Законъ не прибавляетъ и тому подобныя, хотя здѣсь такая прибавка была бы болѣе умѣстна чѣмъ въ ст. 406 т. X ч. I, ибо взятыя въ составъ статьи 8-ой имущества достаточно типичны для указанной выше юридической квалифікаціи, городская собственность состоящая въ общемъ по мѣзованіи, *biens communaux publics* (съ этимъ положеніемъ полезно сопоставить собранныя гг. Цвѣтковымъ и Гожевымъ къ понятію имущества общественнаго статьи разныхъ частей нашего законодательства; указанное сейчасъ положеніе ст. 8-ой см. у Гожева подѣ №№ 1745 и слѣд.). Если въ кругъ предметовъ общаго по мѣзованія по городовымъ положеніямъ 70 и 92 гг. введены земли назначенныя для общаго по мѣзованія, тогда, понятнымъ образомъ, оставаясь собственностью городовъ, эти земли не могутъ быть отчуждаемы городскимъ общественнымъ управленіемъ безъ соотвѣтственнаго, съ утвержденіи надлежащей власти, измѣненія въ планъ города (ср. Сборн. Гожева № 1748; компетенцію, очень различную, для вопросовъ этого рода указываетъ въ Город. Пол. 92 г. ст. 79, прим. 1-ое, частью 2-ое и 3-ье).

Другой категоріи вещей, которыя, принадлежа союзу лицъ, вовсе не вынуты изъ гражданскаго оборота (*biens communaux privés*), мы здѣсь не касаемся.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, въ составѣ нашего законодательства, образцы понятій соотвѣтствующихъ особому виду вещей въ латинской системѣ, вещей публичныхъ, предназначенныхъ для общественныхъ цѣлей, для публичнаго по мѣзованія, *res publicae publico usui destinatae*.

Вещи подобнаго рода, для опредѣленія ихъ юридической или гражданской природы, могли бы подлежать обработкѣ въ составѣ гражданскаго кодекса. Нѣкоторыя изъ нихъ, но весьма немногія, встрѣчаются въ нашемъ т. X ч. Таковы *межи генеральнаго межеванія* (ст. 563, полосы земли, составляющія отрѣзки отъ соосѣднихъ дачъ, въ размѣрѣ отъ одной до трехъ сажень), судходныя и сплавныя рѣки (въ разныхъ мѣстахъ), извѣстное пространство берега рѣкъ и озеръ для бечевой тяги судовъ и для причала погонщиковъ, рыболововъ и обсушки сѣтей, большія дороги (право участія общаго 434, 435, 436, 441), выгоны (1474, 1376).

О нѣкоторыхъ имуществахъ этого рода законодательство наше

даетъ совершенно опредѣленные указанія, не оставляя сомнѣній о ихъ юридической природѣ.

Межи вынуты вовсе изъ предметовъ гражданского обладанія, и въ виду *публичнаго интереса* всей задачи опредѣленія границъ смежныхъ дачъ, не способны стать предметомъ завладѣнія частнаго по давностному сроку *) (ст. 563). Значительно труднѣе опредѣленіе юридическаго свойства того обладанія, которому подлежатъ судоходныя рѣки, ихъ берега, большія дороги, площади, улицы, выгоны, мѣста отводимыя подъ кладбища **).

Нашъ законъ мѣстами прямо опредѣляетъ юридическую позицію этихъ вещей понятіемъ собственности государственной, общественной и даже частной. Такимъ образомъ, не только вопросъ о бечевникѣ, но и о большихъ дорогахъ разрѣшался въ смыслѣ принадлежности ихъ прилежающимъ къ нимъ землевладѣльцамъ на правѣ частной собственности (Анненковъ указ. мѣста стр. 361). Нечего говорить, что наименованіе *собственности* общественной, городской, государственной, для указанныхъ выше *публичныхъ вещей*, назначенныхъ для общаго пользованія, примѣнялось безъ всякой оговорки или ближайшаго истолкованія *самого понятія права собственности* въ его примѣненіи къ сему случаю.

Потребность юридическаго опредѣленія вещей этой категоріи занимаетъ далеко не нашу только цивилистическую литературу. Особенно счастливымъ для разъясненія юридической природы обладанія вещами публичными былъ извѣстный случай срытія крѣпостныхъ сооружений Базеля, подавшій поводъ къ процессу Базеля—города и Базеля—земства (Baselland). Какого свойства было это обладаніе, какимъ оно стало по упраздненіи крѣпости, это вопросъ, который серьезенъ и важенъ для юриспруденціи какъ принципіальный, ибо случаи такого превращенія вещей суть непрерывныя въ юридической практикѣ, при упраздненіи, или измѣненіи направленія дорогъ, находящихся въ общемъ пользованіи, общественныхъ сооружений, площадей и проч. Участіе въ разъясненіи вопроса приняли виднѣйшіе нѣ-

*) Мы видѣли частью выше и увидимъ полнѣе впоследствии, что генеральное межеваніе разсматривалось не какъ обыкновенное *челобитчиково дѣло*, а какъ *задача пользы государственной*, вслѣдствіе чего не подлежало обыкновеннымъ для гражданскихъ актовъ пошлинамъ.

**) Это вопросы очень controверзные въ нашей литературѣ и практикѣ. Я не считаю удобнымъ ихъ здѣсь исчерпывать, тѣмъ болѣе что подробное изложеніе этой стороны дѣла читатель найдетъ въ Системѣ Анненкова т. I, 94 г., стр. 351—368. Тамъ-же любопытная controверза юристовъ по вопросу, какія рѣки суть судоходныя и сплавныя, и какія нѣтъ.

мецкіе юристы начала 60-х годовъ, частью и много позже поддерживавшіе каждый свое мнѣніе въ этомъ вопросѣ *).

Если законъ даетъ намъ указанія на свойства этого обладанія, именуя его *собственностью* городской (см. выше ст. 8 Город. Пол.), *имуществомъ* государственнымъ, (ст. 406 т. X ч. I), *принадлежностью* земли, то все же этой терминологіи далеко недостаточно для надлежащаго опредѣленія юридической природы обладанія. Не только наша терминологія, далеко не выдержанная **), но и латинская не всегда даетъ твердую опору для конструктивныхъ цѣлей.

И такъ, опредѣляя юридическую природу принадлежности вещи лицу понятіемъ права частной собственности, мы предполагаемъ прежде всего способность отдѣльно взятой вещи быть предметомъ исключительнаго личнаго обладанія. Для этого понятія существенны не только нормальныя функціи гражданскаго оборота, пріобрѣтеніе самой вещи въ частную принадлежность, но и дальнѣйшія, обширныя права пользованія вещью, пріобрѣтеніе плодовъ вещи, если она есть плодоприносящая, эксплуатація ея иными способами, напр. для цѣлей кредита, огражденіе обладанія ею фактическими и юридическими средствами. Наконецъ, совершенно также характерно для понятія права собственности и способы его прекращенія. Если вещь составляетъ собственность, то прекращеніе ея, независимо отъ иныхъ основаній, не можетъ быть произведено общественной властью иначе, какъ за опредѣленное вознагражденіе.

Не столько техническія наименованія права, сколько именно эти отдѣльныя функціи вещи въ гражданскомъ быту способны дать намъ надежное представленіе о юридическомъ свойствѣ обладанія ею.

Что же находимъ мы въ мало выработанномъ нашемъ правѣ по отношенію къ юридическимъ функціямъ вещей, предназначенныхъ для общаго пользованія?

Можетъ ли частное лицо *владѣть* этими вещами, какъ мы

*) Общія литературныя указанія можно найти въ указан. выше трактатѣ Warraus'a, для позднѣйшаго времени у Виндшейда, Бринца, Регельсбергера, Дернбурга и у другихъ пандектистовъ. Очень подробно на этомъ вопросѣ останавливается *Беккеръ* System des heutigen Pandektenrechts § 77 Beil III.

**) Собственность, какъ будетъ позже разъяснено, есть въ дѣйствующемъ Сводѣ и полная и неполная, наконецъ, временная (1706). Термины собственникъ, собственность, употребляются и у французовъ иногда въ замѣнъ *субъекта права*, кредитора, *propriétaire de la créance*. Примѣненіе этого термина къ явленію до образованія Свода есть еще менѣе надежное, нежели въ составѣ Свода. Технический смыслъ понятія устанавливается медленнымъ образомъ лишь въ позднѣйшей юриспруденціи.

владѣемъ вещами способными составлять предметъ собственности, площадью, рѣкой, выгономъ, кладбищемъ? Будетъ ли такое *владѣніе* ограждено владѣльческими средствами? Нѣтъ никакого сомнѣнія, что понятіе владѣнія, до какой бы простоты оно ни было доведено, требуетъ прежде всего объекта, способнаго подлежать гражданскому обладанію. Въ юридическомъ смыслѣ понятіе владѣнія также мало примѣнимо къ судоходной рѣкѣ, выгону, кладбищу, какъ къ тѣлу живого человѣка. Если невозможно владѣніе, то возможна ли виндикація такой вещи? Возможно ли владѣніе давностное, ведущее къ приобрѣтенію права собственности?

Мы не рѣшили бы ниже ставить серьезно этихъ вопросовъ, если бы не формулировка нѣкоторыхъ статей нашего законодательства и не тѣ сомнѣнія, которыя поддерживали нѣкоторые изъ нашихъ юристовъ (см. выше указанія Системы Анненкова).

Но мы дѣлаемъ шагъ дальше. Въ наше время всеобщаго задолжанія всѣ виды имущества подвергаются опасности стать предметомъ взыскаго процесса, если только на нихъ не лежитъ специфической печати нецивильнаго характера обладанія ими, обратности ихъ. Возможно ли приватизировать эти самыя имущества, чтобы удовлетворить кредиторовъ? Что такія имущества, несущія общественныя службы, сами не могутъ быть средствами удовлетворенія по обязательствамъ, лежащимъ на ихъ обладателяхъ (государствѣ, общинѣ, частныхъ лицахъ),—въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія, но въ этой категоріи имуществъ существуютъ такія, которыя способны приносить плоды. Такимъ образомъ не только земли, назначенныя для городского выгона, но и городскія площади, наряду съ ихъ публичнымъ назначеніемъ, способны служить источникомъ городскихъ доходовъ. Точно также рѣки, гдѣ есть промышленная эксплуатація рѣчныхъ богатствъ, берега рѣкъ, насколько пользованіе ихъ растительностью не мѣшаетъ общественно-служебному ихъ назначенію (бечевникъ и проч.), растительность публичныхъ путей, безъ всякаго сомнѣнія можетъ, согласно существующимъ для каждаго рода вещей нормамъ, доставлять выгоды ихъ обладателямъ и служить средствомъ для тѣхъ же цѣлей, для какихъ служатъ любыя имущества чисто-приватнаго типа.

Наше законодательство указываетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ именно такіе способы частичной эксплуатаціи вещей, назначенныхъ для общаго пользованія. Таково положеніе для городскихъ выгоновъ, для придорожныхъ владѣльцевъ, для прибережныхъ собственниковъ по отношенію къ растительности на пространствѣ бечевника.

Но заключать отъ этой доходности, совершенно приватнаго типа, къ юридической природѣ самой вещи было бы столь же ошибочно, какъ отъ возможности продать выращенную женщиной косу къ праву собственности человѣка на его тѣло.

Мы поставили выше еще вопросъ о возможности экспроприаціи такихъ вещей, натурально, въ предположеніи, что къ нимъ примѣнимо понятіе собственности юридическаго лица, государства, города, напр. на публичное зданіе, на площадь, выгонъ, или частнаго человѣка, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рѣчь о бечевникѣ. Если бы здѣсь шла рѣчь дѣйствительно о *собственности*, тогда, конечно, вопросъ объ экспроприаціи и вознагражденіи былъ бы неизбѣженъ. Но такъ какъ ни къ большой дорогѣ, ни къ площади, ни къ выгону и бечевнику, не можетъ имѣть никакого приложенія понятіе собственности, и эти вещи суть сами назначенныя для общаго пользованія, то измѣненіе назначенія площади, для постройки на ней храма, театра, выгона, для расширенія городского кладбища, бечевника, для проведенія рельсоваго пути, не предполагаетъ вовсе экспроприаціи, а лишь замѣну одного вида публичной служебности вещи другимъ.

Что касается въ особенности большихъ рѣкъ, дорогъ, бечевниковъ, въ нашемъ законодательствѣ, то всѣ эти недвижимости, назначенныя для публичныхъ службъ межевыми законами исключались изъ мѣры дачъ при ихъ межеваніи *).

Собственно весь вопросъ о юридической природѣ обладанія недвижимостями изъятими изъ частнаго обладанія въ Германіи и возникъ по поводу *прекращенія* такого назначенія вещи. Что станется съ землей, на которой лежала публичная служба или тягость, по снятіи съ нея этой тягости, въ указанномъ выше случаѣ съ поземельнымъ участкомъ изъ подъ упраздненныхъ крѣпостныхъ сооружений? Этотъ вопросъ имѣетъ широкое приложеніе къ самымъ разнообразнымъ случаямъ перемѣнъ назначенія вещей.

Въ отношеніи къ рѣкамъ, измѣняющимъ свое теченіе и при этомъ обнажающимъ свое русло и заливающимъ прилегающія пространства, законодательства старыя и новыя, не исключая и нашего, даютъ опредѣленные указанія (о чемъ позже).

Не смотря на явную непримѣнимость къ обладанію публично-служебными недвижимостями всѣхъ характернѣйшихъ для права частнаго, особенно для собственности, признаковъ, весьма многіе

*) Истор. Росс. Гражд. Зак. ч. 2-я §§ 348, 349. У римлянъ публичныя рѣки не входили въ *modus agrorum*, а частныя входили.

нѣмецкіе видные писатели видятъ здѣсь право собственности *), съ тѣми или иными оговорками и модификаціями, недостаточно выпукло опредѣляющими подлинную юридическую природу явленія.

Наряду съ этимъ, однако, другой рядъ писателей ищетъ, главнымъ образомъ на почвѣ пандектнаго права, болѣе или менѣе отчетливо выдѣлить именно не частно-, а публично-правный характеръ всего явленія. Одни полагали въ основу своихъ построений понятіе *государственного верховенства*, коимъ опредѣляется особое свойство правоотношеній, не частно-правнаго, а властнаго, повелительнаго и совсѣмъ отличнаго отъ частнаго права государства къ этимъ недвижимостямъ характера. Другіе видѣли здѣсь публицистическую собственность (*publicistisches Eigenthum*). Признать настоящую собственность надъ этими вещами, пока на нихъ лежатъ публичныя службы, отказывался и Ihering, допуская при этомъ образованіе чистаго приватнаго права государства на недвижимость, способную быть предметомъ собственности, съ той минуты, какъ съ нея сняты публичныя службы или тягости.

Наиболѣе простую и вразумительную конструкцію явленія даетъ французскій кодексъ, который находитъ, что всѣ указанныя выше недвижимости *ne sont pas susceptibles d'une propriété privée* и составляя *portions du territoire français* должны быть разсматриваемы *comme dépendances du domaine public*. Если, какъ указано выше, многія изъ этихъ вещей не входили въ мѣру размежеванныхъ для опредѣленія частнаго владѣнія дачъ, то нѣтъ сомнѣнія, что эти же точки зрѣнія свойственны указаннымъ выше категоріямъ вещей и въ нашемъ правѣ.

Тамъ, гдѣ извѣстныя пространства землевладѣнія получаютъ такой же характеръ изъятыхъ изъ частнаго владѣнія имуществъ, для какой бы это ни было цѣли, къ нимъ также нельзя примѣнять понятія частной собственности и всѣхъ конвенцій, связанныхъ съ этой основой конструкцій.

Взглядъ Петра, выразившійся при постройкѣ ладожскаго канала на предназначеніе вещей публично-служебныхъ и подлежащихъ чисто-властному вѣдѣнію государственныхъ органовъ, отнюдь не есть чуждый и современнымъ понятіямъ объ особой природѣ вещей этого рода.

Но разъ съ вещи снята эта тягость общественнаго служенія, какъ вмѣстѣ съ этимъ ей возвращается ея способность подлежать приватному завладѣнію, если этому не противорѣчатъ ея

*) Виндшейдъ, Дернбургъ, Ранда и многіе другіе, см. указ. Виндшейда.

природныя свойства. Въ виду этого для вещей возвращающихся въ оборотъ государство въ правѣ опредѣлять соотвѣтственно ихъ приватизированью, тотъ или другой способъ ихъ обращенія къ этой цѣли. Аналогію для этого легко найти въ положеніяхъ т. X, ч. 1 для тѣхъ случаевъ, когда вещь, изъятая изъ гражданскаго оборота для цѣлей общепользныхъ, возвращается вновь въ оборотъ по ея нендобности. Основу для распоряженій того или другого рода даютъ простые принципы финансоваго управленія, въ тѣхъ видахъ, чтобъ возвратитъ въ государственную казну ея ресурсы, поступившіе для операціи извлеченія недвижимостей изъ частнаго владѣнія. Если бы такихъ мѣропріятій не было сдѣлано, то, натурально, казенныя земли пустопорожнія, не представляя никакихъ препятствій для освоенія ихъ въ частную принадлежность, могли бы стать предметомъ овладѣнія, ограждаемаго всѣми средствами владѣльческой защиты, и пріобрѣтенія вещей въ частную собственность. Нашъ законъ не даетъ этихъ консеквенцій. Но составляя именно простую консеквенцію основныхъ принциповъ права, онѣ признаны во французскомъ кодексѣ (art. 541) и могутъ быть примѣняемы безъ вреда къ нашему праву.

Разъ вещь изъ вѣоборотной вошла въ кругъ оборотныхъ, какъ къ ней должны быть примѣнены тѣ начала, которыми опредѣляется порядокъ укрѣпленія правъ по недвижимостямъ въ данной мѣстности. И такъ, для вещей изъятыхъ изъ частнаго обладанія въ гипотечной книгѣ (если таковыя введены въ данной мѣстности) листъ, гдѣ могла значиться эта недвижимость, долженъ быть закрытъ. Если эта недвижимость вновь входитъ въ кругъ цивильно-правоспособныхъ и оборотныхъ вещей листъ имѣетъ быть или опять открытъ, или заведенъ вновь.

Что касается юридическихъ средствъ огражденія публично-служебныхъ вещей отъ правонарушеній, то они суть или административно-полицейскія, гдѣ рѣчь идетъ о достиженіи цѣлей общественнаго служенія вещи, или судебныя, въ случаяхъ столкновенія отдѣльныхъ возможныхъ по вопросамъ пользованія вещами притязаній заинтересованныхъ лицъ.

В. Право церковное.

Наряду съ указанными выше основаніями неспособности вещей къ приватному обладанію и обороту латинская система ставитъ какъ особое основаніе экстракомерціальности законъ божественный, *jus divinum*. Оттуда изстари идущая категорія особыхъ вещей, *res divini juris* *).

*) *Res divini juris* подлежатъ дѣйствію особыхъ нормъ и какъ изъятія

Тѣ начала, однако, коихъ держалась латинская система въ этомъ вопросѣ, частью вовсе не подходятъ къ воззрѣніямъ новыхъ народовъ (*res sanctae* въ латинскомъ смыслѣ), частью подверглись видоизмѣненіямъ, которыя трудно согласовать съ латинскими основами.

Изучая явленія близкаго намъ византійскаго права въ этомъ вопросѣ, одинъ изъ лучшихъ русскихъ изслѣдователей церковно-имущественнаго права *) приходитъ къ заключенію, что юстиніановское право идетъ въ разработкѣ церковно-имущественныхъ проблемъ *путемъ компилятивнымъ*, выбирая изъ прежняго права то, что было подходящаго для примѣненія его нормъ къ церкви и ея учрежденіямъ. Это новое законодательство составило въ результатѣ нѣкоторое плохое сочетаніе стараго *jus sacrum* со свѣтскимъ *dominium sub modo*. Дальнѣйшее развитіе каноническаго права привело къ значительнымъ видоизмѣненіямъ старыхъ началъ вѣоборотности объектовъ церковно-имущественнаго права, и въ дѣйствующихъ системахъ слѣды старыхъ воззрѣній на вещи священныя почти совершенно изгладились.

Въ кругу предметовъ церковно-имущественнаго права въ современномъ русскомъ законодательствѣ слѣдуетъ различать:

I. *res ecclesiasticae*, церковныя имущества въ тѣсномъ смыслѣ, т.-е. такіе же матерьяльные ресурсы для поддержки церковныхъ установленій, какими пользуются и другіе общественные союзы для достиженія каждымъ его цѣлей. Сюда принадлежатъ различнаго рода сборы (особенно чрезъ добровольныя приношенія), составляющіе, *по способу производитъ такія коллекты*, особое право церковныхъ установленій. Наряду съ этимъ церковныя установленія надѣлены въ опредѣленномъ размѣрѣ землями и угодьями, *приписанными къ нимъ* при секуляризаціи церковныхъ имѣній въ прошломъ вѣкѣ и увеличенными позже отдѣльными законодательными актами свѣтской власти (частью въ связи съ задачей межеванія). Такъ какъ свѣтская власть, присвоивая церковнымъ установленіямъ подобныя недвижимости, очевиднымъ

изъ гражданскаго оборота такія вещи *nullius in bonis sunt*. Эти вещи суть или *sacrae* (для изыятія коихъ, кромѣ *consecratio*, нуженъ актъ свѣтской власти), или *religiosae*, или *sanctae* (городскія стѣны, ворота) § 7 J. de rer. div. 2, 1. Гай въ Inst. II § 4 и слѣд. и въ l. 1 pr. D. de rer. div. 1, 8.

*) Мы говоримъ о почтенной работѣ г. Платона Соколова Церковно-имущественное право въ греко-римской имперіи. 1896 г. Читатель найдетъ здѣсь не только очень цѣнныя результаты для разсматриваемаго здѣсь понятія вещей изыятыхъ изъ гражданскаго оборота по особому основанію, но и исторію образованія самыхъ воззрѣній на церковныя вещи какъ священныя. Эта сторона дѣла представляетъ живѣйшій интересъ не только для юриспруденціи, но и съ общей историко-культурной точки зрѣнія.

образомъ имѣла въ виду обезпеченіе сихъ установленій материальными ресурсами *на вѣчныя времена*, то нѣтъ сомнѣнія, что вопросъ о потерѣ правъ на эти имущества можетъ возникать лишь въ связи съ упраздненіемъ самого церковнаго установленія. Такимъ образомъ, изъ самаго существа такихъ актовъ ассигнованія и приписки недвижимостей къ церковнымъ установленіямъ ясно, что эти надѣлы не могутъ подлежать переходу ихъ въ чьи бы то ни были руки общими способами гражданскаго оборота и воособенности давностнымъ владѣніемъ. Это своего рода *заповѣдныя церковныя имущества*. На тотъ единственный случай, въ которомъ законодатель допускаетъ вопросъ о прекращеніи права церковнаго установленія на приписанный къ нему земельный надѣлъ, именно на случай упраздненія самаго церковнаго установленія, отвѣтъ данъ въ томъ смыслѣ, что и при семъ приписанныя къ церкви земли и угодья *не перестаютъ быть церковными*, а присвоиваются той церкви, къ коей упраздненная церковь будетъ приписана *).

Едва ли возможно иное толкованіе ставшихъ въ послѣднее время довольно спорными статей 383 и слѣд. IX т. Св. Зак.

Сопоставить правообладаніе этой категоріей недвижимостей, приписанныхъ къ церковнымъ установленіямъ, будетъ, кажется, правильнѣе съ имуществами предназначенными государствомъ для цѣлей общественныхъ, чѣмъ съ общимъ поземельнымъ имуществомъ самого государства, къ коему несомнѣнно приложимы общія положенія для владѣнія защищеннаго и для давностныхъ владѣльческихъ способовъ освоенія частными лицами. Къ недвижимостямъ церковнымъ этой категоріи правильнѣе прилагать нормы закона установленныя для *имѣній заповѣдныхъ*, чѣмъ для имуществъ свободныхъ.

II. Другую категорію вещей составляютъ *предназначенныя непосредственно служенію ипламъ церковнаго культа* **). По юстиніанову праву епископъ, сообщающій храму или богослужебнымъ предметамъ священный характеръ, не располагаетъ вовсе тѣмъ авторитетомъ свѣтской власти, коимъ вынимались въ язы-

*) Вопросъ о частноправномъ характерѣ обладанія недвижимостей принадлежащихъ церкви и особенно о дѣйствиіи давности въ этомъ примѣненіи въ недавнее время былъ предметомъ довольно живаго обмѣна мыслей нашихъ юристовъ (Карабеговъ, Давность на церковныхъ земляхъ; Журн. Пет. Юрид. Общ. 94 г. кн. 3 — Пахманъ; Русс. Обзор. 94 г. кн. 12 — Павловъ; Журн. Мин. Юст. 95 г. кн. 5 — Васильевскій; Журн. Юрид. Общ. 95 г. кн. 6 — Каминка; въ Суд. Газ. за 94 г. были статьи, и за 95 г. статья г. Карабегова, № 41).

**) См. воособенности Ник. Сем. Суворова. Курсъ церковнаго права. Ярославль. 1890 г., стр. 417 и слѣд. (§ 185); также вышеуказан. работу г. Платона Соколова.

ческую эпоху *res divini juris* изъ гражданскаго оборота. Кромѣ вещей священныхъ (*res sacrae*) и на коихъ есть благословеніе (*res benedictae*), служащихъ для богослуженія (по католическому праву), и дворъ церковный, служившій мѣстомъ погребенія вѣрующихъ, почитался тоже освященнымъ вмѣстѣ съ церковью. Въ православной церкви священными и освященными признаются разные предметы служащіе при богослуженіи. Иные же предметы, хотя находящіеся въ храмахъ, но не нужные для священнодѣйствій (деньги) или не нашедшіе еще себѣ употребленія при богослуженіи (свѣчи не поставленныя къ иконамъ), не разсматриваются какъ священные. Эти различія крайне существенны для состава понятія святотатства. Что касается гражданской стороны вопроса, то нѣтъ сомнѣнія, что не только предметы почитанія, каковы иконы, частицы мощей и иные священные предметы, способны составлять предметъ частной собственности, но что и самые храмы могутъ составлять собственность не только государства, но и лично Государя (придворныя церкви), того или другого союза или общества вѣрующихъ, наконецъ, и частныхъ лицъ. Натурально, законъ не допускаетъ юридической силы для тѣхъ актовъ воли собственниковъ, кои несогласны съ назначеніемъ предметовъ этого рода. Устройство домовыхъ церквей разрѣшается духовной властью по соображенію съ достоинствомъ лица испрашивающаго такое разрѣшеніе, и лишь до послѣдовавшей смерти такихъ лицъ, при чемъ вся церковная утварь упраздненной домовой церкви имѣетъ перейти въ собственность церкви приходской.

Что касается кладбищъ, то это суть, съ точки зрѣнія гражданской, недвижимости предназначенныя для общественной цѣли, и въ этомъ смыслѣ служація тому общественному союзу въ интересахъ коего отведена опредѣленная мѣстность, изъятая изъ гражданскаго оборота. Такая служба можетъ быть возложена и на церковную землю.

Въ томъ и другомъ случаѣ церковная власть соотвѣтствующаго исповѣданія вѣдаетъ не только административную и хозяйственную сторону дѣла, но и все что касается содержанія храмовъ и соблюденія приличествующаго мѣсту благочинія.

Ограниченная оборотоспособность иконъ и другихъ предметовъ почитанія лицъ православнаго и иныхъ исповѣданій заключается въ томъ, что самое мастерство иконописанія подлежитъ контролю, а также публичная торговля предметами чествованія

христіанъ не допускается для нехристіанъ *). Унаслѣдовавшіе отъ христіанъ идолопоклонники и иновѣрцы, нехристіане, обязаны передавать предметы поклоненія христіанъ въ руки православныхъ въ теченіи 6-ти мѣсяцевъ, подъ опасеніемъ иначе ихъ отобранія (1188—1190 т. X ч. 1). Такому же ограниченію обмѣна священные предметы подлежатъ и въ случаяхъ гражданскихъ взысканій постигающихъ имущество несостоятельнаго должника (ст. 1410 и 1411 т. X ч. 1 и 1043 и 1044 Уст. Гражд. Суд.).

Образцовъ частной экстракоммерціальности вещей по самымъ различнымъ основаніямъ можно найти массу въ любомъ законодательствѣ. Ограниченія оборотности идетъ или для опредѣленнаго круга лицъ, или для извѣстныхъ операцій, или для количества превышающаго норму или для извѣстныхъ цѣлей **). Они касаются оружія, ядовитыхъ веществъ, фальсифицированныхъ продуктовъ потребленія, зачумленнаго скота, запрещенныхъ книгъ и проч. Въ общедивильномъ смыслѣ эти ограниченія правооборотности представляютъ собою мало поучительнаго. Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть въ виду весьма существенныя, именно для общаго цивильнаго обмѣна ограниченія правооборотности нѣкоторыхъ недвижимостей, особенно имуществъ родовыхъ.

Новый нѣмецкій кодексъ въ общихъ положеніяхъ о вещахъ (art. 90—104) вовсе не касается вопроса объ экстракоммерціальности вещей и разныхъ ея основаніяхъ, натурально, не потому что такихъ вещей не знаетъ нѣмецкое право, а потому воособенности, что чисто цивильныхъ нормъ, которыя имѣли бы составить содержаніе имперскаго кодекса, недостаточно для опре-

*) Неискусно писанныя иконы отбираются. Привозныя изъ заграницы священные изображенія конфискуются какъ предметы, коихъ привозъ запрещенъ (Уст. пред. прест. т. XIV ст. 103 и 108). Ср. Сборн. Гожева и Цвѣткова №№ 2623, 11007, 11317).

**) Нерѣдко трудно угадать поводъ сложной процедуры, которой подвергается ввозъ самаго повидимому невиннаго предмета торга, каковы напр. голуби, коихъ ввозъ изъ заграницы (по нѣсколькимъ Высоч. повелѣн. отъ 90 г.) дозволяется не иначе какъ по сношеніи съ разными министерствами (особенно военнымъ). Основаніе въ томъ, что голуби служатъ для почтовыхъ сношеній, трудно контролируемыхъ и посему далеко небезопасныхъ по отношенію къ непріятельскому лагерю. Нѣмецк. Код. 96 г. не забылъ эту птицу въ своемъ Einführ. Ges. гдѣ партикул. законы о захватѣ чужихъ голубей bleiben unberührt (art. 136). Также характерна для нашего времени ст. 719, т. X, ч. 1, которая взята въ составъ послѣдняго изд. X т. ч. 1 изъ Высоч. повел. 87 г. апр. 14. Ею опредѣленъ, для случаевъ перехода права собственности и иныхъ правъ на недвижимости въ предѣлахъ *крѣпостнаго района*, обязательное сношеніе присутственныхъ мѣстъ съ комендантомъ крѣпости, который имѣетъ удостовѣрить безпрепятственность съ его стороны къ совершенію акта. Законъ составляетъ короткую переработку нѣмецкаго Rayongesetz'a 1871 г., коимъ нѣмцы ограждали безопасность своихъ границъ послѣ произведеннаго ими разгрома Франціи.

дѣленія ихъ юридической позиціи, а нормы смѣшаннаго, цивильно-исповѣднаго или цивильно-политическаго характера, удержались въ компетенціи партикулярной, а не имперской общей законодательной власти, кромѣ тѣхъ случаевъ, гдѣ рѣчь идетъ о защитѣ страны, какъ напр. въ указанномъ выше *Rayon-gesetz*'ѣ 71 г., и тому подобныхъ.

§ 27.

Главнѣйшія категоріи вещей способныхъ быть предметомъ гражданскаго правообладанія и цивильнаго обмѣна. — Вещи движимыя и недвижимыя. — Расчлененіе понятія недвижимости во французскомъ кодексѣ. — Движимыя вещи въ *Code civ.* и у насъ. — Экономическое и юридическое взаимоотношеніе того и другаго вида имуществъ въ процессѣ историческомъ и въ современныхъ законодательствахъ.

Во главѣ дѣленія вещей по различіи ихъ свойствъ, важныхъ для конструкціи гражданскихъ правоотношеній, на отдѣльныя категоріи наше законодательство, буквально слѣдуя французскому образцу, ставитъ различіе вещей (имуществъ) *движимыхъ и недвижимыхъ* (т. X ч. 1 ст. 383, С.с. art. 516). Вслѣдъ за симъ французскій законъ указываетъ намъ *основанія* для зачисленія отдѣльныхъ объектовъ цивильнаго обладанія въ ту или другую категорію. Этихъ основаній нѣсколько, и нѣтъ сомнѣнія, что каждое изъ нихъ опредѣляетъ собою различіе имуществъ движимыхъ и недвижимыхъ не въ одномъ *Code civil*. Но нигдѣ эти основанія не расчленены настолько ясно и соотвѣтственно самой цѣли дѣленія, т.-е. формальной извѣстности той категоріи, къ коей въ смыслѣ права надлежитъ причислять ту или другую вещь, какъ именно въ дѣйствующемъ правѣ французскомъ.

Эти различныя *основаній* причисленія вещей къ той или другой категоріи у французовъ (и у насъ, какъ сейчасъ увидимъ), суть слѣдующія:

а) вещи суть недвижимыя *по ихъ природѣ*. Сюда идетъ не только поземельный участокъ, но и связанныя съ нимъ постройки, жатва на корню, не снятые плоды съ деревьевъ. Трубы, проложенныя для провода воды составляютъ часть землевладѣнія, съ коимъ связаны, и суть тоже недвижимости.

Наше законодательство не выдѣляетъ этого основанія для зачисленія вещей въ особую категорію недвижимыхъ *по ихъ природѣ*, но все то, что мы находимъ у французовъ зачисленнымъ сюда, зачисляется сюда же и нашимъ закономъ, но по прин-

ципу далеко не тождественному съ французскимъ и не выдержанному вполне. И такъ, недвижимыми имуществами признаются по закону земли и всякія угодья, дома, заводы, фабрики, лавки, всякія строенія и пустыя дворовыя мѣста, а также желѣзныя дороги (ст. 384).

Нѣтъ сомнѣнія, что рядъ этихъ положеній могъ бы съ успѣхомъ уступить мѣсто французскому положенію, находящему для занесенія этихъ вещей въ категорію недвижимостей не одно легальное основаніе, а самую природу вещи.

Въ дальнѣйшемъ рядѣ статей (386 и слѣд.) мы найдемъ *такія же строенія*, связанныя съ землей какъ у французовъ, каковы церкви, дворы, мельницы (ср. Code c. art. 519), мосты, перевозки, плотины, гати, но все это не по тому основанію, какое указано въ ст. 384, *не по закону*, а по свойству этихъ вещей какъ *принадлежностей* населенныхъ недвижимыхъ имѣній. Мы будемъ сейчасъ имѣть случай установить понятіе *принадлежности*, коему никакъ нельзя подчинить указанные въ статьѣ 386 предметы. Здѣсь обратимъ вниманіе только на то, что рядъ положеній о недвижимостяхъ и *принадлежностяхъ земель населенныхъ и ненаселенныхъ*, выраженныхъ въ статьяхъ 385—387, не имѣлъ и прежде значенія *юридическаго разграниченія вещей*, а нынѣ, вмѣстѣ съ уничтоженіемъ понятія населеннаго имѣнія, потерялъ и прежнее свое значеніе.

Юридическаго значенія это дѣленіе не имѣло и въ старину, ибо и въ старину рѣки, озера, пруды, болота, дороги, источники и другія *мѣста* симъ подобныя (ст. 387) не были *принадлежностями* имѣній, а входили *въ ихъ составъ*, нѣкоторыя, по самой природѣ (рѣки, озера), а другія, какъ напр. дороги (ст. 387), мосты, перевозки, плотины и гати (386), не въ тотъ или другой родъ имѣній (населенныхъ или ненаселенныхъ), а въ любые по-земельные участки.

Точно также всѣ *произведенія*, на поверхности земли обрѣтающіяся, и сокровенные въ нѣдрахъ ея металлы (ст. 387) не составляли того что юристы называютъ *принадлежностью*, а были органическими произведеніями почвы или входили въ ея составъ, и что касается послѣднихъ, были одно время изъяты изъ частнаго обладанія, а затѣмъ вновь соединены съ нимъ.

И такъ, нѣтъ сомнѣнія, что изъ статей нашего закона легко извлечь буквально тотъ же составъ понятія недвижимости, который опредѣлился въ Code civ. на основаніи *природныхъ свойствъ вещей, immeuble par la nature*.

b) Другое основаніе, которое даетъ Code civ. для зачисленія

вещей въ категорію недвижимостей есть *ихъ назначеніе* (*immeubles par destination, art. 517*). Это крайне характерное и въ хозяйственномъ и въ юридическомъ смыслѣ сочетаніе двухъ разныхъ *по природѣ* вещей, которыя ставятся *въ юридическую связь вещи главной и принадлежностной* актомъ воли хозяина, и этой установившейся ихъ связью, или ихъ назначеніемъ, опредѣляется ихъ юридическое свойство недвижимостей, хотя по природѣ они суть вещи движимыя.

Въ эту такъ сказать подвижную категорію вещей, получающую свойство движимости или недвижимости *по назначенію*, французы вводятъ массу вещей, смотря по назначенію самой недвижимости, сельскохозяйственному, промышленному, совершенно разныя вещи. Таковъ рабочій скотъ, сдаваемый собственникомъ фермеру въ составъ хозяйственнаго землевладѣнія (522), земледѣльческія орудія, сѣмена, солома, навозъ, улья, рыбныя пруды, давальни, чаны, кузнечные приборы, принадлежности фабрикъ и проч., опять соотвѣтственно хозяйственному назначенію недвижимости (524). Все это данныя, очень близкія къ вопросамъ фактическаго свойства.

Не французское только право, а несравненно шире и полнѣе право латинское даетъ намъ понятіе о *составѣ вещей сложныхъ*, объ отношеніи одного элемента въ этомъ составѣ къ другому, о связи вещей главныхъ и принадлежностей. Эти же положенія выработаны какъ бы на исторической почвѣ нашего прошлаго права, вѣрнѣе, нашихъ старыхъ указовъ и введены, какъ сейчасъ увидимъ, частью въ составъ положеній о разныхъ родахъ имуществъ (383 и слѣд.), частью позже присоединены и развиты въ положеніи о вознагражденіи за владѣніе чужимъ имуществомъ (ст. 609 и слѣд.).

Но далеко не вездѣ такъ рельефно выдѣляется особый *юридическій характеръ этой связи* двухъ вещей, весь основанный не и на природѣ самой вещи, а на ея *назначеніи*, и юридическое послѣдствіе, которое получается отсюда, *иммобилизація* вещи, какъ это видимъ именно во французскомъ кодексѣ.

Мы не входимъ здѣсь въ подробности вопроса о вещахъ главныхъ и принадлежностяхъ, на коемъ будемъ имѣть случай остановиться позже.

с) Французы знаютъ затѣмъ имущества, которыя становятся недвижимыми чрезъ приложеніе, *par application*, къ *недвижимости*, каковы повинности, по латыни сервитуты, у насъ права участія частнаго, которыя, будучи собственно *res incorporales*, становятся недвижимыми чрезъ примѣненіе къ недвижимости (526).

Сюда идутъ не только предіальные сервитуты, но и личные, каковъ узуфруктъ. Сюда же идутъ иски, направленные на недвижимость. На связь исковъ съ имуществомъ, на которое иски направлены, даютъ у насъ указаніе въ особенности ст. 417 и 419. Права вещныя, особенно право участія въ чужихъ недвижимостяхъ, подчиняются и у насъ въ отдѣльныхъ случаяхъ нѣкоторымъ особымъ опредѣленіямъ, которыя здѣсь надлежитъ имѣть въ виду. Такимъ образомъ, права угодій, составляющія остатокъ старины, прямо зачислены въ категорію недвижимостей (384); къ фабрикамъ и заводамъ, въ качествѣ ихъ принадлежностей, приписываются лѣса, покосы (388). На право имѣть окно въ стѣнѣ, построенной на междѣ, долженъ быть совершенъ крѣпостной актъ (446). Указанная статья требуетъ этого въ виду уступки правъ собственности (446, очевидно, *частичной*). То же находимъ для долгосрочныхъ арендъ (1693). Всѣхъ подобныхъ правъ, однако, нельзя сопоставлять съ правомъ собственности на недвижимость. И по отношенію къ праву, очевидно, тоже вещному, и тоже на недвижимость, какое имѣетъ золотопромышленникъ на золотой приискъ, казенный или Кабинета Его Величества, законъ прямо выражаетъ, что оно составляетъ имущество движимое (ст. 403).

d) Наконецъ, послѣднюю категорію недвижимостей французское право (послѣдующее, не содержащееся въ Code civ.) устанавливаетъ *на основаніи закона*. Эту основу группировки т. X, ч. I указываетъ въ ст. 384, стало быть, тамъ, гдѣ рѣшающій критерій должна бы собственно дать сама *природа вещи*. Въ остальныхъ случаяхъ и у насъ легко угадать *эту именно основу иммобилизации* недвижимостей. Таковы въ особенности указанные въ ст. 391 принадлежности заповѣдныхъ имѣній, состоящія изъ фамильныхъ бумагъ, драгоценностей, произведеній искусства, собраній рѣдкостей, книгъ и проч., (иногда и капиталовъ), *въ актъ учрежденія имѣній означенныхъ*. Если и не въ качествѣ принадлежности, въ точномъ юридическомъ смыслѣ, ибо здѣсь нѣтъ понятія особой вещи, то въ качествѣ средства осуществлять права, въ тѣсную связь съ недвижимостью должны быть поставлены акты укрѣпленія имущества въ частную принадлежность (390).

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, понятіе недвижимости въ отличіе отъ имущества движимаго и, вмѣстѣ съ этимъ, для *операций чисто юридическихъ*, мы, въ извѣстныхъ случаяхъ, иммобилизуемъ движимость, т.-е. подчиняемъ юридическій характеръ обладанія ими нормамъ, существующимъ для недвижимыхъ имуществъ.

Наряду съ этой юридической операціей французское право знаетъ и обратный пріемъ, т.-е. *мобилизацію недвижимостей*, какъ мы это сейчасъ покажемъ.

Мы разсмотрѣли до сего, что и по какому основаніи считается недвижимостью.

Возможно было бы, за симъ, *всѣ иныя* имущества признать движимыми.

Но этого метода не держится ни французское, ни наше право. Очевидно, великое значеніе, которое присвоено этому дѣленію не столько латинской, сколько средневѣковой системой правоотношеній, требуетъ возможно большей точности въ опредѣленіи всего состава и всѣхъ основаній для отнесенія имуществъ въ ту или другую категорію.

И такъ, Code civ. и здѣсь различаетъ *meubles par leur nature* (528) и *par la détermination de la loi* (обязательства, иски на суммы и движимости, акціи и прибыли въ товариществахъ, хотя бы товарищеское имущество было недвижимымъ, ренты art. 529). При этомъ французы различаютъ еще тѣсный смыслъ *meuble*, въ которую не входятъ капиталы и предметы торга (533), и *meubles meublants* (обстановку жилищъ). Это даетъ больше точности актамъ волеизъявленія, обнимающимъ нерѣдко *всю движимость*, или домъ и движимость (536), которые у насъ невольно открываютъ широкій просторъ недоразумѣніямъ, особенно въ виду нетехническаго употребленія термина *вещь* и *имущество* (всѣ движимыя имущества и денежные капиталы, ст. 398 ср. 401 и 402).

И такъ, у французовъ имущества, которыя могли бы *par application*, чрезъ примѣненіе къ недвижимостямъ, считаться также недвижимостями (акціи, паи), *силой закона* отнесены къ движимымъ имуществамъ. Слѣдовательно, вводя въ составъ товарищескаго имущества мою *недвижимость*, я ее этимъ способомъ *мобилизирую*.

Нашъ законъ слѣдуетъ въ опредѣленіи категоріи движимостей простому методу перечисленія. Движимыя имущества суть: мореходныя и рѣчныя суда всякаго рода, книги, рукописи, картины, всѣ вообще предметы, относящіеся къ наукамъ и искусствамъ, домовые уборы, экипажи, земледѣльческія орудія, всякіе инструменты, матеріалы, лошади, скоть, хлѣбъ сжатый и молоченый, припасы, выработанныя на заводахъ наличныя руды, металлы и минералы и все то, что изъ земли извлечено (401). Наличныя капиталы, заемныя письма, векселя, закладныя и обязательства всякаго рода принадлежатъ къ имуществамъ движи-

мымъ (402). Сюда же идетъ право на золотой приискъ на земляхъ казенныхъ и Кабинета Его Величества (403).

Извѣстно, что въ средневѣковомъ быту основу довольства составляло землевладѣніе, и около недвижимостей сосредоточивались всѣ вопросы права не только гражданскаго, но и публичнаго. Обладаніе имуществомъ движимымъ не давало этой постоянной и солидной базы общественному и публичному положенію лица или союза. Оттуда эта средневѣковая паромія *res mobilis res vilis*.

Къ категоріи недвижимостей не любили причислять вещей ненадежныхъ. Только зданіе изъ камня, которое не уступаетъ стихіямъ, составляетъ подлинно недвижимость, такую же постоянную и незыблемую силу, какъ и земля, къ которой, наряду съ рабочимъ скотомъ, прикрѣплено нѣрѣдко и ея населеніе. Иммобилизовали въ эту пору все, до самаго человѣка включительно. Только непрочная вещь, ненадежная, постройка изъ дерева, *was die Fackel und der Brand hinwegnimmt*, не есть недвижимость...

Эти незыблемыя основы средневѣковаго господства сеньоровъ были, однако, давно уже потрясены на Западѣ, когда Петръ Великій издалъ свой знаменитый указъ о единонаслѣдіи. Что видитъ Петръ въ этомъ старомъ, пережившемъ уже въ ту пору свое время порядкѣ вещей? Онъ видитъ въ классѣ лицъ владѣющихъ людей способныхъ только къ потребленію, людей, котормъ ихъ размноженіе угрожаетъ въ дальнѣйшемъ бѣдствіями и оскудѣніемъ не для нихъ однихъ, но и для государства и для подданныхъ. Это, въ его глазахъ, классъ людей исключительно консумирующихъ богатство страны и не созидających ничего въ замѣнъ для экономическихъ интересовъ государства и общества. Онъ хочетъ старому привилегированному землевладѣнію дать характеръ главнымъ образомъ установленія публично-правнаго и вызвать къ дѣятельности въ наукѣ, въ искусствахъ, въ техникѣ, въ производствѣ, внутри этой старой семьи потребителей, уснувшій созидательный, творческій духъ.

Что видимъ мы, съ этой поры, въ нашемъ законодательствѣ по отношенію къ занимающему насъ вопросу?

Въ законодательствѣ вмѣсто старыхъ основъ хозяйства мы видимъ движеніе если не къ отмѣнѣ старыхъ привилегій служилаго класса, то къ разрушенію, особенно въ межевыхъ законахъ, старыхъ основъ общности, вредныхъ для народнаго хозяйства, обособленіе хозяйственныхъ единицъ, привлеченіе творческихъ силъ къ разработкѣ скрытыхъ, втунѣ лежащихъ богатствъ и именно богатствъ движимыхъ.

Нѣтъ сомнѣнія, что и у насъ, какъ на Западѣ, по мѣрѣ разрушенія стараго смѣшенія права публичнаго и частнаго, отмѣны вредныхъ для развитія труда формъ личной зависимости, отношеніе имуществъ недвижимыхъ къ движимымъ, естественнаго богатства къ промышленному измѣняется въ пользу послѣдняго.

Уже въ составѣ Х т. мы находимъ наряду съ опредѣленіями, касающимися населенныхъ имѣній, и много другихъ, гдѣ рѣчь идетъ объ имѣніяхъ ненаселенныхъ. Наряду съ землевладѣніемъ опредѣляется составъ имуществъ промышленнаго и торговаго типа, фабрикъ, заводовъ, лавокъ, пріисковъ, и при этомъ весь комплексъ вещей, способныхъ быть предметомъ частнаго обладанія, дѣлится на недвижимости и движимости.

Мы сейчасъ указали, что движимости могутъ иммобилизоваться, входя въ связь съ постоянными хозяйственными формами эксплуатаціи недвижимостей. Это явленіе понятное и носящее на себѣ еще печать юридическаго господства недвижимости надъ движимостью, свойственнаго особенно средневѣковому быту.

Но Code Napoléon даетъ намъ и обратную конструкцію. Если это возможно, если обмѣнъ способенъ направиться къ тому, чтобъ *мобилизовать недвижимость*, то явно, что и въ кругу вещей, какъ въ кругу лицъ, привилегіи недвижимостей уступаютъ мѣсто равенству, что *res mobilis* перестаетъ быть *res vilis*, что завоеваніе началъ равенства въ области права гражданскаго, стало быть, общаго — обнимаетъ не только кругъ лицъ, но и кругъ предметовъ обладанія.

Даютъ ли, однако, намъ такой же прямой отвѣтъ на вопросъ о *равной правоспособности* вещей другія современныя законодательства, особенно наше, какое даетъ французамъ ихъ Code civil?

Мы видѣли выше, въ исторіи развитія союзныхъ формъ гражданскаго правообладанія, для права нѣмецкаго, образецъ метаморфозы старинной формы коллективнаго обладанія недвижимостями по *реально-раздѣльнымъ* долямъ въ горнозаводскомъ дѣлѣ, гдѣ каждая доля имѣетъ свой гипотечный листъ въ горнозаводской книгѣ. Тутъ каждый долевымъ собственникъ обладаетъ, явно, *недвижимостью*, и какъ вымирающая, эта форма держится мѣстами и нынѣ. Чему жъ уступаетъ эта старинная форма въ новыхъ условіяхъ экономическаго и промышленнаго развитія? Мы показали выше, что эти недвижимости, со всѣмъ составомъ правъ участія каждой въ общихъ угодьяхъ, уступаютъ мѣсто новой формѣ правообладанія, гдѣ всѣ реально-раздѣльныя доли недвижимости сливаются въ одно хозяйство компаніи, и вмѣстѣ съ

этимъ реально-раздѣльныя права отдѣльныхъ товарищей превращаются въ пай, въ акціи горнозаводскаго предпріятія. Что жъ это значитъ въ юридическомъ смыслѣ? Это и знаменуетъ собою *мобилизацію* стараго обладанія недвижимостями.

Не то же ли самое мы видимъ у насъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ реально раздѣльныя части московскаго гостиннаго двора, лавки тамошнихъ торговцевъ, выкупаются капиталистическимъ предпріятіемъ всѣмъ, безъ остатка, частью добровольно, частью принудительно, и для чего же?

Для того чтобъ старую привилегированную *недвижимую собственность*, не всѣмъ доступную, замѣнить тѣмъ что средніе вѣка клеймили наименованіемъ *res mobilis res vilis*, чтобъ въ этомъ смыслѣ *низвести вещи* изъ категоріи привилегированныхъ въ предметы права общаго! И между тѣмъ эта операція въ условіяхъ новой промышленно-хозяйственной эволюціи производится съ совершеннымъ успѣхомъ!

По смыслу своему и значенію для системы развитія общаго права это никакъ не менѣе знаменательное явленіе нашихъ дней, чѣмъ отказъ какого либо именитаго государственнаго мужа Англіи подняться на высоту, очевидно, потерявшую старую заманчивость, достоинства пѣра союзнаго королевства и предпочтеніе его остаться на уровнѣ общей политической правоспособности.

§ 28.

Дальнѣйшее дѣленіе вещей въ дѣйствующей системѣ. — Понятіе принадлежности. — Крайнее развитіе этого понятія и источникъ его широкаго примѣненія въ нашемъ кодексѣ. — Смѣшеніе *состава* и *принадлежности*. — Плоды вещи. — Старая и новая точка зрѣнія нашего законодательства въ понятіи плода. — Имущества раздѣльныя и нераздѣльныя.

Дѣйствующее законодательство наше, вслѣдъ за дѣленіемъ вещей на движимыя и недвижимыя, въ той же главѣ (гл. 1 разд. 1 кн. 2), рассматриваетъ категоріи вещей дѣлимыхъ и недѣлимыхъ.

Смыслъ этого различія, какъ извѣстно частью изъ римскаго права, есть весьма различный. Далеко не все что занимало мысль классиковъ въ вопросѣ о свойствахъ вещей и имуществъ продолжаетъ занимать и современную юриспруденцію.

Въ классической системѣ (на основахъ греческой философіи) дѣлили вещи на: а) *единныя и цѣльныя*, какъ единъ человекъ,

б) *составныя изъ вещей входящихъ въ этотъ составъ*, какъ зданіе, судно; с) *совокупныя*, гдѣ нѣтъ поглощающаго частей цѣлаго, а есть только связь *разныхъ* вещей, стадо *). Наше право знаетъ тѣ же расчлененія, но не пользуется ни этой терминологіей, ни консеквенціями, которыя извлекаетъ изъ этихъ дѣленій классическая юриспруденція.

Воособенности далеко отъ классическихъ образцовъ въ вопросѣ о цѣльности и единствѣ вещей, о составѣ ихъ, объ отношеніи вещи главной и принадлежности, о дѣлимости и недѣлимости вещей, о плодахъ вещи, отстоитъ дѣйствующее русское право.

Мы остановимся здѣсь только на тѣхъ различіяхъ вещей въ смыслѣ ихъ единства, состава, взаимоотношенія частей и проч., которыя существенны для пониманія дѣйствующаго нашего права.

Латинская система выработала намъ особыя понятія и особую связь вещей, которая обозначается терминомъ *принадлежность*, подъ коимъ разумѣютъ такую хозяйственную связь *разныхъ* вещей, въ силу которой одна изъ нихъ будетъ главной, а другая или другія служебными, или второстепенными по отношенію къ первой.

Вотъ эти понятія и эти отношенія вещей главной и принадлежности легко отличаема въ латинской системѣ отъ понятія вещей *составныхъ* (домъ, судно) и *совокупныхъ* (стадо, библіотека) въ нѣкоторыхъ современныхъ системахъ, особенно же въ нашей, до такой степени обезразличены, что указать, гдѣ вещь есть составная и цѣльная, гдѣ одна къ другой относится какъ главная и принадлежностная, весьма не легко.

Общую причину смѣшенія понятій состава, единой вещи и связи двухъ вещей, главной и принадлежностныхъ, въ современныхъ системахъ слѣдуетъ видѣть въ томъ, что римляне вообще гораздо дальше шли въ обособленіи не только лицъ, но и вещей, чѣмъ мы; а затѣмъ имъ уже легко представлялось что такое вещь единая и цѣльная, составная, совокупная, и гдѣ есть особая связь двухъ вещей, главной и ея принадлежности. Въ нашихъ системахъ, какъ замѣчено выше, преобладаетъ черта союзныхъ образованій и для лицъ и для вещей **).

*) Ср. особенно l. 30 pr. D. de usurpat. 41, 3. Göppert Über einheitliche, zusammengesetzte u. Gesamtsachen. Dernburg § 68, 76, 77, 78 и особ. Brinz Pandekten I § 144.

**) Попытку Регельсбергера Pandekt. стр. 391, IV, стр. 392 провести границу для понятія состава и принадлежности едва ли можно признать удач-

По отношенію къ вещамъ современныя системы допускаютъ весьма обильно нерасчлененные комплексы ихъ, которыхъ римляне отнюдь не допустили бы, не опредѣливъ съ гораздо большей точностью тотъ или другой видъ сочетанія или частей цѣлаго, или разныхъ вещей, въ ту или другую юридически опредѣленную совокупность.

Наша систематика ушла въ этомъ отношеніи гораздо дальше не только классическихъ образцовъ, но безъ всякаго сомнѣнія и тѣхъ ближайшихъ кодификаціонныхъ работъ, къ которымъ явно старались подойти возможно близко составители нашего Свода.

Когда прочитываемъ рядъ статей опредѣляющихъ понятіе *принадлежности* земель, особенно населенныхъ, входившихъ нѣкогда въ составъ частныхъ имуществъ (385, 386, 387), и тѣсно связанныя съ ними положенія о *существованіи и пространствѣ права полной собственности на землю* (ст. 424 до 430), то для приученной латинскими образцами къ анализу юридическихъ явленій мысли вся масса различій между правомъ гражданскимъ и публичнымъ, между землевладѣніемъ и территоріей, между обладаніемъ и приобрѣтеніемъ, между составомъ и принадлежностью, между вещами плодоприносящими и ихъ произведеніемъ сливается въ одно безразличное цѣлое.

Въ самомъ дѣлѣ, что же это будетъ за *вещь въ смыслъ права гражданского*, которая, во-первыхъ, населена, но пусть населеніе уйдетъ, которой *принадлежности* составляютъ рѣки, озера, пруды, болота, дороги, мосты, перевозки, мельницы, плотины, дворы, церкви (ст. 387 и 386), все что заключается въ нѣдрахъ земли (424), всѣ произведенія, на поверхности ея обрѣтающіяся (387), всѣ плоды, доходы, прибыли, приращенія (425), сокрытыя въ землѣ сокровища (430), и намывы рѣкъ и обнаженное русло и вновь образовавшіеся острова (426, 427, 428)?

Все это несмѣтное содержаніе разнообразнѣйшихъ явленій и юридическихъ понятій должно войти въ составъ одного объекта обладанія, недвижимости и ея принадлежностей!

Очевидно, то безразличіе правъ публичнаго и частнаго, которое составляло нѣкогда черту любой системы правоотношеній, то крайнее осложненіе понятія вещи или имущества, вѣлючавшее въ себѣ цѣлую бездну самыхъ различныхъ составныхъ частей, совсѣмъ нерасчлененныхъ, подверглось здѣсь нѣкоторой цивилистической переработкѣ, въ которой смѣшаны понятіе состава съ по-

ной. Въ нов. кодексѣ 96 г. различены существенныя и несущественныя составныя части вещи (ст. 94 и слѣд.).

нѣемъ принадлежности, понятіе принадлежности съ понятіемъ пріобрѣтенія, и въ этомъ видѣ введено въ нашу кодификацію.

Понять, откуда взялась эта нерасчлененная масса совсѣмъ нетрудно.

Матеріаломъ для содержанія указанныхъ статей служили разновременные указы издававшіеся послѣ уложенія царя Алексѣя Михайловича, изъ коихъ нельзя было вычеркнуть ни одного льготнаго положенія, служившаго къ расширенію правъ привилегированнаго сословія. Въ ту пору натурально не было возможности въ точности указать границу права публичнаго и частнаго. Къ тому же въ кодексъ, въ ученіе о составѣ права собственности были введены положенія изъ межевыхъ инструкцій и многое, взятое оттуда, тоже отмѣчено понятіемъ *принадлежности*. Наконецъ, разные манифесты, открывавшіе такъ сказать обѣтованную землю для класса служилаго, также своеобразно расширяли подлежащей обработкѣ матеріаль „гражданскихъ“ законовъ. Это безпредѣльно богатое и пестрое содержаніе было обработано кодификаторами, *въ смыслъ формальномъ*, съ помощью системы французскаго кодекса. Мы не можемъ здѣсь войти въ подробности для характеристики этой системы и возвратимся къ ней въ ученіи о пріобрѣтеніи права собственности. Замѣтимъ только, что Code civ. употребляетъ нерѣдко именно въ этомъ ученіи совершенно не техническіе термины для обозначенія не только состава вещи, но и принадлежностей вещей, понятіе принадлежности (*res accessoria*) смѣшиваетъ съ пріобрѣтеніемъ *per accessionem*, вмѣсто термина пріобрѣтеніе права собственности говоритъ „лицу принадлежитъ“ (*appartient*) доходъ, плоды вещи, обезразличиваетъ техническій терминъ „пріобрѣтаетъ“ съ другимъ чисто фактическимъ и экономическимъ „*profite*“, т.-е. обращаетъ въ свою пользу.

Всѣ эти образцы Code'а далеко не заслуживали подражанія, если задача права и его техники не въ смѣшеніи, а въ различеніи явленій, по существу несходныхъ, въ приведеніи ихъ къ легчайшей распознаваемости. Французы, однако, въ своихъ системахъ, вовсе не смущаются этимъ стремленіемъ Code'а выражать юридическія понятія хотя нетехническимъ образомъ, но общепонятно, и въ языкѣ науки и школы эти неточности легко побѣждаются у нихъ подлинной юридической терминологіей и анализомъ.

Мы пошли по этому пути обезразличенія юридическихъ явленій еще много далѣе французскаго кодекса.

Въ той картинѣ принадлежностей, какую даютъ намъ при-

веденныя выше статьи т. X ч. 1-й частное землевладѣніе смѣшивается съ территоріей, понятіе принадлежности въ смыслѣ топографическомъ и географическомъ явно идетъ взамѣнъ понятія принадлежности въ смыслѣ гражданского права. Гдѣ жъ въ самомъ дѣлѣ рѣки составляютъ принадлежность клочка земли, отмежеваннаго въ частную собственность? Въ какомъ смыслѣ дороги, мосты, перевозки могутъ составлять принадлежность частной собственности? Развѣ въ смыслѣ поборовъ съ проѣзжающихъ, которые, какъ извѣстно, были рано отмѣнены. Что жъ оставалось для прилегающаго къ дорогѣ землевладѣльца въ смыслѣ его частного притязанія на дорогу? Тутъ мѣсто повинностямъ, а не правамъ, и какъ извѣстно, въ числѣ такихъ повинностей была очень тяжелая, не закрывать полей до Троицына дня и послѣ Покрова, чтобъ гуртовщики могли пускать скотъ на подножный кормъ *). Въ какомъ смыслѣ, наконецъ, могла церковь разсматриваться *какъ принадлежность* частного землевладѣнія? Натурально, не въ смыслѣ хозяйственной принадлежности **).

Cujus est solum ejus est usque ad coelum et usque ad inferos, такова формула нашедшая себѣ выраженіе въ 552 art. С.с. „la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous“. Но вѣдь это только принципъ, а вовсе не анализъ природы юридическаго явленія. Надо взять art. 552 въ цѣломъ чтобы понять примѣненіе этого принципа. Если наше законодательство къ числу *принадлежностей* земли относитъ сокровища въ нѣдрахъ ея сокрытыя, всѣ произведенія и прибыли на ея поверхности, то всякому хорошо извѣстно, что эти сокровища,

*) Извѣстно, что эта тяжелая, иногда опасная (чума) форма участія общаго была вызвана ловко рассчитанной операціей нѣкотораго финансиста XVI в. изъ мѣщанъ, который снялъ у придорожныхъ землевладѣльцевъ луга прилегающіе къ дорогѣ и вызвалъ этимъ замѣтное повышеніе цѣнъ на мясо въ Петербургѣ.

**) Гл. 17 ст. 27 Улож. Ц. А. М. говоритъ о продажѣ и залогѣ вотчинъ и указываетъ какъ цѣнить вотчины, поступившія въ продажу или въ залогъ, причемъ за церковное строеніе, за боярскіе и людскіе дворы, за мельничное и прудовое строеніе платить по оцѣнкѣ стороннихъ людей. Можно ли отсюда заключить, что церковное строеніе есть *принадлежность* земельной собственности, какъ это дѣлаетъ Сводъ? Это очень сомнительно, ибо церковь все же стоитъ внѣ частного обладанія, а понятіе принадлежности не можетъ идти дальше этого круга вещей. Церковное зданіе не можетъ получить другого назначенія по усмотрѣнію землевладѣльца и пользованіе имъ не можетъ быть возбранено или утилизируемо для частныхъ выгодъ, какъ это можно сдѣлать съ барскимъ строеніемъ или мельницей. Уложеніе не дѣлаетъ церковнаго строенія *принадлежностью* частной собственности, какъ не могли межевыя инструкціи сдѣлать принадлежностью лоскута земли рѣку, дорогу, озеро и проч., которыя, однако, въ смыслѣ топографическомъ несомнѣнно составляли принадлежность земли. Нахожденіе въ имѣніи церкви и указаніе на это составляетъ самое обыкновенное явленіе въ старыхъ грамотахъ. Именуютъ не только церковь, но и придѣлъ (А. Ю. № 105).

ископаемые богатства, надо впередъ открыть, чтобъ ихъ *приобрѣсти*, ибо иначе они ничего не даютъ, что эти плоды надо впередъ разработать, чтобъ они были хотя видны и лишь затѣмъ *приобрѣсти* ихъ въ частную собственность, какъ это и ясно въ указ. art. 552 С.с.

Если ни матерьялъ бывшій въ обработкѣ нашихъ кодификаторовъ, ни образцы обработки, какіе были въ Code civil, не могли дать удовлетворительныхъ для т. X ч. 1 результатовъ въ смыслѣ юридической техники, то этого отнюдь нельзя отнести къ самому русскому праву, въ многочисленныхъ матерьялахъ коего, подлежащихъ обработкѣ, легко указать самые ясные слѣды вполне правильнаго расчлененія понятій территоріальныхъ и частноправныхъ принадлежностей землевладѣнія *).

Совершенно въ духѣ новоевропейскихъ кодексовъ понятіе состава и принадлежности обезразлично въ статьѣ о фабрикахъ и заводахъ (см. ст. 388).

Но много дальше европейскихъ образцовъ въ этомъ обезличеніи мы ушли описывая принадлежности дома, которыя „суть тѣ *части* (?) оныхъ, составляющія внутреннюю и наружную отдѣлку, и тѣ украшенія, которыя невозможно отдѣлить отъ зданія безъ поврежденія, какъ-то мраморные, краснаго дерева и другого рода полы, мраморные, мѣдные или чугунные каминны, дорогіе обои, зеркала въ стѣнахъ и т. п.“ (389). Вся обстановка дома взята, очевидно, у французовъ; у насъ она могла имѣть небольшое при-

*) См. напр. въ Акт. Юр. № 53—раздача Пурецкой волости помѣщикомъ, при чемъ угодья всякія въ рѣкахъ, въ оверахъ, лѣсахъ остаются въ общемъ пользованіи. Такіе виды пользованія въ общемъ достояніи волости вводятся въ актахъ отчужденія, залога, въ счетъ *принадлежностей* села, полусела, той или другой недвижимости или поселя, въ самыхъ разнообразныхъ оборотахъ рѣчи. Село земли съ дворами и дворищами, съ пашнями, лугами, ловищами, хмѣльникамъ и со всякими *притеребъ*; обозначаются при нѣкоторыхъ угодьяхъ и *движимости* болѣе или менѣе обстоятельно, рыбныя ловли и *поплавные невода рыба ловити*. Часто обозначенія очень общія, встрѣчающіяся не у насъ только, а и въ старинныхъ нѣмецкихъ сдѣлкахъ, каковы извѣстныя формулы „куда коса, соха, топоръ ходили“, и еще общѣ „со всѣмъ что изстари къ тому селу потягло“. Иной разъ въ этихъ притеребахъ ищутъ опредѣлить предѣлы пользованія, напр. въ покосахъ „что скосимъ мы и что скосите вы, а гдѣ сойдемся — полно“; въ лѣсномъ угодьи показываютъ на что имѣетъ идти лѣсъ, деревомъ ли, дровами ли, или для мелкихъ хозяйственныхъ нуждъ; для предупрежденія злоупотребленій при разверсткѣ общей прибыли отъ общаго бортнаго промысла весь медъ сливали вмѣстѣ и дѣлили противу дачъ (А. Ю. № 53). Въ другомъ мѣстѣ названы жернова запасные что у мельницы лежатъ (№ 85). Есть, стало быть, случаи, гдѣ довольно общаго обозначенія *всего что потягло*, или *всѣхъ притеребовъ*. Но старая практика знаетъ и такіе случаи, гдѣ при покупкѣ вещи, недвижимости, присоединяются въ договорѣ особые придатки, не составляющіе принадлежность недвижимости, а лишь осложненіе состава договорной сдѣлки. Такимъ образомъ покупщикъ недвижимости выговариваетъ себѣ двое портъ, шубу, да чюпрюнь, да дѣвку Феню (Новгор. данныя А. Ю. № 110, VI).

ложеніе. Лучше было бы въ данномъ случаѣ взять у французовъ статью ихъ кодекса, чѣмъ этотъ списокъ предметовъ роскоши, въ кругъ нашего гражданского законодательства. Art. 525 С.с. указываетъ не только тѣ предметы, которые такъ или иначе (тоже у нѣмцевъ) *прикрѣплены* къ дому, но и совсѣмъ *отдѣльныя* вещи, имѣющія, однако, прямое назначеніе служить украшенію зданія (статуи въ устроенныхъ для нихъ нишахъ). При теперешней методѣ стройки цѣлая масса вещей не только пригодныхъ, но уже получившихъ конкретное примѣненіе для хозяйственного назначенія, должны быть рассматриваемы какъ принадлежность дома, совершенно независимо отъ вопроса о какомъ-либо скрѣпленіи ихъ съ самымъ зданіемъ (зимнія рамы). Таковы приспособленія для подъема тяжестей, воды; таковы подвижныя лѣстницы, прилаженные къ данному строенію, хотя и неприкрѣпленныя къ нему.

Сколько нибудь исчерпывающаго ученіе о принадлежности изложенія нельзя достигнуть въ виду измѣнчиваго вліянія экономическихъ и фактическихъ интересовъ, коими опредѣляется въ оборотѣ связь вещей въ нѣкоторое хозяйственное единство. Здѣсь не только масса факческаго разнообразія, но и различіе обычаевъ локальныхъ, профессиональныхъ даетъ неисчерпаемый матеріалъ.

Что касается юридическаго значенія такой связи двухъ вещей, то оно крайне важно во всѣхъ сдѣлкахъ обмѣна имущественнаго. Нормально вещи принадлежностныя слѣдуютъ за главными при всѣхъ видахъ отчужденія, а особенно въ актахъ залога недвижимостей. Опасность злоупотребленій воособенности въ случаяхъ принудительнаго отчужденія вещей, служащихъ для обезпеченія принудительныхъ взысканій, побуждаетъ законодательство тщательно разрабатывать вопросъ о принадлежности и составѣ вещи, особенно недвижимости, на случай ея залога (ст. 392 т. X ч. 1); объ этомъ мы будемъ имѣть случай говорить въ своемъ мѣстѣ (Уст. Кред. изд. 87 г. разд. VIII ст. 38).

Французское право и подъ его вліяніемъ, какъ сейчасъ увидимъ, отечественное законодательство разрабатываетъ вопросъ о составѣ, принадлежности, плодахъ вещи особенно въ положеніяхъ объ отвѣтственности владѣльца добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго по иску собственника.

Въ томъ же титулѣ о существѣ и пространствѣ правъ на имущества (книга II разд. 2-й), гдѣ смѣшаны столь разнообразныя юридическія явленія, мы имѣемъ особую статью о *приплодахъ и приращеніяхъ отъ животныхъ*. Законъ опредѣляетъ принадлежность (ибо рѣчь идетъ о существѣ и пространствѣ

правъ на имущества, а не о приобрѣтеніи права собственности) приплода по началу материнства, кто хозяинъ самки тотъ хозяинъ приплода (431). На ряду съ этимъ приведенная статья указываетъ годовой срокъ для отысканія приплода отъ животныхъ, находящихся въ чужомъ владѣніи. Та же точка зрѣнія *принадлежности хозяину* плодоприносящей вещи выдержана и для всѣхъ ея *плодовъ, доходовъ, прибылей, приращеній, выгодъ* и всего что трудомъ и искусствомъ его произведено въ томъ имуществѣ (ст. 425).

Имѣя въ виду только эти двѣ статьи, мы не вышли бы изъ старинной контроверзы, раздѣляющей издавна западный міръ въ вопросѣ о положеніи плодовъ вещи въ цивильно-оборотномъ смыслѣ. Составляютъ ли плоды *часть плодоприносящей вещи*, или это вещь новая? *). Это различіе исходныхъ точекъ ученія о плодахъ даетъ, какъ извѣстно, въ западныхъ ученіяхъ, особенно въ нѣмецкой литературѣ, цѣлый рядъ консеквенцій для всѣхъ важнѣйшихъ пунктовъ ученія о плодахъ въ его дальнѣйшемъ развитіи. Мы не имѣемъ, однако, никакихъ основаній предполагать, что наша кодификація не просто заимствовала изъ кодексовъ, служившихъ ей образцомъ, неудачную терминологию и порядокъ изложенія имѣвшагося подъ рукой матеріала, а избирала одни ученія мнѣнія (Донеля), и отвергала другія, чтобъ сдѣлать ихъ руководящими для практики. Называя плодъ *принадлежностью* плодоприносящей вещи, наша кодификація выдерживала принятое ею въ основу понятіе существа и пространства правъ на имущества. Этому *пространству* правъ оно подчиняло безразлично и плоды вещи, пока они не отдѣлены, и обнажившееся русло рѣки и вновь образовавшійся островъ. Все это входило въ *пространство правъ* и посему *принадлежало* хозяину прилегающаго землевладѣнія, плодоприносящей вещи и проч.

Здѣсь нѣтъ принципа *юридическаго*, который рѣшаетъ вопросъ объ особой природѣ состава вещи, плода, дохода, а чисто *статическая* точка зрѣнія разграниченія обладанія вещами.

Поэтому насъ не удивитъ, что въ другихъ мѣстахъ кодекса

*) Мы не будемъ здѣсь приводить контроверзныхъ по этому вопросу мнѣній французскихъ и нѣмецкихъ писателей, ибо ихъ легко найти въ указанныхъ въ началѣ этой книгѣ учебникахъ. Въ настоящее время русскому читателю стали доступны, безъ знанія иностранныхъ языковъ, не только эти контроверзные мнѣнія, но и блестящая разработка и нерѣдко очень счастливое разрѣшеніе безвыходныхъ, казалось, противорѣчій источниковъ, въ работахъ проф. Л. І. Петражицкаго, особенно въ его книгѣ Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы Петербургъ 97 г., гдѣ авторъ суммируетъ результаты прежнихъ своихъ работъ, опубликованныхъ частью на нѣмецкомъ языкѣ.

мы встрѣтимся съ другими возрѣніями на тѣже плоды вещи. Какъ только оставлена точка зрѣнія *пространства*, и принята точка зрѣнія развитія, движенія, работы, *производства*, т.-е. динамическая, *das Werden des Rechts*, такъ тотчасъ плодъ является вещью новою, коей судьба не та же что судьба состава или принадлежности вещи, а совершенно иная, смотря по различію правоотношеній, въ коихъ находится владѣлецъ вещи къ собственнику ея.

Если для юриспруденціи представляется въ высшей степени неудобнымъ смѣшеніе понятій состава и принадлежности вещи, то смѣшеніе понятія плода и состава вещи или ея принадлежности, для сколько нибудь развитаго юридическаго быта, еще несравненно болѣе неудобно.

Обезразличеніе состава, принадлежности, плода свойственно неразвитому обмѣну, эпохѣ застоя, неподвижности. Въ исторіи нашего права это точка зрѣнія обращенная къ прошлому. Гдѣ рѣчь только о *пространствѣ*, тамъ господствуетъ недвижимость. Съ эпохи Петра начинается другая фаза развитія, и другая точка зрѣнія на правообладаніе. И обѣ точки зрѣнія ясны въ составѣ Свода. За вопросомъ пространства идутъ, медленно преуспѣвая, задачи производства. Съ этимъ вмѣстѣ наступаютъ новыя условія и новая точка зрѣнія на плоды и доходы, гдѣ пространство правъ собственности не рѣшаетъ вопроса, а встрѣчается съ вопросомъ труда, производства, движенія.

Съ этимъ вмѣстѣ вступаютъ на очередь вопросы права, чьими должны быть плоды вещи? Тому ли они имѣютъ *принадлежатъ* или вѣрнѣе, тотъ ли ихъ имѣетъ *пріобрѣтатъ*, за кѣмъ обладаніе, пространство, или тотъ кто ихъ произвелъ, кто образовалъ, кто развилъ продуктивную силу плодоприносящей вещи?

Уже въ старомъ составѣ статей Свода, различая понятія имуществъ недвижимыхъ и движимыхъ, нашъ кодексъ объявляетъ *принадлежностью* земли только произведенія на ея поверхности *обрѣтающіяся*, а также *сокровенные* въ ней металлы (387).— Но уже хлѣбъ *сжатый* и *молоченый* перестаетъ быть принадлежностью или составомъ недвижимости. Онъ есть *особая вещь*, притомъ *движимая* (401).

Но этого мало. Точка зрѣнія на плодъ какъ на вещь *отдѣльную*, коей судьба вовсе не связана необходимо съ плодоприносящей вещью, опредѣляется окончательно и развивается лишь вмѣстѣ съ дальнѣйшимъ движеніемъ нашего права. Она есть новая, послѣдующая, и при этомъ несомнѣнно торжеству-

ющая, вводящая въ тѣсныя предѣлы старую точку зрѣнія состава, принадлежности, вообще пространства.

Окончательно эта новая точка зрѣнія выработалась и выразилась въ нашемъ кодексѣ лишь въ изд. его въ 57 г., куда былъ введенъ законъ о вознагражденіи за вредъ и убытки за владѣніе чужимъ имуществомъ (въ изд. 57 г. и послѣд. это ст. 609 и слѣд.).

Этотъ законъ въ цѣломъ составѣ выработанъ въ 1851 г. подъ очевиднымъ вліяніемъ западныхъ законодательствъ, особенно французскаго права, и довольно тщательно соображенъ съ мѣстными условіями обмѣна. Мы не имѣемъ основанія разсматривать его здѣсь въ полномъ его составѣ, и вопросъ, который занимаетъ насъ здѣсь, есть только понятіе плода въ немъ выработанное и представляющее собою несравненно большее развитіе, чѣмъ въ прежнемъ составѣ нашего гражданскаго кодекса. Шагъ впередъ настолько значительный, что проф. Петражицкій въ указанномъ выше трудѣ задается вопросомъ, не слѣдуетъ ли законъ 21 марта 1851 г. разсматривать и въ составѣ Свода какъ послѣдующій, имѣющій силу отмѣнять прежнія нормы. Нѣтъ сомнѣнія, что къ статьямъ Свода нельзя примѣнять хронологическаго критерія, но, несомнѣнно, метода такъ назыв. „внутренней хронологіи“ въ данномъ случаѣ можетъ дѣйствительно дать основаніе для такого вопроса.

Чтоже даетъ намъ новаго этотъ законъ?

Ученіе о плодахъ, какъ было замѣчено выше, принадлежитъ къ числу крайне контрoверзныхъ въ юридической литературѣ *). Подъ именемъ плода **) слѣдуетъ, разумѣть любой правильно возвращающійся *приходъ* (*доходъ* въ легальной терминологіи) отъ любой вещи или составной части имущества, которая образуетъ такимъ образомъ капиталъ. Этотъ моментъ постоянной хозяйственной прибыли

*) Обзорѣніе всего ученія можно найти у Гёпперта, котораго трудъ и теперь очень цѣнится, не смотря на трудность изложенія. Все ученіе до сихъ поръ покоится на латинскихъ основахъ, и контрoверзы, связанныя съ толкованіемъ текстовъ классиковъ, длятся вѣка. Профессоръ Петражицкій дѣлаетъ для русскихъ читателей доступнымъ не только изученіе вопроса, какъ онъ опредѣлился въ юридической литературѣ западной, но, идя въ изслѣдованіи труднѣйшихъ проблемъ ученія глубже своихъ предшественниковъ, открываетъ путь къ устраненію многихъ спорныхъ пунктовъ, и даетъ для разработки вопроса такія солидныя и широкія основы, что одинъ изъ лучшихъ пандектистовъ нашего времени, берлинскій профес. Гейнрихъ Дернбургъ становится рѣшительно на его точку зрѣнія и дѣлаетъ существенныя измѣненія въ цѣломъ рядѣ соотвѣтствующихъ этому ученію параграфовъ своего пандектнаго учебника, слѣдуя мыслямъ профессора Петражицкаго.

**) *Frugum pro redditu appellari non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Julianus scribit* (Юлій Павелъ l. 77 D. de V. S.).

выраженъ именно во французскомъ кодексѣ. Плоды, не представляющіе этого свойства *периодичности*, *reventu*, *reditus*, не составляютъ въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ плодовъ или доходовъ съ капитала. Французская практика не вводитъ въ лѣсоводномъ хозяйствѣ дерево, достигшее предѣльнаго роста и идущее на срубъ не въ очередь, въ понятіе лѣсохозяйственнаго прихода. Это будетъ субстанціальная часть вещи, также какъ валежникъ. Въ латинской системѣ нахожденіе клада не входитъ въ *доходность* землевладѣнія.

Только этотъ смыслъ плода составляетъ предметъ разработки юристовъ въ классическомъ правѣ, а не случайная прибыль хозяина вещи, связанная съ ея обладаніемъ. Мы имѣемъ, стало быть, въ этомъ ученіи дѣло съ міромъ отношеній, свойственныхъ развитому экономическому быту. Именно къ такому быту и къ юридическимъ отношеніямъ въ его условіяхъ образующимся только и могутъ быть прилагаемы приемы научнаго анализа экономическихъ дисциплинъ и соотвѣтственно этому приемы юридического анализа вопросовъ пріобрѣтенія, обмѣна, оцѣнки этого вида имущества, которыя мы находимъ въ развитыхъ системахъ стараго и новаго времени *).

Къ этой точкѣ зрѣнія приближаетъ насъ весьма законъ 21 марта 51 года.

Когда мы рассматриваемъ плоды въ этомъ смыслѣ, то *понятіе плода* будетъ обнимать собою кругъ явленій не связанныхъ необходимо съ процессомъ природной продуктивности вещей. Тутъ та же юридическая переработка, какую мы указывали выше въ ученіи о лицѣ, въ общемъ понятіи вещи и проч. Далеко не все, что есть естественный продуктъ, будетъ въ смыслѣ хозяйственномъ и юридическомъ плодомъ вещи. И, съ другой стороны, понятіе плода въ смыслѣ юридическомъ вовсе не кончается тамъ, гдѣ не имѣетъ мѣста производительность фізіологическая, рас-

*) На этомъ признакѣ экономически правильно построенной доходности имущества основаны наиболѣе цѣнные результаты изысканій проф. Петражицкаго для разъясненія многихъ загадочныхъ вопросовъ классическихъ источниковъ и для юридической конструкціи всего ученія о плодахъ, отдѣльныхъ приложеній этого ученія въ разныхъ частяхъ системы, особенно въ трудной проблемѣ пріобрѣтенія плодовъ вещи добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Разработавъ столь счастливо одну изъ основныхъ проблемъ цивилистики, проф. Петражицкій открылъ себѣ вѣрный и самостоятельно имъ проложенный путь не только къ цѣлому ряду другихъ *частныхъ* задачъ въ области нашей науки, но и къ общимъ методологическимъ и цивильно-политическимъ проблемамъ гражданскаго права. Для этого недостаточно, конечно, одного усердія, столь распространеннаго у насъ, къ наукамъ экономическимъ, сопровождаемаго обыкновенно нерасположеніемъ къ гражданскому, особенно римскому праву, а необходима полнота обладанія обѣими дисциплинами, которая не только у насъ, но и на Западѣ составляетъ явленіе весьма рѣдкое.

тельная или животная. Къ кругу плодовъ относятъ не только періодически прибывающіе приплоды или приросты въ хозяйствѣ того или другого рода, но наряду съ этимъ массу вещей имѣющихъ цивильно-оборотное значеніе, совершенно независимое отъ фізіологическихъ процессовъ. Таковъ ледъ, таковы каменноломни, каменноугольныя копи, таковъ торфъ. По отношенію къ животнымъ доходность ихъ въ хозяйствѣ и въ правѣ принимается не со стороны только приплода, на который указываютъ многія статьи разсматриваемаго раздѣла, но еще въ массѣ комбинацій: шерсть, молоко, навозъ, рабочая сила скота (см. въ нашемъ законѣ особ. ст. 620 п. 3 и 643), а также *употребленіе предметовъ*, кромѣ капитала и животныхъ, *если эти предметы могли приносить доходъ* (643).

Въ томъ же смыслѣ періодически возвращающагося плода вещи слѣдуетъ разумѣть и всѣ денежныя поступленія отъ найма, аренды, процентнаго займа, насколько они представляютъ собою не умаленіе субстанціи плодоприносящей вещи, а производительный результатъ хозяйственной функціи вещи въ гражданскомъ оборотѣ.

Указанный нами выше законъ 21 марта 1851 года стоитъ именно на этой широкой точкѣ зрѣнія на плоды вещи, какъ на постоянныя хозяйственныя выгоды, которыя даетъ производительное употребленіе вещи въ гражданскомъ обмѣнѣ. Посему въ качествѣ плодовъ фигурируютъ въ немъ, независимо отъ умаленія субстанціи, доходы имуществъ, въ смыслѣ непосредственно поступающихъ эксплуатирующему имуществу хозяину продуктовъ хозяйства и въ смыслѣ сданныхъ имъ за деньги отдѣльныхъ хозяйственныхъ доходныхъ (оброчныхъ) статей для непосредственной эксплуатаціи ихъ третьими лицами. Отъ поступленій всякаго рода, при этомъ безъ вычета тратъ для экономической эксплуатаціи вещи, законъ отличаетъ понятіе дохода чистаго, т.-е. остающагося въ рукахъ хозяина за вычетомъ тратъ (620, 623, 630 ср. съ art. 548 Code civ.). При этомъ въ составѣ законоположенія легко различить плоды еще связанные съ вещью и не представляющіе собою отдѣльнаго объекта обладанія. Это такъ назыв. *fructus pendentes*. По отношенію къ этимъ вещамъ возможны юридическія сдѣлки только въ смыслѣ вещей имѣющихъ впослѣдствіи получить отдѣльное существованіе, *res futurae* *).

*) Изъ XVII в. къ намъ дошелъ любопытный раздѣльный актъ, въ коемъ предметомъ дѣлежа служатъ могущія со временемъ родиться отъ пары еще не состоящей въ бракѣ, вѣскога Перфилки и дѣвки Ириньицы, дѣти (А. Ю. № 267).

На ряду съ этимъ законъ различаетъ понятіе плода имѣвшаго поступить, но не поступившаго по небреженію въ хозяйственной дѣятельности владѣльца (624). Наконецъ, здѣсь же мы имѣемъ *всѣ* выгоды и прибыли, пришедшія уже къ рукамъ хозяина, или не пришедшія еще, но долженствовавшія произойти поступленія, связанныя съ извѣстнымъ періодомъ хозяйственной эксплуатаціи вещи, въ отличіе отъ такихъ, которыя принадлежатъ слѣдующему періоду (620, 626, 635).

Всѣ эти различія въ понятіи плода сдѣланы въ разсчитываемомъ законѣ языкомъ далеко не техническимъ, очевидно, ради общедоступности, обыденными наименованіями ихъ въ разговорной рѣчи. Несомнѣнно, это лишаетъ ихъ прецизности, которая важна для юридическихъ цѣлей, но не мѣшаетъ, натурально, перерабатывать ихъ въ этомъ смыслѣ правильными приемами юридической интерпретаціи.

Существуетъ еще весьма важное для юриста дѣленіе вещей на категоріи, одинаковыя, какъ въ римскомъ правѣ, такъ и у насъ, именно, *дѣленіе имущества на раздѣльные и нераздѣльные*. Соответственно понятію дѣлимости, въ наукѣ общаго права выработаны особые признаки дѣлимости вещей. Имущества съ свойствами дѣлимости въ нашемъ законодательствѣ называются раздѣльными. На это указываютъ ст. 393 и 394 X т. Изъ нихъ видно, что понятіе дѣлимости и недѣлимости, установленное въ юриспруденціи, не соответствуетъ такому же понятію въ смыслѣ физическихъ признаковъ. Въ природѣ всѣ вещи дѣлимы до безконечности. Юриспруденція не всегда признаетъ за ними свойства дѣлимости. Значеніе такого признанія вполнѣ будетъ понятно, если мы примемъ во вниманіе, что, устанавливая свойство недѣлимости вещей, мы имѣемъ въ виду *критерій гражданского оборота*, а не физическія свойства вещи. По сему, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ свойство дѣлимости вещи, какъ физической вещи, непримѣнимо для оборота, мы называемъ эту операцію не дѣленіемъ вещи, а ея порчею, уничтоженіемъ прежней вещи. Напр., домъ, по свойству матеріала, изъ котораго онъ выстроенъ, можетъ быть раздѣленъ на части, но будучи раздѣленъ, онъ перестаетъ быть домомъ. Точно также, раздѣленное на части животное не тождественно, конечно, съ цѣлымъ животнымъ. Въ томъ и другомъ примѣрѣ въ результатѣ дѣленія получается не рѣдко вещь новая вмѣсто прежней. По договору купли-продажи коня или дома нельзя предоставить покупщику конину или бревна и камни. Итакъ, существуютъ вещи, которыя отъ дѣленія ихъ на физическія части теряютъ свои прежнія оборотныя свойства.

Но есть также и такія вещи, которыя допускають дѣленіе и которыя ничего не теряють отъ этого. Къ нимъ относятся всѣ вещи, которыя опредѣляются мѣрой, вѣсомъ, числомъ. Сюда относятся также и земельные участки. Таково юридическое значеніе дѣлимости и недѣлимости вещей.

Говоря о нераздѣльности имущества, мы имѣемъ въ виду *юридическую* невозможность дѣленія самой вещи на части, но этимъ не исключается возможность обладанія отвлеченными долями такого имущества. Здѣсь открывается сфера общей собственности. Въ имуществахъ нераздѣльныхъ, говоритъ кассационная практика Сената (къ ст. 546), нераздѣльнымъ признается только *предметъ* права, но *самое право* представляется раздѣльнымъ. Такимъ образомъ, вещь можетъ быть недѣлима, но двоимъ могутъ принадлежать доли въ обладаніи ея. Раздѣленіе на доли не влечетъ раздѣленія на части, и по сему въ куплѣ дома, коня могутъ участвовать двое, трое и т. д. Тутъ имѣетъ мѣсто то, что технически извѣстно подъ названіемъ *partes pro indiviso*. Это свойство вещей весьма важно имѣть въ виду при изученіи юридическихъ сдѣлокъ и вообще явленій гражданскаго оборота.

Что касается нашего законодательства, то оно въ своихъ постановленіяхъ прямо подходитъ къ вышеустановленному понятію дѣлимости и недѣлимости. Оно относитъ къ нераздѣльнымъ вещамъ именно тѣ вещи, которыя, хотя физически и способны дѣлиться, но, будучи раздѣлены, совершенно не годятся для гражданскаго оборота, и потому считаются недѣлимыми. Такимъ образомъ, моментъ пригодности вещей для гражданскаго оборота есть рѣшающій при рѣшеніи вопроса, къ дѣлимымъ или недѣлимымъ имуществамъ слѣдуетъ отнести данную вещь? Когда, напр., недвижимое имущество можетъ быть раздѣлено на такія части, изъ которыхъ каждая отдѣльно способна стать предметомъ отдѣльнаго обладанія, оно называется раздѣльнымъ имуществомъ. Если оно способно дѣлиться, но безъ послѣдняго условія, оно относится къ числу нераздѣльныхъ имуществъ. Таково опредѣленіе нашего законодательства (X т., 393 ст.).

Это опредѣленіе относится опять *только къ недвижимымъ* имуществамъ, причемъ *законъ нашъ*, независимо отъ существа ихъ, признаетъ извѣстныя имущества нераздѣльными на основаніи экономическихъ и соціальныхъ соображеній. Относительно имуществъ движимыхъ нашъ X т. и въ данномъ случаѣ ничего неговоритъ. Въ римскомъ правѣ дѣйствовало то положеніе, что имущества движимыя, теряющія при раздѣленіи свою цѣнность, признавались нераздѣльными. Это положеніе должно считаться дѣйствующимъ и по отно-

шенію къ нашему праву. Въ статьѣ 394 X т. указано, какія именно имущества надлежитъ почитать нераздѣльными *по закону*. Сюда относятся: 1) фабрики, заводы и лавки; 2) принадлежащіе государственнымъ крестьянамъ, водвореннымъ на собственнѣхъ земляхъ, участки земли, не болѣе восьми десятинъ содержащіе; такой именно размѣръ участковъ признается недѣлимымъ, очевидно, *utilitatis causa*; 3) аренды; 4) золотые прииски, состоящіе на земляхъ казенныхъ и кабинета Е. И. В.; 5) маіоратныя имущества; 6) участки, отводимые по Высочайшимъ повелѣніямъ малоимущимъ дворянамъ; 7) дворы городскихъ обывателей (допускаются изъятія) и, наконецъ, 8) желѣзныя дороги съ ихъ принадлежностями. Сюда же могутъ быть отнесены и такъ наз. заповѣдныя наслѣдственныя имущества (ст. 395). Такова экземплификація понятій дѣлимости и недѣлимости вещи, которую даетъ намъ X т.

Нѣкоторые изъ перечисленныхъ здѣсь видовъ недвижимыхъ имуществъ, почитаемыхъ нераздѣльными, допускаютъ, однако, доленое участіе нѣсколькихъ лицъ въ ихъ владѣніи. Даже участокъ, величиною въ 8 десятинъ, не могущій быть отчуждаемымъ по частямъ, можетъ принадлежать, напр., двумъ братьямъ, которые въ такомъ случаѣ являются обладателями каждый долею нераздѣльнаго имущества. И такой случай вовсе не будетъ противорѣчить закону, который, такимъ образомъ, допускаетъ *partes pro indiviso*. Подробно законъ не разрабатываетъ этого различія.

§ 29.

Ограниченіе оборотоспособности недвижимостей въ интересахъ союзовъ разнаго типа.—Союзъ родовой какъ общая стадія въ исторіи развитія права.—Остатки родовыхъ недвижимостей въ Германіи.—*Retractus gentilicius* въ прибалтійскомъ Сводѣ. — Сдѣлки отчужденія недвижимостей въ старомъ русскомъ правѣ. — Ограниченіе права выкупа 40-лѣтнимъ срокомъ. — Родовыя вотчины въ эпоху Уложенія.—Петровскій указъ о единонаслѣдіи.—Дальнѣйшее ограниченіе права выкупа. — Обиліе указовъ. — Жалованыя грамоты Императрицы Екатерины.—Дальнѣйшія попытки расширенія родоваго имущества. — Безуспѣшность. — Современное законодательство. — Попытки распространительнаго толкованія закона. — Понятіе предвареннаго наслѣдства и его примѣненіе къ данному случаю.—Несвоевременность расширенія и ошибки въ приѣмахъ истолкованія.—Нематерьяльныя блага.—Деньги.—Права какъ объекты.—Предѣлъ оцѣночности.

Намъ надлежитъ остановить здѣсь наше вниманіе на одномъ явленіи ограниченнаго правооборота, крайне характерномъ для

извѣстныхъ эпохъ соціального развитія, не только удержавшемся, но какъ будто ищущемъ расширить свое примѣненіе въ нашемъ правѣ дальше тѣхъ предѣловъ, въ коихъ его допускаетъ нашъ законъ.

Это явленіе связано съ особой категоріей вещей, имуществъ, и нашло въ X т. ч. 1 себѣ мѣсто въ гл. 1-й разд. 1-го о разныхъ родахъ имуществъ, кн. 2-й, гдѣ мы въ титулѣ главы имѣемъ, на ряду съ дѣленіемъ имуществъ на движимыя и недвижимыя, дальнѣйшее дѣленіе (только для имуществъ недвижимыхъ) ихъ на *благопріобрѣтенныя и родовыя*.

Явленіе ограниченнаго оборота имуществъ, *недвижимостей* воособенности, есть исконное въ европейскомъ правѣ. Масса остатковъ этого нѣкогда господствовавшаго порядка вещей удержалась до позднѣйшей эпохи въ особомъ обилии въ Германіи и въ земляхъ, связанныхъ своими современными юридическими преданіями со старой нѣмецкой имперіей, именно въ нашихъ прибалтійскихъ окраинныхъ губерніяхъ.

Возможно безъ всякаго труда доказать, что эти остатки прошлаго не имѣютъ въ своей основѣ ничего національнаго (ни нѣмецкаго, ни русскаго), ибо признаки буквально тѣхъ же ограниченій обмѣна недвижимостей видны въ старомъ итальянскомъ феодальномъ правѣ, у французовъ частью до конца XVIII в., а болѣе широкое ихъ примѣненіе мы найдемъ не только въ старомъ и современномъ русскомъ правѣ, но и въ обычныхъ правахъ нѣкоторыхъ нашихъ инородческихъ группъ.

Трудно исчерпать разнообразіе видовъ этой ограниченной оборотности имуществъ, упорно державшихся у нѣмцевъ особенно до конца истекшаго столѣтія *) (XVIII в.).

Старыя нѣмецкія правительства охотно поддерживали нѣкоторые виды ограниченной оборотоспособности недвижимостей въ интересахъ свѣтской власти, общинъ, отдѣльныхъ родовъ и семей, для противодѣйствія колоссальнымъ захватамъ землевладѣнія установленіями церковными разнаго типа. Къ концу XVIII в., когда *секуляризація* церковныхъ земель сдѣлала большіе успѣхи, поддерживать разнообразныя формы ограниченной оборотности землевладѣнія, особенно въ интересахъ такихъ исключительныхъ и отживающихъ союзныхъ формъ, какова связь кровная сочленовъ одного рода, не было никакого основанія.

Въ законодательствахъ передовыхъ западныхъ монархій это

*) См. подробности у Штоббе подъ двумя титулами особенно (Beispruchsrecht u Retrakt) §§ 87—91 его Handbuch.

почувствовалось тотчасъ. Въ ландрехтѣ удержались лишь нѣкоторые остатки старыхъ ограниченій оборота недвижимостей, и то больше въ пользу такихъ землевладѣльческихъ формъ, въ коихъ право частное далеко еще не обособилось отъ тѣснаго соприкосновенія съ интересомъ публичнымъ. Наоборотъ, тамъ, гдѣ одно *начало родства* составляло основу ограниченій свободнаго оборота недвижимостей, — это ограниченіе было отмѣнено уже въ 1807 году, какъ несоотвѣтствующее хозяйственнымъ интересамъ, правильно понятымъ и хорошо огражденнымъ. Въ одномъ изъ нѣмецкихъ законодательныхъ актовъ конца прошлаго вѣка выражена мысль, что это въ общемъ одно изъ учрежденій наиболѣе вредныхъ, связанныхъ для государствъ съ гораздо большимъ количествомъ ущерба, чѣмъ выгодъ, которое при этомъ ослабляетъ расположеніе собственника къ его роднѣ, убиваетъ предприимчивость, питаетъ алчность и влечетъ за собой частныя распри и гибельные процессы между лицами связанными узами крови.

Понятно, почему прусское правительство, стоящее всегда очень бодро на стражѣ интересовъ государства воособенности рѣшилось не только отмѣнить слабые остатки прежняго порядка, но отмѣняя ихъ закономъ 2-го марта 1850 г. не указало *никакого вознагражденія* для тѣхъ, кто имѣлъ еще какія-либо притязанія на выкупъ (Retrakt) отчужденныхъ вотчинъ по какому бы то ни было, и особенно основанному на кровномъ родствѣ, титулу.

Французское законодательство разсчиталось окончательно со всѣми этими завѣтами старины еще въ революціонную эпоху и въ Code нѣтъ *права выкупа*, какъ его не было въ латинскомъ правѣ.

Натурально, приведенное нами выше мнѣніе о вредѣ для интересовъ экономическихъ и государственныхъ ограниченной, особенно притязаніями родственниковъ, оборотности недвижимостей, будетъ справедливо лишь по отношенію къ бытовымъ условіямъ извѣстной эпохи (развитіе государственности и системы общаго гражданскаго права). Наоборотъ, въ другихъ условіяхъ, какъ это сейчасъ было показано (противъ излишняго развитія церковнаго землевладѣнія), это установленіе могло приносить свою значительную долю пользы.

Многочисленные *ретракты* удержались до сегодня, какъ преданіе старины, въ составѣ 3-й ч. мѣстн. гражд. узакон. губ. прибалтійск. (ст. 1613 и слѣд.), и между ними видное мѣсто занимаетъ такъ назыв. *retractus gentilicius* или *consanguinitatis*

(ст. 1654 и слѣд.). Натурально и здѣсь такая же пестрота нормъ, которую Зоомъ прозвалъ на прощаньи костюмомъ арлекина, какая характеризуетъ вообще старонѣмецкіе институты. Однако, общая „цѣль наслѣдственного выкупа заключается въ сохраненіи за родомъ, для поддержанія его знатности и блеска (*splendor familiae*), тѣхъ недвижимостей, которыя сдѣлались въ немъ потомственными“ (1655). Реквизиты образованія такихъ вотчинъ довольно строгіе, не только нужна отчина, но дѣдина и еще высшее потомственное преемство (1659 ст.); это, конечно, не вездѣ такъ. Кругъ лицъ заинтересованныхъ есть частью довольно ограниченный *).

Въ такомъ видѣ и съ этими цѣлями, которыхъ никакъ нельзя назвать обще-гражданскими, имущества съ ограниченной правооборотностью сохранились и въ Германіи. Но это спеціальныя фидеикоммиссарныя установленія, существующія для *höchst-adeligen*, для *dynasten* (какъ ихъ именуетъ саксонское зеркало).

Интересы рода вообще, независимо отъ такихъ исключительныхъ цѣлей, поддержки преданій въ кругу знати, мало ограждаются подобными установленіями. Въ нашемъ гражданскомъ правѣ этому соотвѣтствуютъ не родовыя имущества, не право родственнаго выкупа, а имѣнія заповѣдныя, составляющія совершенно исключительное явленіе въ сферѣ имущественныхъ правъ.

Насколько интересы *рода вообще* мало ограждены подобными установленіями видно изъ случаевъ учрежденія *особыхъ союзовъ* для этой цѣли, именно для поддержки членовъ одного рода. Образецъ такого союза родичей для взаимопомощи мы имѣемъ въ учрежденномъ въ 90-хъ годахъ обществѣ взаимнаго вспомошествованія извѣстнаго рода фонъ-Раденъ.

Наиболѣе любопытнымъ и важнымъ для нашего изученія является здѣсь, конечно, удержавшееся до сихъ поръ въ широкомъ приложеніи у насъ *въ составъ общаго права* различіе имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя и связанное съ нимъ ограниченіе правооборотности этихъ имуществъ въ видѣ права выкупа. Это то же что на западѣ *retractus gentilicius*.

Ученіе объ этомъ видѣ имуществъ превосходно, какъ бы монографически, разработано къ отношенію его исторіи именитымъ русскимъ цивилистомъ, покойнымъ Константиномъ

*) На ряду съ этимъ въ прибалтійскомъ краѣ есть особенное ограниченіе наслѣдственного преемства, основанное на договорѣ, въ определенномъ союзѣ лицъ, родонаслѣдственномъ (2501 и слѣд.).

Алексѣвичемъ Неволинымъ, въ его Исторіи россійск. гражд. законовъ, во-1-хъ, въ связи съ общимъ ученіемъ о разныхъ родахъ имуществъ (§§ 225—228) и воособенности обширно, въ связи съ ученіемъ о договорѣ купли-продажи, въ особомъ отдѣлѣ о выкупѣ родовыхъ имуществъ (§§ 413—430). Эту историческую сторону вопроса слѣдуетъ изучать именно съ помощью Неволіна.

Вопросъ объ ограниченіи оборотности имуществъ недвижимыхъ вообще и тѣхъ воособенности, характеръ обладанія коими связанъ со старинными повсемѣстными союзными формами общестственности, представляетъ собою громаднѣйшій интересъ для всей исторіи права. Въ этихъ предѣлахъ мы не можемъ его здѣсь касаться.

Нѣтъ сомнѣнія, что много ранѣе развившихся нынѣ формъ личнаго обладанія имуществомъ вообще, недвижимостями воособенности, господствующими формами и землевладѣнія и обмѣна имуществъ были формы обладанія и обмѣна союзнаго *). Это давно замѣчено западными и нашими историками права. Профессоръ О. И. Леонтовичъ, въ своемъ замѣчательномъ изслѣдованіи Старый земскій обычай. Одесса. 1889 г., говоритъ: древнѣйшія формы частно-правнаго ряда (не одной купли, о которой трактуетъ Неволинъ) образовались несомнѣнно подъ вліяніемъ первичнаго групповаго ряда *старыхъ родовъ* и общинъ; рядъ въ послѣдней формѣ, можно думать, предшествовалъ образованію частно-правнаго рода.... Первичной сферой ряда были не индивидуальная жизнь и отношенія отдѣльныхъ лицъ, но именно междусоюзныя отношенія цѣлыхъ общественныхъ группъ *старыхъ родовъ* и территоріальныхъ общинъ. Являясь главными и чуть ли не единственными дѣятелями имущественнаго оборота, а слѣдовательно и главными субъектами правъ вещныхъ, *роды* и общины вели весь свой имущественный и хозяйственный обиходъ въ формѣ разнаго рода сдѣлокъ, докончаній и проч. *Члены рода* не имѣли индивидуальнаго объекта для договорной сдѣлки отъ себя лично, и потому, если участвовали въ рядахъ, то всегда по сдѣлкамъ своего *рода* и племени (стр. 58 и 59).

Эти совершенно вѣрныя идеи выработаны проф. Леонтовичемъ не на изученіи только русскаго и германскаго права (какъ у Неволіна), а еще и множества славянскихъ историческихъ бытовыхъ формъ.

*) Мы касались этого вопроса выше, разъясняя исторію союзной личности.

Эти идеи прекрасно иллюстрируются обильными памятниками старинных сдѣлокъ, частью бывшихъ уже въ виду у Неволіна, частью вновь опубликованныхъ *) и разработанныхъ позднѣйшими писателями.

Въ этихъ памятникахъ юридическихъ сдѣлокъ мы имѣемъ случаи отчужденія (возмезднаго и безмезднаго) недвижимостей самаго различнаго свойства, производимыхъ иногда *цѣлымъ родомъ* или общиной, причемъ нѣтъ сомнѣнія, что отчуждаемая земля, рыбная ловля и проч. принадлежитъ всему союзу (см. Новгород. купчія и данныя въ Акт. Юрид.).

На ряду съ этимъ идутъ разнообразныя акты, въ коихъ отчужденіе или залогъ вотчины производится самимъ вотчинникомъ, но *съ соучастіемъ*, въ качествѣ свидѣтелей сдѣлки, послуховъ, его близкихъ, не только нисходящихъ, но и его родичей.

Еще болѣе любопытно и характерно для эпохи послѣдовательное отчужденіе цѣлыми поколѣніями, дѣдомъ, отцомъ, внукомъ, все той же отчины ихъ старинной и тому же пріобрѣтателю. Своеобразная *iteratio*, безъ которой право не крѣпко въ рукахъ пріобрѣтателя. Очевидно, одинъ актъ продажи, залога, вовсе не достаточенъ, чтобъ вещь перешла къ пріобрѣтателю, ибо закладывая ее или продавая, даря, жертвуя, отказывая, я достигаю въ юридическомъ смыслѣ только того эффекта, котораго я способенъ достигнуть по степени интенсивности моего права. Я продаю за себя, за дѣтей, но если землевладѣніе не мое только, а *наше, старинная наша отчина, дѣдина*, то явно, что я одинъ не могу разорвать связи ея съ нашимъ родомъ одной своей силой. Надо чтобъ со мной въ сдѣлкѣ отчужденія или соучаствовали эти близкіе, или чтобъ они подтверждали, какъ князья подтверждаютъ свои жалованья, мою волю послѣдующими своими сдѣлками, тоже или даровыми или возмездными. Это наблюденіе дало основаніе Неволіну заключить, что сдѣлка купли-продажи (это только примѣръ), не представляла собой въ старинномъ смыслѣ акта окончательнаго переноса права собственности по недвижимостямъ на пріобрѣтателя. Чтобъ дать акту болѣе рѣшительный эффектъ, прибавляли къ купчей или дарственной слова — въ вѣкъ, въ прокъ, въ одерень. Но и это,

*) Особенно Федотовымъ-Чеховскимъ въ 60-хъ годахъ, г. Мейчикомъ въ 70-хъ (см. выше) и въ послѣднее время С. А. Шумаковымъ и другими. Молодой московскій ученый П. И. Бѣляевъ (однофамилецъ Ивана Дмитріевича Бѣлева) воспользовался всѣмъ наличнымъ матерьяломъ въ своемъ послѣднемъ изслѣдованіи: „Анализъ нѣкоторыхъ пунктовъ древне-русскаго завѣщанія“. Москва. 1897 г., особ. стр. 89 до 101.

какъ видно изъ нѣкоторыхъ примѣровъ *), не гарантируетъ пріобрѣтателю безповоротность укрѣпленія. Правопреемникъ продавца, нисходящій, родичъ, нерѣдко можетъ предложить пріобрѣтателю деньги, уплаченные имъ за вотчину и вернуть ее себѣ. Здѣсь зародышъ *права выкупа* для разныхъ круговъ лицъ, особенно для родичей. Купля-продажа пріобрѣтаетъ, такимъ образомъ, характеръ какъ бы только фидуціарной формы залога, съ переносомъ права собственности на покупателя до возврата ему покупной цѣны.

Въ правосознаніи еще мало развилась та рѣшающая сила сдѣлки, окрѣпшая, отвердѣвшая, которая соотвѣтствуетъ и въ вопросахъ права кристаллизовавшемуся сознанію права моего и только моего, безъ соучастія въ его укрѣпленіи цѣлыхъ круговъ лицъ, имѣющихъ на вещь евентуальныя притязанія разнаго типа. И сила права и сила сдѣлки еще въ состояніи неокрѣпшемъ, текучемъ, *im flüssigen Zustande*, какъ выражался Ihering. Это видно ясно вездѣ, гдѣ недвижимость отчуждается цѣной движимаго имущества, денегъ, которыя въ эту пору далеко не способны составлять эквивалента землевладѣнія.

Особое обиліе всякаго рода актовъ отчужденія недвижимости дошло до насъ изъ сдѣлокъ съ монастырями. Установленія церковныя могли надежнѣе сопротивляться возобновлявшимся притязаніямъ родичей на отчужденныя имъ недвижимости.

Но и тутъ много примѣровъ какъ бы все возобновляющагося укрѣпленія за монастыремъ разъ проданнаго, заложеннаго и просроченнаго, или отказаннаго монастырю землевладѣнія, пока, наконецъ, пріобрѣтеніе чужой вотчины у монастыря станетъ окончательнымъ.

Къ тому времени, когда стала крѣпнуть сила Московскаго государства, въ немъ самомъ образовался надежный и постоянный посредствующій органъ, который способенъ былъ сообщить бѣольшую твердость этому состоянію ферментаціи сдѣлокъ по недвижимостямъ. Съ этимъ вмѣстѣ неисчерпаемое, вѣроятно, у насъ, какъ и у нѣмцевъ, разнообразіе притязаній союзовъ на подтвержденіе старыхъ сдѣлокъ или на выкупъ землевладѣнія сводится къ одному типу и ограничивается опредѣленнымъ срокомъ. По отношенію къ родовымъ вотчинамъ уже Судебникъ Ивана IV ограничиваетъ притязаніе родичей на выкупъ родовой вотчины, правда, крайне продолжительнымъ, но все же разъ навсегда установленнымъ сорокалѣтнимъ срокомъ.

*) Особенно у Мейчика.

Только въ московскомъ законодательствѣ становится возможнымъ опредѣлить болѣе или менѣе надежнымъ образомъ и другія черты права родового выкупа.

Здѣсь же государство было наиболѣе заинтересовано въ охраненіи землевладѣнія въ рукахъ служилыхъ людей посредствомъ выкупа ихъ не только изъ обладанія чужеродцевъ, но особенно изъ обладанія церковнаго.

Уложеніе царя Алексѣя Михайловича только точнѣе опредѣляетъ тѣ же черты стараго института выкупа родовыхъ имуществъ и въ томъ же кругу служилаго сословія, удерживая тотъ же сорокалѣтній срокъ. Въ другихъ классахъ были своего рода ограниченія правооборотности недвижимостей; но не интересами рода, а совершенно иными, преимущественно податными.

Указъ Петра о единослѣдіи сдѣлалъ излишнимъ выкупъ, ибо собственно и самые акты отчужденія стали по силѣ этого указа весьма рѣдки. Одно важное видоизмѣненіе слѣдуетъ замѣтить въ составѣ этого законоположенія. Къ числу имуществъ, подлежащихъ дѣйствию этого указа отнесены не только земли, основа служилаго фонда въ Московскомъ государствѣ, но и лавки и дворы. До крайности трудно объяснить себѣ, какимъ образомъ, по какимъ соображеніямъ Петръ Великій, требовавшій науки и труда, а не суетныхъ ожиданій дарового стяжанія отъ класса служилаго, отъ кадетовъ особенно, могъ расширить на имущества торговаго типа (лавки) то же ограниченіе гражданской правооборотности, которое по существу соотвѣтствовало, казалось бы, только привилегированнымъ формамъ обладанія служилаго класса населенными имѣніями.

Здѣсь, кажется, уместно одно предположительное объясненіе. Петръ зналъ, какую силу заключалъ въ себѣ старый классъ подъячихъ для извращенія смысла его законовъ и для ихъ обхода. Абсолютный характеръ указа быть можетъ былъ направленъ именно противъ этого мастерства обхода указовъ старымъ подъячествомъ.

Со времени отмѣны петровскаго закона указомъ Анны (31 г.) въ практикѣ родового выкупа начинается такое усиленное движеніе, что во всей сферѣ правъ челобитчиковыхъ не легко найти другой вопросъ, который разрабатывался бы съ такой тщательностью и постоянствомъ, какъ именно вопросъ о родовомъ выкупѣ. Очевидно, что на ряду съ принявшею послѣ отмѣны петровскаго указа крайне широкіе размѣры комерціальностью населенныхъ имѣній, привилегированные ихъ обладатели были до крайности заинтересованы именно операціями поворота отчужденныхъ

родовыхъ вотчинъ опять въ свой родъ. Въ теченіе XVIII, а затѣмъ и начала XIX в. въ этой сферѣ обнаруживаются признаки, носящіе тревожный характеръ. Притязанія родичей идутъ не на недвижности только. Въ законодательныхъ сферахъ возбуждается вопросъ о правѣ поворачивать сдѣлки отчужденія отдѣльныхъ крѣпостныхъ людей въ чужой родъ. И это, въ иныхъ случаяхъ, могло давать нѣкоторые барыши!... Наконецъ въ александровскую эпоху не только притязаютъ, но достигаютъ, временно, признанія родового характера даже за капиталомъ *). Всѣ средства хороши для обезпеченія интересовъ родичей, кромѣ своего труда и промысла.

Несомнѣнно, однако, что законодательство даже эпохи Анны вовсе не спѣшитъ идти навстрѣчу этому вдругъ охватившему общество подъему родственныхъ чувствъ. Мы видимъ, что указы этой эпохи не только не спѣшатъ отдѣльно взятыхъ крѣпостныхъ объявлять родовымъ достояніемъ, но отказываютъ признать характеръ имущества родового за Высочайше пожалованными вотчинами. Сверхъ сего, и это въ высокой степени важно, длящееся на цѣлые сорокъ лѣтъ право выкупа родовыхъ имуществъ сокращено до предѣловъ трехлѣтняго термина (37 г.).

Указъ не только даетъ намъ это поразительное сокращеніе въ свое время, въ прежнихъ бытовыхъ условіяхъ, неизбѣжной мѣры огражденія интересовъ родичей, но и разъясняетъ намъ основанія для этого измѣненія. Эти соображенія близки къ тѣмъ, которыми руководились нѣмецкія законодательства той эпохи. Слишкомъ продолжительное выжидательное положеніе недвижности, купленной изъ чужого рода, ведетъ, въ хозяйственномъ смыслѣ, къ тому, что новый собственникъ не только жалѣетъ тратъ на улучшеніе благопріобрѣтеннаго имѣнія, но прямо запускаетъ его, чтобъ не привлекать родичей къ повороту имѣнія цѣною выкупа **).

Весьма ограниченнымъ оказалось при новомъ срокѣ выкупа право дѣтей выкупать отчины отчужденныя или заложенныя отцомъ, ибо при жизни отца дѣти не могутъ выкупать, а для выкупа послѣ смерти родителя срокъ обыкновенно оказывался или уже истекшимъ или очень краткимъ.

Въ екатерининскомъ законодательствѣ, не только при отсутствіи всякихъ новыхъ поводовъ къ расширенію предѣловъ примѣненія типа родового имущества, но и при исчезавшихъ старыхъ поводахъ, такъ какъ церковныя имѣнія усиленно секуляризова-

*) Капиталъ до 5.000 р. можетъ быть объявленъ неотчуждаемымъ изъ рода (1817—1824 г.).

**) Ср. Неволіна, ч. 3-я, стр. 95 (§ 423) и указъ 1737 г. авг. 1-е (7339), п. 12.

лись въ эту пору, мы находимъ именно такое расширеніе, правда, въ особомъ видѣ законодательныхъ актовъ, въ жалованной грамотѣ, но все же несомнѣнное ихъ расширеніе.

Это любопытное явленіе видно въ жалованныхъ грамотахъ 21 апр. 85 г. дворянству и городамъ. Никого не удивитъ жалованье служилому классу, ибо это было совершенно въ духѣ той эпохи. Но на ряду съ торжественной рѣчью манифеста, обращенной къ дворянству, мы находимъ, *mutatis mutandis*, изумительную репродукцію того же жалованья мѣщанамъ: „мѣщанинъ бывъ первымъ пріобрѣтателемъ его состоянію приличнаго имѣнія, имъ благопріобрѣтенное имѣніе воленъ дарить, или въ приданое отдать, или передать, или продать, кому заблагоразсудитъ; *наследственнымъ же имѣніемъ да не распоряжаетъ инако, какъ законами предписано*“ *). Такимъ образомъ, нашъ мѣщанинъ къ концу XVIII вѣка оказался хозяиномъ не только благопріобрѣтеннаго имущества, его состоянію приличнаго, которое законъ предоставляетъ ему дарить (?) кому угодно, но еще сверхъ того и имущества *родового*, которое онъ пріобрѣлъ, очевидно, отъ своихъ предковъ въ порядкѣ законнаго преемства!

Труднѣе всего, конечно, для этого мѣщанина, собственно вѣчнаго homo novus, ради блеска своего рода, розыскать источники, способные удостовѣрить его генеалогію для выкупа имъ предполагаемой родовой недвижимости!

Это „жалованье“ появилось въ составѣ нашего права въ такую пору, когда на Западѣ, не видя больше цѣли въ старомъ правѣ выкупа даже въ кругу дворянскихъ родовъ, спѣшили устранить эти скорѣе вредные, чѣмъ полезные (см. выше) остатки старины изъ законодательной практики новаго времени.

Въ такомъ нездоровомъ, мало соображенномъ съ интересами дѣйствительности, состояніи мы оставляемъ русское законодательство конца XVIII в. по вопросу о родовыхъ имуществахъ.

Позднѣйшее право вынуждено было считаться съ этой очевидной фальшью въ ея практическомъ, конечно, совершенно спорадическомъ, примѣненіи къ жизни. Надо было позже еще, въ порядкѣ законодательства, досказать, что выкупъ можетъ имѣть мѣсто только въ случаяхъ отчужденія имущества въ кругу своего сословія. Иначе и это давало поводъ къ безконечнымъ клязамъ. Это было досказано въ законѣ 1807 года.

Въ результатѣ этого законодательнаго движенія, законченнаго и прецизированнаго детально въ указахъ весьма различныхъ эпохъ,

*) 1785 г. апр. 21 (16188), ст. 88, ср. (16187), ст. 22.

мы получили тотъ институтъ родовыхъ имуществъ, который есть и понынѣ дѣйствующій въ системѣ нашего гражданскаго права.

Новымъ въ его примѣненіи въ теперешнемъ состояніи нашего права является лишь то, что сословныя различія, на которыя указывалъ законъ 1807 г., устранены окончательно освободительными актами начала шестидесятыхъ годовъ, и съ этимъ вмѣстѣ давно уже и повсюду отжившій свое время институтъ *) получилъ въ нашей жизни еще болѣе широкое примѣненіе.

Въ современномъ своемъ состояніи институтъ родовыхъ имуществъ является въ составѣ X п. ч. I весьма тщательно и безупречно разработаннымъ по всѣмъ даннымъ нашего стараго права. Дѣленіе имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя отнесено исключительно къ имуществамъ недвижимымъ, но къ любому ихъ виду (ст. 396), когда самое имущество составляетъ объектъ права собственности его владѣльца; къ движимостямъ и денежнымъ капиталамъ это дѣленіе имуществъ на два вида не имѣетъ примѣненія, и никакой споръ о родовомъ ихъ происхожденіи не пріемлется (398).

Законъ нашъ не устанавливаетъ прямо отвлеченныхъ признаковъ, коими опредѣляется свойство недвижимости какъ имущества родового, а даетъ намъ перечень имуществъ, которыя должны быть рассматриваемы какъ благопріобрѣтенныя (397), и затѣмъ указываетъ случаи, когда недвижимости становятся имуществами родовыми (ст. 399).

Къ числу благопріобрѣтенныхъ отнесены имущества, доставшіяся *изъ чужого рода* **) покупкою, дарственной записью или инымъ укрѣпленіемъ; но сюда идетъ также имущество *купленное и у родича*, когда оно у него было благопріобрѣтеннымъ. Имуществомъ благопріобрѣтеннымъ будетъ поэтому и такое, которое отецъ купилъ у сына, если оно досталось сыну отъ матери, не принадлежащей къ одному съ отцомъ роду. Главнѣйшимъ же образомъ благопріобрѣтеннымъ будетъ то имущество, которое *нажито собственнымъ трудомъ и промысломъ*. На ряду съ этимъ законодатель разрѣшаетъ еще два вопроса, способные возбудить колебаніе, именно, 1) какимъ слѣдуетъ почитать имущество Высочайше пожалованное? Это вопросъ для насъ почти непонятный, ибо въ наше время служба есть такой же личный трудъ и промыселъ,

*) Мы имѣемъ по этому предмету докладъ г. Змирлова въ здѣшнемъ Юридическомъ Обществѣ. Докладъ, конечно, любопытенъ, но читатель найдетъ у Анненкова нѣсколько основательныхъ замѣчаній по его поводу.

**) Исторически безупречное наименованіе правопреемника (чужой родъ); для современнаго обихода, однако, узкое, ибо имущество можетъ принадлежать и вовсе безродному и лицу юридическому.

какъ и другіе виды труда. Но вопросъ этотъ возникъ не въ наши дни, а въ началѣ XVIII в. и былъ тогда разрѣшенъ не въ пользу родовыхъ притязаній. Наша кодификація занесла по-этому въ перечень имуществъ благопріобрѣтенныхъ, какъ особый ихъ видъ, имущества Высочайше пожалованныя.

2) Другой вопросъ—что такое указная часть супруговъ? Есть ли это видъ *наслѣдованія* умершему, или это нѣчто отличное отъ наслѣдства? Законъ нашъ отличаетъ во многихъ пунктахъ понятіе *указной доли* отъ понятія доли наслѣдственной, и статья 397 п. 6 говоритъ, что указная часть супруга (хотя пріобрѣтаемая *въ силу закона* по смерти другого супруга) составляетъ у пережившаго супруга имущество благопріобрѣтенное (см. все содержаніе ст. 397).

Изъ разобранной статьи мы имѣемъ только, такъ сказать, отрицательные признаки, т.-е. отвѣтъ на вопросъ, какое имѣніе не есть родовое.

Какіе же положительные признаки этого понятія?

Дѣло въ томъ, что именно сколько-нибудь постоянныхъ признаковъ, прочныхъ, связанныхъ съ продолжительнымъ положеніемъ недвижимости, вовсе нѣтъ.

Нельзя сказать, что родовымъ имуществомъ будетъ та недвижимость, которая *продолжительно* пребывала въ обладаніи круга лицъ, связанныхъ кровными узами. Это было такъ всегда, у нѣмцевъ, у насъ въ старину; но это вовсе не такъ теперь. Распознать въ теперешнихъ условіяхъ, какое имущество у даннаго лица есть благопріобрѣтенное, какое родовое, можно, лишь тщательно изслѣдовавъ каждый разъ, какимъ это имущество было у правопередатчика и посредствомъ какого юридическаго акта совершился переходъ его къ новому пріобрѣтателю.

При этомъ, имущество, бывшее благопріобрѣтеннымъ, становится родовымъ у пріобрѣтателя, если оно, *хотя бы одинъ разъ*, перешло въ руки пріобрѣтателя *по праву законнаго наслѣдованія* (кромя указной части супруговъ), или, хотя на формальномъ основаніи завѣщанія, но тому кто и безъ завѣщанія имѣлъ бы его унаслѣдовать.

И такъ, чтобы перейти изъ разряда благопріобрѣтенныхъ въ разрядъ родовыхъ имуществъ, достаточно одного случая перехода недвижимости отъ одного лица къ другому въ порядкѣ родственнаго преемства.

Разъ ставъ родовымъ, такое имущество сохраняетъ это свойство до тѣхъ поръ, пока не выйдетъ изъ рукъ родичей въ кругъ чужеродцевъ и не останется въ этомъ кругу три года.

Если три года это имущество не будет выкуплено отъ чужеродцевъ, оно теряетъ свойство родового.

Точно также оно теряетъ свойство родового имущества, если будетъ продано съ аукціоннаго торга чужеродцу. Тогда не нужно выжидать никакихъ сроковъ, ибо такая публично проданная недвижимость силой этого акта, такъ сказать, профанируется и тутъ же теряетъ свое специфическое значеніе для родичей.

Сверхъ этого, родовыми *par accession*, сказалъ бы французскій Code, становятся всѣ зданія, постройки, возведенныя владельцемъ на землѣ, дошедшей ему по наслѣдству (399, п. 4). Мы не разъ выше проводили не безъ пользы параллель между правоспособностью лицъ (активной) и вещей (пассивной). Еслибы мы здѣсь провели эту же параллель, то оказалось бы, что правоспособность, вѣрнѣе оборотоспособность одной и той же недвижимости можетъ мѣняться съ очень значительной быстротой, по движенію вѣтра, такъ сказать, то въ сторону расширенія, то въ сторону суженія ея. И это измѣненіе можетъ повторяться не разъ въ теченіе какого-либо десятилѣтія.

Нельзя не сказать, что такая гибкость совсѣмъ ни на что не нужна, что эта измѣнчивость можетъ только мѣшать надежности обмѣна недвижимостями, никого ни чѣмъ не гарантируя.

Мы еще болѣе убѣдимся въ этомъ, когда рассмотримъ, съ какими послѣдствіями связано въ дѣйствующемъ законѣ это различеніе имуществъ на двѣ категоріи, родовыхъ и благопріобрѣнныхъ.

Надлежитъ замѣтить, однако, что изъ предшествующаго изложенія ясно, что нашъ законъ рассчитаннымъ образомъ, именно въ цѣляхъ распространенія этого типа имущественныхъ правъ (родового) на счетъ другого, гдѣ все рѣшаетъ трудъ и промыселъ, никогда не дѣйствовалъ.

Не такъ смотрятъ на дѣло нѣкоторые изъ нашихъ толкователей закона и въ своихъ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ наша кассационная практика.

Какъ будто отстаивая этотъ видъ имуществъ отъ сокрушающаго дѣйствія времени, К. П. Побѣдоносцевъ, внѣ всякаго сомнѣнія, ищетъ примѣненія этого свойства къ имуществамъ, на которыя законъ не думаетъ его распространять.

Вопросъ ставится такъ: станутъ ли родовыми такія имущества, которыя, будучи у правопередатчика благопріобрѣтенными, перешли къ правопреемнику посредствомъ выдѣла или назначенія приданаго?

Законъ нашъ не даетъ отвѣта на вопросъ такимъ образомъ

поставленный, и это совершенно естественно, ибо и самая постановка вопроса едва ли соответствует тому взгляду на родовое имущество, который опредѣлился въ старой нашей практикѣ и въ этомъ видѣ введенъ въ Сводъ.

Родовымъ имуществомъ почитаются тѣ, которыя пришли къ данному владѣльцу по *праву законнаго наслѣдованія* (399 п. 1), или по завѣщанію, но къ лицу родственному, которое имѣло бы и безъ завѣщанія *право наслѣдовать умершему* (399 п. 2). Наслѣдство по закону есть *совокупность имуществъ, правъ и обязательствъ*, оставшихся послѣ умершаго безъ завѣщанія (1104). Порядокъ законнаго наслѣдованія опредѣляется *линіями и степенями* (1121, 1122), причемъ законъ указываетъ не только порядокъ преемства, но и *доли соучастія* каждого призваннаго (1127 и слѣд.).

Что такое выдѣлъ или приданое? Побѣдоносцевъ утверждаетъ, не для тѣхъ только имуществъ, коихъ родовая природа уже опредѣлилась, но и для тѣхъ, которыя суть свободныя отъ всякихъ притязаній рода, что выдѣлъ и приданое представляютъ собою *предваренное наслѣдство*. Какъ трактуетъ нашъ законъ эти явленія (выдѣлъ, приданое), когда для выдѣла и приданого служить не родовое, а благопріобрѣтенное наслѣдство? Составляютъ ли въ этомъ случаѣ выдѣлъ или приданое *на правъ родственнаго преемства основанное притязаніе* на долю участія въ совокупности имущества правопередатчика, какъ указываетъ ст. 1004?

Вотъ отвѣтъ закона. Родители и восходящіе *властны* дать выдѣлъ дѣтямъ и дѣти не могутъ требовать отъ нихъ выдѣла (994, 995); изъ благопріобрѣтеннаго родители выдѣляютъ *что заблагоразсудятъ*, а изъ родоваго они *обязаны* выдѣлить опредѣленную закономъ часть (996). Дѣти получившія при жизни родителей выдѣлъ изъ родоваго на часть, *которая бы имъ слѣдовала*, почитаются отдѣленными; если бы часть эта не составляла всего, на что они въ правѣ притязать, то она имъ въ послѣдствіи дополняется (997).

Такимъ образомъ, выдѣлъ и законное наслѣдованіе различенъ не только по свойству въ одномъ случаѣ передачи отдѣльной вещи, въ другомъ долевого соучастія во всемъ составѣ имущества, но еще и тѣмъ, что законное наслѣдованіе опредѣляется *на основаніи права родича* соучаствовать въ обладаніи и раздѣлѣ имущества, а выдѣлъ, и именно благопріобрѣтеннаго, не предполагаетъ ни вообще *права* на соучастіе, ни воособенности правъ на извѣстную долю такого соучастія.

Такимъ образомъ, слѣдуя методу Побѣдоносцева, при этомъ для цѣлей сомнительной пользы (расширенія понятія родового имущества), мы смѣшиваемъ два положенія, существенно, въ юридическомъ смыслѣ, различныхъ.

Кромѣ того, мы обезразличиваемъ, въ условіяхъ вовсе не регулированныхъ закономъ, сдѣлку между живыми (выдѣлъ-приданое) и сдѣлку *mortis causa*, тогда какъ наше законодательство въ случаяхъ аналогическихъ (991) ищетъ именно избѣгнуть этого смѣшенія.

Всѣхъ консеквенцій ошибочнаго метода *расширенія* свойствъ родового имущества на непредусмотрѣнные старой практикой и современными нормами случаи нельзя не только предупредить, но даже предусмотрѣть. Мы ограничимся здѣсь только нѣкоторыми соображеніями.

Легко себѣ представить, безъ большого труда, къ какимъ новымъ осложненіямъ и трудностямъ должно привести практику *расширенное* примѣненіе понятія родового имущества къ случаямъ такъ называемаго *предвареннаго* наслѣдства (выдѣлъ и приданое), которое предполагаетъ К. П. Побѣдоносцевъ. Законъ допускаетъ выдѣлы и дачу приданого изъ состава благопріобрѣтенныхъ имуществъ не только въ пользу ближайшихъ презумтивныхъ наслѣдниковъ, а вообще въ пользу потомковъ и родственницъ (994, 1001). Такимъ образомъ, выдѣлъ и приданое могутъ въ этихъ актахъ свободного распоряженія благопріобрѣтеннымъ имуществомъ по усмотрѣнію собственника совсѣмъ утратить всякое сходство съ наслѣдованіемъ и совершенно подойти къ понятію чистаго даренія недвижимости. Известно, однако, что акты дарственные существенно, по своему юридическому строенію, отличены вообще и отличены нашимъ закономъ воособенности отъ другихъ безмездныхъ способовъ пріобрѣтенія, къ числу коихъ нашъ законъ относитъ и завѣщаніе. Это видно не только въ указанной выше ст. 991; но это сопряжено съ самымъ существеннымъ видоизмѣненіемъ юридическаго дѣйствія тѣхъ и другихъ актовъ. Актъ завѣщательный приходитъ въ дѣйствіе съ момента смерти завѣщателя и въ смыслѣ перенесенія на наслѣдника правъ на недвижимость не подлежитъ, конечно, возврату ихъ прежнему собственнику. Совершенно иное дѣло для дареній, которыя, въ указанныхъ (ст. 974) случаяхъ, подлежатъ именно возврату дарителю. Не можетъ быть сомнѣнія, что не только даръ, но и выдѣлъ, подобно дару (976), можетъ быть сдѣланъ подъ условіемъ, съ тѣми же послѣдствіями, какія указываетъ ст. 976 для даренія (см. еще ст. 975 и 977).

Рискованный характер примѣненія понятій наслѣдованія умершему къ сдѣлкамъ *inter vivos* (*предваренное наслѣдство*) съ особой ясностью обнаружится тамъ, гдѣ предваряющій наслѣдованіе пріобрѣтатель выдѣла, евентуально и приданого, умретъ ранѣе дарителя. Законъ нашъ предусматриваетъ и такой случай въ извѣстномъ примѣненіи, гдѣ подобный даръ (выдѣлъ) подлежитъ возврату родителямъ не въ видѣ наслѣдованія, а яко даръ (1142).

Мы спрашиваемъ, какихъ принциповъ могли бы держаться наши практики въ этихъ случаяхъ *предвареннаго наслѣдства* для опредѣленія качествъ такихъ имуществъ какъ родовыхъ или благопріобрѣтенныхъ?

Мы не будемъ осложнять еще возможной казуистики такого *предвареннаго* наслѣдованія, когда выдѣлъ и приданое, или же вообще даръ, будетъ совершенъ въ пользу потомковъ (дѣтей), во время даренія не принадлежавшихъ къ кругу родства законнаго дарителя и впослѣдствіи узаконенныхъ.

Возможно думать, что затрудненія практики въ примѣненіи понятія *предвареннаго наслѣдства* для опредѣленія свойства недвижимости какъ родовой будутъ неисчислимы.

Независимо отъ этого, правильно ли примѣнять методу расширяющаго толкованія къ институтамъ, носящимъ въ условіяхъ эпохи характеръ нормъ права исключительнаго, особеннаго, а не общаго?

Мы не можемъ, по соображеніямъ теоретическимъ, сужать произвольно сферу дѣйствія такихъ институтовъ, которые вмѣстѣ съ временемъ теряютъ свою прежнюю внутреннюю историческую основу. Они все же остаются въ силѣ, ибо для силы дѣйствующихъ нормъ юристу нѣтъ необходимости всякій разъ подыскивать и повѣрять внутреннюю разумность безспорнаго положенія. *Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest* (Юліанъ). *Et ideo rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet* (Нерацій). Но также безспорна старая максима истолкованія юридическихъ нормъ *Quod contra rationem juris receptum est non est producendum ad consequentias* (Юлій Павелъ).

Въ виду этого мы думаемъ, что правильнѣе будетъ совсѣмъ отказаться отъ примѣненія рискованнаго понятія *предвареннаго наслѣдства* къ сферѣ правоотношеній по имуществамъ благопріобрѣтеннымъ.

Дѣйствующее законодательство явно, для *первоначальнаго* установленія надежнымъ образомъ свойствъ извѣстнаго имущества какъ родоваго, требуетъ безусловно *хотя бы разъ* осущес-

ствленнаго притязанія родича на опредѣленную долю соучастія въ составъ цѣлаго наслѣдства именно по праву родственнаго преемства, а не по чьему либо усмотрѣнію. Гдѣ нѣтъ этихъ условій, тамъ нѣтъ и надежнаго признака обращенія благопріобрѣтеннаго имущества въ родовое.

Мы указали такимъ образомъ, какія сочетанія притязаній къ имуществу опредѣляютъ въ результатѣ родовое свойство *недвижимости* въ рукахъ извѣстнаго его обладателя.

Также легко и просто какъ образуется эта связь опредѣленной *недвижимости* съ родомъ ея обладателя, также легко и просто она разрѣшается.

Намъ надлежитъ перейти, засимъ, къ вопросу объ уничтоженіи или прекращеніи въ имуществахъ свойства родовыхъ и перехода ихъ вновь въ категорію благопріобрѣтенныхъ. Этотъ вопросъ, коего мы уже касались выше, полнѣе разрѣшается анализомъ особенностей этого вида имущества.

Въ чемъ же заключаются эти особенности?

Мы сказали выше, что послѣдствія этого свойства имущества опредѣляются *ограниченіемъ*, въ извѣстныхъ цѣляхъ, *оборотоспособности* *родовой недвижимости*.

Въ чемъ состоятъ эти ограниченія?

Прежде всего имущество родовое не подлежитъ отчужденію *чужероду безмездными сдѣлками* *inter vivos* (дареніе, пожертвованіе, выдѣлъ, назначеніе приданаго) и *mortis causa* (завѣщаніе). По отношенію къ завѣщательнымъ актамъ лишь съ 1862 г. нашъ законъ предоставляетъ супругу отдать родовое недвижимое имѣніе пережившему супругу въ пожизненное владѣніе. Это крайне важное вторженіе новаго законодательства въ сложившуюся сферу родовыхъ правоотношеній указываетъ намъ тенденцію законодателя скорѣе расширить, чѣмъ сократить свободную оборотность родовыхъ имущества со временъ освободительныхъ актовъ Императора Александра II (см. т. X. ч. I ст. 533¹ и слѣд.).

Что касается распоряженій родовымъ имуществомъ *внутри* *родового союза*, то собственнику предоставлена въ извѣстныхъ *исключительныхъ* условіяхъ нѣкоторая свобода распоряженія ими *дарственнаго*, именно посредствомъ завѣщанія. Но это только въ томъ случаѣ, когда у завѣщателя не остается по смерти его ни дѣтей, ни иныхъ нисходящихъ по прямой линіи. Въ этомъ *исключительномъ* случаѣ завѣщатель въ правѣ выбрать себѣ наслѣдника изъ круга лицъ того рода, изъ коего къ нему пришла подлежащая завѣщанію родовая *недвижимость* или часть ея (1068, причемъ

необходимо нотарьяльное завѣщаніе). Иначе родовое имущество подлежит только въ той мѣрѣ безмезднымъ распоряженіямъ собственника, въ какой члены рода въ правѣ притязать на него по закону. Единственное ограниченіе допущенное здѣсь закономъ представляетъ собою *актъ карательной власти родителей* по отношенію къ дѣтямъ, когда дѣти вступили въ бракъ вопреки рѣшительнаго запрещенія родителей или безъ испрошенія ихъ согласія, если при этомъ родители принесли на это жалобу, по силѣ 1566 ст. Улож. о наказ.

Другой вопросъ представляютъ собою *сдѣлки возмезднаго* отчужденія родового имущества его собственникомъ. Возмездными способами (купля-продажа, мѣна, залогъ) имущество родовое способно быть отчуждаемымъ также какъ и благопріобрѣтенное. При этомъ, если имущество родовое отчуждено возмезднымъ способомъ члену того же рода, то оно *не теряетъ своего родового* свойства и, натурально не подлежитъ выкупу родичей (1347 п. 1). Наоборотъ, если актъ возмезднаго отчужденія произошелъ по сдѣлкѣ съ чужеродцемъ, то наступаетъ опасность окончательнаго выхода родовой недвижимости изъ сферы дѣйствія вотчинныхъ притязаній родичей. Въ случаяхъ отчужденія родовой недвижимости чужеродцу посредствомъ публичной продажи, такая недвижимость сразу и безвозвратно утрачиваетъ свое родовое свойство (1347 п. 3 и 4). Если родовая недвижимость отчуждена возмездной приватной сдѣлкой, тогда право выкупа, возврата ея въ родъ, теряетъ тотъ изъ членовъ рода, который далъ свое рукоприкладство къ сдѣлкѣ возмезднаго отчужденія и содѣйствовалъ въ совершеніи ея въ качествѣ свидѣтеля *) (1362); права выкупа не имѣютъ дѣти и внуки продавца при его жизни (1356).

Право выкупа, затѣмъ, принадлежитъ родичамъ, въ порядкѣ соотвѣтствующемъ порядку законнаго наслѣдованія, о коемъ мы будемъ имѣть случай говорить въ своемъ мѣстѣ.

Срокъ выкупа есть тотъ же трехлѣтній, который опредѣлился въ законодательствѣ Императрицы Анны Ивановны.

Мы не касаемся и другого вопроса, о цѣнѣ выкупа, которому должно принадлежать свое мѣсто въ системѣ.

Замѣтимъ только, что по всему своему строенію юридическая природа имущества родового представляетъ собою отживающую, обращенную къ прошлому и неимѣющую будущаго историческую категорію. Это лежитъ не только въ свойствахъ самого

*) Объ этомъ любопытномъ остаткѣ стараго послушества мы будемъ имѣть случай говорить въ ученіи о юридической сдѣлкѣ.

союза, но наряду съ этимъ и въ различіи объектовъ обладанія (движимостей и недвижимостей), которые нынѣ приходятъ во взаимоотношеніе совершенно чуждое эпохѣ образованія понятія родового имущества.

Немудрено, въ связи съ этимъ, что упраздненію этого раздѣленія, несомнѣнно стоящему на очереди, вслѣдъ за подобнымъ явленіемъ на Западѣ, и у насъ, будутъ содѣйствовать не только крайне легкіе обходы легальныхъ нормъ, стоящихъ на стражѣ стараго порядка, но и прямой переводъ обладанія недвижимостью въ иную форму, образованію коей законъ въ извѣстныхъ случаяхъ вовсе не препятствуетъ. Такія явленія мобилизаціи недвижимости мы видѣли въ Германіи на примѣрѣ горнозаводскихъ промысловъ. Тоже самое мы наблюдаемъ и въ русской жизни (см. выше, стр. 538).

Право родового выкупа представляетъ собой въ теперешнихъ бытовыхъ условіяхъ несомнѣнную аномалію. Принудительное отчужденіе имущества изъ рукъ собственника нынѣ, въ системѣ права общаго, допустимо, согласно разуму права, только тамъ, гдѣ право частнаго собственника приходитъ въ столкновеніе съ интересомъ общественнымъ. Вынужденный поворотъ родовыхъ недвижимостей въ пользу родичей можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ быть для собственника отнюдь не менѣе тяжелымъ, чѣмъ принудительное отчужденіе на пользу общественную, причемъ въ массѣ случаевъ такіе повороты не оправдываются никакими серьезными соображеніями общественнаго интереса.

Если подъ очевиднымъ разрушительнымъ дѣйствіемъ времени гибнуть старыя устои, на коихъ нѣкогда дѣйствительно держалась сила и достоинство кровныхъ союзовъ и нерѣдко ихъ добрыя преданія, то, въ измѣнившихся бытовыхъ условіяхъ, законодательство должно искать, для достиженія тѣхъ же цѣлей, иныхъ средствъ, ближе соотвѣтствующихъ духу времени, а не упорствовать въ поддержкѣ старыхъ ресурсовъ, лежащихъ на интересахъ общаго обмѣна затрудненіями, которыхъ далеко не уравниваютъ достигаемая этимъ путемъ выгоды.

Всѣ ли различія вещей, важныя для права мы исчерпали здѣсь? Нѣтъ. Есть рядъ такихъ различій, которыя суть общія для римскаго и современнаго права, и мы на этихъ различіяхъ не останавливались въ виду знакомства съ ними въ пандектной системѣ. Есть, далѣе, различія отмѣченныя въ X т. ч. I (имущества наличныя и долговыя, ст. 416—420, и тлѣнныя и нетлѣнныя ст. 405), далеко неимѣющія общаго значенія ни для систематики гражданскаго права, ни для практическаго примѣ-

ненія цивильныхъ нормъ. Чтобъ освоиться съ этими категоріями достаточно прочитатъ указанныя статьи закона.—Наконецъ, еще вопросъ, всѣ ли виды вещей, входящихъ въ составъ имущества въ цивильномъ смыслѣ, мы исчерпали въ этой главѣ? Тоже нѣтъ. Въ имуществѣ частнаго лица очень видное мѣсто можетъ принадлежать его привилегіямъ, концессіямъ, которыя ему даны. Здѣсь все зависитъ отъ содержанія подобныхъ актовъ. Такое же значеніе можетъ принадлежать авторскому праву на произведенія литературныя, художественныя, музыкальныя, на изобрѣтенія и открытія и тому подобное. Это область такъ назыв. *immaterielles Güterrecht*, *droit d'auteur*, *propriété industrielle, littéraire*. Мы не могли бы здѣсь трактовать этотъ вопросъ, оставаясь въ предѣлахъ общихъ конструктивныхъ элементовъ и не входя въ подробности строенія спеціального института. Наряду съ этимъ лицо можетъ владѣть массой цѣнныхъ бумагъ, именныхъ, предъявительныхъ. Мы не касались здѣсь и этихъ отдѣльных видовъ имущества, ибо каждый изъ этихъ видовъ представляетъ собою отдѣльную типическую форму гражданскаго правоотношенія, изученіе коего не можетъ быть взято внѣ связи съ особой конструкціей всего института и посему не должно входить въ общую часть.

Наконецъ, мы не остановились на вопросѣ о деньгахъ.

Этого послѣдняго вопроса мы коснулись выше, говоря о значеніи общаго мѣрила цѣнностей для исторіи развитія гражданской правооборотности вещей.

Деньги, однако, въ правѣ имѣютъ не одно значеніе общаго средства измѣренія цѣнностей. Деньги составляютъ самостоятельную вещь, способную служить предметомъ многочисленныхъ своеобразныхъ юридическихъ сдѣлокъ. Таковы воособенности обязательства, въ массѣ случаевъ формулируемыя на опредѣленную сумму денегъ или на опредѣленное количество монеты. Эта сторона вопроса будетъ нами разсмотрѣна въ связи съ особымъ ученіемъ объ обязательствахъ.

Свойства вещей, способныхъ служить орудіемъ для указанныхъ цѣлей, суть очень различныя, и вопросъ о томъ, что собственно способно функционировать въ обмѣнѣ въ качествѣ денегъ есть очень важный экономическій и историко-юридическій вопросъ, котораго здѣсь мы не можемъ исчерпать.

Въ современномъ правѣ господствующую въ обмѣнѣ роль играютъ *металлическія деньги*. Мы, однако, касаемся здѣсь не всемірныхъ средствъ обмѣна, вопросъ о коихъ можетъ быть достаточно разъясненъ лишь въ связи съ международнымъ пра-

вомъ. Наша задача ограничена ближайшимъ измѣненіемъ въ данной странѣ общихъ положеній о металлическихъ деньгахъ, какъ средствѣ обмѣна.

Въ этомъ примѣненіи денежное обращеніе опредѣляется не общимъ экономическимъ закономъ, а наряду съ этимъ и позитивными юридическими нормами. Мы имѣемъ такимъ образомъ закономъ установленную единицу измѣренія цѣнностей (у насъ рубль), которую составляетъ опредѣленное количество металла, и эта денежная единица служитъ общимъ легальнымъ способомъ опредѣленія цѣнъ и производства платежей во всѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ отступленія отъ этой нормы въ силу особыхъ основаній, обыкновенно договорнаго характера.

Металлическія деньги получаютъ въ оборотныхъ цѣляхъ видъ опредѣленной монеты. Такимъ образомъ въ теперешнемъ денежномъ обращеніи мы имѣемъ золотую монету (имперіаль) опредѣленнаго закономъ содержанія металла, котораго одна пятнадцатая часть составляетъ общую отвлеченную единицу измѣренія цѣнностей.

Къ этой единицѣ сводятся за симъ вся монетная система и бумажныя деньги, коихъ отношеніе къ монетѣ опредѣляется законодательствомъ не одинаково въ разныхъ государствахъ и въ разное время.

Есть еще одинъ вопросъ, который занималъ особенно нѣмецкую литературу въ началѣ 60 хъ годовъ. Это вопросъ о томъ, могутъ ли быть объектомъ права не вещи, матерьяльныя или не матерьяльныя, а *права*. Особое приложеніе эта проблема находила въ правѣ залога, особенно заклада, напр., заклада долговыхъ требованій (*pignus nominis*) или заклада залогового требованія (*pignus pignoris*). Германисты ставили проблему широко. Вопросъ этотъ, однако, тоже трудно разбирать въ составѣ общей части и удобнѣе рассмотреть въ связи съ указанными специфическими явленіями *).

Еще одинъ вопросъ. Мы рассматривали какъ объектъ гражданскаго права имущество и его составныя части. Объекты имущественнаго обладанія оцѣниваются, въ извѣстныхъ условіяхъ гражданскаго обмѣна, на деньги. Слѣдуетъ ли отсюда однако, какъ думаетъ Кавелинъ, что права гражданскія и система имущественныхъ, оцѣночныхъ правоотношеній одно и то же? Нѣтъ, и мы это отрицаемъ въ двоябомъ смыслѣ. Во-1-хъ, возможны

*) См. особенно указанія у Виндшейда *Pandekt. I, § 48 п. 3* и у Bekker'a *System. I, 64* и слѣд. *Bremer Pfandrecht стр. 39.*

имущественныя притязанія, которыя вовсе не связаны съ правомъ гражданскимъ. Сюда должны быть отнесены не только многообразныя имущественныя притязанія государства къ частнымъ лицамъ (подати, повинности, штрафы), но и притязанія бѣдныхъ на денежныя пособія. А затѣмъ составъ гражданскихъ правоотношеній не ограничивается притязаніями только имущественными. Въ правѣ союзномъ нельзя оцѣнивать связаннаго съ обладаніемъ пая или акціи права голоса на деньги. Нельзя сводить къ денежной оцѣнкѣ всего содержанія правъ авторскихъ. Нельзя, засимъ, измѣрять денежнымъ критеріемъ правъ старшинства, принадлежащихъ сонаслѣдникамъ въ общемъ имуществѣ (т. X ч. 1 ст. 1324). Наконецъ, нельзя оправдать, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые цивилисты и до послѣдняго времени (у насъ Кавелинъ, у нѣмцевъ Рудольфъ Зомъ), исключенія изъ области гражданскихъ правъ правоотношеній типа семейнаго.

Въ заключеніе слѣдуетъ замѣтить, что на ряду съ отношеніями чисто имущественнаго типа существуютъ таковыя же смѣшаннаго типа. На ряду съ характеромъ денежнымъ договора найма прислуги въ правоотношеніяхъ, отсюда рождающихся, есть и такія, которыя не подлежатъ чисто денежному измѣренію. Они особенно видны въ договорныхъ формахъ найма домашней прислуги въ правѣ нѣмецкомъ (Gesinderecht). Но они вовсе не исключительно свойственны праву нѣмецкому. Нельзя сдѣлать предметомъ особой гражданской сдѣлки обязательствъ человѣка быть вѣжливымъ, не употреблять вина. Но вотъ образецъ старой сдѣлки найма церковнаго и земскаго дьяка въ XVII в. Выбраннымъ оказался на эту должность Автономовъ, и по договору, кромѣ должностныхъ дѣйствій, обязался „гордости и величанья не имѣть и не пьянствовать“ (А. Ю. 286). Понуждать къ выполненію или оцѣнить нарушеніе этихъ обязанностей трудно, но невыполненіе можетъ дать основаніе для прекращенія наемнаго обязательства.

ОТДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

ОБЩІЯ УЧЕНІЯ ОБЪ ИЗМѢНЕНІИ ГРАЖДАНСКИХЪ ПРАВООТНОШЕНІЙ.

§ 30.

Постоянная измѣнчивость правоотношеній въ живыхъ явленіяхъ обмѣна.— Латинская формула для этихъ явленій.—Юридическая ихъ переработка.—Событія и ихъ юридическая извѣстность.—Измѣреніе времени. Двойственность метода.—Дѣянія людей.—Категоріи.—Юридическія сдѣлки.—Выдѣленіе въ составъ Общей части.—Мѣсто этихъ ученій въ системахъ кодифицированнаго права.

Мы видѣли въ двухъ предыдущихъ отдѣлахъ Общей части развитіе ученій о лицѣ, субъектѣ конкретныхъ гражданскихъ правоотношеній, и о вещахъ, объектахъ гражданского обмѣна. Въ цѣляхъ изученія мы брали оба момента гражданского правоотношенія врозь. Не въ этомъ анализѣ, конечно, а въ живомъ сочетаніи этихъ элементовъ гражданской конструкціи лежитъ приближеніе къ явленіямъ дѣйствительности. Въ дальнѣйшемъ намъ надлежитъ рассмотреть, какимъ образомъ лица становятся въ конкретномъ случаѣ субъектами гражданскихъ правоотношеній, т.-е. какъ *приобрѣтаютъ права* на вещи въ матеріальномъ смыслѣ, на дѣйствія, на услуги другихъ лицъ, *какимъ* общимъ *измѣненіямъ подлежатъ эти правоотношенія* въ жизни, подѣ влияніемъ какихъ факторовъ происходятъ эти измѣненія, въ чемъ они состоятъ, въ чемъ находитъ себѣ выраженіе ихъ наличность, на чемъ держится ихъ извѣстность, какъ она утверждается, ослабляется, прекращается. Наконецъ, въ виду общей возможности нарушенія конкретныхъ правъ, намъ здѣсь же надлежитъ рассмотреть общіе *способы ихъ отраженія*, ихъ возстановленія фактическими и юридическими средствами.

Вмѣстѣ взятая эти общія ученія составляютъ то, что нѣмцы называютъ *das Werden des subjektiven Rechts*. Это собственно жизненные (общіе) процессы, которымъ подлежатъ конкретныя юридическія отношенія любого типа.

Латинская система не выдѣляла той совокупности общихъ ученій объ этихъ процессахъ, которая въ теперешней систематикѣ составляетъ содержаніе общихъ ученій объ измѣненіяхъ юридическихъ отношеній. Не менѣе того этотъ общій законъ жизненныхъ измѣненій правоотношеній любого типа не ушелъ

отъ вниманія классиковъ, и Ульпіанъ даетъ намъ очень простое, но вполне законченное обобщеніе этихъ явленій, говоря: totum autem jus consistit aut in acqvirendo, aut in conservando, aut in minuendo; aut enim hoc agitur, qvemadmodum quid cujusque fiat, aut qvemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut qvomodo alienet aut amittat (l. 41 D. de leg. senat. cons. 1, 3).

Многое въ этихъ общихъ ученіяхъ знакомо обыкновенно изъ общихъ пандектныхъ чтеній, и въ отношеніи общаго права русскаго не подлежитъ новой переработкѣ, составляя достояніе любой развитой системы гражданскаго права *). На нѣкоторыхъ, однако, матеріяхъ необходимо остановить особое вниманіе.

Въ обоихъ предшествующихъ ученіяхъ, исходя отъ простаго представленія отдѣльнаго правоспособнаго человѣка и круга вещей, образующихъ условіе примитивнаго существованія и обмѣна, мы представляли себѣ то и другое *въ условіяхъ дальнѣйшаго развитія* человѣческихъ обществъ, гдѣ гражданская правоспособность вполне отрѣшается отъ отдѣльно взятаго волеспособнаго человѣка и становится достояніемъ не только людей недѣеспособныхъ, но и коллективныхъ правообладателей. Точно также и въ ученіи о вещахъ мы выходили далеко изъ предѣловъ индивидуальныхъ потребностей людей въ примитивныхъ условіяхъ ихъ существованія. И въ этомъ моментѣ нашего анализа мы брали явленія обмѣна развитаго широко, идущаго не только дальше предѣловъ личныхъ нуждъ, но и за предѣлы потребностей локальнаго характера, въ необъятный кругъ интересовъ и задачъ универсальнаго обмѣна.

Вмѣстѣ съ этимъ въ замѣнъ простыхъ элементовъ конструкціи, непосредственныхъ факторовъ обмѣна, мы видѣли, начиная съ латинской юридической техники, такіе приемы искусственной переработки простыхъ данныхъ первоначальнаго быта, которые необходимы, конечно, не для примитивныхъ потребностей человѣка, а для извѣстности, непрерывности, постоянства правоотношеній въ самыхъ широкихъ условіяхъ ихъ развитія.

Та же самая *юридическая переработка* простыхъ элементовъ, которую мы наблюдали въ ученіи о лицахъ и вещахъ, будетъ составлять нашу задачу и въ послѣдующемъ ученіи, *въ ученіи*

*) Въ общихъ ученіяхъ системы права германскаго нерѣдко эти ученія опускаются почти совсѣмъ. Таковъ напр. Штоббе. Или же этимъ ученіямъ даютъ небольшое развитіе, какъ напр. у Гирке. У Мейера этимъ ученіямъ дано самое широкое развитіе прямо подъ вліяніемъ тогдашнихъ ходячихъ *пандектныхъ* учебниковъ и часто безъ всякаго соображенія съ какими-либо особенностями русскаго права. Быть можетъ это вовсе не дѣло самого Мейера.

объ измѣненіи правоотношеній, къ коему мы теперь переходимъ.

Въ этомъ непрестанномъ процессѣ возникновенія, пріобрѣтенія, прекращенія живыхъ правоотношеній насъ также мало будетъ, въ условіяхъ развитаго обмѣна, удовлетворять извѣстность событій и характеристика дѣйствій, которую даетъ намъ непосредственное ихъ воспріятіе. Эти событія, дѣйствія, и этого мало, даже счетъ времени получаютъ, въ указанныхъ выше цѣляхъ, такой опредѣленный чеканъ юридическаго формализма, который былъ бы излишнимъ въ примитивныхъ бытовыхъ условіяхъ, и безъ котораго нельзя обойтись въ послѣдующемъ ихъ развитіи.

Мы попытаемъ объяснить посредствомъ нѣкоторыхъ примѣровъ. Простое событіе рожденіе человѣка въ бытовыхъ примитивныхъ условіяхъ не даетъ обыкновенно никакого повода къ сомнѣніямъ о происхожденіи ребенка не только отъ матери, но и отъ извѣтнаго отца, хотя очевидность говоритъ только о происхожденіи отъ извѣстной матери. Въ позднѣйшихъ условіяхъ общежитія даже этотъ простой вопросъ, вопросъ о происхожденіи ребенка отъ извѣтнаго отца, всего чаще вопросъ о законности рожденія и связанныхъ съ этимъ очень важныхъ юридическихъ послѣдствійхъ, далеко не всегда подлежитъ рѣшенію съ помощью *очевидныхъ* данныхъ. И въ этомъ повидимому простомъ, чисто внѣшнемъ событіи приходится прибѣгать къ формализму, къ методу юридическихъ презумцій, обязательныхъ для вопросовъ права предположеній, которыя, правда, должны всегда уступать мѣсто фактически достовѣрнымъ даннымъ, но уступаютъ имъ въ дѣйствительности крайне рѣдко. Точно также безъ примѣси нѣкоторой доли юридическаго формализма не легко разрѣшаются въ развитомъ быту вопросы о зрѣлости, здоровьи, о дѣеспособности человека.

Все это могло составлять элементарно-простую проблему въ условіяхъ примитивнаго быта. И вопросы рожденія, и вопросы зрѣлости такъ хорошо извѣстны въ кругу своихъ, этой семьи, этой общины, рода, что нѣтъ возможности предусмотрѣть смыслъ ихъ офиціального удостовѣренія. Но эта извѣстность въ кругу своихъ далеко не гарантируетъ личности отъ грубаго нарушенія ея правъ именно въ кругу близкихъ, своихъ, родныхъ, и государство далеко не можетъ ограничиваться фактическими данными, которыя засвидѣтельствованы этой союзной компетенціей. Исторія раскрываетъ намъ постоянную смѣну старинныхъ способовъ удостовѣренія событій опредѣляющихъ право- и дѣеспособность че-

ловѣка новыми, въ коихъ элементъ юридическаго формализма находитъ себѣ все болѣе и болѣе примѣненія. Мы это наблюдаемъ относительно событій опредѣляющихъ status человека.

Насколько этотъ же элементъ формализма становится преобладающимъ въ тѣхъ событіяхъ, коими опредѣляется возникновеніе и прекращеніе гражданской правоспособности союзовъ мы показали въ подробности выше.

Такова юридическая переработка простыхъ внѣшнихъ данныхъ, которыхъ наличность имѣетъ значеніе для юридической извѣстности гражданскихъ правоотношеній.

Не одни внѣшнія событія, образцы коихъ мы сейчасъ привели, но и общее условіе извѣстности текущихъ событій, способы опредѣлять ихъ продолжительность, ихъ начало, конецъ, тоже очень близко прикасаются задачъ юриспруденціи. Это слѣдуетъ сказать не только по отношенію въ задачѣ измѣренія времени, но и къ задачамъ опредѣленія вѣса, мѣры, измѣренія земельныхъ участковъ (межеванія) воособенности. Послѣднее мы увидимъ въ системѣ институтовъ права вещнаго по недвижимостямъ. Но задача измѣренія времени есть тѣснѣйшимъ образомъ связанная съ юридической извѣстностью любыхъ событій, опредѣляющихъ конкретныя правоотношенія. Въ исторіи Рима видна яснѣе чѣмъ гдѣ-либо тѣсная связь первоначальной юридической техники съ общей компетенціей коллегіи понтифовъ.

Въ способахъ опредѣлять мѣру, вѣсъ, и особенно время юриспруденція преслѣдуетъ свои цѣли, отличныя отъ задачъ научныхъ и техническихъ. На ряду съ астрономическими приемами исчисленія времени (*a momento ad momentum*), которое мы называемъ *естественнымъ*, въ юридической практикѣ, латинской и нашей, принята такъ называемая *computatio civilis*, представляющая собой методу измѣренія времени принаровленную къ требованіямъ юридической техники. И такъ, далеко не всегда намъ нужно знать послѣдовательность двухъ событій въ естественномъ порядкѣ ихъ наступленія. Въ массѣ случаевъ достаточно для юридической извѣстности событія опредѣлить начальный моментъ его наступленія и его конечный моментъ.

И въ томъ и въ другомъ случаѣ мы вовсе не принимаемъ въ счетъ мелкихъ единицъ времени и опредѣляемъ наступленіе событія тѣмъ днемъ, когда оно совершилось.

Такимъ образомъ, для общей проблемы опредѣленія терминовъ времени, начальнаго, конечнаго, и сроковъ, которые текутъ отъ одного термина до другого, единицей измѣренія служитъ *день*, точнѣе — *сутки*, состоящія изъ 24-хъ часовъ, отъ полу-

ночи до слѣдующей полуночи. Событія происшедшія въ теченіи сутокъ суть въ юридическомъ смыслѣ одновременныя, если нѣтъ особаго основанія точнѣе опредѣлять ихъ послѣдовательность одного за другимъ. Когда наступаетъ такое основаніе — это видно въ отдѣльныхъ институтахъ гражданского права и процесса.

Стремленія юриспруденціи направляются къ тому, чтобъ сдѣлать счисленіе времени по возможности однообразнымъ. Это достигается установленіемъ общаго календарнаго счисленія времени. Стремленіе къ однообразію идетъ даже дальше этого. И для полнаго однообразія не только въ счетѣ дней, но и мелкихъ единицъ времени Германія ввела имперскимъ закономъ 12 марта 1893 г. вмѣсто счета времени по мѣстному положенію солнца (мѣстный полдень) одно „законное время“, которое опредѣляется по пятнадцатому градусу восточной долготы для всѣхъ случаевъ общаго опредѣленія юридическихъ отношеній, начиная съ 1 апрѣля 93 г.

Мы не будемъ разъяснять здѣсь дальнѣйшихъ правилъ календарнаго счета времени, полагая ихъ извѣстными изъ общихъ пандектныхъ ученій.

Наша цѣль здѣсь въ томъ только, чтобъ показать присутствіе элементовъ юридическаго формализма не только въ способахъ опредѣлять извѣстность событій, важныхъ для права, но и въ общемъ методѣ измѣреній, тѣхъ или другихъ, особенно измѣреній времени, когда его теченіемъ опредѣляется начало, конецъ или продолжительность событій, опредѣляющихъ гражданскія правоотношенія.

Нигдѣ, однако, въ вопросахъ цивилистики начала юридическаго формализма не находятъ столь широкаго примѣненія какъ въ тѣхъ событіяхъ, которыя люди производятъ сами актами своей воли. Это событія, которыя не суть исключительно внѣшнія для человѣка; они всегда въ той или другой мѣрѣ связаны съ внутренними скрытыми въ психической природѣ человѣка процессами. Эти внутренніе процессы только тогда способны обнаруживать свое вліяніе на правоотношенія, когда становятся волеизъявленіями, дѣяніями людей.

Изъ круга актовъ воли, подлежащихъ нашему наблюденію, легко выдѣлить такія дѣйствія, которыя составляютъ выполненіе обязательствъ, лежащихъ на лицѣ, тоже несомнѣнно вліяющія на измѣненіе правоотношеній. Это обыкновенно услуги, носящія характеръ экономическихъ, а не юридическихъ дѣйствій, хотя и въ этомъ кругу услугъ возможны дѣянія чисто юридическаго свойства. Такого рода дѣянія, составляющія выполненіе лежа-

щихъ на насъ обязательствъ связаны съ специфическимъ свойствомъ самого обязательства, основаннаго на договорѣ, на должности и проч., и имѣютъ быть разсматриваемы въ этой связи. Если мы трактуемъ здѣсь, въ общей части, дѣяніе человѣка какъ факторъ измѣненія правоотношеній, то мы касаемся не этихъ обязательственныхъ дѣйствій. Нашу задачу въ общихъ ученіяхъ гражданскаго права составляютъ такіа дѣянія, которыя свободно направляются именно къ цѣли измѣненія конкретныхъ правоотношеній.

Разсматривая этотъ кругъ дѣяній, цивилисты, особенно нѣмецкіе, раздѣляютъ ихъ на двѣ категоріи: а) юридическихъ слѣловъ и б) деликтовъ. Ученія объ этихъ факторахъ измѣненія правоотношеній, какъ особое, стали вводить въ систему гражданскаго права, именно въ общую часть, лишь въ началѣ этого столѣтія, по примѣру, какъ можно думать, именитаго нѣмецкаго профессора Гуго *). Примѣру Гуго слѣдовали почти всѣ нѣмецкіе пандектисты, слегка видоизмѣняя, но чаще всего очень осложняя особенно ученіе о сдѣлкѣ, которое возросло такимъ образомъ въ размѣрахъ, включая въ себѣ массу расчлененій, нерѣдко въ такомъ количествѣ, что ученія объ отдѣльныхъ институтахъ гражданскаго права или вовсе отлагались *ad calendas graecas* или очень уступали общей части въ размѣрахъ.

На это обстоятельство очень стоитъ обратить вниманіе, ибо съ этимъ развитіемъ общихъ ученій, по нашему мнѣнію, тѣсно связано и самое направленіе изслѣдованій и масса совершенно теоретическихъ контроверзъ, наполняющихъ нынѣшнюю нѣмецкую цивилистическую литературу.

Въ нашей учебной литературѣ это направленіе въ разработкѣ цивилистическихъ проблемъ отразилось всего болѣе на курсѣ Мейера, который посвящаетъ ученію о сдѣлкѣ въ своемъ курсѣ русскаго гражданскаго права столь же широкое мѣсто, какое ему отводили нѣмцы въ своихъ пандектныхъ учебникахъ того времени.

Составленные по плану нѣмецкихъ пандектистовъ новые кодексы, Саксонскій 63 го года (профессоромъ Зибенгааромъ) и нѣмецкій Имперскій 18-го авг. 96 г. (маленькій Виндшейдъ, см. выше), держатся этого же приѣма систематизаціи **).

Code civ., слѣдуя Pothier, вводитъ рядъ общихъ положеній

*) На это указываетъ Schlossmann *der Vertrag* стр. 131, не утверждая за Гуго безусловно приоритета въ этомъ приѣмѣ.

**) *Bürgerl. Gesetzb. f. d. königr. Sachsen* ст. 79—126, Имперск. нѣм. ст. 104—185.

для договорныхъ сдѣлокъ въ tit. 3 книги 3-ей и вовсе не вырабатываетъ цѣлаго и общаго ученія для любыхъ категорій сдѣлокъ *inter vivos* и *mortis causa*, какъ мы это находимъ въ новыхъ нѣмецкихъ кодексахъ. Такимъ образомъ, чтобы найти у французовъ частью тѣ же нормы, какія находимъ у нѣмцевъ въ общей части, въ ученіи о сдѣлкахъ, надо имѣть дѣло съ отдѣльными актами, касающимися того или другого института гражданского права, брака, завѣщаній, дареній, гипотекъ и т. п. Внѣшняя, обрядовая сторона совершенія сдѣлокъ тоже не сведена къ общимъ для любыхъ сдѣлокъ нормамъ, а или сосредоточена въ общихъ положеніяхъ для обязательствъ (гл. VI титула 3 книги 3-ей), или разбита на особые положенія, связанные съ отдѣльными институтами.

Т. X ч. I опять и въ этомъ много ближе къ французскому, чѣмъ къ нѣмецкому образцу. Если возможно найти обобщенныя положенія для цѣлой категоріи сдѣлокъ, то также лишь для области договорныхъ сдѣлокъ (ст. 1528—1553), гдѣ нѣкоторыя положенія, напр., о правилахъ толкованія, могутъ имѣть и болѣе широкое, чѣмъ для одного этого вида сдѣлокъ, примѣненіе (ст. 1538—1539). Затѣмъ, общія положенія для всѣхъ *способовъ пріобрѣтенія правъ на имущества со стороны внутренней* исчерпаны въ пяти, шести статьяхъ, очень краткихъ, главы 2-ой третьяго раздѣла 2-ой книги; а вопросъ о *порядкѣ укрѣпленія правъ на имущества или объ актахъ и способахъ ихъ совершенія* развитъ широко въ стат. 707—933 (гл. III до VIII того же третьяго раздѣла 2-ой кн.). Изъ послѣдняго ряда статей въ изд. 87 г. цѣлая масса выдѣлена изъ состава десятаго тома въ особое приложеніе къ ст. 708—709 того же тома для мѣстностей, гдѣ не введено положеніе о нотаріальной части, а для мѣстностей, гдѣ оно введено, руководствомъ въ вопросахъ о *порядкѣ укрѣпленія правъ на имущества* должно служить это Положеніе, а для ввода во владѣніе Уст. Гражд. Судопроиз. ст. 1424—1437.

Остзейскій кодексъ заключаетъ въ себѣ очень обширное изложеніе ученія о юридическихъ сдѣлкахъ, съ внутренней и внѣшней стороны (т.-е. со стороны способа совершенія), въ рядѣ статей отъ 2909—3104, совершенно въ духѣ нѣмецкаго общаго ученія о сдѣлкѣ, независимо отъ того или другого ея вида, но все это изложено не въ общей части, какъ теперь у нѣмцевъ, которой собственно и нѣтъ въ составѣ остзейск. кодекса, а какъ у французовъ, впереди ученія о договорныхъ обязательствахъ.

Формальная сторона совершенія сдѣлокъ преобразована въ прибалтійскихъ губерніяхъ, гдѣ съ 89 года введено Положеніе о

нотаріальной части съ видоизмѣненіями указанными въ изд. 92 г. ст. 271—377.

Еще ранѣе (1875 г.) тоже Положеніе введено въ Варшавскомъ судебн. округѣ съ видоизмѣненіями по ст. 218—270 того же изданія.

Вотъ вопросъ о систематическомъ положеніи всего ученія объ измѣненіяхъ и укрѣпленіи конкретныхъ гражданскихъ правоотношеній и о главномъ факторѣ этихъ измѣненій, — о дѣяніи.

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ излагать это ученіе въ порядкѣ принятомъ нѣмецкими пандектистами, избѣгая, однако, повторенія тѣхъ ученій, которыя исчерпываются въ пандектныхъ чтеніяхъ и приближаясь къ положенію ихъ въ новыхъ кодексахъ и въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ. Этотъ порядокъ будетъ такой. Въ главѣ 1-ой этого отдѣленія мы изложимъ ученіе о сдѣлкахъ съ внутренней и внѣшней стороны; въ главѣ 2-ой рассмотримъ общія основы вмѣненія гражданскаго; въ главѣ 3-ей ученіе объ исковой давности; въ гл. 4-ой ученіе объ осуществленіи права путемъ фактическимъ; въ главѣ 5-ой о категоріяхъ гражданскихъ правоотношеній. Внутри этихъ расчлененій возможно производить нѣкоторое расширеніе содержанія соотвѣтственно существу главной матеріи.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

УЧЕНІЕ О ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКѢ.

§ 31.

Выдѣленіе ученій объ актахъ, направленныхъ на измѣненіе юридическихъ отношеній въ Общую часть.—Понятіе юридической сдѣлки.—Главнѣйшія литературныя явленія.—Ученіе Шлосмана.—Схоластическія проблемы.—Законы физическіе и правила и исключенія въ сферѣ юридическихъ нормъ.—Параллель со способами счисленія времени.—Специфическая цѣль ученія о сдѣлкѣ.—

Самоопредѣленіе воли въ составѣ института.

Мы различили въ кругу дѣйствій, такъ или иначе прикасающихся къ сферѣ гражданскихъ правоотношеній, такія, которыя свободно направляются къ измѣненію этихъ правоотношеній въ томъ или другомъ смыслѣ. Такихъ дѣйствій цѣлая масса. Если нашу задачу въ этомъ общемъ ученіи составляетъ изученіе общей юридической природы такихъ дѣйствій, то намъ надлежитъ прежде всего обозначить признаки, коими мы отличаемъ

эти дѣйствія отъ другихъ и опредѣляемъ, такимъ образомъ, ихъ общія свойства.

Въ виду крайняго разнообразія такихъ дѣйствій задача изученія общихъ ихъ отличительныхъ признаковъ, характерныхъ для права ихъ общихъ свойствъ, представляется одною изъ самыхъ трудныхъ и controверзныхъ въ современной юриспруденціи. Въ этомъ *отвлеченномъ* видѣ такой задачи не ставила себѣ классическая юриспруденція. Въ классическомъ правѣ мы имѣемъ множество образцовъ совершенно законченной обработки *отдѣльныхъ конкретныхъ явленій изъ этой области дѣяній*, направленныхъ на измѣненія того или другого вида конкретныхъ правоотношеній. Классическая литература даетъ намъ большое обиліе *отдѣльныхъ* видовъ договорныхъ сдѣлокъ, дѣйствій, направленныхъ на пріобрѣтеніе, прекращеніе вещныхъ правъ, на установленіе, измѣненіе правоотношеній семейныхъ, актовъ послѣдней воли. По отношенію къ каждому изъ такихъ дѣйствій мы найдемъ въ классической юриспруденціи значительный запасъ юридическихъ нормъ, которыми регулируется внутренняя и внѣшняя сторона волеизъявленія или дѣянія, производящаго измѣненіе въ данной сферѣ правоотношеній. Но въ классической литературѣ мы не найдемъ не только цѣльнаго и стройнаго ученія *обо всѣхъ этихъ разнообразныхъ проявленіяхъ воли вмѣстѣ взятыхъ*, но ни даже общаго *техническаго термина* для обозначенія всѣхъ этихъ явленій.

Изъ современныхъ литературъ такой общій терминъ для волеизъявленій или дѣяній, направленныхъ вообще на измѣненіе гражданскихъ правоотношеній, выработанъ только литературой нѣмецкой. Этотъ общій техническій терминъ есть *юридическая сдѣлка*, *Rechtsgeschäft*. Ему соотвѣтствуютъ лишь въ нѣкоторой степени, далеко не вполне, латинскія наименованія, *negotium*, *actus*, но въ составѣ пандектовъ мы не найдемъ никакой готовой *общей теоріи* для *negotia* любого типа.

Если этотъ терминъ сталъ очень ходячимъ въ нѣмецкой цивилистикѣ съ начала этого столѣтія, то отсюда еще очень далеко до безспорности самаго понятія юридической сдѣлки. При зарожденіи этого понятія довольствовались такими общими признаками, которые отличали его отъ дѣйствій или безразличныхъ для права, или, хотя и производящихъ юридическія послѣдствія, но по существу не правомѣрныхъ, а наоборотъ, правонарушающихъ.

Въ дальнѣйшемъ развитіи ученія раскрывались все большія и большія трудности не только въ подробностяхъ изученія при-

роды юридической сдѣлки вообще, но даже прямо въ установленіи самаго понятія. Эти споры далеко не исчерпаны и теперь. Наоборотъ, въ текущей литературѣ не только развиваются все далѣе и далѣе контроверзы по основнымъ проблемамъ этого ученія; но выражаются прямо сомнѣнія въ практическомъ значеніи самой постановки *теоретическаго ученія о юридической сдѣлкѣ вообще* для цивилистики.

Мы попытаемъ установить такое общее понятіе юридической сдѣлки, въ коемъ будутъ заключаться лишь тѣ признаки, безъ коихъ дѣяніе или волеизъявленіе неспособно достигнуть желаемого эффекта въ области гражданскихъ правоотношеній.

И такъ, въ самомъ общемъ смыслѣ подъ юридической сдѣлкой мы разумѣемъ *такое волеизъявленіе лица, или такое его дѣяніе, коимъ, въ предѣлахъ его гражданской дѣеспособности, достигаются измѣненія правоотношенія, на которое волеизъявленіе направлено.*

Возможно очень много возразить и противъ этого и противъ любого другого опредѣленія понятія сдѣлки. Причина этой неспорности любыхъ опредѣленій заключается въ томъ, что, устанавливая понятія въ данномъ случаѣ, мы вовсе не обнимаемъ вполне предметъ опредѣлившійся какъ живое явленіе въ какой либо конкретной системѣ, а лишь ставимъ себѣ задачу предварительнаго общаго изученія предмета въ предѣлахъ болѣе или менѣе широкихъ, чтобы затѣмъ перейти къ детальному изученію того же явленія на отдѣльныхъ институтахъ гражданской системы. Здѣсь, стало быть, допустимо нѣкоторое разнообразіе въ установкѣ предѣловъ понятія, смотря по цѣли изученія.

Если задача общаго ученія о юридической сдѣлкѣ будетъ поставлена широко, исчерпывающимъ образомъ, то въ этомъ общемъ ученіи намъ надо будетъ сосчитаться съ любыми явленіями измѣненія гражданскихъ правоотношеній посредствомъ актовъ воли людей. Есть писатели, которые именно такъ ставятъ себѣ задачу. Выполнить эту задачу такъ же трудно, какъ дать единую конструкцію для союзной правоспособности вообще. Это дѣлаютъ германисты, особенно этого старается достигнуть Гирке въ своей *Genossenschaftstheorie*. Получается крайне сложная фигура, въ которую введены самые различные типы, одни въ качествѣ опредѣляющихъ главнѣйшія черты ея строенія, другіе дающіе безчисленные видоизмѣненія этихъ чертъ. Нельзя себѣ представить ничего болѣе безжизненнаго и спутаннаго. Чтобы добратъя сквозь эту путаницу ученія до конкретныхъ явленій дѣйствительности, надо вновь расчленивъ и поставить отдѣльно

все разнообразіе насильственно введенныхъ въ одну фигуру типовъ.

Другой приѣмъ, и его мы будемъ держаться здѣсь, состоитъ въ томъ, чтобъ опредѣлить для понятія и строенія юридической сдѣлки только тѣ черты, коими это явленіе отличается отъ другихъ факторовъ измѣненія правоотношеній и освоиться здѣсь же съ общими свойствами актовъ, составляющихъ проявленіе въ системѣ гражданскихъ институтовъ самоопредѣленія личности въ сферѣ гражданскихъ ея правоотношеній. Здѣсь должны намъ раскрыться только общія внутреннія и внѣшнія свойства строенія юридическихъ сдѣлокъ.

Все, что внѣ этихъ общихъ свойствъ приближаетъ сдѣлку къ особымъ реквизитамъ и эффекту въ отдѣльныхъ группахъ правоотношеній и институтовъ, мы излагаемъ только въ ближайшей связи съ даннымъ институтомъ.

Мы идемъ, такимъ образомъ, путемъ среднимъ между излишнимъ развитіемъ общихъ *теоретическихъ* конструкцій въ ученіи о сдѣлкѣ, какое видно въ нѣмецкой цивилистикѣ, и почти исключительномъ изученіемъ отдѣльныхъ формъ у французовъ.

Въ числѣ нѣмецкихъ теоретиковъ, очень разившихъ и искавшихъ *углубить теоретическое изученіе юридической сдѣлки*, слѣдуетъ назвать особенно Карлову (Гейдельбергъ) и Цительмана (Боннъ), которому принадлежитъ не одна работа по этому и соприкасающимся съ нимъ вопросамъ *).

Обозрѣніе вопроса о сдѣлкѣ, группировку направленій, оцѣнку ихъ даетъ проф. Enneccerus въ сочиненіи изъ 2-хъ отдѣловъ, озаглавленномъ *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* (1-ый отдѣлъ—*Die Grundlagen*, 2-ой *die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte*) 1888—89 г.

Крайнее излишество теоретизированія въ области этого вопроса вызвало нѣкоторую реакцію въ нѣмецкой литературѣ, очень характерную для самого вопроса о сдѣлкѣ и для способовъ его обработки у нѣмцевъ. Въ виду этого мы въ двухъ словахъ

*) Не перечисляемъ этихъ работъ и ихъ заглавій, ибо указанія легко найти въ любомъ нѣмецкомъ учебникѣ пандектнаго права. Очень обширно эта матерія трактуется у Савиньи въ его Системѣ; въ послѣднее время особенно у Беккера (Гейдельбергъ), частью у Регельсбергера, также у Brinz'a въ т. IV его Пандектовъ, обработанномъ Лотмаромъ. По отдѣльнымъ ученіямъ, объ ошибкахъ, принужденіи, обманѣ, causa въ сдѣлкѣ, о сдѣлахъ симулированныхъ, фиктивныхъ, о сдѣлкахъ абстрактныхъ, матеріально характеризованныхъ, о сторонѣ обрядной сдѣлокъ разнаго типа, въ нѣмецкой и французской литературѣ неисчислима масса работъ. Объ очень характерномъ сочиненіи Цительмана былъ мой рефератъ въ Юридической Библиографіи Андреевскаго № 1-ый подъ 24, въ связи съ появленіемъ соч. Леонгарда, о чемъ позже.

ознакомимся съ идеями одного писателя, проф. Зигмунда Шлосмана, которому принадлежит любопытный трактатъ по этому предмету *Der Vertrag*, Leipzig 76 г. *).

Шлосманъ пишетъ собственно о договорѣ, но ставитъ свою задачу значительно шире, для всей области вопросовъ о юридической сдѣлкѣ. До появленіи учебника Гуго (см. выше), какъ частью и теперь (у французовъ), вопросы, касающіеся сдѣлокъ вообще, разрабатывались въ виду договорной ихъ формы воособенности. Шлосманъ въ указанномъ трактатѣ находитъ, что все ученіе о договорѣ, *resp.*, о юридической сдѣлкѣ, составляетъ *чисто схоластическую проблему*, вовсе не выдержанную послѣдовательно въ юриспруденціи.

Мы опредѣлили выше понятіе сдѣлки признакомъ *волеизъявленія* субъекта въ предѣлахъ его гражданской дѣеспособности.

Шлосманъ, прежде всего, въ предѣлахъ взятой имъ задачи (Договоръ) ставитъ вопросъ такъ: возможно ли обосновать силу и дѣйствіе договора *на волю лица*?

Самая постановка вопроса крайне краснорѣчивая. Обличая нѣмецкую юриспруденцію въ схоластичности проблемъ, какія она себѣ ставитъ, Шлосманъ держится самъ на почвѣ совершенно чуждой исторической и практической сущности юридическихъ институтовъ, и давая понятію договора совершенно абстрактный смыслъ, не связанный вовсе ни съ какой живой исторической и практической формой договорнаго права, опредѣляетъ свою задачу сопоставленіемъ этой задачи съ проблемами геометрическими! Чтобы обосновать юридическую силу договора (очевидно въ гражданскомъ правѣ, хотя понятіе договора, нѣтъ сомнѣнія, можно расширить далеко за предѣлы институтовъ гражданского права), Шлосманъ ищетъ нѣкоторой аксіомы, какія знаетъ геометрія, чтобы изъ этой аксіомы вывести, какъ въ геометріи, всѣ фигуры, составляющія содержаніе договорнаго права.

Увлеченный общимъ теченіемъ нѣмецкой юриспруденціи Шлосманъ становится самъ очевидно на чисто теоретическую почву, далеко непригодную для разрѣшенія практическихъ проблемъ юриспруденціи.

*) Свои мысли, далеко не нашедшія признанія у нѣмцевъ, З. Шлосманъ вырабатывалъ не въ этомъ только трактатѣ, но еще и въ другомъ, особенно въ сочиненіи *Der Zwang*, и въ рядѣ журнальныхъ статей, нѣсколько смягчающихъ тонъ *Vertrag*'а; на все вмѣстѣ читатель найдетъ указанія у Эннексеруса. Въ русской литературѣ есть цѣнная *историческая* работа по вопросу занимавшему Шлосмана. Это сочиненіе А. Г. Гусакова *Деликты и договоры*. Свести вопросъ на историческую почву, какъ это дѣлаетъ проф. Гусаковъ, значитъ, по нашему мнѣнію, раскрыть, совсѣмъ другую и болѣе важную область для изысканій, чѣмъ та, на которой держится Шлосманъ.

Шлосманъ идетъ далѣе этого. Онъ ставитъ въ упрекъ юриспруденціи то именно, что составляетъ ея сущность, т.-е. приближеніе нормъ права къ дѣйствительности, къ практическимъ проблемамъ, со всѣми безчисленными принаровленіями, которыя общая догма терпитъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ институтамъ гражданскаго права.

Онъ обличаетъ уже собственно не юриспруденцію, а самое право въ томъ, что оно допускаетъ на ряду съ правилами исключенія. Онъ хочетъ для права такихъ же законовъ, какіе мы знаемъ для явленій физическихъ. Если паденіе барометра происходитъ подъ дѣйствіемъ атмосфернаго давленія, то пусть разъ произошло бы *исключеніе* изъ этого закона, самый законъ пересталъ бы существовать.

Отсюда получается слѣдующее заключеніе для права. Если основу договора составляетъ воля человѣка, то разъ дѣйствіе договора (сдѣлки) поставлено внѣ зависимости отъ этой основы, какъ и самый принципъ воли ни на что не нуженъ и не способенъ служить основаніемъ для силы договора (сдѣлки). Его надо откинуть и искать другого принципа, который соотвѣтствовалъ бы геометрическимъ аксіомамъ или физическимъ законамъ.

Юриспруденція, однако, какъ мы показывали выше, не есть ни физика, ни астрономія, ни физиологія. Не отвергая ни одного изъ законовъ природы, она свойственнымъ ей методомъ перерабатываетъ событія и явленія для своихъ цѣлей, особенно для цѣлей извѣстности и постоянства правоотношеній.

Такой переработкѣ подвергаются не только внѣшнія явленія, но самый способъ ихъ опредѣленія, ближайшимъ образомъ, какъ было показано выше, способъ счисленія времени.

Казалось бы не можетъ существовать болѣе незыблемой аксіомы какъ равенство двухъ единицъ времени, двухъ часовъ, двухъ дней. Между тѣмъ мы видѣли выше, что наряду съ *computatio naturalis* мы имѣемъ *computatio civilis*, гдѣ счетъ времени совсѣмъ иной чѣмъ въ астрономіи. Одно счисленіе времени, цивильное, принято у насъ какъ правило, а другое тоже принято, но только какъ исключеніе. Но мы знаемъ и еще различія въ опредѣленіи времени, — оно можетъ быть сплошное (*tempus continuum*), гдѣ всѣ единицы времени равны одна другой, но оно можетъ идти съ перерывами (*tempus utile*), гдѣ, въ юридическомъ только, конечно, примѣненіи, дни оказываются вовсе неравными одинъ другому. Въ послѣднемъ случаѣ будутъ *исключены*, совершенно вопреки идеямъ г. Шлосманъ о тождествѣ законовъ физическихъ и юридическихъ, нѣкоторые дни и пойдутъ

въ счетъ другіе (dies fasti, nefasti, comitiales u non comitiales, дни праздничные, неприсутственные и проч.).

Въ юридическомъ смыслѣ, такимъ образомъ, окажется невыдержаннымъ, допускающимъ исключеніе, не только равенство дней, но и равенство часовъ, ибо и часы будутъ удобные для дѣловыхъ операцій (не ночные, sol occasus suprema tempestas esto) и неудобные, когда прекращается не только судоговореніе, но и торгъ.

Не только время, но и мѣсто, пространство, не будетъ сплошнымъ, какъ этого хотѣлъ бы Шлосманъ, по законамъ физики и геометріи. Не войдетъ въ *modus agrorum*, а будетъ составлять *исключеніе* изъ общаго правила, мѣсто изъятое изъ частнаго обладанія, по расчетамъ неизвѣстнымъ ни физикѣ, ни геометріи, ни астрономіи, но имѣющимъ силу въ юриспруденціи.

Криминалисты, коимъ даетъ Шлосманъ предпочтеніе передъ цивилистами, несомнѣнно идутъ дальше въ изученіи *подлинныхъ* психическихъ процессовъ, чѣмъ мы; но и въ уголовномъ правѣ найдется не мало положеній, которыя по своему построенію далеко не будутъ соответствовать законамъ физики или физиологіи (злая и добрая воля, а не просто воля какъ нѣкоторый безразличный психическій процессъ) и еще менѣе геометрическимъ аксіомамъ.

Воля и волеизъявленія потому не признаются въ указанномъ ученіи за достаточное для утвержденія силы договора основаніе *), что возможны случаи, и мы не отвергаемъ этого, гдѣ

*) Мы ограничиваемся здѣсь указаніемъ отрицательныхъ результатовъ работы Шлосмана. Мы находимъ ихъ характерными для современной постановки ученія о сдѣлкѣ у нѣмцевъ. Шлосманъ на этомъ не останавливается и даетъ, взамѣнъ разрушеннаго имъ, какъ онъ полагаетъ, ученія объ основаніи силы договора, свою конструкцію, которую мы совершенно отвергаемъ и не почитаемъ даже любопытною. Это его ученіе сформулировано въ разныхъ мѣстахъ *Vertrag's* и въ журнальныхъ статьяхъ (подробн. указанія у Еппесеруса'а стр. 73); результатъ ученія выраженъ въ двухъ тѣзахъ (*Vertrag*, стр. 288 и 289). 1) Тотъ кому дано молчаливое или выраженное обѣщаніе, испытываетъ, при невыполненіи его, то же *чувство* что и при нанесеніи имущественнаго вреда. 2) Основаніе, по коему давшій обѣщаніе обязанъ устранить испытываемую промиссаромъ боль (*Leiden*), лежитъ въ общемъ и непосредственномъ правосознаніи, которое можетъ быть выражено какъ нетребующая доказательства аксіома въ положеніи: кто *виновнымъ образомъ* наноситъ обиду другому, тотъ обязывается возмѣстить понесенный отъ этого ущербъ. Въ этой предположительной аксіомѣ совершенно непонятно слѣдующее. Какимъ образомъ я, промиссаръ, буду почитать себя *обиженнымъ*, какъ при отнятіи мнѣ принадлежащей вещи, простымъ невыполненіемъ обѣщанія, *если воля обѣщавшаго не связана этимъ актомъ*? Если же ова связана обѣщаніемъ, тогда въ основѣ обязательства должна лежать воля, договоръ, который Шлосманъ считаетъ за *juristisches Nichts*. Выбросивъ *волю*, добрую, изъ состава сдѣлки, Шлосманъ ввелъ ее же въ свое построеніе вновь, но уже какъ злую, ибо промиссаръ *виновнымъ образомъ* (*schuldhafter Weise*) не выполняетъ своего обѣ-

воля въ смыслѣ психическаго процесса есть налицо, а договоръ или сдѣлка вовсе не имѣетъ силы, и точно также есть случаи, гдѣ воля въ ея нормальномъ процессѣ вовсе отсутствуетъ, или, съ другой стороны, процессъ ея возникновенія вовсе не изслѣдуется, и не менѣе того сила сдѣлки несомнѣнна.

Совершенно ясно, что здѣсь, въ ученіи о сдѣлкѣ, больше чѣмъ въ другой области права, наша задача не въ томъ только, чтобъ сосчитаться съ законами физическими или психическими, а чтобъ достигнуть *цѣлей специфическихъ*, важныхъ для юриспруденціи воособенности.

Немудрено, поэтому, что у насъ образуется въ вопросахъ воли такая же *двойственность*, какую мы сейчасъ указали для счета времени въ правѣ. У насъ будетъ не только правило и исключеніе, чего не можетъ быть въ законахъ фъзическихъ, но мы будемъ наблюдать два теченія. Воля, воля человѣка, продолжая составлять главнѣйшій агентъ историческихъ и практическихъ процессовъ осуществленія и выработки права, его нормъ и всѣхъ его институтовъ, будетъ, *въ составъ сдѣлки*, въ составѣ извѣстной категоріи актовъ, направленныхъ на измѣненіе конкретныхъ гражданскихъ правоотношеній, являться намъ то какъ простой психическій процессъ, обнаруживаемый въ любыхъ признакахъ (молчаливое согласіе), то какъ совершенно своеобразное проявленіе юридическаго формализма, совсѣмъ непонятнаго съ психологической точки зрѣнія и объяснимаго только въ составѣ юридическаго акта по соображеніямъ чисто цивилистическимъ.

Цѣлая масса недоразумѣній и контроверзъ, занимавшихъ

панія. Развѣ вина можетъ заключаться въ томъ, что я не выполняю *ein juristisches Nichts* (стр. 165)?— Для силы сдѣлокъ юридическаго лица съ этимъ *чувствомъ* обиды въ конструкціи едва ли будетъ легче чѣмъ съ *волей*. Воля много легче допускаетъ техническія конструктивныя операціи въ цивилистикѣ, чѣмъ чувство (см. выше мысли Савиньи объ обидахъ юридическому лицу). „Аксиома“ Шлосмана должна быть отнесена къ той же категоріи смѣлыхъ безсмыслицъ или парадоксовъ, какъ и показанная нами выше воля юридическаго лица, построенная (по Гирке) изъ *частей воли* входящихъ въ составъ союза людей. Это парадоксы, способные произвести неотразимое впечатлѣніе на безсильную мысль. Отвергая всякую цѣну такихъ „аксіомъ“ и догматическихъ построеній, мы вовсе, однако, не отрицаемъ научнаго значенія *историческихъ* изысканій, освѣщающихъ на почвѣ положительныхъ данныхъ вопросъ объ отношеніи чувства обиды и непосредственнаго правосознанія къ вопросу о силѣ договоровъ. Замѣтимъ только, что чувство обиды можетъ вовсе не совпадать съ составомъ понятія деликта или виновнаго дѣйствія. Наконецъ, и самое понятіе виновности есть также условное и измѣнчивое въ исторіи сознанія людей, какъ это было частью видно выше. Для исторіи развитія договорныхъ формъ надлежитъ, кажется, очень присматриваться къ тому что проф. Леонтовичъ называетъ *групповымъ* рядомъ въ отличіе отъ договорныхъ обязательствъ отдѣльныхъ людей.

нѣмецкую юридическую литературу по вопросу о юридической сдѣлкѣ, ея внутреннемъ и внѣшнемъ строеніи, связана именно, какъ мы думаемъ, съ совершенно отвлеченной отъ живыхъ явленій постановкой всего ученія. Когда стали изслѣдовать сдѣлку, то считали возможнымъ вопросъ о ея природѣ совершенно уединить, дать сдѣлкѣ, т.-е. отвлеченному представленію такое положеніе, какое свойственно развѣ живому явленію, тому или другому институту юридическому, а не простой абстракціи отъ живыхъ явленій, составъ которой входитъ въ цѣлый рядъ институтовъ *). У Эннексеруса въ первомъ отдѣлѣ его трактата видны эти безконечные споры о природѣ сдѣлки, отношеніи ея къ закону, отношеніи воли къ волеизъявленію, волеизъявленію къ его юридическому эффекту. Эннексерусъ совершенно ошибается, утверждая, что Шлосманъ сражается съ врагомъ, котораго самъ себѣ создалъ. Этотъ врагъ, общій для Шлосмана и ряда другихъ изслѣдователей, есть по справедливому замѣчанію Шлосмана, *схоластическая постановка вопроса* **), но самъ Шлосманъ все же не справился съ этимъ врагомъ, оставшись на точкѣ зрѣнія чисто теоретической и не коснувшись живыхъ источниковъ образованія понятія юридической сдѣлки, т.-е. юридическихъ институтовъ.

Вмѣстѣ съ Шлосманомъ цѣлый рядъ ученыхъ нѣмецкихъ юристовъ находитъ неодолимую трудность въ рѣшеніи вопроса, на чемъ держится эффектъ сдѣлки. Если это не есть воля лица, говорятъ они, тогда это будетъ законъ. Такимъ образомъ, сила сдѣлки условлена не актомъ воли ея субъекта, а заранее указаннымъ *въ законѣ* эффектомъ такого или иного волеизъявленія. Такія мысли поддерживаютъ совершенно серьезные люди, какъ Бехманъ, Лёнель, Лотмаръ и другіе. Въ результатѣ нѣкоторые приходятъ къ упраздненію различія такихъ очевидно различныхъ нститутутовъ какъ наслѣдованіе по завѣщанію и по закону, ибо не только въ послѣднемъ, но и въ первомъ случаѣ эффектъ сдѣлки достигается посредствомъ легальной нормы, а не чрезъ волеизъявленіе, не чрезъ testamentъ.

*) Здѣсь пріемъ такой же схоластическій, какой мы увидимъ позже въ ученіи о давности. Долгое время цивилисты считали существеннымъ трактовать давность совершенно отвлеченно отъ отдѣльныхъ институтовъ, владѣтельской давности, usucapio, и исковой давности, praescriptio longi temporis, съ такими же результатами, къ коимъ теперь приводятъ отвлеченныя ученія о сдѣлкѣ. Противъ этой схоластики въ ученіи о давности направлялъ свои усилія Савиньи.

**) У нѣкоторыхъ теперешнихъ ученыхъ (Regelsberger), а также въ новомъ кодексѣ 18 авг. 96 г. задача изученія сдѣлки ставится такъ сказать на одинъ шагъ ближе къ дѣйствительности, какъ и у Шлосмана, т.-е. въ составъ общихъ ученій о сдѣлкѣ (въ общей части системы и кодекса) вводится и общее ученіе или общія положенія о договорѣ.

Это очевидное смѣшеніе понятій, вызванное совершенно схоластической постановкой вопроса о юридической сдѣлкѣ. Акты воли людей, какъ мы видѣли, дѣйствуютъ и въ области образованія нормъ, особенно нормъ гражданскаго права, и въ области измѣненія правоотношеній. И тутъ и тамъ воля человѣка есть сила творческая въ правѣ. Но тамъ, гдѣ мы говоримъ о юридической сдѣлкѣ, тамъ натурально дѣйствіе нашей воли ограничено предѣломъ института, и юридическая сдѣлка направляется не на измѣненіе института, а лишь на измѣненіе правоотношеній. Въ указанномъ примѣрѣ завѣщательнаго акта, также какъ и въ любомъ другомъ, самоопредѣленіе лица ограничено предѣлами института, *но все же это есть самоопредѣленіе воли.* И этого мало, не только дѣйствіе, вліяніе волеизъявленія на правоотношенія обнаруживается въ составѣ института и никакъ не иначе, но и самое волеизъявленіе можетъ имѣть силу только въ предѣлахъ юридической дѣеспособности лица и въ условіяхъ извѣстной обрядности, которая даетъ волеизъявленію его опредѣленную природу.

Все это ясно какъ день для того, кто не оставляетъ почвы дѣйствительности при изслѣдованіи юридическихъ явленій, и все это способно дать поводъ къ недоразумѣніемъ и спорамъ, какъ только разсужденія о юридическихъ явленіяхъ теряютъ эту почву и уходятъ въ область схоластическихъ проблемъ или изысканій чисто теоретическаго свойства.

Дальнѣйшее изложеніе ученія мы раздѣлимъ на два главныхъ раздѣла, *А. Ученіе о внутреннемъ строеніи сдѣлки*, или о внутреннемъ ея формализмѣ, *В. Ученіе о внѣшней сторонѣ сдѣлки*, о волеизъявленіи или обрядности въ совершеніи сдѣлокъ. Такъ какъ въ массѣ случаевъ акты волеизъявленія совершаются нынѣ не самимъ субъектомъ сдѣлки, а съ содѣйствіемъ другого лица и это вопросъ касается какъ внутренней, такъ и внѣшней стороны сдѣлки, то вслѣдъ за этимъ двумя отдѣлами мы укажемъ здѣсь же *С. Основы ученія о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ.*

Въ этихъ ученіяхъ по современному дѣйствующему у насъ праву нѣтъ необходимости повторять всѣ расчлененія видовъ сдѣлокъ и элементовъ ихъ строенія, если возможно предполагать знакомство съ ними изъ общихъ пандектныхъ чтеній.

Наше законодательство даетъ намъ несомнѣнно весьма правильную систематику понятій, которая насъ здѣсь занимаютъ. Раздѣлъ 3-тій книги второй носитъ титулъ: *О порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ вообще.* Несмотря на это широкое

заглавіе, въ этомъ раздѣлѣ отдѣльныя главы касаются *не правъ вообще*, а лишь правъ по имуществамъ. Мы будемъ въ ученіи о сдѣлкѣ ставить нашу задачу шире, ибо юридическая сдѣлка направляется не только на приобрѣтеніе, но и вообще на измѣненіе, въ самомъ обширномъ смыслѣ, гражданскихъ правоотношеній, притомъ не однихъ имущественныхъ, а также семейныхъ (бракъ, узаконеніе, усыновленіе, назначеніе опекуна, завѣщаніе, отреченіе отъ наслѣдства и проч.). Книга третья трактуетъ уже не о приобрѣтеніи и укрѣпленіи правъ на имущества вообще, а о приобрѣтеніи и укрѣпленіи правъ на имущества *воособенности*, т.-е. о юридическихъ сдѣлкахъ въ составѣ того или другого отдѣльнаго института.

Здѣсь насъ касается очевидно только 3-тій раздѣлъ второй книги.

Положенія этого раздѣла обнимаютъ обѣ стороны взятаго нами ученія о сдѣлкѣ, внутреннюю и внѣшнюю. Сторона внѣшняя или обрядная (раздѣлъ В) развита несравненно шире, чѣмъ внутренняя. Для послѣдней мы имѣемъ почти все содержаніе трехъ послѣднихъ главъ этого раздѣла (гл. III, IV и V) *объ укрѣпленіи* правъ на имущество и о совершеніи актовъ любого рода, о чемъ трактуетъ частью т. X ч. I (ст. 707—933, съ обширнымъ приложеніемъ къ ст. 708), частью Нотаріальное положеніе и Уставъ гражданского судопроизводства.

Для внутренней стороны, къ которой мы и приступаемъ, все содержаніе гл. I и II этого раздѣла ограничивается пятью—шестью, частью карательными, статьями съ очень мало развитымъ содержаніемъ. Правда, что этими статьями не ограничивается ученіе, но все же для ученія о внутренней сторонѣ сдѣлки нашъ позитивный матеріалъ крайне скуденъ. Это не мѣшаетъ намъ остановиться на немъ съ необходимой полнотой, такъ какъ безъ этой стороны дѣла все ученіе о сдѣлкѣ теряетъ смыслъ. И такъ

А. РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

ВНУТРЕННЯЯ СТОРОНА СТРОЕНІЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СДѢЛКИ.

§ 32.

І. Общая гражданская дѣеспособность лица.—ІІ. Непринужденный произволъ и согласіе.

Несмотря на краткость общихъ положеній о юридической сдѣлкѣ въ указанныхъ титулахъ, наше дѣйствующее законодательство хорошо знаетъ непремѣнное условіе силы сдѣлки, заключающееся прежде всего

І. Въ *общей гражданской дѣеспособности лица* къ совершенію юридическихъ актовъ. Современное право, западное какъ и наше дѣйствующее, разрабатываетъ реквизитъ *воли лица* для цѣлей юридическихъ въ цѣломъ рядѣ особыхъ положеній, которыхъ мы касались выше, въ связи съ ученіемъ о лицѣ, правоспособномъ субъектѣ гражданскихъ юридическихъ отношеній. Въ этомъ ученіи было видно, что, съ одной стороны, законодательство ограничиваетъ гражданскую дѣеспособность требованіями возраста, неодинаковыми для различныхъ сдѣлокъ, требованіями здоровья физическаго и умственнаго, наконецъ, извѣстными реквизитами нравовъ и неумаленной, въ связи съ системой наказаній, гражданской правоспособности лица. Съ другой стороны, мы указали въ томъ же составѣ ученій о лицѣ расширеніе гражданской дѣеспособности на кругъ субъектовъ гражданского права, для коихъ недостатокъ естественной волеспособности замѣняется юридически установленными органами ихъ гражданской дѣеспособности. Въ указанномъ раздѣлѣ это расширеніе выражено въ статьѣ 698, гдѣ перечисленъ весь кругъ лицъ, особенно юридическихъ, которыя могутъ *пріобрѣтать всѣ права на имущества* по различію самыхъ имуществъ и въ предѣлахъ закономъ опредѣленныхъ.

Такимъ образомъ, уже въ этомъ моментѣ состава сдѣлки ясно, что мы, съ одной стороны, регулируемъ вліяніе воли человека, какъ простаго психическаго процесса, формальными реквизитами зрѣлости, нормальнаго состоянія умственнаго и нравственнаго и полноты правоспособности человека, безъ чего воля, какъ бы она ни была ясна, не произведетъ юридическаго эффекта; съ другой, мы расширяемъ примѣненіе той же способности само-

опредѣленія лица въ кругу его гражданскихъ правоотношеній на союзы и установленія, гдѣ акты союзной дѣеспособности выполняются помощью особой организаціи, направленной къ этой цѣли.—Работу измѣненія гражданскихъ правоотношеній выполняетъ то воля естественная отдѣльно взятыхъ дѣеспособныхъ людей, то искусственно организованная дѣеспособность союзовъ.

Тамъ, гдѣ нѣтъ дѣеспособности гражданской, какъ бы ни былъ ясенъ психическій процессъ, который мы называемъ волей, онъ останется безъ всякихъ юридическихъ послѣдствій для правоотношеній субъекта.

Такимъ образомъ, гражданская дѣеспособность составляетъ общій реkvизитъ личности въ гражданскомъ правѣ, ибо безъ этого реkvизита нѣтъ автономнаго характера гражданскихъ правоотношеній, нѣтъ самоопредѣленія ихъ субъекта.

Но и при наличности этого общаго реkvизита любой юридической сдѣлки, *каждый отдѣльный актъ*, направленный на измѣненіе конкретнаго правоотношенія, долженъ носить извѣстные признаки, безъ наличности коихъ не будетъ *въ данномъ случаѣ состава юридической сдѣлки*. На этихъ реkvизитахъ останавливается указанный нами 3-тій раздѣлъ книги 2-ой, особенности. Мы возьмемъ впередъ реkvизиты внутренніе.

II. За общимъ требованіемъ гражданской дѣеспособности нашему изученію подлежатъ дальнѣйшія положенія закона, касающіяся юридическихъ сдѣлокъ отдѣльно взятыхъ.

Терминъ, коимъ нашъ законъ обозначаетъ наиболѣе общимъ образомъ понятіе соответствующее нашему понятію юридической сдѣлки, есть *способъ пріобрѣтенія правъ на имущества* *). Мы указали что это, въ смыслѣ явленій, подлежащихъ въ составѣ нашего же закона дѣйствию общихъ правилъ для юридическихъ сдѣлокъ, терминъ слишкомъ узкій. Но онъ все же шире чѣмъ во французскомъ кодѣ, гдѣ правила общія для сдѣлокъ принаровлены особенно къ договорамъ. Нѣтъ сомнѣнія, что общія положенія нашего закона для способовъ пріобрѣтенія правъ по имуществамъ могутъ и должны быть отнесены и къ способамъ ихъ прекращенія, а также и къ актамъ права семейнаго.

Главнѣйшее изъ этихъ положеній заключается въ статьѣ 700, которая говоритъ: всѣ способы пріобрѣтенія правъ (здѣсь не

*) Слово сдѣлка, независимо отъ отдѣльныхъ случаевъ примѣненія (мировая сдѣлка, сдѣлка съ преміей 1401¹ т. X ч. 1), тоже встрѣчается въ легальной терминологіи X т. ч. I. и въ общемъ смыслѣ. Такъ ст. 1540 говоритъ: всѣ счеты, условія и всякаго рода *сдѣлки* ... совершаются на серебряную монету. Также во всѣхъ *казенныхъ и частныхъ сдѣлкахъ* должны быть употребляемы одни Россійскіе мѣры и вѣсы.

прибавлено *по имуществамъ*, но это ограниченіе видно изъ титула этой главы), закономъ опредѣленные, тогда только признаются дѣйствительными, когда они *утверждаются на непринужденномъ произволѣ и согласіи*. Этотъ же самый реквизитъ *непринужденнаго согласія* выраженъ именно и по отношенію къ браку въ ст. 12 т. X ч. I, и по отношенію къ договорамъ воособенности (ст. 1528), къ даренію (967), завѣщанію (1010). Независимо отъ этого, гарантію свободы совершенія сдѣлокъ представляютъ обрядности волеизъявленій, указанныя въ положеніи о нотаріальной части (ст. 89, 96, 107 и рядъ другихъ въ той же гл. 2-ой разд. II), а также многочисленныя нормы закона уголовного, угрожающія тяжкими наказаніями всякія покушенія на свободу волеизъявленія лицъ при совершеніи ими юридическихъ сдѣлокъ. Указывая, однако, *непринужденный произволъ и согласіе* какъ общую основу для всѣхъ способовъ пріобрѣтенія правъ по имуществамъ, нашъ законъ, очевидно, не думаетъ моментъ воли (въ сдѣлкѣ односторонней) и согласія (въ договорѣ) сторонъ сдѣлать исключительнымъ источникомъ юридической силы сдѣлокъ, ибо на ряду съ этимъ ставитъ общее положеніе, по силѣ коего *права на имущество пріобрѣтаются не иначе какъ способами, въ законахъ опредѣленными* (699).

Такимъ образомъ нашъ кодификаторъ съ достаточной ясностью обозначаетъ существенныя элементы строенія сдѣлки какъ волеизъявленія субъекта въ предѣлахъ его дѣеспособности и въ составѣ опредѣленнаго юридическаго института.

Въ дальнѣйшемъ мы попытаемъ приблизить отвлеченно указанные реквизиты воли въ составѣ сдѣлки, выраженные въ словахъ 700 статьи, *непринужденный произволъ и согласіе*, къ конкретнымъ явленіямъ гражданскихъ волеизъявленій.

§ 33.

Внутренній формализмъ воли въ составѣ юридической сдѣлки (продолженіе).— Понятіе.— Внутренній формализмъ какъ черта системы.— Поправки.— Дуализмъ.— Латинская система.— Средніе вѣка.— Исканіе принципа въ нѣмецкой литературѣ.— Два противоположныхъ ученія.— Ихъ историческій смыслъ.— Наше законодательство.

Выражая общимъ образомъ требованіе непринужденнаго произвола и согласія въ составѣ сдѣлки, нашъ законъ, однако, вовсе не требуетъ вмѣстѣ съ этимъ и не допускаетъ *положительнаго всякій разъ изслѣдованія или повѣрки* дѣйствительной личности воли въ составѣ сдѣлки для юридическаго эффекта, на

который сдѣлка направлена. Это было бы въ прямомъ противорѣчїи съ автономнымъ характеромъ цивильнаго обмѣна.

Для сферы гражданскихъ правоотношеній сдѣлка есть то же что законъ для вопроса существованія нормы. Въ латинской терминологіи сюда прямо примѣняется квалифікаціи закона, *lex contractus* *). Когда рѣчь идетъ о законѣ, то сила его условлена публикаціей. Воля законодателя существуетъ только тогда, когда есть публикація. Публикація закона не составляетъ *только средство доказать* наличность воли законодателя. Это нѣчто большее. Безъ нея не существуетъ закона. *Это конститутивный элементъ* легальной нормы.

Совершенно такое же отношеніе момента внѣшняго, волеизъявленія, къ внутреннему моменту сдѣлки, къ волѣ. Пока нѣтъ волеизъявленія, нѣтъ воли, нѣтъ сдѣлки. Съ того мгновенія когда есть волеизъявленіе (для односторонней сдѣлки) или согласіе волеизъявленій (для договора), юридическая сдѣлка есть на лицо. *Волеизъявленіе для сдѣлки тоже что публикація для закона.* Это конститутивный для состава сдѣлки моментъ **).

Такимъ образомъ, гдѣ есть публикація, respective волеизъявленіе, и текстъ закона или слова сдѣлки не возбуждаютъ никакихъ сомнѣній, тамъ именно *волеизъявленіе* рѣшаетъ вопросъ о наличности нормы или сдѣлки. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.* Наличность воли не подлежитъ сомнѣнію и не допускаетъ никакихъ изысканій предшествующихъ волеизъявленію процессовъ, никакихъ изслѣдованій матеріальной стороны дѣла, никакихъ вопросовъ по существу.

Волеизъявленіе конституируетъ формально *наличность не только сдѣлки, но и воли въ юридическомъ, а не психическомъ смыслѣ.* Это и есть то, что мы называемъ *формализмомъ воли*, или, для отличія отъ формализма въ смыслѣ юридической обрядности, стало быть, внѣшняго, *внутреннимъ формализмомъ воли* ***).

*) *Contractus legem ex conventionione accipiunt* (l. 1 § 6 D. 16. 3), *legem testamento dicere* (l. 14 D. 28, 1).

**) По вопросу объ отношеніи воли къ волеизъявленію есть на нѣмецкомъ языкѣ замѣчательный трактатъ покойнаго лейпцигскаго профессора, бывшаго затѣмъ душою проекта Гражд. Улож. для Германіи, Бернгарда Виндшейда *Willen u. Willenserklärung*. Ср. и здѣсь особ. Эннексеруса стр. 58, гдѣ, и особ. въ примѣч. на стр. 59, читатель найдетъ рядъ полезныхъ литературныхъ указаній. Тоже § 306 и примѣч. *Lehrbuch d. Pandekten* Виндшейда, гдѣ разработаны особенно моментъ заключенія (*Abschluss*) договора.

***) Самый терминъ „внутренній формализмъ воли“, совершенно употребительный у нѣмцевъ, сталъ встрѣчаться въ последнее время и въ нашей литературѣ. См. напр. вступительную лекцію молодого профессора Вс. А. Удінцова (читан. въ Кіевѣ 8-го марта 94 г.). Дуализмъ частноправныхъ системъ, стр. 11-тая. Это талантливая характеристика нѣкоторыхъ особенностей торго-

Внутренний формализм воли составляет такую же переработку простых натуральных процессов для цѣлей ихъ юридической извѣстности и примѣненія, какую въ этихъ же цѣляхъ даетъ намъ понятіе лица, граждански правоспособнаго субъекта, или вещи, обособленнаго объекта имущественнаго обладанія, для этихъ двухъ конструктивных элементовъ правоотношенія. Это такая же искусственная, техническая операція, образецъ которой мы видѣли выше въ такъ называемой *computatio civilis*, отличаеомой отъ *computatio naturalis*.

Эта формула воли или этотъ внутренний формализмъ воли виденъ въ цѣломъ ряду случаевъ примѣненія.

И такъ, мы принимаемъ наличность сдѣлки и ея эффектовъ для такой категоріи субъектовъ гражданскихъ правоотношеній, въ коей нѣтъ и быть не можетъ психическихъ процессовъ свойственныхъ именно этому субъекту, какъ онъ свойствененъ человеку. Мы это видѣли выше и сейчасъ (§ 32, I) показали вновь для юридическихъ лицъ. Въ операціяхъ, которыя совершаются ихъ именемъ, посредствомъ органовъ ихъ дѣеспособности, мы принимаемъ наличность воли, гдѣ есть собственно только *формальные симптомы, конституирующие наличность формальныхъ реквизитовъ волеизъявленія* *). О волѣ юридическихъ лицъ въ матеріальномъ смыслѣ не можетъ быть и рѣчи, какъ не можетъ быть рѣчи о чувствѣ обиды, чувствѣ удовольствія, и иныхъ субстанціальныхъ, а не формальныхъ только моментахъ ихъ существованія.

Но совершенно такъ же, какъ для опредѣленнаго круга лицъ, такъ и независимо отъ лица, для *сдѣлокъ опредѣленнаго типа*, гипотечныхъ, торговаго права, формально-договорныхъ, внутренний формализмъ воли будетъ составлять характернѣйшую черту ихъ строенія, рѣзко отличающую эти типы или эти отдѣльные виды сдѣлокъ отъ другихъ.

Нѣтъ сомнѣнія, что здѣсь, въ области волеизъявленія, возможно провести такія же *два разныя основы конструкціи*, какъ въ ученіи о лицѣ, о вещахъ, о счисленіи времени. Это тотъ же *дуализмъ* сдѣлокъ по ихъ составу, съ преобладаніемъ конструктивныхъ элементовъ или формальнаго, или же матеріальнаго характера, который виденъ и въ составѣ другихъ элементовъ юри-

ваго права. Въ литературѣ уголовного права соотвѣтствующій терминъ употребителенъ давно уже и у насъ. Это такъ назыв. *внѣшнее вмѣненіе*, *imputatis externa*, въ противоположность вмѣненію внутреннему.

*) Матеріальное дѣйствіе, внутреннія событія правовыхъ отношеній оцѣниваются шаблонами, установленными закономъ. Удинцовъ I. с.

дическихъ отношеній, и не только юридическихъ отношеній, но и юридическихъ институтовъ.

Можно сказать, что преобладаніе институтовъ и сдѣлокъ того или другого типа *характеризуетъ эпохи* въ развитіи и въ смѣнѣ цѣлыхъ системъ права.

Такимъ образомъ сдѣлки типа чисто формальнаго, въ смыслѣ формализма внутренняго, составляли преобладающую черту квиригской системы. Это была именно *черта системы*, которой происхожденіе и свойствоистики любятъ связывать съ особенностями національнаго характера квириговъ, съ одной стороны, и съ автономнымъ, абсолютнымъ характеромъ строенія частно-правныхъ институтовъ этой эпохи съ другой.

Въ условіяхъ развитія дуализма системъ въ послѣдующую историческую эпоху мы видимъ постоянное смягчающее воздѣйствіе преторской юрисдикціи на непосильныя для новаго общества требованія зрѣлости и безповоротности волеизъявленій въ области гражданскихъ правоотношеній. Известно, что сила сдѣлки продолжала и въ эту пору опредѣляться прежней мѣрой, и то что разъ выражено какъ актъ воли лица въ сферѣ его правоотношеній, измѣняло ихъ въ формальномъ смыслѣ совершенно независимо отъ обстоятельствъ предшествующихъ волеизъявленію и быть можетъ вліявшихъ на самоопредѣленіе субъекта.

Противъ крайности этого внутренняго формализма воли въ сдѣлкѣ преторъ первоначально могъ дѣйствовать только *путемъ экстраординарнаго изслѣдованія* *каждаго случая* и устранять послѣдствія цивильнаго ригоризма, когда въ *данномъ случаѣ* становилось ясно, что примѣненіе его приводитъ къ опаснымъ послѣдствіямъ. Таковы были преторскіе *in integrum restitutiones propter minorem aetatem*, а для лицъ зрѣлаго возраста—въ случаяхъ отсутствія ихъ (*absentia*), въ сферѣ сдѣлокъ воособенности для противодѣйствія принужденію (*metus*), обману (*dolus*), ошибкѣ (*error*) въ волеизъявленіяхъ.

Въ позднѣйшемъ правѣ этотъ случайный характеръ исправленія цивильнаго ригоризма героическими, экстраординарными средствами, уступилъ, какъ известно, мѣсто общему порядку процессуальной охраны свободы волеизъявленія въ сдѣлкѣ. Но чтобы не извратить совершенно *подлинную* для гражданского права *черту самоопредѣленія воли* въ области сдѣлки, классическая юриспруденція не лишала ее юридической силы *прямо въ виду признаковъ слабости воли, незнанія, неопытности, ошибокъ* въ волеизъявленіи, не объявляла такихъ сдѣлокъ *изначала ничтожными*, а лишь допускала, по требованію самихъ потерпевшихъ,

ослабленіе или уничтоженіе ихъ юридическихъ послѣдствій въ болѣе или менѣе тѣсныхъ предѣлахъ. И въ этихъ условіяхъ все что даетъ намъ послѣдующая латинская система, въ смыслъ *поправки внутреннего формализма воли*, ограничивается устраненіемъ послѣдствій такой сдѣлки посредствомъ предъявленія возраженій, опроверженій или споровъ противъ силы опорочиваемой сдѣлки, въ особомъ процессѣ.

Задача различенія *прямого ничтожества сдѣлки* при наличности внутреннихъ пороковъ волеизъявленія отъ простой опровержимости или спорности ея связана, мы думаемъ, не съ тѣмъ или другимъ характеромъ развитія права *), какъ это принимаютъ многіе, а съ самымъ понятіемъ юридической сдѣлки въ гражданскомъ правѣ, изъ коего нельзя вычеркнуть признаки самоопредѣленія выраженного въ актѣ изъясненія воли.

Такая идея юридической сдѣлки не могла быть чуждой никакой эпохѣ въ исторіи развитія нашей системы. Выработана она была, однако, окончательно и отчетливо только въ системѣ римскаго права.

Если эту основную идею нетрудно установить въ составѣ латинскихъ классическихъ ученій, то по отношенію къ *средне-вѣковой юриспруденціи* мы видимъ, начиная съ глассаторовъ, попытки поставить ученія на основы болѣе постоянныя (воля и изъясненіе одинаково необходимы для силы сдѣлки какъ духъ и тѣло для жизни), но далеко не столь практическія и отвѣчающія духу гражданскаго права, какъ это сочетаніе общей формальной силы волеизъявленія съ возможностью устранить юридическій эффектъ сдѣлки, *по иску заинтересованнаго*, въ виду такихъ пороковъ волеизъявленія, которые въ данномъ случаѣ исключаютъ признакъ самоопредѣленія необходимый для состава сдѣлки.

Современная *нѣмецкая литература* исполнена разнообразнѣйшихъ попытокъ указать *руководящій принципъ* для выхода изъ коллизій волеизъявленія формально безспорнаго съ наличностью фактовъ, исключających самымъ несомнѣннымъ образомъ подлинность воли изъ состава волеизъявленія.

Случаевъ, гдѣ приходилось идти на помощь слабой волѣ въ позднѣйшей латинской практикѣ развилась цѣлая масса. Приходилось помогать не только несовершеннолѣтнимъ, отсутствующимъ, въ случаяхъ угрозъ, обмановъ, *ошибокъ*, симуляцій, но особенно въ из-

*) При чемъ въ основу этого явленія ставятъ двойственность процессуальныхъ методовъ и противоположеніе права гражданского и преторскаго у Римлянъ, чего-де мы не знаемъ.

вѣстныхъ кругахъ лицъ, далеко неготовыхъ для самоопредѣленій въ сферѣ цивильныхъ правоотношеній. Надо было или низводить ихъ дѣеспособность, что далеко не всегда соответствуетъ духу времени; или, допуская ея развитіе, спѣшить на помощь женщинамъ, воинамъ, иноземцамъ, людямъ низшихъ профессій, коимъ часто былъ далеко не по плечу этотъ внутренний формализмъ цивильныхъ волеизъявленій, безповоротно рѣшающій судьбу ихъ имущественныхъ интересовъ по принципамъ не для этихъ людей писаннымъ.

Мы обращаемъ вниманіе здѣсь на эту черту позднѣйшей латинской и современной реципированной методы исправленія послѣдствій цивильнаго ригоризма, по силѣ коей волеизъявленіе, заключающее въ себѣ тотъ или другой порокъ воли, все же не дѣлаетъ цивильную сдѣлку ничтожной по существу. Она все-таки остается способной юридически дѣйствовать.

Въ виду возможности такихъ разнорѣчій подлинной воли и волеизъявленій и расширенія поправокъ формализма нѣмецкая цивилистика, очевидно, немного затерялась въ разумѣніи самаго существа цивильной сдѣлки, и въ своихъ поискахъ за принципомъ нѣмецкіе ученые юристы полагали необходимымъ, на ряду съ формальными реквизитами волеизъявленія въ сдѣлкѣ, разработать еще возможно шире матеріальную сторону волеизъявленія, его содержаніе, чтобъ досказать все, что въ ней заключается, чѣмъ условленъ ея эффектъ, и оперировать отвлеченнымъ понятіемъ сдѣлки уже въ виду всего этого сложнаго состава данныхъ.

Такимъ образомъ, сила сдѣлки въ этихъ ученіяхъ условливалась не тѣмъ только, что воля изъяснена въ предѣлахъ дѣеспособности, но что эта воля имѣетъ опредѣленное содержаніе и направленіе произвести извѣстный эффектъ, и что сторона ясно себѣ представляетъ всю фактическую и юридическую сторону своего волеизъявленія. Въ силу этого юридическая сдѣлка изъ простаго акта волеизъявленія обращается въ цѣлую эпопею *), тогда какъ волеизъявленіе должно быть только типическимъ, удобопріемлемымъ,

*) Что такой сложный составъ сдѣлки, исчерпывающій все содержаніе института возможенъ и на извѣстныхъ стадіяхъ развитія институтовъ необходимо, — это не подлежитъ сомнѣнію. Въ старыхъ юрид. актахъ мы имѣемъ массу сдѣлокъ включающихъ въ себѣ почти все содержаніе института, коего касается волеизъявленіе. Для примѣра можно взять №№ 62, 86 А. Ю., хотя такихъ примѣровъ, гдѣ именно сдѣлка, по счастливому выраженію Ihering'a составляетъ настоящій пріискъ (Fundgrube) диспозитивнаго права, вездѣ много. Когда институтъ достаточно объективировался, этого не нужно болѣе, ибо составъ воли легко опредѣляется простымъ наименованіемъ сдѣлки. Натурально, при этомъ легко можетъ имѣть мѣсто и ошибочное представленіе объ этомъ составѣ, противъ чего или допускается поправка, или же получается прямой ущербъ для несвѣдущаго.

конституирующимъ наличность воли для установленія или измѣненія правоотношеній въ составѣ извѣстнаго института актомъ, и только.

Эти попытки исчерпать не только формальную сторону волеизъявленія, но и ея содержаніе тѣмъ болѣе неудачны, что нѣмцы пытались дать ихъ основы въ общихъ ученіяхъ о юридической сдѣлкѣ, тогда какъ онѣ могутъ имѣть мѣсто развѣ въ отдѣльныхъ ученіяхъ.

Содержаніе волеизъявленія, условленное различіемъ институтовъ, не можетъ входить въ составъ общихъ ученій о юридической сдѣлкѣ, не производя путаницы понятій.

Но и оставивъ въ сторонѣ эту задачу, все же нѣмецкая юридическая литература въ современномъ состояніи даетъ *два* одна другую исключаящія *группы ученій*.

Въ одной группѣ основу силы сдѣлки хотятъ видѣть *въ волю лица*, и гдѣ нѣтъ воли лица, тамъ отрицаютъ силу сдѣлки. Въ другой группѣ думаютъ указать какъ рѣшающій для юридического эффекта сдѣлки моментъ не волю въ ея подлинныхъ процессахъ, а лишь *результатъ* этихъ процессовъ, получаемый *въ волеизъявленіи*, и этому волеизъявленію приписываютъ юридическій эффектъ въ составѣ опредѣленнаго института.

Первое ученіе именуютъ *теоріей воли*. Второе *теоріей волеизъявленія*. Ни то, ни другое не обходится безъ ряда оговорокъ и исключеній въ примѣненіи основного принципа.

Между тѣмъ и другимъ посредствуетъ такъ называемая *Vertrauenstheorie*, теорія довѣрія, гдѣ задача въ томъ, чтобы *примирить* крайности обоихъ ученій и дать выходъ изъ трудностей широкимъ примѣненіемъ мѣры добросовѣстности въ случаяхъ столкновенія волеизъявленія съ дѣйствительной волей лица (особенно Hartmann).

Насколько эти группировки писателей въ ту или другую категорію по направленію ихъ задачъ произвольны, легко заключить изъ того, что иногда одинъ и тотъ же писатель попадаетъ у одного рецензента въ одну, у другого въ другую группу *).

Всего менѣе удачной надо назвать *третью группу*, которая ставитъ себѣ задачу примиренія тамъ, гдѣ рознь происходитъ вовсе не по основаніямъ теоретическимъ, не по причинѣ разномыслія ученыхъ, а по причинѣ *двойственности явленій* въ самой жизни, въ самомъ оборотѣ гражданскомъ.

*) Ср. Обзорѣніе у Эвнекцеруса, особенно стр. 75, и Регельсбергера *Randekten* § 140 пр. 3 (стр. 512).

Не колеблясь можно сказать, что ни то, ни другое изъ двухъ указанныхъ противолечащихъ ученій не есть построенное на воздухѣ и что каждое найдетъ себѣ въ жизни оправданіе, но каждое лишь *въ своей сферѣ* правоотношеній и институтовъ.

Въ общемъ, конечно, такъ называемая *Willenstheorie* обращена скорѣе къ прошлому, чѣмъ къ будущему, ибо возможность изслѣдованія явленія обмѣна *по существу*, со всѣми индивидуализирующими составъ каждой сдѣлки моментами, предполагаетъ больше простоты и естественности, примитивности правоотношеній. Наоборотъ, сдѣлки, сила коихъ основана вся на *внутреннемъ формализмѣ* воли, на томъ *результатѣ* предшествующихъ процессовъ, который сказался въ волеизъявленіи, *Erklärungstheorie*, и гдѣ нельзя допустить всякій разъ изысканій соотвѣтствія этого внѣшняго момента внутреннему и ихъ повѣрки, обращены къ будущему, къ выработанному дѣловому обмѣну, къ кругу лицъ и институтовъ, требующихъ полной дѣловой зрѣлости и способности безповѣрочно и безповоротно рѣшать сложныя проблемы направленія сдѣлокъ къ ясно сознанной и опредѣленно намѣченной цѣли.

Нельзя, однако, сказать, чтобъ въ какую-либо эпоху одинъ типъ строго-дѣловыхъ и формально-законченныхъ волеизъявленій составлялъ исключительно явленіе гражданского обмѣна, не допускающее отнюдь наряду съ ними и такой сферы юридическихъ сношеній, гдѣ очень возможны принаровленія силы сдѣлки къ обстоятельствамъ, къ свойствамъ лицъ, отношеній, цѣлей.

Это будетъ въ любомъ жизненномъ процессѣ обмѣна *тотъ же самый дуализмъ типовъ правоотношеній, институтовъ, системъ*, котораго основныя черты до такой степени рельефно выразились въ исторіи развитія латинскаго права.

Соотвѣтственныя явленія есть повсюду, хотя бы не въ столь рельефномъ выраженіи, и исчерпать это противоположеніе въ общемъ очеркѣ сдѣлки, не касаясь болѣе или менѣе полно отдѣльныхъ институтовъ, нѣтъ возможности.

Мы перейдемъ за симъ къ положеніямъ нашего законодательства, въ коихъ выраженный статьей 700 риквизитъ *непринужденнаго произвола и согласія* подвергается, въ практическихъ цѣляхъ, въ той или другой степени, технической обработкѣ.

Мы видѣли выше, что въ случаяхъ, гдѣ волеизъявленіе не обнаруживаетъ никакой двойственности въ истолкованіи его

смысла, латинское учение вовсе не допускаетъ вопроса о волѣ, voluntatis quaestio.

Очень близко къ этому нашъ законъ требуетъ, чтобы договоры были изъясняемы по словесному ихъ смыслу (1538) и только въ случаяхъ *важныхъ сомнѣній* допускаетъ изслѣдованіе *намысленій и доброй совѣсти* въ ихъ составѣ.

Однако, въ любыхъ ли сдѣлкахъ и всегда ли съ одинаковымъ эффектомъ, даже при этихъ ограниченіяхъ, можетъ быть допущено такое изслѣдованіе внутренней стороны волеизъявленій?

Возьмемъ простой случай, который указываетъ намъ ст. 72 Вексел. Уст. Акцептантъ векселя *забылъ*, что онъ принялъ вексель въ одномъ образцѣ, когда этотъ образецъ былъ ему представленъ для акцепта (prima). По прошествіи нѣкотораго времени послѣ принятія ему предъявляютъ другой образецъ (secunda; см. ст. 14). Онъ принимаетъ ошибкою и этотъ послѣдній образецъ. Затѣмъ оба образца предъявляются ему одинъ за другимъ отъ разныхъ векселедержателей, къ коимъ они дошли по правильнымъ надписямъ, *къ платежу*. Тогда акцептантъ со всею ясностью представляетъ себѣ свою ошибку и забывчивость, вслѣдствіе которой онъ вынужденъ теперь платить два раза всю вексельную сумму сполна.

Даетъ ли такая *ошибка*, такое *забвеніе*, правильное, въ смыслѣ вексельнаго права, основаніе для отказа въ платежѣ, или акцептантъ обязанъ произвести платежъ и по первому и по второму образцу полностью?

Законъ нашъ отвѣчаетъ безъ всякаго колебанія, что акцептантъ обязанъ платить по обоимъ образцамъ.

Вотъ простѣйшій примѣръ внутренняго формализма воли, который даетъ наше законодательство. Есть волеизъявленіе, никакихъ пороковъ воли не видно ни въ томъ, ни въ другомъ векселѣ, волеизъявленіе *конституируетъ личность воли*, какъ публикація *личность закона*, и никакія дальнѣйшія изысканія не могутъ ни на минуту задерживать осуществленіе нормы или выполненіе обязательства.

Нельзя идти дальше въ измѣреніи силы сдѣлки однимъ критеріемъ внутренняго формализма воли. Такова техника этихъ сдѣлокъ, которая, внѣ всякаго сомнѣнія, входитъ здѣсь въ практическихъ цѣляхъ обмѣна въ самое живое противорѣчіе съ подлинной, матеріальной стороной воли лица.

Нигдѣ не будетъ больше у мѣста вспомнить латинское изреченіе — *jus civile vigilantibus scriptum est*. Требованіе бдитель-

ности кажется суровымъ. Институтъ не допускаетъ ни на минуту забывчивости, никакой ошибки. Здѣсь все вмѣняется.

Какой же результатъ?

Очевидно, есть эпохи, есть системы, есть институты, гдѣ человекъ актомъ своей воли, своего самоопредѣленія, создаетъ безповоротно правоотношенія такого чекана, съ которыми въ практикѣ цивильнаго обмѣна не въ силахъ выдержать соперничества никакія въ мірѣ матеріальныя цѣнности.

Составляетъ ли такой формализмъ волеизъявленія для нашего права особое свойство только одной категоріи сдѣлокъ, именно сдѣлокъ торговаго права, или мы видимъ то же и въ общихъ институтахъ гражданского права?

Въ институтахъ общаго права это не есть общая черта, но присутствіе ея видно и здѣсь. И такъ, ст. 2015 говоритъ: не пріемиются никакія показанія ни должника, ни наслѣдниковъ его о безденежности *крѣпостныхъ заемныхъ писемъ*. Множество сдѣлокъ гипотечной системы, какъ увидимъ впослѣдствіи, носятъ такой же формальный и безповоротный характеръ въ смыслѣ ихъ силы и дѣйствія на правоотношенія, связанные съ порядкомъ веденія этихъ записей.

Это отдѣльные случаи, освѣщающіе намъ явленіе внутренняго формализма воли въ сдѣлкахъ, направленныхъ на измѣненіе правоотношенія въ составѣ того или другого института.

Но нѣтъ ли общихъ руководящихъ положеній въ составѣ нашего гражданского кодекса, коими это свойство юридической сдѣлки опредѣлялось бы въ составѣ любого института?

Вслѣдъ за указанной статьей 700 мы читаемъ въ статьѣ 701 *произволъ и согласіе* (на коемъ утверждается сила сдѣлки) *должны быть свободны*. Свобода произвола и согласія нарушается: 1) принужденіемъ и 2) подлогомъ.

Это два главные явленія, въ коихъ законъ допускаетъ изслѣдованіе внутренней стороны волеизъявленія въ цѣляхъ огражденія гражданского обмѣна отъ излишествъ юридическаго формализма, способныхъ войти въ прямое противорѣчіе съ чувствомъ справедливости.

Мы увидимъ, что стремленіе изслѣдовать внутреннюю сторону волеизъявленія въ развитыхъ системахъ не ограничивается этими двумя случаями. Вопросъ о силѣ волеизъявленія подвергается сомнѣнію еще въ рядѣ другихъ случаевъ. И мы найдемъ въ составѣ нашего права отвѣты на эти проблемы, хотя и не въ составѣ общихъ положеній о способахъ пріобрѣтать права на

имущества, а или въ общемъ ученіи о договорѣ, или въ примѣненіи къ отдѣльнымъ сдѣлкамъ.

И такъ, въ связи съ вопросомъ о силѣ сдѣлки мы изслѣдуемъ вопросъ о *принужденіи*, объ *ошибкахъ*, о *симуляціи*, *волеизъявленіи шутливомъ*, *скрытомъ* намѣреніи при совершеніи сдѣлки и о *сдѣлкѣ фидуціарной*. Наконецъ, здѣсь же, въ связи съ общимъ вопросомъ объ отношеніи волеизъявленія къ подлиннымъ процессамъ воли мы рассмотримъ *строеніе абстрактной сдѣлки*.

§ 34.

Внутренній формализмъ воли (Продолженіе).—Дѣйствіе принужденія на силу сдѣлки.—Понятіе принужденія въ системахъ западныхъ и въ русскомъ правѣ эпохи Уложенія и современномъ.—Условія осуществленія притязаній потерпѣвшаго.

Современные кодексы находятся въ этомъ ученіи подъ общимъ и очень выраженнымъ вліяніемъ латинскаго права *). Въ составѣ Общей части (въ Остз. Код. кн. 4-ая, разд. 1. О юридическихъ сдѣлкахъ вообще, ст. 2981—2989 о принужденіи) теперешнихъ кодексовъ приводятся положенія, знакомыя изъ пандектныхъ системъ и въ общемъ мы на нихъ здѣсь останавливаться не станемъ. Характернѣйшую для *внутренняго формализма воли* тезу даетъ намъ знаменитый текстъ Юлія Павла, возбуждавшій во всѣ времена массу истолковательныхъ попытокъ между юристами. *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.*

И такъ, нѣтъ сомнѣній, что сдѣлка вынужденная силой, не теряетъ формальной дѣйствительности по одному этому обстоятельству, и все, что допущено со стороны претора противъ юридическихъ послѣдствій такого акта, ограничивается предъявленіемъ спора въ теченіе короткаго, обыкновенно годового срока (ср. Нов. Герм. улож., ст. 123 и 124).

Наше законодательство въ составѣ гражданскаго **) кодекса,

*) См. Пандектные учебники. Изъ спеціальнымъ трактатовъ особ. Schlie-man Die Lehre v. Zwang (1831 г.), ст. Jos. Kohler въ Jahrb. Jhering'a B. 25. Есть и русскія работы, указанныя Анненковымъ.

**) Наряду съ этимъ идутъ положенія уголовнаго кодекса, ст. 1545—1548 (угрозы), 1601 и слѣд. (завладѣніе), 1686 и слѣд. (принужденіе къ дачѣ обя-

въ положеніяхъ его общихъ *), постановляетъ: Произволъ и согласіе (какъ условіе дѣйствительности сдѣлокъ, см. выше) должны быть свободны. Свобода произвола нарушается 1) *принужденіемъ*, и 2) *подлогомъ*.

Мы будемъ говорить здѣсь только о *принужденіи*.

Естественно, что какъ только въ системѣ преторской римской и въ нашей дѣйствующей допущено было оспаривать силу сдѣлки (или способа пріобрѣтенія правъ) доказываньемъ принужденія или насилія, подъ вліяніемъ коего послѣдовало волеизъявленіе, какъ и тамъ и тутъ, у насъ, явилась настоятельная необходимость установить съ юридической точностью *понятіе и квалификацію того насилія или принужденія*, которое способно дать основаніе для признанія судомъ недѣйствительности юридической сдѣлки.

Законъ нашъ говоритъ въ разсматриваемыхъ статьяхъ не о *vis absoluta*, а о такъ назыв. *vis compulsiva*. Таковъ смыслъ статьи 702-ой. „Принужденіе бываетъ, когда кто бывъ захваченъ силою во власть другого, принуждается къ отчужденію имущества или къ вступленію въ обязательство страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть его лицо или имущество“.

Нѣтъ сомнѣнія, что весь составъ статьи 702 можетъ имѣть мѣсто и не дать никакого повода къ оспариванію сдѣлки, если *metus* не есть *injustus ex parte inferentis*, т.-е. если и захватъ силою и угрозы произведены призванной къ этимъ актамъ властью въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ подобный образъ дѣйствія имѣетъ свое легальное основаніе.

Французскій кодексъ предусматриваетъ возможность *ссылки на принужденіе* для инвалидаціи сдѣлки въ такихъ случаяхъ, гдѣ весь *metus* составляетъ простая *crainte révérentielle envers le père, la mère ou autres ascendants* (почтительный страхъ передъ старшими), *sans qu'il y ait eu de violence* (безъ наличности какихъ бы то ни было насильственныхъ дѣйствій, Code civ. art. 1114). Въ этихъ случаяхъ страхъ не инвалидируетъ силы сдѣлки.

Нѣмецкая практика предусматриваетъ вопросъ, будетъ ли ничтожной уплата *дома*, когда я вынудилъ ее угрозой? И от-

зательствъ) и проч., причемъ наше законодательство далеко не такъ окончательно обособляетъ *vis ac metus* въ цивильномъ смыслѣ отъ дѣйствій преступныхъ, какъ это видимъ въ западныхъ системахъ.

*) Есть и особыя, напр., для брака, т. X, ч. I, ст. 37, п. 1, и ст. 133, о чемъ позже.

вѣчаетъ, конечно, отрицательно, хотя бы самый актъ угрозы и представлялъ собою противузаконное дѣйствіе (ты будешь избить, если не уплатишь въ срокъ). Если, однако, вынужденное дѣйствіе составляетъ *дареніе*, тогда сдѣлка можетъ быть инва-лидирована (Konrad Cosack.—Lehrb. des deutsch. Bürg. R. § 65).

Будетъ ли *угроза жалобой* духовной власти *) со стороны дѣвицы, которой выдано денежное обязательство для устраненія ея притязаній къ обманувшему ея надежды сожителю, достаточнымъ основаніемъ для признанія недѣйствительности обязательства? Мы этого не думаемъ, хотя въ нашей практикѣ есть по этому поводу колебанія.

Указаніе въ ст. 702-ой особаго признака насилія въ словахъ *бывъ захваченъ силою во власть другого*, не существенно для понятія принужденія, устраняющаго *свободу* произвола. Этотъ признакъ взятъ кодификаторами въ составъ статьи 702-ой изъ гл. X, ст. 251, Улож. Царя А. М., гдѣ читаемъ: „а будетъ кто напишетъ на кого въ *большомъ дому* заемную кабалу, или иную какую крѣпость въ *большомъ дѣлѣ* за очи и написавъ ему крѣпость *зазоветъ* его къ себѣ или къ иному кому-либо *на дворъ* и велитъ ему къ той крѣпости руку приложить“ **). Конечъ мы сейчасъ укажемъ. Но въ виду несомнѣнно *казуистическаго характера* этого положенія слѣдуетъ видѣть въ немъ только пробивающій себѣ въ отдѣльныхъ случаяхъ путь къ изысканію подлинной воли противъ принужденія (неволи) процессъ, какъ это всегда бываетъ въ подобныхъ случаяхъ. На каждомъ отдѣльномъ признакѣ понятія нѣтъ, въ этихъ случаяхъ, основанія останавливаться какъ на существенномъ для самого понятія.

За этой несущественной чертой принужденія указанная статья, не ограничивая, подобно Уложенію, споровъ по поводу принужденія одними *большими дѣлами*, опредѣляетъ, какого рода угроза должна быть разсматриваема какъ достаточная для того, чтобъ подавить *свободный произволъ* и вынудить къ совер-

*) Опасеніе, которое вызываетъ жалоба обиженной дѣвушки заключается въ томъ, что духовная власть можетъ де не допустить вѣнчанія обидчика съ другой дѣвицей.

**) Вся статья носитъ совершенно казуистическій характеръ. Предположенъ подлогъ съ соучастіемъ площадныхъ подъячихъ. Для сыска необходимо *челобитная*. Санкція закона выражена уже общѣ и за всякую *наряднымъ дѣломъ по неволѣ* (въ старыхъ памятникахъ вмѣсто неволи встрѣчается выраженіе *вымученная кабала*) взятую кабалу указано тяжкое наказаніе, *кнутъ, тюрьма*, а площаднымъ подъячимъ *отсѣчь руку*; ст. 254 указываетъ крайне характерную для эпохи угрозу тяжкими наказаніями для тѣхъ кто *лживитъ будетъ крѣпость прямую, а не нарядную*.

шенію требуемаго акта. Это долженъ быть *страхъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть лицо угрожаемаго или его имущество* (702).

Опредѣленіе свойства страха для этихъ случаевъ составляетъ заботу всякаго развитого законодательства и юриспруденціи. Старое право шло къ устраненіи навітовъ въ принужденіи и угрозахъ путемъ угрозъ тяжкими наказаніями тѣмъ, кто лживить подлинныя акты (тоже нынѣ см. ст. 704—706) *). Позднѣйшія нормы ищутъ установить постоянные признаки, при которыхъ угроза можетъ дѣйствительно заставить угрожаемаго предпочесть меньшее зло большему.

Право римское требовало, чтобъ это былъ *metus non vani hominis*, не пустой страхъ, а такое опасеніе, которое можетъ поколебать волю солиднаго человѣка (*homo constantissimus* l. 6 D. h. t.). Французское законодательство допускаетъ понятіе насилия, *violence*, только при условіи *qu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable*, когда при семъ угроза внушаетъ страхъ *значительнаго, сейчасъ наличнаго зла* (*mal considérable et présent*) для лица или имущества угрожаемаго (1112). Нельзя не сказать, что это приѣмъ весьма цѣлесообразный для улучшенія стараго метода угрозъ наказаніями за лживыя обвиненія. Но и этотъ коментарій къ свойству страха еще все-таки не достаточенъ, чтобы служить надежнымъ практическимъ руководствомъ для судьи въ трудной задачѣ изслѣдованія внутренней стороны волеизъявленія. Въ виду этого указанный *article* требуетъ, для опредѣленія дѣйствія угрозы въ каждомъ данномъ случаѣ, вниманія къ возрасту, полу и общественному положенію лица (*on a égard à l'âge, au sexe et à la condition de la personne*).

Указанные здѣсь признаки угрозы тщательно выработаны въ *Cod. civ.* на совершенно точной основѣ пандектныхъ текстовъ и еще ближе разработаны и приноровлены къ разнообразію жизненныхъ явленій тоже въ духѣ позднѣйшихъ латинскихъ ученій.

Все что въ нашей статьѣ 702 выражено слишкомъ обще, съ одной стороны, и съ другой недосказано, лежитъ скорѣе всего на отвѣтственности кодификаторовъ.

*) То же въ изобиліи даютъ памятники средневѣковой юстиціи на Западѣ. См. напр., у Jobbé—Duval. *Etude historique sur la revendication des meubles*, 1881 г., гдѣ много указаній и на нѣмецкія изслѣдованія.

**) Ср. особ. Савиньи. *System* т. III, § 114; тоже въ изд. *Code civ.* Dard съ указаніями на пандектные тексты. Такія же указан. сдѣланы въ официалн. изд. *Свода Гражд. Узакон. губерн. Прибалтійск.*

Ссылка на гл. X, ст. 251, Ул. Ц. А. М., которая одна подведена подъ статьей 702, ничѣмъ не оправдывается, ибо ст. 251 Ул. совсѣмъ не содержитъ въ себѣ требованія *страха настоящаго или будущаго зла, могущаго угрожать лицу или имуществу*. По существу это условіе до крайности широко поставленное и вовсе не соотвѣтствующее ни art. Cod. civ. (1112), ни латинской системѣ *). Такое зло, которое еще когда то, въ будущемъ, можетъ угрожать лицу или имуществу, развѣ въ очень рѣдкихъ случаяхъ способно носить характеръ неотвратимаго, противъ котораго нѣтъ другихъ средствъ, кромѣ подчиненія вымогательствамъ и насилію. Чтобъ дать юридическую опредѣленность такимъ угрозамъ, ихъ надо разработать въ частности, чего не дѣлаетъ нашъ законъ вовсе.

Если мы, такимъ образомъ, находимъ признаки принужденія, данные статьей 702-ой, до крайности широко поставленными и не соотвѣтствующими ни національной, ни латинской традиціи, то, съ другой стороны, ограниченіе настоящаго или будущаго зла *имуществомъ и лицомъ только самого угрожаемаго* представляетъ собою столь же неудачное отступленіе, опять и отъ національныхъ и универсальныхъ традицій, не имѣющее за себя никакихъ основаній и соображеній. Извѣстный текстъ Юлія Павла (l. 8 § 3 D. 4. 2) справедливо указываетъ, что родителей, по ихъ любви къ дѣтямъ, гораздо легче напугать угрозами, направленными на ихъ дѣтей, чѣмъ на нихъ самихъ (... quum pro affectu parentes magis in liberis terreantur). Французскій Code допускаетъ инвалидацію сдѣлки по поводу насилій направленныхъ не только противъ самой partie contractante, но и противъ ея супруга, или противъ нисходящихъ и восходящихъ ея родственниковъ (sur son époux ou sur son épouse **), sur ses descendants et ses ascendants, art. 1113). Нѣтъ никакого сомнѣнія, что эти положенія, хотя чуждыя нашему кодексу, несравненно ближе соотвѣтствуютъ и нашимъ нравамъ и нашему правовозрѣнію, чѣмъ сухая и черствая статья 702-ая т. X ч. I. Аргументировать это не трудно съ помощью того же Уложенія Ц. А. М., изъ коего взять несуществующій въ немъ страхъ *будущаго* зла, могущаго постигнуть мое лицо или имущество, и

*) Metum presentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus (L. 9 pr. D. h. t.). Еслибы нашъ кодексъ ввелъ еще угрозу оклеветанія, то это требовало бы особаго толкованія. Неотвратимость зла составляла въ латинской системѣ тоже важную черту угрозы (impetus qui repelli non potest L. 2 D. h. t.).

**) По отношенію къ женѣ viris bonis iste metus (страхъ безчестія жены) major, quam mortis esse debet L. 8 § 2 D. 4. 2 (Юлій Павелъ).

опущена семейная солидарность, такъ ярко выраженная въ положеніяхъ того же Уложенія о вознагражденіи потерпѣвшихъ членовъ семьи за обиды то вдвое, то вчетверо, то вполы противъ главы семьи (см. выше, стр. 313).

Мы уходимъ, такимъ образомъ, благодаря неумѣлымъ приѣмамъ кодификаціи, въ отдѣльныхъ и далеко немаловажныхъ пунктахъ, съ нашимъ „національнымъ“ кодексомъ много дальше отъ національнаго правосознанія, чѣмъ совершенно чужіе для насъ, но хорошо составленные, кодексы иноземныхъ правъ.

Дальнѣйшая и очень существенная *недомолвка* нашего кодекса въ этомъ вопросѣ заключается въ томъ, что въ немъ вовсе нѣтъ указаній на связь насильственнаго дѣйствія съ актомъ, къ коему это насиліе побуждало потерпѣвшаго. Нѣтъ сомнѣнія, что надлежитъ самымъ точнымъ образомъ локализовать дѣйствіе страха, возбужденнаго со стороны, иначе и здѣсь результаты будутъ уходить далеко за предѣлы желательнаго. Западные кодексы, въ виду классическаго образца, допускаютъ оспаривать именно только ту сдѣлку, которую вынуждали совершить, а не любую, какая по этому поводу могла быть совершена потерпѣвшимъ (С.с. art. 1111, Имп. К. art. 123, l. 9, § 1 h. t.)*).

Уложеніе Ц. А. М. и въ этомъ отношеніи стоитъ ближе къ дѣлу и лучше даетъ разумѣть его сущность, чѣмъ неуклюжая абстракція Х т. ч. I. Въ Уложеніи видно, что рѣчь идетъ объ опредѣленной кабалѣ или крѣпости, которая подписана неволею. Т. X не даетъ ничего конкретнаго, ничего осязательнаго, ибо формулируетъ лишь самымъ общимъ образомъ указанные признаки принужденія по отношенію къ способамъ пріобрѣтенія правъ на имущество вообще.

Больше точности видно въ опредѣленіи дальнѣйшихъ реквизитовъ, коими условлена инвалидація сдѣлки, вынужденной угрозами. Уложеніе требуетъ *немедленной явки (того же дни, како надъ нимъ, т.-е. потерпѣвшимъ, такое дѣло учинится)*; а затѣмъ *челобитъя потерпѣвшаго объ очной ставкѣ и о сыску вскорѣ, дни въ три, или въ четыре, и большое въ недѣлю* (см. ст. 251 гл. X). Буквально то же повторяетъ ст. 703 т. X ч. I со ссылкой на указанную статью Уложенія. Едва ли, однако, при измѣнившихся бытовыхъ условіяхъ, эта буквальность передачи статьи Уложенія составляетъ достоинство кодификаціи. Скорѣе здѣсь можно бы допустить тѣ обобщенія, которыя допущены далеко некстати въ другомъ мѣстѣ. Думается намъ что смыслъ реквизитовъ Уложе-

*) Thur (A. H. Туръ) Der Nothstand im Civilrecht. 1888.

нія весь въ томъ только, чтобы побудить заинтересованнаго къ *немедленному* *оглашенію* событія. И это едва ли не лучше достигается формулой, которую находимъ теперь въ составѣ Имп. Нѣмец. Улож. Здѣсь, для подобнаго случая, указанъ срокъ предъявленія спора не днями (три, четыре дни и не болѣе недѣли), а отвлеченно—*безъ умышеннаго промедленія*, *ohne schuldhaftes Zögern*, что, кажется намъ, соответствуетъ много больше не только существу дѣла, но и настоящему смыслу статьи 251 Улож. Ц. А. М. Затѣмъ Нѣмецкое Уложение добавляетъ, что подобный искъ можетъ вообще быть предъявленъ въ теченіе годового срока. Французскій Code, совершенно въ духѣ всего института, дополняетъ, что нельзя опровергать силы сдѣлки, по поводу принужденія въ случаяхъ молчаливаго или именно выраженнаго ея одобренія впослѣдствіи, или же пропуска положеннаго для реституціи срока (art. 1115), изъ чего еще разъ становится яснымъ что подобныя пороки волеизъявленія не дѣлаютъ его ничтожнымъ по праву (*de plein droit, ipso jure*), а лишь допускаютъ признаніе недѣйствительности вслѣдствіе спора или опроверженія его силы со стороны потерпѣвшаго (art. 1117).

Чрезвычайно любопытно и характерно для дѣйствующаго русскаго права стремленіе закона допускать и изыскивать въ труднѣйшихъ проблемахъ юстиціи (для браковъ заключенныхъ по насилію и для судьбы дѣтей родившихся въ недѣйствительномъ бракѣ), и донинѣ, въ видахъ умаленія тяжкихъ послѣдствій инвалидаціи юридическихъ актовъ для потерпѣвшихъ, экстраординарные способы дѣйствія, къ какимъ въ подобныхъ случаяхъ прибѣгала и латинская практика (преторскія экстраординарныя когниціи). Въ такихъ случаяхъ судъ повергаетъ судьбу невинно потерпѣвшихъ Высочайшему воззрѣнію (т. X, ч. I, ст. 133). Это власть (*imperium*) противодѣйствія ригоризму нормъ, который можетъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ, претить нравственному чутью человѣка. Это, стало быть, сила идущая навстрѣчу самому праву, выдѣленіе вопроса вовсе изъ общепринятыхъ нормъ, предѣлъ индивидуализаціи, допускаемый только въ крайности. Здѣсь своего рода помилованіе (*clementer agit praetor...* l. 14 § 1 D. h. t., какъ выражается въ одномъ случаѣ Ульпіанъ). Но это въ дѣйствующей системѣ только для вопросовъ права семейнаго. Въ сферѣ институтовъ имущественныхъ примѣненіе подобнаго метода встрѣтило бы гораздо болѣе серьезныя препятствія.

§ 35.

Ошибка и ея функціи въ составѣ разныхъ институтовъ.—Общія положенія объ ошибкахъ въ кодифицированныхъ системахъ. — Литература. — Мѣсто ученія въ системѣ.—Подлинная и неподлинная ошибка.—Теорія воли и волеизъявленія.—Проблемы философскія и юридическія. — Обманъ. — Независимая отъ обмана ошибка.—Трудность изслѣдованія.—Жизненная основа (преемственная и одновременная) двойственности доктринъ. — Различіе стилей. — Общія положенія новыхъ кодексовъ и контрпроекта О. Бэра.—Возможно ли единство принципа?

Мы сейчасъ видѣли, что N можетъ сдѣлать волеизъявленіе (акцептъ векселя), которое вовсе не соотвѣтствуетъ его волѣ. Второй образецъ векселя былъ акцептованъ только потому, что N забылъ о сдѣланномъ уже имъ акцептѣ перваго образца. Въ основаніи второго акцепта лежитъ *ошибка*. Намѣренія, воли платить два раза по одному векселю у N не было.

И *несмотря на это отсутствіе воли* вексельная сдѣлка безповоротно конституирована простымъ волеизъявленіемъ. Если оба образца векселя будутъ предъявлены къ платежу, то N придется отвѣчать и по первому и по второму акцепту.

Очевидно, въ правѣ, въ правѣ гражданскомъ, есть случаи, гдѣ, такъ же какъ при наличности принужденія, ошибка не можетъ служить основаніемъ инвалидаціи сдѣлки, и сдѣлка остается въ силѣ въ виду наличности волеизъявленія, безъ всякаго изслѣдованія наличности подлинной воли, безупречнаго психическаго процесса, который предшествовалъ волеизъявленію (ст. 72 Векс. Уст.).

Можно было бы обобщить это явленіе и заключить, что право гражданское писано для бдительныхъ, и небдительные должны роковымъ образомъ терпѣть потери вездѣ, гдѣ они окажутся въ заблужденіи, гдѣ будетъ на лицо незнаніе, ошибка.

Такое обобщеніе будетъ, однако, совершенно ложнымъ приемомъ.

Достаточно взять ст. 529 т. X ч. 1, чтобъ увидать насколько различно дѣйствіе ошибки или незнанія въ составѣ разныхъ институтовъ. N покупаетъ имѣніе у С, совсѣмъ не зная, что С не собственникъ, что онъ владѣетъ имѣніемъ, *ошибочно* основывая свое право на положеніяхъ о порядкѣ родственнаго преемства, въ то время какъ это имѣніе было завѣщано постороннему. Эти ошибки или это незнаніе не ставятъ владѣльца ни въ какую опасность гражданской отвѣтственности. Наоборотъ. Эти ошибки и это незнаніе составляютъ положительное условіе

или положительное требованіе, для того чтобы N оказался въ самой выгодной позиціи относительно противника. Онъ можетъ сослаться на добросовѣстное и при томъ, быть можетъ, еще давностное владѣніе, чтобы удержатъ вещь въ своихъ рукахъ, во всякомъ случаѣ, чтобъ не отвѣчать, въ случаѣ присужденія имѣнія собственнику, за плоды и доходы съ этого имѣнія, коимъ онъ владѣлъ *по ошибкѣ*, не зная вовсе недостатка легальныхъ качествъ своего владѣнія.

Вопросы объ ошибкѣ и ея вліяніи на гражданскія правоотношенія встрѣчаются въ цивильной практикѣ чаще и занимаютъ нашу науку несравненно больше вопросовъ о принужденіи или насиліи, которые мы выше рассмотрѣли.

Мы привели два примѣра изъ состава нашего дѣйствующаго права, въ коихъ одинъ разъ ошибка падаетъ всею своею тяжестью на ошибающагося (72 ст. В. У.), въ другой та же ошибка прямо выгодна для ошибающагося.

Это далеко не всѣ случаи, которые знаетъ наше гражданское право по вопросу объ ошибкѣ. Но есть ли, однако, въ его составѣ, наряду съ положеніями о принужденіи, какія-либо *общія положенія* по вопросу о вліяніи ошибки на способы пріобрѣтенія правъ вообще, или правъ по имуществамъ въ частности?

Ихъ вовсе нѣтъ. Выше было видно, что свобода произвола, которой требуетъ ст. 701 для всѣхъ способовъ пріобрѣтенія правъ на имущества, нарушается 1) принужденіемъ (о чемъ говорено выше) и 2) *подлогомъ*. Вотъ все, что даетъ наше законодательство *по общему вопросу* объ ошибкѣ въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній. Коротче сказать, для вопроса объ ошибкѣ т. X ч. 1 не заключаетъ въ себѣ никакихъ общихъ руководящихъ положеній ни для всѣхъ способовъ пріобрѣтенія правъ по имуществамъ вообще, ни для сдѣлокъ договорныхъ въ особенности.

Такія общія положенія находятся въ любомъ изъ дѣйствующихъ на западѣ гражданскихъ кодексовъ или въ составѣ общихъ ученій (часть общая), или въ положеніяхъ общихъ для права договорнаго въ частности.

Большимъ обиліемъ правилъ руководящихъ общихъ и особенно для отдѣльнаго ихъ приложенія въ различныхъ институтахъ отличается по этому предмету право римское.

Въ связи съ его разработкой въ особенности и новые кодексы наполнялись содержаніемъ по этому ученію. Кодексъ французскій обогатился особенно этимъ содержаніемъ чрезъ посредство

трактатовъ Pothier (особ. Traité des obligations 1761 г.). Нѣмецкая литература знаетъ въ теченіе текущаго столѣтія классическую работу Савиньи въ III т. его System и затѣмъ массу работъ въ составѣ всѣхъ важнѣйшихъ учебниковъ (особенно Bekker'a), и большихъ специальныхъ монографій Цительмана (Irrthum u. Rechtsgeschäft 1879 г.) и Леонгарда (Irrthum bei nichtigen Verträge 1882 г.) *).

Большого развитія *обобщеній* очень избѣгаютъ даже новѣйшіе кодексы (саксонскій, гдѣ въ общей части всего три статьи касаются ошибки и значительное количество связано съ общими положеніями по отдѣльнымъ категоріямъ институтовъ; то же должно сказать и для Имперск. Гражд. Улож. 1896 г.).

Наоборотъ, въ литературѣ нѣмецкой опять и здѣсь, какъ вообще въ ученіи о сдѣлкѣ, очень широко ставились *именно общія ученія* объ ошибкѣ и ея вліяніи на правоотношенія. Савиньи справедливо замѣтилъ, что моментъ ошибки входитъ въ составъ многихъ институтовъ гражданскаго права и поэтому трудно дать ему *одно мѣсто* въ системѣ. Можно бы думать, что по этому соображенію Савиньи и не дастъ этому ученію одного мѣста въ системѣ, а будетъ его разбирать въ разныхъ мѣстахъ. Но соображеніе, выраженное Савиньи, побуждаетъ его излагать ученіе объ ошибкѣ не только въ общей части, въ ученіи о дѣяніяхъ, но еще особо въ специальномъ приложеніи, весьма обширномъ, гдѣ онъ именно старается исчерпать все, что важно для ученія объ ошибкѣ въ *одномъ мѣстѣ*, хотя и внѣ общей системы. Очень широко трактуетъ ошибку въ составѣ самыхъ различныхъ институтовъ и Вангеровъ тоже въ общихъ ученіяхъ (см. Lehrbuch d. Pandekten § 83).

Мы не послѣдуемъ ихъ примѣру и будемъ трактовать *въ общей части ошибку только въ составѣ волеизъявленій*, какъ моментъ оказывающій вліяніе на юридическій эффектъ волеизъявленія и только.

Наличность ошибки очевиднымъ образомъ должна оказывать извѣстное вліяніе на силу волеизъявленія. Вопросъ не въ этомъ, а въ условіяхъ этого вліянія и въ его силѣ.

Мы не расширяемъ ученіе объ ошибкѣ въ составѣ общей части на любыя дѣйствія и беремъ лишь въ предѣлахъ юриди-

*) О томъ и друг. см. мою рецензію въ Юридической библиографіи изд. юридич. факульт. Петерб. Унив. № 1 (1884 г.), 24. Для права французскаго сравнительно съ римскимъ Etude sur l'erreur en droit romain et français Lardie et Varelle. Во французской юридической литературѣ ученіе объ ошибкѣ чаще всего связываютъ съ контрактами, какъ оно является въ Code civ.

ческой сдѣлки для того, чтобы внести въ ученіе большую опредѣленность и не осложнять безчисленными оговорками. Это локализируетъ задачу изученія и дѣлаетъ ее выполнимой именно въ этомъ мѣстѣ системы. Когда мы говоримъ о *юридической сдѣлкѣ*, то у насъ въ виду дѣеспособный субъектъ и опредѣленная сфера его гражданскихъ правоотношеній, на измѣненіе коихъ онъ можетъ, въ силу свойственнаго этой сферѣ правоотношеній характера самоопредѣленія, свободно вліять.

Въ кругу юридическихъ сдѣлокъ лицо можетъ дѣйствовать, намѣренно не обнаруживая подлинной своей воли, или маскируя ее умышленно сдѣлкой другого типа. Это одна категорія явленій, гдѣ волеизъявленіе, моментъ внѣшній, и сама воля, моментъ внутренній, не совпадаютъ одинъ съ другимъ. Другой рядъ явленій будетъ тотъ, гдѣ такое несовпаденіе воли съ волеизъявленіемъ происходитъ безъ всякаго намѣренія, безъ расчета ввести кого-либо въ заблужденіе. Въ этомъ послѣднемъ рядѣ явленій противорѣчіе волеизъявленія подлинной волѣ составляетъ обыкновенно слѣдствіе ошибки или незнанія.

Въ этомъ послѣднемъ ряду явленій юристы различаютъ два случая. Я выразилъ то, чего я не хотѣлъ выразить. Это первый случай. Другой случай будетъ такой: я выразилъ хотя именно то что хотѣлъ выразить, но эта моя воля вызвана была моей ошибкой.

Въ обоихъ случаяхъ я одинаково въ ошибкѣ. Но въ вопросѣ о томъ, въ какомъ отношеніи находится мое волеизъявленіе (внѣшній моментъ) къ моей волѣ (моменту внутреннему), оба случая существенно различны.

Въ 1-мъ случаѣ есть только волеизъявленіе, безъ всякаго ему соотвѣтствующаго внутренняго момента. Волеизъявленіе есть только видимость воли, по существу же это простая обмолвка, описка. Здѣсь воли вовсе нѣтъ, а есть только фальшивый, но не предумышленный, а ненамѣренно мною данный ея наружный признакъ.

Во 2-мъ случаѣ есть на лицо не только волеизъявленіе, но волеизъявленіе вполне отвѣчающее тому, что я хотѣлъ выразить, конгруирующее съ моей волей.

Эти два случая съ особой тщательностью старался различить Савиньи. Результатъ анализа выраженъ имъ въ особомъ наименованіи той и другой ошибки и въ особыхъ послѣдствіяхъ, которыя онъ соединялъ съ этимъ различіемъ.

Въ 1-мъ случаѣ, говоритъ онъ, есть ошибка, но она *неподлинная* (*unächt*). Терминъ неудаченъ. Это всѣ признаютъ. Но

разницу двухъ случаевъ и достоинство различенія считаютъ и понынѣ многіе большой его заслугой. Первый случай по мысли Савиньи отличается тѣмъ, что тутъ не ошибка опорочиваетъ сдѣлку, а *отсутствіе воли*, хотя въ основѣ это отсутствіе воли причинено все же ошибкой (обмолвкой, опиской). Я вовсе ничего не представлялъ себѣ такого, что случилось вслѣдствіе обмолвки. Я отказался, когда не думалъ отказываться, принялъ, когда не думалъ принимать. Выраженіе есть, а воли нѣтъ. Это имѣетъ мѣсто не только въ сдѣлкахъ одностороннихъ, но и въ договорныхъ сдѣлкахъ, гдѣ принимающій предложеніе ослышался или прочелъ не то что писано *).

Тѣ учителя, которые все существо сдѣлки сводятъ къ *воли*, а не къ волеизъявленію, и въ числѣ ихъ, впереди всѣхъ, самъ Савиньи, утверждаютъ для случаевъ обмолвки, описки, отсутствія воли или консенза, недѣйствительность сдѣлки не на томъ, что есть ошибка, которой свойства могутъ быть различны (ошибка въ правѣ, въ фактѣ, извинительная, неизвинительная, существенная, несущественная), а на томъ, что *нѣтъ здѣсь во- все воли*.

Стало быть, для перваго случая должно получиться общее правило, что сдѣлки нѣтъ, есть только обманчивая внѣшность ея, безсильная для какихъ-либо измѣненій въ сферѣ правоотношеній, ибо нѣтъ вовсе воли, или, въ договорѣ, нѣтъ консенза.

Второй случай будетъ представлять собою нѣчто совершенно иное. Извѣстнаго измѣненія правоотношеній я именно хотѣлъ и эту волю я выразилъ.

Но оказывается, что *воля эта* опредѣлилась во мнѣ подъ дѣйствіемъ ошибочнаго представленія. Вотъ тутъ именно имѣетъ быть рассмотрѣнъ *вопросъ объ ошибкѣ* и ея вліяніи на составъ сдѣлки.

Этотъ случай можетъ представить собою нѣчто родственное съ разобраннымъ выше случаемъ принужденія. Но какъ и въ случаѣ принужденія школа Савиньи (*Willenstheorie*, воля какъ рѣшающій принципъ) находитъ, что здѣсь, при наличности не только волеизъявленія, но и воли (*ächter Irrthum*), надо индивидуализировать изслѣдованіе и оцѣнивать въ данномъ случаѣ особое свойство ошибки (въ законѣ, въ фактѣ, въ сдѣлкѣ, ведущей къ стяжанію или нестяжательной, существенной и несущественной, извинительной или неизвинительной по существу, по лицамъ въ

*) System III стр. 263 пр. b и 264.

ней виновнымъ и проч.), чтобы опредѣлить ея вліяніе на силу волеизъявленія.

Если бы мы смотрѣли на вопросъ съ чисто философской точки зрѣнія, то въ этомъ ученіи, нѣтъ сомнѣній, много заманчиваго въ смыслѣ постановки проблемы, выдержки и послѣдовательности ея разрѣшенія.

Все вѣрно и все справедливо. Это справедливо или близко къ справедливости не только съ точки зрѣнія философской, но и съ той, которая такъ привлекаетъ Шлоссмана, съ точки зрѣнія криминалиста. Тутъ какъ будто рѣчь идетъ именно о вмѣненіи....

Въ пользу Willenstheorie и основъ ученія Савиньи высказывалась масса нѣмецкихъ юристовъ. На его сторонѣ Виндшейдъ, въ послѣднихъ изданіяхъ книги *) во многомъ принявшій нѣкоторые результаты обширнаго изслѣдованія Цительмана по этому вопросу (указ. выше трактатъ). Задача Цительмана собственно психологическая, ибо онъ ищетъ установить условія, при наличности коихъ ошибка исключаетъ вполне намѣреніе и сознаніе. Тутъ рѣчь, стало быть, о психической функціи ошибки, смотря по различію содержанія и предмета ошибки. Изслѣдованія очень цѣнны для изученія внутренней стороны явленій, *когда есть возможность войти въ индивидуальное ихъ разсмотрѣніе*. Цѣлая треть книги (стр. 23—200) посвящена этимъ психологическимъ штудіямъ.

Общія и постоянныя практическія проблемы юриспруденціи уходили и уходятъ у этихъ писателей постоянно на второй планъ.

Вотъ именно этотъ *недостатокъ практичности* въ ученіяхъ этого направленія и вызвалъ реакцію противъ самого направленія изысканій. Въ цивилистикѣ мы имѣемъ дѣло не съ этими проблемами внутренняго міра человѣческой воли, а съ волеизъявленіями въ сферѣ дѣловой, гдѣ, независимо отъ вопросовъ воли, основой сношеній служатъ волеизъявленія. Имъ довѣряютъ, ихъ держатся люди, не уходя вовсе въ глубь изысканій подлинной воли. Виднѣйшіе писатели, стоявшіе въ ученіи объ ошибкѣ на этой точкѣ зрѣнія, были Бэръ (Оттонъ), Августъ Тонъ, позже Леонгардъ и многіе другіе **). Все равно, въ тѣхъ ли случаяхъ,

*) Это не единственный, конечно, случай, гдѣ старый учитель ищетъ ввести въ коченѣющіе параграфы своихъ пандектовъ немного жизненныхъ соковъ изъ только что появившихся на свѣтъ произведеній молодыхъ писателей.

**) Подробности у Виндшейда § 75 прим.

гдѣ есть волеизъявленіе и вовсе нѣтъ воли (не подлинная ошибка, по Савиньи), или гдѣ есть воля, но вызванная ошибкой (подлинная ошибка), — волеизъявленіе въ практикѣ есть *конституировавшаяся воля* и не можетъ не произвести эффе́кта, въ особенности когда у лица, къ коему обращено волеизъявленіе, не рождается никакого сомнѣнія насчетъ подлинности воли. Допустить во всѣхъ этихъ случаяхъ инвалидацію сдѣлки по тому единственному основанію, что сторона въ сдѣлкѣ ошибалась, значило бы поколебать надежность дѣловыхъ сношеній и замѣнить наружный критерій наличности воли при волеизъявленіи совершенно ненадежнымъ изысканіемъ внутреннихъ моментовъ, которые часто могутъ быть совсѣмъ неуловимы. Это значитъ замѣнить лучшее изъ двухъ золъ несомнѣнно худшимъ. Въ виду этого, и на встрѣчу Цительману, Леонгардъ ставитъ себѣ задачу провести *осязательную* для практическихъ цѣлей границу между задачами философіи и юриспруденціи *).

Въ огромномъ большинствѣ случаевъ ошибки въ сдѣлкѣ односторонней или договорной, особенно если онѣ не касаются существенныхъ сторонъ волеизъявленія, остаются безъ всякой возможности исправленія и ложатся своею тяжестью на ошибающагося. Какія въ отдѣльныхъ случаяхъ возможны здѣсь исправленія, мы сейчасъ скажемъ объ этомъ. Но случаи, гдѣ сравнительно легче не только установить наличность ошибки, но и устранить ея вредныя послѣдствія, выдѣляются въ практической юриспруденціи въ особую группу.

Это тѣ случаи, гдѣ ошибка произошла не вслѣдствіе какого либо недостатка во внутреннемъ процессѣ самоопредѣленія воли (забвеніе, недостатокъ возбужденнаго вниманія, описка, обмолвка), а подъ очевиднымъ внѣшнимъ вліяніемъ, при содѣйствіи лица, которое ввело въ ошибку субъекта сдѣлки.

Н. не самъ ошибся въ подписи документа, а сдѣлался жертвой обмана, именно подлога. Ему, напр., дали подписать не тотъ актъ, который подлежалъ подписи.

Наше законодательство собственно этимъ явленіемъ и ограничиваетъ свои опредѣленія объ ошибкахъ въ указанныхъ выше общихъ положеніяхъ. Свобода произвола и согласія нарушается... подлогомъ (ст. 701). Этотъ случай есть единственный предусмотрѣнный въ рядѣ положеній общаго содержанія. Законъ видитъ въ такомъ *устраненіи* свободы произвола изъ состава одно-

*) См. особенно горячо написанный § 4 указан. сочиненія zur Grenzregulierung zwischen Jurisprudenz u. Philosophie.

сторонней сдѣлки или договора основаніе для признанія недѣйствительности сдѣлки. Въ рядѣ статей, выведенныхъ нынѣ (изд. 87 г.) изъ состава т. X ч. I въ Уложеніе о наказан., указанъ путь уголовнаго преслѣдованія за этотъ видъ преступныхъ дѣяній.

Не можетъ быть сомнѣнія, что нашъ законодатель сопоставляетъ оба вида покушенія на свободу произвола и согласія въ юридическихъ сдѣлкахъ (принужденіе и подлогъ) по нѣкоторому внутреннему основанію, ибо въ томъ и другомъ случаѣ субъектъ сдѣлки является собственно одинаково невольнымъ орудіемъ чужихъ цѣлей въ распоряженіи своимъ имуществомъ, чего изъ волеизъявленія вовсе не видно. Обманутый или вынужденный насиліемъ совершаетъ наружнымъ образомъ сдѣлку какъ бы *suu sponte*.

Исцѣленіе этого *невольнаго* разнорѣчія между подлинной волей и волеизъявленіемъ для *случаевъ подлога* предусматривается въ той самой 72 ст. Векс. Уст., которую мы цитировали выше. Случай, который приводитъ къ необходимости двойного платежа по векселю, можетъ составлять результатъ подлога, котораго нельзя тотчасъ усмотрѣть (ибо оба образца векселя пришли къ плательщику отъ разныхъ векселедержателей съ правильными подписями). Приниматель обязанъ заплатить по тому и другому образцу. Но матеріальный убытокъ отъ этого платежа можетъ быть ему возмѣщенъ посредствомъ иска къ тому или къ тѣмъ, кто участвовалъ въ подлогѣ. И такъ, ошибка, вызванная обманомъ, въ сдѣлкахъ извѣстнаго формальнаго строенія, каковъ вексель, не колеблетъ силы сдѣлки, если нѣтъ очевидности подлога *), но избавляетъ потерпѣвшаго отъ матеріальныхъ ущербовъ, вызванныхъ ошибкой.

Эта возможность уйти безъ потерь въ случаяхъ подлога условлена наличностью отвѣтственнаго по подлогу лица, которое вызвало ошибку и причинило убытокъ.

Статья 72 предполагаетъ забывчивость у принимаателя векселя, которою воспользовался предъявитель втораго образца для подлога.

Но возможенъ обманъ и другого рода, гдѣ обманутый входитъ въ сдѣлку вовсе не безсознательно, какъ въ указанномъ случаѣ подлога; а совершенно сознательно хочетъ войти въ та-

*) Такая очевидность будетъ, если оба образца векселя совершенно одинаковы и приваившій ихъ къ платежу убѣдится въ этомъ чрезъ сличеніе; тогда онъ вовсе не обязанъ платить по образцу позже принятому. Та же статья 72, конецъ.

кую-то операцію. Его побуждаетъ къ этому хорошо, какъ ему кажется, сдѣланный расчетъ. Но основанія для этого расчета суть ошибочныя. Ему даны были ложныя свѣдѣнія, которыя онъ считалъ вѣрными. Здѣсь не отсутствіе воли, какъ въ первомъ случаѣ, а ложно со стороны направленная воля даетъ основу для волеизъявленія. Въ этихъ двухъ случаяхъ (подпись на подсунутомъ документѣ и вступленіе въ сдѣлку подъ вліяніемъ фальшивыхъ вѣстей) такое же различіе ошибки, которое Савиньи обозначалъ названіемъ ошибки неподлинной (для 1-аго случая, гдѣ, по Савиньи, вовсе не было воли) и подлинной (для 2-ого, гдѣ воля была на-лицо, но подъ дѣйствіемъ обмана).

Для случаевъ, гдѣ есть обманъ, будетъ ли это подлогъ, или сообщеніе ложныхъ свѣдѣній, ошибка исцѣлима, если не всегда въ смыслѣ инвалидаціи сдѣлки, то очень нерѣдко въ смыслѣ матеріальнаго вознагражденія за ущербъ со стороны обманщика (Ул. о Наказ. 85 г. ст. 1688 и 1690).

Конечно, и въ томъ и въ другомъ случаѣ споръ противъ силы актовъ, опроверженіе ихъ и доказательства подлога или обмана имѣютъ исходить отъ потерпѣвшаго.

Гражданское законодательство наше касается вопросовъ о силѣ подобныхъ актовъ, о способахъ ихъ инвалидаціи и послѣдствіяхъ для правоотношеній третьихъ, не въ одномъ случаѣ, а въ цѣломъ рядѣ ихъ. И здѣсь, такъ же какъ въ вопросахъ принужденія и насилія, наряду съ ординарными способами огражденія нарушенныхъ правъ, т. Х ч. I. знаетъ чрезвычайныя мѣры, каково ходатайство передъ Высочайшею властью о смягченіи участи пострадавшихъ, вслѣдствіе признанія недѣйствительности брака, заключеннаго подъ вліяніемъ обмана, самого супруга и дѣтей (ст. 133).

Въ иныхъ случаяхъ, гдѣ въ результатъ обмана получается не это явленіе недѣйствительнаго брака (*matrimonium putativum*), а тѣ или другія невыгодныя въ имущественномъ смыслѣ сдѣлки, законъ нашъ, въ связи съ вопросомъ о виновности того или другого круга лицъ, указываетъ общія ординарныя исковыя средства для устраненія потерь, проистекающихъ вслѣдствіе обмана.

Для силы сдѣлки опредѣленій общихъ, кромѣ указанной недѣйствительности ея, нашъ законъ не вырабатываетъ.

Мы, такимъ образомъ, взяли впередъ случаи ошибки, гдѣ выходъ изъ трудной проблемы исцѣленія порока сдѣлки или устраненія вредныхъ ея послѣдствій представляется относительно легкимъ.

Какъ же быть въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ внѣшняго воз-

дѣйствія на волю, а есть ошибка, составляющая послѣдствіе пороковъ воли или сознанія совершающаго сдѣлку (его разсѣянность, забывчивость, недосмотръ, незнаніе, ложный расчетъ и проч.)? Мы видѣли выше два выхода, которые указываютъ нынѣшніе руководящіе писатели изъ этихъ трудностей. Въ основѣ одного ученія лежитъ принципъ воли, на коемъ въ этомъ лагерѣ строятъ всю теорію сдѣлки. Отсюда получаются всѣ консеквенціи этого ученія. Гдѣ нѣтъ воли, не можетъ быть сдѣлки; гдѣ есть воля, но вызванная ошибкой, тамъ надо идти путемъ оцѣнки ошибки, вмѣненія ея въ разныхъ условіяхъ (какъ это было показано выше *) виновнику и возложенія на него лично большей или меньшей тяжести послѣдствій его ошибки. Эта трудная проблема индивидуальныхъ изысканій не только существованія ошибки, но и вмѣнимости ея, несомнѣнно удовлетворяетъ чувству справедливости. Но въ практикѣ она представляетъ величайшія неудобства. Прежде всего никакая тщательность изысканій не даетъ намъ въ результатѣ полной гарантіи отъ возможнаго со стороны потерпѣвшаго прямого обмана. Мы только что устранили опасность обмановъ, гдѣ наличность обмана легко установить, ибо онъ идетъ извнѣ. Но какъ устранить обманъ, когда заинтересованный всѣми средствами ищетъ доказать свое незнаніе, свою оплошность, которая будто повела къ роковой ошибкѣ, въ условіяхъ, гдѣ весь процессъ скрытъ въ его сознаніи, и выведение его наружу или вымыселъ несуществующей ошибки составляетъ *ultimum refugium* для потерпѣвшаго отъ собственной оплошности или азарта человѣка? Здѣсь самый очевидный соблазнъ для обмана! И если такая хорошо придуманная ошибка окажется еще извинительной для него, то мы будемъ вынуждены инвалидировать сдѣлку, какъ бы это ни было тяжело для стороны собственно ни въ чемъ неповинной **).

Отсюда, какъ было видно выше, реакція въ пользу другой основы правоотношеній, возникающихъ изъ сдѣлки. Сдѣлка одно-

*) Общепризнанныхъ, хотя не безусловно всѣми пандектистами въ одинаковомъ видѣ, началъ вмѣненія ошибки по различію ошибки въ правѣ, въ фактѣ, существенной, несущественной, извинительной, неизвинительной для всѣхъ, для извѣстнаго круга лицъ, въ связи съ вопросомъ о доказываніи наличности ошибки и ея извинительности, въ сдѣлкахъ *inter vivos* и *mortis causa*, мы не будемъ здѣсь касаться, ибо все это исчерпывается въ общихъ пандектныхъ ученіяхъ и доступно при помощи любого основательнаго пандектнаго учебника.

**) Мастерство симуляціи, притворства, не составляетъ вовсе особенности служилыхъ людей прошлаго вѣка, на притворное дурачество которыхъ сѣтуютъ петровскіе указы. Теперешняя судебная практика даетъ любопытные образцы симулированной безграмотности простолюдиновъ для прикрытія продѣлокъ, предполагающихъ именно грамотность для ихъ выполненія.

сторонняя или договоръ конституируются не наличностью воли или консенза, а наличностью волеизъявленія или совпаденія волеизъявленій. Я обязываюсь силой *выраженного* мною акта моей воли, хотя бы самой воли и не было. Или контрактъ возникаетъ, ибо оферта принята въ томъ видѣ, какъ она была выражена, хотя бы это выраженіе оказалось въ послѣдствіи или ошибочнымъ, или допускающимъ двойное пониманіе, въ той или другой мѣрѣ не соответствующимъ внутреннему моменту, волѣ, мыслямъ, сознанию въ лицѣ волеизъявляющаго.

Исключительность и односторонность каждой изъ этихъ доктринъ совершенно очевидны. Но дѣло въ томъ, что та и другая доктрина не представляетъ собою чисто теоретической продукціи. Въ большей или меньшей мѣрѣ и та и другая составляютъ болѣе или менѣе удачную абстракцію взглядовъ свойственныхъ разнымъ эпохамъ въ развитіи права, и та и другая есть формула болѣе или менѣе близко выражающая правовоззрѣніе, характеризующее институты извѣстнаго типа.

Мы уже указывали это различіе, разбирая выше ученія о природѣ самой юридической сдѣлки, независимо отъ того или другого практическаго приложенія къ отдѣльнымъ вопросамъ, касающимся волеизъявленія (вынужденнаго, ошибочнаго). Здѣсь намъ приходится лишь примѣнять тѣ общія воззрѣнія къ этимъ отдѣльнымъ проблемамъ.

Система права, характеръ сдѣлокъ, можетъ носить типическія черты общности, непримѣнительности къ разнымъ условіямъ, узости и строгости концепціи, какъ строгъ, общъ, непримѣнителенъ *сплошной* счетъ дней, для опредѣленія текущихъ сроковъ. Всѣ и вся должны подчиняться одному шаблону, кто бы это ни былъ, какъ бы ни сложились въ данномъ случаѣ обстоятельства дѣла.

Это черта сильнаго развитія *формализма* въ эпохѣ, въ системѣ, въ отдѣльныхъ институтахъ, въ отдѣльныхъ сдѣлкахъ.

Есть внѣшнія данныя, есть право, нѣтъ ихъ, нѣтъ права. И эта мѣра *внѣшняго* распознаванія права обнимаетъ не только нормы, но и весь юридическій стиль эпохи.

Мы говорили объ эпохѣ, о системѣ... Можно выбросить и эпоху и систему въ цѣломъ и взять отдѣльное явленіе системы, сдѣлку. На ней будетъ виденъ весь стиль, какъ онъ виденъ и на цѣлой системѣ.

Что-жъ даетъ этотъ строгій стиль сдѣлки для вопроса объ ошибкахъ? Ея нѣтъ и быть не можетъ, не полагается въ сдѣлкахъ этого стиля. Почему? Потому что здѣсь нѣтъ метода индивидуальнаго из-

слѣдованія, нѣтъ внутреннихъ критеріевъ вмѣненія. Все обще, все шаблонно и всякое уклоненіе отъ шаблона ложится, безъ всякой возможности поправки, на того, кто не доросъ до этой выправки воли, до этой дисциплины безповоротнаго самоопредѣленія.

Всѣ приемы строенія сдѣлки, весь ея составъ, способъ обращенія съ ней будутъ иными въ другихъ бытовыхъ условіяхъ. Едва на мѣсто стараго ригоризма нормы является потребность и способность къ примѣнительности, извѣстная гибкость формъ, обиліе способовъ дѣйствія, характеръ сдѣлки локализованный, въ кругу лицъ того или другого склада, какъ тотчасъ же въ правѣ, въ способахъ разумѣнія, толкованія, начинается развиваться на мѣсто старыхъ шаблоновъ методъ индивидуализаціи, допускающій въ принципѣ изслѣдованіе не юридической только обрядности, а всѣхъ особенностей случая, всей внутренней стороны отношенія, всего конкретнаго содержанія даннаго казуса. Здѣсь и время считаютъ не такъ (*tempus utile*), и скалу зрѣлости дѣлаютъ мельче и примѣнительнѣе къ дѣйствительному преуспѣванію сознанія человѣка вмѣстѣ съ возрастомъ, и наконецъ, развиваютъ такое обиліе формъ сдѣлокъ, въ коихъ, смотря по стилю сдѣлки, по типу лицъ, по свойству операціи, она носитъ на себѣ или черты подлиннаго формализма воли, или, наоборотъ, моменты далеко незаконченнаго, а дѣющагося воздѣйствія воли на окончательное образованіе ея состава.

Въ этихъ условіяхъ обыкновенно сходятъ со сцены *) старые *santatores formularum*, дѣльцы на всѣ руки, и уступаютъ мѣсто мастерамъ другого рода, юристамъ разумѣющимъ различіе стилей, вооруженнымъ не одной интуиціей, но и широкимъ познаніемъ то въ области практики специфической, въ тѣхъ или другихъ областяхъ дѣловыхъ сношеній, то въ задачахъ изслѣдованія вглубь, въ сферѣ психическихъ процессовъ, предшествовавшихъ волеизъявленію.

Вотъ этотъ *дуализмъ системъ и сдѣлокъ*, преемственный и одновременный, и долженъ всегда быть на виду въ задачахъ примѣненія того или другого изъ двухъ указанныхъ методовъ обращенія съ гражданской сдѣлкой, когда по требованію заинтересованныхъ судъ долженъ разсмотрѣть отношеніе волеизъявленія къ внутреннему составу сдѣлки, къ подлинной волѣ лицъ.

Есть случаи, гдѣ и нынѣ нельзя допустить никакой поправки

*) Иногда только со свѣта Божьяго, не теряя способности дѣйствовать изъ-за угла (*Winkeladvokaten*).

наличныхъ данныхъ по основаніямъ, до извѣстной поры вовсе необнаруживавшимся ни въ какихъ признакахъ. Какіе эти случаи? Ихъ очень трудно исчерпать, и ничто здѣсь не можетъ замѣнить жизненнаго опыта суда. Но, однако, есть сдѣлки, въ коихъ преобладающая черта внутренняго формализма воли до того очевидна, что разумѣніе ихъ природы доступно очень широкимъ кругамъ людей. Таковъ переводный вексель, коего назначеніе выходитъ очевиднымъ образомъ вовсе изъ узкаго круга людей, лично знакомыхъ со свойствами каждаго участника сдѣлки. Таковы вообще операціи торговаго типа, рассчитанныя на скорѣйшій обмѣнъ товаровъ. Таковы въ сдѣлкахъ общаго права оборотъ съ предъявительскими бумагами и особенно ипотечныя операціи.

Примѣненіе формализма воли, внутренняго, въ сдѣлкахъ перваго рода безопасно въ виду нормальныхъ свойствъ людей, занимающихся торгомъ. Примѣненіе тѣхъ же критеріевъ для гипотечныхъ сдѣлокъ установлено обиліемъ обрядностей, гарантирующихъ отъ случайности ошибки.

Гдѣ, однако, ошибки могли бы обнаружиться, тамъ, какъ мы видѣли въ статьѣ 72 ой, вопросъ о силѣ сдѣлки совершенно отрѣшается отъ вопроса о матеріальныхъ невыгодныхъ ея послѣдствіяхъ. Векселеприниматель обязанъ платить, несмотря на свою ошибку, но въ то же время потери свои онъ можетъ взыскивать по такимъ признакамъ, коихъ на самой сдѣлкѣ совсѣмъ не видать. Сила сдѣлки ограждена отъ колебанія вслѣдствіе этого выдѣленія болѣзненнаго процесса въ особое производство. Точно тоже видно и въ ипотечной системѣ. Ошибка возможна здѣсь въ ряду случаевъ, какъ и вездѣ въ жизни. Всякій такой вопросъ объ ошибкѣ обособляется и составляетъ проблему отдѣльнаго изысканія. Ошибка служебнаго персонала вмѣняется ему въ вину. Ошибка заинтересованныхъ постигаетъ своимъ послѣдствіемъ ихъ лично. Самая сдѣлка, рассчитанная на вещный эффектъ, остается внѣ всѣхъ этихъ потрясеній и колебаній. Она изолирована совершенно отъ проблемы возмѣщенія убытковъ между ошибавшимся и потерпѣвшимъ. Наконецъ, не въ этого только рода сдѣлкахъ, а и въ другихъ, въ сдѣлкахъ общаго права, могутъ быть условія, гдѣ пересмотръ совершившагося факта, какъ бы ни была вѣроятна ошибка, недопустимъ по непрактичности. Таковы массовые расчеты, при производствѣ коихъ допускается повѣрка только немедленная производственной операціи, о чемъ заинтересованные обыкновенно и предупреждаются (просьба повѣрять выдачу не отходя отъ мѣста).

Нельзя сказать, что ригоризмъ безповоротныхъ волеизъявленій составляетъ технику юристовъ, чуждую естественному чувству права. Не трудно доказать, что неизбежность сдѣлокъ не составляетъ вовсе излюбленной темы только у юристовъ. Признаки такого строгаго, формальнаго отношенія къ дѣлу видны въ поговоркахъ, свидѣтельствующихъ о народной, а не о профессиональной мудрости въ вопросахъ этого рода.

Wer narrisch kauft muss weislich bezahlen (Heusler, § 14, стр. 61).

Wer die Augen nicht aufthut thue den Beutel auf.

Возможна въ отдѣльныхъ трудныхъ операціяхъ оговорка о послѣдующей повѣркѣ сдѣланнаго волеизъявленія ближайшимъ изученіемъ подробностей.

Но нельзя представить себѣ ничего болѣе опаснаго, чѣмъ повѣрка уже состоявшейся юридической сдѣлки ex post оказавшимися пороками внутренней стороны ея состава.

Современныя законодательства, особенно французское и имперское нѣмецкое, очень коротко формулируютъ сюда относящіяся правила.

Въ обоихъ кодексахъ различены случаи обмана отъ простой ошибки, не условленной ничѣмъ внѣшнимъ воздѣйствіемъ на волеизъявленіе (Нѣм. Код. 123, Cod. civ. 1116, 1117). Въ обоихъ кодексахъ сдѣлки, вызванныя обманомъ, или волеизъявленія, происшедшія подъ вліяніемъ ошибки, не признаются ничтожными, а требуютъ для признанія ихъ недействительности предъявленія спора противъ нихъ (С.с. 1117, Нѣм. Код. 119).

Code civ. допускаетъ уничтоженіе сдѣлки по поводу ошибки только при условіи, что ошибка касается самой сущности той вещи, которая составляетъ предметъ сдѣлки. Надо сознаться, что это опредѣленіе свойства ошибки оставляетъ юриспруденціи очень большой просторъ для толкованія всего вопроса объ ошибкѣ на тѣхъ или другихъ раціональныхъ основаніяхъ, безъ всякаго общаго руководящаго легальнаго принципа. Въ послѣднемъ отношеніи Нѣм. Код. 96 г. много ближе подходитъ къ существу дѣла.

Прежде всего Нѣм. Код. выставляетъ очень существенный для предъявленія спора противъ сдѣлки реквизитъ, который, при общемъ 30-ти-лѣтнемъ срокѣ давности, состоитъ въ томъ, чтобы опроверженіе сдѣлки было предпринято *безъ виновнаго промедленія*, т.-е. немедленно (*unverzüglich, ohne schuldhaftes Zögern*). Опровергать, по art. 119, волеизъявленіе по поводу ошибки въ его содержаніи, котораго субъектъ сдѣлки вовсе не хотѣлъ вы-

разить, можно только тогда, когда слѣдуетъ допустить предположеніе, что при знаніи дѣйствительнаго положенія дѣла и при разумной оцѣнкѣ случая субъектъ едѣлки отнюдь въ эту сдѣлку не вошелъ бы.

Считается ошибкой насчетъ содержанія сдѣлки также и такая ошибка, которая касается свойствъ лица или вещи, рассматриваемыхъ въ оборотѣ какъ существенныя.

Въ этихъ условіяхъ ошибка можетъ послужить основаніемъ для инвалидаціи сдѣлки и тогда, когда она совершена посредствующимъ лицомъ или установленіемъ (120).

Потерпѣвшій отъ инвалидаціи сдѣлки вслѣдствіе ошибки, если самъ онъ вовсе не виноватъ въ этомъ исходѣ, можетъ искать вознагражденія вреда, который онъ вслѣдствіе этого потерпѣлъ (122).

Возможно ли сомнѣваться въ томъ, что въ этихъ скудныхъ статьяхъ новаго кодекса мы имѣемъ дѣло съ нѣкоторыми параграфами маленькаго Виндшейда, которые возбуждали столько споровъ въ нѣмецкой юридической литературѣ послѣдняго времени? Они пристроены такъ сказать въ штатъ новаго кодекса въ качествѣ своихъ, близкихъ, заботливымъ Эннекцерусомъ, однимъ изъ послѣдователей указанной выше Willenstheorie.

Что скажутъ на это учителя другого лагеря? Вотъ отвѣтъ покойнаго Оттона Бэра въ его *Gegenentwurf*ъ.

Если волеизъявленіе, которое не соответствуетъ дѣйствительной волѣ изъясляющаго, сдѣлано имъ ошибочно, то оно не менѣе того обязываетъ его, если оно было сдѣлано такъ, что ему именно должно быть приписано (или вмѣнено, *in einer ihm zuzurechenden Weise*).

Этого положенія нельзя примѣнять, если принявшій волеизъявленіе зналъ или долженъ былъ знать ошибку.

Оно тоже не примѣняется, если при удержаніи волеизъявленія въ силѣ дѣло будетъ только о выигрышѣ, а не объ имущественной потерѣ принявшаго волеизъявленіе (§ 108).

Здѣсь явно мы имѣемъ дѣло съ теоріей волеизъявленія, которая принципиально отвергнута новымъ кодексомъ.

Можетъ ли такая исключительность принципа отвѣчать удовлетворительнымъ образомъ на всѣ задачи, которыми нынѣ изобилуетъ въ вопросахъ этого рода имущественный обмѣнъ высококультурной въ экономическомъ смыслѣ страны, какова Германія, и любая другая страна, находящаяся въ тѣхъ же условіяхъ обмѣна? Нѣтъ сомнѣнія, что сдѣлками одного стиля нельзя исчерпать всѣхъ потребностей этого обмѣна.

Дуализмъ стилей въ современной практикѣ не подлежитъ никакому сомнѣнію какъ истинно живая ея черта. Этому явленію отвѣчаетъ, какъ мы только что показали, именно двойственность доктринъ, раздѣляющихъ нѣмецкую юриспруденцію въ этомъ вопросѣ на два лагера.

Есть ли смыслъ въ этихъ условіяхъ насильственно унифицировать юриспруденцію въ такомъ живомъ вопросѣ, какъ самоопредѣленіе лица въ гражданской сдѣлкѣ?

Отвѣтъ можетъ быть только отрицательный. Въ этихъ условіяхъ надо искать не единства принципа, а размежеванія сферъ примѣненія того и другого въ духѣ сдѣлки, института, системы, въ которой зарождается вопросъ. Скучное доктринерство кодекса не отвѣтитъ на эту потребность, и живая и свободная практика выбѣтается вновь на широкій и свободный путь дальнѣйшей детальной разработки задачи на основахъ латинскаго права, съ его богатой казуистикой и роскошной скалой то поднимающагося, то ослабляющагося внутренняго формализма воли въ составѣ сдѣлки по различію самого правоотношенія, которое подлежитъ ея воздѣйствію.

Нельзя предполагать, чтобъ нѣмецкая юриспруденція, въ распоряженіи коей находятся такія классическія работы, какъ ученіе Савиньи объ ошибкахъ, позднѣйшіе труды Оттона Бэра, Цитльмана, Леонгарда, обмелѣла на тѣхъ параграфахъ кодекса, которые мы только что привели. Если нѣкоторые передовые люди дѣлаютъ нынѣ видъ поклонниковъ кодекса въ любомъ вопросѣ, то это съ ихъ стороны не ошибка въ пониманіи дѣла, а скорѣе вынужденная покорность передъ совершившимся фактомъ (своего рода *Zwang* или *Nothstand*, см. выше, въ оцѣнкѣ кодекса Дернбургомъ), или просто симуляція (патріотическая), къ опредѣленію коей мы и переходимъ.

Для изученія внутренняго формализма воли намъ остается здѣсь сказать о любопытныхъ въ этомъ отношеніи явленіяхъ симуляціи, такъ называемой *reservatio mentalis*, фидиціарной сдѣлки, шутливомъ волеизъявленіи и воособенности объ отрѣшенныхъ отъ внутренняго основанія или цѣли формальныхъ волеизъявленіяхъ.

111

ДЮВЕРНУА

ЧТЕНІЯ
ПО
ГРАЖДАНС. ПРАВУ

Т. I
ИЗД. 3

М. Ф.