ДРЕВНЕЕ ПРАВО,

ЕГО СВЯЗЬ СЪ ДРЕВНЕЙ ИСТОРІЕЙ ОБЩЕСТВА

и

ЕГО ОТНОШЕНІЕ

къ

НОВѢЙШИМЪ ИДЕЯМЪ.

Г. С. МЭНЪ.

ПЕРЕВОДЪ

Н. Бѣлозерской

съ четвертаго англійскаго изданія.

САНКТПЕТЕРБУРГЪ
ИЗДАНІЕ Д. Е. КОЖАНЧИКОВА.

1873.


ТИПОГРАФІЯ Ф. СУЩИНСКАГО.
КАНАЛЪ ЕКАТЕРИНИНСК. 168.
С.ПЕТЕРБУРГЪ.

ПРЕДИСЛОВІЕ

КЪ

ТРЕТЬЕМУ ИЗДАНІЮ.

Второе и третье изданія этого сочиненія были въ сущности перепечатками перваго, съ исправленіемъ немногихъ вкравшихся ошибокъ.

Необходимо напомнить читателю, что первое изданіе появилось въ 1861 году. Съ этого времени ходъ событій въ Россіи и Сѣверной Америкѣ сдѣлалъ его во многомъ непримѣнимымъ къ существующимъ фактамъ: по отношенію къ тому, что было сказано авторомъ о крѣпостномъ правѣ въ Россіи, о русскихъ сельскихъ общинахъ и о рабствѣ негровъ въ Соединенныхъ Штатахъ. Быть можетъ читателю будетъ небезъинтересно прослѣдить сущность перемѣнъ, сдѣланныхъ мною въ содержаніи этой части сочиненія.

Г. С. М.

ПРЕДИСЛОВІЕ

къ

ПЕРВОМУ ИЗДАНІЮ.

Главная цѣль настоящаго сочиненія намѣтить нѣкоторыя изъ первоначальныхъ идей человѣчества въ томъ видѣ, какъ онѣ отразились на древнемъ Правѣ, и указать на ихъ отношеніе къ новѣйшей мысли.

Многіе изъ намѣченныхъ вопросовъ не могли бы быть изслѣдованы съ надеждою на сколько нибудь благопріятный результатъ, еслибы не существовало такого свода законовъ, какъ римскій, который носитъ въ своихъ болѣе раннихъ частяхъ отпечатокъ отдаленной древности, а въ своихъ позднѣйшихъ постановленіяхъ заключаетъ основы гражданскихъ учрежденій, которыми и до сихъ поръ руководствуется новѣйшее общество. Необходимость принятія системы Римскаго права за образцовую, побудило автора извлечь изъ нея такое количество объясненій, которое можетъ показаться чрезмѣрнымъ, но авторъ не имѣлъ намѣренія писать ученаго трактата о Римскомъ правѣ и по возможности избѣгалъ всякихъ разсужденій, которыя бы могли придать такой характеръ его сочиненію. Мѣсто, отведенное въ

третьей и четвертой главахъ теоріямъ римскихъ юрисконсультовъ, обусловливается слѣдующими причинами.

Во первыхъ, эти теоріи, по мнѣнію автора имѣли несравненно обширнѣйшее и болѣе прочное вліяніе на мысль и дѣятельность человѣчества, чѣмъ обыкновенно предполагается. Во вторыхъ, онѣ повидимому были кореннымъ источникомъ многихъ и до сихъ поръ господствующихъ взглядовъ на предметъ, разсматриваемый въ настоящемъ сочиненіи. Автору невозможно было бы идти далѣе въ своемъ изслѣдованіи, не высказавъ своего мнѣнія о происхожденіи, смыслѣ и значеніи этихъ теорій.

Г. С. М.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ДРЕВНЕЕ ПРАВО.

ГЛАВА I.

Древніе кодексы.

Самая знаменитая система юриспруденціи, извѣстная міру, начинается и кончается Кодексомъ. Отъ начала и до конца ея исторіи, римскіе законодатели говорили языкомъ, который доказываетъ, что сущность ихъ системы опиралась на XII таблицъ, и, слѣдовательно, имѣла основою писаный законъ. Римъ, за однимъ только исключеніемъ, не признавалъ никакихъ законовъ, предшествовавшихъ изданію XII таблицъ. Теоретическое происхожденіе римской юриспруденціи отъ кодекса, а съ другой стороны происхожденіе англійскихъ законовъ отъ устныхъ преданій, теряющихся въ глубокой древности, были главной причиной того, что развитіе одной системы разнится отъ развитія другой. Несмотря на то, что ни та, ни другая теорія не согласовалась вполнѣ съ фактами, каждая изъ нихъ привела къ существенно важнымъ послѣдствіямъ.

Едва ли нужно упоминать о томъ, что появленіе XII таблицъ не было тѣмъ первоначальнымъ пунктомъ, съ котораго начинается исторія права. Древній римскій кодексъ принад-

лежитъ къ разряду тѣхъ законоположеній, которыхъ образцы можетъ представить любая изъ цивилизованныхъ націй и которыя были въ большомъ употребленіи, и у римлянъ и у эллиновъ, въ эпохи довольно близкія одна отъ другой. Такія законоположенія появлялись при крайне сходныхъ между собою обстоятельствахъ, и, насколько намъ извѣстно, возникали изъ очень сходныхъ причинъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что многія юридическія явленія предшествовали изданію кодексовъ. Существуетъ не мало источниковъ, изъ которыхъ можно почерпать свѣдѣнія о первоначальныхъ проявленіяхъ права, но пока филологія не дастъ намъ полнаго анализа санскритской литературы, лучшими источниками все-таки останутся для насъ греческія гомерическія поэмы, разумѣется не въ смыслѣ исторіи дѣйствительно случившихся событій, но, какъ описаніе состоянія общества, знакомаго автору, и только отчасти имъ идеализированнаго. Хотя фантазія поэта и могла преувеличить нѣкоторыя черты героическаго вѣка, какъ напр., доблесть воиновъ и могущество боговъ, но нѣтъ основанія думать, чтобы она дѣйствовала подъ вліяніемъ какихъ-либо нравственныхъ или метафизическихъ понятій, которыя въ то время еще не были предметомъ сознательныхъ изслѣдованій. Въ этомъ отношеніи гомерическая литература заслуживаетъ несравненно бо́льшее довѣріе, чѣмъ тѣ сравнительно позднѣйшіе документы, въ которыхъ идетъ рѣчь о столь же древнихъ временахъ, но которые были составлены подъ вліяніемъ философскихъ и теологическихъ воззрѣній. Еслибы мы могли какимъ нибудь способомъ опредѣлить тѣ первоначальныя формы, въ которыхъ впервые проявлялись юридическія понятія, то это было бы для насъ неоцѣненнымъ пріобрѣтеніемъ. Эти первоначальныя идеи также важны для юриста, какъ первичные пласты земной коры для геолога. Онѣ заключаютъ въ себѣ зачатки всѣхъ тѣхъ формъ, въ которыхъ впослѣдствіи проявлялось право. Та поспѣшность или то предубѣжденіе, которое удостоивало ихъ только самаго поверхностнаго вниманія, были причиной того неудовлетворительнаго состоянія,

въ какомъ мы находимъ науку юриспруденціи. Изслѣдованія юристовъ представляютъ въ сущности большое сходство съ изслѣдованіями въ области естественныхъ наукъ: точно такимъ же способомъ занимались въ былое время физикой и физіологіей, пока непосредственное наблюденіе не заступило мѣста предположеній. Теоріи довольно правдоподобныя и понятныя, но совершенно непровѣренныя, въ родѣ теоріи Естественнаго Права или Общественнаго Договора, предпочитались добросовѣстнымъ изслѣдованіямъ въ области первобытной исторіи общества и права; такія теоріи только затемняютъ истину, отвлекая вниманіе изслѣдователя отъ того единственнаго способа, которымъ эта истина можетъ быть открыта, и, оказывая тѣмъ болѣе пагубное вліяніе на дальнѣйшее развитіе юриспруденціи.

Самыя раннія понятія, связанныя съ идеей закона или житейскаго правила, получившія такое широкое развитіе въ настоящее время, встрѣчаются у Гомера въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «Ѳемида» (Themis) и «Ѳемиды» (Themistes). Ѳемида, какъ извѣстно, является богиней правосудія въ позднѣйшемъ греческомъ пантеонѣ, но это уже болѣе новая и развитая идея въ совершенно иномъ смыслѣ, чѣмъ та Ѳемида, которая описана въ Иліадѣ, какъ помощница Зевса. Теперт уже всѣ наиболѣе заслуживающіе довѣрія изслѣдователи первобытнаго состоянія человѣческаго рода пришли къ тому убѣжденію, что люди въ періодъ своего дѣтства не иначе могли себѣ уяснить какое-либо постоянно и періодически повторяющееся понятіе, какъ только приписавъ его какому нибудь лицу. Такъ вѣтеръ считался у нихъ лицомъ и конечно лицомъ божественнымъ; точно также считались божественными лицами: солнце съ его восходомъ, прохожденіемъ черезъ меридіанъ и закатомъ, и земля, приносящая плодъ. Такія понятія изъ міра физическаго переносились и въ міръ нравственный. Когда царь своимъ приговоромъ рѣшалъ споръ, его рѣшеніе считалось прямымъ результатомъ божественнаго вдохновенія. Ѳемида была тотъ божественный посредникъ, че-

резъ котораго внушались судебные приговоры царямъ Своеобразность такого понятія выражалась въ употребленіи слова «Θемида» во множественномъ числѣ. Подъ именемъ «Θемидъ» (Themistes, Themises множественное отъ Themis), разумѣлись самые приговоры, внушаемые богами судьямъ. Предполагалось, что у царей всегда есть подъ рукою, въ случаѣ надобности, цѣлый запасъ «Θемидъ»; но при этомъ не слѣдуетъ забывать, что это не законы, а только приговоры. «Зевсъ или сошедшій на землю царь человѣческаго рода», говоритъ Гротъ въ своей Исторіи Греціи, «не есть законодатель, а только судья». Въ его распоряженіи цѣлый запасъ Θемидъ, но при вѣрѣ въ ихъ происхожденіе свыше, нельзя предположить, чтобы ихъ связывалъ какой нибудь руководящій принципъ; это только отдѣльные и разобщенные между собою приговоры.

Даже въ поэмахъ Гомера можно замѣтить, что эти понятія были только преходящими. Сходныя обстоятельства встрѣчались при несложномъ механизмѣ древняго общества чаще нежели теперь, и, естественно, что при однообразно повторяющихся обстоятельствахъ, приговоры должны были походить одни на другіе. Тутъ уже мы видимъ зародышъ или начало обычая, понятія болѣе поздняго, чѣмъ «Θемиды» или приговоры. Какъ бы мы ни были склонны при новѣйшемъ способѣ сопоставленія понятій, рѣшать à priori, что понятіе объ обычаѣ должно было предшествовать понятію о судебномъ рѣшеніи, и что судебное рѣшеніе должно было основываться на обычаѣ или наказывать за его нарушеніе;—но намъ кажется достовѣрнымъ, что развитіе идей совершалось именно въ томъ порядкѣ, въ какомъ мы расположили ихъ. Понятіе объ обычаѣ еще въ зародышѣ выражается у Гомера словомъ «Θемида» въ единственномъ числѣ и еще чаще словомъ «Dike» (справедливость), которое очевидно означаетъ нѣчто среднее между «приговоромъ» и «обычаемъ» или обыкновеніемъ. *Νόμος*, законъ,—этотъ многозначительный и знаменитый терминъ въ

политическомъ словарѣ позднѣйшаго греческаго общества, — вовсе не встрѣчается у Гомера.

Такое понятіе о божественномъ вліяніи, которымъ внушались «Ѳемиды» (приговоры), и которое олицетворялось въ Ѳемидѣ, должно быть отличаемо отъ всѣхъ другихъ первоначальныхъ вѣрованій, съ которыми его могъ бы смѣшать поверхностный наблюдатель. Идея о божествѣ, которое предначертало цѣлый кодексъ или сводъ законовъ, какъ это мы видимъ на индійскихъ законахъ Мэну,—повидимому, относится къ разряду болѣе новыхъ и болѣе развитыхъ идей. Понятія о «Ѳемидѣ» и «Ѳемидахъ» находятся въ довольно близкой связи съ тѣмъ убѣжденіемъ, котораго такъ долго и такъ упорно держался человѣческій умъ, по которому божественное вліяніе является основой и опорой для всѣхъ житейскихъ отношеній и для всѣхъ соціальныхъ учрежденій. Въ древнѣйшемъ правѣ и среди первыхъ зачатковъ политической мысли, мы встрѣчаемъ на каждомъ шагу признаки этого вѣрованія. Тогда думали, что всѣ главнѣйшія учрежденія тѣхъ временъ: государство, родъ и семья освящаются и поддерживаются сверхъестественнымъ вмѣшательствомъ. Люди, сгруппировавшіеся подъ господствомъ такихъ понятій въ отдѣльныя общества, обязаны были періодически исполнять общіе торжественные обряды, а иногда сознаніе этой обязанности выражалось еще яснѣе посредствомъ исполненія очистительныхъ обрядовъ, которые, повидимому, были введены съ цѣлью отвратить наказаніе за какой-либо проступокъ, совершенный безъ намѣренія или по небрежности. Всякій, кто сколько нибудь знакомъ съ классической литературой, вѣроятно, помнитъ sacra gentilicia, которыя оказывали такое значительное вліяніе на первоначальныя римскія законоположенія касательно усыновленія и завѣщаній. И до настоящаго времени индійское Обычное Право,—на которомъ отпечатлѣлись нѣкоторыя любопытнѣйшія черты первобытнаго общества,—ставитъ всѣ личныя и наслѣдственныя права въ зависимость отъ соблюденія торжественныхъ обрядовъ, установленныхъ для погребенія умер-

шихъ и вообще для всѣхъ тѣхъ случаевъ, когда выбываетъ одинъ изъ членовъ семьи.

Но прежде, чѣмъ мы покончимъ съ разсматриваемою теперь ступенью развитія права, считаемъ не лишнимъ предостеречь англійскую учащуюся молодежь отъ тѣхъ ошибокъ, въ которыя могутъ ввести ее Бентамъ съ своимъ «Fragment on Government» и Остэнъ съ своимъ «Province of Jurisprudence Determined». Писатели эти разлагаютъ каждый законъ на его составныя части: *повелѣніе* законодателя, *обязательство*, налагаемое этимъ повелѣніемъ на гражданина, и *санкцію*, состоящую въ угрозѣ наказаніемъ, въ случаѣ, еслибы это повелѣніе было нарушено; затѣмъ они утверждаютъ, что *повелѣніемъ*, этимъ первымъ элементомъ всякаго закона, предписывается не только единичный актъ, но цѣлый рядъ актовъ одного и того же рода. Результаты такого разложенія закона на его составныя части могутъ быть съ бо̀льшою точностью примѣняемы къ болѣе зрѣлой юриспруденціи и, при извѣстной натяжкѣ въ выраженіяхъ, ихъ можно было бы согласить по формѣ съ законами всѣхъ родовъ и всевозможныхъ эпохъ. Однако же нельзя утверждать, чтобы даже въ настоящее время, то понятіе о законѣ, какого держится большинство, согласовалось вполнѣ съ такого рода диссекціей закона; любопытенъ тотъ фактъ, что чѣмъ дальше проникаемъ мы въ первоначальную исторію мысли, тѣмъ болѣе удаляемся отъ такого понятія о законѣ, въ которое входили бы указанныя Бентамомъ элементы. Несомнѣнно, что въ этомъ періодѣ не существовало никакого понятія о какой бы то ни было законодательной власти или даже объ отдѣльномъ законодателѣ. Тогда понятіе о законѣ соотвѣтствовало скорѣе понятію объ обычаѣ, или даже понятію о привычкѣ. Это было понятіе dans l'air, какъ говорятъ французы. Единственнымъ представленіемъ о правдѣ и неправдѣ, имѣвшимъ силу авторитета, являлось судебное рѣшеніе, основанное на фактахъ, не предполагавшее закона, который былъ нарушенъ, но такое, которое было впервые внушено свыше судьѣ въ моментъ

постановленія приговора. Намъ, конечно, очень трудно стать на такую точку зрѣнія, которая такъ отдалена отъ насъ, и по времени, и по связи идей; но эта точка зрѣнія сдѣлается для насъ понятной, если мы ближе присмотримся къ устройству древняго общества, въ которомъ каждый проводилъ бо̀льшую часть своей жизни подъ гнетомъ патріархальнаго деспотизма и на практикѣ контролировался въ своихъ дѣйствіяхъ не властью закона а произволомъ. Можно къ этому прибавить, что англичанинъ лучше, чѣмъ кто либо другой, можетъ понять тотъ историческій фактъ, что Ѳемиды предшествовали всякимъ другимъ понятіямъ о законѣ, потому что между многими несостоятельными теоріями, объясняющими характеръ англійской юриспруденціи, самая распространенная и наиболѣе имѣющая вліяніе въ практикѣ есть та, которая предполагаетъ, что судебные приговоры и рѣшенія, основанныя на прежнихъ примѣрахъ, предшествуютъ составленію общихъ правилъ, основныхъ положеній и классификацій. Слѣдуетъ также замѣтить, что «Ѳемиды» заключаютъ въ себѣ тѣ характеристическія черты, которыми по объясненію Бентама и Остэна единичныя и простыя повелѣнія отличаются отъ законовъ. Настоящій законъ налагаетъ безразлично на всѣхъ гражданъ извѣстныя однородныя обязательства; въ этомъ-то и заключается характеристическая особенность закона, проникнувшая въ сознаніе народа и побудившая его примѣнять терминъ «законъ» только къ однообразнымъ, послѣдовательнымъ и однороднымъ явленіямъ. Повелѣніе предписываетъ только единичное дѣйствіе; поэтому и «Ѳемиды» болѣе подходятъ къ повелѣніямъ, чѣмъ къ законамъ. Это не болѣе, какъ рѣшенія, состоявшіяся по поводу единичныхъ, необобщенныхъ фактовъ и неслѣдующія одно за другимъ въ какомъ нибудь послѣдовательномъ порядкѣ.

Литература героическаго періода показываетъ намъ законъ въ его зародышѣ подъ видомъ «Ѳемидъ» и въ болѣе развитомъ состояніи въ понятіи «Dike» (справедливость). Слѣдующая затѣмъ ступень въ исторіи права является строго

опредѣленною и въ высшей степени интересною. Гротъ во второй части и во второй главѣ своей исторіи объяснилъ какимъ способомъ постепенно видоизмѣнялся характеръ общества и сдѣлался наконецъ, совершенно отличнымъ отъ того, какой изображается у Гомера. Царское достоинство въ героическія времена зависѣло частью отъ дарованнаго свыше права, частью отъ превосходства въ силѣ, личной храбрости и мудрости. Но по мѣрѣ того, какъ слабѣло понятіе о монархѣ, въ смыслѣ священнаго лица, и въ ряду наслѣдственныхъ государей стали встрѣчаться ничтожныя личности, царская власть начинаетъ приходить въ упадокъ и уступаетъ мѣсто владычеству аристократіи. Выражаясь болѣе точнымъ языкомъ, мы можемъ сказать, что царская власть была захвачена совѣтомъ старшинъ, который такъ часто встрѣчается и описывается у Гомера. Во всякомъ случаѣ, мы видимъ повсемѣстно въ Европѣ переходъ отъ царскаго правленія къ эпохѣ олигархій; и даже тамъ, гдѣ еще не совсѣмъ исчезло номинальное отправленіе монархическихъ функцій, царская власть стала не болѣе, какъ тѣнью. Царь становится или наслѣдственнымъ военнымъ начальникомъ, какъ въ Лакедемонѣ, или простымъ должностнымъ лицомъ, кахъ правитель-архонтъ въ Аѳинахъ или наконецъ жрецомъ, подобно Rex Sacrificulus въ Римѣ. Въ Греціи, Италіи и средней Азіи сословія, имѣвшія въ своихъ рукахъ власть, состояли всегда изъ извѣстнаго числа семействъ, соединенныхъ между собою признаннымъ родствомъ крови, и, хотя такія сословія въ началѣ старались обыкновенно присвоить себѣ священный характеръ, однако сила ихъ, повидимому, не заключалась въ ихъ мнимой святости. Гдѣ только они не были преждевременно ниспровергнуты народной партіей, тамъ всѣ они напослѣдокъ приблизились къ тому, что мы теперь понимаемъ подъ названіемъ политической аристократіи. Перемѣны, которымъ подверглось общество въ болѣе отдаленныхъ государствахъ Азіи, случились разумѣется въ періоды, задолго предшедствовавшіе тѣмъ государственнымъ переворотамъ, которые произошли въ

итальянскомъ и эллинскомъ мірѣ, но они имѣли одинаковое съ этими послѣдними значеніе въ цивилизаціи и были чрезвычайно сходны съ ними въ общихъ своихъ чертахъ. Есть нѣкоторое основаніе предположить, что всѣ тѣ племена, которыя были впослѣдствіи соединены подъ властью персидской монархіи, и тѣ, которыя населяли Остъ-Индскій полуостровъ, имѣли свой героическій періодъ и свою эпоху аристократій; но, кажется, что тамъ военныя и религіозныя аристократіи развивались отдѣльно, и царская власть не вездѣ была уничтожена. Противно ходу событій на западѣ, религіозный элементъ на востокѣ стремился поглотить элементъ военный и политическій. Аристократіи военная и гражданская исчезаютъ, уничтоженныя или совершенно ослабленныя гнетомъ царской власти и жреческаго сословія; въ окончательномъ результатѣ является монархъ, облеченный значительною властью, но ограниченный привилегіями касты жрецовъ. Можно считать за достовѣрное то предположеніе, что историческая эпоха аристократій предшествовала исторической эпохѣ героическихъ царей, съ тѣмъ только различіемъ, что на востокѣ аристократія становится повсюду религіозной, а на западѣ свѣтской, или политической. Это предположеніе во всякомъ случаѣ оказывается безошибочнымъ, если не по отношенію ко всему человѣчеству, то по отношенію ко всѣмъ отраслямъ индоевропейской семьи народовъ.

Для юриста весьма важно то обстоятельство, что въ рукахъ этихъ разнородныхъ аристократій находилось повсемѣстно право хранить законъ и слѣдить за его примѣненіемъ. Онѣ, повидимому, унаслѣдовали всѣ прерогативы царской власти, но съ тою разницею, что онѣ, какъ кажется, не приписывали постановленія каждаго отдѣльнаго приговора прямому вдохновенію свыше. Та связь идей, вслѣдствіе которой рѣшенія патріархальнаго главы приписывались сверхъестественному вмѣшательству, все еще продолжаетъ высказываться по временамъ въ притязаніи на божественное происхожденіе цѣлаго свода постановленій, или нѣкоторыхъ отдѣльныхъ его частей,

но прогрессъ мысли не дозволяетъ уже приписывать разрѣшеніе частныхъ споровъ сверхъестественному вмѣшательству. Тогда олигархія законовѣдовъ начинаетъ стремиться къ монополизированію знанія законовъ, то есть къ исключительному завѣдыванію тѣми общими положеніями по которымъ разрѣшаются споры. Мы приходимъ тутъ къ эпохѣ закона, основаннаго на обычаѣ. Обычаи или соблюденіе принятыхъ правилъ являются тутъ, какъ связное цѣлое и предполагаются въ точности извѣстными только аристократическому сословію, или кастѣ. Наши ученые авторитеты не позволяютъ намъ сомнѣваться въ томъ, что олигархія иногда злоупотребляла довѣріемъ, которымъ она пользовалась, но тѣмъ не менѣе нельзя видѣть въ этомъ прямую узурпацію, или тиранію. До изобрѣтенія письма и въ продолженіи всего дѣтскаго періода искусства, аристократія, облеченная привилегіей отправленія юрисдикціи являлась единственнымъ органомъ, посредствомъ котораго могли сколько-нибудь сохраняться обычаи рода или племени. Подлинность этихъ обычаевъ оберегалась насколько возможно тѣмъ, что они ввѣрялись памяти ограниченнаго числа членовъ общины.

Та эпоха, когда основанный на обычаѣ законъ находился подъ охраной привилегированнаго сословія, очень замѣчательна. Соотвѣтствующее той эпохѣ состояніе юриспруденціи оставило по себѣ и до сихъ поръ замѣтные слѣды, какъ въ юридической, такъ и въ народной фразеологіи. Законъ исключительно извѣстный привилегированному меньшинству, будь это каста, аристократія, жреческое сословіе или корпорація священниковъ, есть неписаный законъ въ истиномъ смыслѣ этого слова. Кромѣ этого случая, мы нигдѣ въ цѣломъ мірѣ не встрѣчаемъ неписаннаго закона. Объ англійскомъ case-law (законѣ, основанномъ на практикѣ рѣшеній), говорится иногда, какъ о неписанномъ законѣ, и нѣкоторые англійскіе теоретики утверждаютъ, что еслибы вздумали составлять сводъ англійскихъ законовъ, то пришлось бы для этого обращать неписанные законы въ писанные, что, по ихъ увѣренію, едва

ли было бы полезно, но безъ сомнѣнія было бы сопряжено съ очень большими затрудненіями. Конечно, было время, когда англійское Обычное Право (common law) по всей справедливости могло быть названо неписаннымъ закономъ. Древнѣйшіе англійскіе судьи дѣйствительно изъявляли притязаніе на знаніе юридическихъ правилъ, принциповъ и ихъ классификацій, въ то время, какъ все это было только поверхностно извѣстно адвокатамъ и обыкновенной публикѣ. Дѣйствительно ли всѣ законы, исключительное знаніе которыхъ они старались присвоить себѣ, были неписанные, вопросъ крайне спорный; но если даже допустить, что нѣкогда цѣлая масса правилъ гражданскаго и уголовнаго судопроизводства была исключительно извѣстна однимъ судьямъ то, во всякомъ случаѣ, это уже не можетъ быть названо неписаннымъ закономъ. Съ тѣхъ поръ, какъ Вестминстерскіе суды начали основывать свои постановленія на рѣшеніяхъ прежнихъ лѣтъ, внесенныхъ въ годичные списки или записанныхъ какимъ либо инымъ способомъ, то правила, которыми они руководствуются, сдѣлались уже писаннымъ закономъ. Въ настоящее время англійскія законоположенія освобождаются отъ фактической оболочки, въ которую они были облечены въ прежнихъ судебныхъ рѣшеніяхъ и облекаются въ опредѣленную словесную форму, смотря по вкусу, точности выраженія и степени познаній каждаго отдѣльнаго судьи и тогда уже примѣняются къ обстоятельствамъ дѣла, подлежащаго судебному разрѣшенію. Но ни на одной ступени своего развитія эти законоположенія не представляютъ никакихъ характеристическихъ свойствъ, которыя отличали бы ихъ отъ писанныхъ законовъ. Это есть писанный case-law (законъ, основанный на практикѣ рѣшеній) и онъ отличается отъ code-law, т. е. отъ закона, внесеннаго въ кодексъ, только тѣмъ, что былъ написанъ инымъ путемъ.

Отъ періода Обычнаго Права мы переходимъ къ другой, не менѣе рѣзко опредѣленной эпохѣ въ исторіи права. Мы вступаемъ въ эпоху кодексовъ, тѣхъ древнихъ кодексовъ, ко-

торыхъ самымъ знаменитымъ образчикомъ были римскія XII таблицъ. Въ Греціи и Италіи, равно, какъ и на эллинизированномъ побережьи западной Азіи такіе кодексы появились почти въ одни и тѣ же періоды, я не говорю періоды, одинаковые по времени, но одинаковые по отношенію къ развитію каждой общины. Повсюду въ поименованныхъ странахъ, написанные на таблицахъ и обнародованные законы, занимаютъ мѣсто обычаевъ, ввѣренныхъ до того времени памяти привилегированной олигархіи. Никакъ не слѣдуетъ предполагать, чтобъ на описанную выше перемѣну могли имѣть какое либо вліяніе тѣ утонченныя соображенія, которыя приводятся теперь въ доказательство необходимости такъ называемыхъ кодификацій. Не подлежитъ конечно сомнѣнію, что первая мысль о составленіи древнихъ кодексовъ родилась вслѣдствіе изобрѣтенія и распространенія письменности. Правда, аристократія злоупотребляла монополіей знанія законовъ, и во всякомъ случаѣ эта монополія служила громаднѣйшимъ препятствіемъ къ успѣху тѣхъ народныхъ движеній, которыя начали обнаруживаться во всемъ западномъ мірѣ. Но хотя демократическій элементъ до извѣстной степени способствовалъ популярности этихъ кодексовъ, но эти послѣдніе все таки болѣе всего обязаны были своимъ происхожденіемъ изобрѣтенію письма. Писанныя таблицы оказывались лучшимъ хранилищемъ законовъ и представляли большее обеспеченіе для ихъ точнаго сохраненія, нежели память извѣстнаго числа лицъ, какъ бы она ни была развита отъ долгаго упражненія.

Римскій кодексъ принадлежитъ къ рязряду тѣхъ, о которыхъ идетъ рѣчь. Ихъ достоинство вовсе не заключалось въ чемъ-либо похожемъ на симметрическую классификацію, а равно не въ изяществѣ или ясности выраженія; оно состояло только въ ихъ общедоступности, дававшей возможность каждому знать то, что онъ долженъ дѣлать и чего не долженъ. Правда, въ XII таблицахъ замѣтны нѣкоторые слѣды систематическаго изложенія, но это объясняется отчасти тѣмъ, что составители этого сборника законовъ, какъ гласитъ преданіе,

обратились къ помощи грековъ, имѣвшихъ нѣкоторую опытность въ этомъ дѣлѣ. Впрочемъ, судя по дошедшимъ до насъ отрывкамъ, аѳинскій кодексъ Солона не отличался послѣдовательностью изложенія, а Драконово законодательство еще того менѣе. Отъ этихъ кодексовъ, какъ на Западѣ, такъ и на Востокѣ уцѣлѣло достаточное количество отрывковъ, чтобъ доказать намъ, что въ нихъ были перемѣшаны и религіозныя, и гражданскія, и чисто нравственныя предписанія; и, что при этомъ не обращалось ни малѣйшаго вниманія на то коренное различіе, которое существовало между этими предписаніями. Впрочемъ такой взглядъ совершенно согласенъ съ тѣмъ, что намъ извѣстно изъ другихъ источниковъ о раннемъ періодѣ развитія человѣческой мысли, такъ какъ выдѣленіе права отъ нравственности, и религіи отъ права было плодомъ болѣе высокой степени умственнаго развитія.

Но какими бы ни представлялись для современнаго человѣка особенности этихъ кодексовъ, значеніе ихъ для древнихъ обществъ остается несомнѣннымъ. Вопросъ всей будущности каждаго общества заключается не въ томъ, будетъ ли составленъ какой нибудь кодексъ законовъ или нѣтъ, потому что большинство древнихъ обществъ, какъ кажется, имѣло его раньше или позже, и не будь въ исторіи права большаго перерыва, созданнаго феодализмомъ, вѣроятно, можно было бы прослѣдить происхожденіе каждаго новѣйшаго закона до его первоначальныхъ источниковъ. Но главный вопросъ въ исторіи народа состоитъ въ томъ, въ какой періодъ и на какой ступени его соціальнаго развитія появлялись у него писанные законы. Въ западномъ мірѣ плебейскій или народный элементъ въ каждомъ государствѣ боролся съ успѣхомъ противъ привилегій олигарховъ и потому почти повсемѣстно являлись кодексы въ ранній періодъ исторіи государства. Но на востокѣ господствующая аристократія стремилась сдѣлаться болѣе религіозной, чѣмъ военной или политической и черезъ это только усилила свою власть; между тѣмъ, какъ съ другой стороны естественныя условія азіатскихъ странъ спо-

собствовали къ большему расширенію отдѣльныхъ обществъ и къ большему скопленію въ нихъ населенія нежели на западѣ; а всякому извѣстенъ законъ, что чѣмъ шире пространство на которомъ дѣйствуютъ извѣстныя учрежденія, тѣмъ болѣе въ нихъ прочности и живучести. Однако каковы бы ни были причины, но кодексы въ восточныхъ обществахъ появлялись сравнительо гораздо позднѣе, чѣмъ въ западныхъ и имѣли совершенно иной характеръ. Жреческія олигархіи Азіи для собственнаго ли руководства или для облегченія памяти, или же для наставленія своимъ ученикамъ облекли напослѣдокъ свои законы въ форму кодекса, но при этомъ онѣ не могли устоять противъ соблазна и воспользовались такимъ удобнымъ случаемъ, чтобы увеличить и упрочить свое вліяніе. Пользуясь безграничной монополіей въ дѣлѣ законовѣдѣнія, онѣ выпустили въ свѣтъ кодексы, составленные не столько изъ такихъ правилъ, которыя въ дѣйствительности считались обязательными, сколько изъ такихъ, которыя должны были по ихъ мнѣнію считаться обязательными. Индійскій кодексъ, извѣстный подъ именемъ законовъ Мэну и очевидно составленный браминами, конечно содержитъ въ себѣ многія житейскія правила индійскаго племени, но, по мнѣнію нашихъ лучшихъ современныхъ оріенталистовъ, кодексъ этотъ въ цѣломъ не представляетъ собранія такихъ правилъ, которыми дѣйствительно когда либо управлялся Индостанъ. Это большею частью идеальное изображеніе того, что, по мнѣнію браминовъ, *должно* считаться закономъ. Было совершенно согласно съ человѣческой природой и съ личными мотивами законодателей, приписывать кодексамъ, подобнымъ законамъ Мэну, самую глубокую древность и божественное происхожденіе. Такъ Мэну по индійской миѳологіи происходитъ отъ верховнаго Бога, но сборникъ, носящій его имя, есть произведеніе болѣе позднее, по отношенію къ развитію индійской юриспруденціи, хотя время его составленія и не можетъ быть опредѣлено съ точностью.

Главная польза, какую принесли XII таблицъ и подобные

имъ кодексы тѣмъ обществамъ, въ которыхъ они появились, заключается въ томъ, что они доставляли защиту противъ обмановъ со стороны привиллегированной олигархіи, а также и противъ произвольной порчи и извращенія народныхъ установленій. Римскій кодексъ былъ не болѣе, какъ словесное выраженіе тѣхъ обычаевъ, которые существовали тогда у римскаго народа. По отношенію къ успѣхамъ римлянъ въ цивилизаціи это былъ замѣчательно ранній кодексъ, и, притомъ составленный въ такое время, когда римское общество только что вышло изъ такого интеллектуальнаго состоянія, при которомъ неизбѣжно смѣшиваются гражданскія обязанности съ религіозными. Вообще всякое варварское общество, руководясь Обычнымъ Правомъ, подвергается особеннаго рода опасностямъ, которыя могутъ оказаться крайне гибельными для успѣховъ цивилизаціи. Обычаи, установившіеся въ какомъ нибудь обществѣ въ періодъ его дѣтства, вообще бываютъ приспособлены къ развитію его физическаго и нравственнаго благосостоянія; если эти обычаи сохраняются въ своей неприкосновенности до тѣхъ поръ, пока новыя общественныя потребности не научатъ новымъ практическимъ правиламъ, то прогрессъ въ общественномъ развитіи не подлежитъ почти никакому сомнѣнію. Но къ несчастію есть общій законъ развитія, постоянно угрожающій своимъ вліяніемъ неписанному обычаю. Конечно, обычаямъ подчиняются массы, которыя, будучи неспособны понять, какимъ путемъ установились эти обычаи, приписываютъ ихъ существованіе сверхъестественнымъ причинамъ. Тогда начинается тотъ процессъ, который можно изобразить въ короткихъ словахъ, сказавши, что изъ разумныхъ обычаевъ родятся неразумные. Аналогія, этотъ самый важнѣйшій двигатель при зрѣломъ состояніи юриспруденціи, бываетъ опасной ловушкой въ періодъ ея неразвитости. Запрещенія и повелѣнія, сначала относившіяся только къ отдѣльнымъ поступкамъ, начинаютъ примѣняться ко всѣмъ поступкамъ того же рода, потому что человѣкъ, угрожаемый гнѣвомъ боговъ за какой нибудь поступокъ, чувствуетъ есте-

ственный страхъ при совершеніи другихъ поступковъ, имѣющихъ съ первымъ хотя бы отдаленное сходство. Лишь только запрещенъ былъ извѣстный родъ пищи ради санитарныхъ причинъ, то вслѣдъ затѣмъ запрещеніе распространялось на всякую другую сходную съ нимъ пищу, хотя это сходство выводилось изъ самыхъ сомнительныхъ аналогій. Подобно тому разумныя мѣры, предписанныя для опрятности, повели со временемъ къ длиннымъ обрядамъ торжественныхъ омовеній; а раздѣленіе общества на классы, которое при извѣстныхъ общественныхъ кризисахъ оказывается необходимымъ для сохраненія національнаго существованія, переродилось въ самое гибельное изъ всѣхъ человѣческихъ учрежденій — въ касты. Судьба индійскихъ законовъ въ сущности можетъ служить мѣриломъ достоинства римскаго кодекса. Этнологія показываетъ намъ, что римляне и индусы происходили отъ одного первобытнаго племени, и мы дѣйствительно находимъ поразительное сходство между ихъ первоначальными обычаями. Даже теперь индійское право носитъ на себѣ отпечатокъ предусмотрительности и здраваго смысла, хотя неразумная подражательность привила къ нему массу грубыхъ нелѣпостей. Отъ этого рода порчи римляне были ограждены своимъ кодексомъ. Послѣдній былъ составленъ въ то время, когда обычаи не были еще испорчены; еслибы, онъ составленъ былъ сто лѣтъ спустя, то было бы уже слишкомъ поздно. Индійскіе законы были въ значительномъ объемѣ облечены въ письменную форму, но какъ бы ни были древни въ извѣстномъ смыслѣ ихъ краткіе отрывки, уцѣлѣвшіе до нашего времени на санскритскомъ языкѣ, они заключаютъ въ себѣ очевидныя доказательства того, что они были записаны въ то время, когда древніе обычаи успѣли уже испортиться. Мы, разумѣется, не въ правѣ сказать, что еслибы не были изданы XII таблицъ, то римляне были бы осуждены на такую же дряблую и извращенную цивилизацію, какова была индійская, но по крайней мѣрѣ несомнѣнно то, что, благодаря ихъ кодексу, они были изъяты отъ возможности подвергнуться такой несчастной участи.

ГЛАВА II.

Юридическія фикціи.

Когда примитивное право народа облекается въ форму кодекса, тогда уже приходитъ конецъ тому, что мы можемъ назвать его самопроизводнымъ развитіемъ. Съ этихъ поръ если въ немъ дѣлаются перемѣны, то дѣлаются обдуманно и приходятъ извнѣ. Невозможно предположить, чтобы обычаи какого нибудь рода или племени оставались неизмѣнными въ продолженіи долгаго—а въ нѣкоторыхъ случаяхъ громаднаго — періода, начиная отъ момента ихъ санкціи черезъ посредство патріархальнаго монарха, до момента ихъ облеченія въ письменную форму. Но по тѣмъ скуднымъ свѣдѣніямъ, какія есть у насъ о ходѣ права въ этотъ періодъ, мы можемъ предположить, что опредѣленный умыселъ всего менѣе участвовалъ въ произведеніи этой перемѣны. Тѣ нововведенія, какія замѣчаются въ раннихъ обычаяхъ, были внушены чувствами и образомъ мыслей, которыя не даются нашему пониманію, при настоящихъ условіяхъ нашего умственнагоразвитія. Такимъ образомъ, съ кодексовъ начинается новый періодъ въ исторіи права. Съ этого времени, гдѣ бы мы ни находили слѣды какихъ либо измѣненій въ законѣ, мы уже можемъ приписать ихъ сознательному стремленію къ улучшенію или, по крайней мѣрѣ, желанію расширить положенія на тѣ предметы, которые еще не были извѣстны въ первобытныя времена.

Съ перваго взгляда намъ можетъ показаться, что нельзя вывести никакихъ сколько нибудь достовѣрныхъ общихъ заключеній изъ исторіи законодательныхъ системъ, слѣдовавшихъ за кодексами. Поле для изслѣдованій слишкомъ обширно. Мы не можемъ быть увѣрены, что включили въ наши наблюденія достаточное число явленій или что мы точно поняли тѣ явленія, которыя были изслѣдованы нами. Но задача оказывается болѣе исполнимой, если мы примемъ во вниманіе, что послѣ эпохи кодексовъ уже становится замѣтною разница между неподвижными и прогрессивными обществами, Мы же имѣемъ дѣло только съ прогрессивными обществами которыхъ малочисленность невольно поражаетъ насъ. Несмотря на совершенную очевидность этого, гражданину Западной Европы всего труднѣе освоиться съ тою истиной, что окружающая его цивилизація есть рѣдкое исключеніе въ міровой исторіи. Обычное направленіе нашихъ мыслей, всѣ наши надежды, опасенія и умозаключенія были бы существенно затронуты, если-бы мы могли себѣ живо представить отношеніе прогрессивныхъ расъ къ общему итогу человѣческой жизни. Неоспоримо, что большая часть человѣческаго рода никогда не выказывала ни малѣйшаго желанія къ улучшенію своихъ гражданскихъ установленій съ того момента, какъ имъ была впервые придана внѣшняя законченность черезъ облеченіе ихъ въ прочную письменную форму. Рядъ обычаевъ иногда насильственно искоренялся и замѣнялся другими обычаями; по временамъ первобытный законодательный сборникъ, претендовавшій на сверхъестественное происхожденіе, значительно расширялся и принималъ самыя извращенныя формы, благодаря злоумышленіямъ жрецовъ-комментаторовъ; но за исключеніемъ небольшаго уголка міра, мы нигдѣ не видимъ ничего похожаго на постепенное улучшеніе системы законовъ. Мы находимъ развитіе матеріальной цивилизаціи, но эта цивилизація не оказала благодѣтельнаго вліянія на законъ, а напротивъ того законъ положилъ предѣлы цивилизаціи. Изученіе первобытныхъ племенъ даетъ намъ нить

къ изысканію того пункта, на которомъ остановилось развитіе извѣстныхъ обществъ. Мы можемъ видѣть, что Браминская Индія не перешла той ступени развитія, которая встрѣчается въ исторіи всѣхъ племенъ человѣческаго рода, и на которой юридическія обязанности не отличаются отъ религіозныхъ. Члены подобнаго общества придерживаются того взгляда, что нарушеніе религіознаго предписанія должно подлежать наказанію по законамъ гражданскимъ, а нарушеніе гражданской обязанности подвергаетъ виновнаго божеской карѣ. Въ Китаѣ упомянутая ступень развитія была перейдена, но прогрессъ былъ, повидимому, остановленъ тѣмъ, что развитіе гражданскихъ законовъ идетъ тамъ рука объ руку съ тѣми идеями, къ какимъ способенъ извѣстный народъ. Впрочемъ, различіе между неподвижнымъ и прогрессивнымъ обществами составляетъ одну изъ величайшихъ задачъ, которую еще не разрѣшили изслѣдователи. Къ числу отрывочныхъ объясненій этого вопроса я рѣшаюсь отнести тѣ соображенія, которыя были приведены мною въ концѣ предъидущей главы. Затѣмъ слѣдуетъ замѣтить, что въ подобнаго рода изслѣдованіи, врядъ ли будетъ имѣть успѣхъ тотъ, кто не сознаетъ ясно, что неподвижное состояніе общества есть общее правило, а прогрессивное — исключеніе. Другимъ необходимымъ условіемъ успѣха является точное знаніе Римскаго права во всѣхъ его главныхъ стадіяхъ развитія.

Исторія Римскаго права есть самая длинная изъ всѣхъ исторій человѣческихъ установленій. Характеръ всѣхъ перемѣнъ, какимъ подверглось Римское право, достаточно выясненъ въ настоящее время. Съ самаго начала и до конца оно прогрессивно измѣнялось къ лучшему или по крайней мѣрѣ къ тому, что люди, производившіе эти перемѣны, считали за лучшее, и улучшенія эти продолжались въ тѣ періоды, когда мысль и дѣятельность всего остальнаго человѣчества существенно замедлили свой шагъ и многократно грозили перейти въ застой.

Ниже я буду касаться только прогрессивныхъ обществъ.

Относительно ихъ слѣдуетъ замѣтить, что общественныя потребности и общественное мнѣніе всегда болѣе или менѣе опережаютъ законъ. Мы можемъ до извѣстной степени сглаживать раздѣляющую ихъ пропасть, но она имѣетъ постоянное стремленіе раскрыться снова. Законъ неподвиженъ, общества же, о которыхъ идетъ рѣчь, прогрессивны. Большее или меньшее благосостояніе народа зависитъ отъ степени скорости, съ какою пополняется упомянутая пропасть.

Можно сдѣлать общее и довольно основательное предположеніе относительно тѣхъ факторовъ, посредствомъ которыхъ законъ приводитея въ гармонію съ потребностями общества. Этихъ факторовъ три: Юридическія Фикціи, Справедливость и Законодательство. Въ исторіи они слѣдуютъ одинъ за другимъ въ томъ порядкѣ, въ какомъ они размѣщены мною. Иногда двое изъ нихъ дѣйствуютъ въ одно время, а иногда встрѣчаются системы права, ускользнувшія отъ вліянія того или другаго изъ этихъ факторовъ; но я не знаю ни одного случая, когда бы появленіе ихъ происходило не въ указанномъ мною порядкѣ. Ранняя исторія одного изъ нихъ, а именно Справедливости, вообще темна и потому нѣкоторые могутъ прійти къ ошибочному заключенію, что извѣстные отдѣльные статуты, измѣнявшіе гражданскія узаконенія, явились раньше юрисдикціи справедливости. По моему личному убѣжденію, для исправленія существующихъ недостатковъ къ суду по Справедливости повсюду прибѣгали раньше, чѣмъ; къ реформѣ законодательнымъ путемъ; но если бы даже это не было въ точности вѣрно, то пришлось бы только ограничить упомянутое предположеніе относительно порядка послѣдовательности періодовъ, въ которые они оказали продолжительное и существенное вліяніе на преобразованіе первобытнаго закона.

Я употребляю слово «фикція» въ значительно болѣе распространенномъ смыслѣ, чѣмъ его привыкли употреблять англійскіе юристы, и въ несравненно болѣе широкомъ значеніи, чѣмъ то, какое имѣли римскія «fictiones.» Слово «Fictio» въ

староримскомъ правѣ было терминомъ, употреблявшимся въ судебномъ процессѣ, и означало такое вымышленное заявленіе со стороны истца, котораго не дозволялось отвергать отвѣтчику; таково напр. было заявленіе истца, что онъ римскій гражданинъ, между тѣмъ, какъ онъ на дѣлѣ былъ чужеземецъ. Цѣлью этихъ «fictiones» со стороны судовъ было, конечно, расширеніе юрисдикціи, и потому они имѣли много общаго съ тѣми юридическими вымыслами, къ которымъ прибѣгали англійскіе суды: Королевской Скамьи (Queen's Bench) и Казначейства (Exhequer court) съ цѣлью присвоить себѣ юрисдикцію суда Общихъ Тяжбъ (Common Plleas) — вымыслами, будто отвѣтчикъ находится подъ арестомъ у королевскаго маршала илибудто истецъ—должникъ короля и не можетъ выплатить своего долга по неисправности отвѣтчика. Я употребляю здѣсь выраженія «Юридическая Фикція» для того, чтобы обозначить всякое предположеніе, которымъ прикрываютъ или стараются прикрыть тотъ фактъ, что правило закона подверглось измѣненію, т. е., что его буква осталась прежнею, а примѣненіе измѣнилось. Я привелъ выше примѣръ фикцій изъ Англійскаго и Римскаго права, но ихъ сфера дѣйствій несравненно шире, потому что, и англійскій Case law и римскія Responsa Prudentum опираются на фикціяхъ. Мы перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію этихъ двухъ примѣровъ. Въ обоихъ случаяхъ *фактъ* тотъ, что законъ совершенно измѣнился, а *фикція* состоитъ въ томъ, что онъ остается такимъ, какимъ былъ прежде. Не трудно понять, почему фикціи, во всѣхъ своихъ формахъ, особенно свойственны обществамъ въ ихъ дѣтскомъ періодѣ. Онѣ удовлетворяютъ потребности улучшенія, которой существованіе нельзя вполнѣ отрицать, и въ то же время не идутъ въ разрѣзъ съ суевѣрнымъ отвращеніемъ ко всякого рода перемѣнамъ, которое всегда свойственно такому состоянію общества. На извѣстной ступени общественнаго развитія онѣ являются неоцѣненными средствами противодѣйствія строгости закона, и дѣйствительно безъ одной изъ этихъ фикцій, а именно безъ фикціи усыновленія, дававшей возможность соз-

давать искуственную семейную связь, трудно себѣ представить, какимъ образомъ общество могло бы выбраться изъ пеленокъ и сдѣлать первые шаги по пути цивилизаціи. На этомъ основаніи мы не должны поддаваться вліянію того глумленія, съ которымъ Бентамъ относился къ юридическимъ фикціямъ, гдѣ бы онѣ ему не встрѣчались. Подвергать ихъ поруганію и считать ихъ не болѣе, какъ простымъ обманомъ, значитъ выказывать незнаніе ихъ особеннаго значенія въ развитіи права. Но въ то же время было бы одинаково нелѣпо соглашаться съ мнѣніемъ тѣхъ теоретиковъ, которые, признавая, что фикціи принесли свою долю пользы, выводятъ изъ этого такое заключеніе, что онѣ должны быть внесены въ наши новѣйшія системы. Различныя фикціи и до сихъ поръ оказываютъ могущественное вліяніе на англійскую юриспруденцію и ихъ нельзя отбросить безъ сильнаго потрясенія существующихъ идей и безъ значительныхъ измѣненій въ языкѣ англійскихъ юристовъ-практиковъ; но не можетъ быть сомнѣнія въ той общей истинѣ, что было бы недостойно нашего времени достигать положительно благодѣтельной цѣли посредствомъ такой грубой лжи, какъ юридическая фикція. Я не могу считать безвредною, какую бы то ни было аномалію, которая дѣлаетъ законъ менѣе удобопонятнымъ, или мѣшаетъ приведенію его въ гармоническій порядокъ. Въ числѣ другихъ невыгодъ юридическихъ фикцій слѣдуетъ считать и то, что онѣ являются главнѣйшимъ препятствіемъ ко всякой правильной класификаціи. Правила, выраженныя въ законѣ все еще держатся въ системѣ, но это уже не болѣе, какъ обветшалая внѣшняя форма. Правила эти давно уже потеряли силу и подъ ними скрываются новыя. Отсюда рождается затрудненіе, куда отнести дѣйствующее правило; на его истинное или на его кажущееся мѣсто, и люди различныхъ взглядовъ будутъ расходиться въ своихъ мнѣніяхъ о томъ, какого изъ этихъ двухъ способовъ слѣдуетъ держаться. Если когда нибудь вздумаютъ привести англійскіе законы въ правильную систему, то необходимо будетъ очистить ихъ отъ юридиче-

скихъ фикцій, которыхъ все еще очень много въ нихъ, несмотря на нѣкоторыя новѣйшія улучшенія.

Слѣдующій затѣмъ способъ, посредствомъ котораго законъ приспособляется къ нуждамъ общества, я называю Справедливостью, подразумѣвая подъ этимъ словомъ всякое собраніе правилъ, которыя существуютъ рядомъ съ первобытнымъ гражданскимъ правомъ и, будучи основаны на самостоятельныхъ принципахъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ претендуютъ замѣнить гражданскій законъ въ силу высшей святости, присущей этимъ принципамъ. Справедливость, какъ римскихъ преторовъ, такъ и англійскихъ канцлеровъ отличается отъ фикцій, которыя ей предшествовали тѣмъ, что ея вмѣшательство въ законъ открытое и всѣми признанное. Съ другой стороны она отличается отъ законодательства, этого слѣдовавшаго за нею фактора прогресса, тѣмъ, что ея притязаніе на авторитетъ основано не на прерогативѣ какого-нибудь посторонняго лица или учрежденія, ни даже на правѣ судьи, ссылающагося на нее въ своихъ рѣшеніяхъ, но на особенномъ свойствѣ ея принциповъ, которымъ необходимо долженъ подчиняться всякій законъ. Самое понятіе о рядѣ такихъ принциповъ, облеченныхъ болѣе высшею святостью, чѣмъ принципы первоначальнаго права, и требовавшихъ примѣненія независимо отъ согласія посторонняго учрежденія,— относится уже къ болѣе поздней ступени развитія мысли, чѣмъ та, при которой первоначально явились юридическія фикціи.

Законодательство, кто бы ни былъ его источникомъ, — единодержавный государь или парламентское собраніе — есть признанный органъ цѣлаго общества и послѣдній изъ улучшающихъ факторовъ. Оно отличается отъ юридическихъ фикцій настолько же, насколько отъ нихъ отличается Справедливость, и само по себѣ разнится отъ послѣдней тѣмъ, что получаетъ свой авторитетъ отъ внѣшняго учрежденія или лица. Его обязательная сила независима отъ его принциповъ. Легислатура, — каковы бы ни были стѣсненія, налагаемыя на нее общественнымъ мнѣніемъ, — въ теоріи облечена властью

налагать по произволу обязательства на членовъ общества. Ничто не можетъ помѣшать ей издавать, по прихоти, какіе вздумаетъ законы. Изданіе законовъ можетъ быть внушено справедливостью, если это слово принимать въ смыслѣ правды и неправды въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣняются ея принципы, но тогда эти узаконенія получаютъ свою дѣйствующую силу, благодаря авторитету легислатуры, а не авторитету принциповъ, на основаніи которыхъ она дѣйствуетъ. Этимъ они отличаются отъ принциповъ Справедливости въ техническомъ смыслѣ слова, принциповъ, которые претендуютъ на верховную святость, дававшую имъ право на немедленное признаніе въ судахъ, даже помимо согласія государя или парламентскаго собранія. Обратить особенное вниманіе на всѣ эти различія тѣмъ болѣе необходимо, что изучающіе Бентама могутъ легко смѣшать между собою: Фикціи, Справедливость и Законъ и подвести ихъ подъ одну рубрику законодательства. Всѣ они, — говоритъ онъ, — заключаютъ въ себѣ понятіе *созданія законовъ*, и различаются только относительно тѣхъ факторовъ, посредствомъ которыхъ создается новое правило. Это совершенно вѣрно само по себѣ и этого мы никогда не должны забывать, но тутъ мы еще не видимъ причины отказываться отъ такого удобнаго термина, какъ Законодательство, въ его спеціальномъ значеніи. Законодательство и Справедливость отдѣляются, какъ въ народномъ сознаніи, такъ и въ понятіяхъ большинства юристовъ, и никогда не слѣдуетъ пренебрегать существующимъ между ними, хотя бы условнымъ, различіемъ, когда изъ этого истекаютъ важныя практическія послѣдствія.

Не трудно набрать изъ всякой сколько-нибудь развитой системы законоположеній примѣры *юридическихъ фикцій*, настоящій характеръ которыхъ сразу обнаруживается для новѣйшаго наблюдателя. Въ двухъ разсматриваемыхъ мною случаяхъ не такъ-то легко уловить, какой тутъ былъ употребленъ способъ. Первоначальные творцы этихъ фикцій не думали вводить ими чего либо новаго и во всякомъ случаѣ не

желали, чтобы ихъ заподозрили въ нововведеніяхъ. Кромѣ того есть и всегда были люди, которые отказываются признать какую бы то ни было фикцію въ процессѣ и ихъ отказъ необходимо отзывается на условномъ языкѣ фикцій. Слѣдовательно, никакіе другіе примѣры не могутъ нагляднѣе показать широкое распространеніе юридическихъ фикцій и дѣйствительное значеніе ихъ двоякой роли—преобразованія системы права и замаскировки этого преобразованія.

Въ Англіи привыкли, чтобы всякое распространеніе, измѣненіе и улучшеніе закона дѣлались способомъ, который de jure не можетъ измѣнить ни одной іоты или строки въ существующемъ правѣ. Способъ, какимъ производится это посильное созданіе новыхъ узаконеній, не столько незамѣтенъ, сколько непризнанъ. Что касается до того важнаго отдѣла Англійскаго права, который заключается въ отдѣльныхъ случаяхъ, занесенныхъ въ судебные отчеты, то мы должны замѣтить, что употребляемъ двойственный языкъ и поддерживаемъ двойственность и несостоятельность въ идеяхъ. Когда передъ англійскимъ судомъ возникаетъ группа фактовъ, требующихъ судебнаго разрѣшенія, то вся сущность преній между судьею и адвокатами сводится къ тому, что не существуютъ и не могутъ быть подняты вопросы, которые потребовали бы для своего разрѣшенія какихъ бы то ни было иныхъ принциповъ, кромѣ старыхъ, или иныхъ разграниченій, кромѣ тѣхъ, которые были издавна допущены. Принимается за безусловную истину, что гдѣ-нибудь да существуетъ положеніе дѣйствующаго закона, подъ которое можно подвести каждый фактъ, составляющій въ данный моментъ предметъ спора на судѣ, и если такое положеніе не найдено, то по недостатку терпѣнія, знанія или сообразительности. Но лишь только приговоръ былъ постановленъ и внесенъ въ протоколъ, то мы незамѣтно переходимъ къ новому языку и новому ходу мыслей. Тутъ мы допускаемъ, что новое рѣшеніе измѣнило законъ. Правила, которыя были здѣсь примѣнены, (употребляя одно неточное выраженіе, иногда пускаемое въ ходъ),

становятся болѣе эластичными. Фактически они уже измѣнены. Къ прежнимъ примѣрамъ сдѣлана очевидная прибавка и правило закона, выясненное черезъ сопоставленіе новаго примѣра съ прежними, уже не одинаково съ тѣмъ, какое получилось бы, если бы этотъ рядъ случаевъ сократился на одинъ примѣръ. Фактъ, что старое правило было отмѣнено и замѣнилось новымъ, ускользаетъ отъ нашего вниманія потому что мы не привыкли переводить на точный языкъ юридическія формулы, выводимыя изъ прежнихъ примѣровъ и только тогда замѣчаемъ перемѣну въ ихъ содержаніи, когда эта перемѣна бываетъ насильственною или слишкомъ яркою.

Не станемъ останавливаться на разсмотрѣніи въ подробности причинъ, побуждавшихъ англійскихъ юристовъ допускать такія странныя аномаліи. По всѣмъ вѣроятіямъ первоначально существовала общепринятая доктрина, что гдѣ-то, in nubibus или въ gremio magistratuum, существовала полная связная система Англійскаго права, настолько обширная, чтобы доставить необходимое количество правилъ, которыя могли бы быть примѣняемы при любой комбинаціи обстоятельствъ. Теоріи этой гораздо болѣе вѣрили прежде, нежели вѣрятъ ей въ настоящее время, и, тогда она вѣроятно имѣла болѣе разумное основаніе. Судьи тринадцатаго столѣтія могли имѣть подъ рукою запасъ правилъ, неизвѣстныхъ адвокатурѣ и публикѣ, такъ какъ есть нѣкоторое основаніе предположить, что они втайнѣ щедро заимствовали ихъ, хотя и не всегда разумно, изъ ходячихъ отрывковъ Римскаго и Каноническаго права. Но пользованіе этимъ запасомъ сдѣлалось ненужнымъ, какъ только случаи, разрѣшенные въ Вестминстерскомъ Судѣ оказались настолько многочисленны, что могли послужить основаніемъ полной системы юриспруденціи; а теперь въ продолженіи нѣсколькихъ столѣтій рѣшенія англійскихъ юристовъ-практиковъ носятъ такой характеръ, что приводятъ къ парадоксальному положенію, что кромѣ Справедливости и Статутнаго права ничего не было прибавлено къ тѣмъ основаніямъ, какія были первоначально установлены. Мы не допускаемъ

того положенія, чтобы англійскіе суды издавали законы, полагаемъ, что они никогда не издавали ихъ, однако же утверждаемъ, что правила Англійскаго Обычнаго права, (Commonlaw) при нѣкоторомъ заимствованіи отъ Канцлерскаго Суда и парламентскихъ рѣшеній, не отстаютъ отъ усложнившихся интересовъ новѣйшаго общества.

Сводъ законоположеній, носящій въ своихъ особенностяхъ весьма близкое и замѣчательное сходство съ англійскими законами отдѣльныхъ случаевъ (case law) былъ извѣстенъ римлянамъ подъ названіемъ Responsa Prudentum «отвѣты ученыхъ юристовъ». Форма этихъ отвѣтовъ значительно видоизмѣняется въ различные періоды исторіи Римскаго права, но во все ея продолженіе они состояли изъ объяснительныхъ толкованій на авторитетные писанные документы и сначала были исключительно собраніемъ мнѣній, служившихъ толкованіемъ XII таблицъ. Что же касается до насъ, то весь юридическій языкъ принаровился къ предположенію, что текстъ стараго кодекса остался неизмѣненнымъ. Это можно считать общимъ правиломъ. Старый законъ пережилъ всѣ толкованія и комментаріи, и никто не рѣшится утверждать открыто, чтобы его истолкованія, какъ бы ни былъ извѣстенъ ихъ авторъ, не подлежали провѣркѣ по старому почтенному тексту. Но съ фактической стороны сборники отвѣтовъ, носящіе имена извѣстнѣйшихъ юрисконсультовъ, пріобрѣли авторитетъ по крайней мѣрѣ равный авторитету прежнихъ судебныхъ рѣшеній въ Англіи и постоянно измѣняли, расширяли, ограничивали или уничтожали нормы, установленныя законами децемвировъ. Творцы послѣдующей системы юриспруденціи во все время хода ея развитія выказывали самое сильное уваженіе къ буквѣ стараго текста. Они только разбирали его, толковали и выясняли его полное значеніе; и затѣмъ въ результатѣ,—пополняя пробѣлы въ текстѣ, примѣняя законъ къ состоянію факта, который представлялся въ данную минуту, обдумывая возможное примѣненіе его къ другимъ могущимъ встрѣтиться

состояніямъ и примѣняя принципы толкованія, выведенные изъ разбора другихъ писанныхъ документовъ, подвергавшихся ихъ разсмотрѣнію, они вывели безчисленное множество различныхъ правилъ, о которыхъ никогда и не мечтали составители XII таблицъ, или которыя изрѣдка или вовсе не встрѣчаются въ нихъ. Всѣ эти разсужденія юрисконсультовъ требовали признанія своего авторитета на основаніи предполагаемой сообразности съ старымъ кодексомъ, но во всякомъ случаѣ ихъ сравнительный авторитетъ зависѣлъ отъ репутаціи тѣхъ отдѣльныхъ юрисконсультовъ, которые дали ихъ міру. Всякое имя общепризнанной знаменитости облекало свою книгу «Отвѣтовъ» обязательной силой едва ли меньшей, чѣмъ та, которая была присуща узаконеніямъ легислатуры, и такой сборникъ въ свою очередь дѣлался основаніемъ, на которомъ могла быть построена дальнѣйшая система юриспруденціи. «Отвѣты» первыхъ юристовъ не были однако обнародованы ихъ авторами, въ новѣйшемъ смыслѣ этого выраженія. Они были записаны и изданы ихъ учениками и, слѣдовательно, по всѣмъ вѣроятіямъ, первоначально не были расположены по какому-нибудь плану классификаціи. Роль лицъ, работавшихъ по этимъ изданіямъ, должна быть строго опредѣлена, потому что услуга, какую они оказывали своему учителю, была вознаграждаема тѣмъ вниманіемъ, какое онъ обращалъ на воспитаніе своихъ учениковъ. Трактаты этихъ воспитанниковъ, называемые институціями или комментаріями, послѣдній плодъ признававшагося тогда долга, представляютъ собою одну изъ самыхъ замѣчательныхъ чертъ римской системы. Повидимому, въ этихъ то институціонныхъ сочиненіяхъ, а не въ книгахъ, предназначенныхъ для приготовлявшихся юристовъ, юрисконсульты представили публикѣ свои классификаціи и планы измѣненій и улучшеній технической фразеологіи.

Сравнивая римскія Responsa Prudentum съ наиболѣе подходящею къ нимъ частью Англійскаго права, не слѣдуетъ забывать, что авторитетъ, который придавалъ силу этому

отдѣлу Римскаго права былъ не «bench» (судъ), а «bar» (адвокатура). Рѣшеніе римскаго трибунала, хотя окончательное въ отдѣльномъ случаѣ, не имѣло дальнѣйшаго авторитета, кромѣ того, какой ему давала профессіональная слава магистрата, бывшаго въ то время въ должности. Собственно говоря, въ Римѣ во времена республики не было института, аналогичнаго съ англійскимъ судомъ Королевской Скамьи, германскимъ имперскимъ судомъ или съ парламентами монархической Франціи. Правда, тамъ были магистраты, на которыхъ временно возлагалась обязанность отправленія судебныхъ функцій въ ихъ различныхъ видахъ, но эти магистратуры продолжались всего одинъ годъ, такъ что ихъ скорѣе можно сравнить съ кругомъ быстро перемѣнявшихся должностей между представителями адвокатуры (bar), чѣмъ съ какимъ нибудь постояннымъ судебнымъ учрежденіемъ. Многое можно сказать по поводу происхожденія этого порядка вещей, который представляется намъ такой поразительной аномаліей, но который въ сущности несравненно болѣе, чѣмъ наша система права, подходилъ къ духу древнихъ обществъ, стремившихся, какъ это всегда бывало, къ раздѣленію на отдѣльныя сословія, хотя исключительныя сами по себѣ, но никогда не терпѣвшія надъ собою господства профессіональной іерархіи.

Замѣчательно, что эта система не привела къ извѣстнымъ результатамъ, которые вообще могли бы произойти отъ нея. Такъ, напримѣръ, она не *популяризировала* Римскаго права, и не послужила, какъ это случилось въ нѣкоторыхъ греческихъ республикахъ, поводомъ къ уменьшенію того умственнаго напряженія, какое нужно было для ознакомленія съ наукой, хотя ея распространенію и свободному толкованію не было положено никакихъ искусственныхъ преградъ. Напротивъ того, если бы тутъ не дѣйствовалъ рядъ отдѣльныхъ причинъ, то, по всѣмъ вѣроятіямъ, римская юриспруденція сдѣлалась бы настолько же мелочною, техническою и трудною, какъ и любая изъ принятыхъ послѣ того системъ. Сверхъ того,

всего естественнѣе должно было быть предусмотрѣно одно послѣдствіе, на которое, повидимому, еще никогда не обращали вниманія. Юрисконсульты, до паденія римской вольности, составляли собою классъ, совершенно неопредѣленный и колеблющійся въ числѣ; несмотря на это, повидимому, никогда не возникало сомнѣнія относительно отдѣльныхъ личностей, которыхъ мнѣніе могло быть рѣшающимъ въ случаяхъ, подлежащихъ ихъ разсмотрѣнію. Часто встрѣчающіяся въ римской литературѣ, наглядныя изображенія дня знаменитаго юрисконсульта, — въ прихожей котораго съ ранняго утра толпами стекались провинціальные кліенты и котораго постоянно окружали ученики съ записными книжками для занесенія въ нихъ «отвѣтовъ» великаго юрисконсульта, — рѣдко, или почти никогда, не связываются въ одномъ и томъ же періодѣ болѣе, чѣмъ съ однимъ или двумя извѣстнѣйшими именами. Благодаря прямымъ сношеніямъ кліента съ адвокатомъ, римскій народъ, повидимому, всегда относился съ самымъ живымъ участіемъ къ колебаніямъ профессіональной славы юристовъ, чему можно привести множество доказательствъ и въ особенности рѣчь Цицерона, «Pro Muraena», гдѣ онъ говоритъ, что поклоненіе массы успѣхамъ юриспруденціи было скорѣе излишнее, чѣмъ недостаточное.

Мы не можемъ сомнѣваться, что вышеупомянутыя особенности того способа, которымъ вначалѣ развивалось Римское право, были источниками его отличительныхъ свойствъ и ранняго изобилія основныхъ положеній. Ростъ и богатство этихъ положеній отчасти поддерживалось соревнованіемъ истолкователей закона, явленіе совершенно неизвѣстное тамъ, гдѣ существуетъ судъ и блюстители закона, съ прерогативами отправленія правосудія, уполномоченные монархомъ или народомъ. Но главнымъ факторомъ было, конечно, неограниченное умноженіе случаевъ, требовавшихъ судебнаго разрѣшенія. Факты, служившіе источникомъ дѣйствительнаго затрудненія для провинціальнаго кліента, могли считаться основаніемъ отвѣта юрисконсульта или судебнаго рѣшенія, но

ничуть не болѣе, ряда гипотетическихъ предположеній, приводимыхъ его остроумнымъ ученикомъ. Различныя соображенія относительно факта ставились совершенно на одну доску, были ли онѣ дѣйствительныя или воображаемыя. Для юрисконсульта ничего не значило, если его мнѣніе было отвергнуто въ данный моментъ должностнымъ лицомъ, постановлявшимъ рѣшеніе по дѣлу его кліента, лишь бы только это должностное лицо не стояло выше его по юридическимъ знаніямъ и по уваженію своихъ собратій. Этимъ я не хочу сказать, чтобы онъ совершенно упускалъ изъ виду интересы своего кліента, потому что кліентъ сначала былъ довѣрителемъ великаго юриста, а впослѣдствіи его плательщикомъ; но главнымъ средствомъ къ удовлетворенію его честолюбія было во всякомъ случаѣ хорошее мнѣніе о немъ его сотоварищей, и очевидно, что при такомъ порядкѣ цѣль эта гораздо лучше достигалась изображеніемъ отдѣльнаго факта, въ смыслѣ проявленія высшаго принципа или примѣра широкаго общаго правила, чѣмъ облеченіемъ его въ форму удобную для выигрыша дѣла въ судѣ. Очевидно, отсутствіе какой бы то ни было опредѣленной задержки въ дѣлѣ построенія предположеній и измышленій по различнымъ вопросамъ должно было оказать громадное вліяніе. Когда данныя могутъ быть умножены по произволу, то черезъ это возрастаетъ и самая возможность развитія общаго правила. Но въ томъ порядкѣ, въ какомъ законъ примѣняется въ Англіи, судья не можетъ выйти изъ круга тѣхъ фактовъ, которые были предъявлены ему или судьямъ, до него разбиравшимъ дѣло. Согласно съ этимъ каждая группа обстоятельствъ, па основаніи которыхъ произносится приговоръ, получаетъ, — употребляя здѣсь галлицизмъ — родъ consécration.

Группа такихъ обстоятельствъ пріобрѣтаетъ извѣстныя свойства, которыя отличаютъ ее отъ всякаго другаго случая, какъ дѣйствительнаго, такъ и предполагаемаго. Но въ Римѣ какъ я уже говорилъ, не было ничего похожаго на Судъ или Судебную Камеру; и потому ни одна комбинація фактовъ не

имѣла никакого особаго преимущества передъ другою. Когда юрисконсультъ затруднялся выразить свое мнѣніе, то ничто не мѣшало лицу, обладавшему способностью проводить аналогію, сразу приступить къ приведенію и составленію цѣлаго ряда гипотетическихъ вопросовъ, съ которыми была связана какая-либо особенная черта. Каковъ бы ни былъ практическій совѣтъ даваемый кліенту, но responsum, старательно занесенный въ записныя книжки внимательными учениками неизбѣжно разсматривалъ данныя обстоятельства, какъ управляемыя высшимъ принципомъ или введенныя въ какое-нибудь общее правило.

Ничто подобное не было когда-либо мыслимо у насъ и слѣдуетъ замѣтить, что во многихъ критикахъ англійскаго закона, способъ, которымъ онъ объяснялся, былъ, повидимому, всегда упускаемъ изъ виду. Нерѣшительность англійскихъ судовъ, въ дѣлѣ провозглашенія общихъ принциповъ, было бы гораздо разумнѣе отнести къ сравнительной скудости прежнихъ примѣровъ, чѣмъ къ общему направленію англійскихъ судей, какъ бы ни казалось велико численное количество такихъ примѣровъ для людей незнакомыхъ съ другими системами права. Несомнѣнно, что относительно правовыхъ принциповъ мы, англичане, несравненно бѣднѣе, чѣмъ многіе изъ новѣйшихъ европейскихъ націй. Но при этомъ не слѣдуетъ забывать, что они приняли Римское право за основу своихъ гражданскихъ институтовъ. Они вдѣлали эти débris римскаго права въ свои стѣны, но матеріалъ и обработка этихъ остатковъ мало чѣмъ отличается въ лучшую сторону отъ зданія воздвигнутаго англійскими судами.

Періодъ римской вольности былъ временемъ, въ продолженіе котораго римская юриспруденція получила свой отличительный характеръ; и въ началѣ этого періода развитіе права шло, главнымъ образомъ, черезъ посредство Responsa Prudentum. Но по мѣрѣ приближенія къ концу республиканскаго времени, уже замѣтны нѣкоторые признаки того, что «Отвѣты» принимаютъ форму роковую для ихъ дальнѣй-

шаго прогресса. Они систематизируются и мало-по-малу укладываются въ рамки сокращеннаго учебника. Pontifex К. Муцій Сцевола издалъ, какъ говорятъ, полное руководство Гражданскаго права, и въ сочиненіяхъ Цицерона замѣтны слѣды усиливающагося отвращенія къ старымъ методамъ, по сравненію съ болѣе дѣятельными факторами нововведеній въ области права. Эдиктъ или ежегодная прокламація Претора пріобрѣлъ кредитъ, какъ главный двигатель реформы права, а Л. Корнелій Сулла изданіемъ значительной группы статутовъ, называемыхъ Leges Corneliae, показалъ, какія можно произвести обширныя улучшенія посредствомъ прямаго изданія законовъ. Августъ нанесъ окончательный ударъ «Отвѣтамъ», ограничивъ небольшимъ числомъ первѣйшихъ юристовъ право давать обязательныя мнѣнія по случаямъ, представленнымъ на ихъ разсмотрѣніе, — перемѣна, которая хотя и приближаетъ насъ къ новѣйшимъ взглядамъ, но очевидно должна была измѣнить до основанія характеристическія черты этой профессіи и родъ ея вліянія на Римское право. Въ болѣе поздній періодъ возникла другая школа юрисконсультовъ, великихъ свѣтилъ юриспруденціи для всѣхъ временъ. Но Ульпіанъ, Павелъ, Гай и Папиніанъ не были авторами «Отвѣтовъ». Ихъ сочиненія были правильными трактатами по отдѣльнымъ частямъ права и преимущественно разсужденіями о Преторскомъ Эдиктѣ.

Справедливость (Aequitas) у римлянъ и Преторскій Эдиктъ, посредствомъ котораго она была введена въ ихъ систему, будутъ разсмотрѣны нами въ слѣдующей главѣ. Относительно Статутнаго права слѣдуетъ только замѣтить, что оно было очень скудно во времена республики и сдѣлалось очень обширнымъ въ императорскомъ Римѣ. Въ дѣтствѣ и молодости націй рѣдко прибѣгаютъ къ прямому изданію законовъ для общей реформы Гражданскаго права. Требованіе народа относится не къ перемѣнѣ законовъ, которые обыкновенно цѣнятся свыше ихъ настоящаго достоинства, но только къ полному, удобному и прямому ихъ примѣненію. Къ изданію

свода законовъ вообще прибѣгаютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда требуется отстраненіе какого-нибудь важнаго злоупотребленія или разрѣшеніе какой-нибудь застарѣлой распри между классами или династіями. Повидимому въ умѣ римлянъ существовала нѣкоторая связь представленій между изданіемъ обширнаго свода законовъ и успокоеніемъ общества послѣ сильнаго гражданскаго потрясенія. Сулла ознаменовалъ свое преобразованіе республики изданіемъ Leges Corneliae; Юлій Цесарь предполагалъ сдѣлать обширныя прибавленія къ Статутному праву; Августъ провелъ изданіе наиважнѣйшей группы законовъ Leges Juliae; между позднѣйшими императорами, самыми дѣятельными проводниками новыхъ установленій, были государи, которымъ, подобно Константину, приходилось устроивать дѣла цѣлаго свѣта. Настоящій періодъ Римскаго Статутнаго права начинается только съ установленіемъ имперіи. Законы императоровъ, сначала прикрываемые формой народной санкціи, а впослѣдствіи открыто исходившіе отъ императорской власти, постепенно расширялись въ объемѣ отъ утвержденія владычества Августа до выхода въ свѣтъ Юстиніанова кодекса. Мы увидимъ дальше, что уже въ царствованіе этого послѣдняго императора сдѣлано значительное приближеніе къ тому состоянію закона и способу его примѣненія, къ которому мы привыкли. Такимъ образомъ установляется Статутный законъ и ограниченное число его истолкователей; вскорѣ затѣмъ къ нимъ присоединяется постоянный аппеляціонный судъ и собраніе признанныхъ комментарій, и мы постепенно приближаемся къ идеямъ новѣйшаго времени.

ГЛАВА III.

Естественное Право и Справедливость.

Теорія такихъ юридическихъ принциповъ, — которые по своему внутреннему превосходству имѣли право замѣнить старый законъ,—привилась очень рано, какъ въ Римѣ, такъ и въ Англіи. Такое собраніе принциповъ, существующее во всякой системѣ, названо мною въ предыдущихъ главахъ Справедливостью (Aequitas), терминъ, который, какъ мы увидимъ ниже, былъ однимъ (и только однимъ) изъ названій, подъ которымъ этотъ факторъ преобразованій въ области права былъ извѣстенъ римскимъ юрисконсультамъ. Правовыя начала, проводимыя Канцлерскимъ Судомъ, и, называемыя въ Англіи справедливостью (Equity), сообразно своему значенію, могутъ быть разсмотрѣны только въ отдѣльномъ трактатѣ. Они чрезвычайно сложны въ своемъ построеніи и заимствуютъ содержаніе изъ многихъ разнородныхъ источниковъ. Первые канцлеры, бывшіе духовными особами, внесли въ нихъ многіе изъ принциповъ Каноническаго права, которые глубоко вошли въ ихъ строй. Римскій законъ болѣе обильный правилами, примѣнимыми къ разрѣшенію гражданскихъ споровъ, чѣмъ Каноническое право, нерѣдко прилагался позднѣйшимъ поколѣніемъ канцлерскихъ судей; между записанными рѣшеніями мы часто встрѣчаемъ цѣликомъ тексты изъ *Corpus Juris Civilis*, уже совершенно утвердившіеся со всѣми ихъ терминами, хотя

ихъ происхожденіе нигдѣ не указывается. Въ болѣе новое время, и въ особенности въ срединѣ и концѣ восемнадцатаго столѣтія, смѣшанныя системы права и нравственности, построенныя нидерландскими публицистами, повидимому, серіозно изучались англійскими юристами, и, начиная съ канцлерства лорда Тальбота и до вступленія въ эту должность лорда Эльдона, эти сочиненія имѣли большое вліяніе на дѣятельность Канцлерскаго Суда. Система эта, извлекавшая свои составныя части изъ различныхъ источниковъ, была въ высшей степени стѣснена въ своемъ ростѣ наложенною на нее необходимостью сообразоваться съ аналогіями Обычнаго права (common law), но при этомъ она всегда соотвѣтствовала направленію сравнительно новыхъ юридическихъ принциповъ, стремящихся подорвать болѣе старую юриспруденцію страны, силою своего внутренняго этическаго превосходства.

Римская Справедливость (Aequitas) отличалась гораздо простѣйшею конструкціею, и ея развитіе съ самого начала ея возникновенія можетъ быть прослѣжено съ несравненно меньшимъ трудомъ. Какъ ея характеръ, такъ и ея исторія требуютъ внимательнаго изслѣдованія. Это есть источникъ различныхъ понятій, оказавшихъ глубокое вліяніе на человѣческую мысль, а черезъ ея посредство и на судьбу всего человѣчества.

Римляне изображали свою юридическую систему, состоящею изъ двухъ составныхъ частей. «Всѣ націи — говорится въ Институціяхъ, изданныхъ подъ авторитетомъ императора Юстиніана,—которыя управляются законами и обычаями, отчасти управляются своимъ собственнымъ правомъ и отчасти законами, общими всему человѣчеству. Законъ, который народъ самъ себѣ установляетъ, называется Гражданскимъ правомъ этого народа, но тотъ законъ, который естественный разумъ постановляетъ для всего человѣчества, называется Правомъ Народовъ, потому что всѣ націи пользуются имъ». Эта часть права, «которую естественный разумъ установляетъ для всего человѣчества», была тѣмъ самымъ элементомъ, который,

по существовавшему предположенію, вводился въ римскую юриспруденцію посредствомъ Преторскаго Эдикта. Иногда она просто называется Jus Naturale или Естественное Право, и ея предписанія по толкованію римлянъ внушаются естественною справедливостью (naturalis aequitas), а равно и естественнымъ разумомъ. Я попытаюсь уяснить здѣсь происхожденіе такихъ извѣстныхъ выраженій какъ: Право Народовъ, Естественное Право и Справедливость, и опредѣлить взаимное отношеніе связанныхъ съ ними понятій.

При самомъ поверхностномъ изученіи римской исторіи, нельзя не удивляться тому чрезвычайному вліянію, какое оказывало на судьбы республики проживаніе чужеземцевъ на римской почвѣ. Причины ихъ наплыва въ позднѣйшій періодъ довольно очевидны, такъ какъ не трудно понять, почему люди различныхъ расъ стекались такими массами въ столицу міра, но и въ самыхъ раннихъ памятникахъ римскаго государства мы встрѣчаемъ указанія на такой же огромный приливъ чужеземцевъ и натурализованныхъ иностранцевъ. Несомнѣнно, что отсутствіе прочно установившихся обществъ въ древней Италіи, въ значительной мѣрѣ населенной разбойничьими племенами, служило главнымъ поводомъ къ поселенію людей на территоріи такого государства, которое было бы достаточно сильно, чтобы защитить себя и ихъ отъ внѣшнихъ нападеній, хотя это покровительство покупалось цѣною тяжелыхъ податей, лишенія политическихъ правъ и многихъ общественныхъ униженій. Однако весьма вѣроятно, что это объясненіе недостаточно, и оно можетъ быть дополнено только принятіемъ въ въ расчетъ тѣхъ дѣятельныхъ коммерческихъ сношеній, которыя Римъ имѣлъ съ остальной Италіей и съ Карѳагеномъ въ до-историческія времена, хотя эти сношенія мало замѣтны въ военныхъ традиціяхъ Рима. Но каковы бы ни были обстоятельства, которымъ слѣдуетъ приписать присутствіе иностраннаго элемента въ римскомъ государствѣ, имъ опредѣлялся весь ходъ его исторіи, которая на многихъ ступеняхъ своего развитія является не болѣе какъ повѣтствованіемъ о столкнове-

ніяхъ между кореннымъ и пришлымъ населеніемъ. Ничего подобнаго мы не встрѣчаемъ въ новѣйшія времена, съ одной стороны потому, что новыя европейскія общества рѣдко или никогда не принимали въ себя такого количества иностранныхъ поселенцевъ, чтобы оно стало бы въ тягость большинству коренныхъ гражданъ, а съ другой стороны потому, что новѣйшія государства, сплоченныя подданствомъ королю или какому-нибудь политическому главѣ, поглощаютъ въ себя значительныя массы пришлыхъ поселенцевъ съ быстротою невѣдомою въ древнемъ мірѣ, гдѣ коренные граждане государства всегда считали себя соединенными узами крови, и смотрѣли на всякое притязаніе на равноправность, какъ на узурпацію. Въ раннемъ періодѣ римской республики Гражданское право, не менѣе государственныхъ установленій, было проникнуто принципомъ устраненія иностранцевъ. Чужеземецъ или натурализованный не могъ имѣть доступа ни къ какому коренному, старинному институту государства. Онъ не могъ пользоваться Квиритскимъ правомъ. Онъ не могъ быть участникомъ въ nexum, который былъ одновременно способомъ передачи и всякаго договора у коренныхъ римлянъ. Онъ не могъ въ судѣ ни на кого предъявлять иска посредствомъ Sacramentalis Actio—способъ веденія процесса, восходившій въ своемъ происхожденіи до дѣтскаго періода цивилизаціи. Однако польза и безопасность Рима не дозволяли признавать чужестранца стоящимъ внѣ покровительства законовъ. Всѣ древнія общества подвергались опасности распасться при малѣйшемъ нарушеніи равновѣсія, и простой инстинктъ самосохраненія могъ заставить римлянъ придумать какой нибудь способъ точнаго опредѣленія правъ и обязанностей иностранцевъ, которые въ противномъ случаѣ—и это была опасность не послѣдней важности въ древнемъ мірѣ — могли рѣшить споръ оружіемъ. Сверхъ того, ни въ одномъ періодѣ римской исторіи иностранная торговля не была въ совершенномъ небреженіи. Мы видимъ изъ этого, что допущеніе иностранцевъ къ правильной юрисдикціи, въ спорахъ ихъ между собой или съ туземцами, было вѣроятно отчасти

полицейской мѣрой, отчасти средствомъ покровительства торговлѣ. Установленіе такой юрисдикціи немедленно вызвало за собою необходимость найти извѣстные принципы, на основаніи которыхъ могли быть разрѣшаемы вопросы, подлежащіе судебному разсмотрѣнію, и эти-то принципы, примѣнявшіеся римскими юристами, являются отличительною характеристическою чертою этого времени. Какъ уже сказано выше, юристы отказывались разрѣшать новые случаи на основаніи чисторимскаго Гражданскаго права. Съ другой стороны, имъ казалось до извѣстной степени унизительнымъ примѣнять особый законъ того государства, къ которому принадлежалъ тяжущійся. Они разрѣшили это затрудненіе тѣмъ, что прибѣгли къ выборкѣ правилъ изъ законоположеній, бывшихъ общими какъ для Рима, такъ и для остальныхъ итальянскихъ племенъ, изъ которыхъ происходили пришельцы. Другими словами, они задались мыслью образовать систему, которая соотвѣтствовала бы первоначальному и буквальному значенію Jus Gentium т. е. права, общаго всѣмъ народамъ. Jus Gentium было фактически сводомъ общихъ ингредіентовъ въ обычаяхъ древнихъ итальянскихъ племенъ, потому что они-то и были *всѣ тѣ народы*, надъ которыми римляне имѣли возможность дѣлать наблюденія, и которые посылали одну за другою толпы переселенцевъ на римскую территорію. Лишь только какой нибудь частный обычай примѣнялся на практикѣ значительнымъ числомъ отдѣльныхъ племенъ, то онъ записывался какъ часть права, общаго всѣмъ народамъ или Jus Gentium. Такимъ образомъ, хотя переходъ собственности былъ конечно обставленъ весьма различными формами въ различныхъ государствахъ, окружающихъ Римъ, фактическая уступка, передача или врученіе предмета, назначеннаго для перехода въ собственность другого лица, въ каждомъ изъ нихъ составляло необходимую часть обряда. Такъ, напримѣръ, это было частью, хотя и второстепенною при манципаціи, то есть при переходѣ, свойственномъ чисто римскому Гражданскому праву. Слѣдовательно передача собственности была единственнымъ общимъ ингредіентомъ въ способахъ пріобрѣтенія, надъ

которыми римскіе юрисконсульты имѣли возможность дѣлать наблюденія, и записывалась какъ установленіе Juris Gentium, или права общаго всѣмъ народамъ. Значительное число другихъ наблюденій дали такіе же результаты. Во всѣхъ ихъ были найдены нѣкоторыя общія характеристическія черты, имѣвшія одно и то же содержаніе, и эти черты были помѣщены въ Jus Gentium. Согласно съ этимъ Jus Gentium было собраніемъ правилъ и принциповъ, признанныхъ на основаніи наблюденій общими въ институтахъ, господствовавшихъ между различными итальянскими племенами.

Обстоятельства, обусловливавшія происхожденіе Jus Gentium, служатъ достаточной гарантіей противъ ошибочнаго предположенія, что римскіе юристы питали къ нему какое-либо особое уваженіе. Происхожденіе Jus Gentium было отчасти плодомъ ихъ пренебреженія ко всякому чуждому праву и отчасти нежеланія предоставить чужеземцу преимущества ихъ собственнаго туземнаго Jus Civile. Правда, что мы въ настоящее время, вѣроятно, взлянули бы совершенно иначе на Jus Gentium, если бы произвели ту же операцію, какая была произведена римскими юрисконсультами. Мы признали бы какое нибудь, хотя неясное превосходство или преимущество за тѣмъ элементомъ, который служилъ общей подкладкой и обнималъ собою такое громадное разнообразіе обычаевъ. Мы бы почувствовали уваженіе къ такимъ всеобщимъ правиламъ и принципамъ. Быть можетъ мы бы сочли общій ингредіентъ за сущность самаго предмета и отнеслись бы съ презрѣніемъ къ остальной обрядной обстановкѣ, которая разнится въ различныхъ общинахъ, какъ явленіе случайное и дополнительное. Или, быть можетъ, мы бы пришли къ заключенію, что наблюдаемыя нами племена нѣкогда подчинялись одной обширной системѣ общихъ институтовъ, которыхъ воспроизведеніемъ былъ Jus Gentium, и что сложные обычаи отдѣльныхъ общинъ были только извращеніемъ или отклоненіемъ отъ болѣе простыхъ правилъ, которыя нѣкогда регулировали ихъ первоначальное состояніе. Но результаты, къ которымъ приво-

дятъ наблюдателя новѣйшія идеи оказываются почти совершенно обратными, тѣмъ, которыя были инстинктивно приняты первобытнымъ римляниномъ. То, что мы уважаемъ и чему удивляемся, возбуждало его нелюбовь или ревнивое опасеніе. Тѣ части юриспруденціи, къ которымъ онъ относился сочувственно были именно тѣ, которыя упускаются изъ виду новѣйшимъ теоретикомъ, какъ нѣчто случайное и скоротечное, какъ напр., торжественнныя жестикуляціи при установленіи права собственности, точно опредѣленные вопросы и отвѣты Словеснаго договора и безконечныя формальности веденія тяжбы и процесса. Jus Gentium было системою, навязанною ему политическою необходимостью. Онъ также не любилъ это право, какъ не любилъ иностранцевъ, которыхъ учрежденія послужили ему основаніемъ, и для пользы которыхъ оно было предназначено. Нуженъ былъ полнѣйшій переворотъ въ его идеяхъ прежде, чѣмъ оно могло заслужить его уваженіе; когда же этотъ переворотъ совершился, то онъ былъ на столько полонъ, что настоящая причина, почему наша новѣйшая оцѣнка Jus Gentium разнится отъ взглядовъ древняго римлянина, заключается именно въ томъ, что новѣйшая юриспруденція и новѣйшая философія унаслѣдовали болѣе зрѣлые взгляды позднѣйшихъ юрисконсультовъ на этотъ предметъ. Пришло время, когда на Jus Gentium, считавшееся прежде ничтожной частью Jus Civile, стали смотрѣть, какъ на великій, хотя и не вполнѣ доразвившійся образецъ, съ которымъ должно по возможности сообразоваться всякое право. Кризисъ наступилъ, когда греческая теорія Естественнаго Права была приложена римлянами къ Праву Народовъ.

Jus Naturale или Естественное Право есть не болѣе, какъ Jus Gentium или Право Народовъ, представленное въ видѣ особой теоріи. Неудачная попытка провести между ними различіе была сдѣлана юрисконсультомъ Ульпіаномъ, но слова Гая, болѣе высокаго авторитета и вышеприведенное мѣсто изъ Институцій не допускаютъ сомнѣнія, что эти выраженія на практикѣ легко смѣшивались. Разница между ними была

чисто историческая и никакое различіе по ихъ сущности не можетъ быть установлено между ними. Едва ли нужно добавлять, что смѣшеніе между Jus Gentium или Правомъ Народовъ и *Международнымъ правомъ* является произведеніемъ новѣйшаго времени. Классическое выраженіе для международнаго права есть Jus Feciale или Торговое право или Дипломатика. Однако несомнѣнно, что неясное пониманіе значенія Jus Gentium играло немаловажную роль въ новѣйшей теоріи о томъ, что отношенія независимыхъ государствъ управляются Естественнымъ Правомъ.

Мы считаемъ необходимымъ приступить теперь къ изслѣдованію греческихъ понятій о природѣ и ея законѣ. Слово φύσις, которое переводится на латинскомъ языкѣ словомъ natura и на англійскомъ nature, безъ сомнѣнія, означало первоначально матеріальный міръ, но это понятіе, разсматриваемое съ такой точки зрѣнія, при нашемъ умственномъ отдаленіи отъ этихъ временъ, не легко можетъ быть выражено на новѣйшемъ языкѣ. Слово природа означало физическій міръ, разсматриваемый какъ результатъ какого-то первичнаго элемента или закона. Древнѣйшіе греческіе философы привыкли представлять созданіе міра, какъ проявленіе единичнаго начала, которое они объясняли различнымъ образомъ, считая его то движеніемъ, то огнемъ, то влажностью, или производительной силой. Въ ея простѣйшемъ и наидревнѣйшемъ смыслѣ, природа есть именно физическій міръ, разсматриваемый, такимъ образомъ, какъ проявленіе какого-либо основнаго начала. Позднѣйшія философскія школы Греціи, вернувшись на тотъ путь, съ котораго временно удалились величайшіе умы Греціи, прибавили *нравственный* міръ къ *физическому* въ понятіи природы. Они расширяли этотъ терминъ, пока онъ не обнялъ не только видимый міръ, но и мысли, убѣжденія и стремленія человѣчества. Однако по прежнему, подъ природой они разумѣли не только нравственныя проявленія въ человѣческомъ обществѣ, но и подводили эти проявленія подъ простые и общіе законы.

Затѣмъ мы видимъ, что подобно тому, какъ древнѣйшіе греческіе теоретики предполагали, что игра случая была причиной перехода матеріальнаго міра изъ его простой первобытной формы въ настоящее, болѣе сложное по своимъ элементамъ состояніе, такъ и ихъ потомки воображали себѣ, что если бы не помѣшала неблагопріятная случайность, то человѣческій родъ сталъ бы руководствоваться болѣе простыми житейскими правилами и довольствовался бы менѣе бурною жизнью. На жизнь согласную съ *природой* стали смотрѣть какъ на конечную цѣль созданія человѣка, а достиженіе ея стало главнымъ назначеніемъ передовыхъ людей. Жить согласно съ *природой* значило стать выше безпорядочныхъ привычекъ и грубаго самоугожденія, свойственнаго толпѣ и подняться до высшихъ законовъ дѣятельности, которыхъ соблюденіе давалось желающему только путемъ самоотреченія и власти надъ самимъ собою. Извѣстно, что этого рода положеніе—а именно жизнь согласная съ природой—было сущностью ученія знаменитой стоической философіи. Со времени порабощенія Греціи, философія эта сдѣлала быстрые успѣхи въ римскомъ обществѣ. Она естественно должна была имѣть обаяніе для могущественнаго класса, который, по крайней мѣрѣ по теоріи, придерживался простыхъ привычекъ древняго итальянскаго племени и не хотѣлъ окружать себя нововведеніями чужеземной моды. Такія лица тотчасъ же ухватились за стоическія правила жизни, согласной съ природой,—увлеченіе тѣмъ болѣе достойное, и благородное, что оно составляло контрастъ съ безграничнымъ развратомъ, охватившимъ императорскій Римъ, вслѣдствіе ограбленія сокровищъ всего свѣта и заразительнаго примѣра болѣе изнѣженныхъ племенъ. Въ числѣ первыхъ учениковъ новой греческой школы, можемъ мы заранѣе сказать—если бы не знали этого изъ исторіи — были разумѣется римскіе юристы. Мы имѣемъ достаточно доказательствъ тому, что въ римской республикѣ было въ сущности двѣ главныхъ профессіи: военные, отождествля-

емые вообще съ партіей движенія, и юристы, вездѣ стоявшіе во главѣ консервативной партіи.

Связь юристовъ съ стоическими философами продолжалась въ теченіе многихъ столѣтій. Нѣкоторыя изъ прославленныхъ именъ въ ряду юристовъ ранняго времени связываются съ стоицизмомъ, и напослѣдокъ начинается золотой вѣкъ римской юриспруденціи, относимый по общему согласію къ эпохѣ Антониновъ Цезарей, самыхъ знаменитыхъ послѣдователей этой философіи, которымъ она служила руководствомъ въ жизни. Долговременное обращеніе этихъ доктринъ между членами особой профессіи должно было естественно отразиться на спеціальности, которой они занимались и на которую имѣли вліяніе. Многія положенія, находимыя нами въ отрывкахъ сочиненій римскихъ юрисконсультовъ, едва ли будутъ для насъ понятны, если мы не примемъ за ключъ къ ихъ разъясненію правилъ стоической философіи; но въ то же время мы встрѣчаемъ серіозную, хотя очень распространенную ошибку въ стремленіи измѣрять вліяніе стоицизма на Римское право количествомъ тѣхъ юридическихъ правилъ, которыя можно смѣло причислить къ стоическимъ догматамъ. Не разъ было замѣчено, что сила стоицизма заключалась не въ правилахъ общежитія, часто отталкивающихъ и нелѣпыхъ, но въ великомъ, хотя и неясно сознанномъ принципѣ, требовавшемъ противодѣйствія страстямъ. Вліяніе, какое оказывали на юриспруденцію греческія теоріи, выразившіяся наиболѣе яснымъ образомъ въ стоицизмѣ,—состояло не въ количествѣ отдѣльныхъ правилъ, которыя онѣ внесли въ Римское право, но въ единомъ основномъ предположеніи, которое онѣ ввели въ него. Когда Природа сдѣлалась ходячимъ словомъ въ устахъ римлянъ, между римскими юристами начало малу-по-малу всплывать убѣжденіе, что старое Jus Gentium было въ сущности забытымъ Естественнымъ Правомъ, и Преторъ, созидая юриспруденцію эдиктовъ по принципамъ Jus Gentium, постепенно возстановлялъ типъ, отъ котораго отклонилось право и подверглось порчѣ. Это вѣрованіе немедленно привело къ тому

заключенію, что обязанность Претора — замѣнить насколько возможно Гражданское право эдиктомъ, воскресить по возможности тѣ институты, посредствомъ которыхъ природа управляла человѣкомъ въ его первобытномъ состояніи. Само собою разумѣется, что было не мало препятствій къ улучшенію закона посредствомъ такого фактора. Пришлось бороться съ предразсудками въ средѣ самихъ юристовъ; къ тому же римскія традиціи держались слишкомъ крѣпко, чтобы уступить передъ чисто философской теоріей. Непрямые методы, посредствомъ которыхъ Эдиктъ старался побороть нѣкоторыя техническія аномаліи, показываютъ, какую осторожность принуждены были соблюдать его авторы, и дѣйствительно до самыхъ временъ Юстиніана часть древняго права упорно противостояла ихъ вліянію. Но въ цѣломъ, успѣхи римлянъ въ юриспруденціи были необыкновенно быстры, какъ только стимуломъ прогресса являлась теорія Естественнаго Права. Съ понятіемъ о Природѣ всегда связывалась мысль объ упрощеніи и обобщеніи; поэтому простота, симметрія и ясность стали считаться отличительными признаками хорошей юридической системы и склонность къ запутанному языку, многочисленнымъ обрядностямъ и безполезнымъ тонкостямъ окончательно исчезла. Нужна была сильная воля Юстиніана и необыкновенно счастливыя обстоятельства, при которыхъ онъ находился, чтобы придать Римскому праву его настоящую форму; но основной планъ системы былъ начерченъ задолго до того времени, какъ были произведены эти реформы.

Затѣмъ представляется вопросъ, какая была именно точка соприкосновенія между Jus Gentium и Естественнымъ Правомъ? По нашему мнѣнію они соприкасались и смѣшивались въ понятіи объ Aequitas или Справедливости въ ея первоначальномъ смыслѣ. И тутъ мы подходимъ къ моменту перваго появленія этого знаменитаго термина «Справедливость» въ области права. При изслѣдованіи выраженія, имѣвшаго такое далекое происхожденіе и такую длинную исторію, оказывается необходимымъ для большей вѣрности добраться, если

возможно, до простѣйшей метафоры или образа, который впервые обрисовалъ это понятіе. Обыкновенно Aequitas считали равнозначущимъ съ греческимъ *ἰσότης*, т. е. принципомъ равнаго или пропорціанальнаго распредѣленія. Равное дѣленіе чиселъ или физическихъ величинъ безъ сомнѣнія тѣсно связано съ нашимъ представленіемъ о справедливости; и едва ли есть другая подобная связь идей, которая бы такъ упорно держалась въ нашемъ умѣ, и отъ которой было бы такъ трудно отрѣшиться даже величайшимъ мыслителямъ. Однако, прослѣживая исторію этой связи идей, мы находимъ, что она, повидимому, не существовала для ранней мысли и скорѣе является произведеніемъ сравнительно позднѣйшей философіи. Замѣчательно также, что «равенство» передъ закономъ, которымъ такъ гордились греческія демократическія государства— равенство, которое, по словамъ прекрасной застольной пѣсни Каллистрата, Гармодій и Аристогитонъ дали Аѳинамъ—имѣетъ мало общаго съ «справедливостью» римлянъ. Первое было равенство въ примѣненіи закона исключительно для гражданъ, какъ бы ни было ограничено ихъ число; вторая заключала въ себѣ понятіе примѣненія закона къ массѣ людей, которая не должна была необходимо состоять только изъ гражданъ Первое исключало возможность деспотіи; вторая распространялась на чужеземцевъ и въ нѣкоторыхъ случаяхъ на рабовъ. Въ заключеніе считаю не лишнимъ разсмотрѣть происхожденіе римскаго слова: «Справедливость». Латинское слово «aequus» гораздо яснѣе чѣмъ греческое «*ἴσος*», заключаетъ въ себѣ понятіе объ уравненіи. Его уравнивающее направленіе, бывшее отличительнымъ признакомъ Jus Gentium, показалось бы въ высшей степени удивительнымъ для первобытнаго римлянина. Чистое Квиритское право признавало множество самопроизвольныхъ различій между классами людей и родами ихъ собственности, а Jus Gentium, получившее болѣе общій характеръ отъ сопоставленія различныхъ обычаевъ, не могло признать дѣленій Квиритскаго права. Древнее Римское право установило, напримѣръ, коренное различіе между родствомъ

«агнатовъ» и родствомъ «когнатовъ» т. е. между семьей, основанной на общемъ подчиненіи патріархальному авторитету и семьей, разсматриваемой сообразно новѣйшимъ идеямъ), какъ связанной самимъ фактомъ общаго происхожденія. Это различіе исчезаетъ «въ правѣ общемъ всѣмъ народамъ», какъ равно и разница между архаическими формами собственности, вещами «Mancipi» и вещами «nec Mancipi». Отвращеніе къ установленію разграниченій и привилегій кажется мнѣ чертою Jus Gentium, заключавшеюся въ Aequitas. По нашему предположенію, это слово означало первоначально постоянное *уравниваніе* или устраненіе неправильностей, которое имѣло мѣсто вездѣ, гдѣ преторская система примѣнялась къ процессамъ тяжущихся чужестранцевъ. Вѣроятно, этому выраженію не придавалось сначала никакого этическаго оттѣнка и нѣтъ основанія предполагать, чтобы процессъ, обозначаемый этимъ выраженіемъ, возбуждалъ къ себѣ что либо, кромѣ отвращенія въ умѣ первобытнаго римлянина.

Съ другой стороны черта Jus Gentium, заключавшаяся въ словѣ Aequitas и возбуждавшая опасенія римлянина, была первой и наиболѣе живо осуществленной характеристикой гипотетическаго состоянія природы. Съ природой связывалось представленіе о симметрическомъ порядкѣ сперва въ физическомъ мірѣ, а затѣмъ и въ нравственномъ, и первоначальное понятіе о порядкѣ, безъ сомнѣнія, заключало въ себѣ представленіе о прямыхъ линіяхъ, равныхъ плоскостяхъ и соразмѣрныхъ пространствахъ. Одна и та же картина или образъ должны безсознательно рисоваться въ умѣ нашемъ, пытаемся ли мы составить очеркъ предполагаемаго естественнаго порядка, или окинуть взглядомъ дѣйствительное примѣненіе «права общаго всѣмъ народамъ»; и все, что намъ извѣстно о первобытной мысли, приводитъ насъ къ заключенію, что это идеальное подобіе должно значительно было поддерживать вѣрованіе въ тождество этихъ двухъ понятій. Но затѣмъ, когда Jus Gentium мало или вовсе уже не пользовалось прежнимъ довѣріемъ въ Римѣ, появилась теорія Естественнаго Права, окруженная

всѣмъ обаяніемъ философскаго авторитета и прелестью воспоминанія о старомъ и болѣе счастливомъ состояніи народа. Легко понять, какое вліяніе оказала разница въ точкѣ зрѣнія на значеніе термина, который въ одно и то же время обозначалъ дѣйствіе старыхъ принциповъ и результаты новой теоріи. Даже для новѣйшаго уха вовсе не одно и тоже назвать этотъ процессъ «уравниваніемъ», или назвать его «исправленіемъ аномалій», хотя метафора будетъ совершенно одна и та же. Нѣтъ сомнѣнія, что какъ только слово Aequitas начали понимать въ смыслѣ намека на греческую теорію, вокругъ него начали собираться группы идей, истекавшихъ изъ греческаго понятія *ἰσοτης*. Слова Цицерона дѣлаютъ это болѣе, чѣмъ вѣроятнымъ; и это была первая ступень въ измѣненіи понятія Справедливости, измѣненіи, которому болѣе или менѣе способствовала каждая изъ появившихся съ тѣхъ поръ этическихъ системъ.

Необходимо сказать здѣсь нѣсколько словъ о томъ формальномъ воздѣйствіи, посредствомъ котораго принципы и разграниченія, связываемыя сначала съ Правомъ Народовъ и затѣмъ съ Естественнымъ Правомъ, вошли постепенно въ Римское право. Во время кризиса, случившагося въ періодѣ ранней римской исторіи и обозначившагося изгнаніемъ Тарквиніевъ, произошла перемѣна, которой подобную мы встрѣчаемъ въ раннихъ лѣтописяхъ многихъ древнихъ государствъ, но которая имѣетъ мало общаго съ политическими переворотами, называемыми у насъ революціями. Для поясненія нашей мысли мы должны сказать, что власть, принадлежавшая монарху, поручается временному вѣдѣнію другихъ лицъ. Власть, сосредоточенная до этого въ однихъ рукахъ, распредѣляется между извѣстнымъ числомъ выборныхъ должностныхъ лицъ, царскій же санъ удерживается и возлагается на лицо извѣстное впослѣдствіи какъ Rex Sacrorum или Rex Sacrificulus. Въ числѣ другихъ перемѣнъ, обязанности, связанныя съ высшею судебною должностью, переходятъ къ претору, бывшему въ то время первымъ сановникомъ государства и вмѣстѣ съ этими обязан

ностями ему было передано полное первенство въ дѣлѣ законодательства, которое всегда принадлежало древнимъ монархамъ и очевидно находилось въ связи съ патріархальною властью, которою они пользовались въ героическія времена. Тогдашнія условія Рима придали важное значеніе наименѣе выясненной части передаваемыхъ такимъ образомъ функцій, такъ какъ съ установленіемъ республики начался рядъ повторявшихся судебныхъ процессовъ, которые поставили государство въ затруднительное положеніе имѣть дѣло со множествомъ лицъ, хотя и не принадлежавшихъ, по условнымъ понятіямъ, къ туземнымъ римлянамъ, но несмотря на то постоянно подлежавшихъ римской юрисдикціи. Споры такихъ лицъ между собою съ прирожденными гражданами перешли бы за предѣлы того запаса средствъ къ ихъ разрѣшенію, которымъ обладало Римское право, если бы Преторъ не взялъ на себя этой обязанности; онъ въ скоромъ времени долженъ былъ обратить свое вниманіе на болѣе сложные споры, возникавшіе съ расширеніемъ торговли, между римскими поданными и чужестранцами. Назначеніе особаго спеціально занимавшагося этимъ Претора, впослѣдствіи извѣстнаго подъ именемъ Praetor Peregrinus, указываетъ на значительное умноженіе такихъ случаевъ въ римскихъ судахъ около періода первой пунической войны. Между тѣмъ, одна изъ мѣръ, принятыхъ римскимъ народомъ противъ возстановленія деспотизма, состояла въ принужденіи каждаго магистрата, обязанности котораго заключали въ себѣ стремленіе расширить свою сферу, публиковать въ началѣ своего служебнаго года Эдиктъ или прокламацію съ указаніемъ того направленія, котораго онъ былъ намѣренъ держаться при отправленіи своей обязанности. Преторъ подлежалъ этому правилу наравнѣ съ другими магистрами; но такъ какъ, разумѣется, невозможно было ежегодно создавать новую систему принциповъ, то онъ регулярно повторялъ эдиктъ своего предшественника съ тѣми добавленіями и измѣненіями, какія онъ считалъ нужнымъ ввести, смотря по требованію минуты и по его собственнымъ воззрѣніямъ на

право. Такимъ образомъ преторская прокламація, ежегодно увеличиваемая новою частью, получила названіе Edictum Perpetuum, т. е. *длящагося* или *безпрерывнаго* эдикта. Непомѣрная длина его, въ связи съ неудобствомъ отъ неизбѣжно безпорядочнаго изложенія, побудила положить конецъ обычаю увеличивать эдиктъ, что и было сдѣлано въ годъ преторства Сальвія Юліанія, занимавшаго мѣсто магистрата въ царствованіе императора Адріана. Такимъ образомъ, эдиктъ этого претора обнялъ все тѣло юриспруденціи Справедливости и вѣроятно былъ расположенъ въ новомъ и симметрическомъ порядкѣ, вслѣдствіи чего безпрерывный эдиктъ часто приводится въ Римскомъ правѣ подъ названіемъ Эдикта Юліанія.

Первый вопросъ, какой можетъ представиться англичанину, который бы вздумалъ изслѣдовать своеобразный способъ составленія Эдикта будетъ тотъ, каковы были ограниченія, посредствомъ которыхъ сдерживались въ извѣстныхъ предѣлахъ обширныя права Претора? Какъ могъ такъ мало опредѣленный въ своихъ правахъ авторитетъ согласоваться съ установившимся состояніемъ общества и права? Отвѣтъ можетъ быть полученъ только посредствомъ тщательнаго наблюденія условій, при которыхъ примѣнялось наше собственное Англійское право. Не слѣдуетъ забывать, что Преторъ былъ самъ юрисконсультомъ или лицомъ, находившимся совершенно въ рукахъ совѣтниковъ, которые были также юрисконсультами, и весьма вѣроятно, что каждый римскій юристъ нетерпѣливо выжидалъ время, когда онъ будетъ отправлять или руководить отправленіемъ высшей судебной магистратуры. Совсѣмъ тѣмъ, его вкусы, чувства, предразсудки и степень просвѣщенія неизбѣжно соотвѣтствовали духовному состоянію корпораціи, къ которой онъ принадлежалъ, и познанія, съ которыми онъ напослѣдокъ являлся на должность, были тѣ, которыя онъ пріобрѣлъ въ практическихъ и теоритическихъ занятіяхъ своей профессіей. Англійскій Канцлеръ проходитъ черезъ такую же школу и приноситъ на президентскій стулъ тѣ же самыя свойства. Несомнѣнно, что, занявъ должность, онъ до извѣст-

ной степени измѣнитъ законъ, прежде чѣмъ оставитъ ее; но пока онъ не сойдетъ съ своего мѣста и не законченъ будетъ рядъ рѣшеній, заносимыхъ въ судебные отчеты, мы не можемъ узнать, какъ далеко простирались его толкованія или добавленія, сдѣланныя имъ къ принципамъ, завѣщаннымъ его предшественниками. Вліяніе Претора на римскую юриспруденцію разнится только по отношенію къ періоду, къ которому его относятъ главнѣйшимъ образомъ. Какъ было сказано выше, онъ былъ на должности одинъ годъ и рѣшенія, постановленныя имъ въ продолженіе этого года, хотя и окончательныя по отношенію къ тяжущимся сторонамъ, не имѣли однако дальнѣйшаго значенія. Моментъ вступленія въ должность былъ слѣдовательно наиболѣе подходящимъ временемъ для заявленія о тѣхъ перемѣнахъ, которыя онъ былъ намѣренъ произвести; такимъ образомъ при началѣ своихъ обязанностей онъ дѣлалъ открыто и откровенно то, что англійскій представитель совершаетъ незамѣтно и подчасъ безсознательно, при оставленіи своей должности. Границы, поставляемыя его видимой свободѣ, были тѣ же самыя, что и для англійскаго судьи. Въ теоріи представляется, что едва ли существовали какіе-либо предѣлы для власти каждаго изъ нихъ, но на практикѣ римскій преторъ, ничуть не менѣе англійскаго канцлера, былъ связанъ тѣснѣйшими узами традицій, привитыхъ ему въ періодъ ранняго воспитанія, и ограниченіями, налагаемыми на него взглядами людей его профессіи, ограниченіями, которыхъ строгость можетъ быть оцѣнена только лицами испытавшими ее на себѣ. Можно было бы прибавить, что границы дозволенной дѣятельности, за которыя имъ не было перехода были начерчены съ одинаковою опредѣленностью, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ. Въ Англіи судья придерживается соотвѣтствія съ практикой рѣшеній по отдѣльнымъ группамъ случаевъ. Въ Римѣ, гдѣ вмѣшательство претора было вызвано простой заботой о безопасности государства, свобода его въ раннія времена вѣроятно соразмѣрялась съ трудностью задачи, которую онъ пытался

разрѣшить. Затѣмъ, когда Отвѣты распространили стремленіе къ проведенію общихъ принциповъ, преторъ употребилъ эдиктъ, какъ средство придать болѣе широкое примѣненіе тѣмъ основнымъ началамъ, которыя онъ и другіе современные ему юристы-практики считали лежавшими въ основаніи закона. Впослѣдствіи онъ дѣйствовалъ вполнѣ подъ вліяніемъ греческихъ философскихъ теорій, которыя въ одно и тоже время увлекали его идти впередъ въ упомянутомъ направленіи и начертали ему опредѣленный путь прогресса.

Много спорили о сущности мѣръ, приписываемыхъ Сальвію Юліанію. Но каковы бы они ни были, ихъ вліяніе на эдиктъ достаточно очевидно. Эдиктъ пересталъ расширяться ежегодными прибавками и съ этой поры, основанная на Справедливости римская юриспруденція развивалась трудами цѣлаго ряда великихъ юрисконсультовъ, наполнившихъ своими сочиненіями промежутокъ времени между царствованіемъ Адріана и царствованіемъ Александра Севера. Отрывокъ замѣчательной системы, построенной ими, уцѣлѣлъ въ Пандектахъ Юстиніана и служитъ достаточнымъ доказательствомъ того, что ихъ сочиненія имѣли форму трактатовъ по всѣмъ частямъ Римскаго права и преимущественно форму комментарій на Эдиктъ. И на самомъ дѣлѣ, какова бы ни была непосредственная задача юрисконсульта этой эпохи, онъ всегда можетъ быть названъ истолкователемъ принциповъ Справедливости. Начала, проведенныя въ Эдиктѣ, еще до момента его остановки, вошли во всѣ части римской юриспруденціи. Слѣдуетъ замѣтить, что въ Римѣ какъ начала Справедливости, такъ и Гражданскаго права, даже во время наибольшаго ихъ отдѣленія другъ отъ друга, всегда примѣнялись въ однихъ и тѣхъ же трибуналахъ. Преторъ былъ высшій судья, основывавшій свои рѣшенія на Справедливости, и въ то же время высшимъ магистратомъ, прилагавшимъ Обычное право, и лишь только Эдиктъ развивалъ какое-либо положеніе на основаніи принциповъ Справедливости, Преторскій судъ примѣнялъ его на мѣсто или рядомъ съ старымъ правиломъ Гражданскаго права, которое такимъ образомъ отмѣнялось прямо

или косвенно, помимо какого либо спеціальнаго акта легистратуры. Такое положеніе вещей было разумѣется еще очень далеко до полнаго сліянія закона и Справедливости, которое было достигнуто не раньше какъ въ реформахъ Юстиніана. Коренное раздѣленіе этихъ двухъ элементовъ юриспруденціи влекло за собою извѣстную степень запутанности и различныя неудобства, къ чему примѣшались нѣкоторыя упорныя доктрины Гражданскаго права, которыхъ не рѣшились коснуться ни авторы, ни толкователи Эдикта. А между тѣмъ, едва ли оставался уголокъ въ области юриспруденціи, на которомъ бы не отразилось болѣе или менѣе вліяніе Справедливости. Юристъ заимствовалъ изъ нея весь свой матеріалъ для обобщенія, всѣ свои методы толкованія, свои изъясненія основныхъ принциповъ и всю огромную массу ограничивающихъ правилъ, которыхъ рѣдко касается законодатель, но которыя серьёзно вліяютъ на примѣненіе всякаго законоположенія.

Періодъ великихъ юристовъ кончается съ царствованіемъ Александра Севера. Отъ Адріана до этаго императора усовершенствованіе закона производилось, какъ въ настоящее время въ большинствѣ континентальныхъ странъ, отчасти путемъ комментарій, признанныхъ законодательной властью, отчасти посредствомъ прямаго изданія законовъ. Но въ царствованіе Александра Севера сила дальнѣйшаго развитія принциповъ Справедливости ослабѣваетъ и послѣдовательный рядъ юрисконсультовъ приходитъ къ концу. Остальная исторія Римскаго права есть исторія императорскихъ установленій, и, наконецъ, попытокъ кодифицировать то, что къ этому времени сдѣлалось уже неподвижнымъ тѣломъ римской юриспруденціи. Послѣднею и наиболѣе знаменитою попыткою этого рода былъ Corpus Juris Юстиніана.

Было бы утомительно входить въ подробный разборъ признаковъ сходства или различія англійской и римской Справедливости, но въ то же время не мѣшаетъ упомянуть о двухъ чертахъ, которыя были общи имъ обоимъ. Одна изъ этихъ сходныхъ чертъ можетъ быть опредѣлена слѣдующимъ обра-

зомъ: какъ англійская такъ и римская Справедливость, подобно всѣмъ системамъ такого рода, клонится къ совершенно такому же состоянію, въ какомъ находилось древнее Обычное право, когда Справедливость впервые коснулась его. Всегда приходитъ время, когда первоначально принятыя нравственныя правила выполняются во всѣхъ ихъ признанныхъ выводахъ, и тогда построенная на нихъ система становится на столько же строгой и неподатливой, сколько и способной отстать отъ нравственнаго прогресса, ничуть не менѣе самаго строгаго кодекса законовъ. Такая эпоха была достигнута въ Римѣ въ царствованіе Александра Севера, послѣ чего дальнѣйшее развитіе римской Справедливости прекратилось, хотя римскій міръ и подвергся нравственному перевороту. Та же ступень въ исторіи законодательства была достигнута въ Англіи въ канцлерство Лорда Эльдона, который первый изъ всѣхъ англійскихъ судей, основывавшихъ свои рѣшенія на Справедливости, посвятилъ всю свою жизнь на ея объясненіе и приведеніе въ гармонію вмѣсто того, чтобы расширять юриспруденцію своего суда посредствомъ непрямаго законодательства. Если бы философія исторіи права лучше понималась въ Англіи, то заслуги Лорда Эльдона были бы менѣе преувеличиваемы съ одной стороны и болѣе цѣнимы съ другой, чѣмъ это обыкновенно дѣлается современными юристами. Тогда быть можетъ были бы устранены и другія недоразумѣнія, которыя принесли свои плоды на практикѣ. Для англійскихъ юристовъ ясно, что англійская Справедливость представляетъ собою систему, основанную на нравственныхъ правилахъ; но они забываютъ, что эти правила—Нравственность прошлыхъ вѣковъ, а не настоящаго, что они уже примѣнены на столько, на сколько были къ тому годны и что, хотя они мало чѣмъ отличаются отъ этическаго идеала нашихъ дней, но во всякомъ случаѣ не стоятъ на одномъ уровнѣ съ нимъ. Неудовлетворительныя теоріи объ этомъ предметѣ, получившія общее распространеніе, породили ошибки самаго разнообразнаго свойства. Многіе изъ писавшихъ трактаты о Справедливости, пораженные пол-

нотою системы въ ея настоящемъ состояніи, принимаютъ по убѣжденію или на вѣру то парадоксальное мнѣніе, будто творцы канцлерской юриспруденціи, при установленіи ея основныхъ принциповъ, имѣли въ виду ту неподвижную форму, въ какой она является въ настоящее время. Другіе напротивъ жалуются, — и это часто приводится въ судебныхъ доказательствахъ — что, нравственныя правила, навязанныя канцлерскимъ судомъ, не соотвѣтствуютъ нравственному идеалу настоящихъ дней. Они хотѣли бы, чтобы каждый лордъ канцлеръ руководствовался въ своемъ воздѣйствіи на положительный законъ примѣромъ, бывшимъ у него подъ руками, исполнялъ бы, слѣдовательно, ту же роль, какую исполняли отцы англійской Справедливости, относительно стараго Обычнаго права. Но это значило бы ниспровергнуть порядокъ тѣхъ факторовъ, посредствомъ которыхъ производится усовершенствованіе закона. Справедливость имѣла свое мѣсто и время, но я уже указалъ, что другой факторъ долженъ занять это мѣсто по мѣрѣ того, какъ истощается запасъ ея средствъ.

Другая сторона общая какъ англійской, такъ и римской Справедливости заключается въ ошибочности тѣхъ предположеній, на которыхъ основывается защита притязаній на преимущество Справедливости передъ правилами положительнаго закона. Ничто не бываетъ такъ непріятно людямъ, и отдѣльнымъ личностямъ и цѣлымъ массамъ, какъ признаніе самостоятельнаго и существеннаго прогресса въ ихъ нравственномъ идеалѣ. Нежеланіе принять такой взглядъ выражается въ отдѣльныхъ личностяхъ въ томъ преувеличенномъ уваженіи, какое всегда отдается сомнительной добродѣтели постоянства. Движеніе впередъ коллективныхъ взглядовъ цѣлаго общества слишкомъ осязательно, чтобы отвергать его, и слишкомъ очевидно идетъ къ лучшему, чтобы не признавать этого; но и тутъ замѣтно крайнее нежеланіе принимать это движеніе за самостоятельное явленіе, и оно вообще объясняется, какъ отыскиваніе утраченнаго совершенства, или какъ постепенное возвращеніе къ состоянію, изъ котораго вышли люди. Это стрем-

леніе искать назади, а не впереди себя, конечной цѣли нравственнаго прогресса издавна оказывало, какъ мы видѣли, серьезное и постоянное вліяніе на римскую юриспруденцію. Римскіе юристы, желая дать теоретическое объясненіе тѣмъ улучшеніямъ, которыя были введены въ юриспруденцію Преторами, заимствовали изъ Греціи доктрину Естественнаго состоянія человѣка и Естественнаго общества—состоянія предшествовавшаго организаціи общинъ, управляемыхъ положительными законами. Съ другой стороны въ Англіи существовалъ взглядъ, сродный англичанамъ даже до настоящаго дня, объяснявшій притязаніе Справедливости на замѣщеніе собою Обычнаго права признаніемъ за королемъ общаго права руководить отправленіемъ правосудія, какъ естественнаго результата его отеческой власти. Тотъ же самый взглядъ въ другой болѣе странной формѣ представляетъ намъ старая доктрина, выводившая Справедливость изъ совѣсти короля и приписывавшая такимъ образомъ возвышенію нравственнаго чувства въ монархѣ то усовершенствованіе, которое фактически произошло въ нравственномъ идеалѣ общества. Ростъ англійской конституціи сдѣлалъ вскорѣ подобную теорію неумѣстною, но ввиду твердо установившейся въ то время канцлерской юрисдикціи, не предстояло необходимости создавать для нея формальной замѣны. Теоріи, излагаемыя въ новѣйшихъ руководствахъ о Справедливости очень разнообразны, но всѣ онѣ одинаково несостоятельны. Многія изъ нихъ являются видоизмѣненіями римской доктрины Естественнаго Права, которая конечно принимается только условно тѣми писателями которые, приступая къ разбору юрисдикціи Канцлерскаго Суда, проводятъ различіе между естественнымъ правосудіемъ и правосудіемъ по Гражданскому закону.

ГЛАВА IV.

Новѣйшая исторія Естественнаго Права.

Изъ вышесказаннаго можно вывести заключеніе, что теорія, преобразовавшая римскую юриспруденцію, не можетъ имѣть притязанія на философскую точность. Она представляетъ фактически образецъ того «сбивчиваго образа мыслей», который признается характеристическимъ свойствомъ большинства въ періодъ дѣтства мышленія, за исключеніемъ самыхъ выдающихся умовъ, и который нерѣдко замѣчается даже въ умственныхъ трудахъ нашего времени. Естественное Право сливало настоящее съ прошедшимъ. Логически оно означало естественное состояніе, которое нѣкогда регулировалось естественнымъ закономъ; однако юрисконсульты не говорятъ прямо или съ увѣренностью о существованіи такого состоянія, которое вообще рѣдко упоминается древними, исключая развѣ тѣхъ случаевъ, когда оно находитъ себѣ поэтическое выраженіе въ фантастическомъ золотомъ вѣкѣ. Естественное Право для всѣхъ практическихъ цѣлей представляло собою нѣчто принадлежащее настоящему, нѣчто связанное съ существующими установленіями, нѣчто такое, что могло быть отличено отъ нихъ только компетентнымъ наблюдателемъ.

Признакъ, отдѣлявшій предписанія природы отъ грубыхъ ингредіентовъ, съ которыми ихъ смѣшивали, заключался въ понятіи простоты и гармоніи; однако эти болѣе утонченные

элементы уважались первоначально не за ихъ простоту и гармонію, а ради ихъ происхожденія отъ первобытнаго царства природы. Это смѣшеніе понятій не было вполнѣ выяснено позднѣйшими учениками юрисконсультовъ и на самомъ дѣлѣ новѣйшія теоріи Естественнаго Права выказываютъ гораздо большую неясность представленій и затемняются гораздо болѣе неисправимою двусмысленностью языка, чѣмъ то было въ дѣйствительности у римскихъ юристовъ. Нѣкоторые изъ писавшихъ по этому предмету пытались обойти главную трудность, оспаривая что, законъ Природы представлялся имѣющимъ будущность, т. е. что къ нему, какъ къ конечной цѣли, клонились всѣ гражданскія узаконенія, но это значитъ опровергать тѣ предположенія, на которыхъ основывается старая теорія или пожалуй даже смѣшивать вмѣстѣ двѣ несостоятельныя теоріи. Стремленіе искать не въ прошедшемъ, а въ будущемъ идеаловъ совершенства было внесено въ міръ христіанствомъ. Древняя литература мало или вовсе не представляетъ слѣдовъ вѣрованія, что прогрессъ общества необходимо идетъ отъ худшаго къ лучшему.

Однако значеніе этой теоріи для человѣчества было гораздо большее, чѣмъ можно было ожидать по недостаткамъ ея философскихъ основаній. Дѣйствительно не легко сказать, какой бы оборотъ приняла исторія мысли, а слѣдовательно и человѣческаго рода, если бы вѣра въ естественный законъ не сдѣлалась всеобщей въ древнемъ мірѣ.

Существуютъ двоякаго рода опасности, которымъ были повидимому подвержены въ періодъ своего дѣтства право и общество, имъ скрѣпленное. Одна опасность состоитъ въ томъ, чтобы законъ не развивался слишкомъ быстро. Это случилось съ кодексами наиболѣе прогрессивныхъ греческихъ государствъ которыя освободились съ замѣчательною легкостью отъ тягостныхъ формъ процедуры и ненужныхъ терминовъ профессіи и рано перестали придавать какое-либо таинственное значеніе строгимъ правиламъ или предписаніямъ. Сдѣланное ими не повело къ безусловной пользѣ человѣчества, хотя не-

посредственная польза отъ этого для самихъ гражданъ была очень значительна. Одно изъ рѣдкихъ свойствъ народнаго характера заключается въ способности примѣнять и разработывать законъ, хотя бы цѣною постоянныхъ отступленій отъ абстрактнаго правосудія, но въ то же время не теряя надежды или стремленія согласить законъ съ высшимъ идеаломъ. Греческій умъ при всей своей подвижности и эластичности, былъ не въ состояніи заключиться въ узкой оболочкѣ формулы закона, и если мы будемъ судить о грекахъ по народнымъ аѳинскимъ судамъ, о дѣйствіи которыхъ у насъ остались точныя свѣдѣнія, то увидимъ, что греческіе трибуналы выказывали сильнѣйшее стремленіе къ низведенію значенія закона до одного уровня съ фактическими данными. Остатки рѣчей ораторовъ и выдержки изъ судебныхъ выраженій, приводимыя Аристотелемъ въ его «Трактатѣ о Риторикѣ», показываютъ, что вопросы чистаго права постоянно подлежали оспариванію по каждому поводу, который могъ оказать вліяніе на мнѣніе судей. При такомъ порядкѣ не могла быть выработана никакая прочная система юриспруденціи. Такое общество,—которое не задумываясь, измѣняетъ правила писаннаго закона, когда они мѣшаютъ идеально совершенному, на обстоятельствахъ факта основанному, разрѣшенію отдѣльныхъ судебныхъ случаевъ,—если и завѣщаетъ потомству какое-нибудь собраніе судебныхъ правилъ, то завѣщаетъ ему только сущность идей о правдѣ и неправдѣ, которые были господствующими въ то время. Въ такой юриспруденціи нечего искать готовыхъ рамокъ, къ которымъ могли бы быть прилажены болѣе развитыя идеи послѣдующихъ вѣковъ. Она является подобіемъ философіи, носящей на себѣ отпечатокъ всѣхъ недостатковъ той цивилизаціи, при которой совершилось ея развитіе.

Только немногимъ обществамъ грозила эта особаго рода опасность преждевременной зрѣлости юриспруденціи и несвоевременнаго освобожденія ея отъ ненужныхъ ингредіентовъ. Весьма сомнительно, угрожала ли когда нибудь Римлянамъ

этого рода опасность, но во всякомъ случаѣ они имѣли противъ нея достаточную гарантію въ своей теоріи Естественнаго Права. Римляне ясно представляли себѣ Естественное Право юрисконсультовъ какъ систему, которая должна была постепенно поглотить гражданскіе законы, не вытѣсняя ихъ, пока они оставались неотмѣненными. Внѣ Рима съ нимъ не связывалось такого понятія о его святости, чтобы ссылка на него оказывала всесильное вліяніе на мнѣніе судьи, которому было поручено веденіе отдѣльнаго судебнаго дѣла. Важность и польза такой теоріи истекала изъ того, что она никогда не упускала изъ виду идеала совершеннаго закона и не переставала внушать надежду возможно близкаго приближенія къ нему, и въ то же время никогда не вводила въ соблазнъ юриста-практика или гражданина отрицать обязательную силу существующихъ законовъ, пока еще неприведенныхъ въ соглашеніе съ этой теоріей. Необходимо также замѣтить, что эта образцовая система не была вполнѣ продуктомъ воображенія, подобно многимъ изъ тѣхъ, которыя обманули собою людскія надежды въ новѣйшее время. Систему эту никогда не считали основанною на совершенно неиспытанныхъ принципахъ. Объ ней составилось понятіе, что она служитъ опорою для существующаго права и въ немъ слѣдуетъ искать ее. Однимъ словомъ ея функціи заключались въ томъ, чтобы служить пособіемъ; но онѣ не были ни революціонными ни анархическими. И это къ несчастью составляетъ именно тотъ пунктъ, гдѣ новѣйшій взглядъ на Естественное Право часто расходится съ древнимъ.

Другое обстоятельство, которое обыкновенно связывается съ дѣтскимъ періодомъ общества, задержало или остановило прогрессъ еще гораздо большей части человѣческаго рода. Строгость первобытнаго закона, истекавшая главнымъ образомъ отъ его сліянія или отождествленія съ религіей, приковала массу людей къ тѣмъ взглядамъ на жизнь и нравственность, которые сложились у нихъ въ то время, когда обычаи были впервые сведены въ систематическую форму. Два-три

племени чудеснымъ образомъ избѣгли такого зла, и это оказало свое благотворное вліяніе на нѣкоторыя изъ новѣйшихъ обществъ; но въ большой части свѣта совершенство закона разсматривалось, какъ состоящее въ связи съ основнымъ планомъ, будто бы начертаннымъ первоначальнымъ законодателемъ. Если въ этихъ случаяхъ умъ человѣческій и упражнялся въ юриспруденціи, то ему неизмѣнно приходилось ограничиваться утонченнымъ видоизмѣненіемъ тѣхъ заключеній, которыя онъ могъ строить на старомъ текстѣ, безъ замѣтнаго отступленія отъ его буквальнаго значенія. Я не вижу причины, почему Римское право могло бы считаться выше индійскихъ законовъ, если бы теорія Естественнаго Права не придала ему оттѣнокъ превосходства отличный отъ всѣхъ прочихъ. Въ одномъ только этомъ исключительномъ случаѣ общество постоянно имѣло въ виду простоту и симметрію—характеристическіе признаки идеальнаго и абсолютно совершеннаго закона, вліянію которыхъ на человѣчество суждено было оказаться громаднымъ, хотя и вслѣдствіе другихъ причинъ. Нельзя достаточнымъ образомъ оцѣнить, насколько важно для цѣлаго общества или для людей профессіи имѣть передъ собою ясно сознанную цѣль въ стремленіи къ усовершенствованію. Тайна громаднаго вліянія Бентама въ Англіи въ продолженіе прошлыхъ тридцати лѣтъ объясняется тѣмъ, что ему удалось поставить такую цѣль странѣ. Онъ далъ англичанамъ ясныя правила реформы. Англійскіе юристы прошлаго столѣтія были по всѣмъ вѣроятіямъ настолько проницательны, что не могли быть ослѣплены общепринятымъ пародоксомъ, по которому Англійское право представляетъ собою послѣднее слово человѣческой мысли, но они поступали такимъ образомъ, какъ будто вѣрили этому, потому что не было никакого другого принципа, который бы они могли принять за основаніе. Бентамъ принесъ ту пользу, что поставилъ благо общества выше всякой другой цѣли и такимъ образомъ дало исходъ потоку, который былъ давно готовъ прорваться.

Это будетъ не совсѣмъ фантастическимъ сравненіемъ, если

мы назовемъ вышеизложенныя положенія древнимъ подобіемъ Бентамизма. Римская теорія направляла усилія людей въ ту же сторону какъ и теорія формулированная англичанами; ея практическіе результаты мало чѣмъ отличаются отъ тѣхъ, которые были достигнуты школой преобразователей права, неуклонно имѣвшихъ въ виду благо общества. Однако было бы ошибкой считать это сознательнымъ предупрежденіемъ принциповъ Бентама. И въ популярной, и въ юридической литературѣ римлянъ на счастье человѣчества указывается иногда, какъ на настоящую цѣль той части законодательства, которую мы можемъ назвать дополнительною, въ смыслѣ восполненія пробѣловъ и дополненія существующаго законодательства; но нельзя не удивляться тому, какъ малочисленны и слабы провозглашенія этаго принципа по сравненію съ данью, которую мы постоянно отдаемъ всеоблемлющимъ притязаніямъ Естественнаго Права. Римскіе юрисконсульты всецѣло отдались не чему-либо похожему на филантропію, а своему чувству простоты и гармоніи, тому, что они называли «изяществомъ». Совпаденіе ихъ трудовъ съ внушеніями болѣе точной философіи отчасти можетъ считаться благополучіемъ для человѣчества. Обращаясь къ новѣйшей исторіи естественнаго права, мы скорѣе находимъ возможность убѣдиться въ громадности его вліянія, чѣмъ сказать съ увѣренностью было ли это вліяніе направлено ко благу или ко вреду человѣчества. Въ настоящее время идутъ горячіе споры о томъ, какія доктрины и институты, могутъ быть ему приписываемы; это особенно видно тамъ, гдѣ теорія Естественнаго Права считается въ области права, политики и соціологіи источникомъ всѣхъ высшихъ идей, факторомъ распространенія которыхъ въ западной Европѣ служила Франція въ послѣднія сто лѣтъ. Роль юристовъ во французской исторіи и сфера правовыхъ понятій въ области французской мысли были всегда замѣчательно обширны. Однако юридическая наука новѣйшей Европы обязана своимъ происхожденіемъ не Франціи, а Италіи и школамъ, основаннымъ эмиссарами итальянскихъ университетовъ

во всѣхъ частяхъ континента; попытка завести такія школы была сдѣлана и въ Англіи, (но напрасно); школы же учрежденныя во Франціи оказали громадное вліяніе на судьбы страны. Французскіе легисты тотчасъ же заключили тѣсный союзъ съ королями династіи Капетовъ и Валуа, и французская монархія обязана своимъ сплоченіемъ изъ разрозненныхъ провинцій и вассальныхъ владѣній настолько же утвержденію королевской прерогативы легистами и ихъ толкованію правилъ феодальнаго наслѣдованія, какъ и силѣ меча. Громадное преимущество, какое доставило французскимъ королямъ ихъ согласіе съ юристами въ дѣлѣ борьбы съ крупными феодалами, аристократіей и церковью, можетъ быть только тогда оцѣнено, когда мы примемъ во вниманіе идеи, которыя были господствующими въ Европѣ въ глубинѣ среднихъ вѣковъ. Тогда на первомъ планѣ стояло горячее увлеченіе обобщеніями и странное почитаніе общихъ положеній, а слѣдовательно и невольное поклоненіе всякой общей формулѣ въ области права, которая, повидимому, обнимала или резюмировала извѣстное число отдѣльныхъ правилъ, примѣнявшихся, какъ обычаи, въ различныхъ мѣстностяхъ. Такого рода общія формулы разумѣется не трудно было подобрать въ какомъ угодно количествѣ всякому практику знакомому съ Corpus Juris или Глоссами. Однако тутъ была еще другая причина, которая несравненно болѣе усиливала могущество юриста. Въ періодъ, о которомъ идетъ рѣчь, замѣчается всеобщая неясность представленій относительно степени и силы авторитета, заключавшагося въ писанномъ текстѣ закона. По большей части рѣшительное заявленіе, Ita scriptum est, повидимому казалось достаточнымъ, чтобы заставить умолкнуть всѣ возраженія. Если бы кто-либо въ наши дни вздумалъ тщательно изслѣдовать формулу, которая была приведена, то сталъ бы добираться до ея источника, и даже пожалуй (въ случаѣ надобности) отрицать, что тотъ кодексъ, изъ котораго она взята можетъ имѣть такую силу авторитета, которая въ состояніи замѣнить мѣстные обычаи, между тѣмъ, какъ юристъ стараго времени вѣроятно ограничился

бы только вопросомъ о примѣнимости правила или въ крайнемъ случаѣ цитировалъ бы какое-нибудь противоположное мѣсто изъ Пандектовъ или Церковнаго Права. Необходимо помнить неясность представленій, господствовавшую въ этой наиболѣе важной сторонѣ юридическихъ споровъ, не только потому, что она помогаетъ объяснить ту тяжесть, которую положили легисты въ чашу вѣсовъ на сторону монархіи, но и по причинѣ того свѣта, который она бросаетъ на различныя любопытнѣйшія проблемы исторіи. Мотивы автора Ложныхъ Декреталій и ихъ необыкновенный успѣхъ дѣлаются черезъ то еще непонятнѣе. Но если мы возьмемъ явленія, представлявшія меньшій интересъ, то вышеупомянутое обстоятельство поможетъ намъ хотя отчасти понять заимствованія Брактона. То, что англійскому писателю временъ Генриха III удалось выдать своимъ соотечественникамъ за сокращеніе чисто англійскаго закона, трактатъ, гдѣ вся форма и треть содержанія были цѣликомъ заимствованы изъ Corpus Juris и то, что онъ рѣшился на такой опытъ въ странѣ, гдѣ изученіе Римскаго права было формально изгнано, всегда останется въ числѣ самыхъ неразрѣшимыхъ загадокъ въ исторіи юриспруденціи. Однако, наше удивленіе поуменьшится, если мы поймемъ состояніе общественнаго мнѣнія въ этотъ періодъ касательно обязательной силы писанныхъ текстовъ, независимо отъ всякихъ обсужденій источника, отъ котораго они произошли.

Въ то время, какъ французскіе короли довели до успѣшнаго конца долгую борьбу за преобладаніе, моментъ, который можетъ быть приблизительно опредѣленъ восшествіемъ на престолъ вѣтви Valois-Angoulême, положеніе французскихъ юристовъ было совершенно своеобразное и оставалось такимъ до самого начала революціи. Съ другой стороны они составляли наиболѣе образованный и чуть ли не самый могущественный классъ націи. Они поставили себя на хорошую ногу, какъ привилигированное сословіе, стоящее рядомъ съ феодальной аристократіей и укрѣпили свое значеніе стройной организаціей, посредствомъ которой они

распространили вліяніе своей профессіи надъ Франціей въ видѣ сильныхъ привилегированныхъ корпорацій, облеченныхъ широкими, строго опредѣленными правами и заявлявшихъ широкія и еще болѣе неопредѣленныя притязанія. Въ качествѣ ли адвокатовъ, судей или законодателей, они далеко превосходили своихъ сотоварищей въ остальной Европѣ. Ихъ юридическій тактъ, легкость выраженія, тонкое пониманіе аналогіи и гармоніи и наконецъ, (если судить по выдающимся между ними личностямъ), ихъ горячая преданность своимъ понятіямъ о правосудіи были настолько же замѣчательны, какъ и рѣдкое разнообразіе ихъ таланта, разнообразіе, пополнявшее все пространство между противоположными полюсами: Cujas и Montesquieu, d'Aguésseau и Dumoulin. Но съ другой стороны система законовъ, которые имъ приходилось примѣнять, составляла рѣзкую противоположность съ тѣми взглядами, которые они воспитали въ себѣ. Франція, которая большею частью обязана была своимъ сплоченіемъ ихъ усиліямъ, болѣе чѣмъ всякая другая страна въ Европѣ, была подавлена гнетомъ аномалій и разнорѣчій въ юриспруденціи. Вся страна была охвачена великимъ расколомъ раздѣлившимъ ее на двѣ части: Pays de Droit Ecrit и Pays de Droit Coutumier; въ одной изъ нихъ писанный римскій законъ признавался основаніемъ юриспруденціи, въ другой, онъ допускался лишь настолько, насколько онъ былъ богатъ общими формами выраженія и юридическими теоріями, удобосогласимыми съ мѣстными обычаями. Образовавшіяся такимъ образомъ дѣленія вновь подверглись различнымъ подраздѣленіямъ. Въ Pays de Droit Coutumier провинція отличалась отъ провинціи, графство отъ графства, муниципія отъ муниципіи, въ самой сущности своихъ обычаевъ. Въ Pays de Droit Ecrit слой феодальныхъ правилъ, затемнявшихъ римскій законъ, былъ самаго смѣшаннаго состава. Въ Англіи никогда не бывало подобнаго смѣшенія. Въ Германіи, если оно и существовало, то являлось настолько соотвѣтствующимъ кореннымъ политическимъ и религіознымъ раздорамъ этой страны, что не могло

возбуждать жалобы или даже быть ощущаемымъ. Исключительною особенностью Франціи было то, что чрезвычайное разнообразіе ея законовъ удерживалось безъ всякихъ сколько-нибудь замѣтныхъ измѣненій, между тѣмъ какъ централизующая сила монархіи не переставала укрѣпляться; въ то же время сдѣланы были быстрые успѣхи, завершившіе административное единство, и въ народѣ пробудилось горячее національное чувство. Контрастъ этотъ неизбѣжно долженъ былъ привести ко многимъ важнымъ результатамъ и къ числу ихъ мы должны отнести то вліяніе, какое онъ имѣлъ на умы французскихъ юристовъ. Ихъ теоретическія мнѣнія и умственныя стремленія представляли сильнѣйшую противоположность съ ихъ практическими интересами и обычаями ихъ профессіи. При самомъ тонкомъ пониманіи и полнѣйшемъ признаніи преимуществъ юриспруденціи, состоявшихъ въ простотѣ и однообразіи, они вѣрили или показывали видъ, что вѣрятъ будто недостатки, охватившіе въ то время Французское право, неискоренимы и на практикѣ часто противились исправленію этого зла съ упорствомъ, какого даже не выказывали многіе изъ ихъ менѣе просвѣщенныхъ соотечественниковъ. Не былъ еще путь согласить эти противорѣчія и они становятся восторженными поклонниками Естественнаго Права. Для Естественнаго Права не существовало никакихъ провинціальныхъ и муниципальныхъ границъ, и никакихъ различій между дворяниномъ и буржуа, между буржуа и крестьяниномъ; оно давало первое мѣсто ясности, простотѣ и систематичности; но оно не имѣло въ виду никакихъ особенныхъ улучшеній и не грозило ни одному изъ учрежденій, пользовавшихся уваженіемъ и приносящихъ доходъ извѣстнымъ лицамъ. Естественное Право сдѣлалось, такъ сказать, ходячимъ Французскимъ правомъ, или во всякомъ случаѣ, признаніе его значенія и притязаній было единственнымъ ученіемъ, которое одинаково одобрялось всѣми французскими юристами. Языкъ юристовъ, предшествовавшихъ революціи, отличается крайнею неопредѣленностью и замѣчательно, что тѣ изъ нихъ, которые писали объ

обычаяхъ и зачастую отзывались съ презрѣніемъ о чисто-римскомъ правѣ, относятся съ большею горячностью къ природѣ и ея законамъ, чѣмъ цивилисты, питавшіе исключительное уваженіе къ Дигестамъ и Кодексу. У Дюмулэна, этаго высшаго изъ авторитетовъ старо-французскаго Обычнаго права, встрѣчаются нѣкоторыя странныя выраженія относительно Естественнаго Права, и его панегирики отличаются особенными реторическими оборотами, въ которыхъ замѣтно значительное отступленіе отъ осторожности въ выраженіяхъ римскихъ юрисконсультовъ. Гипотеза Естественнаго Права сдѣлалась не столько теоріей, служившей руководствомъ для практики, сколько предметомъ отвлеченнаго вѣрованія, и, согласно съ этимъ, мы видимъ, что въ преобразованіи, которому она подверглась въ позднѣйшее время, ея наиболѣе слабыя стороны были поставлены на одинъ уровень съ сильнѣйшими и пользовались одинаковымъ уваженіемъ ея приверженцевъ.

Восемнадцатое столѣтіе уже приходило къ концу, когда наступилъ самый критическій періодъ въ исторіи Естественнаго Права. Если бы разборъ этой теоріи и ея выводовъ продолжалъ быть исключительно дѣломъ людей юридической профессіи, то вѣроятно уменьшилось бы уваженіе, которымъ оно пользовалось, но въ это время появилось «Esprit des Lois». Книга Монтескьё въ преувеличеніяхъ, которыя въ ней встрѣчаются, носитъ на себѣ слѣды тѣхъ чрезмѣрныхъ усилій, съ которыми умъ автора отвращался отъ предположеній, обыкновенно допускаемыхъ безъ дальнихъ разсужденій, хотя въ нѣкоторыхъ двусмысленныхъ выраженіяхъ въ ней видно желаніе компромиса съ существующими предразсудками; но не смотря на эти недостатки, книга эта слѣдуетъ тому историческому методу, передъ которымъ никогда не устоитъ теорія Естественнаго Права. Вліяніе этой книги на мысль было также велико, какъ и ея громадная популярность, но въ дѣйствительности оно не имѣло времени укрѣпиться, потому что противоположная гипотеза, которую она повидимому должна была разрушить, неожиданно получила широкое распространеніе и сдѣлалась поводомъ къ

спорамъ, еще болѣе оживленнымъ, чѣмъ тѣ, которыя волновали судебныя мѣста и школы. Лицо, которое сдѣлало этотъ переворотъ, былъ замѣчательный человѣкъ, не отличавшійся ни ученостью, ни нравственностью, ни силою характера, но тѣмъ не менѣе пріобрѣвшій себѣ незабвенное имя въ исторіи, силою живаго воображенія и плодотворною горячею любовью къ своему ближнему, за что многое другое можетъ быть прощено ему. Въ нашемъ поколѣніи мы не видѣли другаго примѣра, да и въ цѣлой всемірной исторіи едва-ли найдется болѣе одного или двухъ подобныхъ примѣровъ такого громаднаго вліянія литературы на умы людей всякаго склада и оттѣнка, какое оказали сочиненія Руссо, появившіяся между 1749 и 1762 гг. Это была первая попытка возстановить зданіе человѣческой вѣры послѣ чисто отрицательныхъ усилій, начатыхъ Бэйлемъ и отчасти Локкомъ, и завершенныхъ Вольтеромъ; независимо отъ того превосходства, которымъ пользуется всякое созидательное усиліе передъ чисто разрушительнымъ, оно имѣло еще то преимущество, что появилось среди чуть ли не всеобщаго скептицизма по отношенію къ состоятельности всѣхъ прошлыхъ знаній въ области умозрѣній. Во всѣхъ умозрѣніяхъ Руссо выдающимся образомъ, вокругъ котораго все сосредоточивалось, былъ просто человѣкъ въ его предполагаемомъ естественномъ состояніи, иногда одѣтый въ англійскій нарядъ, знаменующій Общественный Договоръ, а иногда лишенный всѣхъ качествъ, приданныхъ ему исторіей. Каждый законъ или установленіе, не соотвѣтствующее этому воображаемому существу съ его вымышленной обстановкой, предавалось осужденію за отклоненіе отъ идеальнаго совершенства, и напротивъ каждое общественное преобразованіе, представлявшее болѣе близкое подобіе съ міромъ, надъ которымъ царствуетъ человѣкъ, какъ первобытное дитя природы, приводило въ восхищеніе и считалось достойнымъ осуществленія во что бы то ни стало. Теорія эта та же, что и у римскихъ юристовъ, потому что въ той фантасмагоріи, которою наполняли такъ называемое естественное состояніе че-

ловѣка, каждая черта и признакъ оставались неуловимыми для ума, исключая простоты и гармоніи, имѣвшихъ такую прелесть для юрисконсульта; но теоріи этой суждено было измѣниться до основанія. Главнымъ предметомъ созерцанія становится не Естественное Право, а естественное состояніе человѣка. Римлянинъ понималъ, что путемъ тщательнаго наблюденія надъ существующими институтами можно выдѣлить тѣ части ихъ, въ которыхъ видны, или могутъ быть отысканы при разумномъ очищеніи ихъ отъ постороннихъ ингредіентовъ слѣды того царства природы, въ дѣйствительномъ существованіи котораго онъ впрочемъ не былъ вполнѣ убѣжденъ. Руссо вѣрилъ, что изъ непосредственнаго наблюденія надъ естественнымъ состояніемъ можно вывести теорію совершеннаго общественнаго порядка, такого общественнаго порядка, который бы не имѣлъ никакого отношенія къ настоящему состоянію міра и совершенно не походилъ бы на него. Значительная разница между взглядами заключается въ томъ, что одинъ съ озлобленіемъ и открыто осуждаетъ настоящее за его несходство съ идеаломъ прошлаго, между тѣмъ, какъ другой, считая настоящее такою же неизбѣжностью, какъ и прошлое, не рѣшается презирать или порицать его. Мы не считаемъ нужнымъ тратить время на сколько нибудь подробный анализъ той философіи политики, искуства, воспитанія, этики и соціологіи, которая строилась на основаніи началъ естественнаго состоянія. Оно и до сихъ поръ имѣетъ странную притягательную силу для менѣе строгихъ мыслителей всѣхъ странъ и безъ сомнѣнія можетъ считаться болѣе или менѣе отдаленнымъ источникомъ почти всѣхъ тѣхъ предубѣжденій, которыя задерживаютъ примѣненіе историческаго метода изслѣдованія, но съ другой стороны пренебреженіе къ нему лучшихъ умовъ нашего времени настолько глубоко, что возбуждаетъ удивленіе людей, освоившихся съ необыкновенною жизненностью всякаго теоретическаго заблужденія. Въ нынѣшнія времена быть можетъ чаще задается вопросъ не о томъ, каково было

значеніе этихъ теорій, а о томъ, каковы были причины ихъ преобладающаго вліянія сто лѣтъ тому назадъ.

Разрѣшеніе этого вопроса по нашему мнѣнію, очень просто. Лучшимъ средствомъ для устраненія заблужденій, въ которыя легко было впасть при томъ исключительномъ вниманіи, какое обращалось на юридическія древности, для прошлаго столѣтія было изученіе религій. Но греческая религія, въ томъ видѣ, какъ она тогда понималась, расплывалась въ фантастическихъ миѳахъ. Восточныя религіи, на которыя едва ли обращалось какое-либо вниманіе, терялись въ безплодныхъ космогоніяхъ. Было только одно собраніе первобытныхъ преданій, которое было достойно изученія, это—ранняя исторія іудеевъ. Но предразсудки того времени мѣшали обратиться къ этому источнику. Одною изъ немногихъ характеристическихъ чертъ, на которой школа Руссо сходилась съ школою Вольтера было глубокое презрѣніе ко всѣмъ религіознымъ древностямъ, и болѣе чѣмъ ко всѣмъ другимъ—къ религіознымъ древностямъ еврейскаго племени. Всѣмъ извѣстно, что резонёры тѣхъ дней считали дѣломъ чести принимать какъ за нѣчто достовѣрное, что не только законоположенія, носящія имя Моисея не были внушены свыше или что они были кодифицированы въ болѣе позднее время, но и то, что эти законоположенія, равно какъ и все Пятикнижіе, были произвольно поддѣланы іудеями по возвращеніи ихъ изъ вавилонскаго плѣненія. Лишенные такимъ образомъ главнаго обеспеченія противъ теоретическихъ заблужденій, французскіе философы, увлекшись горячимъ желаніемъ избѣгнуть того, что они считали поповскимъ суевѣріемъ, всецѣло отдались суевѣріямъ юристовъ.

Хотя философія, основанная на гипотезѣ естественнаго состоянія въ его наиболѣе грубомъ и осязательномъ видѣ, въ настоящее время низко упала въ общемъ мнѣніи, но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы теорія естественнаго состоянія, представленная въ болѣе утонченной формѣ, потеряла свою силу и популярность, и чтобы она болѣе уже не примѣнялась. Я

убѣжденъ, какъ уже говорилъ выше, что эта теорія естественнаго состоянія до сихъ поръ является главнымъ противникомъ историческаго метода, и всякій разъ, когда мы видимъ, что (независимо отъ религіозныхъ предубѣжденій), чей нибудь умъ противится или пренебрегаетъ этимъ способомъ изслѣдованія, то большею частью находимъ, что это дѣлается подъ вліяніемъ предразсудка или ложнаго пониманія, котораго источникъ кроется въ сознательномъ или безсознательномъ вѣрованіи въ до-историческое естественное состояніе общества или личности человѣческой. Однако же доктрины природы и ея закона сохранили главнымъ образомъ свою силу вслѣдствіе своего сліянія съ политическими и общественными тенденціями. Нѣкоторыя изъ этихъ тенденцій были возбуждены, другія въ дѣйствительности созданы упомянутыми доктринами, а нѣкоторыя заимствовали отъ нихъ свои выраженія и форму. Эти доктрины очевидно отразились въ значительной степени на идеяхъ, расходившихся изъ Франціи по всему цивилизованному міру, и такимъ образомъ сдѣлались частью общаго міросозерцанія, при посредствѣ котораго видоизмѣнилась цивилизація. Важность вліянія, которое они такимъ образомъ оказывали на судьбы человѣчества есть одно изъ тѣхъ положеній, которое служитъ предметомъ наиболѣе горячихъ споровъ въ нашъ вѣкъ. Обсужденіе этого вопроса составляетъ предметъ настоящей главы. Однако-же, оглядываясь назадъ на періодъ, гдѣ теорія естественнаго состоянія дошла до maximum'а политическаго значенія, весьма немногіе станутъ отрицать, что она самымъ дѣйствительнымъ образомъ способствовала тѣмъ разочарованіямъ, которыми такъ богата первая французскаи революція. Она послужила сильнымъ стимуломъ къ развитію недостатковъ въ направленіи умственной дѣятельности, бывшихъ до того времени далеко не всеобщими; вліяніе ея всего болѣе сказалось въ пренебреженіи къ положительному праву и къ опыту и въ предпочтеніи сужденій à priori всякимъ другимъ сужденіямъ. По мѣрѣ того, какъ эта теорія овладѣваетъ умами менѣе способными къ логическому мышленію и вооруженными

меньшимъ запасомъ знаній, она очевидно клонится къ тому, чтобъ сдѣлаться анархическою. Мы съ удивленіемъ замѣчаемъ, что многіе изъ *Sophismes Anarchiques*, — изданныя Dumont, какъ бы въ продолженіе Бентама и служившія воспроизведеніемъ изложенныхъ Бентамомъ заблужденій, свойственнымъ французамъ, выводятся изъ римской гипотезы въ ея французской оболочкѣ и непонятны безъ ссылки на нея. Относительно этого пункта любопытно также просмотрѣть Moniteur во время главныхъ моментовъ революціи. Ссылки на Естественное Право и естественное состояніе становятся чаще по мѣрѣ того, какъ времена становятся мрачнѣе.

Мы знаемъ одинъ примѣръ, который самымъ поразительнымъ образомъ доказываетъ вліяніе теоріи Естественнаго Права на новѣйшее общество, и вмѣстѣ съ тѣмъ служитъ указаніемъ на то, что вліяніе это еще далеко не прекратилось. По нашему мнѣнію не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что мы обязаны теоріи Естественнаго Права доктриной основнаго равенства человѣческихъ личностей. Положеніе, что «всѣ люди равны» есть одно изъ многочисленныхъ юридическихъ положеній, которыя съ теченіемъ времени получили политическое значеніе. Римскіе юрисконсульты эпохи Антониновъ полагали, что «omnes homines naturâ aequales sunt», но въ ихъ глазахъ это была только чисто юридическая аксіома. Правда, они пытались утверждать, что сообразно предполагаемому закону природы, насколько къ нему приближается положительный законъ, произвольное дѣленіе между классами, производимое римскимъ Гражданскимъ правомъ, юридически перестаетъ существовать. Это правило имѣло важное значеніе для юристовъ практиковъ, которымъ не мѣшало иногда напоминать, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ римская юриспруденція повидимому сообразовалась съ предписаніями природы, тамъ должно было исчезнуть передъ римскимъ трибуналомъ всякое различіе между гражданиномъ и чужеземцемъ, между свободнымъ и рабомъ, между агнатомъ и когнатомъ. Однако, юрисконсульты, заявившіе себя въ этомъ направленіи, навѣрное

никогда не думали порицать соціальныхъ порядковъ, въ силу которыхъ гражданскій законъ расходился съ идеальнымъ типомъ закона; они повидимому также не вѣрили, чтобы свѣтъ когда-либо увидѣлъ человѣческое общество вполнѣ соотвѣтствующее порядку природы. Но когда доктрина человѣческаго равенства появилась въ свѣтъ въ своей новѣйшей оболочкѣ, къ ней очевидно прибавился оттѣнокъ новаго значенія. Тамъ, гдѣ римскій юрисконсультъ писалъ «aequales sunt», принимая эти слова въ ихъ буквальномъ значеніи, новѣйшій образованный человѣкъ писалъ «всѣ люди равны» въ смыслѣ того, что «всѣ люди должны быть равны». Своеобразная римская идея,—что Естественное Право существовало совмѣстно съ гражданскимъ закономъ и постепенно поглощало его,—была очевидно упущена изъ виду или сдѣлалась непонятною и слова, которыя всего ближе выражали теорію о происхожденіи, составѣ, положеніи и развитіи человѣческихъ установленій, начали употребляться для обозначенія великаго постояннаго зла, которому было подвержено человѣчество. Еще въ началѣ четырнадцатаго столѣтія ходячій образъ выраженія касательно прирожденнаго состоянія людей, который повидимому долженъ былъ быть тождественнымъ съ образомъ выраженія Ульпіана и его современниковъ, принялъ почти совершенно другую форму и значеніе. Вступленіе къ знаменитому указу короля Людовика X, объ освобожденіи крѣпостныхъ въ королевскихъ домэнахъ, вѣроятно показался бы очень страннымъ для римскаго уха. «Въ виду того, что согласно естественному закону каждый долженъ родиться свободнымъ, а вслѣдствіе нѣкоторыхъ обыкновеній и обычаевъ, введенныхъ въ глубокой древности и соблюдаемыхъ до нынѣ въ нашемъ государствѣ, а также быть можетъ и по винѣ предковъ, многія лица изъ нашего простаго народа попали въ рабство, слѣдовательно, мы и т. д.» Это есть выраженіе не юридическаго правила, а политическаго догмата, и съ этого времени французскіе юристы говорятъ о равенствѣ людей, точно какъ будто это была политическая истина, которая случайно отыскана въ архивахъ ихъ науки.

Подобно всѣмъ другимъ выводамъ изъ гипотезы Естественнаго права и подобно вѣрованію въ самое Естественное Право, съ этой истиной соглашались, не вникая въ нее, и она оказывала мало вліянія въ теоріи и на практикѣ, пока не перешла изъ вѣденія юристовъ въ вѣденіе ученыхъ восемнадцатаго столѣтія и къ поклонявшемуся имъ обществу. Благодаря имъ, она сдѣлалась самымъ характеристическимъ элементомъ ихъ символа вѣры и даже считалась вмѣщавшею въ себѣ всѣ прочіе. Однако, весьма вѣроятно, что могущественное вліяніе, которое эта теорія впослѣдствіи оказывала на событія 1789 г., основывалось не на одной только популярности ея во Франціи, потому что въ половинѣ восемнадцатаго столѣтія она перешла въ Америку. Американскіе юристы этого времени и въ особенности юристы Виргиніи повидимому обладали запасомъ знаній, которыя главнымъ образомъ отличались отъ знаній современныхъ имъ англійскихъ юристовъ тѣмъ, что въ нихъ заключалось много такого, что могло быть только почерпнуто изъ юридической литературы континентальной Европы. Стоитъ только слегка просмотрѣть сочиненія Джефферсона, чтобы увидѣть, какъ сильно умъ его былъ проникнутъ полу-юридическими, полу-популярными мнѣніями, бывшими тогда въ модѣ во Франціи, и мы не можемъ сомнѣваться, что собственно симпатія къ своеобразнымъ идеямъ французскихъ юристовъ побудила его и другихъ юристовъ, руководившихъ ходомъ событій въ Америкѣ, ввести на первыхъ строкахъ Акта независимости чисто французскій принципъ, что «всѣ люди родятся равными», къ принципу болѣе свойственному англичанамъ, что «всѣ люди родятся свободными». Это положеніе имѣло большое значеніе для исторіи разсматриваемой нами доктрины. Американскіе юристы, провозглашая такимъ явнымъ и выразительнымъ образомъ основное равенство человѣческихъ личностей, дали сильный толчокъ политическимъ движеніямъ ихъ собственной страны и въ нѣкоторой степени Великобританіи, которая еще далеко не сказала своего послѣдняго слова; но помимо этого они возвратили принятый

ими догматъ къ его источнику во Франціи, но уже снабженный несравненно большею силою и съ гораздо большими правами на общее признаніе и уваженіе. Даже болѣе осторожные политики перваго Учредительнаго собранія вновь повторили положеніе, высказанное Ульпіаномъ, какъ бы въ надеждѣ, что оно сразу подойдетъ къ стремленіямъ и міровоззрѣнію всего человѣчества, и изъ всѣхъ «принциповъ 1789» это былъ единственный, который подвергся наименьшимъ нападкамъ, наиболѣе овладѣлъ новѣйшими умами и въ будущемъ можетъ произвести самыя глубокія измѣненія въ составѣ общества и въ политикѣ государствъ.

Естественное Право выполнило свою важнѣйшую функцію, давъ начало новому Международному Праву и новому Праву войны, но эта сторона его дѣйствій не можетъ быть разсматриваема здѣсь, несмотря на всю ея важность.

Между постулатами, которые служатъ основаніемъ Международному Праву или тому, что въ немъ сохранило образъ, данный его первоначальными основателями, мы придаемъ двумъ или тремъ изъ нихъ значеніе первой важности. Главнѣйшій изъ всѣхъ заключается въ положеніи, что существуетъ опредѣленный законъ природы. Гроцій и его послѣдователи заимствовали это предположеніе прямо отъ римлянъ, но они сильно отличаются отъ римскихъ юрисконсультовъ и отъ всѣхъ другихъ въ опредѣленіи этого закона. Почти каждый изъ публицистовъ, вошедшихъ въ славу со времени возрожденія литературы, стремился дать новое и болѣе подходящее опредѣленіе природѣ и ея закону, и не подлежитъ сомнѣнію, что эта идея, проходя длинный рядъ мыслителей, писавшихъ о Публичномъ правѣ, получила значительное приращеніе, состоявшее изъ обрывковъ идей, заимствованныхъ чуть ли не изъ всѣхъ существующихъ теорій этики, которыя въ свою очередь полудили господство въ школахъ. Лучшимъ доказательствомъ преимущественно историческаго характера этой идеи можетъ служить то, что, послѣ всѣхъ усилій, вывести кодексъ Естественнаго Права

изъ существенныхъ характеристическихъ чертъ естественнаго состоянія, результатъ вышелъ точно такой, какъ если-бы люди прямо довольствовались принятіемъ положеній римскихъ юристовъ, не задаваясь никакими вопросами и не пересматривая ихъ. Оставя въ сторонѣ международные трактаты и конвенціи, нельзя не удивляться тому, какая значительная часть системы построена на чисто Римскомъ правѣ. Лишь только у публицистовъ являлось убѣжденіе, что такая-то доктрина юрисконсультовъ соотвѣтствуетъ Jus Gentium, они находили предлогъ заимствовать ее, какъ бы явно она ни носила слѣды своего отличительно Римскаго происхожденія. Мы можемъ также замѣтить, что эти теоретическія заимствованія отличаются шаткостью основной мысли. Въ большинствѣ случаевъ способъ мышленія публицистовъ можетъ быть названъ «смѣшаннымъ». Главная трудность при изученіи этихъ писателей всегда заключается въ томъ, что вы не знаете, толкуютъ ли они о правѣ или о нравственности—есть ли описываемое ими состояніе международныхъ отношеній дѣйствительное или идеальное—смотря по тому, излагаютъ ли они то, что есть, или то, что, по ихъ понятію, должно быть.

Предположеніе, что Естественное Право обязательно для государствъ inter se, можетъ считаться вторымъ въ ряду предположеній, на которыхъ основывается Международное право. Восходя къ дѣтскому періоду новѣйшей юридической науки, можно найти цѣлый рядъ примѣровъ, гдѣ утверждался или принимался этотъ принципъ, что съ перваго взгляда можетъ показаться прямымъ выводомъ изъ ученія римскихъ юристовъ. Если принять, что гражданское состояніе общества отличается отъ естественнаго тѣмъ фактомъ, что въ первомъ законъ написанъ извѣстнымъ лицомъ, а во второмъ нѣтъ такого автора, то окажется, что въ тотъ моментъ, какъ только будетъ признано, что извѣстное число *единицъ* перестаетъ повиноваться общему государю или политическому главѣ, оно тѣмъ самымъ возвращается къ первобытнымъ предписаніямъ естественнаго закона. Государства представляютъ собою такія единицы; гипотеза ихъ

независимости исключаетъ понятіе объ общемъ законодателѣ, и, слѣдовательно, согласно вышеизложенному приводитъ къ понятію о подчиненіи первобытному порядку природы. Затѣмъ, остается считать независимыя общества единицами, не связанными между собою никакимъ закономъ, но такое состояніе внѣ-законности представило бы ту пустоту, которая такъ противна тому понятію о природѣ, котораго держались юрисконсульты. Очевидно, есть полное основаніе думать, что еслибы умъ римскаго юриста нашелъ такую сферу, изъ которой былъ изгнанъ гражданскій законъ, то онъ бы не замедлилъ точчасъ же восполнить пробѣлъ предписаніями природы. Однако вообще небезопасно предполагать, что извѣстные выводы,— какъ бы они ни казались вѣрными и непосредственными въ нашихъ глазахъ,--дѣйствительно имѣли значеніе для извѣстнаго періода исторіи. Пока еще не было приведено ни одного мѣста изъ остатковъ римскаго права, которое, по моему мнѣнію, могло бы служить доказательствомъ, что римскіе юрисконсульты считали Естественное Право имѣющимъ обязательную силу между отдѣльными обществами, и мы не можемъ не видѣть, что гражданамъ римской имперіи, считавшимъ, что цивилизація ограничивается предѣлами ихъ государства, равномѣрное подчиненіе всѣхъ государствъ Естественному Праву (если только могла вообще явиться подобная идея) должно было показаться не болѣе, какъ крайнимъ результатомъ какихъ нибудь странныхъ умозрѣній. Въ дѣйствительности оказывается, что новѣйшее Международное право, при своемъ несомнѣнномъ сродствѣ съ римскимъ правомъ, связано съ нимъ только неправильнымъ происхожденіемъ. Первые изъ новѣйшихъ толкователей римской юриспруденціи, ложно понимая значеніе слова Jus gentium рѣшили, не задумываясь, что римляне завѣщали имъ систему правилъ для нормированія международныхъ сношеній. «Право народовъ» вначалѣ было авторитетомъ, которому пришлось выдержать сильное противодѣйствіе, и настроеніе Европы было долгое время таково, что исключало возможность его всеобщаго признанія. Однако,

мало-по-малу западный міръ началъ склоняться къ формѣ болѣе благопріятной для теоріи цивилистовъ, приверженцевъ римскаго права, различныя обстоятельства подорвали кредитъ противныхъ доктринъ, и наконецъ, по особенному счастливому стеченію, .условій Аялѣ (Ayala) и Гроцію удалось добиться торжественнаго признанія этой теоріи въ Европѣ, признанія, которое было многократно возобновляемо, при заключеніи каждаго торжественнаго обязательства. Едва ли нужно упоминать здѣсь, что великіе люди, доставившіе торжество этой теоріи, поставили ее на совершенно новомъ основаніи и, безспорно, вмѣстѣ съ этою перемѣною, они значительно измѣнили ея структуру, хотя гораздо меньше, чѣмъ это обыкновенно предполагаютъ. Принявъ отъ юрисконеультовъ временъ Антониновъ положеніе, что Jus gentium и Jus Naturae тождественны между собою, Гроцій съ своими непосредственными предшественниками и послѣдователями приписалъ Естественному Праву силу, которую, быть можетъ, никогда не стали бы приписывать ему, если бы «Право Народовъ» не было въ это время выраженіемъ неопредѣленнымъ. Они безусловно рѣшили, что, Естественное Право есть кодексъ, нормирующій взаимныя отношенія независимыхъ государствъ, и такимъ образомъ положили начало процессу, который продолжался почти до нашихъ дней, процессу привитія къ системѣ Международнаго права такихъ правилъ, которыя предполагаются выведенными изъ непосредственнаго разсмотрѣнія понятія о природѣ. Тутъ есть еще одинъ выводъ, имѣвшій громадное практическое значеніе для человѣчества, хотя онъ и былъ извѣстенъ въ первый періодъ новѣйшей исторіи Европы, но не достигъ явнаго и общаго признанія до тѣхъ поръ, пока доктрины Гроціевой школы не сдѣлались господствующими. Если націи управляются естественнымъ правомъ, то недѣлимые, составляющіе эти націи, должны быть безусловно равны. Люди управляемые верховнымъ авторитетомъ природы равны между собою и согласно съ этимъ также и общины между собою равны, если международное право есть вмѣстѣ съ тѣмъ и естествен-

ное. Положеніе,—что независимыя общества, какъ бы они ни разнились въ объемѣ и силѣ, всѣ равны съ точки зрѣнія Права народовъ,—значительно способствовало благополучію человѣчества, хотя оно и находится въ постоянной опасности быть опровергнутымъ политическими тенденціями каждаго послѣдующаго вѣка. Эта доктрина вѣроятно никогда бы не стала на твердую ногу, еслибъ публицисты, писавшіе послѣ возрожденія литературы, не основали ея происхожденія на величественныхъ требованіяхъ природы.

Однако въ сущности нельзя не удивляться тому, какъ мало внесли въ международное право добавленія, сдѣланныя со временъ Гроція къ ингредіентамъ, которыя были прямо взяты изъ древнѣйшаго слоя римскаго Jus gentium. Пріобрѣтеніе территоріи всегда служило главнымъ поощреніемъ національнаго честолюбія, и порядокъ, которымъ совершалось это пріобрѣтеніе вмѣстѣ, съ правилами, умѣрявшими войны, которыя слишкомъ часто являлись результатомъ стремленія къ пріобрѣтенію территоріи, прямо списаны съ той части Римскаго права, которая трактуетъ о способахъ пріобрѣтенія собственности ex jure gentium. Эти способы пріобрѣтенія, какъ я старался доказать, были выработаны первыми юрисконсультами посредствомъ отвлеченія общихъ ингредіентовъ изъ обычаевъ, господствовавшихъ между различными племенами окружавшими Римъ, и будучи отнесены, по причинѣ ихъ происхожденія въ право общее всѣмъ народамъ, «по ихъ» простотѣ были признаны со стороны новѣйшихъ юристовъ подходящими къ болѣе новому понятію Естественнаго Права. Такимъ образомъ, эти способы пріобрѣтенія проникли въ новѣйшее право народовъ, и въ результатѣ выходитъ, что тѣ части системы Международнаго права, которыя относятся *къ праву собственности*, его сущности, и ограниченіямъ, къ способамъ пріобрѣтенія и защиты, оказываются чисто римскимъ правомъ собственности,—то есть настолько римскимъ правомъ собственности, насколько юрисконсульты временъ Антониновъ хотѣли выставить тутъ извѣстное соотвѣтствіе съ естественнымъ состояніемъ. Чтобы эти

отдѣлы Международнаго права могли получить возможность примѣненія, необходимо было, чтобы государи различныхъ странъ находились въ такихъ же отношеніяхъ между собою, какъ отдѣльные члены класса римскихъ поземельныхъ собственниковъ. Это одно изъ требованій, которое мы встрѣчаемъ при самомъ вступленіи въ международный кодексъ и которое, по всѣмъ даннымъ, не могло быть признано въ первыя столѣтія новѣйшей исторіи Европы. Требованіе это разрѣшается тѣмъ предположеніемъ, что «верховная власть есть территроіальная», т. е. что она всегда связана съ правомъ собственности на опредѣленный участокъ земной поверхности и что «государи inter se должны считаться не только главами, но и *верховными*, *абсолютными* собственниками территоріи своихъ государствъ».

Многіе изъ тогдашнихъ писателей о Международномъ правѣ утверждали, что доктрины ихъ теоріи, какъ основанныя на принципѣ равенства и на здравомъ смыслѣ, могутъ быть безъ труда приняты на всякой ступени новѣйшей цивилизаціи. Но это положеніе, хотя и прикрываетъ собою нѣкоторые дѣйствительные недостатки теоріи Международнаго права, не выдерживаетъ критики, по крайней мѣрѣ относительно значительной части новѣйшей исторіи. Во-первыхъ, ошибочно то положеніе, что авторитетъ jus gentium въ международныхъ дѣлахъ никогда не оставался неоспоримымъ; напротивъ того, ему пришлось долго бороться противъ различныхъ соперничествующихъ системъ; равнымъ образомъ, территоріальный характеръ верховной власти не всегда признавался, потому что долгое время спустя, послѣ паденія римскаго владычества, умы людей находились подъ господствомъ идей, несовмѣстимыхъ съ подобнымъ понятіемъ. Долженъ былъ пасть старый порядокъ, а вмѣстѣ съ нимъ и основанные на немъ взгляды; должна была явиться новая Европа и цѣлый запасъ новыхъ соотвѣтствующихъ идей прежде, чѣмъ оба главные постулата Международнаго права достигли всеобщаго признанія.

Не мѣшало бы постоянно имѣть въ виду тотъ фактъ, что впродолженіе значительной части времени, которое мы обыкновенно называемъ новѣйшей исторіей, вовсе не существовало такого понятія какъ «территоріальная верховная власть» Верховная власть не связывалась съ господствомъ надъ извѣстнымъ пространствомъ земли. Міръ столько вѣковъ находился подъ господствомъ Императорскаго Рима, что забылъ, какъ раздѣленіе земли на нѣсколько отдѣльныхъ пространствъ, вошедшихъ въ составъ имперіи, нѣкогда разбило его на множество независимыхъ государствъ, не допускавшихъ внѣшняго вмѣшательства и изъявлявшихъ притязаніе на самостоятельность и равенство національныхъ правъ. По прекращеніи варварскихъ нашествій, господствующее понятіе о верховной власти было повидимому двоякаго рода. Съ одной стороны оно приняло форму, которую мы всего удобнѣе можемъ назвать *«племеннымъ»* владычествомъ. Франки, бургундцы, вандалы, ломбарды и визиготы были конечно хозяевами занятыхъ ими территорій, получившихъ отъ нѣкоторыхъ изъ нихъ свои географическія названія; но эти племена не выводили никакихъ притязаній на право изъ факта территоріальнаго владѣнія и въ сущности не придавали ему никакой цѣны. Они повидимому придерживались традицій, вынесенныхъ ими изъ ихъ лѣсовъ и степей и по прежнему оставались патріархальнымъ обществомъ и кочевой ордой, временно расположившейся станомъ на землѣ, дававшей имъ средства существованія. Часть Транзальпинской Галліи съ частью Германіи, которою de facto овладѣли франки — стала Франціею; но Меровингская линія предводителей, потомковъ Клодвига, не была королями Франціи, а только королями франковъ. Территоріальные титулы уже существовали тогда, но, повидимому, вначалѣ они вошли въ употребленіе только, какъ удобный способъ обозначенія правителя извѣстнаго *участка* владѣній племени, а король всего племени былъ королемъ своего народа, но не земель, принадлежавшихъ его народу. Другой стороной этого своеобразнаго понятія о верховной власти было—и это самый

важный пунктъ—идея всемірнаго владычества. Когда монархъ отступалъ отъ своихъ спеціальныхъ отношеній главы къ племени и для собственныхъ цѣлей начиналъ домогаться новой формы верховной власти, то изъ прежнихъ примѣровъ владычество римскихъ императоровъ само собою являлось самой подходящей формой власти, которою онъ могъ быть облеченъ. Пародируя одну избитую цитату мы скажемъ, что онъ становился «aut Caesar aut nullus.» Онъ или изъявлялъ притязаніе на всѣ прерогативы Византійскаго императора или же не имѣлъ никакого политическаго status. Даже въ нынѣшнемъ вѣкѣ, когда новая династія хочетъ предать забвенію давнишній титулъ низложенной линіи государей, она заимствуетъ свое названіе отъ народа, а не отъ территоріи. Такимъ образомъ являются императоры и короли французовъ, и король бельгійцевъ. Въ періодъ, о которомъ идетъ рѣчь, въ подобныхъ обстоятельствахъ представлялся еще исходъ. Глава племени, не желавшій болѣе называться королемъ, изъявлялъ притязанія на титулъ всемірнаго императора. Такимъ образомъ наслѣдственные палатные мэры,—отказавшись отъ полюбовной сдѣлки съ монархами, которыхъ они фактически уже давно свергли съ престола,—стали помимо своего прямаго желанія называть себя королями Франковъ, титулъ принадлежавшій низложеннымъ Меровингамъ; но они не могли именовать себя королями Франціи, потому что этотъ титулъ, хотя повидимому не безъизвѣстный въ то время, не былъ титуломъ означавшимъ достоинство. Сообразно съ этимъ они явились претендентами на всемірную имперію. Причины, побуждавшія ихъ къ этому, были совершенно ложно истолкованы. Новѣйшіе французскіе писатели приняли за фактъ рѣшенный, что Карлъ Великій опередилъ свой вѣкъ, какъ общимъ характеромъ своихъ предначертаній, такъ и энергіей, съ которой онъ стремился къ осуществленію ихъ. Мы не знаемъ навѣрно можетъ ли какой либо дѣятель опередить свой вѣкъ или нѣтъ, но во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что Карлъ Великій, стрѣмясь къ всемірному владычеству, очевидно избралъ един-

ственный путь, который былъ для него возможенъ при идеяхъ свойственныхъ его вѣку. Объ его умственномъ превосходствѣ не можетъ быть и спора, но оно выказывается въ его дѣйствіяхъ, а не въ руководившихъ имъ идеяхъ.

Своеобразность господствовавшаго тогда взгляда осталась во всей силѣ при дѣлежѣ наслѣдства Карла Великаго между его тремя сыновьями. Карлъ Лысый, Людовикъ и Лотарь все еще были въ теоріи, если только можно употребить такое выраженіе, римскими императорами. Подобно тому, какъ Цезари Западной и Восточной Римской Имперіи были каждый въ отдѣльности de jure императорами всего свѣта, а de facto только властителями одной половины его, такъ и сыновья Карла Великаго по видимому считали свою власть ограниченною, а титулъ всеобъемлющимъ. Одинаковая универсальность верховной власти продолжала связываться въ теоріи съ императорскимъ престоломъ и послѣ втораго дѣленія монархіи по смерти Карла Толстаго, и въ сущности никогда вполнѣ не отдѣлялась отъ него во все время существованія германской имперіи. Территоріальная верховная власть — понятіе, связывающее верховную власть съ владычествомъ надъ извѣстною частью земной поверхности,—была очевидно отпрыскомъ, хотя и позднимъ *феодализма*. Можно было бы à priori сказать, что это фактъ несомнѣнный, такъ какъ феодализмъ первый связалъ личныя обязанности а слѣдовательно и личныя права съ землевладѣніемъ. Каковъ бы ни былъ истинный взглядъ на сущность и юридическую природу феодальной организаціи, но мы не придумаемъ лучшаго способа наглядно представить себѣ эту организацію, какъ начать съ ея основы и, разсмотрѣвъ отношенія ленника къ клочку земли, которымъ создавались и ограничивались его личныя обязательства, итти все выше и выше по съуживающимся кругамъ суперфеодализма, пока не дойдемъ до высшей точки всей системы. Гдѣ именно находилась эта высшая точка въ послѣдній періодъ этихъ мрачныхъ вѣковъ не такъ-то легко рѣшить. По всѣмъ вѣроятіямъ вездѣ, гдѣ приходило въ упадокъ понятіе

суверенитета, основаннаго на племенной связки, тамъ высшее мѣсто отводилось предполагаемому преемнику Цезарей на западѣ. Но въ скоромъ времени, когда на дѣлѣ сфера императорской власти значительно сократилась и когда императоры собрали вокругъ себя скудные остатки своего владычества надъ Германіей и Сѣверной Италіей, крупные феодальные владѣтели во всѣхъ пограничныхъ частяхъ прежней Карловингской имперіи на дѣлѣ очутились безъ верховнаго главы. Мало по малу они свыклись съ новымъ положеніемъ, и сознаніе фактической назависимости заставило ихъ окончательно позабыть о теоритической зависимости; однако по многимъ признакамъ можно предположить, что эта перемѣна не такъ легко совершилась и мы безъ сомнѣнія не можемъ ни къ чему иному отнести усиливающееся стремленіе приписать папскому престолу свѣтское главенство, какъ только убѣжденію, что, согласно съ природою вещей, гдѣ нибудь должна необходимо сострелоточиваться верховная власть. Завершеніе первой ступени въ переворотѣ общественнаго мнѣнія обозначается вступленіемъ на французскій престолъ Капетингской династіи. Еще до наступленія этой эпохи многіе изъ владѣтелей крупныхъ ленныхъ участковъ, на которые распалась имперія Карловинговъ, вмѣсто имени герцоговъ и графовъ начали называться королями; но существенная перемѣна произошла только тогда, когда ленный владѣтель незначительной территоріи, окружавшей Парижъ, началъ называться королемъ Франціи на томъ основаніи, что въ его лицѣ соединялась власть сюзерена надъ большимъ числомъ ленныхъ владѣтелей; въ тоже время онъ присвоилъ себѣ титулъ *короля французовъ*, бывшій династическимъ титуломъ прежняго королевскаго дома Гуго Капетъ. Его потомки были королями въ совершенно новомъ значеніи и монархами, стоявшими въ такомъ же отношеніи къ французской землѣ, какъ баронъ къ своему помѣстью или ленникъ къ содержимой имъ землѣ. Форма монархіи во Франціи имѣла очевидно вліяніе на ускореніе такихъ же перемѣнъ какія происходили и въ другихъ

мѣстахъ. Королевскій санъ англо-саксонскихъ королевскихъ домовъ составлялъ средину между званіемъ главы племени и территоріальнаго владыки. Но верховность норманскихъ монарховъ, перенятая ими у короля Франціи, уже ясно носитъ характеръ территоріальнаго господства. Всякая послѣдующая форма господства, какая только установлялась и утверждалась, образована была по послѣднему образцу. Испанія, Неаполь и княжества, основанныя на развалинахъ муниципальной свободы въ Италіи, управлялись правителями, которыхъ господство было территоріальное. Едва ли можно представить себѣ что либо болѣе любопытное, чѣмъ постепенный переходъ венеціанцевъ отъ одного взгляда къ другому. При началѣ завоеваній республика смотрѣла на себя, какъ на антитипъ римскаго государства, управлявшаго извѣстнымъ числомъ подвластныхъ провинцій. Проходитъ еще столѣтіе и вы видите, что она уже хочетъ считаться корпоративнымъ государемъ, требовавшимъ себѣ правъ феодальнаго сюзерена надъ владѣніями въ Италіи и на Эгейскомъ морѣ.

Во все продолженіе періода, въ которомъ народныя понятія о предметѣ верховной власти подверглись этой замѣчательной перемѣнѣ, система замѣнявшая то, что мы называемъ теперь Международнымъ Правомъ, была разнородна по формѣ и несостоятельна по тѣмъ принципамъ, на которыхъ она основывалась. Въ той части Европы, которая включена была въ Римско-Германскую имперію, связь федеративныхъ государствъ регулировалась сложнымъ и пока еще незаконченнымъ механизмомъ имперской конституціи; и какъ бы страннымъ это ни казалось намъ, но завѣтною мыслью германскихъ юристовъ было желаніе, чтобы отношеніе государствъ какъ внутри, такъ и внѣ Имперіи регулировались не Jus Gentium, а чисто римскимъ правомъ, котораго средоточіемъ все еще оставался Цезарь. Въ пограничныхъ странахъ эта доктрина была отвергнута, но съ меньшею смѣлостью, чѣмъ этого можно было ожидать, во ссей же остальной Европѣ феодальная подчиненность послужила суррогатомъ

публичному праву; и тамъ гдѣ она оказывалась неопредѣленною или темною, за нею выступала, по крайней мѣрѣ въ теоріи, высшая ригулирующая сила авторитета церковнаго главы. Однако несомнѣнно, что и феодальное и духовное вліяніе быстро начало клониться къ упадку въ пятнадцатомъ и даже четырнадцатомъ столѣтіи, и если мы ближе присмотримся къ обычнымъ поводамъ войнъ и къ установившимся мотивамъ заключенія союзовъ, то увидимъ, какъ шагъ за шагомъ съ устраненіемъ старыхъ принциповъ начинаютъ брать верхъ взгляды, впослѣдствіи приведенные въ гармонію и утвержденные Аялой и Гроціемъ, хотя успѣхъ этихъ взглядовъ былъ незамѣтный и медленный. Въ настоящее время трудно рѣшить, произвело-ли бы напослѣдокъ слитіе различныхъ источниковъ власти систему международныхъ отношеній и представляла ли бы эта система существенныя отличія отъ той, какая была составлена Гроціемъ, такъ какъ фактъ несомнѣнный, что реформація уничтожила всѣ дѣйствующіе здѣсь элементы за исключеніемъ однаго. Реформація, начавшаяся въ Германіи, раздѣлила князей имперіи пропастью слишкомъ широкою для того, чтобы она могла быть восполнена верховною властью императора, даже въ томъ случаѣ, если бы этотъ верховный глава оставался нейтральнымъ. Но онъ былъ принужденъ избрать знамя церкви противъ реформаторовъ; папа, само собою разумѣется, былъ въ одинаковомъ положеніи. Такимъ образомъ двѣ власти, на которыхъ лежала обязанность посредничества между борющимися сторонами, сами стали во главѣ одной великой партіи въ расколѣ, раздѣлявшемъ націи. Феодализмъ, уже ослабѣвшій и обезславленный, какъ принципъ общественныхъ отношеній не представлялъ въ себѣ никакого связующаго элемента, который бы могъ явиться противодѣйствіемъ религіознымъ союзамъ. Естественно, что при такихъ условіяхъ, когда публичное право находилось чуть ли не въ хаотическомъ видѣ, устояли только тѣ положенія государственной системы, на которыя, по предположенію, римскіе юрисконсульты дали свою санкцію. Всякому образованному

человѣку извѣстно, что эти положенія обязаны Гроцію своей формой, симметріей и рельефностью; но всего поразительнѣе оказался быстрый, полный и всемірный успѣхъ Трактата «De jure Belli et Pacis.» Успѣху этому разумѣется способствовали до извѣстной степени ужасы тридцатилѣтней войны и страхъ, возбуждаемый разнузданностью и своеволіемъ солдатъ, но эти причины не вполнѣ объясняютъ его. Достаточно самаго поверхностнаго изученія идей этаго вѣка, чтобы убѣдиться, что еслибы основной планъ системы международныхъ отношеній, набросанный въ великой книгѣ Гроція, не показался совершенствомъ въ теоріи, то онъ былъ бы заброшенъ юристами и не заслужилъ бы уваженія государственныхъ людей и воиновъ.

Не подлежитъ сомнѣнію, что теоретическое достоинство системы Гроція тѣсно связано съ понятіемъ о территоріальной верховной власти, о которой было говорено выше. Теорія Международнаго права полагаетъ, что взаимныя отношенія государствъ между собою основаны на естественномъ состояніи, но по основному положенію, единицы, составляющія естественное общество должны стоять отдѣльно и независимо другъ отъ друга. Если допустить высшую власть, связующую ихъ, хотя бы слегка и временно, притязаніемъ на всеобщее главенство, то самое понятіе общаго главы вводитъ насъ въ область положительнаго закона и исключаетъ собою идею Естественнаго Права. Изъ этаго слѣдуетъ, что если было-бы допущено, хотя бы только въ теоріи, всемірное владычество одного главы въ лицѣ императора, то всѣ труды Гроція пропали бы даромъ. Однако это не единственный пунктъ сближенія между новѣйшимъ Государственнымъ правомъ и тѣми взглядами на верховную власть, которыхъ развитіе я описалъ выше. Я сказалъ, между прочимъ, что цѣлые отдѣлы Международнаго права составились изъ Римскаго права собственности. Какой же изъ этаго можетъ быть сдѣланъ выводъ? А именно тотъ, что еслибы не произошло описанной мною пе-

ремѣны во взглядъ на верховную власть,—если бы верховная власть не связывалась съ правомъ собственности надъ опредѣленною частью земли или, иначе говоря, не сдѣлалась территоріальной,—то по крайней мѣрѣ три четверти теоріи Гроція остались бы неприложимы на практикѣ.

ГЛАВА V.

Первобытное общество и Древнее право.

Необходимость подвергать предметы юриспруденціи научной обработкѣ никогда не терялась вполнѣ изъ виду въ новѣйшія времена, и опыты въ этомъ направленіи дѣлались различными мыслителями; но я думаю мы не очень ошибемся сказавъ, что тó, чтó до сихъ поръ занимало мѣсто науки, было не болѣе, какъ рядъ гипотезъ,—тѣхъ самыхъ гипотезъ римскихъ юристовъ, которыя мы разбирали въ двухъ предъидущихъ главахъ. Рядъ точныхъ положеній, признававшихъ и усвоивавшихъ эти гадательныя теоріи объ естественномъ состояніи и о системѣ связанныхъ съ нимъ принциповъ, продолжается съ малыми перерывами отъ времени ихъ изобрѣтателей до нашихъ дней. Положенія эти встрѣчаются въ примѣчаніяхъ глоссаторовъ—основателей новѣйшей юриспруденціи и въ сочиненіяхъ послѣдовавшихъ за ними юристовъ-схоластиковъ. Они проглядываютъ и въ догматахъ Церковнаго права. Ихъ выдвинули на первый планъ знаменитые цивилисты временъ возрожденія древней литературы. Гроцій и его послѣдователи придали имъ столько же блеска и вѣроятности, какъ и практической важности. Они встрѣчаются въ первыхъ главахъ у Блэкстона, переписавшаго ихъ буквально изъ Бурламаки, и въ наше время во всѣхъ руководствахъ, издаваемыхъ для студентовъ и юристовъ-практиковъ, повторяется та же

римская гипотеза, какъ только дѣло доходитъ до разсужденій о первоначальныхъ принципахъ права. Ко всему этому мы получаемъ достаточное представленіе о силѣ, съ которою эти гипотезы внѣдрялись въ человѣческую мысль, какъ изъ той разнообразной оболочки, которая имъ придается, такъ и по ихъ первоначальной формѣ. Теорія Локка, отыскивающая начало права въ Общественномъ Договорѣ, почти не скрываетъ своего римскаго происхожденія: римская теорія здѣсь только прикрыта одной внѣшней оболочкой, съ помощью которой старались придать большую привлекательность древнимъ взглядамъ въ глазахъ новѣйшаго поколѣнія; но съ другой стороны теорія Гоббса о томъ же самомъ предметѣ умышленно клонилась къ отрицанію дѣйствительнаго значенія Естественнаго Права въ томъ видѣ, какъ его понимали римляне и ихъ послѣдователи. Но эти двѣ теоріи, долго раздѣлявшія политическихъ мыслителей Англіи на два враждебные лагеря, близко сходны между собою въ своемъ основномъ предположеніи относительно доисторическаго и не провѣреннаго критикою состоянія человѣческаго рода. Творцы этихъ теорій расходились между собою, какъ по отношенію къ характеристическимъ чертамъ состоянія, предшествовавшаго основанію обществъ, такъ и по отношенію къ сущности того факта, посредствомъ котораго люди, выйдя изъ этого состоянія, пришли къ единственной извѣстной намъ соціальной организаціи. Но въ то же время ихъ мнѣнія сходились въ томъ, что цѣлая бездна отдѣляла человѣка въ его первобытномъ состояніи, отъ человѣка, живущаго въ обществѣ; и это понятіе безъ всякаго сомнѣнія было сознательно или безсознательно заимствовано ими отъ римлянъ. И въ самомъ дѣлѣ, если мы будемъ разсматривать правовыя явленія тѣмъ способомъ, какимъ разсматривали ихъ эти теоретики, т. е. какъ обширное и сложное цѣлое, то не удивительно, что умъ нашъ долженъ будетъ часто отклоняться отъ задачи, которую онъ себѣ поставилъ, и искать въ прошедшемъ какой нибудь замысловатой гипотезы (благовидно истолкованной), долженствовавшей, повидимому, все

согласить,—или же въ другомъ случаѣ онъ долженъ будетъ совершенно отказаться до времени отъ труда приведенія этихъ явленій въ систему.

Изъ теорій права, имѣвшихъ такія же умозрительныя основанія, какъ и римская доктрина, слѣдуетъ сдѣлать исключеніе для двухъ знаменитыхъ теорій. Первая изъ нихъ связана съ великимъ именемъ Монтескьё. Хотя въ первой части Esprit des Lois встрѣчаются нѣкоторыя двусмысленныя выраженія, показывающія нежеланіе автора явно отказаться отъ взглядовъ, бывшихъ до того времени популярными, но общее направленіе этой книги безъ сомнѣнія имѣетъ цѣлью дать объ этомъ предметѣ понятіе совсѣмъ отличное отъ всѣхъ тѣхъ, которыя до этого были въ ходу. Не разъ замѣчали, что въ числѣ разнообразнѣйшихъ примѣровъ, которые приводитъ Монтескьё въ своемъ необъятно широкомъ обзорѣ, извлекая ихъ изъ существующихъ системъ права, онъ очевидно старается поставить на первый планъ тѣ обычаи и учрежденія, которыя приводятъ въ изумленіе образованнаго читателя своею грубостью и странностью. Мы постоянно замѣчаемъ у него желаніе показать, что законы являются произведеніемъ климата, мѣстности, случая или обмана, или другими словами—плодомъ всякихъ причинъ, кромѣ тѣхъ, которыя являются дѣйствующими съ извѣстнымъ постоянствомъ. Монтескьё въ сущности считалъ природу человѣка совершенно инертною, страдательно воспроизводящею впечатлѣнія и вполнѣ покорною толчкамъ, получаемымъ ею извнѣ. Въ этомъ-то, безъ сомнѣнія, и заключается заблужденіе, составляющее главный недостатокъ его системы. Онъ слишкомъ мало придаетъ цѣны постоянству человѣческой природы и мало или вовсе не обращаетъ вниманія на врожденныя племенныя свойства, тѣ свойства, которыя каждое поколѣніе унаслѣдуетъ отъ своихъ предковъ и передаетъ слѣдующему за нимъ поколѣнію, хотя въ нѣсколько измѣненнномъ видѣ. Правда, нельзя составить себѣ полнаго понятія о соціальныхъ явленіяхъ, а слѣдовательно и о законахъ, не допустивъ до извѣстной степени

тѣхъ дѣйствующихъ на нихъ причинъ, которыя изложены въ Esprit des Lois. Но Монтескьё повидимому преувеличилъ ихъ число и силу. Многія изъ аномальныхъ явленій соціальной жизни, которыхъ примѣры онъ выставляетъ на видъ, основаны, какъ потомъ оказалось, на ложныхъ свѣдѣніяхъ или на ошибочномъ толкованіи, а изъ остальныхъ нѣкоторыя скорѣе могутъ служить доказательствомъ постоянства человѣческой природы чѣмъ ея измѣнчивости, такъ какъ это только остатки древнѣйшихъ ступеней человѣческаго развитія, упорно противостоявшіе тѣмъ вліяніямъ, которыя въ другихъ случаяхъ оказывали свое дѣйствіе. Несомнѣнно, что постоянство и устойчивость охватываютъ большую часть нашего умственнаго, нравственнаго и физическаго состава, и сила противодѣйствія противъ перемѣнъ такова, что всѣ измѣненія человѣческаго общества, какъ ни очевидны они въ одной изъ частей свѣта, во всякомъ случаѣ не на столько быстры и обширны, чтобы невозможно было опредѣлить ихъ продолжительности, характера и общаго направленія. Конечно при нашихъ настоящихъ знаніяхъ мы можемъ достигнуть только извѣстнаго приближенія къ истинѣ, но нѣтъ причины думать, чтобы наши выводы были такъ далеки отъ истины или (что все равно) до того нуждались въ поправкахъ, что были бы безполезны и не назидательны.

Другая теорія, касавшаяся этого предмета была историческая теорія Бентама. Эта теорія, которая такъ неясно (и можно сказать такъ робко) проглядывала въ разныхъ частяхъ сочиненій Бентама, совершенно отлична отъ того анализа понятія о правѣ, который онъ предпринялъ въ своемъ: «Fragment on Government» и который въ позднѣйшее время былъ доразвитъ Джономъ Остэномъ. Опредѣленіе закона въ смыслѣ повелѣнія особаго рода, налагаемаго при извѣстныхъ условіяхъ, не имѣетъ никакого другого значенія, кромѣ огражденія насъ отъ трудности пониманія различныхъ выраженій — трудности, разумѣется, далеко не маловажной. Что касается вопросовъ, какія побужденія руководили обществами, когда они налагали сами на себя извѣстныя повелѣнія, что касается

связи этихъ повелѣній между собою, ихъ зависимости отъ тѣхъ, которыя имъ предшествовали и тѣхъ, которыми они были замѣнены, то эти вопросы остаются неразрѣшенными. Бентамъ предлагаетъ такой отвѣтъ, что общества видоизмѣняютъ и всегда видоизмѣняли свои законы, сообразно измѣнчивости ихъ взглядовъ на приложимость законовъ вообще. Трудно сказать, чтобы это положеніе было ложно, но оно во всякомъ случаѣ неплодотворно, такъ какъ то, что кажется приложимымъ и удобнымъ обществу, или скорѣе правительствующей его части, когда она приступаетъ къ измѣненію правилъ дѣйствующаго закона, есть безъ сомнѣнія ничто иное, какъ сама цѣль производимаго измѣненія, какова бы она ни была. Удобство, приложимость, и высшее благо суть не болѣе какъ различныя наименованія того двигателя, который ускоряетъ всякое измѣненіе въ области положительнаго права и если мы принимаемъ приложимость и удобство за руководство къ измѣненію закона или вообще воззрѣній, то мы выигрываемъ этимъ только то, что замѣняемъ точный терминъ, такимъ выраженіемъ, которое и безъ того подразумѣвается, когда идетъ рѣчь о производимой перемѣнѣ.

Существующія теоріи права возбудили противъ себя широко распространившееся недовольство и вселили всеобщее убѣжденіе, что онѣ въ дѣйствительности вовсе не разрѣшаютъ тѣхъ вопросовъ, за которые берутся, и потому вполнѣ оправдываютъ подозрѣніе въ томъ, что нѣкоторыя стороны изслѣдованія, необходимыя для окончательнаго вывода не были достаточно обслѣдованы или даже были совершенно упущены изъ виду составителями этихъ теорій. И въ самомъ дѣлѣ всѣ онѣ, за исключеніемъ теоріи Монтескьё, могутъ быть обвинены въ одномъ весьма важномъ пропускѣ. Теоріи эти не берутъ во вниманіе того, чѣмъ въ дѣйствительности былъ законъ въ періоды далекіе отъ времени ихъ появленія на свѣтъ. Ихъ творцы старательно наблюдали надъ собственнымъ вѣкомъ и его цивилизаціей и надъ институтами и цивилизаціей тѣхъ вѣковъ, которые возбуждали въ ихъ

умахъ нѣкоторую степень сочувствія, но какъ только вниманіе ихъ обращалось къ архаическому состоянію общества, которое представляло по внѣшности значительное различіе отъ современнаго имъ общественнаго строя, они переставали наблюдать и пускались въ догадки. Сдѣланный ими промахъ представляетъ аналогію съ ошибкою того ученаго, который, изслѣдуя законы вещественной природы, сталъ бы разсматривать существующій физическій міръ, какъ одно цѣлое, вмѣсто того, чтобы начинать съ тѣхъ частицъ, которыя составляютъ его простѣйшіе элементы. Мы положительно не видимъ причины, почему бы такой ошибочный способъ изслѣдованія могъ быть извинительнѣе въ юриспруденціи, чѣмъ въ другой какой нибудь умственной сферѣ. Можно сказать à priori, что во всякаго рода изслѣдованіяхъ необходимо начинать съ простѣйшихъ соціальныхъ формъ, находившихся въ возможно близкомъ отношеніи къ первобытнымъ условіямъ. Другими словами, если мы будемъ держаться этого метода, то всѣ наши старанія должны быть устремлены къ тому, чтобы проникнуть, такъ глубоко какъ только возможно, въ исторію первобытныхъ обществъ. Явленія, наблюдаемыя нами въ древнѣйшихъ обществахъ, сначала не легко даются пониманію, но трудность, какую мы испытываемъ, стараясь постичь ихъ, не можетъ стать въ уровень съ тѣми затрудненіями, которыя смущаютъ насъ при наблюденіи надъ крайнею запутанностью новѣйшей соціальной организаціи. Въ первомъ случаѣ трудность происходитъ отъ того только, что эти явленія представляются намъ странными и грубыми, а не потому, чтобы они были многочисленны или сложны. Стоитъ только преодолѣть то удивленіе, какое они возбуждаютъ въ насъ, если смотрѣть на нихъ съ новѣйшей точки зрѣнія, и мы увидимъ, что они довольно малочисленны и очень просты. Но еслибы даже изученіе этихъ явленій представляло еще больше затрудненій, чѣмъ это оказывается на дѣлѣ, то и тогда не слѣдуетъ жалѣть никакихъ трудовъ, чтобы выяснить тѣ зародыши, изъ которыхъ развились всѣ формы нравственнаго принужденія,

нормирующаго наши дѣйствія и руководящаго нашей жизнью въ настоящій моментъ.

Свѣденія, которыя мы имѣемъ о зачаткахъ общественнаго строя, пріобрѣтаются изъ свидѣтельствъ трехъ родовъ: изъ описаній современниковъ, имѣвшихъ случай дѣлать наблюденія надъ цивилизаціей, стоявшей на менѣе высшей степени, чѣмъ ихъ собственная; изъ преданій, которыя нѣкоторыя племена сохранили о своей первобытной исторіи; и, наконецъ, изъ остатковъ древняго закона. Первый родъ свидѣтельствъ имѣетъ для насъ конечно наибольшую цѣну. Общества не идутъ впередъ совмѣстно, но всегда находятся на различныхъ ступеняхъ прогресса, и потому бываютъ моменты, когда люди, уже успѣвшіе пріучить себя къ методическому изслѣдованію, дѣйствительно бываютъ въ состояніи присмотрѣться и описать дѣтскій періодъ человѣчества. Тацитъ, какъ нельзя лучше воспользовался въ этомъ направленіи условіями, среди которыхъ онъ жилъ; но его «Германія», въ противность многимъ классическимъ сочиненіямъ иного направленія, не побудила другихъ писателей послѣдовать хорошему примѣру ея автора, и сумма дошедшихъ до насъ свидѣтельствъ этого рода оказывается до крайности скудною. Высокомѣрное презрѣніе, съ какимъ цивилизованный народъ смотрѣлъ на варваровъ сосѣдей, не дозволяло дѣлать наблюденій надъ ихъ бытомъ; это презрѣніе со временемъ еще болѣе усилилось подъ вліяніемъ страха, религіозныхъ предразсудковъ и даже отъ употребленія и строгаго противоположенія словъ: цивилизація и варварство, понимавшихся часто въ смыслѣ различія не только по степени, но и по самой сущности. Нѣкоторые критики заподозрили «Германію» въ томъ, что авторъ ея жертвовалъ истиной для рѣзкости контраста и живописности расказа. Другіе же дошедшіе до насъ историческіе памятники, повѣствующіе о дѣтскомъ періодѣ народной жизни, были искажены племенною гордостью или религіозными воззрѣніями болѣе новыхъ временъ. Но слѣдуетъ замѣтить, что вышесказанное, имѣетъ ли оно разумное основаніе или нѣтъ, почти не касается древ-

няго закона. Многое изъ того, что дошло до насъ изъ области древняго права, сохранилось только вслѣдствіе своей древности. Тѣ, которые примѣняли эти законы и повиновались имъ, не претендовали на пониманіе ихъ, а въ иныхъ случаяхъ они даже поднимали ихъ на смѣхъ и презирали ихъ. Они знали только, что законы эти дошли къ нимъ отъ предковъ. Сосредоточивая наше вниманіе на этихъ обломкахъ древнихъ институтовъ, которые по всѣмъ соображеніямъ не могли измѣниться, мы можемъ составить себѣ ясное представленіе о нѣкоторыхъ важныхъ характеристическихъ признакахъ того общества, которому они принадлежали вначалѣ. Сдѣлавъ еще одинъ шагъ, мы можемъ приложить наши свѣдѣнія къ системамъ права, которыя подобно своду законовъ Мэну, въ цѣломъ возбуждаютъ подозрѣніе въ своей достовѣрности, и, руководствуясь пріобрѣтенною нами путеводною нитью, мы будемъ въ состояніи отличить части дѣйствительно архаическія, отъ тѣхъ частей, на которыхъ отразились предразсудки, личныя цѣли или невѣжество составителя. По крайней мѣрѣ слѣдуетъ признать, что если у насъ будетъ достаточно матеріала для упомянутаго процесса и если сравненія будутъ въ точности проведены, то этотъ методъ заслужитъ также мало возраженій, какъ и тѣ методы, которые привели къ такимъ удивительнымъ результатамъ въ сравнительной филологіи.

Доказательства, выведенныя изъ сравнительнаго разсмотрѣнія правовыхъ явленій у различныхъ народовъ, заставляютъ насъ признать тотъ взглядъ на первоначальное состояніе человѣческаго рода, который извѣстенъ подъ именемъ теоріи «патріархальнаго быта». Нѣтъ сомнѣнія, что эта теорія въ своемъ основаніи опирается на библейскую исторію еврейскихъ патріарховъ въ западной Азіи; но какъ мы объясняли выше, ея связь съ библіей скорѣе мѣшала, чѣмъ способствовала принятію ея, какъ законченной теоріи, такъ какъ большинство изслѣдователей, обращавшихъ до послѣдняго времени усиленное вниманіе на связь общественныхъ явленій, или было предубѣждено противъ еврейскихъ древностей, или же руко-

водилось сильнѣйшимъ желаніемъ построить свою систему безъ помощи религіозныхъ преданій. Даже и теперь замѣтно стремленіе умалить важность этихъ свидѣтельствъ или устранить основанныя на нихъ обобщенія, такъ какъ они относятся къ преданіямъ семетическаго народа. Какъ бы то ни было, слѣдуетъ замѣтить, что свѣдѣнія, входящія въ область права, почти исключительно даются институтами обществъ, принадлежащихъ къ индоевропейскому племени и что большая часть ихъ дошла до насъ отъ римлянъ, индусовъ и славянъ, такъ что въ настоящее время вся трудность изслѣдованія заключается въ томъ, чтобы знать, гдѣ остановиться и опредѣлить: о какихъ именно племенахъ человѣческаго рода нельзя составлять предположенія, что общества, первоначально образованныя ими, были организованы на патріархальный образецъ. Мнѣ нѣтъ никакой необходимости изображать съ какими нибудь подробностями характеристическія черты такого общества, заключающіяся въ первыхъ главахъ книги бытія, съ одной стороны потому что онѣ знакомы большинству съ ранняго дѣтства, а съ другой потому, что вслѣдствіе интереса возбужденнаго споромъ между Локкомъ и Фильмеромъ, вопросъ этотъ занимаетъ въ англійской литературѣ цѣлый отдѣлъ, хотя и не самый назидательный.

На первый взглядъ самыя видныя черты этой общественной организаціи суть слѣдующія: старѣйшій родственникъ мужескаго пола — старѣйшій по восходящей линіи—является безусловнымъ главою въ своей семьѣ. Его власть простирается на жизнь и смерть и является такою же неограниченною надъ дѣтьми и ихъ семьями, какъ и надъ рабами; и въ самомъ дѣлѣ условія жизни сына и раба мало чѣмъ отличаются другъ отъ друга, исключая развѣ правоспособности сына сдѣлаться въ свою очередь главою семьи. Стада и табуны, принадлежащіе дѣтямъ, въ такой же мѣрѣ принадлежатъ отцу; имущество родителя, владѣніе которымъ носило болѣе представительный характеръ, чѣмъ характеръ личной собственности, по его смерти дѣлится поровну между его потомками

въ первой степени по нисходящей линіи, причемъ старшій сынъ получалъ иногда двойную долю по праву первородства, но большею частью онъ не пользовался никакими наслѣдственными преимуществами кромѣ почетнаго первенства. Выводъ, который обыкновенно дѣлается изъ библейскихъ разсказовъ, будто бы они заключаютъ въ себѣ указаніе на первое нарушеніе родительской власти, кажется мнѣ далеко не вѣрнымъ. Семьи Якова и Исава отдѣлились и образовали два отдѣльныхъ народа; но семьи дѣтей Якова держались вмѣстѣ и образовали одинъ народъ. Они представляютъ собою какъ бы недоразвившійся зародышъ государства или республики и зародышъ правоваго порядка, превышавшаго требованія обыкновенныхъ семейныхъ отношеній.

По моему мнѣнію, еслибы кто пожелалъ представить вкратцѣ характеристику того состоянія, въ какомъ находилось человѣчество въ началѣ своей исторіи, то цѣль могла бы быть всего лучше достигнута приведеніемъ слѣдующихъ стиховъ изъ *Одиссеи* Гомера:

τοῖσιν δ' οὔτ' ἀγοραὶ βουληφόροι οὔτε Θέμιστες,
. . . . Θεμιστε ὑει δὲ ἕκαστος
παιδων ἠδ' ἀλόχων, οὐδ' ἀλλήλων ἀλέγουσιν.

«Нѣтъ между ними ни сходбищъ народныхъ для общихъ совѣтовъ, ни *θемидъ*, но каждый надъ женой и дѣтьми властвуетъ, зная себя одного, о другихъ не заботясь.» Эти строки относятся къ циклопамъ, но я не считаю слишкомъ произвольнымъ допустить ту мысль, что циклопы у Гомера представляютъ собою типъ чуждой и болѣе низкой цивилизаціи, потому что физическое отвращеніе, какое древнее общество чувствовало къ людямъ, которыхъ обычаи значительно отличались отъ ихъ собственныхъ, обыкновенно выражалось въ изображеніи послѣднихъ чудовищами, гигантами или даже, (что почти всегда встрѣчается въ восточной миѳологіи), демонами. Какъ бы то ни было, стихи Гомера представляютъ собою итогъ тѣхъ неясныхъ указаній, какія даютъ намъ

древніе юридическіе памятники. Люди вначалѣ были разсѣяны отдѣльными изолированными группами, которыя связывались между собою только подчиненіемъ общему родоначальнику. Закономъ было слово родоначальника, но еще далеко не въ смыслѣ тѣхъ *ѳемидъ*, о которыхъ мы разсуждали въ первой главѣ настоящаго сочиненія. Если мы пойдемъ далѣе и обратимся къ тому состоянію общества, въ которомъ образовались эти первоначальныя юридическія понятія, то мы все еще найдемъ въ нихъ отпечатокъ таинственности и произвола, которымъ должны были отличаться повелѣнія отца; но въ то же время эти повелѣнія, исходя отъ владыки, предполагаютъ уже соединеніе семейныхъ группъ въ болѣе обширную организацію. Ближайшій затѣмъ вопросъ состоитъ въ томъ, какого рода было это соединеніе, и какая степень близости понималась подъ такою связью.

Но здѣсь архаическое право оказываетъ намъ величайшую услугу, наполняя пробѣлъ, который въ противномъ случаѣ пришлось бы восполнить одними предположеніями. Въ немъ мы находимъ множество ясныхъ указаній на то, что общество въ первобытныя времена не было подобно тому, какъ оно считается теперь, собраніемъ *индивидовъ*. Фактически и съ точки зрѣнія лицъ его составлявшихъ, оно было *агрегаціей родовъ*. Контрастъ между ними можетъ быть выраженъ точнѣйшимъ образомъ, если мы скажемъ, что *единицей* древняго общества была семья, а новѣйшаго — отдѣльный индивидъ. Мы неизбѣжно должны встрѣтить въ древнемъ правѣ всѣ послѣдствія этого различія. Древнее право слагалось такимъ образомъ, что было приноровлено къ системѣ небольшихъ независимыхъ корпорацій. Оно заключало въ себѣ скудный запасъ положеній, такъ какъ оно дополнялось деспотическими повелѣніями родоначальниковъ. Оно отличалось обрядностью, потому что акты, на которые ему приходилось обращать свое вниманіе, скорѣе имѣли характеръ международныхъ сдѣлокъ, нежели живыхъ сношеній между индивидами. Сверхъ того въ этомъ правѣ была одна особенность, важность кото-

рой нельзя вполнѣ оцѣнить въ настоящее время. Его взглядъ *на жизнь* не имѣетъ ничего общаго съ тѣми взглядами, какіе мы встрѣчаемъ въ болѣе развитомъ правѣ. Корпораціи *никогда не умираютъ*, и согласно съ этимъ первобытный законъ смотрѣлъ на патріархальныя и семейныя группы, съ которыми имѣлъ дѣло, какъ на вѣчно существующія и неугасаемыя. Такое воззрѣніе тѣсно связано съ своеобразнымъ опредѣленіемъ нравственности въ древнѣйшія времена. Нравственное возвышеніе и нравственный упадокъ индивида смѣшивались, повидимому, съ достоинствами и пороками группы, къ которой принадлежалъ этотъ индивидъ. Если корпорація совершала правонарушеніе, то ея вина считалась важнѣе суммы проступковъ, совершенныхъ членами, ее составлявшими; преступленіе являлось дѣломъ корпоративнымъ и послѣдствія его падали на многихъ такихъ лицъ, которыя даже не участвовали въ совершеніи его. Съ другой стороны, если какой нибудь индивидъ былъ уличенъ въ преступленіи, то съ нимъ вмѣстѣ и нерѣдко за него терпѣли его дѣти, родственники, люди, принадлежащіе къ одному колѣну съ нимъ или даже его сограждане. Такимъ образомъ случалось, что идея нравственной отвѣтственности и возмездія яснѣе осуществлялась въ древнѣйшія времена, чѣмъ въ послѣдующіе періоды, такъ какъ первобытные люди, признавая семейную группу безсмертною и наказуемость ея непогашаемою никакой давностью, не тревожились тѣми затруднительными вопросами, которые явились сами собою, какъ только индивидъ сталъ считаться за нѣчто совершенно отдѣльное отъ группы. Переходная ступень отъ древняго и простѣйшаго взгляда на этотъ предметъ къ теологическимъ и метафизическимъ воззрѣніямъ позднѣйшаго времени отмѣчается древнимъ греческимъ понятіемъ о наслѣдственномъ проклятіи. Потомки преступнаго предка не подлежатъ уже наказанію за его преступленіе, но получаютъ отъ него какъ бы склонность къ совершенію новыхъ преступленій, которыя должны повлечь за собою достойное возмездіе, и такимъ образомъ отвѣтственность, падавшая на цѣлый родъ,

приведена была въ соглашеніе съ новымъ фазисомъ умственнаго развитія, по которому область дѣйствій карательныхъ ограничивалась лицомъ, дѣйствительно совершившимъ данное преступленіе.

Мы бы могли представить самое простое объясненіе происхожденія общества, еслибы удобно было построить общее заключеніе на тѣхъ неясныхъ указаніяхъ, какія заключаются въ упомянутыхъ нами библейскихъ разсказахъ, и предположить, что общества начинали возникать повсюду, гдѣ только семья держалась въ совокупности вмѣсто того, чтобы раздѣлиться по смерти патріархальнаго главы. Во многихъ греческихъ государствахъ и въ Римѣ долго оставались слѣды восходящихъ линій тѣхъ группъ, изъ которыхъ первоначально составлялось государство. Семья, родъ и триба у римлянъ могутъ считаться типомъ такихъ группъ и, основываясь на дошедшихъ до насъ описаніяхъ, мы едва-ли можемъ себѣ представить ихъ иначе, какъ въ видѣ системы концентрическихъ круговъ, которые идутъ, постепенно расширяясь, отъ одной общей точки. Самой элементарной группой является семья, связь которой состояла въ подчиненіи всѣхъ ея членовъ старѣйшему члену мужескаго пола по восходящей линіи. Аггрегація фамилій или семействъ составляетъ родъ или домъ, аггрегація родовъ—трибу. Аггрегація трибъ образуетъ государство. Но можемъ ли мы слѣдовать этимъ указаніямъ и полагать, что государство есть собраніе лицъ, соединенныхъ общимъ происхожденіемъ отъ родоначальника первоначальной семьи? По крайней мѣрѣ мы можемъ быть увѣрены въ томъ, что всѣ древнія общества считали себя происшедшими отъ единаго первоначальнаго корня и развивались при томъ убѣжденіи, что кромѣ этой не могло быть никакой другой причины для ихъ политическаго единенія. Исторія политическихъ идей начинается фактически съ предположенія, что родство по крови есть единственно возможное основаніе для совмѣстнаго отправленія политическихъ функцій; тогда еще не было примѣровъ ниспроверженія существующихъ воззрѣній, которыя

мы называемъ переворотами и которыя производятъ такую поразительную и полную перемѣну, когда какой нибудь новый принципъ,—какъ напримѣръ, принципъ *территоріальности*—впервые является основаніемъ для общности политической жизни. Слѣдовательно, говоря о раннихъ государствахъ, мы можемъ утверждать, что ихъ граждане считали всѣ группы, членами которыхъ они были, основанными на общемъ происхожденіи. Что было безусловно вѣрнымъ относительно семьи, то было принято за истину сначала для рода, затѣмъ для трибы и наконецъ для государства. Однако мы видимъ, что совмѣстно съ такимъ вѣрованіемъ и, если можно такъ выразиться, съ такой теоріей, каждый народъ сохранилъ лѣтописи и преданія, которыя ясно показываютъ, что основное положеніе было ложно.

Куда мы не посмотримъ—на греческія ли государства, на Римъ, на тевтонскую аристократію въ Дитмаршѣ, давшую Нибуру матеріалъ для многихъ важныхъ объясненій, или на корпораціи кельтическихъ клановъ, или на ту своеобразную соціальную организацію русскихъ и поляковъ, которая только въ недавнее время обратила на себя вниманіе,—вездѣ мы находимъ въ исторической жизни слѣды переходнаго времени, когда люди чуждаго происхожденія были допускаемы въ первоначальное братство и поглощались имъ. Въ Римѣ мы замѣчаемъ, что къ первоначальной группѣ постоянно примѣшивался посторонній элементъ вслѣдствіи обычая усыновленія, и что вмѣстѣ съ тѣмъ всегда были въ ходу различныя исторіи относительно иноземнаго происхожденія одной изъ первоначальныхъ трибъ, а равно и относительно значительной примѣси къ родамъ, сдѣланной однимъ изъ древнихъ царей. Составъ государства, хотя неизмѣнно признавался естественнымъ, былъ тѣмъ не менѣе, какъ извѣстно, въ значительной мѣрѣ искусственнымъ. Это противорѣчіе между вѣрованіемъ или теоріей и общеизвѣстнымъ фактомъ съ перваго взгляда представляется крайне запутаннымъ, но въ дѣйствительности оно служитъ къ объясненію сильнаго вліянія, какое

оказывали юридическія фикціи въ дѣтскомъ періодѣ общества. Самая ранняя и наиболѣе широко примѣняемая изъ всѣхъ юридическихъ фикцій была та, которая дозволяла семейнымъ отношеніямъ слагаться искуственно, и по моему мнѣнію, никакая другая юридическая фикція не оказала такихъ важныхъ услугъ человѣчеству. Если бы она никогда не существовала, то едва ли бы нашелся какой нибудь другой способъ, посредствомъ котораго одна группа могла бы быть поглощена другою или двѣ изъ нихъ могли соединиться въ одну, развѣ только подъ условіемъ абсолютнаго господства съ одной стороны и абсолютнаго подчиненія съ другой. Нѣтъ сомнѣнія, что если смотрѣть на соединеніе независимыхъ корпорацій съ точки зрѣнія нашихъ новѣйшихъ идеей, то мы бы могли отыскать для этого сотню различныхъ способовъ, изъ которыхъ простѣйшій былъ бы тотъ, чтобы индивиды, входившіе въ составъ соединяющихся группъ, вотировали или дѣйствовали за одно въ силу принципа *территоріальности*; но идея, что извѣстное число лицъ должно пользоваться сообща политическими правами на томъ только основаніи, что имъ приходилось жить въ однихъ и тѣхъ же топографическихъ предѣлахъ, показалась бы до крайности странною и даже чудовищною людямъ первобытной древности. Наиболѣе популярный въ тѣ времена способъ былъ бы тотъ, что пришлое населеніе *предполагалось* происшедшимъ отъ одного корня съ тѣмъ народомъ, къ которому оно прививалось; въ настоящее время мы не можемъ себѣ представить того довѣрія, какимъ пользовалась эта фикція и той тщательности, съ какою въ этихъ случаяхъ старались подражать дѣйствительности. При этомъ слѣдуетъ замѣтить одно обстоятельство, а именно то, что существовалъ несомнѣнный обычай, чтобы люди, составлявшіе различныя политическія группы, періодически сходились другъ съ другомъ съ цѣлью признанія и освященія своего союза посредствомъ общихъ жертвоприношеній. Чужеземцы, слившіеся съ братствомъ, были безъ сомнѣнія допускаемы къ этимъ жертвоприношеніямъ, и какъ скоро это случалось, то отсюда не

трудно было перейти къ предположенію, что они происходятъ отъ общаго корня. Самый очевидный затѣмъ выводъ есть тотъ, что не всѣ древнія общества произошли отъ одного предка, но что всѣ тѣ общества, которыя представляли собою какія нибудь задатки постоянства и прочности, или произошли такимъ образомъ, или были убѣждены въ этомъ. Безчисленныя причины могли разстроить первичныя общественныя группы, но какъ только этимъ группамъ приходилось вновь слагаться, то это дѣлалось по образцу родовой ассоціаціи. Какъ бы то ни было, всѣ понятія, языкъ и законъ приноравливались къ этому предположенію. Хотя все это признается вѣрнымъ по отношенію къ тѣмъ обществамъ, которыхъ лѣтописи намъ извѣстны, но ихъ послѣдующая исторія подтверждаетъ то положеніе, что наиболѣе утвердившіяся изъ юридическихъ фикцій оказывали въ сущности только временное и ограниченное вліяніе. Въ извѣстный моментъ,—вѣроятно, какъ только государство начинало чувствовать въ себѣ достаточно силы, чтобы противостоять внѣшнему давленію,—оно переставало усиливать себя искуственнымъ распространеніемъ связи кровнаго родства. Такимъ образомъ оно по необходимости образовало аристократію тамъ, гдѣ окружавшее его пришлое населеніе составилось такимъ способомъ, что нельзя было допустить притязаній на единство происхожденія. Строгость въ проведеніи основнаго принципа этой системы, по которому политическія права достигались не иначе, какъ на условіяхъ кровнаго родства дѣйствительнаго или фиктивнаго, возбудила въ нисшихъ слояхъ населенія стремленіе къ установленію другаго принципа, который оказался несравненно болѣе живучимъ. Это былъ принципъ *территоріальности*, теперь признаваемый вездѣ какъ главное условіе общности отправленія политическихъ функцій.—Такимъ образомъ сразу возникъ цѣлый рядъ новыхъ политическихъ идей, которыя, будучи схожи съ нашими собственными, съ идеями нашихъ современниковъ и въ значительной степени съ идеями нашихъ предковъ, нѣсколько

затемнили пониманіе болѣе древнихъ теорій, которыя были побѣждены и низложены этими идеями.

Семья есть слѣдовательно типъ архаическаго общества во всѣхъ его видоизмѣненіяхъ, но здѣсь слово семья употребляется не въ томъ смыслѣ, въ какомъ оно понимается въ новѣйшее время. Чтобы вполнѣ, уяснить себѣ древнее понятіе, мы должны въ одно и то же время, значительно расширить съ одной стороны и значительно съузить съ другой наши новѣйшія идеи. Мы должны обратить вниманіе на то, что древняя семья постоянно расширялась поглощеніемъ чуждыхъ лицъ и включеніемъ ихъ въ свой составъ; затѣмъ должны вспомнить, что фикція усыновленія такъ удачно подражала дѣйствительному родству, что ни законъ, ни общественное мнѣніе не дѣлаютъ ни малѣйшаго различія между дѣйствительною и искуственною связью. Съ другой стороны мы замѣчаемъ, что лица, по теоріи слившіеся съ семьей вслѣдствіи единства происхожденія, на практикѣ связывались повиновеніемъ старѣйшему восходящему родственнику, отцу, дѣду или прадѣду. Патріархальная власть главы является такимъ же необходимымъ ингредіентомъ въ понятіи о семейной группѣ, какъ самъ фактъ (дѣйствительный или предполагаемый) ея происхожденія изъ единаго источника; отсюда вытекаетъ, что еслибы какія нибудь лица, хотя бы въ дѣйствительности и включенныя въ братство въ силу кровнаго родства, задумали фактически нарушить повиновеніе главѣ, то первобытный законъ всегда считалъ бы ихъ потерянными для семьи. Такова патріархальная семья, съ которою мы всегда встрѣчаемся въ дѣтскомъ періодѣ юриспруденціи: это, если можно такъ выразиться, новѣйшая семья, укороченная съ одной стороны и расширенная съ другой. Старѣйшая по времени, чѣмъ государство, триба и родъ, патріархальная семья оставила свои слѣды на Гражданскомъ правѣ, слѣды, сохранившіеся даже и тогда, когда родъ и триба были забыты и когда принципъ кровнаго родства пересталъ играть роль въ понятіи состава государства. Этотъ отпечатокъ патріархальной семьи видѣнъ

на всѣхъ значительныхъ отдѣлахъ права и, какъ мнѣ кажется, его слѣдуетъ принять за настоящій источникъ многихъ наиболѣе важныхъ и характеристическихъ чертъ въ этихъ отдѣлахъ. Разсматривая характеристическія черты права, въ его наидревнѣйшемъ состояніи, мы неуклонно должны прійти къ тому выводу, что древнее право точно также относилось къ цѣлой семейной группѣ, какъ современное право относится къ одному индивиду, при опредѣленіи его правъ и обязанностей. Существуютъ и теперь нѣкоторыя общества, доступныя нашему наблюденію, которыхъ законы и обычаи сохранились въ томъ видѣ, какой они имѣли въ ихъ первобытномъ состояніи; но въ обществахъ обставленныхъ болѣе счастливыми условіями, первоначальное зданіе юриспруденціи постепенно разлагалось и если мы внимательно присмотримся къ этому процессу, то увидимъ, что онъ преимущественно встрѣчается въ тѣхъ частяхъ каждой системы, которыя глубже проникнуты первобытнымъ понятіемъ о семьѣ. Въ одномъ изъ наиболѣе выдающихся случаевъ, а именно въ Римскомъ правѣ, перемѣна совершалась такъ медленно, что мы можемъ наблюдать шагъ за шагомъ путь и направленіе, которому она слѣдовала и получить нѣкоторое понятіе объ окончательномъ результатѣ, къ которому она направлена. При этомъ послѣднемъ изслѣдованіи мы не должны затрудняться воображаемою преградою, которая отдѣляетъ новѣйшій міръ отъ древняго. Смѣсь развитаго Римскаго права съ первобытными варварскими обычаями, извѣстная намъ подъ неточнымъ названіемъ феодализма, имѣла между прочимъ то слѣдствіе, что оживила многія черты архаическаго порядка уже вымершія въ римскомъ мірѣ, такъ что разложеніе, которое повидимому уже кончилось, началось снова и до нѣкоторой степени продолжается и теперь.

Въ нѣкоторыхъ системахъ права семейная организація древнѣйшаго общества оставила по себѣ явный и широкій слѣдъ въ пожизненной власти отца или другого предка надъ личностью и имуществомъ его потомковъ, власть, которую принято называть ея позднѣйшимъ римскимъ именемъ Patria Potestas.

Никакая другая черта, изъ сохранившихся до нашего времени первоначальныхъ человѣческихъ ассоціацій, не представляетъ болѣе крупнаго свидѣтельства о тѣхъ отдаленныхъ временахъ, какъ Patria Potestas, а между тѣмъ ни одна изъ нихъ не исчезла такъ быстро изъ обычаевъ большинства обществъ при ихъ послѣдующемъ развитіи. Гай, писавшій при Антонинахъ, описываетъ это установленіе, какъ отличительно римское. Правда, если бы онъ обратилъ вниманіе на варварскія племена за Рейномъ и Дунаемъ, возбуждавшія любопытство нѣкоторыхъ изъ его современниковъ, то увидѣлъ бы патріархальную власть въ ея грубѣйшей формѣ, и въ то же время узналъ бы, что на отдаленномъ востокѣ у народа, происходившаго, судя по языку, отъ одного корня съ римлянами, повторялась ихъ Patria Potestas въ нѣкоторыхъ ея наиболѣе выдающихся чертахъ. Но наблюдая институты тѣхъ племенъ, которыя считались входящими въ составъ Римской Имперіи, Гай не нашелъ ни одного установленія похожаго на римскую «отцовскую власть» за исключеніемъ однихъ только азіатскихъ Галатовъ. Мнѣ кажется, что есть возможность доискаться причины, почему въ большей части прогрессивныхъ обществъ прямая власть предка очень скоро получала болѣе скромные размѣры чѣмъ тѣ, какіе она имѣла въ древнѣйшія времена. Безусловное повиновеніе неразвитаго человѣка своему отцу есть безъ сомнѣнія первичный фактъ, который было-бы нелѣпо объяснять исключительно какимъ нибудь расчетомъ на выгоду; но въ тоже время если естественно было сыновьямъ повиноваться отцу, то также естественно было имъ видѣть въ немъ высшую силу и высшую мудрость. Отсюда вытекаетъ, что когда общества бываютъ поставлены въ такія обстоятельства, которыя заставляютъ придавать особенное значеніе физической и умственной крѣпости, то является стремленіе ограничить Patria Potestas только такими случаями, когда человѣкъ облеченный ею, былъ дѣйствительно способенъ и силенъ. Когда мы посмотримъ организацію древняго элленическаго общества, то окажется въ первый взглядъ, что превосходство мудрости удерживало

отцовскую власть за лицами, утратившими физическую силу; но отношенія Улисса и Лаэрта *въ Одиссеѣ* указываютъ съ другой стороны, что одряхлѣвшій отецъ терялъ главенство надъ семьей въ тѣхъ случаяхъ, когда сынъ вмѣщалъ въ себѣ необыкновенную доблесть и проницательность. Въ эпоху болѣе зрѣлаго развитія Греческаго права положеніе это на практикѣ нѣсколько подвинулось впередъ сравнительно съ тѣмъ, что мы встрѣчаемъ въ гомерической литературѣ и хотя все еще оставалось очень много слѣдовъ строгаго патріархальнаго подчиненія, но прямая власть родителя ограничивалась, какъ и въ европейскихъ кодексахъ, малолѣтствомъ или несовершеннолѣтіемъ дѣтей или другими словами періодомъ, въ которомъ можно всегда предположить ихъ умственную и физическую несостоятельность. Однако Римское право съ его всегдашнимъ стремленіемъ обновлять и поддерживать старый обычай только въ той мѣрѣ, насколько это было вызвано потребностями государства, удержало въ одно и то же время и старый институтъ и естественное ограниченіе, которому онъ долженъ былъ подлежать. Во всѣхъ обстоятельствахъ практической жизни въ совѣтѣ или на войнѣ, гдѣ обществу представлялась надобность воспользоваться умомъ и силою filius familias т. е. сына, находившагося подъ властью отца, онъ являлся такимъ же свободнымъ какъ и отецъ. Въ римскомъ правѣ существовало правило, что Patria Potestas не имѣетъ значенія, какъ только дѣло касается Jus Publicum. Отецъ и сынъ подавали вмѣстѣ голоса на форумѣ и сражались одинъ возлѣ другого въ полѣ; могло случиться, что сынъ въ качествѣ полководца начальствовалъ надъ отцомъ или какъ магистратъ разрѣшалъ споры, возникшіе по отцовскимъ договорамъ и облагалъ наказаніемъ совершенные имъ проступки. Но во всѣхъ отношеніяхъ, входившихъ въ область Гражданскаго права, сынъ находился подъ гнетомъ домашняго деспотизма; и этотъ деспотизмъ, удерживавшійся во всей строгости до послѣдняго времени въ продолженіе столькихъ вѣковъ, составляетъ одинъ изъ самыхъ трудныхъ отдѣловъ въ исторіи права.

Patria Potestas, какъ институтъ цивилизованной жизни, по необходимости являясь для насъ типомъ первобытной отеческой власти, одинаково трудно поддается пониманію, будемъ ли мы разсматривать ея вліяніе на личность или на собственность. Нельзя не пожалѣть о томъ, что существующій въ исторіи пробѣлъ, не можетъ быть восполненъ. Что касается личности, то насколько намъ извѣстно, родитель имѣлъ надъ дѣтьми jus vitae necisque, т. е. право надъ жизнью и смертью и â fortiori—могъ безусловно подвергать ихъ тѣлесному наказанію, и измѣнять по произволу ихъ личныя отношенія; онъ могъ дать жену своему сыну или мужа своей дочери, могъ расторгать бракъ своихъ дѣтей обоего пола, могъ переводить ихъ въ другую семью посредствомъ усыновленія и даже продавать ихъ. До-позднѣйшихъ временъ имперіи мы находимъ слѣды этой власти, хотя и ограниченной болѣе тѣсными предѣлами. Неограниченное право тѣлеснаго наказанія обратилось въ право перенесенія домашнихъ проступковъ на разсмотрѣніе гражданскаго магистрата; привилигія распоряжаться супружествами мало по малу перешла къ условному veto; право продажи дѣтей было на дѣлѣ уничтожено, и самое усыновленіе, почти утративъ все свое древнее значеніе въ преобразованной системѣ Юстиніана, не могло совершаться помимо согласія усыновляемаго. Короче сказать мы приходимъ къ началу развитія тѣхъ идей, которыя получили наконецъ господство въ новѣйшемъ мірѣ. Но между этими отдаленными одна отъ другой эпохами существуетъ промежутокъ полнаго мрака, и мы можемъ только догадываться о причинахъ, смягчившихъ Patria Potestas и давшихъ ей возможность просуществовать такое долгое время. Исполненіе важнѣйшихъ государственныхъ должностей, лежавшее на сынѣ, должно было, если не уничтожить, то во всякомъ случаѣ умѣрить власть отца надъ нимъ. Мы можемъ сказать съ увѣренностью, что отеческая власть не могла проявляться во всей силѣ надъ взрослымъ сыномъ, занимавшимъ высокую гражданскую должность, не производя большаго соблазна въ обществѣ. Однако

въ древнія времена такіе примѣры фактической эманципаціи были сравнительно болѣе рѣдкими рѣже, чѣмъ тѣ, какіе создались постоянными войнами римской республики. Военный трибунъ и простой солдатъ, проводившіе въ полѣ три четверти года, во времена первыхъ войнъ, а въ позднѣйше время проконсулъ, управлявшій провинціей, или проживавшіе тамъ легіонаріи фактически не имѣли никакихъ причинъ считать себя рабами какого бы ни было полновластнаго господина; а такія обстоятельства, способствовавшія устраненію деспотизма, умножались съ каждымъ днемъ. Побѣды вели къ завоеваніямъ, завоеванія къ захвату земель; способъ владѣнія провинціями посредствомъ колоній замѣнился системою занятія ихъ постоянными войсками. Каждый шагъ впередъ былъ призывомъ къ выселенію римскихъ гражданъ и поводомъ къ новой потери крови для слабѣющей латинской расы. Мы имѣемъ основаніе думать, что общественное мнѣніе, сильно расположившееся въ пользу ослабленія Patria Potestas, окончательно утвердилось въ этомъ направленіи во времена общаго мира наступившаго съ установленіемъ имперіи. Первымъ цезарямъ приписываютъ первые значительные удары, нанесенные этому древнему учрежденію, а нѣкоторыя отдѣльныя распоряженія Траяна и Адріана можно повидимому считать подготовкой почвы для цѣлаго ряда положительныхъ узаконеній и хотя мы не всегда можемъ опредѣлить время въ какое они появились, но знаемъ, что съ одной стороны они ограничивали отеческую власть, а съ другой облегчали добровольный выходъ изъ подъ этой власти. Старинный способъ прекращенія Potestas посредствомъ троекратной продажи сына, свидѣтельствуетъ о существовавшемъ издавна враждебномъ чувствѣ къ безполезному продленію родительской власти. Правило, по которому сынъ становился свободнымъ послѣ того, какъ отецъ трижды перепродавалъ его, вѣроятно имѣло первоначальною цѣлью навлечь карательныя послѣдствія на обычай, возмущавшій даже малоразвитое нравственное чувство первобытнаго римлянина. Еще до обнародованія XII таблицъ обычай этотъ былъ обращенъ изобрѣта-

тельностью юрисконсультовъ въ средство, прекращающее отеческую власть въ тѣхъ случаяхъ, когда самъ отецъ пожелаетъ этого.

Безъ сомнѣнія многія изъ причинъ, способствовавшихъ смягченію строгости отеческой власти, остаются невыясненными исторіей. Мы не можемъ сказать въ какой степени общественное мнѣніе парализировало власть, которую установлялъ законъ, и на сколько смягчала её естественная привязанность. Хотя власть надъ *личностью* дѣтей въ послѣднее время вѣроятно сдѣлалась только номинальной, но изъ духа дошедшаго до насъ Римскаго права мы приходимъ къ убѣжденію, что отцовскія права надъ *собственностью* сына прилагались безпрепятственно во всей полнотѣ, какая освящалась закономъ. Обширность этихъ правъ, поражающая съ перваго взгляда, не должна однако удивлять насъ. Древнее Римское право запрещало дѣтямъ, находившимся подъ отеческою властью, владѣть собственностью отдѣльно отъ родителя, или скорѣе, можно сказать, никогда не допускала съ ихъ стороны даже возможности притязаній на право отдѣльной собственности. Отецъ имѣлъ право присвоить себѣ все благопріобрѣтенное имущество сына, обратить въ свою пользу всѣ выгоды отъ заключенныхъ имъ договоровъ и въ то же время оставаться свободнымъ отъ обязанности вознаградить его соотвѣтствующимъ образомъ. Ничего иного нельзя было и ожидать отъ древняго римскаго общества, такъ какъ мы едва-ли можемъ составить себѣ понятіе о первобытной семейной группѣ, не предположивъ, что члены ея вносили свои заработки всякаго рода въ общій запасъ и въ тоже время не могли связать ее какими бы то ни было неосмотрительными индивидуальными обязательствами. Но не въ этомъ заключается загадочность Patria Potestas, а въ той медленности съ какою ограничивались имущественныя привиллегіи родителя, какъ равно и въ томъ обстоятельствѣ, что прежде, чѣмъ эти привиллегіи были дѣйствительно уменшены, онѣ получили законную силу и значеніе во всемъ цивилизованномъ мірѣ. Мы видимъ за-

тѣмъ, что не дѣлалось никакихъ попытокъ къ измѣненію такого порядка вещей до самаго періода Имперіи, когда имущество, пріобрѣтенное солдатами находящимися на службѣ, было впервые изъято изъ подъ дѣйствія Patria Potestas; и это было вѣроятно сдѣлано въ видѣ награды войскамъ, уничтожившимъ свободу республики. Три столѣтія спустя, тѣ же льготы были распространены на благопріобрѣтенное имущество лицъ, занимавшихъ гражданскія должности въ государствѣ. Но оба эти измѣненія были ограничены въ своемъ приложеніи и установлены въ такой формѣ, которая представляла наименьшую возможность столкновенія съ принципомъ Patria Potestas. Право нѣкотораго рода отдѣльной собственности, хотя ограниченное и зависимое, всегда признавалось римскими законами относительно извѣстныхъ пріобрѣтеній и сбереженій, которыя рабы и подвластные сыновья не обязаны были вносить въ общее имущество семьи. Подобный видъ привилегированной собственности обозначался спеціальнымъ названіемъ «Peculium», и это названіе примѣнялось къ пріобрѣтеніямъ, освобожденнымъ отъ Patria Potestas на основаніи двухъ новыхъ вышеуказанныхъ законовъ, при чемъ пріобрѣтенія солдатъ назывались Castrense Peculium, а пріобрѣтенія лицъ состоявшихъ на гражданской службѣ — Quasi castrense Peculium. Затѣмъ послѣдовали другія измѣненія отеческихъ привилегій, показывающія, что внѣшнее уваженіе къ древнему принципу значительно уменьшилось противъ прежняго. Вскорѣ послѣ установленія Quasi - castrense Peculium, Константинъ Великій отнялъ у отца безусловную власть надъ собственностью, которую дѣти получили въ наслѣдство отъ матери и низвелъ его власть до значенія узурфрукта или пожизненнаго пользованія. Въ Западной Имперіи послѣдовало затѣмъ еще нѣсколько малозначительныхъ перемѣнъ; на Востокѣ же сдѣланъ былъ дальнѣйшій шагъ при Юстиніанѣ, который постановилъ, чтобы право родителя на пріобрѣтенія дѣтей вообще не шло далѣе пожизненнаго пользованія доходами, исключая развѣ тѣхъ случаевъ, когда эти пріобрѣтенія

исходили изъ собственности отца. Но и послѣ этаго наиболѣе сильнаго ослабленія Patria Potestas, институтъ этотъ далеко превышалъ объемомъ и строгостью всѣ аналогичные ему институты новѣйшаго міра. Первые новѣйшіе писатели по части юриспруденціи замѣчаютъ, что только у самыхъ суровыхъ и грубыхъ изъ всѣхъ воинственныхъ народовъ, захватившихъ земли имперіи, и преимущественно у народовъ славянскаго происхожденія, существовала Patria Potestas, схожая съ тою, какая встрѣчается въ Пандектахъ и въ Кодексѣ. Всѣ германскіе переселенцы въ имперіи признавали корпоративное соединеніе семьи подъ властью патріархальнаго главы (*mund*); но его власть была очевидно только остаткомъ Patria Potestas, далеко уступавшимъ той, какою пользовался отецъ въ Римѣ. Франки въ особенности изображаются народомъ, отвращавшимся отъ упомянутаго римскаго института, и согласно съ этимъ старые французскіе юристы, хотя и усердно заботились о восполненіи пробѣловъ въ варварскихъ обычаяхъ положеніями Римскаго права, но относительно отеческой власти принуждены были оградить французскіе законы отъ вторженія Potestas положительнымъ правиломъ: Puyssance de père en France n'a lieu. Упорство Римлянъ въ удержаніи этого остатка своего древнѣйшаго быта само по себѣ замѣчательно, но еще замѣчательнѣе распространеніе Potestas на весь образованный міръ, въ которомъ къ тому времени уже исчезъ этотъ остатокъ первобытной жизни человѣческаго общества. Въ то время, когда Castrense Peculium составляло только единственное исключеніе изъ правъ отца надъ имуществомъ и когда его власть надъ личностью дѣтей все еще держалась, римское право гражданства, а вмѣстѣ съ нимъ и Patria Potestas прошли во всѣ углы имперіи. Всякій уроженецъ Африки или Испаніи, всякій галлъ, британецъ, или іудей, получая почетное право гражданства въ видѣ дара, посредствомъ купли или по наслѣдству, подлежалъ уже дѣйствію Римскаго Личнаго Права, и хотя наши знаменитости, полагаютъ, что дѣти, рожденные до пріобрѣтенія гражданства не

могли подлежать родительской власти по Римскому праву помимо своей воли, но дѣти рожденные послѣ пріобрѣтенія гражданства и ихъ дальнѣйшіе потомки во всякомъ случаѣ становились на одну доску съ римскимъ filius familias. Изслѣдованіе механизма позднѣйшаго римскаго общества не можетъ войти въ составъ настоящаго сочиненія, но я позволяю себѣ замѣтить, что считаю неосновательнымъ мнѣніе тѣхъ, которые не придаютъ большаго значенія постановленію Антонина Каракаллы о распространеніи римскаго гражданства на всѣхъ подданныхъ. Какъ бы мы ни толковали этого событія, но должны признать, что оно до чрезвычайности расширило Patria Potestas и мнѣ кажется, что скрѣпленіе семейныхъ отношеній, произведенное этимъ событіемъ, было въ свою очередь весьма важнымъ дѣятелемъ по отношенію къ великому нравственному перевороту, преобразовавшему міръ и потому слѣдовало бы гораздо болѣе обращать на него вниманія, чѣмъ это дѣлалось до сихъ поръ.

Прежде, чѣмъ мы оставимъ этотъ отдѣлъ разсматриваемаго нами предмета, слѣдуетъ замѣтить, что Paterfamilias былъ отвѣтственъ за правонарушенія совершенныя сыновьями, находившимися подъ его властью. Онъ равнымъ образомъ подлежалъ отвѣтственности за проступки своихъ рабовъ; но, и въ томъ, и другомъ случаѣ онъ первоначально имѣлъ странную привилегію выдавать преступника въ видѣ полнаго удовлетворенія за нанесенный имъ вредъ. Отвѣтственность, падавшая такимъ образомъ на отца за дѣйствія сыновей, въ связи съ взаимною неправоспособностью отца и сына, находящагося подъ отеческою властью, просить другъ на друга въ судѣ, объяснялась нѣкоторыми юристами предположеніемъ «единоличности» Paterfamilias съ Filius familias. Въ главѣ о Преемствѣ я постараюсь показать въ какомъ смыслѣ и въ какомъ размѣрѣ это «единство» можетъ быть принимаемо за институтъ, имѣвшій дѣйствительное значеніе. Пока я считаю только нужнымъ сказать, что отвѣтственность, которой подвергался Paterfamilias, и другія подобныя этому правовыя

явленія, о которыхъ будетъ говорено ниже, указываютъ, какъ мнѣ кажется, на извѣстныя *обязанности* первобытнаго патріархальнаго главы, представлявшія соотвѣтствующій противовѣсъ его *правамъ*. Я полагаю, что если онъ безусловно распоряжался личностью и имуществомъ членовъ рода и являлся вмѣстѣ съ тѣмъ какъ бы представителемъ общаго права собственности, то это самое уже налагало на него обязанность заботиться о всѣхъ членахъ братства и снабжать всѣмъ необходимымъ изъ общаго фонда. Необходимо прежде всего отрѣшиться отъ нашихъ обыкновенныхъ воззрѣній, чтобы понять сущность этого обязательства. Это не была юридическая обязанность, такъ какъ *законъ* еще не проникалъ въ область семейныхъ отношеній. Назвать это обязательство *нравственнымъ* долгомъ мы также не имѣемъ права, потому что это значило бы вводить въ представленіе о первобытномъ обществѣ идеи, принадлежащія позднѣйшей ступени умственнаго развитія; по нашему мнѣнію всего удобнѣе употребить здѣсь выраженіе: «нравственное обязательство», если подъ нимъ разумѣть полусознательный долгъ, вынужденный и исполняемый скорѣе по инстинкту и привычкѣ, чѣмъ вслѣдствіе опредѣленной санкціи.

Patria Potestas въ своемъ нормальномъ видѣ не было и, какъ мнѣ кажется, не могло быть вообще прочнымъ институтомъ. Доказательства ея прежняго повсемѣстнаго распространенія будутъ неполны до тѣхъ поръ, пока они будутъ разсматриваться сами по себѣ; выясненіе ея сущности можетъ быть поведено успѣшнѣе путемъ изслѣдованія другихъ отдѣловъ древняго права, тѣсно связанныхъ съ нею, хотя связь эта видна не во всѣхъ частяхъ права и замѣчается не всѣми. Обратимся напримѣръ къ понятію о родствѣ или, вѣрнѣе сказать, къ тому мѣрилу, которымъ измѣрялась близость родственниковъ между собою въ древнемъ правѣ. Здѣсь намъ снова придется употребить римскія выраженія, агнатическаго и когнатическаго родства. *Когнатическое* родство есть понятіе о родствѣ сходное съ новѣйшими представленіями: это есть род-

ство, возникающее вслѣдствіе общаго происхожденія отъ одной супружеской четы, хотя бы въ нисходящей линіи посредствующими членами были лица обоего пола. *Агнатическое* родство есть нѣчто совершенно отличное отъ этого: оно исключаетъ множество такихъ лицъ, за которыми мы въ наше время конечно признали бы права родства и включаетъ еще большее число такихъ, которыхъ мы ни въ какомъ случаѣ не признали бы родственниками. Это есть въ сущности связь между членами семьи въ томъ видѣ, какъ она понималась въ древнѣйшія времена. Предѣлы этой связи далеко не совпадаютъ съ предѣлами родственныхъ отношеній въ новѣйшія времена.

Когнатами были всѣ тѣ лица, которыя могли считать себя происшедшими по крови отъ одного праотца или прародительницы; если мы будемъ придерживаться строгаго техническаго смысла этого слова въ Римскомъ правѣ, то скажемъ, что когнатами были всѣ тѣ лица, которыя могли считать себя происходящими по крови отъ одной четы, состоящей въ законномъ супружествѣ. «Cognatio» есть слѣдовательно относительный терминъ, и степень кровнаго родства, на которое онъ указываетъ, зависитъ отъ той четы, которая принимается за начало счисленія родства. Если мы начнемъ съ супружества отца и матери, то «Cognatio» будетъ только выражать родство братьевъ и сестеръ; если же возьмемъ за отправную точку супружество дѣда и бабки, то въ такомъ случаѣ дяди и тетки и ихъ потомки будутъ также включены въ кругъ когнатическаго родства; слѣдуя такому же процессу, можно получать все большее и большее число когнатовъ, нужно только при выборѣ отправной точки подниматься все выше и выше по восходящей линіи. Все это вполнѣ понятно для современнаго человѣка; но что такое были агнаты? Во-первыхъ, это были когнаты, выводившіе свою родственную связь исключительно черезъ субъектовъ мужескаго пола. Таблица когнатовъ составляется такимъ образомъ, что отмѣчаются поочередно всѣ предки одной линіи и включаются въ таблицу всѣ

ихъ потомки обоего пола; затѣмъ проводятся различныя развѣтвленія такого генеалогическаго древа или таблицы; если же мы остановимся при первомъ попавшемся женскомъ имени и, не слѣдуя за развѣтвленіями этой особенной вѣтви, выключимъ всѣхъ потомковъ лица женскаго пола, то всѣ остальные будутъ агнатами и связь между ними будетъ называться агнатическимъ родствомъ. Я описываю такъ подробно процессъ, которому слѣдуютъ на практикѣ при отдѣленіи агнатовъ отъ когнатовъ, потому что имъ объясняется достопамятное юридическое положеніе: «Mulier est finis familiae» — женщина есть предѣлъ рода. Гдѣ встрѣчается женское имя, тамъ всегда кончается генеалогическая вѣтвь. Ни одинъ изъ потомковъ женщины не включается въ первобытное понятіе семейнаго родства.

Если мы примемъ то положеніе, что разсматриваемая нами система архаическаго права допускала Усыновленіе, то мы должны причислить къ получившимся такимъ способомъ агнатамъ всѣхъ лицъ мужескаго и женскаго пола, которыя были введены въ родъ искуственнымъ расширеніемъ его предѣловъ. Всѣ же потомки такихъ лицъ только въ такомъ случаѣ будутъ агнатами, если они удовлетворяютъ вышеуказаннымъ условіямъ.

Но въ чемъ же заключается причина такого произвольнаго включенія постороннихъ лицъ и исключенія кровныхъ родственниковъ при опредѣленіи агнатической связи? Почему понятіе о родствѣ, будучи настолько эластичнымъ, что включало постороннихъ лицъ, введенныхъ въ семью посредствомъ усыновленія, вмѣстѣ съ тѣмъ оказывалось настолько тѣснымъ, что исключало потомковъ лица женскаго пола, хотя и бывшаго членомъ рода. Чтобы разрѣшить эти вопросы, мы должны прибѣгнуть къ Patria Potestas. Основою агнатической связи было не супружество отца и матери, но отеческая власть. Всѣ лица, находящіеся подъ одною отеческою властью или прежде подлежавшіе ей, или тѣ, которыя могли подлежать ей, если бы ихъ прямой предокъ прожилъ настолько, чтобы

получить власть,—были агнатически связаны между собою. Въ сущности съ точки зрѣнія первобытнаго человѣка родство точно ограничивалось Patria Potestas. Гдѣ начинается Potestas — тамъ начинается и родство; поэтому родственники по усыновленію включаются въ родство. Гдѣ оканчивается Potestas, тамъ оканчивается родство; такимъ образомъ сынъ, эманципированный отцомъ, теряетъ всѣ права агнаціи. Здѣсь-то и заключается причина того, почему потомки члена рода женскаго пола стоятъ внѣ предѣловъ родства. Если женщина умирала незамужнею, она не могла оставить по себѣ законныхъ потомковъ. Если она вступала въ бракъ, то дѣти ея подпадали подъ Partia Potestas не ея отца, а ея мужа, и такимъ образомъ были потеряны для ея собственной семьи. Очевидно, что организація первобытныхъ обществъ была бы нарушена, если бы родство считалось по матери. Результатъ былъ бы тотъ, что одно и то же лицо подлежало бы двумъ различнымъ Patriae Potestates; двѣ же различныя Patriae Patestates предполагали двѣ различныя юрисдикціи, такъ что человѣкъ подвластный имъ жилъ бы подъ двумя различными законами. Пока семья была imperium in imperio или другими словами государство въ государствѣ, управляемое своими собственными институтами, которыхъ источникомъ былъ родитель, ограниченіе родства одними агнатами являлось единственнымъ обеспеченіемъ отъ коллизіи правъ на семейномъ форумѣ.

Отеческая власть собственно прекращалась со смертью родителя, но агнатическая связь была институтомъ такого рода, что долго сохраняла на себѣ слѣды отеческой власти даже и послѣ прекращенія послѣдней. Отсюда вытекаетъ интересъ, какой имѣетъ агнатическая связь для всякаго изслѣдователя, занимавшагося исторіей права. Слѣды отеческой власти сохранились сравнительно въ весьма немногихъ памятникахъ древняго права, между тѣмъ какъ указанія на агнатическое родство, которымъ обусловливалось первоначальное существованіе этой власти, встрѣчаются почти во всѣхъ отдѣлахъ

права. Мало такихъ самостоятельныхъ кодексовъ, принадлежащихъ народамъ индо-европейскаго корня, которые въ своей древнѣйшей части не представляли бы характеристическихъ чертъ, которыя могли быть прямо отнесены къ агнатической связи. Въ Индійскомъ правѣ, напримѣръ, которое насквозь проникнуто первобытными понятіями о семейномъ подчиненіи, родство является исключительно агнатическимъ и, насколько мнѣ извѣстно въ индійскихъ генеалогическихъ таблицахъ вообще совершенно выпущены имена женщинъ. Законы племенъ, разрушившихъ Римскую Имперію, были настолько проникнуты этимъ взглядомъ на родство, что онъ по всѣмъ вѣроятіямъ существовалъ и въ ихъ первоначальныхъ обычаяхъ, и мы можемъ предположить, что взглядъ этотъ утвердился бы въ новѣйшемъ европейскомъ правѣ еще болѣе, чѣмъ теперь, еслибы тому не помѣшало широкое вліяніе позднѣйшаго Римскаго права на новѣйшую мысль. Преторы очень скоро признали когнатическую связь *естественной* формой родства и сдѣлали все отъ нихъ зависящее, чтобы очистить свою систему отъ древнѣйшаго понятія. Ихъ идеи перешли къ намъ, но и досихъ поръ слѣды агнаціи видны во многихъ новѣйшихъ законоположеніяхъ о преемствѣ послѣ смерти. Изъятіе лицъ женскаго пола и ихъ потомковъ отъ отправленія правительственныхъ функцій, которое обыкновенно приписывалось обычаямъ салійскихъ франковъ, несомнѣнно вытекло изъ прежнихъ понятій объ агнатической связи и перешло къ намъ отъ древняго германскаго правила о преемствѣ аллодіальной собственности. Въ агнаціи слѣдуетъ также искать объясненія страннаго положенія Англійскаго права недавно отмѣненнаго, по которому сводным братьямъ запрещалось наслѣдовать земли другъ послѣ друга. Въ норманскомъ Обычномъ Правѣ правило это прилагалось только къ *единоутробнымъ* братьямъ, т. е. къ сыновьямъ одной матери и разныхъ отцовъ; а при такомъ ограниченіи правило это являлось строгимъ выводомъ изъ агнатической системы, вовсе не признававшей никакого родства между единоутробными братьями. Когда правило это

было перенесено въ Англію, то англійскіе судьи, теряясь въ въ догадкахъ относительно примѣненія этого принципа, перетолковали его въ смыслѣ общаго запрещенія сводным братьямъ наслѣдовать другъ послѣ друга и распространили это запрещеніе на *единокровныхъ* братьевъ, т. е. сыновей одного отца отъ разныхъ женъ. Во всей литературѣ, обнимающей такъ называемую философію права, нѣтъ ничего болѣе страннаго какъ тѣ страницы, гдѣ Блэкстонъ старается посредствомъ всевозможныхъ утонченныхъ софизмовъ объяснить и оправдать упомянутое изъятіе сводныхъ братьевъ изъ общихъ правъ преемства.

По моему мнѣнію есть полная возможность показать какимъ образомъ семья, связанная отеческой властью (Patria Potestas), является какъ бы зародышемъ, изъ котораго развилось все Личное право. Изъ всѣхъ отдѣловъ этого права самый важнѣйшій есть тотъ, который касается status женщинъ. Мы не можемъ не согласиться съ тѣмъ мнѣніемъ, что первобытное право, хотя не признавало перехода правъ агнаціи къ потомкамъ лица женскаго пола, но тѣмъ не менѣе включало женщину въ кругъ агнатическаго родства. Въ самомъ дѣлѣ отношеніе женщины къ семьѣ, въ которой она родилась, было гораздо строже, тѣснѣе и прочнѣе, чѣмъ отношеніе родственниковъ мужескаго пола. Мы уже не разъ говорили, что древнее право имѣетъ въ виду одну семью, или другими словами только лицъ, находящихся подъ вѣденіемъ Patria Potestas; согласно съ этимъ, единственнымъ основаніемъ, по которому оно освобождало сына или внука по смерти родителя, была унаслѣдованная этимъ сыномъ или внукомъ правоспособность сдѣлаться въ свою очередь главою новой семьи и носителемъ родительской власти въ ея новомъ видѣ. Женщина разумѣется была лишена такой правоспособности и согласно съ этимъ нэ имѣла права на признаніе ея самостоятельности. Въ архаической юриспруденціи мы встрѣчаемъ особый способъ для удержанія женщины въ пожизненномъ подчиненіи семьѣ. Это есть институтъ, извѣстный въ древнемъ Римскомъ правѣ подъ на-

званіемъ Вѣчной Опеки надъ женщинами, состоявшій въ томъ, что лицо женскаго пола, хотя и освобождалось отъ власти родителя по его смерти, но тѣмъ не менѣе оставалось въ пожизненномъ подчиненіи своимъ ближайшимъ родственникамъ мужескаго пола или лицамъ, назначеннымъ ея отцомъ въ опекуны. Эта Вѣчная Опека есть ни болѣе, ни менѣе, какъ искусственное продолженіе Patria Potestas въ томъ случаѣ, когда это Potestas по какимъ нибудь причинамъ потеряло силу. Въ Индіи упомянутая система сохранилась во всей полнотѣ и соблюдается такъ строго, что мать нерѣдко подпадаетъ подъ опеку своихъ собственныхъ сыновей. Равнымъ образомъ въ Европѣ, законы скандинавскихъ народовъ въ отношеніи къ женщинѣ оставались вѣрны этой системѣ до позднѣйшаго времени. Тоже встрѣчаемъ мы въ туземныхъ обычаяхъ племенъ, покорившихъ Западную Римскую Имперію, и ихъ идеи, относительно лица подлежащаго опекѣ во всѣхъ ея формахъ, могутъ быть причислены къ самымъ ретроградным изъ всѣхъ тѣхъ идей, какія они внесли въ западный міръ. Но изъ позднѣйшаго Римскаго права уже совершенно исчезло понятіе о вѣчной опекѣ надъ женщиной. Мы бы вѣроятно ничего не знали объ этомъ институтѣ, еслибы наши свѣденія должны были ограничиваться одними компиляціями Юстиніана; но открытіе рукописи Гая показало намъ это установленіе въ самый интересный моментъ его существованія, а именно тогда, когда оно начало совершенно терять къ себѣ довѣріе и было близко къ исчезновенію. Этотъ великій юрисконсультъ самъ отвергаетъ съ негодованіемъ популярныя апологіи, находившія ему оправданіе въ умственной несостоятельности женскаго пола, и посвящаетъ большую часть своей книги описанію многочисленныхъ способовъ, иногда чрезвычайно остроумныхъ, какіе придумывались римскими юристами, чтобы дать возможность женщинѣ обойти древнія законоположенія. Руководствуясь теоріей Естественнаго Права, юрисконсульты, очевидно, въ это время принимали равенство обоихъ половъ за основу своего кодекса Справедливости. Слѣдуетъ при этомъ

замѣтить что стѣсненія, на которыя они нападаютъ, касались только распоряженія собственностью, для котораго женщина по прежнему должна была испрашивать формальное дозволеніе отъ своего опекуна. Контроль же надъ ея личностью былъ уже повидимому совершенно уничтоженъ.

Древнее право подчинило женщину ея кровнымъ родственникамъ, между тѣмъ какъ однимъ изъ первыхъ положеній права позднѣйшаго періода было ея подчиненіе мужу. Исторія этой перемѣны очень замѣчательна. Она начинается въ самыхъ раннихъ временъ Рима. Въ древности, по римскому обычаю существовало три способа заключенія браковъ: одинъ изъ нихъ былъ сопряженъ съ религіозною торжественностью, два другихъ—съ соблюденіемъ извѣстныхъ свѣтскихъ формальностей. Религіозный бракъ назывался confarreatio; высшая форма гражданскаго брака называлась coemptio, а нисшая—usus; при посредствѣ ихъ супругъ получалъ извѣстныя права надъ личностью и имуществомъ своей жены, которыя въ сущности хотя и въ увеличенномъ видѣ оказываются тѣми же самыми правами, какія даются супругу въ любой изъ системъ новѣйшаго права. Но въ силу какой же правоспособности пріобрѣталъ онъ ихъ? Не въ качествѣ *мужа*, а въ качествѣ *отца*. Посредствомъ confarreatio, coemptio и usus женщина переходила *in manum viri*, т. е., по закону она становилась какъ бы дочерью своего мужа. Его Patria Potestas простиралась и на нее. Она подчинялась всѣмъ обязательствамъ, налагаемымъ этой властью и переживающимъ эту власть, въ случаѣ ея прекращенія. Вся ея собственность становилась безусловно его собственностью, а по смерти мужа она оставалась до конца жизни подъ опекою того лица, которое онъ назначилъ въ своемъ завѣщаніи. Эти три древнѣйшія формы брака однако мало по малу вышли изъ употребленія и въ блестящій періодъ римскаго величія почти совершенно уступили мѣсто сожительству особаго рода, — повидимому существовавшаго и прежде, но до этого не пользовавшагося уваженіемъ,—который составился изъ видоизмѣненія нисшей формы граждан-

скаго брака. Не вдаваясь въ объясненія технической стороны этого института, получившаго общую извѣстность, я могъ бы формулировать его такимъ образомъ, что съ юридической точки зрѣнія онъ мало чѣмъ превышалъ простую отдачу женщины въ видѣ залога ея семьей. Права семьи надъ нею оставались неизмѣненными, и замужняя жанщина продолжала оставаться подъ опекою тѣхъ лицъ, которыя были назначены ея родителями и которыхъ право контроля надъ нею превышало во многихъ отношеніяхъ нисшую власть ея мужа. Слѣдствіемъ этого было то, что римская женщина, какъ замужняя, такъ и незамужняя, пріобрѣла значительную независимость, и въ личномъ, и въ имущественномъ отношеніи, потому что тогдашнее право, какъ уже было говорено выше, стремилось къ уничтоженію власти опекуна, а нововведенная форма брака не давала мужу взамѣнъ этой власти соотвѣтственнаго превосходства въ его правахъ надъ женою. Христіанство съ самаго начала выказало нѣкоторое стремленіе стѣснить эту свободу. Проповѣдники новой вѣры, сперва руководимые весьма понятнымъ отвращеніемъ къ распущенности разлагавшагося языческаго міра, а впослѣдствіи, увлекаемые страстью къ аскетизму, смотрѣли неблагосклонно на чисто матеріальный союзъ, при которомъ супружеская связь фактически дошла до такой степени ослабленія, до которой она едва ли доходила когда нибудь въ западномъ мірѣ. Позднѣйшее Римское право, на сколько на него повліяли постановленія христіанскихъ императоровъ, носитъ на себѣ нѣкоторые слѣды реакціи противъ либеральныхъ доктринъ великихъ юрисконсультовъ временъ Антониновъ. Только преобладаніемъ религіознаго чувства можно объяснить почему новѣйшая юриспруденція,—выкованная въ горнилѣ варварскаго завоеванія и составленная изъ смѣси Римскаго права съ патріархальными обычаями,—приняла въ число своихъ основныхъ правилъ много такихъ правилъ относительно положенія женщины, которыя составляютъ исключительную принадлежность неразвитой цивилизаціи. Въ продолженіе смутной эпохи, которою начинается новѣйшая исторія,—

когда законы германскихъ и славянскихъ переселенцевъ легли какъ отдѣльные пласты на Римскомъ правѣ, усвоенномъ подданными различныхъ провинцій, — женщина у большинства племенъ вездѣ находилась подъ различными формами архаической опеки, и мужъ, бравши себѣ жену изъ какой нибудь другой семьи, а не изъ своей собственной, платилъ извѣстную денежную стоимость родственникамъ за передаваемое ими право опеки. Подвигаясь далѣе впередъ, мы видимъ, что Средневѣковое право составляется изъ амальгамы двухъ различныхъ системъ и что, согласно съ этимъ, законъ, относящійся къ женщинѣ, носитъ отпечатокъ своего двойственнаго происхожденія. Принципъ Римскаго права здѣсь восторжествовалъ настолько, что незамужнія женщины вообще, (хотя и встрѣчаются нѣкоторыя частныя исключенія изъ этого правила), были освобождены отъ семейнаго рабства. Съ другой стороны архаическій принципъ варварскихъ народовъ послужилъ основаніемъ при установленіи положенія замужней женщины, и мы видимъ, что мужъ присвоиваетъ себѣ въ качествѣ законнаго супруга власть надъ женою, которая нѣкогда принадлежала родственникамъ мужскаго пола съ тою только разницею, что онъ уже болѣе не покупалъ своихъ привиллегій. Въ этомъ пунктѣ слѣдовательно право южной и западной Европы начинаетъ отличаться отъ права остальной Европы одною изъ своихъ главныхъ характеристическихъ чертъ, а именно тою сравнительною свободою, какую оно предоставляетъ незамужнимъ женщинамъ и вдовамъ и тѣмъ тяжелымъ безправіемъ, на которое оно обрекаетъ замужнихъ женщинъ. Прошло много времени прежде, чѣмъ подчиненіе, налагаемое супружествомъ на слабѣйшій полъ, начало замѣтно ослабѣвать. Самымъ главнымъ и могучимъ противовѣсомъ противъ оживавшаго варварства въ Европѣ служилъ кодексъ Юстиніана, который былъ изучаемъ съ тѣмъ страстнымъ увлеченіемъ, которое онъ почти всегда возбуждалъ. Кодексъ этотъ, хотя не явно но тѣмъ не менѣе существенно подрывалъ обычаи, которые онъ, повидимому, только брался истолковать. Но отдѣлъ закона отно-

сящійся къ замужнимъ женщинамъ толковался съ точки зрѣнія не Римскаго, а Каноническаго права, которое ни въ чемъ такъ не расходится съ свѣтской юриспруденціей, какъ во взглядѣ на отношенія, создаваемыя супружествомъ. Это было отчасти неизбѣжно, такъ какъ вѣроятно ни одно общество, носившее на себѣ отпечатокъ христіанскихъ учрежденій, не согласилось бы возвратить замужней женщинѣ ту личную свободу, какая ей была предоставлена Римскимъ правомъ средняго періода; но имущественное безправіе замужней женщины создалось на совершенно иномъ основаніи, чѣмъ личное, и Канонисты нанесли наибольшій вредъ цивилизаціи своимъ стремленіемъ поддержать и утвердить первое изъ нихъ. Сохранилось не мало слѣдовъ борьбы свѣтскихъ принциповъ съ церковными, но Каноническое право почти вездѣ взяло верхъ. Въ нѣкоторыхъ французскихъ провинціяхъ замужней женщинѣ нисшаго класса предоставлена была та же полноправность въ распоряженіи своею собственностью, какая допускалась Римскимъ правомъ, и этотъ мѣстный законъ получилъ широкое примѣненіе въ кодексѣ Наполеона; но съ другой стороны Шотландское право показываетъ, что слѣпое соблюденіе доктринъ римскихъ юрисконсультовъ не всегда ведетъ къ смягченію положенія замужней женщины. Однако наименѣе снисходительными къ замужней женщинѣ неизмѣнно оказываются тѣ системы права, которыя исключительно слѣдовали Каноническому праву, или тѣ, которыя вслѣдствіе поздняго столкновенія съ европейской цивилизаціей, не успѣли искоренить въ себѣ архаизмовъ. Датскіе и шведскіе законы, въ продолженіе многихъ вѣковъ жестоко относившіеся ко всему женскому полу, и теперь менѣе благосклонны къ замужней женщинѣ, чѣмъ большинство кодексовъ остальной Европы. Но еще строже обрекаетъ женщину на имущественную неправоспособность англійское Обычное Право, которое заимствуетъ чуть ли не большую часть своихъ основныхъ принциповъ изъ права Каноническаго. По нашему мнѣнію та часть Обычнаго Права, которая установляетъ юридическое

положеніе замужней женщины, можетъ всего лучше дать понятіе о томъ важномъ институтѣ, которымъ мы преимущественно занимались въ настоящей главѣ. Едва ли есть возможность какимъ либо инымъ образомъ представить себѣ нагляднѣе дѣйствіе и сущность Patria Potestas, чѣмъ это можно сдѣлать изъ разсмотрѣнія тѣхъ прерогативъ, какія предоставляются мужу чисто англійскимъ Обычнымъ Правомъ, и по той строгой послѣдовательности, съ какою оно проводитъ полное юридическое подчиненіе женщины черезъ всѣ отдѣлы правъ и обязанностей, гдѣ только его не коснулась Справедливость или Статутное право. То различіе, какое существуетъ между древнѣйшимъ и позднѣйшимъ Римскимъ правомъ по вопросу о дѣтяхъ, находящихся подъ отеческою властью, можетъ считаться равносильнымъ различію между Обычнымъ Правомъ и юриспруденціей Канцлерскаго Суда по отношенію къ правиламъ, какія они примѣняютъ къ женщинамъ.

Если бы мы потеряли изъ виду настоящее происхожденіе Опеки въ ея обѣихъ формахъ, то должны были бы замѣтить, что въ то время, какъ Опека надъ женщинами представляетъ собою примѣръ, гдѣ архаическое право доводитъ до странной продолжительности фикцію пріостановленныхъ правъ, правила, имъ же принятыя относительно Опеки надъ сиротами мужскаго пола, служатъ примѣромъ ошибки въ совершенно противоположномъ направленіи. Опека надъ малолѣтними мужескаго пола ограничивается чрезвычайно краткимъ періодомъ. По древнему Римскому праву, которое можетъ служитъ для насъ типомъ, сынъ освобожденный отъ Patria Potestas смертью своего отца или дѣда, оставался подъ опекой до той поры, которая вообще опредѣлялась достиженіемъ четырнадцатилѣтняго возраста; но достиженіе этого возраста сразу ставило его въ возможность пользоваться полною личною и имущественною самостоятельностью. Изъ этого слѣдуетъ, что періодъ несовершеннолѣтія былъ неразумно коротокъ, между тѣмъ, какъ безправіе женщины продолжалось непомѣрно долго. Но

съ фактической точки зрѣнія въ обстоятельствахъ, на которыхъ основывается первоначальная форма обоихъ видовъ Опеки, мы не встрѣчаемъ никакихъ основаній для ея чрезмѣрной продолжительности или кратковременности. Ни тотъ ни другой видъ Опеки не обращалъ ни малѣйшаго вниманія на пользу общества или частныхъ лицъ. Опека надъ сиротами мужескаго пола не имѣла болѣе цѣлью оградить ихъ интересы до совершеннолѣтія, какъ равно и опека надъ женщинами уже не клонилась къ тому, чтобы ограждать этотъ полъ отъ его собственной слабости. Причина, почему смерть отца освобождала сына отъ семейнаго рабства, была правоспособность сына самому сдѣлаться главою новой семьи и основателемъ новой Patria Potestas. Такою правоспособностью не обладала женщина и потому она *никогда* не могла быть самостоятельною. Согласно съ этимъ, Опека надъ сиротами мужескаго пола была какъ бы попыткою сохранить подобіе подчиненности семьи родителю до наступленія срока, когда предполагалось, что сынъ самъ будетъ въ состояніи сдѣлаться родителемъ. Это было продолженіе отеческой власти до періода полной физической возмужалости. Она оканчивалась временемъ pubertas: строгость теоріи того требовала. Такъ какъ она не имѣла притязанія продолжать опеку надъ сиротою до періода умственной зрѣлости и дѣеспособности, то по этому совершенно не соотвѣтствовала цѣлямъ всеобщаго удобства, и Римляне замѣтили это въ очень ранній періодъ своего соціальнаго прогресса. Одинъ изъ древнѣйшихъ памятниковъ римскаго законодательства есть Lex Laetoria или Plaetoria, который поставляетъ всѣхъ свободныхъ субъектовъ мужескаго пола, достигшихъ совершеннолѣтія и полноправія подъ временной контроль новаго разряда опекуновъ, называемыхъ Curatores, которыхъ санкція требовалась для дѣйствительности ихъ актовъ и договоровъ. Двадцатилѣтній возрастъ поставлялся предѣломъ для этого установленнаго закономъ надзора, и въ Римскомъ правѣ термины: «совершеннолѣтіе» и «несовершеннолѣтіе» почти исключительно употреблялись по отношенію къ

этому возрасту. Состояніе несовершеннолѣтія въ новѣйшей юриспруденціи принаровлено къ простому принципу покровительства юношеской незрѣлости, какъ физической такъ и умственной. Оно естественно оканчивается съ вступленіемъ въ періодъ зрѣлости. У Римлянъ же для защиты физической слабости и умственной неспособности было два различныхъ института непохожихъ одинъ на другой какъ въ теоріи, такъ и по цѣлямъ. Идеи относящіяся къ обоимъ сливаются въ одно въ новѣйшемъ понятіи Опеки.

Личное право заключаетъ въ себѣ еще другой отдѣлъ, который мы можемъ привести съ пользою для нашей настоящей цѣли. Установленныя закономъ правила, которыя въ болѣе поздній періодъ нормируютъ связь между *господиномъ* и *Рабомъ*, не представляютъ ясныхъ слѣдовъ первоначальныхъ условій, свойственныхъ всѣмъ древнимъ обществамъ. Но мы надѣемся объяснить причины такого исключенія. Въ институтѣ Рабства всегда было нѣчто такое, что смущало и оскорбляло человѣчество, какъ бы мало оно ни было привычно къ размышленію и какъ-бы мало оно ни подвинулось впередъ въ развитіи своихъ нравственныхъ стремленій. Угрызеніе совѣсти, которое испытывали безсознательно древнія общества по этому поводу, выражалось всегда принятіемъ какихъ-нибудь воображаемыхъ основаній, на которыхъ бы могла благовидно опереться защита или по крайней мѣрѣ оправданіе рабства. Еще въ древнѣйшія времена своей исторіи греки приводили въ видѣ объясненія, что этотъ институтъ основанъ на интеллектуальной несостоятельности извѣстныхъ расъ и на ихъ естественной склонности къ рабству. Римляне не менѣе характеристическимъ образомъ производили рабство отъ предполагаемаго соглашенія между побѣдителемъ и побѣжденнымъ, изъ которыхъ первый по условію обращалъ своего врага на вѣчную службу себѣ, а послѣдній получалъ взамѣнъ этого жизнь, которую могъ отнять у него побѣдитель по своему праву. Такія теоріи разумѣется не только были неразумны, но и несообразны съ фактами, для объясненія которыхъ онѣ

были созданы. Но тѣмъ не менѣе онѣ оказали громадное вліяніе разными путями. Онѣ успокоивали совѣсть Господина. Онѣ увѣковѣчивали и вѣроятно усиливали униженіе Раба. Онѣ естественно стремились къ тому, чтобы скрыть изъ виду то отношеніе, въ которомъ рабство стояло первоначально ко всему остальному въ патріархальномъ бытѣ. Это отношеніе случайно, хотя и не съ достаточною ясностью, указывается во многихъ частяхъ первобытнаго права и въ особенности въ самой типичной изъ всѣхъ системъ права, въ системѣ древняго Рима.

Въ Соединенныхъ Штатахъ Америки было потрачено не мало труда и ученыхъ силъ надъ рѣшеніемъ вопроса: былъ ли Рабъ признаннымъ членомъ Семьи на первыхъ ступеняхъ общественнаго развитія? Въ извѣстномъ смыслѣ на этотъ вопросъ можно дать утвердительный отвѣтъ. И древніе законы, и первобытная исторія многихъ народовъ ясно свидѣтельствуютъ о томъ, что Рабъ при извѣстныхъ условіяхъ могъ быть наслѣдникомъ, т. е. универсальнымъ преемникомъ своего Господина и эта многозначущая правоспособность, какъ я объясню ниже въ главѣ о Преемствѣ приводитъ къ тому, что управленіе семьею и право представительства при стеченіи особенныхъ обстоятельствъ могло перейти къ Рабу. Какъ бы то ни было, но американцы, разсуждая объ этомъ предметѣ пришли, къ тому убѣжденію, что если допустить, что рабство есть первобытное учрежденіе патріархальнаго быта, то признаціе такого положенія оказалось бы въ связи съ допущеніемъ нравственной защиты рабства негровъ въ настоящее время. Что же собственно хотятъ сказать тѣмъ, что Рабъ первоначально могъ быть включаемъ въ семью? Все-таки его положеніе не перестаетъ быть продуктомъ самыхъ грубыхъ человѣческихъ побужденій. Основа рабства такая же древняя, какъ человѣчество; сущность ея заключается въ желаніи воспользоваться физическими силами другого лица, какъ средствомъ доставить самому себѣ удовольствіе и удобства. Говоря, что Рабъ въ древности бывалъ включаемъ въ семью,

мы ничего не утверждаемъ относительно побужденій того, кто поставилъ Раба въ это положеніе или удерживалъ его въ немъ; мы хотимъ только сказать этимъ, что связь, соединяющая Раба съ Господиномъ, имѣла тотъ же общій характеръ какъ и та, которая привязывала каждаго члена семейной группы къ ея главѣ. Дѣйствительнымъ выводомъ изъ всего этого будетъ то всеобщее положеніе уже высказанное нами, что первобытное человѣчество неспособно было понять сущности связи отдѣльныхъ лицъ inter se внѣ семейныхъ условій. Семья прежде всего состояла изъ тѣхъ, которые принадлежали ей по кровному родству, затѣмъ изъ тѣхъ, которые вошли въ нее по усыновленію; но былъ еще третій разрядъ лицъ, присоединенныхъ къ семьѣ общимъ подчиненіемъ ея главѣ, и это были Рабы. Лица, подчиненныя главѣ по рожденію или усыновленію, были поставлены выше Раба въ силу увѣренности, что при обычномъ ходѣ событій они должны освободиться отъ рабской зависимости и получить власть надъ своими; но положеніе Раба было не таково, чтобы онъ стоялъ внѣ семьи или былъ низведенъ на степень бездушной собственности; это какъ мнѣ кажется ясно доказывается многими сохранившимися положеніями древнѣйшаго періода о правоспособности Раба наслѣдовать въ крайнемъ случаѣ. Было бы въ высшей степени рисковано составлять предположенія о томъ, въ какой степени жребій Раба облегчался въ первоначальныхъ обществахъ тѣмъ, что онъ занималъ опредѣленное мѣсто подъ властью отца. Всего вѣроятнѣе, что на практикѣ скорѣе сынъ былъ уподобленъ Рабу, чѣмъ Рабъ пользовался тою нѣжною заботливостью, какая впослѣдствіи оказывалась сыну. Но опираясь на болѣе зрѣлыя и развитыя системы признававшія рабство, можно утверждать съ бо̀льшею достовѣрностью, что Рабъ вообще пользовался большими преимуществами въ тѣхъ системахъ, которыя сохраняли въ себѣ память древнѣйшихъ условій, въ какихъ онъ находился, нежели въ тѣхъ системахъ, которыя усвоили какія-либо теоріи объяснявшія его гражданское униженіе. Точка зрѣнія, съ которой законъ смотритъ

на Раба, всегда имѣетъ для него большое значеніе. Римское право все болѣе и болѣе выказывало стремленіе смотрѣть на Раба, какъ на предметъ собственности, но развитіе этого стремленія было пріостановлено теоріей Естественнаго Права; отсюда выходитъ, что вездѣ гдѣ только рабство освящалось установленіями находившимися подъ вліяніемъ Римскаго права, тамъ условія раба не были невыносимы. Мы имѣемъ много доказательствъ тому, что въ тѣхъ штатахъ Америки, которые приняли за основу своей юриспруденціи романизованный кодексъ Лузіаны, положеніе негрскаго населенія было лучше по многимъ матеріальнымъ условіямъ, пока основной законъ не былъ загроможденъ новѣйшими статутными узаконеніями, принятыми подъ вліяніемъ паники, чѣмъ тамъ, гдѣ принято было основаніе англійское Обычное Право, которое при своихъ новѣйшихъ истолкованіяхъ не давало никакого обезпеченія положенію раба и слѣдовательно смотрѣло на него только какъ на движимое имущество.

Мы изслѣдовали теперь всѣ части древняго Личнаго Права, насколько оно входитъ въ кругъ настоящаго изслѣдованія, и смѣемъ надѣяться, что наши изысканія придадутъ большую точность и опредѣлительность нашимъ взглядамъ на дѣтскій періодъ развитія права. Гражданскіе законы являются впервые въ видѣ судебныхъ приговоровъ—«Ѳемидъ» патріархальнаго владыки, и мы уже говорили, что эти Ѳемиды были вѣроятно болѣе развитой формой тѣхъ безаппеляціонныхъ повелѣній, которыя въ болѣе древній періодъ жизни народовъ глава каждой отдѣльной семьи давалъ своимъ женамъ, дѣтямъ и рабамъ. Но даже и послѣ того, какъ государство организовалось, законы все еще имѣли до крайности ограниченное примѣненіе. Удерживали ли они свой первоначальный характеръ въ видѣ Ѳемидъ или дошли до формы Обычаевъ или писанныхъ законовъ они были обязательны не для индивидовъ, а для семействъ. Древніе законы могутъ быть уподоблены Международному праву, потому что они имѣли въ виду только установленіе связи между большими разобщенными групами, которыя были недѣлимыми

единицами общества. Въ организованномъ такимъ образомъ обществѣ, законы народныхъ собраній и юрисдикція судовъ относились только къ главамъ семействъ, а для всякаго другого индивида правиломъ жизни служилъ его домашній законъ, котораго источникомъ былъ его родитель. Но сфера гражданскаго закона въ началѣ узкая постепенно стремилась къ расширенію, Факторы измѣненій въ области права—Фикціи, Справедливость и Законодательство поочередно оказали свое вліяніе на первобытные институты, и мы видимъ, что на каждомъ шагу прогресса значительное число личныхъ правъ и большое число вещныхъ переходитъ изъ домашняго форума въ вѣденіе публичныхъ трибуналовъ. Правила, исходившія отъ правительственной власти постепенно получаютъ одинаковую силу, какъ въ сферѣ частныхъ дѣлъ, такъ и государственныхъ и уже болѣе не могутъ быть пересилены повелѣніями деспота всякой отдѣльной семьи. Въ лѣтописяхъ Римскаго права мы находимъ почти законченную исторію полнаго разрушенія архаической системы и образованія новыхъ институтовъ изъ вновь сложившагося матеріала, институтовъ, изъ которыхъ иные безъ всякаго измѣненія перешли къ новому міру, а другіе разрушенные или испорченные соприкосновеніемъ съ варварствомъ въ мрачныя времена феодализма, впослѣдствіи были вновь возвращены человѣчеству. Если станемъ разсматривать это право въ эпоху его окончательной перестройки Юстиніаномъ, то мы вообще найдемъ мало слѣдовъ глубокой древности, исключая одного пункта, именно широкой власти, все еще предоставляемой живущему родителю. Во всемъ остальномъ принципы удобства, равновѣсія и упрощенія, принципы во всякомъ случаѣ новые подорвали силу безсодержательныхъ доводовъ, удовлетворявшихъ совѣсть людей болѣе древняго времени. Вездѣ новыя понятія о нравственности вытѣснили правила жизни, которыя были въ связи съ древними обычаями, потому что фактически вытекали изъ нихъ.

Движеніе прогрессивныхъ обществъ было однообразно въ въ томъ отношеніи, что во все свое продолженіе оно отли-

чается постепеннымъ уничтоженіемъ семейной зависимости и возрастаніемъ на мѣсто ея индивидуальныхъ обязательствъ. Индивидъ постоянно замѣняетъ собою семью, какъ единица, съ которою сообразуются гражданскіе законы. Скорость этого прогресса была различна, и въ тѣхъ обществахъ, въ которыхъ не было безусловнаго застоя, только старательное изученіе явленій можетъ отыскать остатки древней организаціи. Но какимъ-бы шагомъ они не двигались впередъ, измѣненія не были подвержены реакціи или отступленію и если были видимыя замедленія, то они происходили отъ совершенно постороннихъ причинъ. Не трудно увидѣть въ чемъ состояла связь между отдѣльными лицами, замѣнившая тѣ формы общности правъ и обязанностей, которыя коренились въ семьѣ. Связь эта состояла въ Договорѣ. Исходя отъ того историческаго момента, когда условія общества были таковы, что всѣ личныя отношенія сводились къ отношеніямъ семейнымъ, мы неуклонно должны придти къ тому фазису развитія соціальнаго строя, въ которомъ всѣ эти отношенія истекаютъ изъ свободнаго соглашенія отдѣльныхъ индивидовъ. Въ западной Европѣ прогрессъ въ этомъ направленіи былъ значительный. Status Раба исчезаетъ и замѣняется договорнымъ отношеніемъ между слугою и господиномъ. Уничтожился и Status Женщины подъ Опекой въ томъ смыслѣ, что опека надъ женщиною не могла принадлежать другимъ лицамъ, кромѣ ея супруга; отъ ея совершеннолѣтія до ея замужества всѣ отношенія, какія она могла создать, получили характеръ договора. Даже status Сына подъ властью отца не имѣетъ уже мѣста въ законодательствахъ новѣйшихъ европейскихъ обществъ. Если какое-нибудь гражданское обязательство можетъ связывать родителя съ совершеннолѣтнимъ сыномъ, то оно всегда таково, что только договоръ даетъ ему законную силу. Видимыя отклоненія бываютъ только отклоненіями, вытекающими изъ характера самаго правила. Юридическое положеніе дитяти недостигшаго совершеннолѣтія, сироты подъ опекой и человѣка подверженнаго лунатизму нормируются Личнымъ Правомъ. Но почему?

Причина этого различно объясняется въ различныхъ системахъ, но въ сущности всѣ они приходятъ къ одному и тому же результату. Большинство юристовъ неуклонно держатся того принципа, что всѣ роды лицъ здѣсь поименованные подлежатъ контролю другого лица, единственно на томъ основаніи, что они не способны составить себѣ сужденіе о своихъ собственныхъ интересахъ, другими словами, что имъ не достаетъ перваго существеннаго условія для заключенія договора.

Слово Status можетъ быть съ пользою употреблено для построенія формулы закона указаннаго здѣсь прогресса, котораго существованіе по моему мнѣнію достаточно доказано, каково-бы ни было его значеніе. Всѣ виды Status, которыхъ касается Личное право, были выведены и до нѣкоторой степени получили окраску отъ власти и привилегій издревле присущихъ семьѣ. Если мы согласно съ пріемами лучшихъ писателей употребимъ слово Status для обозначенія однихъ только этихъ личныхъ условій и избѣгнемъ приложенія этого термина къ такому состоянію, которое будетъ непосредственнымъ или спеціальнымъ результатомъ свободнаго соглашенія, то можемъ сказать, что движеніе прогрессивныхъ обществъ было до сихъ поръ движеніемъ отъ Status къ Contractus.

ГЛАВА VI.

Ранняя исторія Преемства по Завѣщанію.

Если бы кто въ Англіи пожелалъ доказать превосходство историческаго метода изслѣдованія надъ тѣми способами изслѣдованія вопросовъ права, которые приняты въ этой странѣ, то ни одинъ отдѣлъ не могъ бы лучше служить для этой цѣли, какъ отдѣлъ Завѣщаній или Духовныхъ. Его пригодность въ этомъ отношеніи заключается въ его исторической продолжительности и безпрерывности. Въ началѣ исторіи мы видимъ себя въ самомъ дѣтскомъ состояніи общества, среди понятій, требующихъ нѣкотораго умственнаго усилія, чтобы возстановить ихъ въ ихъ древней формѣ, между тѣмъ какъ здѣсь въ Англіи на противуположной точкѣ исторической линіи прогресса мы окружены юридическими понятіями, которыя ничто иное, какъ тѣ же самыя идеи того времени, только прикрытыя фразеологіей и оттѣнками мысли, свойственными новѣйшимъ временамъ, и потому намъ чрезвычайно трудно повѣрить, чтобы идеи, сдѣлавшіяся частью нашего умственнаго повседневнаго обихода, могли дѣйствительно нуждаться въ анализѣ и изслѣдованіи. Развитіе Законовъ о Завѣщаніяхъ въ періодѣ времени между этими двумя противоположными точками можетъ быть прослѣжено съ замѣчательною ясностью. Правильный ходъ ихъ развитія былъ гораздо менѣе нарушенъ въ періодъ возникновенія феодализма, чѣмъ это случилось со

многими другими отдѣлами права. Не подлежитъ сомнѣнію, что перерывъ, произведенный во всѣхъ отдѣлахъ права въ моментъ раздѣленія древней и новѣйшей исторіи или, другими словами, въ періодъ распаденія Римской Имперіи былъ сильно преувеличиваемъ. Умственная лѣнь помѣшала многимъ писателямъ взять на себя трудъ отыскать связующія нити, перепутанныя и затемненныя переворотами шести смутныхъ вѣковъ, между тѣмъ какъ другіе изслѣдователи, нелишенные терпѣнія и трудолюбія, были обольщены ложнымъ увлеченіемъ юридическою системою своей страны и вслѣдствіе этого высказывали положительное нежеланіе признать услуги, оказанныя ей римской юриспруденціей. Но эти неблагопріятныя условія имѣли сравнительно мало вліянія на область законовъ о завѣщаніяхъ. Варвары, по всеобщему признанію, были чужды всякаго понятія, имѣющаго что либо общее съ завѣщаніемъ. Лучшіе авторитеты согласны въ томъ, что нѣтъ и слѣда его въ тѣхъ частяхъ ихъ писанныхъ кодексовъ, въ которые включены обычаи, бывшіе у нихъ въ употребленіи на мѣстѣ ихъ первоначальнаго жительства и во время ихъ послѣдующаго поселенія по окраинамъ Римской Имперіи. Но вскорѣ варвары смѣшались съ населеніемъ римскихъ провинцій и заимствовали отъ императорской юриспруденціи сначала только отчасти, а затѣмъ и во всей полнотѣ понятіе о Завѣщаніи. Вліяніе церкви значительно способствовало этой быстрой ассимиляціи. Духовная власть очень рано сдѣлалась преемницей тѣхъ привилегій храненія и записыванія завѣщаній, которыми пользовались многіе изъ языческихъ храмовъ; и даже въ эти раннія времена религіозныя учрежденія почти исключительно обязаны своими свѣтскими владѣніями частнымъ завѣщаніямъ. Отсюда истекаетъ причина почему постановленія самыхъ раннихъ Помѣстныхъ Соборовъ постоянно заключаютъ въ себѣ анаѳемы противъ людей, отвергавшихъ святость Завѣщаній. У насъ въ Англіи церковное вліяніе было безъ сомнѣнія главнѣйшею изъ причинъ, которыя по общему признанію помѣшали тому перерыву въ исторіи

завѣщаній, который предполагается существующимъ въ другихъ областяхъ права. Юрисдикція надъ однимъ разрядомъ Завѣщаній была поручена церковнымъ судамъ, которые примѣняли къ нимъ, хотя и не всегда разумно, принципы римской юриспруденціи; и несмотря на то, что ни суды, руководствовавшіеся Обычнымъ Правомъ, ни Канцлерскій Судъ не были связаны никакимъ положительнымъ обязательствомъ слѣдовать направленію церковныхъ трибуналовъ, они не могли избѣгнуть сильнаго вліянія системы установившихся правилъ и начали примѣнять ихъ съ своей стороны. Англійскій законъ о преемствѣ по завѣщанію сдѣлался не болѣе какъ измѣненною формою законовъ, которыми нормировалось наслѣдованіе римскихъ гражданъ.

Не трудно указать на сильное различіе между заключеніями, выводимыми нами при помощи историческаго метода изслѣдованія предмета и тѣми, къ которымъ мы приходимъ, когда безъ помощи исторіи прямо стремимся анализировать наши представленія primâ facie. Мнѣ кажется, что врядъ ли найдется человѣкъ, который исходя изъ популярнаго или даже юридическаго опредѣленія Завѣщанія, не представилъ бы себѣ, что съ нимъ необходимо связаны извѣстные признаки. Онъ сказалъ бы, напримѣръ, что Завѣщаніе необходимо получаетъ силу *только по смерти* завѣщателя, что оно *тайное*, и обыкновенно неизвѣстно лицамъ заинтересованнымъ, что оно *отмѣняемо*, т. е. что оно всегда можетъ быть замѣнено новымъ актомъ завѣщанія. Однако я постараюсь доказать, что было время, когда ни одна изъ этихъ характеристическихъ чертъ не была свойственна Завѣщанію. Завѣщанія, отъ которыхъ прямо происходятъ наши духовныя, первоначально получали силу тотчасъ по ихъ совершеніи; они не были тайною, они не были отмѣняемы. Немногіе изъ факторовъ, дѣйствовавшихъ въ области права, создались изъ болѣе сложныхъ историческихъ факторовъ, чѣмъ тотъ, при посредствѣ котораго писанное изъявленіе воли человѣка оказываетъ вліяніе на судьбу его имущества послѣ его смерти. Завѣщанія очень медленно и

только мало-по-малу пріобрѣтали тѣ свойства, о которыхъ я упомянулъ выше; и это произошло отъ причинъ и подъ вліяніемъ обстоятельствъ, которыя мы можемъ назвать случайными и которыя во всякомъ случаѣ не представляютъ для насъ никакого интереса въ настоящее время, пока они не отражаются на исторіи права.

Въ то время, когда юридическія теоріи были въ большемъ изобиліи, чѣмъ теперь,—правда теоріи, большею частью неосновательныя и незрѣлыя, но все таки освободившія юриспруденцію изъ того худшаго и болѣе низкаго состоянія, котораго не избѣгло Англійское право, при которомъ не видно никакого стремленія къ обобщенію, и въ законѣ видятъ одно только эмпирическое явленіе,—было въ модѣ объяснять готовое и какъ бы явившееся по вдохновенію понятіе объ извѣстныхъ признакахъ Завѣщанія тѣмъ, что это понятіе ему свойственно, или, выражаясь точнѣе, что Естественное Право связало это понятіе съ Завѣщаніемъ. Никто, я думаю, не станетъ въ настоящее время отстаивать подобную доктрину, хотя нѣкогда утверждалось, что всѣ эти характеристическіе признаки возникли въ до-историческія времена; но въ то же время слѣды теоріи, слѣдствіемъ которой является эта доктрина, отразились на формѣ выраженій, которыя мы всѣ употребляемъ и даже едва ли съ умѣемъ обойтись безъ нихъ. Для большаго поясненія я могу привести здѣсь положеніе, общее юридической литературѣ семнадцатаго столѣтія. Юристы этаго періода вообще утверждали, что сила завѣщательнаго акта есть сила Естественнаго Права, и что оно есть право, данное закономъ Природы. Ихъ ученіе—хотя, быть можетъ, эта связь не будетъ сразу замѣчена всѣми, — въ своей сущности было продолжено тѣми юристами, которые признавали, что право опредѣлять или контролировать посмертное распоряженіе имуществомъ есть необходимое или естественное послѣдствіе самаго права собственности. Каждый изъ занимающихся этимъ отдѣломъ долженъ былъ встрѣтиться съ тѣмъ же взглядомъ, облеченнымъ въ нѣсколько отличную словесную форму другой

школы, которая, излагая этотъ отдѣлъ права, трактуетъ о преемствѣ ex testamento, какъ о способѣ передачи, которому собственность умершихъ лицъ прежде всего должна была слѣдовать, и затѣмъ уже приступаетъ къ объясненію преемства ab intestato, какъ случайной мѣры, принятой законодателемъ, для исполненія того, что осталось невыполненнымъ только по небрежности или несчастію умершаго владѣльца. Эти взгляды оказываются только распространенною формою болѣе сокращенной доктрины, что Наслѣдство по завѣщанію есть институтъ закона природы. Разумѣется, нельзя произносить категорически своего сужденія относительно новѣйшихъ идей о Природѣ и ея законахъ; но я думаю, что большинство лицъ, утверждавшихъ, что право Завѣщанія истекаетъ изъ Естественнаго Права, должны основывать свои доказательссва или на томъ, что это фактъ общепринятый, или что націи побуждаются къ санкціи такого порядка врожденнымъ инстинктомъ или импульсомъ. Что касается перваго изъ этихъ положеній, то я долженъ замѣтить, что, если объяснить его со всею точностью, то имъ ни въ какомъ случаѣ нельзя серіозно довольствоваться людямъ нынѣшняго столѣтія, знакомымъ съ строгими ограниченіями, наложенными на право составлять Завѣщаніе кодексомъ Наполеона, и видѣвшимъ постоянное умноженіе системъ, принимающихъ за свой образецъ французскій кодексъ.

Относительно втораго положенія мы можемъ возразить, что оно противорѣчитъ наиболѣе достовѣрнымъ фактамъ ранней исторіи права, и я рѣшаюсь утверждать, что вообще во всѣхъ первобытныхъ обществахъ, то состояніе правовыхъ отношеній, при которомъ не допускаются или скорѣе не принимаются никакія привилегіи завѣщанія, предшествовало той позднѣйшей ступени юридическаго развитія, при которой съ большими или меньшими ограниченіями дозволяется воли собственника взять верхъ надъ притязаніями его родственниковъ по крови.

Понятіе о Духовной или Завѣщаніи не можетъ быть раз-

сматриваемо само по себѣ. Оно есть часть и не самая главная цѣлаго ряда понятій. Духовная сама по себѣ есть актъ, которымъ объявляется воля Наслѣдодателя. Но я думаю каждому будетъ понятно, что прежде, чѣмъ наступитъ очередь для обсужденія такого акта, есть много предварительныхъ пунктовъ, которые слѣдуетъ разсмотрѣть — напримѣръ, въ чемъ состоитъ и какого рода право или выгоды передаются умершимъ лицомъ по его смерти? кому и въ какой формѣ они передаются? и на какомъ основаніи умершему лицу дозволяется нормировать распоряженіе имуществомъ послѣ его смерти? Въ переводѣ на техническій языкъ, связь различныхъ понятій, способствовавшихъ возникновенію понятія о Завѣщаніи, формулируется слѣдующимъ образомъ: Духовная или Завѣщаніе есть актъ, которымъ предписывается передача наслѣдства. Наслѣдство есть форма универсальнаго преемства. Универсальное преемство есть преемство universitas juris, или совокупности правъ и обязанностей. Мы спросимъ затѣмъ, что такое universitas juris, что такое универсальное преемство, и какая форма универсальнаго преемства называется наслѣдствомъ? Тутъ представляются еще два вопроса, до извѣстной степени независимыхъ отъ пунктовъ указанныхъ мною, но которыя требуютъ разрѣшенія прежде, чѣмъ мы начнемъ говорить о Завѣщаніяхъ. Вопросы эти состоятъ въ томъ, какъ можетъ наслѣдство въ какомъ нибудь случаѣ управляться волею наслѣдодателя, и какова сущность акта, посредствомъ котораго это производится?

Первый вопросъ относится къ universitas juris, т. е. всеобщности (или совокупности) правъ и обязанностей. Universitas juris есть собраніе правъ и обязанностей, связанныхъ въ силу одного только обстоятельства, что они въ одно и то же время составляли принадлежность только одного лица. Это есть какъ бы юридическая одежда какого-нибудь даннаго индивида. Universitas juris не образуется изъ соединенія *какихъ-нибудь* правъ и *какихъ-нибудь* обязанностей. Оно можетъ только составиться изъ совокупности всѣхъ правъ и всѣхъ

обязанностей отдѣльнаго лица. Связь, которая такимъ образомъ соединяетъ вмѣстѣ извѣстное число правъ собственности, правъ сервитутовъ, правъ на завѣщанное имущество, обязанностей, требующихъ особеннаго исполненія, долговъ, обязательствъ, вознагражденія убытковъ и т. п.—или другими словами связь, которая соединяя вмѣстѣ всѣ эти права и обязанности, образуетъ изъ нихъ universitas juris, есть *фактъ* принадлежности ихъ какому-нибудь лицу, способному исполнять ихъ. Помимо этого *факта* нѣтъ универсальности правъ и обязанностей. Выраженіе universitas juris не есть классическое, но что касается происхожденія этого понятія, то юриспруденція исключительно заимствовала его изъ Римскаго права и оно ни въ какомъ случаѣ не можетъ считаться трудно уловимымъ. Прежде всего мы должны попытаться подвести подъ одно понятіе всю совокупность юридическихъ отношеній, въ которыхъ каждый изъ насъ стоитъ къ остальному міру. Эти отношенія, каковъ бы ни былъ ихъ общій характеръ и содержаніе, образуютъ вмѣстѣ universitas juris, и намъ почти не предстоитъ опасности ошибиться при опредѣленіи состава этого понятія, если только мы будемъ хорошо помнить, что обязательства входятъ въ это понятіе ничуть не меньше, чѣмъ права. Наши обязательства могутъ иногда превышать наши права. Человѣкъ можетъ задолжать больше, чѣмъ онъ имѣетъ, и если мы переведемъ на денежную стоимость всю совокупность его юридическихъ отношеній, онъ можетъ оказаться несостоятельнымъ. Но при всемъ томъ вся группа правъ и обязанностей, которыя сосредоточиваются въ немъ есть «juris universitas».

Мы приходимъ затѣмъ къ понятію объ «универсальномъ преемствѣ». Универсальное преемство есть преемство въ universitas juris. Когда какой нибудь человѣкъ облекается юридической одеждой другого лица, то онъ въ тотъ же моментъ становится подлежащимъ всѣмъ его обязательствамъ и получаетъ всѣ его права. Но чтобы универсальное преемство было дѣйствительнымъ и окончательнымъ, передача его должна со-

вершиться uno ictu, какъ выражаются юристы. Легко представить себѣ человѣка, пріобрѣтающимъ въ различные моменты времени сумму правъ и обязанностей другого лица, какъ напримѣръ путемъ послѣдовательной купли, или же пріобрѣтающимъ ихъ на иныхъ какихъ-либо основаніяхъ въ качествѣ наслѣдника, покупателя или участника въ наслѣдствѣ по завѣщанію. Хотя образовавшаяся такимъ образомъ группа правъ и обязанностей составитъ фактически всю наличность юридическихъ отношеній отдѣльнаго индивида, но это пріобрѣтеніе не будетъ универсальнымъ преемствомъ. Чтобы могло состояться дѣйствительное универсальное преемство, передача должна быть такова, чтобы въ *одинъ и тотъ же* моментъ вся совокупность правъ и обязанностей непосредственно перешла къ преемнику въ силу его юридической къ тому правоспособности. Понятіе объ универсальномъ преемствѣ подобно понятію о juris universitas постоянно присуще юриспруденціи, хотя въ англійской системѣ права оно затемняется разнообразными ограниченіями правоспособности и болѣе всего различіемъ между двумя установившимися въ Англіи отдѣлами собственности: «недвижимой» и личной. Преемство уполномоченнаго при банкротствѣ во всей собственности банкрота есть однако универсальное преемство, хотя это только видоизмѣненная форма первичнаго понятія, такъ какъ онъ платитъ долги только въ размѣрѣ актива. Если бы въ Англіи было въ обычаѣ переводить на себя *все* имущество лица подъ условіемъ платить *всѣ* его долги, то такой переводъ походилъ бы въ точности на способы универсальнаго преемства, признаваемые древнѣйшимъ Римскимъ Правомъ. Когда римскій гражданинъ принималъ кого-либо, не только сына, но усыновлялъ какого нибудь человѣка, находящагося уже внѣ Patria Potestas, то онъ становился универсальнымъ преемникомъ имущества усыновляемаго, т. е. бралъ всю его собственность и дѣлался подлежащимъ всѣмъ его обязательствамъ. Въ первобытномъ Римскомъ правѣ было много другихъ формъ универсальнаго преемства, но наиболѣе важною и прочною

изъ всѣхъ была та, которая непосредственно касается насъ а именно Haereditas или Наслѣдство. Наслѣдство было формою универсальнаго преемства послѣ смерти какого нибудь лица. Универсальнымъ преемникомъ былъ Haeres или Наслѣдникъ. Онъ сразу вступалъ во всѣ права и обязанности умершаго лица. Онъ немедленно вступалъ во всѣ его юридическія отношенія и едва ли слѣдуетъ распространяться здѣсь о томъ, что спеціальный характеръ Haeres оставался одинаковъ былъ ли онъ назначенъ по завѣщанію или безъ завѣщанія. Терминъ Haeres примѣнялся, какъ и для наслѣдника по завѣщанію, такъ и для наслѣдника по закону, потому что способъ, какимъ онъ становился Haeres, не имѣлъ никакого вліянія на его юридическій характеръ. Универсальный преемникъ умершаго лица, дѣлался ли онъ имъ посредствомъ завѣщанія или безъ него, становился его наслѣдникомъ. Однако наслѣдникомъ было не всегда единичное лицо. Группа лицъ, разсматриваемыхъ закономъ какъ отдѣльная единица, могла достигнуть наслѣдства въ качествѣ со-наслѣдниковъ.

Теперь мы приведемъ обычное римское опредѣленіе Наслѣдства. Тогда читатель самъ будетъ въ состояніи взвѣсить значеніе каждаго термина въ отдѣльности. *Haereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit* («Наслѣдство есть преемство полнаго юридическаго положенія умершаго лица»). Составилось такое понятіе, что хотя физическое лицо прекратило свое существованіе, но оно продолжало жить, какъ юридическое лицо, и его свойства передавались неизмѣняемо его Наслѣднику или Со-наслѣдникамъ, въ которыхъ продолжалось его тождество (насколько оно входило въ область права). Англійскій законъ, назначая душеприкащика или распорядителя представителемъ умершаго въ объемѣ его имущества можетъ служить толкованіемъ теоріи, изъ которой проистекло это положеніе, но только толкованіемъ, а не объясненіемъ. Взглядъ даже позднѣйшей римской юриспруденціи требуетъ тѣснаго соотношенія между положеніемъ умершаго и его На-

слѣдниковъ, чего мы не находимъ въ англійскомъ представительствѣ; въ первобытной же юриспруденціи все сводилось къ безпрерывности преемства. Въ древнемъ Римскомъ правѣ, если въ завѣщаніи не было принято мѣръ для немедленной передачи правъ и обязанностей завѣщателя Наслѣднику или Сонаслѣдникамъ, завѣщаніе теряло свое дѣйствіе.

Въ новѣйшихъ законахъ о Завѣщаніи, равно какъ и въ позднѣйшемъ Римскомъ правѣ, предметомъ первой важности является исполненіе воли завѣщателя. Въ древнемъ правѣ Рима предметомъ такой-же заботливости было универсальное преемство. Первое изъ этихъ правилъ представляется намъ принципомъ внушеннымъ здравымъ смысломъ, между тѣмъ какъ второе кажется намъ не болѣе, какъ безцѣльною выдумкою; однако безъ втораго изъ нихъ первое никогда бы не осуществилось.

Чтобы разрѣшить этотъ видимый пародоксъ и привести въ большую ясность связь идей, которую я пытался указать, я долженъ прибѣгнуть къ результатамъ изслѣдованія приведеннаго мною въ началѣ предъидущей главы. Мы видимъ вездѣ одну особенность, постояно отличавшую дѣтскій періодъ общества. Особенность эта заключается въ томъ, что люди считались и разсматривались не какъ индивиды, но всегда какъ члены особой группы. Каждый былъ прежде всего гражданиномъ, и затѣмъ уже какъ гражданинъ онъ былъ членомъ своего сословія—аристократіи или демократіи, сословія патриціевъ или плебеевъ, или же касты въ тѣхъ обществахъ, которыя въ своемъ развитіи имѣли несчастіе подвергнуться этого рода бѣдствію. Затѣмъ онъ является членомъ gens, рода или клана, и наконецъ уже членомъ своей семьи. Послѣднее было самымъ тѣснымъ и наиболѣе касавшимся его личности изъ всѣхъ его отношеній; и онъ, какъ бы это ни показалось пародоксальнымъ, никогда не разсматривался самъ по себѣ какъ отдѣльный индивидъ. Его индивидуальность поглощалась въ его семьѣ. Повторяя здѣсь вышеприведенное опредѣленіе первобытнаго общества, я скажу, что единицами

его были не индивиды, а группы людей, связанные дѣйствительнымъ или фиктивнымъ родствомъ крови.

Въ этихъ-то особенностяхъ неразвитаго общества мы нападаемъ на первый слѣдъ Универсальнаго Преемства. Въ противоположность съ организаціей новѣйшаго государства, государства первобытныхъ временъ могутъ быть представлены, какъ состоящія изъ извѣстнаго числа маленькихъ деспотическихъ правительствъ, изъ которыхъ каждое является совершенно отличнымъ отъ всѣхъ прочихъ и каждое управляется исключительно прерогативами своего единаго монарха. Хотя патріархъ, котораго мы еще не можемъ называть Paterfamilias, имѣлъ такія обширныя права, нельзя сомнѣваться, что онъ подлежалъ такимъ же обширнымъ обязательствамъ. Если онъ и управлялъ семьей, то для ея выгодъ. Если онъ былъ владѣльцемъ ея имѣнія, то въ качествѣ довѣреннаго за своихъ дѣтей и родственниковъ. Онъ не пользовался никакой привилегіей или положеніемъ кромѣ того, которое давали ему его отношенія къ управляемому имъ маленькому государству. Семья была въ дѣйствительности корпораціей; а онъ былъ ея представителемъ или, если можно такъ выразиться, ея общественнымъ должностнымъ лицомъ. Онъ пользовался правами и подлежалъ обязаностямъ, но его права и обязанности въ понятіяхъ его согражданъ и въ глазахъ закона были настолько же правами и обязанностями коллективнаго тѣла, къ которому онъ принадлежалъ, какъ и его собственными. Остановимся на минуту и разсмотримъ то дѣйствіе, какое можетъ быть произведено смертью подобнаго представителя. Въ глазахъ закона и съ точки зрѣнія гражданскаго магистрата прекращеніе домашней власти въ его лицѣ было событіемъ, не имѣвшимъ существеннаго значенія. Лицо, облеченное правомъ представительства коллективнаго тѣла семьи и отвѣтственное передъ муниципальной юрисдикціей, будетъ носить другое имя — въ этомъ вся разница. Права и обязательства, которыя были связаны съ умершимъ главою дома перейдутъ безъ всякаго перерыва къ его преемнику, потому что фактически

это права и обязательства семьи, а семья имѣетъ ту характеристическую черту корпораціи, что она никогда не умираетъ. Кредиторы имѣли бы въ своемъ распоряженіи тѣ же средства противъ новаго главы, какъ и противъ стараго, потому что отвѣтственность, будучи отвѣтственностью все еще существующей семьи, осталась бы совершенно неизмѣненною. Всѣ права, принадлежавшія семьѣ точно такъ же принадлежали бы ей послѣ прекращенія правъ ея главы, какъ и до этого, исключая развѣ того что корпорація, — если только можно употребить такое точное и техническое выраженіе, говоря о такихъ раннихъ временахъ,—принуждена была бы совершать юридическія дѣйствія подъ нѣсколько измѣненнымъ именемъ.

Мы должны прослѣдить всю исторію права, чтобы понять какимъ образомъ общество постепенно и медленно разложилось на тѣ составныя части, изъ которыхъ оно состоитъ въ настоящее время, и путемъ какихъ незамѣтныхъ постепенныхъ измѣненій отношеніе лица къ другому лицу стало на мѣсто отношеній индивида къ его семьѣ и семействъ между собою. Затѣмъ намъ представляется еще пунктъ, на который мы должны теперь обратить вниманіе, а именно тотъ, когда — несмотря на то что переворотъ повидимому окончательно завершился, и даже магистратъ въ значительной мѣрѣ занялъ мѣсто Pater-familias, и гражданскій трибуналъ замѣнилъ собою домашній форумъ, — вся схема правъ и обязанностей подлежащихъ вѣденію судебныхъ властей по прежнему образовывалась подъ вліяніемъ обветшалыхъ привилегій и во всѣхъ частяхъ своихъ получала окраску черезъ отраженіе этихъ привилегій. Едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что передача Universitas Juris на которой такъ сильно настаиваетъ Римское право, какъ на первомъ условіи Преемства по Завѣщанію и безъ него, было чертою древнѣйшей формы общества, которую умы людей не въ состояніи были отдѣлить отъ новѣйшей, хотя съ этой новѣйшей формой она не имѣла настоящей связи. По видимому не подлежитъ сомнѣнію, что продолженіе юридическаго существованія лица въ

его наслѣдникѣ или въ группѣ со-наслѣдниковъ есть ни болѣе ни менѣе, какъ отличительная черта *семьи* обращенная посредствомъ фикціи въ отличительную черту *индивида*. Преемство въ корпораціяхъ есть необходимо универсальное, а семья была корпораціей. Корпорація никогда не умираетъ. Смерть отдѣльныхъ членовъ не производитъ никакого измѣненія въ совокупномъ существованіи коллективнаго тѣла и ни въ какомъ случаѣ не оказываетъ вліянія на его юридическія свойства, его правоспособность и обязательства. Такимъ образомъ въ идеѣ римскаго Универсальнаго Преемства всѣ эти свойства корпораціи были повидимому перенесены на индивидуальнаго гражданина. Принималось, что его физическая смерть не имѣетъ никакого вліянія на занимаемое имъ юридическое положеніе, вѣроятно на основаніи принципа, что это положеніе должно быть елико возможно точно принаровлено къ аналогіямъ семьи, которая при своемъ корпоративномъхарактерѣ конечно не подлежала физическому пресѣченію.

Я замѣчалъ, что весьма многіе изъ континентальныхъ юристовъ только съ большимъ трудомъ могутъ понять сущность связи между отдѣльными представленіями, вошедшими въ составъ понятія Универсальнаго Преемства, и быть можетъ нѣтъ предмета въ философіи права, гдѣ бы ихъ разсужденія вообще были такъ несостоятельны. Но для студента, изучающаго Англійское право, не предстоитъ никакой опасности запутаться при анализѣ разсматриваемаго нами предмета. Предметъ этотъ значительно освѣщается одной изъ фикцій Англійскаго права, хорошо знакомой всѣмъ юристамъ. Англійскіе юристы дѣлятъ корпораціи на совокупныя и единичныя. Совокупная Корпорація есть дѣйствительная корпорація, а Корпорація единичная есть индивидъ, который, будучи однимъ изъ цѣлаго ряда индивидовъ, облекается посредствомъ фикціи свойствами Корпораціи. Все это настолько ясно, что едва-ли нужно приводить здѣсь положеніе короля или приходскаго священника въ видѣ примѣровъ единичныхъ корпорацій. По-

ложеніе или должность разсматривается здѣсь отдѣльно отъ частнаго лица, которое можетъ занимать его въ данное время, и такъ какъ это положеніе вѣчное, то и рядъ индивидовъ, занимавшихъ его, облекается главнымъ аттрибутомъ Корпорацій—вѣчностью. Въ теоріи Римскаго права индивидъ находился къ семьѣ въ томъ же самомъ отношеніи, какъ въ теоріи Англійскаго права единичная Корпорація къ Корпораціи совокупной. Происхожденіе и связь идей въ обоихъ случаяхъ совершенно одинакова. Въ дѣйствительности, если мы скажемъ себѣ, что согласно предначертаніямъ римскихъ законовъ о Завѣщаніи, каждый отдѣльный гражданинъ былъ единичной Корпораціей, мы не только выразимъ полное понятіе наслѣдства, но всегда будемъ имѣть подъ рукою ключъ къ объясненію создавшаго его положенія. У насъ принято за аксіому, что Король, будучи единичной Корпораціей, никогда не умираетъ. Вся сумма правъ его тотчасъ же переходитъ къ его преемнику и потому предполагается, что непрерывность власти не была нарушена. У римлянъ отдѣленіе факта смерти отъ передачи правъ и обязательствъ было повидимому одинаково простымъ и естественнымъ процессомъ. Наслѣдодатель продолжалъ жить въ своемъ наслѣдникѣ или въ группѣ своихъ со-наслѣдниковъ. Для закона онъ былъ съ ними одно и тоже лицо и, если кто нибудь въ своихъ завѣщательныхъ распоряженіяхъ хотя бы внѣшнимъ образомъ нарушилъ принципъ, соединявшій его настоящее и его посмертное юридическое существованіе, законъ отвергалъ неправильный актъ и отдавалъ наслѣдство родственникамъ по крови, которыхъ правоспособность къ выполненію условій наслѣдства признавалась за ними самимъ закономъ, а не какимъ либо документомъ, который могъ быть ошибочно составленъ.

Когда римскій гражданинъ умиралъ безъ завѣщанія или не оставлялъ по себѣ дѣйствительнаго завѣщанія то его потомки или родственники становились его наслѣдниками согласно установленному порядку, разсмотрѣніемъ котораго мы и займемся теперь. Лицо или группа лицъ, получавшая на-

слѣдство, являлись не просто представителями умершаго, но, согласно съ только что описанной нами теоріей, они *продолжали* его гражданскую жизнь, его юридическое существованіе. Результаты выходили одни и тѣ же, когда порядокъ преемства опредѣлялся завѣщаніемъ; но не подлежитъ сомнѣнію, что теорія тождественности между умершимъ лицомъ и его наслѣдниками несравненно древнѣе, чѣмъ какая бы то ни было форма завѣщанія или какая либо ступень развитія законовъ о завѣщаніи.

Теперь будетъ кстати выразить одно сомнѣніе, которое представится намъ еще съ большею силою по мѣрѣ того, какъ мы станемъ углубляться въ этотъ предметъ, — именно могли ли завѣщанія возникнуть въ какой либо періодъ исторіи инымъ путемъ, помимо и безъ вліянія тѣхъ идей, которыя связаны съ универсальнымъ преемствомъ. Принципъ завѣщанія вообще можетъ быть объясненъ множествомъ различныхъ философскихъ гипотезъ настолько же благовидныхъ, сколько и неосновательныхъ; принципъ этотъ связанъ съ каждою чертою новѣйшаго общества, и онъ можетъ быть защищаемъ на широкихъ основаніяхъ общихъ удобствъ. Но тутъ мы считаемъ нужнымъ сдѣлать одно замѣчаніе, которое бы не мѣшало повторять сколько возможно чаще, а именно, что главнымъ источникомъ заблужденій въ вопросахъ юриспруденціи служитъ понятіе, что тѣ причины, которыя побуждаютъ насъ къ сохраненію какого нибудь существующаго института, имѣютъ необходимо что нибудь общее съ тѣмъ чувствомъ, которое породило этотъ институтъ. Несомнѣнно, что въ древнемъ Наслѣдственномъ Правѣ понятіе о Духовной и Завѣщаніи неразрывно примѣшивается или даже можно сказать связывается съ теоріей о посмертномъ существованіи человѣка въ лицѣ его наслѣдника.

Понятіе универсальнаго преемства, такъ твердо укоренившееся въ юриспруденціи, не сразу пришло въ голову составителямъ всякаго свода законовъ. Гдѣ бы мы ни находили теперь это понятіе, тамъ вездѣ можно показать его происхожденіе отъ Римскаго права, и вмѣстѣ съ этимъ къ намъ

дошло множество узаконенныхъ правилъ по предмету завѣщаній, которыя новѣйшіе юристы примѣняютъ къ практикѣ, не различая ихъ отношенія къ сродственной имъ теоріи. Но въ чисто римской юриспруденціи, принципъ, что человѣкъ продолжаетъ жить въ своемъ наслѣдникѣ, — игнорированіе, если можно такъ выразиться, факта смерти — слишкомъ очевиденъ, чтобы не видѣть центра, вокругъ котораго сосредоточиваются законы о Преемствѣ по Завѣщанію и по Закону. Непоколебимая строгость Римскаго права, требовавшая насильственнаго прилаживанія къ господствующей теоріи, уже сама по себѣ можетъ служить доказательствомъ, что основаніе этой теоріи лежитъ въ первобытномъ строѣ римскаго общества; но даже и помимо этого мы можемъ проводить еще далѣе это доказательство. Такъ, напримѣръ, мы видимъ, что многія техническія выраженія, относящіяся къ римскому завѣщанію въ раннемъ періодѣ, случайно сохранились до нашего времени. Мы находимъ у Гая формулу ввода во владѣніе, посредствомъ которой создавался универсальный преемникъ. Мы находимъ древнее названіе, которымъ вначалѣ обозначалось лицо называемое впослѣдствіи наслѣдникомъ. Затѣмъ мы имѣемъ текстъ знаменитаго мѣста въ XII таблицахъ, въ которомъ именно признается право составлять завѣщанія, а равно и уцѣлѣвшія мѣста, регулирующія наслѣдство по закону. Всѣ эти обветшалыя фразы имѣютъ одну выдающуюся особенность. Онѣ указываютъ, что то, что переходило отъ наслѣдодателя къ наслѣднику, была семья, т. е. совокупность правъ и обязанностей, заключавшихся въ Patria Potestas и исходящихъ изъ ея. Вещественная собственность въ трехъ случаяхъ вовсе не упоминается; въ двухъ другихъ она очевидно обозначается только, какъ дополненіе или принадлежность семьи. Первоначальная Духовная или Завѣщаніе была слѣдовательно актъ или, (такъ акъ онъ вѣроятно не былъ сначала письменнымъ), способъ посредствомъ котораго опредѣлялся переходъ семьи въ другія уки.—Это былъ родъ провозглашенія, кому должно достаться ваніе главы въ преемство отъ наслѣдодателя. Если мы при-

мемъ, что такова была первоначальная цѣль завѣщаній, то для насъ будетъ сразу понятно, какъ это случилось, что они стоятъ въ связи съ однимъ изъ самыхъ любопытныхъ остатковъ древней религіи и права, а именно съ sacra, или семейными священнодѣйствіями. Эти sacra были римскою формою того учрежденія, которое оказывается вездѣ, гдѣ только общество не вполнѣ освободилось отъ своей первоначальной оболочки. Это были жертвоприношенія или церемоніи, которыми праздновался братскій союзъ семьи, это была порука и свидѣтельство ея вѣчнаго продолженія. Какова бы ни была сущность этихъ обрядовъ,—правда или нѣтъ, что они во всѣхъ случаяхъ были поклоненіемъ какому-либо миѳическому предку,—но они повсюду употреблялись какъ засвидѣтельствованіе святости семейныхъ отношеній; слѣдовательно они пріобрѣтали особенное значеніе и важность, тамъ, гдѣ непрерывному существованію семьи грозила опасность отъ перемѣны въ лицѣ ея главы. Согласно съ этимъ, обряды эти часто упоминаются въ связи съ перерывомъ въ семейной власти. У Индусовъ право наслѣдовать имуществу умершаго лица находится въ тѣсномъ соотношеніи съ обязанностью совершать его погребеніе. Если обряды не были исполнены надлежащимъ образомъ или не были исполнены тѣмъ лицомъ, какимъ слѣдовало, то считалось, что не установлялось никакого отношенія между умершимъ и лицомъ переживавшимъ его; право Преемства не осуществляется и никто не можетъ наслѣдовать собственности. Каждое важное событіе въ жизни Индуса повидимому считается ведущимъ къ этимъ торжественнымъ обрядамъ или опирающимся на нихъ. Если онъ женится, то это дѣлается какъ бы для того чтобы имѣть дѣтей, которыя бы могли совершать эти обряды послѣ его смерти; если онъ не имѣетъ дѣтей, то онъ подлежитъ строжайшему обязательству усыновить дѣтей другой семьи, «имѣя въ виду,—пишетъ одинъ индійскій ученый —похоронный обѣдъ, воду и торжественное жертвоприношеніе». Сфера, въ которой имѣли значеніе римскія sacra во времена Цицерона, была не менѣе обширна.

Она обнимала собою Наслѣдства и Усыновленія. Никакое Усыновленіе не могло имѣть мѣсто безъ должнаго приготовленія къ семейнымъ sacra, которыми усыновленный переводился въ семью усыновителя, и никакое Завѣщаніе не могло распорядиться Наслѣдствомъ безъ точнаго распредѣленія расходовъ на эти церемоніи между различными со-наслѣдниками. Различія между Римскимъ правомъ въ этотъ періодъ, когда мы бросаемъ послѣдній взглядъ на sacra, и существующей индійской системой представляются намъ крайне поучительными. У Индусовъ религіозный элементъ въ правѣ получалъ полное преобладаніе. Семейныя жертвоприношенія сдѣлались краеугольнымъ камнемъ всего Личнаго Права и значительной части Вещнаго Права. Они даже получили чудовищное распространеніе, потому что всѣ вѣроятія на сторонѣ того мнѣнія, что самосожиганіе вдовы при погребеніи ея супруга, — обычай, существовавшій у Индусовъ въ историческія времена и упоминаемый въ преданіяхъ многихъ индо-европейскихъ расъ, — было прибавкою привитою къ первобытнымъ sacra подъ вліяніемъ понятія неразрывно связаннаго съ идеей жертвоприношенія, что человѣческая кровь есть самая драгоцѣнная изъ всѣхъ жертвъ. У Римлянъ же напротивъ того юридическое обязательство и религіозный долгъ перестали смѣшиваться между собою. Необходимость празднованія sacra не составляетъ части Гражданскаго права, но они подлежатъ особой юрисдикціи Коллегіи Первосвященниковъ. Письма Цицерона къ Аттику, переполненныя намеками на sacra, не оставляютъ сомнѣнія, что они лежали невыносимымъ бременемъ на Наслѣдствахъ; но ступень развитія, гдѣ право отдѣляется отъ религіи, уже была перейдена и наконецъ мы приходимъ къ полному исчезновенію религіознаго элемента въ позднѣйшемъ правѣ.

Въ Индійскомъ правѣ мы не находимъ ничего похожаго на Завѣщаніе. Мѣсто наполняемое завѣщаніемъ занято усыновленіями. Мы можемъ видѣть тутъ отношеніе права дѣлать завѣщаніе къ праву усыновленія и причину почему отправле-

ніе одного изъ нихъ вызывало особенную заботливость относительно совершенія sacra. Какъ Завѣщаніе такъ и Усыновленіе грозятъ нарушеніемъ обычнаго порядка въ нисходящей линіи рода, а sacra очевидно введены съ цѣлью помѣшать полному перерыву потомства, тамъ гдѣ нѣтъ нисходящей линіи родственниковъ, которыя бы могли продолжить его. Изъ двухъ способовъ, Усыновленіе, искуственное созданіе кровнаго родства, есть единственный способъ, который былъ принятъ въ большей части архаическихъ обществъ. Индусы въ сущности ввели одинъ пунктъ, безъ сомнѣнія основанный на древнѣйшемъ обычаѣ, дозволивъ усыновленіе вдовѣ, въ случаѣ если это не было совершенно отцомъ; кромѣ того въ мѣстныхъ бенгальскихъ обычаяхъ мы находимъ нѣкоторые слабые слѣды права составлять завѣщанія. Но Римлянамъ по преимуществу принадлежитъ честь изобрѣтенія института Завѣщанія, которое послѣ Договора оказало величайшее вліяніе въ преобразованіи человѣческаго общества. Мы должны обращать вниманіе на то, чтобы не приписывать ему въ его ранней формѣ тѣхъ функцій, которыя сдѣлались присущи ему въ болѣе новыя времена. Вначалѣ Завѣщаніе не было способомъ распредѣленія имущества умершаго лица, а однимъ изъ многихъ родовъ перенесенія домашняго представительства на новаго главу. Имущество безъ сомнѣнія переходило къ наслѣднику, но только потому, что управленіе семьей было сопряжено при своемъ переходѣ съ властью распоряжаться общимъ достояніемъ. Этотъ періодъ развитія еще очень далекъ отъ той ступени въ исторіи завѣщаній, гдѣ они становятся могущественными орудіями измѣненія общественнаго порядка, вслѣдствіе того толчка, который они дали обращенію собственности, и переворота въ способахъ образованія правъ собственности. Однако даже позднѣйшіе римскіе юристы повидимому не связывали въ дѣйствительности никакихъ подобныхъ послѣдствій съ правомъ составлять завѣщанія. Мы видимъ, что въ римскомъ обществѣ никогда не смотрѣли на Завѣщаніе какъ на способъ раздѣленія собственности и семьи или созданія мно-

жества отдѣльныхъ интересовъ, а скорѣе какъ на средство доставить лучшее обеспеченіе членамъ дома, чѣмъ то, какое можетъ быть доставлено правилами преемства по закону. Мы имѣемъ несомнѣнно основаніе предположить, что понятія, которыя связывались у Римлянъ съ обычаемъ составленія завѣщаній, были крайне отличны отъ тѣхъ, съ которыми мы освоились въ настоящее время. Привычка считать Усыновленіе и Завѣщаніе способами продолженія семьи вѣроятно имѣла нѣчто общее съ странною несостоятельностью римскихъ понятій относительно наслѣдованія верховной власти. Нельзя не видѣть, что наслѣдованіе первыхъ римскихъ императоровъ другъ другу считалось достаточно правильнымъ и что несмотря на всѣ случившіяся событія, претензія императоровъ Ѳеодосія и Юстиніана называть себя Цезаремъ и Августомъ не казалась нелѣпою.

Когда жизнь первобытныхъ обществъ представится намъ во всей ясности, нельзя оспаривать того предположенія, которое казалось сомнительнымъ юристамъ семнадцатаго столѣтія, а именно, что преемство по закону есть болѣе древній институтъ, чѣмъ преемство по завѣщанію. Какъ только мы остановимся на этомъ, тотчасъ же явится самъ собою крайне интересный вопросъ, какъ и при какихъ условіяхъ дозволялось вначалѣ регулировать, посредствомъ распоряженій въ духовной, переходъ власти, а слѣдовательно и посмертное распредѣленіе имущества. Трудность рѣшенія этого вопроса объясняется рѣдкостью права составлять завѣщаніе въ архаическихъ обществахъ. Сомнительно, существовало ли дѣйствительное право составленія завѣщанія въ какомъ нибудь изъ первобытныхъ обществъ, кромѣ римскаго. Первоначальныя формы его встрѣчаются то тутъ, то тамъ, но большая часть ихъ можетъ быть заподозрѣна въ римскомъ происхожденіи. Духовная у Аѳинянъ безъ сомнѣнія мѣстнаго происхожденія, но и она, какъ мы постараемся доказать, была только первичною формою завѣщанія. Что касается до завѣщаній, которыя были санкціонированы собраніями законовъ, которые дошли до

насъ въ видѣ кодексовъ варварскихъ завоевателей императорскаго Рима, то они почти несомнѣнно римскаго происхожденія. Недавно германская критика обратила самое серіозное вниманіе на эти leges Barbarorum, изслѣдованіе которыхъ имѣетъ главною цѣлью отдѣлить тѣ части каждой системы, которыя составляли обычаи племени на его первоначальномъ мѣстѣ жительства, отъ случайныхъ ингредіентовъ, заимствованныхъ изъ римскихъ законовъ. Всѣ эти изслѣдованія привели неизмѣнно къ одному и тому же результату, что въ древней основѣ этого собранія законовъ не видно и слѣда чего-либо похожаго на Завѣщаніе. Гдѣ бы ни встрѣчался какой нибудь законъ о завѣщаніяхъ, онъ вездѣ заимствованъ изъ Римскаго права. Равнымъ образомъ первоначальная форма завѣщанія, встрѣчающаяся въ Іудейскомъ правѣ раввиновъ, приписывается сношенію іудеевъ съ Римлянами. Единственная форма завѣщанія, не принадлежавшая ни римскому, ни эллискому обществу и которая можетъ съ какимъ нибудь основаніемъ считаться туземною, есть та форма, которая признается обычаями Бенгальской области; но и тамошнее завѣщаніе, которое принималось нѣкоторыми учеными за изобрѣтеніе англо-индійскихъ юристовъ, есть не болѣе, какъ только первичная форма завѣщанія.

Однако всѣ эти доказательства, каковы бы они ни были приводятъ насъ къ тому заключенію, что Завѣщанія первоначально получали силу только въ томъ случаѣ, когда не было лицъ, имѣвшихъ право на полученіе наслѣдства по дѣйствительному или искусственному родству крови. Такимъ образомъ, когда впервые законы Солона дали аѳинскимъ гражданамъ право совершать Завѣщанія, они вмѣстѣ съ тѣмъ запретили имъ лишать наслѣдства своихъ прямыхъ потомковъ мужескаго пола. Точно также и завѣщанію въ Бенгаліи настолько дозволяется распоряжаться преемствомъ, насколько оно не противорѣчитъ нѣкоторымъ главнѣйшимъ требованіямъ семьи. Затѣмъ мы видимъ, что первоначальныя установленія іудеевъ нигдѣ не допускаютъ привилегій завѣщанія и что даже позд-

нѣйшая раввинская юриспруденція, взявшая на себя задачу восполнить casus omissi Моисеева закона, только тогда признаетъ силу завѣщанія, когда всѣ родственники имѣвшіе, по Моисееву законодательству право преемства, вымерли или не могутъ быть отысканы. Древніе германскіе кодексы тоже заключаютъ въ себѣ строгія ограниченія, какъ только дѣло касается права завѣщанія, что имѣетъ большое значеніе и приводитъ къ тѣмъ же выводамъ. Большая часть этихъ германскихъ законовъ въ той единственной формѣ, подъ которою они извѣстны намъ представляютъ ту особенность, что помимо *аллода* они признаютъ многіе второстепенные роды или разряды собственности изъ которыхъ каждый вѣроятно представляетъ собою отдѣльный способъ включенія римскихъ принциповъ въ первобытные тевтонскіе обычаи. Первобытная германская или аллодіальная собственность строго предназначалась однимъ только родственникамъ. Ею не только нельзя было распорядиться посредствомъ завѣщанія, но едва ли она была способна быть отчужденною посредствомъ перенесенія владѣнія inter vivos. Древнее Германское право, подобно Индійскому, дѣлало дѣтей мужескаго пола со-хозяевами наравнѣ съ ихъ отцомъ и имущество семьи не могло быть выдѣлено иначе, какъ съ согласія всѣхъ ея членовъ. Но другіе роды собственности болѣе новаго происхожденія и нисшаго достоинства, чѣмъ аллодіальныя владѣнія, гораздо легче отчуждались и относительно перенесенія владѣнія подлежали несравненно менѣе стѣснительнымъ правиламъ. Женщины и потомки по женской линіи наслѣдовали этимъ видамъ собственности очевидно на основаніи принципа, что они лежали внѣ священныхъ предѣловъ агнатическаго союза. Кромѣ того мы видимъ, что Завѣщаніе, заимствованное отъ Римлянъ, могло быть первоначально прилагаемо только исключительно къ послѣднимъ видамъ собственности и ни къ какимъ другимъ.

Этихъ немногихъ указаній будетъ достаточно, чтобы придать еще большую вѣроятность тому, что само по себѣ ока-

зывается наиболѣе правдоподобнымъ объясненіемъ засвидѣтельствованнаго факта въ ранней исторіи римскихъ Завѣщаній. Мы знаемъ на основаніи достаточнаго количества свидѣтельствъ, что Завѣщаніе въ ранній періодъ существованія Римскаго государства, совершалось въ Comitia Calata т. е. въ Comitia Curiata или въ собраніи римскихъ патриціевъ, когда они собирались для обсужденія частныхъ дѣлъ. Этотъ способъ совершенія завѣщанія послужилъ поводомъ къ тому, что установилось мнѣніе, передаваемое однимъ поколѣніемъ цивилистовъ другому, что всякое завѣщаніе въ извѣстный періодъ римской исторіи было торжественнымъ законодательнымъ актомъ. Но намъ нѣтъ никакой необходимости прибѣгать къ объясненію, которое страдаетъ тѣмъ недостаткомъ, что приписываетъ слишкомъ большую точность дѣйствіямъ древняго собранія. Настоящій ключъ къ объясненію совершенія завѣщаній въ Comitia Calata долженъ безъ сомнѣнія находиться въ положеніяхъ древнѣйшаго Римскаго права о преемствѣ по закону. Правила первобытнаго Римскаго права, регулирующія наслѣдованіе родственниковъ другъ послѣ друга, на сколько они оставались неизмѣненными Эдиктомъ Претора, имѣли слѣдующія дѣйствія:—Во первыхъ наслѣдовали sui или прямые потомки никогда не бывшіе эманципированными. Въ случаѣ смерти sui, ближайшій Агнатъ заступалъ его мѣсто т. е. ближайшее лицо или классъ родства, который былъ или могъ быть подъ тою же Patria Potestas, что и умершій. Затѣмъ слѣдовала третья и послѣдняя степень, по которой наслѣдство переходило къ gentiles т. е. къ коллективнымъ членамъ gens или Рода умершаго лица. Родъ, какъ я уже объяснялъ выше, былъ фиктивное распространеніе семьи, состоявшій изъ всѣхъ римскихъ гражданъ, носившихъ одинаковое имя и, которые на томъ основаніи, что носили одинаковое имя, предполагались происходившими отъ общаго предка. Патриціанское Собраніе, называемое Comitia Curiata, было Законодательнымъ собраніемъ, на которомъ было исключительное представительство gentes или родовъ. Это было представительное собраніе римскаго

народа, составленное на предположеніи, что существенная единица государства былъ gens. При этихъ условіяхъ мы неизбѣжно приходимъ къ такому заключенію, что завѣдываніе дѣлами о завѣщаніяхъ посредствомъ Comitia было связано съ правами gentiles и имѣло цѣлью обезпечить имъ ихъ привилегію наслѣдованія въ случаѣ крайности. Вся кажущаяся аномалія будетъ устранена, если мы предположимъ, что Завѣщаніе могло быть сдѣлано только тогда, когда наслѣдодатель не могъ отыскать gentiles или когда они отказались отъ своихъ притязаній, и что всякое Завѣщаніе было представляемо въ общее собраніе римскихъ gentes съ тѣмъ, чтобы лица, недовольныя распоряженіями этого завѣщанія, могли наложить на него свое veto, если того пожелаютъ, или же пропустить его, и слѣдовательно, отказаться отъ своихъ правъ на наслѣдство. Весьма можетъ быть, что незадолго до изданія XII таблицъ право налагать veto было значительно ограничено или только случайно и произвольно примѣняемо. Но при всемъ томъ несравненно легче указать на значеніе и происхожденіе юрисдикціи Comitia Calata, чѣмъ прослѣдить ея постепенное развитіе и прогресивный упадокъ.

Однако происхожденіе всѣхъ новѣйшихъ завѣщаній слѣдуетъ искать не въ Завѣщаніи, совершаемомъ въ Calata Comitia, но въ другомъ Завѣщаніи, которое было противопоставлено ему и которому было суждено замѣнить его. Историческая важность этого ранняго римскаго завѣщанія и свѣтъ, который оно бросаетъ на многія изъ древнихъ воззрѣній, могутъ служить намъ оправданіемъ, если мы опишемъ его съ нѣкоторою подробностью.

Когда мы впервые встрѣчаемся въ исторіи съ правомъ составлять завѣщаніе, то убѣждаемся по нѣкоторымъ признакамъ, что завѣщаніе, подобно почти всѣмъ великимъ римскимъ институтамъ, было предметомъ спора между патриціями и плебеями. Политическое правило Plebs gentem non habet (плебей не можетъ быть членомъ рода) вело къ полному исключенію плебеевъ изъ Comitia Curiata. Согласно съ этимъ нѣкоторые

критики предполагали, что завѣщаніе плебея не могло быть прочитано или провозглашено въ патриціанскомъ собраніи и что плебей такимъ образомъ былъ совершенно лишенъ права завѣщаній. Другіе же напротивъ довольствовались указаніемъ на трудности при представленіи завѣщанія вражебной юрисдикціи собранія, въ которомъ наслѣдодатель не имѣлъ своего представителя. Каковъ бы ни былъ правильный взгядъ, но вѣрно то, что вошла въ употребленіе такая форма завѣщанія, которая имѣла всѣ характеристическія признаки способа, придуманнаго съ цѣлью избѣгнуть всякаго непріятнаго обязательства. Завѣщаніе, о которомъ идетъ рѣчь, было передачею inter vivos, полнымъ и безповоротнымъ отчужденіемъ семьи и имущества наслѣдодателя къ лицу, котораго онъ предполагалъ сдѣлать своимъ наслѣдникомъ. Сгрогія правила Римскаго права всегда допускали подобное отчужденіе, но когда сдѣлка должна была сдѣлаться дѣйствительною послѣ смерти, то вѣроятно возникали споры можетъ ли она соотвѣтствовать цѣлямъ Завѣщанія безъ формальнаго согласія патриціанскаго собранія. Если разница и существовала относительно этого пункта между двумя классами римскаго населенія, то она была уничтожена вмѣстѣ съ другими поводами къ внутреннимъ распрямъ компромисомъ, устроеннымъ децемвирами. Въ дошедшемъ до насъ текстѣ XII таблицъ говорится: «Pater familias uti de pecuniâ tutelâve rei suae legâssit, ita jus esto»—законъ, который едва ли имѣлъ другую цѣль, какъ признаніе законной силы за завѣщаніями плебеевъ.

Всѣмъ извѣстно, что нѣсколько столѣтій послѣ того, какъ Патриціанское Собраніе перестало быть законодательною властью Римскаго государства, оно все еще продолжало свои формальныя засѣданія для веденія частныхъ дѣлъ. Слѣдовательно есть основаніе думать, что долгое время спустя, послѣ обнародованія децемвирскаго закона, Comitia Calata все еще собирались для приданія законной силы Завѣщаніямъ. Мы вѣроятно точнѣе опредѣлимъ его функціи, если скажемъ, что это была явочная палата, хотя само собою разумѣется, что предъ-

явленныя завѣщанія не *вносились въ роспись*, а просто передавались изустно членамъ Собранія, которые записывали или старались запомнить ихъ содержаніе. Весьма вѣроятно, что эта форма Завѣщанія никогда не была письменною, и во всякомъ случаѣ, если Завѣщаніе и писалось первоначально, то вся обязанность Comitia конечно ограничивалась выслушиваніемъ изустнаго прочтенія завѣщанія и затѣмъ документъ оставался на сохраненіи у наслѣдодателя, или отдавался подъ защиту какой нибудь религіозной корпораціи. Эта публичность могла быть одною изъ причинъ, почему Завѣщаніе, совершаемое въ Comitia Calata, навлекло на себя народное нерасположеніе. Въ первыхъ годахъ имперіи все еще продолжались собранія Comitia, но они обратились въ простую формальность и вѣроятно, что на эти періодическія засѣданія мало или вовсе не было представляемо завѣщаній.

Древнее плебейское Завѣщаніе—видоизмѣненіе только что описаннаго Завѣщанія—въ своихъ отдаленныхъ результатахъ глубоко воздѣйствовало на новѣйшую цивилизацію. Оно пріобрѣло въ Римѣ ту популярность, какую повидимому утратило Завѣщаніе, подлежащее разсмотрѣнію Calata Comitia. Характеристическія особенности этаго Завѣщанія объясняются его происхожденіемъ отъ mancipium или древняго римскаго способа передачи, способа, которому мы, не задумываясь, можемъ приписать сродство съ двумя великими институтами, безъ которыхъ мы едва ли можемъ предположить существованіе новѣйшаго общества,—а именно съ Договоромъ и Завѣщаніемъ. Mancipium или, употребляя слово позднѣйшаго происхожденія, Манципація относитъ насъ по ея обстановкѣ къ дѣтскому періоду гражданскаго общества. Такъ какъ Mancipium возникъ во времена задолго предшествовавшія, если не изобрѣтенію то во всякомъ случаѣ популяризаціи письма, то по этому тѣлодвиженія, символическія дѣйствія и торжественныя фразы занимали мѣсто письменныхъ формъ, и введенъ былъ длинный сложный церемоніалъ съ цѣлью обратить вниманіе участвующихъ на важность отправлявшагося дѣла и запечатлѣть его

въ памяти свидѣтелей. Несовершенство устнаго свидѣтельства по сравненію съ письменнымъ вызвало необходимость большаго числа свидѣтелей и присутствующихъ чѣмъ то, какимъ считали нужнымъ ограничиваться въ позднѣйшія времена.

Римская Манципація прежде всего требовала присутствія сторонъ, продавца и покупщика, или употребляя новѣйшій юридическій языкъ,—цедента и цессіонарія. Кромѣ того тутъ было еще не менѣе *пяти* свидѣтелей, и странное лицо Libripens, (вѣсодержатель) который приносилъ съ собою вѣсы для взвѣшиванія нечеканенной мѣди древняго Рима. Разсматриваемое нами завѣщаніе — завѣщаніе per aes et libram, «съ мѣдью и вѣсами», какъ его называли—было обыкновенною Манципаціею, безъ всякой перемѣны въ формѣ и едва ли съ какой нибудь перемѣной въ словахъ. Наслѣдодатель былъ цедентомъ; пятеро свидѣтелей и libripens были на лицо; мѣсто цессіонарія занимало лицо, технически обозначаемое названіемъ *familiae emptor* или пріобрѣтатель Семьи. Затѣмъ совершалась обыкновенная церемонія Манципаціи. Производились извѣстныя формальныя тѣлодвиженія и произносились опредѣленныя изрѣченія. Emptor familiae подавалъ знакъ къ платежу установленной цѣны ударомъ монеты о вѣсы и наконецъ наслѣдодатель подтверждалъ сдѣланное, установленной формой словъ называемой «Nuncupatio» или объявленіе сдѣлки, выраженіе, которое какъ извѣстно всякому юристу, имѣло длинную исторію въ Завѣщаніи. Необходимо обратить особенное вниманіе на характеръ лица, называемаго familae emptor. Не подлежитъ сомнѣнію, что первоначально это былъ самъ Наслѣдникъ. Наслѣдодатель сразу передавалъ ему всю свою «familia» то есть всѣ права, которыми онъ пользовался надъ семьею и черезъ ея посредство, свое имущество, своихъ рабовъ, и всѣ праотческія привилегіи и вмѣстѣ съ тѣмъ всѣ свои обязанности и обязательства.

Имѣя передъ собою эти данные, мы можемъ теперь указать на разные замѣчательные пункты, которыми манципаціонное завѣщаніе, какъ оно можетъ быть названо, отличалось

въ своей первобытной формѣ отъ новѣйшаго завѣщанія. Когда оно дошло до полной передачи имущества Наслѣдодателя оно стало *неотмѣняемымъ*. Тутъ не могло быть новаго дѣйствія отправленія власти, такъ какъ она была исчерпана.

Какъ уже было сказано, завѣщаніе не было тайнымъ. Familiae Emptor, будучи самъ Наслѣдникомъ, точно зналъ въ чемъ состояли его права и зналъ, что онъ имѣлъ неотмѣняемое право на наслѣдство, а эти условія при насиліяхъ неизбѣжныхъ даже въ наиболѣе хорошо организованномъ древнемъ обществѣ, дѣлали его положеніе крайне опаснымъ. Но при всемъ томъ наиболѣе удивительнымъ результатомъ этого соотвѣтствія Завѣщанія съ Передачею собственности былъ немедленный вводъ Наслѣдника въ права его. Это казалось настолько невѣроятнымъ многимъ цивилистамъ, что они считали имущество Наслѣдодателя, переходящимъ къ Наслѣднику только подъ условіемъ смерти Наслѣдодателя или уступаемымъ ему съ неопредѣленнаго времени, т. е. со смерти цедента. Но до послѣдняго періода исторіи Римскаго права существовалъ извѣстный разрядъ сдѣлокъ, которыя никогда не подлежали прямому измѣненію въ виду выставленнаго условія, или ограниченію моментомъ времени. Выражаясь технически, эти сдѣлки не допускали *conditio* или *dies*. Манципація была одною изъ нихъ и слѣдовательно, какъ-бы страннымъ это ни казалось, мы невольно приходимъ къ заключенію, что первобытное римское Завѣщаніе сразу становилось дѣйствительнымъ, хотя-бы Наслѣдодатель переживалъ актъ совершенія завѣщанія. Весьма, вѣроятно, что римскіе граждане первоначально дѣлали свои завѣщанія только на случай смерти и что мѣры, принимаемыя человѣкомъ въ полномъ цвѣтѣ силъ для продолженія Семьи, скорѣе принимали форму Усыновленія, чѣмъ Завѣщанія. Однако мы все-таки должны прійти къ тому убѣжденію, что если Наслѣдодатель выздоравливалъ, то онъ могъ, по прежнему, управлять домомъ только съ дозволенія своего Наслѣдника.

Необходимо сдѣлать еще два три замѣчанія, прежде чѣмъ

мы объяснимъ, какимъ образомъ были устранены эти неудобства и какъ завѣщанія получили характеристическія черты, которыя въ настоящее время повсемѣстно связываются съ ними. Завѣщаніе не всегда писалось: въ началѣ оно, повидимому, было неизмѣнно устное, и даже въ позднѣйшія времена актъ объявленія завѣщанія только случайно связывался съ завѣщаніемъ и не былъ его существенною частью. Оно имѣло фактически точно такое же отношеніе къ завѣщаніямъ, какое имѣлъ актъ, ведущій къ употребленію Fines и Recoveries стараго англійскаго права, или грамота, жалующая ленъ, къ самому пожалованію леномъ. Въ сущности до появленія XII Таблицъ, никакой письменный документъ не принесъ бы никакой пользы, потому что Наслѣдодатель не имѣлъ права отчуждать имущество посредствомъ завѣщаній и единственныя лица, пользовавшіяся выгодами завѣщанія, были Наслѣдникъ или Со-наслѣдники. Но крайняя общность статьи въ XII Таблицахъ вскорѣ произвела доктрину, по которой Наслѣдникъ долженъ былъ вмѣстѣ съ наслѣдствомъ принять на себя всѣ тѣ распоряженія, какія угодно было Наслѣдодателю дать ему, или другими словами взять на себя обязательства къ прочимъ участникамъ въ завѣщаніи. Письменные завѣщательные акты получили затѣмъ новое значеніе, какъ обеспеченіе противъ отказа Наслѣдника удовлетворить поименнованныхъ въ завѣщаніи лицъ; но до конца предоставлялось благоусмотрѣнію Наслѣдодателя исключительно довольствоваться присутствіемъ свидѣтелей и словеснымъ объявленіемъ обязательствъ, по которымъ долженъ былъ заплатить familiae emptor.

Условія, подъ которыми составилось выраженіе Emptor familiae, требуетъ особеннаго вниманія. Слово «Emptor» показываетъ, что завѣщаніе было буквально продажею, а слово «familiae» по сравненію съ фразеологіей въ статьѣ о завѣщаніи въ XII Таблицахъ приводитъ насъ къ нѣкоторымъ поучительнымъ заключеніямъ. «Familia» въ классической латынѣ означаетъ всегда наличный составъ рабовъ какого-нибудь лица. Однако здѣсь, какъ и вообще на языкѣ древняго Рим-

скаго права она заключала въ себѣ всѣхъ, лицъ находящихся подъ властью лица, а вещественная собственность или имущество Наслѣдодателя предполагалось переходящимъ къ нему, какъ дополненіе или принадлежность его хозяйства. Обращаясь къ закону XII Таблицъ, мы видимъ, что въ немъ говорится о tutela rei suae, «т. е. объ опекѣ его имущества», форма выраженія совершенно обратная только что разсмотрѣнной нами фразы. Такимъ образомъ мы невольно должны прійти къ заключенію, что даже въ такое сравнительно недавнее время, какъ напр. время компромиса Децемвировъ, выраженія, обозначавшія «хозяйство» и «собственность» смѣшивались между собою въ ходячей фразеологіи. Еслибы о хозяйствѣ лица говорилось, какъ объ его собственности, то мы бы могли принять это выраженіе въ смыслѣ указанія на объемъ Patria Potestas, но такъ какъ оба выраженія взаимно замѣняютъ другъ друга, то мы должны допустить, что эта разговорная форма относится къ тому первобытному періоду, когда собственностью владѣла семья и семья управлялась гражданами, такъ что члены общины не владѣли своею собственностію *и* своею семью, но скорѣе можно сказать, владѣли своею собственностію *черезъ посредство* своей семьи.

Въ эпоху, которую трудно опредѣлить съ точностью, у римскихъ преторовъ вошло въ обычай дѣйствовать относительно завѣщаній, сообразуясь болѣе съ духомъ, чѣмъ съ буквою закона. Случайныя разрѣшенія незамѣтно обратились въ установившійся обычай, пока наконецъ не созрѣла совершенно новая форма Завѣщанія и не была правильно введена въ юриспруденцію Эдикта. Новое или *Преторское* Завѣщаніе заимствовало всю свою силу изъ Jus Honorarium или римской Справедливости. Преторъ какого-нибудь одного года вѣроятно вставилъ статью въ своей Вступительной Прокламаціи, въ которой объявилъ о своемъ намѣреніи поддерживать всѣ Завѣщанія, исполненныя съ такими и такими-то церемоніями; реформа эта была найдена полезною и относя-

щійся къ ней пунктъ былъ вновь введенъ преемникомъ Претора и повторенъ слѣдующимъ за нимъ, занимавшимъ эту должность, пока наконецъ пунктъ этотъ не составилъ признанной части той системы права, которая отъ этихъ послѣдовательныхъ добавленій получила названіе Непрерывнаго или Продолженнаго Эдикта. При разсмотрѣніи условій дѣйствительности Преторскаго Завѣщанія, мы ясно видимъ, что условія эти опредѣлялись требованіями Манципаціоннаго Завѣщанія и что Преторъ нововводитель задался мыслью настолько именно придерживаться старыхъ формальностей, насколько онѣ служили поручительствомъ въ неподдѣльности акта или обеспеченіемъ противъ обмана. При установленіи Манципаціоннаго Завѣщанія присутствовало семеро лицъ кромѣ Наслѣдодателя. Согласно съ этимъ семеро свидѣтелей были необходимы и для Преторскаго Завѣщанія; двое изъ нихъ соотвѣтствовали libripens и familiae emptor, которые въ настоящемъ случаѣ были лишены своего символическаго характера и присутствовали только съ цѣлью представить свое свидѣтельство. При этомъ не совершалось никакой эмблематической церемоніи; Завѣщаніе излагалось изустно; но и тогда вѣроятно, (хотя и не безусловно достовѣрно), необходимъ былъ письменный актъ, чтобы увѣковѣчить засвидѣтельствованіе распоряженій Наслѣдодателя. Во всякомъ случаѣ читался или предъявлялся актъ, какъ послѣдняя воля лица, но мы знаемъ съ достовѣрностью, что Преторскій Судъ только тогда могъ поддержать актъ своимъ спеціальнымъ вмѣшательствомъ, когда каждый изъ семи свидѣтелей въ отдѣльности приложилъ къ нему свою печать. Тутъ впервые является приложеніе *печати* въ исторіи права въ смыслѣ особаго способа засвидѣтельствованія. Употребленіе же печатей въ видѣ простыхъ закрѣпъ несомнѣнно введено было въ болѣе глубокой древности и повидимому было извѣстно Евреямъ. Мы видимъ также, что печати на римскихъ Завѣщаніяхъ и другихъ важныхъ документахъ не только служили указаніемъ на присутствіе или согласіе лица, прило-

жившаго ихъ, но были также буквально закрѣпами, которыя приходилось сломать, прежде чѣмъ актъ могъ быть просмотрѣнъ.

Такимъ образомъ Эдиктъ подкрѣплялъ распоряженія наслѣдодателя въ томъ случаѣ, когда эти распоряженія вмѣсто того, чтобы быть произведенными по формѣ, манципаціи были просто засвидѣтельствованы печатями семи свидѣтелей. Но можно принять за общее положеніе, что главнѣйшіе разряды римской собственности не могли быть передаваемы иначе, какъ путемъ процессовъ, которые предполагаются возникшими единовременно съ Гражданскимъ правомъ. Слѣдовательно Преторъ не могъ никому дать *Наслѣдства*. Онъ не могъ поставить Наслѣдника или Со-наслѣдниковъ въ тѣ самыя отношенія, въ которыхъ самъ Наслѣдодатель стоялъ къ своимъ правамъ и обязанностямъ. Онъ могъ только доставить лицу назначенному въ Наслѣдники практическое пользованіе завѣщаннымъ имуществомъ и придать законную силу квитанціямъ въ уплатѣ долговъ Наслѣдодателя. Когда Преторъ примѣнялъ такимъ образомъ свою власть, то на техническомъ языкѣ это означало, что онъ сообщаетъ *Bonorum Possessio*. Наслѣдникъ, спеціальнно введенный во владѣніе при такихъ условіяхъ или *Bonorum Possessor*, получалъ всевозможныя владѣльческія преимущества надъ Наслѣдникомъ по Гражданскому праву. Онъ пользовался всѣми выгодами и могъ отчуждать свою собственность, но затѣмъ въ случаѣ правонарушенія, онъ долженъ былъ обращаться за средствами удовлетворенія, если можно такъ выражаться, не къ Обычному Праву, а къ Справедливости Преторскаго Суда. Мы врядъ ли ошибемся, если скажемъ, что онъ владѣлъ *справедливымъ* имуществомъ въ наслѣдствѣ, но при этомъ, не слѣдуетъ никогда упускать изъ виду, что въ теченіи одного года *Bonorum Possesio* дѣйствовало на принципѣ Римскаго права, извѣстномъ подъ названіемъ Usucapio, и владѣлецъ становился Квиритскимъ собственникомъ всего имущества, заключавшагося въ Наслѣдствѣ.

Мы слишкомъ мало знаемъ древнее гражданское судопроизводство, чтобы поставить въ равновѣсіе выгоды и невыгоды различныхъ родовъ средствъ, доставляемыхъ преторскимъ Трибуналомъ. Однако не подлежитъ сомнѣнію, что не смотря на всѣ его недостатки, Манципаціонное Завѣщаніе посредствомъ котораго сразу и неизмѣнно передавалась *universitas juris*, никогда не было вполнѣ замѣнено новымъ Завѣщаніемъ и въ періодъ слѣпой приверженности къ антикварскимъ формамъ и, быть можетъ, когда представленіе объ ихъ значеніи уже исчезло, юрисконсульты употребили весь свой талантъ на улучшеніе этого болѣе почтеннаго акта. Во времена Гая въ періодъ Антониновъ Цезарей были устранены главные недостатки Манципаціоннаго Завѣщанія. Первоначально существенный характеръ формальностей требовалъ, чтобы самъ Наслѣдникъ былъ Покупателемъ Семьи, слѣдствіемъ этого было то, что онъ не только немедленно пріобрѣталъ опредѣленную часть въ собственности Наслѣдодателя, но долженъ былъ быть формально увѣдомленъ о своихъ правахъ. Но вѣкъ Гая допускалъ и постороннихъ лицъ заступать мѣсто Покупателя Семьи. Такимъ образомъ Наслѣдникъ не всегда извѣщался о предназначенномъ ему наслѣдствѣ, и Завѣщанія съ тѣхъ поръ становятся *тайными*. Замѣна дѣйствительнаго Наслѣдника постороннимъ лицомъ въ отправленіи функцій «Familiae Emptor» имѣло другія дальнѣйшія послѣдствія. Какъ только обычай этотъ получалъ законнную силу, Римское Завѣщаніе начало дѣлиться на двѣ части или ступени: — Передача, которая была простою формальностью и Nuncupatio или Объявленіе. Во время этой послѣдней процедуры Наслѣдодатель или изустно объявлялъ присутствующимъ о желаніяхъ, которыя должны быть выполнены послѣ его смерти, или предъявлялъ письменнный документъ, въ которомъ были изложены его желанія. По всѣмъ вѣроятіямъ Завѣщанія только тогда сдѣлались *отмѣняемы*, когда окончательно перестали обращать вниманіе на воображаемую Передачу и все

сосредоточилось на Nuncupatio, какъ на главной части сдѣлки.

Такимъ образомъ я до извѣстной степени прослѣдилъ генезисъ Завѣщанія въ исторіи права. Корень его заключается въ старомъ Завѣщаніи, «съ мѣдью и вѣсами», основанномъ на Манципаціи или Передачѣ. Въ этомъ древнемъ Завѣщаніи было однако много недостатковъ, которые были, хотя только косвенно, устранены Преторскимъ закономъ. Между тѣмъ, благодаря таланту юрисконсультовъ, въ Завѣщаніи по Обычному праву или въ такъ-называемомъ Манципаціонномъ Завѣщаніи производятся тѣ же улучшенія, какія въ то же время совершалъ Преторъ по отношенію къ Справедливости. Эти послѣднія улучшенія находятся однако въ зависимости отъ чисто юридической ловкости и мы видимъ согласно съ этимъ, что законъ о Завѣщаніяхъ временъ Гая или Ульпіана является только переходнымъ. Мы не знаемъ, какія послѣ того произошли перемѣны, но въ послѣдствіи въ моментъ предшествовавшій перестройкѣ права Юстиніаномъ, мы находимъ, что у подданныхъ Восточной Римской Имперіи была въ употребленіи форма Завѣщанія, которой происхожденіе можетъ быть отыскано съ одной стороны въ Преторскомъ Завѣщаніи, а съ другой въ Завѣщаніи «съ мѣдью и вѣсами». Подобно Завѣщанію Претора упомянутое Завѣщаніе не требовало Манципаціи и становилось дѣйствительнымъ только тогда, когда къ нему была приложена печать семи свидѣтелей. Подобно Манципаціонному завѣщанію оно передавало не только *Bonorum Possesio* но и Наслѣдство. Однако многія изъ его главнѣйшихъ чертъ были присоединены къ нему положительными узаконеніями, и Юстиніанъ по отношенію къ троякому происхожденію отъ Преторскаго Эдикта, отъ Гражданскаго Права и императорскихъ Законовъ называетъ современный ему Законъ о Завѣщаніяхъ Jus Tripertitum. Обозначаемое такимъ образомъ Новое Завѣщаніе было единственнымъ общеизвѣстнымъ Римскимъ Завѣщаніемъ. Но оно было только Завѣщаніемъ Во-

сточной Имперіи; въ Западной же,—согласно изслѣдованіямъ Савиньи,—въ продолженіи значительной части Среднихъ Вѣковъ оставалось общеупотребительной формой старое Манципаціонное Завѣщаніе со всей своей обстановкой передачи, мѣди и вѣсовъ.

ГЛАВА VII.

Древніе и новые взгляды на Завѣщаніе и Преемство.

Хотя новѣйшіе европейскіе законы о Завѣщаніи имѣютъ много общаго съ древнѣйшими правилами о посмертныхъ распоряженіяхъ, но между новыми и древними понятіями о Завѣщаніи и Преемствѣ все таки существуетъ довольно важное различіе. Нѣкоторыя изъ чертъ этого различія мы постараемся разсмотрѣть въ настоящей главѣ.

Въ періодъ, отстоящій на нѣсколько столѣтій отъ эпохи XII таблицъ, мы встрѣчаемъ разныя правила, вошедшія въ Римское Гражданское право съ цѣлью ограничить право устраненія дѣтей отъ наслѣдства; въ этихъ видахъ усиленно дѣйствовала и преторская юрисдикція; затѣмъ является новое средство, самое уродливое по своему характеру и неизвѣстнаго происхожденія,—это Querela Inofficiosi Testamenti «Жалоба на Несправедливое Завѣщаніе,» направленная къ возстановленію потомковъ въ правахъ наслѣдства, изъ котораго они были неправильно исключены отцовскимъ завѣщаніемъ. Сравнивая такое состояніе закона съ текстомъ XII таблицъ, признающихъ на словахъ крайнюю свободу Завѣщанія, нѣкоторые писатели покушались приплести драматическій элементъ къ исторіи закона о Завѣщаніи. Они сообщаютъ намъ о томъ, что главы семейства начали немедленно пользоваться неограни-

ченною свободою лишать наслѣдства, что примѣненіе новыхъ правилъ порождало соблазнъ и повело къ оскорбленію общественной нравственности и всѣ лучшіе люди восхваляли смѣлость Претора, который рѣшился положить предѣлъ своеволію родителей. Эта исторія не лишена основанія по отношенію къ главнѣйшему передаваемому ею факту, и зачастую разсказывается въ такомъ видѣ, что служитъ къ устраненію важныхъ недоразумѣній въ исторіи права. Законъ XII таблицъ долженъ быть объясняемъ характеромъ того вѣка, въ который онъ былъ установленъ. Законъ этотъ не потворствовалъ направленію, которому позднѣйшая эпоха считала нужнымъ противодѣйствовать; во время его изданія не предполагали существованія такого направленія или, пожалуй можно сказать, не подозрѣвали даже возможности его появленія. Невѣроятно, чтобы римскіе граждане тотчасъ же охотно воспользовались правомъ лишать наслѣдства своихъ дѣтей. Было бы противно всякому смыслу и здравой исторической оцѣнкѣ думать, чтобы иго семейнаго рабства, всегда терпѣливо сносимое, даже тогда, когда гнетъ его тяготѣлъ наиболѣе жестокимъ образомъ, было сброшено именно при такихъ обстоятельствахъ, при которыхъ оно даже въ наши дни считалось бы только умѣстнымъ. Законъ XII таблицъ дозволялъ исполненіе Завѣщанія въ единственномъ случаѣ, когда полагалось возможность его исполненія, т. е., въ случаѣ неимѣнія дѣтей и близкихъ родственниковъ. Онъ не воспрещаетъ лишать наслѣдства прямыхъ потомковъ, такъ какъ вообще онъ не касается непредвидѣнныхъ случаевъ, которыхъ не разсматриваетъ ни одинъ изъ римскихъ юристовъ того времени. Нѣтъ сомнѣнія, что по мѣрѣ того, какъ долгъ семейной привязанности постепенно утрачивалъ характеръ основной личной обязанности, стали встрѣчаться попытки лишенія дѣтей наслѣдства. Вмѣшательство Претора далеко не было вызвано всеобщимъ распространеніемъ этого злоупотребленія; оно безъ сомнѣнія явилось впервые вслѣдствіе того факта, что случаи подобнаго неестественнаго произвола были рѣдкими и исклю-

чительными и шли слѣдовательно въ разрѣзъ съ общепринятыми понятіями о нравственности.

Свѣденія, почерпаемыя нами изъ этаго отдѣла Римскаго законодательства о Завѣщаніяхъ, весьма разнообразны. Замѣчательно, что римляне никогда не смотрѣли на Завѣщаніе, какъ на средство *лишать наслѣдства* Семью, или устраивать неравный раздѣлъ родоваго имущества. Положенія закона, имѣвшія цѣлью предупредить примѣненіе его въ этомъ направленіи, увеличиваются въ числѣ и становятся строже по мѣрѣ дальнѣйшаго развитія юриспруденціи, и эти положенія безъ сомнѣнія соотвѣтствовали постоянному настроенію римскаго общества, въ отличіе отъ случайныхъ колебаній въ настроеніи отдѣльныхъ лицъ. Скорѣе можно предположить, что право составлять Завѣщанія главнымъ образомъ заключалось въ томъ, что оно служило пособіемъ къ *обеспеченію* Семьи и къ болѣе равному и лучшему раздѣлу наслѣдства, чѣмъ тотъ, который могъ бы воспослѣдовать при Преемствѣ по Закону. Если мы только не ошибаемся насчетъ того, что этотъ взглядъ былъ всеобщимъ, то этимъ можно объяснить до извѣстной степени то странное отвращеніе къ наслѣдованію по закону, какимъ всегда отличался римлянинъ. Не было зла, которое бы считалось большимъ испытаніемъ, чѣмъ ограниченіе свободы Завѣщанія; никакое проклятіе не казалось болѣе невыносимымъ, какъ то, когда врагъ принужденъ былъ умереть безъ завѣщанія. Чувство, какое питалъ въ этомъ отношеніи древній римлянинъ, совершенно не подходитъ къ понятіямъ нашего времени. Во всѣ времена люди, разумѣется, предпочитали сами распоряжаться своимъ имуществомъ, чѣмъ предоставить это закону, но пристрастіе римлянина къ завѣщанію по самой своей силѣ отличается отъ простаго желанія потворствовать личному капризу; это стремленіе конечно не имѣетъ ничего общаго съ фамильною гордостью, исключительно созданною феодализмомъ, собиравшимъ извѣстный родъ собственности въ рукахъ одного представителя. Можно было бы à priori предположить, что въ правилахъ Преемства по Закону было нѣ-

что такое, что заставляло оказывать столь горячее предпочтеніе Преемству по Завѣщанію, передъ способомъ раздѣла по закону. Но здѣсь встрѣчается слѣдующее затрудненіе: вникая въ ту часть Римскаго права, которая трактуетъ о Преемствѣ по Закону въ томъ видѣ, какой оно имѣло много столѣтій передъ тѣмъ, какъ Юстиніанъ отлилъ ее въ форму, почти повсемѣстно принятую новѣйшими законодателями, мы не встрѣчаемъ ничего неразумнаго или несправедливаго. Напротивъ того установляемый имъ способъ раздѣла имущества такъ раціоналенъ и такъ мало отличается отъ того, что выработало по этой части новое общество, что трудно найти причину, почему эти правила возбуждали противъ себя такое сильное отвращеніе, особливо въ тѣ времена, когда юриспруденція ставила тѣсные предѣлы свободѣ Завѣщаній для лицъ имѣющихъ дѣтей, которыхъ слѣдовало обеспечить. Мы скорѣе могли бы предположить, что въ Римѣ, подобно тому, какъ въ настоящую минуту во Франціи, главы семействъ охотно избавили бы себя отъ неудобствъ по составленію завѣщаній, предоставивъ закону распоряжаться по усмотрѣнію ихъ собственнымъ имуществомъ. Намъ кажется, что мы отыщемъ ключъ къ этой задачѣ, если присмотримся поближе къ Преемству по Закону въ до-юстиніяновскомъ правѣ. Содержаніе его распадается на двѣ отдѣльныя части. Одинъ отдѣлъ правилъ истекаетъ изъ jus Civile, Гражданскаго Римскаго права, другой—изъ Преторскаго Эдикта. Гражданское право,—какъ уже было замѣчено выше, хотя по другому поводу,—призываетъ по очереди къ наслѣдству только три разряда преемниковъ: не эманципарованныхъ дѣтей, ближайшихъ родственниковъ агнатовъ и членовъ рода (Gentiles). Между этими тремя разрядами Преторъ располагаетъ различные классы родственниковъ, которые не были приняты во вниманіе Гражданскимъ правомъ. Въ концѣ концовъ сочетаніе Эдикта и Гражданскаго права составляетъ правила о преемствѣ, мало чѣмъ отличныя отъ тѣхъ, которыя вошли въ большинство новѣйшихъ кодексовъ.

Не слѣдуетъ забывать, что нѣкогда было время, когда си-

стема Преемства по Закону исключительно опредѣлялась положеніями Гражданскаго права и когда распоряженія Эдикт или вовсе не существовали, или не выполнялись надлежащимъ образомъ. Мы не можемъ сомнѣваться, что Преторская юрисдикція въ періодъ своего дѣтства должна была бороться съ громадными препятствіями, и болѣе, чѣмъ вѣроятно, что долгое время спустя, когда уже она пріобрѣла сочувствіе народа и получила законное значеніе, вводимыя ею измѣненія не управлялись опредѣленными принцинами, а колебались, смотря по измѣнчивому настроенію слѣдовавшихъ одинъ за другимъ магистратовъ. Правила Преемства по Закону, примѣнявшіяся римлянами въ этотъ періодъ содѣйствовали — и даже, пожалуй, были главной причиной сильнаго отвращенія къ Наслѣдству безъ Завѣщанія, отвращенію, которому римское общество оставалось вѣрно впродолженіи многихъ столѣтій. Порядокъ преемства былъ слѣдующій: по смерти гражданина, не оставившаго духовной или законнаго завѣщанія наслѣдовали его не эманципированныя дѣти. Его *эманципированные* сыновья не участвовали въ наслѣдствѣ. Если умирающій не оставлялъ прямыхъ наслѣдниковъ, то ему наслѣдовала ближайшая степень родственниковъ агнатовъ; но никакое лицо связанное (хотя бы тѣсно) съ умершимъ родствомъ чрезъ посредство лица женскаго пола не участвовало въ наслѣдствѣ. Всѣ другія вѣтви семьи были исключены, и наслѣдство переходило къ *Gentiles* (членамъ рода) т. е. къ цѣлой корпораціи римскихъ гражданъ, носившихъ одно имя съ умершимъ. Такимъ образомъ, если римлянинъ того времени не успѣвалъ совершить дѣйствительнаго завѣщанія, то онъ рисковалъ оставить своихъ эманципированныхъ дѣтей безъ всякаго обеспеченія, и на основаніи предположенія, что онъ умеръ бездѣтнымъ, все его имущество могло совсѣмъ выйти изъ семьи и быть передано людямъ, не имѣвшимъ съ нимъ никакой связи кромѣ жреческой фикціи, признававшей, что всѣ составляющіе родъ (gens) произошли отъ единаго общаго предка. Ожиданіе подобнаго исхода можетъ само по себѣ служить достаточнымъ объясне-

ніемъ того чувства, какое господствовало у римлянъ, но въ сущности, мы только на половину уяснимъ себѣ это, если не примемъ во вниманіе, что описанный нами порядокъ вещей былъ во всей силѣ именно въ тотъ моментъ, когда римское общество находилось на первой ступени перехода отъ первобытной организаціи отдѣльныхъ семей. Отеческая власть получила одинъ изъ первыхъ ударовъ чрезъ признаніе эманципаціи дѣтей въ качествѣ законнаго обычая; но законъ все еще считавшій Patria Potestas (отеческую власть) основой семейной связи, продолжалъ смотрѣть на эманципированныхъ дѣтей, какъ на непричастныхъ правамъ родства и чуждыхъ своей крови. Мы однако не можемъ предположить, чтобы ограниченія семейныхъ связей, введенныя педантами-юристами, находили отголосокъ въ естественной привязанности родителей. Семейная привязанность все еще сохраняла ту почти непостижимую святость и силу, какою она отличалась при патріархальномъ бытѣ; актъ эманципаціи не могъ угасить ее и скорѣе можно предположить совершенно обратное. Мы имѣемъ полное основаніе думать, что освобожденіе отъ отеческой власти было скорѣе доказательствомъ привязанности, чѣмъ ея ослабленія, — знакомъ милости и расположенія къ тому изъ дѣтей, котораго родитель наиболѣе любилъ и считалъ наиболѣе достойнымъ. Если сыновья, удостоившіеся такимъ образомъ особаго почета отъ родителя по закону совершенно отрѣшались отъ наслѣдства, то нежеланіе подчиниться такому постановленію объясняется само собою безъ дальнѣйшихъ толкованій. Тогдашнюю страсть къ составленію завѣщаній можно было бы à priori объяснить какою нибудь нравственною несправедливостью правилъ Преемства по Закону; дѣйствительно правила эти находятся въ противорѣчіи съ самымъ инстинктомъ, скрѣплявшимъ первобытное общество. То, что было сказано за и противъ этого, можетъ быть изложено въ самой сокращенной формѣ. Всѣ господствующія чувства древнихъ римлянъ проникнуты были семейными отношеніями. Но что̀ такое семья? Законъ опредѣляетъ ее однимъ образомъ, есте-

ственная привязанность — другимъ. При такомъ столкновеніи чувство, — которое мы взялись анализировать, — разростается и принимаетъ форму восторженнаго отношенія къ учрежденію, которое давало просторъ внушеніямъ привязанности и дозволяло обеспечить судьбу дорогаго существа.

На основаніи вышесказаннаго, мы считаемъ отвращеніе римлянъ къ Наслѣдованію по Закону, памятникомъ очень ранняго столкновенія между древнимъ правомъ и древнимъ медленно измѣнявшимся воззрѣніемъ на семью. Нѣкоторыя мѣста изъ Римскаго Статутнаго права и въ особенности законъ, ограничивающій право наслѣдства для женщинъ, много способствовали къ поддержанію этого чувства и многіе думаютъ, что система Fidei - Commissa была придумана для того, чтобы обойти неудобства, порожденныя этими законоположеніями. Но самое это чувство по его замѣчательной напряженности указываетъ на существованіе самаго глубокаго антагоизма между закономъ и общественнымъ мнѣніемъ, и нѣтъ ничего удивительнаго, что усовершенствованія, введенныя въ юриспруденцію Преторомъ, не могли уничтожить его. Всякій, кто занимался анализомъ общественнаго мнѣнія, замѣчалъ что чувство не умираетъ и тогда, когда проходятъ вызвавшія его обстоятельства. Оно надолго переживаетъ ихъ и даже впослѣдствіи достигаетъ такой степени и силы напряженія, какой никогда недостигло во время дѣйствія этихъ обстоятельствъ.

Взглядъ на Завѣщаніе, какъ на средство отчужденія собственности или раздѣла ея на неравныя части, сообразно капризу или произволу завѣщателя, явился не ранѣе послѣдняго періода Среднихъ Вѣковъ, когда уже окончательно утвердилася феодализмъ. Даже тогда, когда явилась новѣйшая юриспруденція въ своемъ невыработанномъ видѣ, рѣдко допускалась безусловная свобода завѣщаній касательно распоряженія имуществомъ умершаго. Хотя въ этотъ періодъ переходъ собственности опредѣлялся Завѣщаніемъ, — и въ большей части Европы движимое или личное имущество подлежало вполнѣ дѣйствію

завѣщанія, но свобода Завѣщанія рѣдко распространялась на права вдовы или дѣтей на извѣстныя опредѣленныя доли переходящаго къ нимъ наслѣдства. Доля дѣтей, какъ указываетъ ея размѣръ, опредѣлялась на основаніи Римскаго права. Забота объ обезпеченіи вдовъ предоставлялась церкви, которая всегда неустанно стояла за интересы женъ пережившихъ своихъ мужей и въ этомъ случаѣ одержала одну изъ самыхъ трудныхъ побѣдъ, вынуждая впродолженіи двухъ-трехъ столѣтій отъ жениха при заключеніи брака точное обѣщаніе обеспечить будущую жену, и наконецъ добилась того, что провела принципъ вдовьяго вѣна въ Обычное право всей Западной Европы. Замѣчательно, что сборъ вдовьихъ денегъ съ земель оказался болѣе прочнымъ учрежденіемъ, чѣмъ аналогичное ему и болѣе древнее учрежденіе, по которому извѣстныя доли личной собственности предоставлялись вдовѣ и дѣтямъ. Немногіе мѣстные обычаи сохранили это учрежденіе во Франціи до самой революціи; есть слѣды подобныхъ обычаевъ и въ Англіи; но вообще господствовало ученіе, что движимымъ имуществомъ можно свободно распоряжаться въ завѣщаніи и, хотя притязанія вдовы все еще продолжали уважаться, привилегіи дѣтей были выключены изъ области вопросовъ права. Мы незатрудняясь можемъ приписать эту перемѣну вліянію права Первородства. Когда феодальные законы о поземельной собственности на практикѣ лишили наслѣдства всѣхъ дѣтей въ пользу однаго изъ нихъ, равный раздѣлъ тѣхъ родовъ собственности, которая могла быть подѣлена поровну, пересталъ считаться долгомъ. Завѣщанія были главнымъ орудіемъ неравенства и изъ этого-то порядка вещей истекаетъ то различіе, какое существуетъ между древнимъ и новѣйшимъ воззрѣніемъ на Завѣщаніе. Хотя право свободно распоряжаться своимъ имуществомъ въ завѣщаніи является такимъ образомъ случайнымъ продуктомъ феодализма, но едва ли можно представить себѣ большую разницу, чѣмъ та, какая существуетъ между этой системою и системою феодальныхъ законовъ о поземельной собственности, по которымъ эта собственность обязательно пе-

реходила въ указанныхъ нисходящихъ линіяхъ. Эта истина была повидимому упущена изъ виду составителями французскихъ кодексовъ. Въ томъ соціальномъ строѣ, который они рѣшились разрушить, они видѣли право Первородства, преимущественно опиравшееся на семейныхъ установленіяхъ, но замѣчали также, что нерѣдко завѣщанія дѣлаются съ цѣлью дать старшему сыну именно то преимущество, какое предоставлялось ему при строжайшемъ распредѣленіи наслѣдства. Поэтому, чтобы обезпечить результаты своихъ трудовъ они не только поставили въ невозможность въ брачныхъ договорахъ давать преимущество старшему сыну, но почти исключили преемство по Завѣщанію, чтобы оно не могло быть употреблено къ разрушенію ихъ основнаго принципа, предписывавшаго равное распредѣленіе имущества между дѣтьми по смерти родителя. Вслѣдствіи этого установилась система мелкихъ непрестанныхъ подѣловъ, которая несравненно ближе подходитъ къ системѣ феодальной Европы, чѣмъ совершенная свобода завѣщанія. Англійское право поземельной собственности, «этотъ Геркуланумъ феодализма» разумѣется гораздо тѣснѣе связано съ правомъ Среднихъ Вѣковъ, чѣмъ законодательство любой изъ континентальныхъ странъ, и завѣщанія у Англичанъ нерѣдко способствуютъ или поддерживаютъ преимущество, оказываемое старшему сыну и его нисходящей линіи, что составляетъ общую черту брачныхъ сдѣлокъ относительно недвижимаго имущества. Но несмотря на это, чувство и общественное мнѣніе въ Англіи было глубоко затронуто введеніемъ на практикѣ свободнаго распоряженія имуществомъ въ завѣщаніи и мнѣ кажется, что въ большей части французскаго общества воззрѣніе на сохраненіе собственности въ одномъ и томъ же родѣ, ближе подходитъ къ тому воззрѣнію, которое господствовало въ Европѣ два или три вѣка тому назадъ, чѣмъ современные взгляды Англичанъ на этотъ предметъ.

Коснувшись Первородства, мы приходимъ къ одной изъ труднѣйшихъ задачъ исторіи права. Хотя я не счелъ нуж-

нымъ останавливаться для объясненія употребленныхъ мною выраженій, но читатель могъ замѣтить, что я нерѣдко говорилъ о со-наслѣдникахъ, которыхъ римское Наслѣдственное право ставитъ на одну доску съ единичнымъ Наслѣдникомъ. Съ фактической точки зрѣнія мы не знаемъ ни однаго періода въ развитіи Римскаго права, когда бы мѣсто Наслѣдника т. е. Универсальнаго Преемника не могло быть занято группою со-наслѣдниковъ. Группа со-наслѣдниковъ при полученіи наслѣдства представляла собою какъ бы единицу, и имущество впослѣдствіи дѣлилось между ними путемъ особой легальной процедуры. Если Преемство было ab intestato и группа сонаслѣдниковъ состояла изъ дѣтей умершаго, то каждый изъ нихъ получалъ равную долю собственности, но тутъ, хотя мужескія лица имѣли нѣкоторое преимущество передъ лицами женскаго пола, нѣтъ ни малѣйшаго слѣда Переворoдства. Способъ распредѣленія наслѣдства былъ одинъ и тотъ же во все время существованія древняго права. Намъ кажется несомнѣннымъ, что лишь только возникаетъ гражданское общество и семьи перестаютъ составлять одно цѣлое въ продолженіи ряда поколѣній, сама собою является мысль дѣлить владѣніе поровну между членами каждаго послѣдующаго поколѣнія, не давая никакого преимущества старшему сыну или его линіи. Нѣкоторые особенно многозначительные намеки на тѣсную связь этаго явленія съ первобытной мыслью встрѣчаются въ системахъ еще болѣе древнихъ, чѣмъ римская. У Индусовъ, какъ только родится сынъ, онъ тотчасъ же получаетъ право на участіе въ отцовской собственности, которая не можетъ быть продана безъ удовлетворенія совокупнаго съ отцомъ права на эту собственность. Сынъ по достиженіи совершеннолѣтія можетъ иногда добиться раздѣла имущества даже противъ воли родителя; а въ случаѣ согласія родителя сынъ могъ всегда устроить раздѣлъ даже противъ воли остальныхъ со-наслѣдниковъ. При такомъ раздѣлѣ отецъ не имѣетъ никакого преимущества надъ своими дѣтьми, исключая развѣ того, что получаетъ двѣ доли вмѣсто одной. Древній законъ

германскихъ племенъ представляетъ съ этимъ разительное сходство. Аллодъ (allod) или родовое владѣніе составлялъ совокупную собственность отца и его сыновей. Однако не видно, чтобы онъ вообще дѣлился даже по смерти родителя, равно, какъ и владѣнія у индусовъ, которыя хотя и были дѣлимы по теоріи, такъ рѣдко дѣлились на практикѣ, что многія поколѣнія постоянно слѣдовали одни за другими безъ раздѣла; такимъ образомъ семья въ Индіи всегда выказывала стремленіе расшириться въ сельскую общину при условіяхъ, которыя я постараюсь пояснить ниже. Все это ясно указываетъ на абсолютно равный раздѣлъ имущества по смерти родителей между всѣми дѣтьми мужескаго пола, какъ это обыкновенно дѣлается у общества въ тотъ періодъ, когда семейная зависимость начинаетъ слабѣть. Здѣсь-то и начинается трудность для историческаго изслѣдованія права Первородства. Чѣмъ для насъ яснѣе тотъ фактъ, что когда начинали слагаться феодальныя учрежденія, въ цѣломъ мірѣ не было другаго источника, изъ котораго бы они могли черпать свои элементы кромѣ Римскаго права въ провинціяхъ съ одной стороны и архаическихъ обычаевъ варваровъ съ другой,—тѣмъ намъ кажется поразительнѣе принципъ Первородства, такъ какъ мы знаемъ, что ни римляне ни варвары не имѣли обычая давать какое либо предпочтеніе старшему сыну или старшей линіи въ преемствѣ собственности.

Первородство не принадлежитъ къ числу обычаевъ, которыхъ придерживались варвары во время своего первоначальнаго поселенія на земляхъ Римской Имперіи. Извѣстно, что оно получило свое начало изъ benefices, бенефицій, получаемыхъ предводителями войскъ во время нашествія. Эти бенефиціи,—которыя сначала жаловались первыми королями переселенцевъ только въ извѣстныхъ случаяхъ и раздавались въ большемъ размѣрѣ Карломъ Великимъ,—состояли изъ римскихъ провинціальныхъ земель, которыя давались въ пользованіе, въ видѣ бенефицій, подъ условіемъ отправлять за нихъ военную службу. *Аллодіальные* собственники, по видимому, не обязаны были

слѣдовать за своимъ государемъ въ отдаленныхъ и трудныхъ походахъ; всѣ важнѣйшія экспедиціи франскихъ предводителей и Карла Великаго совершались съ помощью военныхъ силъ, состоящихъ изъ воиновъ, или лично зависимыхъ отъ королевскаго дома, или же обязаныхъ служить королю за полученную въ ленъ землю. Однако вначалѣ бенефиціи ни въ какомъ случаѣ не были наслѣдственными. Срокъ владѣнія или зависѣлъ отъ усмотрѣнія раздавателя, или былъ большею частью только пожизненный; но получившіе бенефиціи съ самаго начала не щадили усилій, чтобы расширить свои права на владѣніе и укрѣпить земли послѣ своей смерти за своей семьей. Благодаря слабости преемниковъ Карла Великаго, усилія эти повсемѣстно увѣнчались успѣхомъ и бенефиціи постепенно преобразовались въ наслѣдственныя помѣстья. Эти помѣстья, хотя и были наслѣдственныя однако не переходили неизбѣжно къ старшему сыну. Правила преемства совершенно зависѣли отъ добровольныхъ условій между дающимъ и получающимъ бенефицію или зависѣли отъ воли одной стороны и слабости другой. Первоначальные лены были слѣдовательно до крайности разнообразны, хотя и не до татакой степени причудливо различны, какъ иногда думаютъ, потому что все что намъ извѣстно до сихъ поръ, указываетъ на то, что тутъ были соединены и смѣшаны способы преемства двухъ системъ: римскихъ правилъ и варварскихъ обычаевъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ старшій сынъ и его родъ несомнѣнно наслѣдовали предпочтительно предъ другими сыновьями; но такой способъ преемства не только не былъ повсемѣстнымъ, но даже не общераспространеннымъ. Мы видимъ повтореніе того же самаго явленія въ болѣе поздній періодъ преобразованія европейскаго общества, слѣдствіемъ котораго была окончательная замѣна домэніальной (римской) и аллодіальной (или германской) формъ владѣнія—феодальной. Аллоды были совершенно вытѣснены феодами. Крупные аллодіальные собственники превратились въ феодальныхъ владѣдѣтелей вслѣдствіе раздачи участковъ своей земли вассаламъ

на условіяхъ; а болѣе мелкіе собственники искали защиты отъ притѣсненій, присущихъ этому страшному времени въ томъ, что уступали свою собственность какому нибудь могучему сеньору и получали ее отъ него обратно на условіяхъ служить ему на войнѣ. Въ эти времена огромная масса населенія Западной Европы, находившаяся въ рабскомъ или полурабскомъ состояніи, — личные рабы въ Римѣ и Германіи, римскіе coloni и германскіе lidi — была вся охвачена феодальной организаціей; только немногіе стали въ служебныя отношенія къ господамъ, но большая часть получала землю на условіяхъ, которыя въ эти вѣка казались унизительными. Лены, созданные во время этой эпохи общей раздачи помѣстій, были также разнообразны, какъ и условія, которыя ленники заключали съ своими новыми господами или принуждены были принимать отъ нихъ. Точно также, какъ и въ бенефиціяхъ, преемство въ иныхъ помѣстьяхъ, однако далеко не во всѣхъ, слѣдовало правиламъ Первородства. Но лишь только феодальная система сдѣлалась господствующею, какъ стало очевиднымъ, что Первородство заключаетъ въ себѣ нѣкоторыя важныя преимущества передъ всѣми другими видами преемства. Оно распространилось по Европѣ съ замѣчательной быстротою; главными орудіями его распространенія служили семейныя сдѣлки, Pactes de Famille Франціи и Haus Gesetze въ Германіи; они сдѣлали всеобщимъ правило, что всякая земля, полученная на условіяхъ рыцарской службы, должна переходить къ старшему сыну. Напослѣдокъ и законъ рѣшился послѣдовать за укоренившимся обычаемъ и мы находимъ во всѣхъ сводахъ Обычнаго Права, которые были составляемы постепенно, что старшему сыну и его потомству отдается преимущество въ преемствѣ, какъ земель, составлявшихъ безусловную собственность, такъ и тѣхъ, владѣніе которыми соединено было съ обязанностью военной службы. Что же касается до земель, отданныхъ въ ленъ подъ условіемъ рабской зависимости, (вначалѣ на всѣхъ ленахъ лежала рабская зависимость, которая состояла, или въ платежѣ денегъ,

или въ отбываніи издѣльной повинности), то въ нихъ порядокъ преемства на основаніи обычаевъ былъ очень различенъ, смотря по мѣстности. Самымъ общераспространеннымъ правиломъ было дѣлить такія земли по смерти родителя между всѣми дѣтьми поровну, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ отдавалось предпочтеніе старшему сыну, а иногда младшему. Первородство сдѣлалось обычнымъ способомъ наслѣдованія въ томъ разрядѣ помѣстій, въ которомъ способъ зависимости подобно англійской Барщинѣ, былъ позднѣйшаго происхожденія, чѣмъ во всѣхъ остальныхъ и не представлялъ, ни полной свободы, ни полнаго подчиненія.

Распространеніе права Первородства обыкновенно приписывается феодализму. Доказывается, что феодальный владыка находилъ болѣе ручательства въ исправномъ отправленіи военной службы, когда помѣстье будетъ доставаться одному лицу, вмѣсто того, чтобы быть распредѣленнымъ между нѣсколькими по смерти послѣдняго ленника. Не отрицая того, что этимъ соображеніемъ отчасти объясняется то предпочтеніе, какое начали мало по малу отдавать Первородству, я долженъ замѣтить, что Первородство сдѣлалось обычнымъ въ Европѣ преимущественно оттого, что пріобрѣло популярность между самыми ленниками, а не по причинѣ какихъ либо выгодъ, доставляемыхъ сеньорамъ. Что же касается до его происхожденія, то оно вовсе не объясняется приводимыми причинами. Въ правѣ ничто не истекаетъ цѣликомъ изъ сознанія удобствъ, какія имъ могутъ быть доставляемы. Всегда этому предшествуютъ извѣстныя идеи, на которыя дѣйствуетъ упомянутое сознаніе, не внося въ нихъ никакой перемѣны, кромѣ развѣ какой либо новый комбинаціи; отыскать эти идеи въ настоящемъ случаѣ будетъ нашею задачею.

Драгоцѣнный намекъ на это доставляетъ намъ страна богатая такими указаніями. Хотя въ Индіи имущество родителя дѣлится послѣ его смерти и можетъ быть дѣлимо при его жизни на равныя доли между дѣтьми мужескаго пола, и хотя

этотъ принципъ равнаго распредѣленія *собственности* простирается на всѣ стороны индускихъ институтовъ, однако тамъ гдѣ дѣло идетъ о передачи *общественной должности* или *политической власти* по смерти послѣдняго обладателя ею, преемство почти всегда совершается по правиламъ Первородства. Такимъ образомъ верховная власть переходитъ къ старшему сыну, и когда дѣла Сельской Общины, этой корпоративной единицы индускаго общества, поступаютъ въ вѣденіе единаго распорядителя, то этимъ распорядителемъ является обыкновенно старшій сынъ по смерти отца. Въ Индіи всѣ дожности стремятся сдѣлаться наслѣдственными и, гдѣ по существу ихъ оказывается возможнымъ, переходятъ къ старшему сыну и по старшей линіи. Сравнивая эти способы индійскаго преемства съ нѣкоторыми остатками наиболѣе грубой общественной организаціи, удержавшимися до нашихъ дней въ Европѣ, мы необходимо приходимъ къ заключенію, что патріархальная власть есть не только *домашняя*, но и *политическая*, и въ послѣднемъ смыслѣ не распредѣляется между всѣмъ потомствомъ умершаго родителя, а составляетъ по праву рожденія достояніе старшаго сына. Такъ напримѣръ, въ горной Шотландіи начальство въ кланахъ переходило по порядку Первородства. Тутъ мы встрѣчаемъ повидимому форму семейной зависимости, которая оказывается древнѣе, чѣмъ всѣ тѣ, какія намъ извѣстны изъ первоначальныхъ лѣтописей организованныхъ гражданскихъ обществъ. Агнатическій союзъ родственниковъ въ древнемъ Римскомъ правѣ и множество подобныхъ признаковъ, указываютъ на существованіе періода, гдѣ всѣ развѣтвляющіяся вѣтви родоваго древа составляли одно органическое цѣлое, и въ этомъ случаѣ вовсе не будетъ неосновательнымъ предположить, что когда корпорація, составленная изъ родственниковъ, является сама по себѣ независимымъ обществомъ, то она должна управляться старшимъ членомъ мужескаго пола по старшей линіи. Правда, мы въ настоящее время не знаемъ ни одного такого общества. Даже въ наиболѣе элементарныхъ обществахъ семейныя органи-

заціи, насколько намъ извѣстно являются только, какъ imperia in imperio. Но строй нѣкоторыхъ изъ нихъ, и въ особенности кельтійскихъ клановъ, настолько близокъ къ независимому состоянію уже въ историческія времена, что заставляетъ насъ прійти къ убѣжденію, что эти кланы были нѣкогда отдѣльными imperia и право Первородства руководило наслѣдованіемъ званія главы. Однако при этомъ слѣдуетъ быть крайне осторожнымъ по отношенію къ новѣйшимъ понятіямъ, которыя связываются съ словомъ право. Мы говоримъ здѣсь о семейной связи болѣе тѣсной и строгой, чѣмъ та, какая намъ извѣстна въ индійскомъ обществѣ или по древнему римскому праву. Если римскій Pater familias былъ очевидно распорядителемъ семейнаго имущества, если отецъ семейства въ Индіи является только соучастникомъ во владѣніи имуществомъ наравнѣ съ своими сыновьями, то это уже достаточно показываетъ, что настоящій патріархальный глава былъ только распорядителемъ общаго фонда.

Преемство по праву Первородства, встрѣчаемое нами при Бенефиціяхъ, были заимствованы изъ системы родоваго управленія, извѣстнаго племенамъ, вторгнувшимся въ Римскую Имперію, хотя и не бывшаго у нихъ во всеобщемъ употребленіи. Нѣкоторыя болѣе грубыя племена все еще могли держаться его или, что вѣроятнѣе, общество такъ мало отдалилось отъ своихъ древнѣйшихъ условій, что умы невольно возвращались къ нимъ, когда приходилось устанавливать правила наслѣдованія для новой формы собственности. Но тутъ еще возникаетъ вопросъ: отчего Первородство постепенно взяло верхъ надъ всѣми другими основаніями преемства? Отвѣтъ, по моему мнѣнію, будетъ тотъ, что общество сильно подвинулось назадъ во времена распаденія имперіи Карла Великаго. Въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ оно опустилось даже ниже того жалкаго уровня, въ какомъ оно находилось во времена прежнихъ варварскихъ монархій. Важною характеристическою чертою этого періода была слабость или скорѣе паденіе королевской и, слѣдовательно, всякой гражданской

власти; отсюда кажется будто гражданское общество перестало составлять нѣчто связное и люди повсемѣстно двинулись назадъ къ такой соціальной организаціи, которая была старѣе начала гражданскихъ обществъ. Сеньоръ съ его вассалами въ девятомъ и десятомъ столѣтіи можетъ быть разсматриваемъ какъ подобіе патріархальной семьи, пополнявшей свой составъ не Усыновленіемъ, какъ въ первобытныя времена, а посредствомъ Пожалованія Помѣстьемъ; при подобныхъ условіяхъ преемство по праву Первородства было источникомъ силы и прочности. До тѣхъ поръ пока владѣніе землею держалось тѣми же началами, на которыхъ была основана вся организація, она была сильна и для защиты и для нападенія; дѣлить землю значило разбивать силы малочисленнаго общества и добровольно подвергать его нападенію въ эту эпоху общаго насилія. Мы вполнѣ увѣрены, что предпочтеніе, отдаваемое Первородству, вовсе не соединялось съ идеею лишенія наслѣдства остальныхъ дѣтей въ пользу однаго изъ нихъ. Каждый потерпѣлъ бы при раздѣлѣ леннаго помѣстья. Каждый выигрывалъ отъ его прочности. Семья становилась крѣпче при сосредоточеніи власти въ однихъ рукахъ; и едва ли сеньоръ, введенный въ права наслѣдства, имѣлъ какія-либо преимущества надъ своими братьями и родственниками въ занятіяхъ, выгодахъ или привилегіяхъ. Было бы страннымъ анахронизмомъ сравнивать привилегіи, приходившіяся на долю наслѣдника леннаго помѣстья, съ тѣмъ положеніемъ, въ какое ставится старшій сынъ по строго англійскому установленію.

Какъ уже сказано выше, я считаю феодальныя конфедераціи происходящими отъ архаической формы семьи и нахожу въ нихъ большое сходство съ нею. Но въ древнемъ мірѣ въ обществахъ, не прошедшихъ черезъ горнило феодализма, Первородство, бывшее повидимому господствующимъ, никогда не принимало того вида, въ какомъ явилось Первородство въ позднѣйшій періодъ европейскаго феодализма. Какъ только группа родственниковъ нѣсколько поколѣній сряду переставала управляться наслѣдственнымъ главою, владѣніе, кото-

рымъ онъ управлялъ за всѣхъ, повидимому дѣлилось поровну между всѣми. Но отчего же подобнаго не случалось въ феодальномъ мірѣ? Если во времена смутъ перваго періода феодализма старшій сынъ держалъ землю ради выгодъ всей семьи, то почему же въ то время, когда феодальная Европа укрѣпилась и была снова возстановлена правильная общественная организація, семья не возвратила себѣ права на равное наслѣдство, которое было принадлежностью и римлянъ и германцевъ? Писатели, старавшіеся прослѣдить происхожденіе феодализма, рѣдко добирались до ключа, которымъ разрѣшается эта трудность. Они видятъ матеріалъ, изъ котораго создались феодальныя учрежденія, но не замѣчаютъ цемента. Идеи и соціальныя формы, содѣйствовавшія образованію системы, были безъ сомнѣнія варварскія и архаическія; но какъ скоро Суды и юристы были призваны къ истолкованію и опредѣленію этой системы, то принципы, которые они примѣнили къ ней для ея уясненія, были заимствованы изъ позднѣйшей римской юриспруденціи и были, слѣдовательно, черезъ чуръ утонченнаго и перезрѣлаго свойства. Въ патріархальномъ обществѣ старшій сынъ могъ наслѣдовать въ управленіи группою родственниковъ агнатовъ и въ безусловномъ распоряженіи ея собственностью. Слѣдовательно, онъ не является тутъ настоящимъ собственникомъ. На немъ лежали соотвѣтствующія этому обязанности, не входящія въ понятіе о собственности, но совершенно неопредѣленныя и ускользавшія отъ опредѣленія. Однако же позднѣйшая римская юриспруденція, подобно нашему собственному Англійскому праву, считала безконтрольную власть надъ имуществомъ равнозначущею съ правомъ собственности и не обращала, да и фактически не могла, обращать вниманія на обязательства такого рода, о которыхъ даже самое представленіе составилось въ періодъ, предшествовавшій возникновенію правильнаго законодательства. Соприкосновеніе понятій развитаго общества съ варварскимъ неизбѣжно имѣло послѣдствіемъ обращеніе старшаго сына въ законнаго собственника наслѣдства. Духовные и свѣт-

скіе законовѣды съ самаго же начала опредѣлили въ этомъ смыслѣ его положеніе; но только путемъ нечувствительныхъ переходовъ меньшой братъ, раздѣлявшій на равныхъ условіяхъ опасности и выгоды своего родственника, дошелъ до того, что дѣлался священникомъ, искателемъ приключеній или нахлѣбникомъ въ зàмкѣ. Описываемый нами переворотъ, происшедшій въ области права, совершенно тождественъ съ тѣмъ, который произошелъ въ меньшихъ размѣрахъ и въ очень недавнее время въ большей части горной Шотландіи. Призванная опредѣлить границы легальной власти главы надъ владѣніемъ, дававшимъ средства существованія цѣлому клану, шотландская юриспруденція давно перешла за ту точку, гдѣ бы она могла принять во вниманіе тѣ неопредѣленныя ограниченія, какія налагались на безусловное владѣніе требованіями всего клана, и отсюда она неизбѣжно должна была обратить отчину многихъ во владѣніе однаго лица.

Для простоты выраженія я называю Превородствомъ тотъ способъ наслѣдованія, гдѣ единственный сынъ или потомокъ становится преемникомъ власти надъ семьей или обществомъ. Однако замѣчательно, что въ немногихъ примѣрахъ этаго способа преемства, дошедшихъ до насъ изъ древнѣйшихъ временъ, старшій сынъ не всегда получаетъ представительство въ томъ смыслѣ, въ какомъ мы привыкли понимать это слово. Форма Первородства, распространившаяся въ Европѣ, держалась и у индусовъ и, по всему видно, сохранилась тамъ въ нормальномъ видѣ. При существованіи этой формы всегда отдается преимущество не только старшему сыну, но и старшей линіи. Если старшій сынъ умираетъ, то его старшій сынъ получаетъ первенство не только надъ братьями, но и надъ дядями; а въ случаѣ смерти послѣдняго, то же самое правило примѣняется къ ближайшему поколѣнію. Но когда въ преемство переходитъ не только *гражданская*, но и *политическая* власть, тогда само собою можетъ представиться трудность, которая получаетъ тѣмъ большее значеніе, чѣмъ менѣе крѣпка связь общества. Послѣдній глава, за которымъ

была власть, могъ, напримѣръ, пережить старшаго сына, а внукъ, которому по праву прежде всѣхъ должна была перейти власть, оказывался слишкомъ молодъ и неопытенъ, чтобы руководить общиной и управлять ея дѣлами. Въ такомъ случаѣ въ болѣе установившихся обществахъ само собою является средство—назначить надъ ребенкомъ опеку до его совершеннолѣтія. Опека вообще принадлежала агнатамъ мужескаго пола; но замѣчательно, что настоящій случай представляетъ одинъ изъ рѣдкихъ примѣровъ, гдѣ древнія общества допускали къ власти женщину, вѣроятно въ уваженіе къ праву на покровительство, которое ей принадлежало, какъ матери. Въ Индіи вдова властителя управляла именемъ своего несовершеннолѣтняго сына и мы должны помнить, что обычай, управлявшій престолонаслѣдіемъ во Франціи, — обычай безъ сомнѣнія очень древній, каково бы ни было его происхожденіе, — отдавалъ предпочтеніе королевѣ матери передъ всѣми другими претендентами на регентство, хотя въ то же время безусловно отстранялъ женщину отъ престола. Былъ еще иной способъ устраненія неудобствъ, происходившихъ отъ передачи верховной власти малолѣтнему наслѣднику и который безъ сомнѣнія возникъ самопроизвольно въ грубо организованныхъ обществахъ. Онъ состоялъ въ совершенномъ устраненіи малолѣтняго наслѣдника и въ передачѣ главенства старѣйшему члену мужескаго пола, принадлежащему къ старѣйшему поколѣнію. Кельтійская ассоціація клановъ,—въ числѣ многихъ дошедшихъ до насъ явленій того времени, когда еще не произошло первоначальнаго дѣленія между гражданскимъ и политическимъ обществами,—сохранила этотъ способъ преемства доисторическихъ временъ. У нихъ, повидимому, было принято въ видѣ положительнаго правила, что въ случаѣ смерти старшаго сына слѣдующій за нимъ братъ получалъ предпочтеніе передъ внуками, въ какомъ бы возрастѣ они ни были въ то время, когда совершался переходъ верховной власти. Нѣкоторые писатели объясняли этотъ принципъ предположеніемъ, что кельтійскій обычай смотрѣлъ на послѣдняго

главу, какъ на корень или родъ и потому отдавалъ преемство тому изъ потомства, кто былъ наименѣе отдаленъ отъ умершаго: такимъ образомъ дядя предпочитался внуку, будучи ближе его къ общему корню. Противъ этого мнѣнія не можетъ быть возраженій, если принимать его какъ описаніе системы преемства, но было бы большою ошибкою думать, что люди, усвоившіе себѣ это правило, прилагали къ нему тѣ разсужденія, которыя очевидно принадлежатъ времени, когда феодальныя системы преемства сдѣлались предметомъ преній между юристами. Настоящая причина предпочтенія, отдаваемаго дядѣ передъ внукомъ, безъ сомнѣнія заключалась въ простомъ расчетѣ грубыхъ людей грубаго общества, что лучше быть подъ управленіемъ взрослаго человѣка, чѣмъ дитяти и что меньшій сынъ скорѣе достигаетъ зрѣлаго возраста, чѣмъ потомство старшаго сына. Въ то же время мы видимъ, что форма Первородства, наиболѣе извѣстная намъ, есть его первичная форма и имѣетъ нѣкоторое доказательство этому въ преданіи, что требовалось согласіе всего клана, когда нужно было обойти малолѣтняго наслѣдника въ пользу дяди. Довольно достовѣрный образчикъ такого обряда сохранился въ лѣтописяхъ шотландскихъ Макдональдовъ и, говорятъ, что ирландскія кельтійскія древности въ томъ видѣ, какъ онѣ объясняются новѣйшими изслѣдователями, открываютъ многія слѣды подобныхъ же пріемовъ. Замѣненіе старшаго «достойнѣйшимъ» изъ родственниковъ агнатовъ путемъ выбора встрѣчается также въ системѣ индійскихъ сельскихъ общинъ.

По могамеданскому закону, сохранившему вѣроятно древніе арабскіе обычаи, наслѣдство дѣлилось поровну между сыновьями, а дочери получали половину; но если кто-либо изъ дѣтей умиралъ прежде раздѣла наслѣдства, оставляя по себѣ потомство, то внуки совершенно исключались ихъ дядями и тетками. Согласно съ такимъ принципомъ, если шло дѣло о передачѣ политической власти, то преемство слѣдовало порядку той формы Первородства, какую оно получило въ кель-

тійскихъ обществахъ. У двухъ великихъ магамеданскихъ народовъ запада было, какъ полагаютъ, правиломъ, что дядя наслѣдовалъ престолъ преимущественно передъ племянникомъ, хотя бы даже послѣдній былъ сынъ старшаго брата, однако не смотря на то, что этому правилу слѣдовали еще въ недавнее время и въ Египтѣ и въ Турціи, но я имѣю причину сомнѣваться, чтобы оно управляло переходомъ верховной власти въ Турціи. Политика султановъ вообще предупреждала на практикѣ случаи, гдѣ бы могло примѣняться это правило, и быть можетъ поголовныя убійства меньшихъ братьевъ продолжались настолько же въ интересахъ дѣтей, сколько изъ желанія избавиться отъ опасныхъ соперниковъ по отношенію къ престолу. Несомнѣнно, что въ обществахъ, допускавшихъ многоженство, форма Первородства очень разнообразна. Различныя соображенія служатъ основаніями притязаній на наслѣдство, какъ напримѣръ, санъ матери или степень любви къ ней отца. Согласно съ этимъ нѣкоторые индійскіе властители магомеданской вѣры, не претендуя на какую-либо опредѣленную свободу завѣщанія, изъявляли притязаніе на право назначать сына, который долженъ былъ быть ихъ преемникомъ. Благословеніе, о которомъ упоминается въ св. Писаніи, по поводу Исаака и его сыновей, принимается иногда за завѣщаніе, но это былъ скорѣе способъ нарѣченія старѣйшаго сына.

ГЛАВА VIII.

Первоначальная Исторія Собственности.

Въ римскихъ Институціяхъ даются опредѣленія различныхъ формъ права собственности и обсуждаются Естественные Способы Пріобрѣтенія Собственности. Тѣ, которые не освоились съ исторіей права вѣроятно не найдутъ съ перваго взгляда, чтобы эти «естественные» способы представляли много научнаго или практическаго интереса. Звѣрь, пойманный или убитый охотникомъ, полоса земли, присоединенная къ полю владѣльца незамѣтными осадками рѣки, дерево, выросшее въ полѣ,—все это считается римскими юристами пріобрѣтеннымъ *естественно*. Древнѣйшіе юрисконсульты, безъ сомнѣнія, замѣчали, что этого рода пріобрѣтеніе права собственности повсемѣстно освящалось обычаями тѣхъ племенъ, среди которыхъ жили древніе римляне, но юристы позднѣйшаго времени, находя эти способы помѣщенными въ древнемъ Jus Gentium и видя ихъ крайнюю несложность, занесли ихъ въ число законовъ Природы. Значеніе, которое имъ придавалось, продолжало увеличиваться въ новѣйшія времена и наконецъ перестало имѣть что либо общее съ ихъ первоначальнымъ значеніемъ. Теорія избрала ихъ своимъ любимымъ предметомъ и способствовала ихъ важному вліянію на практитѣ.

Въ ряду этихъ «естественныхъ способовъ пріобрѣтенія

права собственности», необходимо обратить вниманіе на одинъ способъ, который называется «Occupatio» или Завладѣніемъ. Завладѣніе есть намѣренное присвоеніе того, что не составляетъ ничьей собственности въ данный моментъ, съ цѣлью (добавляетъ техническое опредѣленіе), обращенія вещи въ вашу собственность. Предметы, называемые римскими юристами res nullius,—вещи никому не принадлежащія и никогда не принадлежавшія — могутъ быть опредѣлены только перечисленіемъ ихъ. Къ вещамъ *никогда* никому не принадлежавшимъ относятся: дикіе звѣри, рыбы, дичь, впервые открытые клады, вновь открытыя земли или тѣ, которыя до этого никогда не были обработаны. Къ вещамъ *никому* не принадлежащимъ относятся покинутая движимость, заброшенная земля и (значительная хотя крайне аномальная статья) собственность непріятеля. Надъ всѣми этими вещами полныя права собственности получаетъ тотъ, кто *первый* овладѣлъ ими съ намѣреніемъ удержать ихъ въ свою собственность—намѣреніе, которое въ извѣстныхъ случаяхъ заявлялось особенными актами. Не трудно понять почему съ одной стороны всеобщность обычая Завладѣнія заставляла одно поколѣніе римскихъ юристовъ включать его въ Право общее всѣмъ народамъ, а несложность обычая Завладѣнія съ другой, побуждала юристовъ слѣдующаго поколѣнія относить его къ Естественному Праву. Но разсужденіями à priori врядъ ли можно дойти до опредѣленія его судебъ въ новѣйшей исторіи права. Римскій принципъ Завладѣнія и правила, въ которыя расширили его римскіе юристы, сдѣлались источникомъ всѣхъ новѣйшихъ международныхъ законовъ о военной добычѣ и о пріобрѣтеніи верховныхъ правъ надъ новооткрытыми странами. Они также снабдили насъ теоріей Происхожденія Собственности, теоріей, которая не только популярна, но и признается въ той или другой формѣ большинствомъ юристовъ мыслителей.

Я сказалъ, что римскій принципъ Завладѣнія опредѣлилъ содержаніе той части Международнаго права, гдѣ говорится о военной добычѣ. Право Военной Добычи выводится изъ того

положенія, что съ открытіемъ непріятельскихъ дѣйствій общества возвращаются къ естественному состоянію и что въ такомъ естественномъ состояніи, произведенномъ искуственнымъ образомъ, институтъ частной собственности теряетъ свою силу, по крайней мѣрѣ по отношенію къ воюющимъ сторонамъ. Позднѣйшіе писатели, занимавшіеся Естественнымъ Правомъ всегда старались провести такое мнѣніе, что частная собственность должна имѣть священное значеніе, и называли гнусною и несправедливою гипотезу, признающую собственность врага res nullius, и пытались представить ее чисто юридической выдумкой. Но какъ только мы прослѣдимъ Естественное Право до его источника въ Jus Gentium, мы тотчасъ увидимъ какимъ образомъ достояніе врага стало считаться вещью никому не принадлежащею, которая можетъ быть пріобрѣтена въ собственность первымъ, кто успѣетъ завладѣть ею. Идея эта сама собою могла прійти въ голову, тѣмъ людямъ, которые вели войну на старинный ладъ, когда побѣда развращала завоевателей и допускала солдатъ до безнаказаннаго грабежа. Весьма вѣроятно, что въ началѣ одна только движимая собственность могла пріобрѣтаться путемъ Добычи. Но мы знаемъ изъ достовѣрныхъ источниковъ, что въ древней Италіи господствовалъ иной взглядъ на способъ пріобрѣтенія въ собственность земель въ покоренной странѣ, и можемъ на основаніи этого предположить, что приложеніе принципа Завладѣнія къ землямъ начинается съ того періода, когда Jus Gentium отождествилось съ Естественнымъ Правомъ, вслѣдствіе обобщеній, сдѣланныхъ юрискунсультами золотаго періода. Ихъ догматика касательно этого пункта вошла въ Пандекты Юстиніана и произвела несостоятельное положеніе, утверждавшее, что всякаго рода собственность врага для другой воюющей стороны есть вещь никому не принадлежащая и что завладѣніе ею и обращеніе въ свою собственность въ видѣ Добычи установляется Естественнымъ Правомъ. Правила, которыя выводились изъ этихъ положеній Международной юриспруденціей, не разъ вызывали строгія порицанія, такъ какъ

они служили безполезнымъ потворствомъ свирѣпости и алчности воюющихъ, но обвиненіе это, какъ намъ кажется, дѣлалось людьми незнакомыми съ исторіей войнъ и незнавшихъ до какой степени трудно въ этихъ случаяхъ заставить людей подчиниться правиламъ какого бы то ни было рода. Римскій принципъ Завладѣнія, будучи допущенъ въ новѣйшіе законы о Военной Добычѣ, повлекъ за собою цѣлый рядъ второстепенныхъ постановленій, ограничивающихъ и придающихъ точность его дѣйствію; и если мы сравнимъ всѣ возраженія, которыя дѣлались съ тѣхъ поръ, какъ теорія Гроція получила силу авторитета, съ теоріями, которыя появлялись въ болѣе раннія времена, то окажется, что съ принятіемъ римскихъ правилъ способъ веденія войны тотчасъ же измѣнился къ лучшему. Если римскій законъ о Завладѣніи дѣйствительно оказалъ вредное вліяніе на нѣкоторыя части Права Народовъ, то съ другой стороны въ немъ есть отдѣлъ, о которомъ можно почти съ увѣренностью сказать, что онъ подвергался несправедливымъ нападкамъ. Прилагая къ открытію новыхъ странъ тотъ же принципъ, который римляне прилагали къ открытію клада, публицисты искуственно воспользовались доктриной, совсѣмъ не соотвѣтствовавшей той задачѣ, которую она принуждена была выполнить. Доктрина эта получила особенное значеніе втлѣдствіе открытій, сдѣланныхъ великими мореплавателями XV-го и XVI-го столѣтій, но она скорѣе способствовала къ возбужденію споровъ, чѣмъ къ разрѣшенію ихъ. Вскорѣ замѣчено было что наибольшая неопредѣленность существуетъ относительно двухъ пунктовъ, требовавшихъ наибольшей ясности: объема территоріи, которую открывшій ее доставлялъ своему государю, и сущности актовъ, которые были необходимы для довершенія adprehensio или принятія верховнаго владѣнія. Сверхъ того, хотя этотъ принципъ могъ доставить огромныя выгоды вслѣдствіе какой-нибудь счастливой случайности, противъ него инстинктивно возстали самые предпріимчивые народы Европы: голландцы, англичане и португальцы. Сами англичане, не отрицая положительно

положеній Международнаго права, никогда не оправдывали на практикѣ притязаній испанцевъ на захватъ всей Америки на югъ отъ Мексиканскаго залива или притязаній французскаго короля на исключительное владѣніе долинами Огіо и Миссисипи. Со времени вступленія на престолъ Елизаветы до восшествія Карла едва ли можно сказать, что былъ промежутокъ полнаго мира для американской территоріи, и вторженія ново-англійскихъ колонистовъ въ территорію французскаго короля продолжались еще цѣлое столѣтіе. Бентамъ былъ такъ пораженъ сбивчивостью, какая существовала въ примѣненіи юридическаго принципа, что воздалъ хвалу знаменитой буллѣ папы Александра VI, раздѣлявшей неоткрытыя страны свѣта между испанцами и португальцами, посредствомъ линіи, проведенной на сто миль на западъ отъ Азорскихъ острововъ. Какъ ни дики кажутся его восхваленія съ перваго раза, еще остается подъ сомнѣніемъ, что нелѣпѣе въ принципѣ: распоряженіе ли папы Александра или постановленіе Государственнаго права, отдавшее половину материка монарху, котораго слуги исполнили условія, налагаемыя Римскимъ правомъ для пріобрѣтенія правъ собственности на цѣнную вещь, наложивъ на нее руку.

Для всѣхъ занимавшихся изслѣдованіями, которыя составляютъ предметъ настоящаго сочиненія, теорія Завладѣнія представляетъ особенный интересъ по отношенію къ той услугѣ, какую ей суждено было оказать философіи права, доставивъ ей предполагаемое объясненіе способа, какимъ возникла частная собственность. Нѣкогда существовало всеобщее убѣжденіе, что процедура, связанная съ Завладѣніемъ тождественна съ процессомъ, посредствомъ котораго земля и ея произведенія, бывшія съ начала общимъ достояніемъ, сдѣлались собственностью отдѣльныхъ лицъ. Не трудно понять ходъ мысли, приведшій къ такому взгляду, если мы обратимъ вниманіе на то различіе, какое раздѣляетъ древнее понятіе объ Естественномъ правѣ отъ новѣйшаго. Римскіе юристы полагали, что Завладѣніе было однимъ изъ Естественныхъ спосо-

бовъ пріобрѣтенія собственности, и они твердо вѣрили, что, еслибы человѣчество жило согласно съ установленіями природы, то Завладѣніе было бы въ числѣ этихъ установленій. Насколько имъ удалось увѣрить себя, что такія условія человѣческаго рода существовали искони, есть пунктъ, который,— какъ мы уже замѣтили выше,—остается совершенно неразъясненнымъ, но они несомнѣнно пришли къ догадкѣ, которая во всѣ времена считалась правдоподобною, что собственность явилась позднѣе разселенія человѣческаго рода. Новѣйшая юриспруденція, принимая всѣ ихъ догматы безъ изъятія, пошла далѣе въ томъ увлеченіи, съ какимъ она держится за предполагаемое естественное состояніе. Лишь только она приняла положеніе, что земля и ея произведенія были нѣкогда res nullius, лишь только ея особенный взглядъ на природу побудилъ ее признать безъ колебанія, что человѣческій родъ еще задолго до организаціи гражданскихъ обществъ примѣнялъ на практикѣ принципъ Завладѣнія res nullius, то само собою долженъ былъ явиться такой выводъ, что Завладѣніе было процессомъ, по которому «вещи никому не принадлежащія въ первобытномъ мірѣ», сдѣлались собственностью отдѣльныхъ лицъ въ мірѣ историческомъ. Было бы слишкомъ утомительно перечислять юристовъ, принимавшихъ эту теорію въ томъ или другомъ видѣ, да и мало необходимости прибѣгать къ этому, такъ какъ Блэкстонъ, котораго можно считать вѣрнымъ истолкователемъ мнѣній, признаваемыхъ за истинныя въ его время, изложилъ ихъ вкратцѣ, въ своей 2-й книгѣ и въ 1-й главѣ.

«Земля — пишетъ онъ — и всѣ предметы на ней находящіеся были общею собственностью человѣчества, какъ непосредственный даръ Творца. Но изъ этого еще нельзя заключить, чтобы общность имущества когда-либо, даже въ древнія времена, прилагалась къ чему-либо другому кромѣ субстанціи вещи; на пользованіе вещью принципъ этотъ не могъ простираться. Изъ этого слѣдуетъ, что согласно закону природы и здравому смыслу, первый, кто началъ пользоваться

вещью, пріобрѣталъ черезъ это право какъ бы переходнаго владѣнія, которое существовало для него до тѣхъ поръ пока онъ пользовался вещью, но не долѣе, или, говоря точнѣе, право владѣнія продолжалось только до тѣхъ, поръ пока продолжался фактъ владѣнія. Такимъ образомъ, земля была общею и ни одинъ участокъ ея не былъ постоянною собственностью какого-нибудь отдѣльнаго лица; но при этомъ всякій кусокъ земли, занятый какимъ-нибудь лицомъ для отдыха, защиты отъ зноя и тому подобное, временно становился въ нѣкоторомъ родѣ его собственностью, такъ какъ было бы несправедливо и противно закону природы согнать его силою съ этого мѣста, но лишь только онъ переставалъ пользоваться мѣстомъ, другой могъ завладѣть имъ не совершая несправедливости». Затѣмъ продолжая свою аргументацію, онъ говоритъ, что «когда человѣческій родъ увеличился въ числѣ, то оказалось необходимымъ обратиться къ понятіямъ о болѣе постоянномъ владѣніи и утвердить за отдѣльными лицами право не только временнаго пользованія вещью, но и право пользованія самой субстанціею вещи».

Нѣкоторая двусмысленность въ выраженіяхъ въ этомъ мѣстѣ заставляетъ подозрѣвать, что самъ Блэкстонъ не вполнѣ понималъ смыслъ положенія, на которое онъ опирается, а именно, что собственность на земной поверхности пріобрѣталась сначала сообразно закону природы путемъ завладѣнія; но ограниченіе которое онъ намѣрено или по недоразумѣнію навязалъ этой теоріи, придаетъ ей ту форму, въ которой она нерѣдко являлась. Многіе другіе писатели болѣе точные въ своихъ выраженіяхъ, чѣмъ Блэкстонъ, полагали, что въ началѣ Завладѣніе давало право на исключительное, хотя временное пользованіе вещью, а впослѣдствіи это право, оставаясь исключительнымъ, изъ временнаго сдѣлалось вѣчнымъ. Излагая такимъ образомъ свою теорію, они имѣли цѣлью согласить ученіе, по которому въ естественномъ состояніи res nullius обращались въ собственность путемъ Завладѣнія, съ представленіемъ, вытекавшимъ изъ Священной Исторіи, что

Патріархи не присвоивали себѣ первоначально земли, на которой паслись ихъ стада.

Единственная критика, которую можно приложить къ теоріи Блэкстона можетъ, состоять въ постановкѣ вопроса, на сколько обстоятельства, при которыхъ онъ рисуетъ картину первобытнаго общества, правдоподобнѣе другихъ случаевъ, которые можно себѣ вообразить съ одинаковою легкостью? Продолжая принятый нами методъ, изслѣдованія мы должны спросить удавалось ли *завладѣвшему* (Блэкстонъ очевидно употребляетъ послѣднее слово въ его обыденномъ значеніи) отдѣльнымъ кускомъ земли для отдыха или защиты отъ зноя, удержать эту землю въ свое пользованіе безъ всякаго препятствія. Всѣ вѣроятія на сторонѣ того, что его право владѣнія будетъ въ точности соотвѣтствовать его силѣ удержать за собою это право, и что онъ будетъ постоянно подверженъ опасности быть потревоженнымъ первымъ пришельцемъ, который бы пожелалъ присвоить себѣ это мѣсто и считалъ себя достаточно сильнымъ, чтобы согнать съ него владѣльца. Но въ сущности, всѣ подобныя ухищренія относительно подобныхъ положеній, оказываются совершенно излишними вслѣдствіе полной неосновательности самихъ положеній. Если то, что дѣлалъ человѣкъ въ его первобытномъ состояніи и можетъ служить предметомъ не совсѣмъ безплодныхъ изслѣдованій, то все-таки мы не имѣемъ никакой возможности узнать что либо о мотивахъ руководившихъ его дѣйствіями. Очерки состоянія человѣческаго рода въ первыя вѣка созданія міра строются съ одной стороны на основаніи предположенія, что въ тѣ времена человѣчество было поставлено внѣ большей части тѣхъ условій, которыми оно окружено теперь, а съ другой стороны изображаютъ человѣка въ этомъ воображаемомъ состояніи съ тѣми же чувствами и предразсудками, какъ и теперь, хотя на самомъ дѣлѣ эти чувства могли быть только вызваны и созданы тѣми самыми условіями, существованіе которыхъ отвергается гипотезой.

Теперь обратимся къ афоризму Савиньи, въ которомъ по

мнѣнію нѣкоторыхъ проводится взглядъ на происхожденіе собственности нѣсколько схожій съ теоріями, излагаемыми вкратцѣ Блэкстономъ. Великій германскій юристъ полагалъ, что всякая Собственность основывается на Произвольномъ Владѣніи укрѣпленномъ Давностью. Савиньи высказывая такое положеніе, имѣетъ въ виду одно только Римское право; и прежде, чѣмъ это предположеніе можетъ быть оцѣнено надлежащимъ образомъ, нужно потратить много труда на упрощеніе и изъясненіе употребленныхъ имъ выраженій. Однако смыслъ его словъ будетъ указанъ съ достаточною ясностью, если мы поймемъ его такимъ образомъ, что какъ скоро мы приступимъ къ изслѣдованію понятій о собственности у римлянъ и, прослѣдивъ ихъ до ихъ источника, приблизимся къ дѣтскому періоду права, то дойдемъ только до понятія о правѣ собственности, которое представляетъ три правовыхъ элемента:—Владѣніе, Произвольное Владѣніе, то есть удержаніе вещи безъ дозволенія, т. е. невынужденное обстоятельствами, свободное, но исключительное передъ всѣми остальными людьми, и Давность, то есть періодъ времени, въ теченіи котораго Произвольное Владѣніе продолжалось непрерывно. Несомнѣнно, что это положеніе должно было быть выражено съ меньшей опредѣленностью, чѣмъ это сдѣлалъ авторъ, и нельзя ожидать никакого здраваго и цѣльнаго вывода отъ изслѣдованій надъ какою нибудь системою права, простирающихся далѣе того момента, на которомъ соединеніе этихъ представленій образуетъ понятіе о правѣ собственности. Между тѣмъ положеніе Савиньи далеко не объясняющее популярную теорію о происхожденіи собственности, преимущественно имѣетъ цѣну тѣмъ, что обращаетъ наше вниманіе на ея слабѣйшую сторону. По взгляду Блэкстона и тѣхъ, которыхъ онъ является послѣдователемъ, умы нашихъ предковъ были таинственнымъ образомъ настроены въ пользу исключительнаго пользованія вещью. Но именно тутъ мы не находимъ этой таинственности. Нѣтъ ничего удивительнаго, что собственность возникла изъ произвольнаго владѣнія. Не дивительно, что первый собственникъ долженъ былъ быть че-

ловѣкомъ сильнымъ и способнымъ охранять оружіемъ мирное обладаніе своимъ имуществомъ. Но вслѣдствіе какихъ причинъ съ теченіемъ времени создалось чувство уваженія къ его владѣнію,—то чувство, которое есть настоящій источникъ всеобщаго почитанія, какое оказывало человѣчество къ тому, что долгое время существовало de facto,—это вопросъ дѣйствительно заслуживающій самаго основательнаго разсмотрѣнія, но лежащій за предѣлами нашихъ настоящихъ изслѣдованій.

Прежде, чѣмъ я укажу на тѣ стороны, гдѣ мы можетъ надѣяться добыть хотя скудныя и неточныя свѣдѣнія, относящіяся къ древнѣйшей исторіи права собственности, я рѣшаюсь заявить, что по моему мнѣнію общепринятая теорія, относительно того значенія, какое имѣло Завладѣніе на первыхъ ступеняхъ цивилизаціи, прямо противорѣчитъ истинѣ. Завладѣніе есть намѣренное принятіе физическаго обладанія, и идея, что актъ такого рода обращаетъ въ чью-либо собственность «вещи никому не принадлежащія,» далеко не была характеристической чертою древнѣйшихъ обществъ, а по всѣмъ вѣроятіямъ есть плодъ развитой юриспруденціи и установившейся системы законовъ. Признаніе за первымъ владѣльцемъ права собственности надъ такими предметами, которые до того времени не считались ничьею собственностью, вслѣдствіе простаго факта владѣнія могло явиться только тогда, когда право собственности получило священное значеніе, отъ его долговременной неприкосновенности на практикѣ, и когда уже значительная часть предметовъ пользованія обращена была въ частную собственность. Чувство, породившее эту доктрину, совершенно несовмѣстимо съ тою перемѣнчивостью и неточностью правъ собственности, какою отличается періодъ начала цивилизаціи. Настоящею основою упомянутой доктрины было не инстинктивное влеченіе человѣка къ институту Собственности, а предположеніе, возникшее вслѣдствіе долговременнаго существованія этого института, что *каждая вещь должна кому нибудь принадлежать*. Когда пріобрѣталось владѣніе надъ «res nullius», то есть надъ вещью, которою никто никогда не вла-

дѣлъ, то лицу, завладѣвшему этою вещью дозволялось, сдѣлаться ея собственникомъ на томъ основаніи, что всѣ цѣнныя вещи естественно должны быть предметомъ исключительнаго пользованія однаго лица, и что въ данномъ случаѣ никто не можетъ быть облеченъ правомъ собственности кромѣ лица, завладѣвшаго вещью. Короче сказать, завладѣвшій вещью становился ея хозяиномъ, потому что всѣ вещи должны быть чьею нибудь собственностью и не находилось никого другого, кто бы имѣлъ болѣе его правъ на обладаніе этою отдѣльною вещью.

Если бы даже не нашлось никакихъ другихъ возраженій противъ описаній человѣческаго рода въ его естественномъ состояніи, только что разсмотрѣнныхъ нами, то въ этихъ описаніяхъ есть одно обстоятельство, которое самымъ роковымъ образомъ противорѣчитъ съ имѣющимися у насъ достовѣрными свидѣтельствами. Надобно замѣтить, что дѣйствія и побужденія, которыя предполагаются этими теоріями, принадлежатъ отдѣльнымъ лицамъ. Каждое отдѣльное лицо само за себя подписывается подъ Общественнымъ Договоромъ. Намъ представляютъ тутъ какъ бы подобіе зыбкой песчаной отмели, гдѣ песчинками являются индивидуальные люди и эта отмель согласно теоріи Гоббеса превращается посредствомъ благодѣтельнаго господства силы въ твердую общественную скалу. Въ изображеніи, сдѣланномъ Блэкстономъ, идетъ рѣчь объ отдѣльномъ лицѣ, которое «завладѣваетъ опредѣленнымъ клочкомъ земли для отдыха, защиты отъ зноя и т. п.» Главный и неизбѣжный недостатокъ всѣхъ этихъ теорій проистекаетъ изъ римскаго Естественнаго Права, которое главнымъ образомъ отличаясь отъ ихъ Гражданскяго права своимъ отношеніемъ къ отдѣльнымъ личностямъ, именно тѣмъ и оказало величайшую услугу человѣчеству, что освободило отдѣльную личность отъ авторитета первобытнаго общества. Но древнее право, повторимъ еще разъ, почти вовсе не признаетъ отдѣльныхъ личностей. Оно имѣетъ дѣло не съ личностями, а съ семьями, не съ единичными человѣческими существованіями, а съ груп-

нами. Даже тогда, когда Государственное право начало проникать за узкій кругъ родства, за который первоначально ему не было средствъ проникнуть, взглядъ его на личность значительно разнится отъ того, какой былъ принятъ юриспруденціею на болѣе зрѣлой ступени ея развитія. Жизнь каждаго гражданина не разсматривается въ границахъ положенныхъ его рожденіемъ и смертью; она есть только продолженіе существованія его предковъ и будетъ продолжена въ существованіи его потомковъ.

Различіе установленное римлянами между Личнымъ и Вещнымъ правомъ, хотя чрезвычайно удобное само по себѣ, оказывается до крайности искусственнымъ, и очевидно много способствовало тому, что изслѣдователи разсматриваемаго нами предмета отклонились отъ истиннаго направленія. То, что было усвоено при изученіи Jus Personarum забывалось, когда начиналось изученіе Jus Rerum; Собственность, Договоръ и Деликтъ разсматривались такимъ образомъ, какъ будто бы нельзя было извлечь и намека изъ имѣющихся данныхъ, касательно первобытныхъ условій, въ какихъ находилось лицо. Неосновательность такого метода тотчасъ бы обнаружилась, еслибы передъ нами могла быть возстановлена цѣльная система архаическаго права и еслибы сдѣланъ былъ опытъ приложенія къ ней римскихъ классификацій. Мы бы вскорѣ увидѣли, что отдѣленіе Личнаго права отъ Вещнаго не имѣетъ смысла въ періодъ младенчества права и что правила, касающіяся области того и другого, неразрывно связаны между собою, и что различія, установленныя позднѣйшими юристами, приложимы только въ позднѣйшей юриспруденціи. Изъ того, что было сказано въ прежнихъ отдѣлахъ настоящаго сочиненія, можно вывести à priori полную невозможность добыть какой нибудь ключъ къ древней исторіи собственности, если мы только будемъ ограничивать наши изысканія имущественнымъ правомъ отдѣльныхъ личностей. Болѣе чѣмъ правдоподобно, что дѣйствительно древнимъ институтомъ было совмѣстное, а не отдѣльное право собственности, и что для насъ могутъ быть

поучительны только тѣ формы собственности, которыя связаны съ правами родовъ и извѣстныхъ группъ родственниковъ. Римская юриспруденція въ этомъ случаѣ не можетъ помочь уясненію вопроса, такъ какъ именно римская юриспруденція, преобразованная теоріей Естественнаго Права, завѣщала новѣйшимъ юристамъ понятіе, что индивидуальное право собственности есть нормальное состояніе имущественнаго права, а совмѣстное право собственности извѣстныхъ группъ людей есть только исключеніе изъ общаго правила. Однако же есть одно общество, старательнымъ изученіемъ котораго долженъ заняться всякій изслѣдователь, желающій узнать что нибудь объ утраченнныхъ институтахъ первобытнаго общества. Какимъ бы измѣненіямъ ни подвергались всякія подобныя установленія у вѣтви индо-европейской семьи, поселившейся за много вѣковъ тому назадъ въ Индіи, только немногія изъ нихъ окончательно отрѣшились отъ своей первоначальной оболочки. У индусовъ мы встрѣчаемъ иногда такія формы права собственности, которыя должны сразу приковать наше вниманіе, такъ какъ онѣ служатъ точнымъ подтвержденіемъ тѣхъ понятій о первобытныхъ условіяхъ собственности, къ которымъ привело насъ изученіе Личнаго права. Индійская Сельская Община есть въ одно и то же время организованное патріархальное общество и собраніе совмѣстныхъ собственниковъ. Личныя отношенія, одного къ другому, людей, составляющихъ это общество такъ тѣсно связаны съ ихъ имущественными правами, что попыткамъ англійскихъ должностныхъ лицъ отдѣлить въ Индіи личныя отношенія отъ имущественныхъ правъ, слѣдуетъ приписать нѣкоторыя изъ самыхъ чудовищныхъ промаховъ англо-индійской администраціи. Индійской Сельской Общинѣ приприписывается самая отдаленная древность. Въ какую бы сторону мы бы ни направили наши изслѣдованія въ индійской исторіи,—въ исторію цѣлой страны или отдѣльной мѣстности—мы встрѣчаемъ Общину существующею на этой точкѣ своего развитія, которая относится къ отдаленнѣйшимъ временамъ. Большинство умныхъ и наблюдательныхъ писателей,—которые

смотрятъ безъ всякой предвзятой теоріи на сущность и происхожденіе общины,—видятъ въ ней общественный институтъ, наименѣе подвергшійся разрушенію и никогда добровольно не уступавшій ни однаго изъ своихъ обычаевъ нововведеніямъ. Завоеванія и общественные перевороты пронеслись мимо, не затронувъ и не вытѣснивъ ея, и самая благодѣтельная система управленія въ Индіи была всегда та, которая признавала ее основою администраціи.

Римское право въ его зрѣломъ періодѣ и послѣдовавшая за нимъ новѣйшая юриспруденція считаютъ совмѣстное право собственности исключительнымъ и временнымъ состояніемъ имущественныхъ правъ. Этотъ взглядъ ясно выразился въ правилѣ, сдѣлавшимся всеобщимъ въ западной Европѣ: Nemo in communione potest invitus detineri («Никто противъ своей воли не можетъ быть удерживаемъ въ общемъ хозяйствѣ.») Но въ Индіи этотъ порядокъ нарушается и можно сказать, что тамъ отдѣльное право владѣнія всегда стремится сдѣлаться общимъ. Этотъ процессъ уже былъ указанъ нами. Какъ только родится сынъ, онъ тотчасъ получаетъ право на опредѣленную долю отцовскаго имущества, а по достиженіи совершеннолѣтія ему даже дозволяется буквой закона требовать въ извѣстныхъ случаяхъ раздѣла семейнаго имущества. Однако въ дѣйствительности раздѣлъ случается очень рѣдко, даже по смерти отца, и собственность постоянно остается нераздѣленною впродолженіе многихъ поколѣній, хотя каждый членъ каждаго поколѣнія имѣлъ легальное право на долю этой собственности. Отчина, бывшая такимъ образомъ въ общемъ владѣніи, управляется иногда отдѣльнымъ распорядителемъ, но большею частью, (а въ нѣкоторыхъ провинціяхъ постоянно,) управляется старѣйшимъ агнатомъ, то есть старѣйшимъ представителемъ старѣйшей линіи рода. Такое собраніе совмѣстныхъ собственниковъ или совокупность родственниковъ, владѣвшихъ сообща отчиной, есть простѣйшая форма индійской Сельской Общины; но эта Община имѣетъ большее значеніе, чѣмъ союзъ родственниковъ и большее, чѣмъ ассоціація сотоварищей. Это

есть организовенное общество и кромѣ хозяйственнаго распоряженія общиннымъ фондомъ, почти всегда завѣдуетъ внутреннимъ управленіемъ общины, полиціей, отправленіемъ правосудія, раскладкою податей и общественныхъ повинностей.

Описанный нами процессъ образованія Сельской Общины можетъ считаться типическимъ. Однако изъ этого не слѣдуетъ выводить заключенія, что всякая Сельская Община въ Индіи слагалась такимъ простымъ способомъ. Хотя въ сѣверной Индіи, какъ показываютъ памятники, община почти неизмѣнно основывалась собраніемъ кровныхъ родственниковъ, но тѣ же источники сообщаютъ намъ свѣденія о томъ, что время отъ времени въ составъ общины всегда входили люди чуждаго происхожденія и что простой покупщикъ участка могъ при извѣстныхъ условіяхъ быть допускаемъ въ братство. На югѣ полуострова часто встрѣчаются общины, которыя обязаны своимъ происхожденіемъ не одной, а двумъ и даже нѣсколькимъ семьямъ; есть такія, которыхъ составъ вполнѣ искусственъ, какъ напр, вслѣдствіе случайнаго скученія людей различнаго происхожденія въ одно и то же общество, и этотъ фактъ нарушаетъ гипотезу объ единокровномъ происхожденіи членовъ общины. Во всѣхъ подобныхъ братствахъ или сохраняются преданія или дѣлаются предположенія о первоначальномъ единомъ происхожденіи. М. Эльфинстонъ, преимущественно писавшій о сельскихъ общинахъ въ Южной Индіи, дѣлаетъ слѣдующее замѣчаніе (History of India i. 126): «По общепринятымъ понятіямъ сельскіе землевладѣльцы всѣ происходятъ отъ одного или нѣсколькихъ лицъ, основавшихъ селеніе, и единственнымъ исключеніемъ являются лица, получившія свои права покупкой или какимъ нибудь другимъ способомъ отъ членовъ кореннаго братства. Это предположеніе подтверждается тѣмъ, что до настоящаго времени въ небольшихъ деревняхъ мы видимъ одну только семью землевладѣльцевъ и незначительное число семей въ большихъ деревняхъ; но каждая семья разрослась до такой степени что нерѣдко весь земледѣльческій трудъ исполняется самими земле-

владѣльцами безъ помощи арендаторовъ или работниковъ. Всѣ землевладѣльцы пользуются коллективнымъ правомъ собственности и, хотя они почти всегда получаютъ болѣе или менѣе опредѣленные участки, между ними никогда не бываетъ совершеннаго раздѣла. Землевладѣлецъ можетъ, напримѣръ, продать или заложить свои права, но онъ долженъ предварительно получить на это согласіе селенія, а затѣмъ покупщикъ заступаетъ вполнѣ его мѣсто и принимаетъ на себя всѣ его обязательства. Если семья вымираетъ, то ея доля опять становится общимъ достояніемъ.»

Въ пятой главѣ настоящей книги мною приведены были нѣкоторыя соображенія, которыя надѣюсь помогутъ читателю оцѣнить значеніе словъ Эльфинстона. Никакой институтъ первобытнаго міра не могъ бы удержаться до нашихъ дней, если бы только онъ не пріобрѣлъ эластичность чуждую его первоначальной природѣ черезъ посредство какой нибудь животворной юридической фикціи. Слѣдовательно, Сельская Община не есть необходимо собраніе кровныхъ родственниковъ, но она есть *или* такое собраніе, *или же* корпорація со-хозяевъ, составленная по образцу ассоціаціи родственниковъ. Очевидно, что типомъ, съ которымъ она можетъ быть сравниваема, будетъ служить тутъ не римская семья, а римскій Gens или родъ. Римскій Gens былъ группою, составленною на подобіе семьи; это была семья, расширенная посредствомъ разнаго рода фикцій, которыхъ содержаніе утратилось еще въ глубокой древности. Въ историческія времена главными характеристическими чертами Gens были тѣ двѣ черты, которыя подмѣтилъ Эльфинстонъ въ Сельской Общинѣ. Всегда существовало относительно ея предположеніе объ общемъ происхожденіи, предположеніе, которое явно противорѣчило съ фактомъ, и, повторяя слова историка, мы скажемъ: «если семья вымираетъ, ея доля опять становится общимъ достояніемъ». По старому Римскому праву, наслѣдства, на которыя не предъявлялось притязанія, отходили къ Gentiles (членамъ рода). Затѣмъ всѣ занимавшіеся исторіею общинъ приходятъ къ заключенію, что въ общинахъ

какъ и въ Gentes была большею частью постороняя примѣсь вслѣдствіе допущенія чуждыхъ элементовъ, хотя способъ принятія этихъ элементовъ не можетъ быть теперь точно опредѣленъ. Въ настоящее время, какъ сообщаетъ Эльфинстонъ составъ общины пополняется допущеніемъ въ нее постороннихъ покупателей съ согласія всего братства. Однако-же собственность, пріобрѣтенная новымъ членомъ, подлежитъ правиламъ универсальнаго преемства; покупая участокъ онъ вмѣстѣ съ тѣмъ наслѣдуетъ и всѣ обязательства продавца къ соединенной группѣ. Онъ есть Emptor Familiae и наслѣдуетъ всѣ юридическія условія лица, чье мѣсто заступаетъ. Согласіе всего братства, требуемое по поводу его допущенія, напоминаетъ намъ то согласіе, какое требовалось для узаконенія Усыновленія или утвержденія Завѣщанія со стороны Comitia Curiata, этаго Собранія болѣе многочисленнаго братства номинальныхъ родственниковъ, составлявшихъ древнее римское государство.

Признаки самой отдаленной древности открывается чуть ли не въ каждой чертѣ Индійской Сельской Общины. Но и помимо этого мы имѣемъ много причинъ предположить, что дѣтскій періодъ права отличался преобладаніемъ совокупнаго права собственности, смѣшеніемъ личныхъ и имущественныхъ правъ, общественныхъ и частныхъ обязанностей и потому считаемъ себя въ правѣ вывести нѣкоторыя важныя заключенія изъ наблюденія надъ этими братствами собственниковъ, хотя бы даже составленныя подобнымъ образомъ общества не встрѣчались намъ ни въ какой другой части свѣта. Однако же въ недавнее время было обращено серіозное вниманіе на подобный рядъ явленій въ тѣхъ частяхъ Европы, въ которыхъ собственность всего менѣе подверглась феодальному преобразованію и которыя во многихъ важныхъ подробностяхъ представляютъ такое же тѣсное сродство съ западнымъ какъ и съ восточнымъ міромъ. Изысканія Гакстгаузена, Тенгоборскаго и другихъ показали, что русская деревня не есть случайное собраніе людей или союзъ основанный на договорѣ, а что

это ни болѣе ни менѣе какъ естественно организованная община, подобная индійской. Правда, что многія изъ этихъ общинъ сдѣлались впослѣдствіи отчинами дворянъ и крестьяне уже въ историческія времена были прикрѣплены къ землѣ и даже большею частью обратились въ личныхъ рабовъ помѣщика. Но гнетъ высшаго права собственности не могъ уничтожить древней организаціи деревни и весьма вѣроятно, что указъ русскаго царя, которому приписывается введеніе крѣпостнаго права, имѣлъ цѣлью привязать крестьянъ къ общинному строю, безъ котораго старый общественный порядокъ не могъ долго держаться. По убѣжденію въ существованіи агнатической связи, по смѣшенію личныхъ правъ съ имущественными и по разнообразію самостоятельныхъ мѣръ относительно внутренняго управленія, русская деревня является почти точнымъ сколкомъ съ индійской общины, но между тою и другою есть одно важное различіе, на которое мы хотимъ обратить особенное вниманіе. Собственность каждаго изъ владѣльцевъ индійскаго селенія, хотя и смѣшивается съ общею собственностью, но онъ пользуется отдѣльными правами и такое выдѣленіе правъ есть полное и продолжатся неопредѣленное время. Полное раздѣленіе правъ теоретически существуетъ также и въ русской деревнѣ, но оно здѣсь только временное. По истеченіи положеннаго срока, не вездѣ одинаковаго, право отдѣльной собственности прекращается, земля всей деревни опять становится цѣльною и затѣмъ вновь распредѣляется между семьями, составляющими общину, сообразно ихъ числу. По окончаніи передѣла права семействъ и отдѣльныхъ личностей вновь могутъ развѣтвляться по различнымъ линіямъ и такъ продолжается до наступленія новаго срока передѣла. Еще болѣе любопытное отклоненіе отъ этаго типа права собстенности представляютъ нѣкоторыя изъ странъ, которыя долгое время были спорными землями между Турецкою Имперіею и владѣніями Австрійскаго дома. Въ Сербіи, Кроаціи и Австрійской Славоніи деревни образуютъ братства лицъ, которыя въ одно и то же время со хозяева и родственники, но въ этой общинѣ внут-

ренніе порядки отличаются отъ тѣхъ, на которые мы указывали въ двухъ приведенныхъ выше примѣрахъ. Здѣсь общая собственность никогда не дѣлится на практикѣ и въ теоріи не признается подлежащею раздѣлу; всѣ поля обрабатываются совмѣстнымъ трудомъ всѣхъ жителей деревни, и доходъ распредѣляется ежегодно между домохозяевами иногда сообразно съ ихъ предполагаемыми нуждами, а иногда согласно съ правилами, которыя даютъ каждому изъ членовъ общины право на опредѣленную часть въ узуфруктѣ. Всѣ эти обычаи возводятся юристами восточной Европы къ принципу, который они считаютъ отличительнымъ признакомъ древнѣйшаго Славянскаго права, а именно къ принципу вѣчной недѣлимости семейной собственности.

Изслѣдованіе этихъ явленій представляетъ особенный интересъ, потому что оно бросаетъ свѣтъ на развитіе правъ отдѣльной собственности *въ средѣ* группъ, которымъ повидимому первоначально принадлежала совокупная собственность. Мы имѣемъ самыя основательныя причины предположить, что нѣкогда собственность принадлежала не отдѣльнымъ личностямъ и даже не отдѣльнымъ семьямъ, а обществамъ въ болѣе широкомъ размѣрѣ, составленнымъ на патріархальный образецъ; но способъ перехода отъ древнѣйшей формы права собственности къ новѣйшей и безъ того неясный представлялся бы еще болѣе темнымъ, еслибы не были открыты и изслѣдованы нѣкоторыя выдающіяся виды Сельскихъ Общинъ. Стоитъ также обратить вниманіе на разныя видоизмѣненія внутреннихъ порядковъ, которые и теперь еще можно видѣть или которые были наблюдаемы въ очень недавнее время у племенъ индо-европейской расы. Начальники клановъ горной Шотландіи имѣли, повидимому, обычай раздавать черезъ короткіе промежутки времени, а иногда и ежедневно пищу домохозяевамъ, которые были имъ подвластны. Періодическая раздача хлѣба крестьянамъ въ славянскихъ земляхъ Австріи и Турціи также производится старѣйшинами общины, но здѣсь раздаются произведенія годоваго урожая и только однажды

въ годъ. Въ русскихъ деревняхъ однако собственность перестаетъ считаться недѣлимою, и дается полная свобода развитію стремленій на отдѣльную собственность, но этотъ прогрессъ дѣлимости, просуществовавъ извѣстное время, періодически прерывается. Въ Индіи не только нѣтъ недѣлимости общаго фонда, но даже право владѣнія отдѣльными участками можетъ быть продолжено до безконечности и можетъ развѣтвится на какое угодно число исходящихъ изъ него правъ собственности; дѣленіе de facto общаго имущества не допускается какъ укоренившимся обычаямъ, такъ равно и тѣмъ правиломъ, что чужіе люди не принимаются въ общину безъ согласія всѣхъ членовъ братства. Мы разумѣется не думаемъ доказывать, что эти различныя формы Сельской Общины представляютъ разныя ступени процесса измѣненій, совершившихся повсюду одинаковымъ путемъ. Хотя очевидныя свидѣтельства не дозволяютъ намъ заходить такъ далеко, но это не мѣшаетъ намъ предположить съ нѣкоторою вѣроятностью, что частная собственность въ томъ видѣ, въ какомъ мы ее застаемъ, образовалась изъ постепеннаго выдѣленія отдѣльныхъ правъ личности отъ совокупныхъ правъ цѣлой общины. Изученіе Личнаго Права показываетъ намъ семью расширившуюся въ агнатическую группу родственниковъ, затѣмъ эта агнатическая группа родственниковъ распадается на отдѣльныя семейства, и наконецъ семейство вытѣсняется отдѣльною личностью, а въ настоящее время признается, что каждая ступень такого измѣненія соотвѣтствуетъ аналагочиной перемѣнѣ въ существѣ права Собственности. Если только есть какая нибудь правда въ этомъ, то слѣдуетъ замѣтить, что она существенно повліяла на задачи, которыя поставили себѣ теоретики относительно происхожденія собственности. Вопросъ быть можетъ неразрѣшимый, хотя и всего болѣе занимавшій ихъ вниманіе, заключался въ томъ, какія побужденія заставили людей впервые уважать собственность другъ друга? Вопросъ этотъ при очень слабой надеждѣ получить на него отвѣтъ можетъ быть поставленъ въ формѣ изслѣдованія при-

чинъ, побуждавшихъ одну сложную группу держаться подальше отъ владѣній другой группы. Но, если вѣрно то положеніе, что наиважнѣйшимъ событіемъ въ исторіи Частной Собственности было ея постепенное отдѣленіе отъ совмѣстнаго права собственности родственниковъ, то главный пунктъ этого изслѣдованія дѣлается тождественнымъ съ тѣмъ, который первый представляется намъ при изслѣдованіи исторіи права, — а именно: какія побужденія первоначально заставляли людей держаться семейнаго союза? На этотъ вопросъ юриспруденція безъ помощи другихъ наукъ не въ силахъ дать отвѣтъ. Она можетъ только указать на этотъ фактъ.

Нераздѣльность собственности въ древнихъ обществахъ связана съ особенною трудностью раздѣла, которая всегда оказывалась, какъ только какой нибудь единичный участокъ совершенно выдѣлялся изъ родоваго владѣнія всей группы. Это явленіе, безъ сомнѣнія, проистекало изъ того обстоятельства, что собственность должна была поступить во владѣніе новой группы, такъ что всякій подобный дѣлежъ становился сдѣлкою между двумя въ высшей степени сложными корпораціями. Мы уже сравнивали древнее право съ новѣйшимъ Международнымъ правомъ по отношенію къ объему и составу ассоціацій, которыхъ права и обязанности нормировались этимъ правомъ. Такъ какъ договоры и передача извѣстные древнему праву были договорами и передачею, въ которыхъ участвовали не единичныя личности, но организованныя корпораціи людей, то они сопровождались крайней обрядностью; требовалось множество символическихъ дѣйствій и словъ съ цѣлью напечатлѣть самое дѣло въ памяти тѣхъ, которые принимали въ немъ участіе; требовалось присутствіе чрезвычайнаго числа свидѣтелей. Вотъ изъ этихъ-то особенностей и другихъ связанныхъ съ ними проистекаетъ всеобщій характеръ неподвижности древнихъ формъ собственности. Иногда родовое владѣніе семьи является безусловно неотчуждаемымъ, какъ это мы видимъ у славянъ, но еще чаще, хотя отчужденіе и не признавалось вполнѣ незаконнымъ, однако на дѣлѣ было не-

удобоисполнимымъ, какъ напр. у большинства германскихъ племенъ, потому что требовалось согласіе слишкомъ большаго числа лицъ для передачи собственности. Въ тѣхъ же мѣстахъ, гдѣ эти препятствія не существовали или могли быть устранены, самый актъ передачи обыкновенно загромождался цѣлою массою обрядовъ, изъ которыхъ нельзя было пренебречь ни одной іотой. Древнее право не дозволяло упустить тѣлодвиженія, хотя бы даже возбуждавшаго смѣхъ, ни малѣйшаго слова, хотя бы смыслъ его уже былъ давно забытъ, ни единаго свидѣтеля, какъ бы ни было безполезно его свидѣтельство. Вся торжественность церемоній должна была строго соблюдаться лицами законно уполномоченными принимать въ нихъ участіе, а иначе обязательство не имѣло силы и продавецъ вновь возстановлялся въ своихъ правахъ, отъ которыхъ онъ напрасно старался устранить себя.

Эти разнообразныя препятствія къ свободному обращенію предметовъ потребленія и пользованія разумѣется дали себя почувствовать, какъ только общество пріобрѣло извѣстную степень дѣятельности, и идущія впередъ общества прибѣгли къ различнымъ средствамъ для преодолѣнія упомянутыхъ препятствій, что и составляетъ главный предметъ въ исторіи Собственности. Одно изъ этихъ средствъ стоитъ впереди прочихъ по своей древности и всеобщности. Большая часть древнихъ обществъ сама собою пришла къ идеѣ классификаціи собственности по родамъ ея. Одинъ родъ или видъ собственности былъ поставленъ по достоинству на нисшую ступень чѣмъ другіе, но въ то же время онъ освобождался отъ оковъ, которыя наложила на него древность. Вслѣдъ за тѣмъ превосходство правилъ о передачѣ и переходѣ нисшаго разряда собственности было всѣми признано и постепеннымъ путемъ нововведеній отличительное свойство предметовъ, считавшихся менѣе цѣнными по достоинству, стало переходить на предметы условно поставленные на болѣе высокое мѣсто. Исторія Римскаго права Собственности есть исторіи ассимиляціи Res Mancipi съ Res Nec Mancipi. Исторія Собственности на ев-

ропейскомъ материкѣ есть исторія замѣненія феодальнаго поземельнаго права романизированнымъ правомъ движимыхъ имуществъ, и хотя исторія права собственности еще не вполнѣ закончена въ Англіи, но очевидно, что личное право угрожаетъ поглотить и уничтожить родовое.

Единственная *естественная* классификація предметовъ пользованія, единственная классификація, соотвѣтствующая существенному различію подлежащихъ ей предметовъ есть та, которая дѣлитъ ихъ на движимое и недвижимое имущество. Какъ ни сроднилась эта классификація съ юриспруденціею, но она развивалась очень медленно въ Римскомъ правѣ, отъ котораго мы заимствовали ее, и была окончательно принята у римлянъ только въ позднѣйшемъ періодѣ развитія Римскаго права. Классификація собственности въ древнемъ правѣ представляетъ иногда поверхностное сходство съ этою. Древнее право въ извѣстныхъ случаяхъ дѣлитъ собственность на категоріи и помѣщаетъ недвижимое имущество въ одну изъ нихъ; но затѣмъ мы видимъ, что оно или помѣщаетъ въ числѣ недвижимостей множество предметовъ, которые не имѣютъ съ ними ничего общаго или отдѣляетъ ихъ отъ различныхъ видовъ собственности, съ которыми они представляютъ тѣсное сходство. Такимъ образомъ Res Mancipi Римскаго права заключалъ въ себѣ не только землю, но рабовъ, лошадей и воловъ. Шотландское право ставитъ на ряду съ землею извѣстный классъ залоговъ, а индійскій законъ присоединяетъ къ этому и рабовъ. Англійское право съ другой стороны отдѣляетъ многолѣтній откупъ земли отъ другихъ поземельныхъ доходовъ и присоединяетъ его къ личной собственности въ категорію движимаго имущества. Сверхъ того классификаціи Древняго права принадлежатъ къ числу классификацій, признающихъ высшіе и нисшіе разряды, тогда какъ отличіе движимаго и недвижимаго имущеества, по крайней мѣрѣ насколько оно не выходитъ изъ предѣловъ римской юриспруденціи, не предполагаетъ никакого различія по достоинству собственности. Но Res Mancipi сначала от-

давалось преимущество передъ Res Nec Mancipi подобно тому, какъ наслѣдственная собственность въ Шотландіи и недвижимое имущество въ Англіи ставились выше личной собственности, которой они обыкновенно противополагались. Юристы всевозможныхъ системъ не жалѣли усилій, чтобы подвести эти классификаціи подъ какой нибудь разумный принципъ; но причины подобнаго подраздѣленія будутъ всегда напрасно отыскиваться въ философіи права, такъ какъ онѣ принадлежатъ не философіи права, а его исторіи. Объясненіе, которое повидимому подходитъ къ наибольшему числу примѣровъ, есть то, что предметы пользованія, пользовавшіеся наибольшимъ почетомъ передъ прочими, были формами собственности, которыя раньше всѣхъ другихъ были извѣстны всякому отдѣльному обществу, и потому заслужили преимущественно названіе *Собственности*. Съ другой стороны предметы, не перечисленные между привилигированными предметами, были поставлены на нисшую ступень, потому что признаніе ихъ значенія совершилось позже того періода времени, въ который были составлены перечни предметовъ высшей собственности. Они были прежде неизвѣстны, рѣдки, мало употреблялись или же на нихъ смотрѣли только какъ на добавку къ привилегированнымъ предметамъ. Такимъ образомъ, хотя къ Res Mancipi причислялось множество очень цѣнныхъ предметовъ движимой собственности, но къ разряду Res Mancipi никогда не принадлежали наиболѣе драгоцѣнные камни, такъ какъ римляне въ раннія времена своей исторіи не знали ихъ. Такимъ же путемъ недвижимое имущество въ Англіи было низведено до степени личнаго владѣнія, вслѣдствіе малочисленности и нецѣнности движимаго имущества при господствѣ феодальнаго поземельнаго права. Чрезвычайный интересъ представляетъ также постепенное низведеніе собственности на нисшую степень по мѣрѣ увеличенія значенія предметовъ и умноженія въ числѣ. Но тутъ является вопросъ: почему онѣ не были послѣдовательно включены въ число привилегированныхъ предметовъ пользованія? Един-

ственную причину этому мы видимъ въ томъ упорствѣ, съ какимъ древнее право держалось своихъ классификацій. Необразованные умы и раннія общества отличаются тѣмъ характеристическимъ свойствомъ, что не способны отдѣлить въ своихъ понятіяхъ общаго правила отъ частныхъ примѣненій этаго правила, къ которымъ они особенно привыкли. Они не въ состояніи отличить общаго термина или положенія отъ отдѣльныхъ примѣровъ, съ которыми они встрѣчаются повседневно и такимъ образомъ случается, что наименованіе, означающее общеупотребительную форму собственности не дается предметамъ вполнѣ подходившимъ подъ эту форму въ качествѣ предметовъ пользованія и предметовъ, на которыя могло распространяться право лица. Но къ этому вліянію,—которое сообщало качеству предметовъ особенную силу, такую же прочную какъ законъ,—впослѣдствіи присоединились другія вліянія болѣе соотвѣтствовавшія прогрессу цивилизаціи и попонятіямъ о способахъ обобщенія. Суды и юристы замѣтили наконецъ неудобства замедляющихъ формальностей, требуемыхъ по поводу передачи, возврата или пріобрѣтенія привилегированныхъ предметовъ и уже не такъ охотно оковывали вновь возникшія формы собственности техническими путами, характеризующими дѣтскій періодъ права. Отсюда возникло расположеніе поставить ихъ на нисшую ступень юридической классификаціи и обусловить переходъ отъ одного лица къ другому болѣе простыми процессами, чѣмъ тѣ, которые при обветшалыхъ способахъ передачи собственности служили только камнемъ преткновенія для частныхъ сдѣлокъ и удобнымъ средствомъ для обмана. Акты, посредствомъ которыхъ совершаются наши купчія, бываютъ всегда письменные, такъ что ихъ языкъ, хорошо взвѣшенный переписчиками по профессіи, рѣдко страдаетъ недостаткомъ точности. Древняя же купчая не писалась, а *совершалась*. Мѣсто технической писменной фразеологіи заступали тѣлодвиженія и слова, и каждая дурно произнесенная формула, каждое упущенное символическое дѣйствіе нарушало процедуру подобно тому, какъ въ Англіи

двѣсти лѣтъ тому назадъ, ошибка въ обозначеніи предметовъ пользованія или права на возвращеніе прежнему владѣльцу вредила силѣ англійскаго акта. Въ сущности мы только на половину показали вредъ, приносимый древнимъ церемоніаломъ. Пока установленныя формальности писанныя и совершаемыя требуются для отчужденія одной только *земли*, шансы на ошибки не могутъ быть значительны, такъ какъ уступка такого рода собственности рѣдко дѣлается опрометчиво. Высшій разрядъ собственности въ древнемъ мірѣ заключалъ въ себѣ не только землю, но многія, изъ самыхъ употребительныхъ и самыхъ цѣнныхъ движимыхъ предметовъ. Но, когда колеса общественной машины начали двигаться быстрѣе, оказалось крайне неудобно прибѣгать къ самой сложной формѣ передачи собственности при покупкѣ лошади, вола или же самаго дорогого изъ предметовъ движимаго имущества въ древнемъ мірѣ — раба. Такого рода товаръ долженъ былъ часто или даже обыкновенно передаваться съ неполными формальностями и, слѣдовательно, владѣніе имѣло несовершенныя основанія.

Къ разряду Res Mancipi принадлежали: земля,—въ историческія времена земли на итальянской территоріи,—рабы и вьючныя животныя, какъ напримѣръ, лошади и волы. Не подлежитъ сомнѣнію, что къ этому числу принадлежали также земледѣльческія орудія, бывшія предметами первой важности у первобытнаго народа. Такіе предметы назывались первоначально Вещами или Собственностью въ тѣсномъ смыслѣ и актъ, посредствомъ котораго они передавались, назывался Mancipium или Манципація; но весьма вѣроятно что эти вещи только въ гораздо позднее время получили свое отличительное названіе: Res Mancipi, «Вещи, требующіе Манципаціи.» Рядомъ съ ними могъ существовать или образоваться разрядъ другихъ предметовъ, при передачѣ которыхъ не считалось необходимымъ прибѣгать къ полному обряду Манципаціи. Казалось достаточнымъ, если при переходѣ послѣднихъ отъ одного хозяина къ другому соблюдалась только часть обычныхъ

формальностей, а именно дѣйствительное врученіе, физическая передача или traditio, который есть самый очевидный признакъ перемѣны права собственности. Предметы послѣдняго рода были Res Nec Mancipi древняго права, т. е. «вещи не требующія Манципаціи»; эти предметы вѣроятно мало цѣнились первоначально и часто переходили отъ одной группы собственниковъ къ другой. Тогда какъ списокъ Res Mancipi оставался неизмѣняемымъ, списокъ Res Nec Mancipi могъ быть расширяемъ до безконечности; и поэтому каждая новая побѣда человѣка надъ матеріальною природою прибавляла новую статью къ Res Nec Mancipi или производила улучшеніе въ тѣхъ, которыя уже были таковыми признаны. Такимъ образомъ Res Nec Mancipi незамѣтно сравнялись съ Res Mancipi и лишь только разсѣялось впечатлѣніе внѣшняго превосходства однихъ надъ другими, люди начали замѣчать разнообразныя выгоды простого способа перехода собственности надъ болѣе запутаннымъ, хотя и болѣе чтимымъ, церемоніаломъ. Два фактора улучшеній въ области права—Фикція и Справедливость постоянно пускались въ ходъ римскими юристами, съ цѣлью придать акту простой передачи практическое значеніе Манципаціи; и хотя римскіе законодатели долго отказывались признать, что право собственности въ Res Mancipi можетъ быть немедленно перенесено на другое лицо однимъ только актомъ врученія предмета, однако и этотъ шагъ былъ наконецъ сдѣланъ Юстиніаномъ, со времени котораго уже исчезаетъ разница между Res Mancipi и Res Nec Mancipi, и Переходъ или Врученіе становится однимъ изъ важнѣйшихъ способовъ передачи собственности, признаваемыхъ закономъ. Замѣтное предпочтеніе, какое съ очень раннихъ временъ римскіе юристы отдавали Traditio, побудило ихъ внести Traditio въ свою теорію, что и было причиною ослѣпленія ихъ новѣйшихъ послѣдователей относительно его дѣйствительной исторіи. Traditio былъ отнесенъ къ разряду «естественныхъ» способовъ пріобрѣтенія, отчасти потому что онъ былъ въ обычаѣ между

итальянскими племенами, а равно и потому что этотъ процессъ отличался самымъ простѣйшимъ механизмомъ. Въ сущности всѣ разсужденія юристовъ сводятся къ тому, что Traditio, бывшее принадлежностью Естественнаго Права, древнѣе Манципаціи, которая есть институтъ Гражданскаго Общества; а это положеніе, какъ извѣстно совершенно обратно истинѣ.

Различіе между Res Mancipi и Res Nec Mancipi составляетъ типъ различій, которыя много повліяли на ходъ цивилизаціи, различій проводимыхъ черезъ цѣлую массу вещей и по которымъ нѣкоторыя изъ этихъ вещей относятся по своему достоинству къ высшей, а другія къ нисшей категоріи. Нисшіе роды собственности, вслѣдствіе пренебреженія къ нимъ, были вначалѣ изъяты отъ затруднительныхъ церемоній первобытнаго права, а впослѣдствіи, когда уже наступилъ другой періодъ интеллектуальнаго прогресса, вошедшіе въ употребленіе простые способы передачи и пріобрѣтенія собственности становятся уже какъ бы образцомъ по своей простотѣ и удобству и вытѣсняютъ собою обременительныя церемоніи, унаслѣдованныя отъ древнихъ временъ. Но въ нѣкоторыхъ обществахъ путы, связывавшія Собственность, были черезъ чуръ сложны и крѣпки и не могли быть сброшены такимъ легкимъ способомъ. Индійскій законъ, какъ уже было сказано выше, съ самаго рожденія давалъ всѣмъ дѣтямъ мужескаго пола право на участіе въ отцовской собственности, которая безъ ихъ согласія ни въ какомъ случаѣ не могла быть отчуждаема. Равнымъ образомъ, древній обычай, бывшій общимъ у всѣхъ германскихъ народовъ, (англосаксонскіе обычаи въ этомъ случаѣ представляютъ рѣдкое исключеніе), запрещалъ всякаго рода отчужденія собственности безъ согласія дѣтей мужескаго пола, а первобытное Славянское право вовсе не допускаетъ отчужденіе собственности. Очевидно, что такія препятствія не могли быть устранены посредствомъ различія проводимаго между родами собственности, насколько эти препятствія касались имущества всѣхъ родовъ вообще; и сообразно съ этимъ древнее право

въ своемъ дальнѣйшемъ развитіи придумало провести между вещами другаго рода различіе, которое дѣлило собственность на разряды не по ея сущности, а по ея происхожденію. Въ Индіи, гдѣ видны слѣды обѣихъ классификацій, послѣдняя изъ нихъ особенно отразилась въ различіи, какое Индійское право установило между Наслѣдственнымъ и Благопріобрѣтеннымъ имуществомъ. Какъ уже сказано, дѣти по рожденіи тотчасъ становятся участниками въ наслѣдственномъ имуществѣ отца, но во многихъ провинціяхъ, согласно обычаю, имущество, пріобрѣтенное самимъ отцомъ при его жизни, принадлежитъ ему безраздѣльно и онъ можетъ распоряжаться имъ по своему усмотрѣнію. Подобное различіе до извѣстной степени существовало и въ Римскомъ правѣ, гдѣ однимъ изъ первыхъ нововведеній въ сферѣ Отеческой Власти было дозволеніе, даваемое отцомъ сыну, удерживать въ собственность все то, что послѣдній пріобрѣтетъ на военной службѣ. Но самое широкое примѣненіе этого рода классификаціи мы встрѣчаемъ у германцевъ. Хотя *аллодъ* у нихъ и могъ быть отчуждаемъ, но переходъ его сопровождался величайшими трудностями; притомъ же онъ переходилъ исключительно къ родственникамъ агнатамъ. Естественно, что при такихъ условіяхъ стало устанавливаться множество подраздѣленій, клонившихся къ уменьшенію неудобствъ, связанныхъ съ аллодіальною собственностью. Вира (wehrgeld), напримѣръ, или плата за убитаго родственника, занимавшая такое важное мѣсто въ германскомъ законодательствѣ, не составляла части семейнаго имущества и передавалась по совершенно инымъ правиламъ преемства. Равнымъ образомъ reipus или пеня, взимаемая съ вдовы выходящей замужъ, не входила въ аллодъ того, кому платилась переходила по нисходящей линіи такимъ способомъ, при которомъ не принимались во вниманіе привилегіи агнатовъ. И здѣсь, какъ у Индусовъ законъ отличалъ Благопріобрѣтенное имущество главы дома отъ его Наслѣдственной собственности и дозволялъ распоряжаться первымъ съ большею свободою. Допускались классификаціи

и другаго рода, какъ, напр. обычное отличіе, проводимое между землею и движимымъ имуществомъ; но движимая собственность дѣлилась на множество второстепенныхъ категорій, и къ каждой прилагались особыя правила. Это изобиліе классификацій, поражающая насъ въ такомъ неразвитомъ народѣ, какимъ были германскіе завоеватели Имперіи, безъ сомнѣнія можетъ быть только объяснено присутствіемъ въ ихъ законодательствѣ значительнаго элемента Римскаго права, заимствованнаго ими въ періодъ долгаго поселенія на границахъ римскихъ владѣній. Не трудно прослѣдить многія изъ правилъ перехода и передачи имущества, непринадлежащаго къ аллоду, до ихъ источника въ римской юриспруденціи, изъ которой они были вѣроятно заимствованы по частямъ въ отдаленныя времена. Такъ какъ вышеупомянутыя различія не принадлежатъ новой исторіи, то мы не имѣемъ даже возможности представить себѣ, насколько подобныя нововведенія послужили къ устраненію препятствій, мѣшавшихъ свободному обращенію собственности. Аллодіальная форма собственности, какъ мы уже говорили, была совершенно вытѣснена феодальной и, когда феодализмъ вполнѣ установился, то изъ всѣхъ различій въ родахъ собственности, принятыхъ въ Западной Европѣ, только одно уцѣлѣло на практикѣ, а именно: различіе между землею и вещами, движимымъ и недвижимымъ имуществомъ. По внѣшности это различіе было одинаково съ тѣмъ, какое окончательно приняло Римское право, но средневѣковое право отличалось отъ Римскаго тѣмъ, что явственно ставило недвижимую собственность выше по достоинству, чѣмъ движимую. Однаго этаго примѣра достаточно, чтобы показать значеніе такого рода способовъ различія. Во всѣхъ странахъ, управляемыхъ системами, построенными на основаніи французскихъ кодексовъ, то есть въ большей части Европейскаго материка, законы, примѣнявшіеся къ движимому имуществу и всегда истекавшіе изъ Римскаго права, замѣнили и уничтожили феодальное поземельное право. Англія является единственною значительною страною, гдѣ это

измѣненіе, уже совершившееся до извѣстной степени, далеко еще не закончено. Это также, прибавлю я, единственная въ Европѣ страна, въ которой отдѣленію движимаго имущества отъ недвижимаго помѣшали тѣ же самыя вліянія, которыя были причиною отступленія древнихъ классификацій отъ этого единственнаго способа классификаціи согласнаго съ природою вещей. Въ Англіи главнымъ различіемъ было различіе между землею и прочимъ имуществомъ, но извѣстный классъ этого имущества поставленъ былъ, какъ наслѣдственное имущество наравнѣ съ землей, а извѣстный разрядъ доходовъ съ земли вслѣдствіе историческихъ причинъ ставился на ряду съ личною собственностю. И это не единственный примѣръ, гдѣ Англійская юриспруденція, стоя особнякомъ отъ общаго хода измѣненій въ области права, воспроизводила явленія архаическаго права.

Мы укажемъ еще на одинъ или два способа, посредствомъ которыхъ были ослаблены съ большимъ или меньшимъ успѣхомъ древнія путы, сковывавшія права собственности, но сдѣлаемъ при этомъ оговорку, что цѣль настоящаго сочиненія позволяетъ намъ касаться только тѣхъ способовъ, которые относятся къ глубокой древности. Намъ особенно придется остановиться на одномъ изъ нихъ, потому что лица, незнакомыя съ исторіей древняго права, не легко убѣдятся въ томъ, что принципъ, который былъ принятъ съ величайшимъ трудомъ и очень медленно новѣйшей юриспруденціей, въ сущности былъ сроденъ самому дѣтскому состоянію юридической науки. Во всемъ правѣ нѣтъ другого принципа, котораго усвоеніе и доведеніе до значенія закона, несмотря на его благодѣтельный характеръ, встрѣтило бы такое противодѣйствіе со стороны новѣйшихъ юристовъ, какъ тотъ, который былъ извѣстенъ римлянамъ подъ названіемъ Usucapio и перешелъ въ новѣйшую юриспруденцію подъ именемъ Пріобрѣтательной Давности. Принципъ этотъ былъ положительнымъ правиломъ въ древнѣйшемъ Римскомъ правѣ и правиломъ болѣе древнимъ, чѣмъ XII Таблицъ: оно состоитъ въ томъ, что вещи, находившіяся

у кого нибудь въ непрерывномъ владѣніи въ продолженіе извѣстнаго періода времени становятся собственностью владѣльца. Періодъ владѣнія былъ чрезвычайно коротокъ — одинъ годъ или два, смотря по природѣ владѣемаго предмета,—а въ историческія времена Usucapio имѣло силу только тогда, когда владѣніе начиналось особымъ путемъ; но я считаю весьма вѣроятнымъ, что въ менѣе близкую къ намъ эпоху владѣніе превращалось въ право собственности при условіяхъ даже менѣе строгихъ, чѣмъ намъ представляютъ ихъ наши авторитеты. Я уже сказалъ выше, что никакъ не думаю утверждать, чтобы уваженіе людей къ владѣнію de facto было явленіемъ, которое можетъ быть само по себѣ объяснено юриспруденціей, но въ высшей степени важно замѣтить, что первобытныя общества, принимая принципъ Usucapio, не были одержимы тѣми умозрительными сомнѣніями и колебаніями, которыя препятствовали принятію этихъ принциповъ въ новѣйшія времена. Новѣйшіе юристы сперва отнеслись къ принципу Пріобрѣтательной Давности съ отвращеніемъ, а потомъ признали его съ замѣтнымъ нежеланіемъ. Во многихъ странахъ, и въ томъ числѣ въ Англіи законодательство долго нерѣшалось идти далѣе грубой уловки признавать получившими законную силу всѣ дѣйствія, основанныя на какой-нибудь несправедливости, если она была совершена ранѣе опредѣленнаго момента въ прошедшемъ, обыкновенно перваго года предшествовавшаго царствованія; и мы видимъ, что только по окончаніи Среднихъ Вѣковъ и по вступленіи на Англійскій престолъ Якова I, Англія получила настоящій законъ о Давности, хотя очень несовершеннаго качества. Этою медленностью въ принятіи одного изъ самыхъ знаменитыхъ положеній Римскаго права,—которое безъ сомнѣнія изучалось постоянно большинствомъ европейскихъ юристовъ, новый міръ обязанъ вліянію Каноническаго права. Церковныя постановленія, изъ которыхъ развилось Каноническое право, будучи связаны съ священными или quasi-священными интересами, весьма естественно смотрѣли на установленныя ими привиле-

гіи, какъ на такія, которыя не теряли свою силу отъ непримѣненія, какъ бы оно ни было продолжительно; а въ связи съ такимъ взглядомъ духовная юриспруденція всегда отличалась рѣшительною непріязнью къ принципу Пріобрѣтательной Давности. Каноническому праву,—которое духовные законовѣды выставляли за образецъ для свѣтскаго законодательства,—суждено было оказать особенное вліяніе на принципы первой важности. Оно ввело въ обычаи, установившіеся въ Европѣ, несравненно меньшее число точныхъ правилъ, чѣмъ Римское право, но за то оно сообщило особый складъ теоретическимъ воззрѣніямъ, снабдивъ ихъ поразительнымъ числомъ основныхъ принциповъ; и мы видимъ, что возникшія такимъ способомъ тенденціи прогрессивно получали все большую силу при развитіи каждой системы. Одно изъ тѣхъ направленій, которыя оно создало было отвращеніе къ принципу Пріобрѣтательной Давности, но я не знаю оказалъ ли бы этотъ предразсудокъ такое могущественное вліяніе, какое имѣлъ въ дѣйствительности, еслибы онъ не совпалъ съ доктриной схоластическихъ юристовъ реалистической школы, которыя учили, что, какой бы оборотъ ни приняло дѣйствующее законодательство, *право*, какъ бы оно долго не оставалось въ бездѣйствіи, остается фактически неразрушимымъ. Остатки такого рода понятій существуютъ и до сихъ поръ. Гдѣ бы серьезно ни обсуждалась философія права, тамъ вопросы касавшіеся теоретическаго основанія Пріобрѣтательной Давности служатъ предметомъ горячихъ споровъ. Еще и теперь во Франціи и Германіи сильно интересуетъ вопросъ: лишаетсяли лицо своего права относительно собственности, которою не владѣло много лѣтъ, въ видѣ наказанія за свою безпечность или теряетъ собственность въ слѣдствіе рѣшительнаго вмѣшательства закона, имѣвшаго въ виду привести къ finis litium. Но никакіе подобные вопросы не тревожили умы людей въ первобытномъ римскомъ обществѣ. Древніе обычаи римлянъ прямо лишали права собственности всякаго, кто при извѣстныхъ обстоятельствахъ находился внѣ владѣнія въ теченіе одного или двухъ лѣтъ. Трудно сказать въ чемъ именно со-

стояло точное содержаніе правила Usucapio въ его первоначальной формѣ, но взятое вмѣстѣ съ тѣми ограниченіями, съ которыми оно встрѣчается въ книгахъ, оно оказывается въ высшей степени полезнымъ обеспеченіемъ противъ злоупотребленій возможныхъ при слишкомъ обременительной системѣ передачи собственности. Для того, чтобы воспользоваться выгодами Usucapio необходимо было, чтобы произвольное владѣніе началось по доброй совѣсти, т. е., чтобы было убѣжденіе владѣльца, что онъ законнымъ образомъ пріобрѣтаетъ собственность; далѣе требовалось, чтобы вещь была передана ему какимъ-либо изъ родовъ отчужденія, который, хотя и не составлялъ полнаго основанія для владѣнія въ данномъ случаѣ, по покрайней мѣрѣ признавался закономъ. Слѣдовательно, въ случаѣ Манципаціи, какъ бы ни было неточно ея совершеніе, но если она была доведена до того момента, что заключала въ себѣ Передачу, или Врученіе то недостатокъ основанія могъ быть восполненъ черезъ какіе-нибудь два года посредствомъ Usucapio. Мы не знаемъ въ римской юридической практикѣ ни одного факта, который бы такъ рѣзко свидѣтельствовалъ объ ихъ геніальности въ области юриспруденціи, какъ то употребленіе, которое они сдѣлали изъ Usucapio. Трудности, съ которыми имъ приходилось бороться, были одинаковы съ тѣми, которыя затрудняли и до сихъ поръ затрудняютъ англійскихъ юристовъ. Вслѣдствіе сложности ихъ системы, которую они не имѣли ни смѣлости, ни возможности перестроить, положительное право постоянно расходилось съ теоретическимъ и право собственности, основанное на справедливости—съ легальнымъ правомъ. Но Usucapio въ рукахъ юрисконсультовъ явилось самодѣйствующей машиной, посредствомъ которой недостатки въ основаніи права собственности могли быть всегда восполнены, и вышеупомянутое различіе правъ собственности могло быть сглажено въ возможно короткое время. Usucapio не потеряло своего значенія до самой реформы Юстиніана. Но какъ только совершилось окончательное сліяніе Закона и Справед-

ливости, какъ только Манципація потеряла прежнее значеніе, не предстояло уже болѣе необходимости прибѣгать къ старому способу и Usucupio съ увеличеннымъ срокомъ сдѣлалось институтомъ Пріобрѣтательной Давности, который наконецъ былъ введенъ почти во всѣ новѣйшія системы права.

Упомянемъ вкратцѣ еще объ одномъ способѣ, касающемся того же предмета, что и предъидущій, и который, хотя встрѣчается довольно поздно въ исторіи Англійскаго права, существовалъ въ римскомъ съ незапамятныхъ временъ. Способъ этотъ, повидимому, существуетъ такъ давно, что нѣкоторые германскіе цивилисты, не довольствуясь свѣтомъ, бросаемымъ на этотъ предметъ аналогіей съ Англійскимъ правомъ, считали его древнѣе Манципаціи. Я говорю о Cessio in Jure, что было способомъ передачи собственности посредствомъ иска въ судѣ по предварительному соглашенію сторонъ. Истецъ предъявляетъ искъ на предметъ, который долженъ перейти въ его собственность съ обыкновенными формами процедуры; отвѣтчикъ не является и вещь разумѣется отдается истцу. Едва ли нужно напоминать здѣсь англійскимъ юристамъ, что этотъ способъ былъ придуманъ нашими праотцами и произвелъ эти знаменитые Fines and Recoveries, которыя такъ много способствовали распутыванію труднѣйшихъ узловъ феодальнаго поземельнаго права. Римскія и англійскія приспособленія имѣютъ между собою много общаго и значительно поясняютъ другъ друга, но между ними существуетъ то различіе, что цѣль англійскихъ юристовъ заключалась въ томъ, чтобы устранить уже вкравшуюся въ основаніе запутанность, между тѣмъ какъ римскіе юрисконсульты старались предотвратить ее введеніемъ болѣе непогрѣшимаго способа передачи, вмѣсто того, который слишкомъ часто оказывался несостоятельнымъ. Намѣреніе это фактически должно было явиться само собою, какъ только Суды по Закону сдѣлались постоянными, не переставъ однако находиться подъ господствомъ первобытныхъ понятій. Въ болѣе развитомъ состояніи юри-

дическихъ воззрѣній трибуналы смотрятъ на искъ по соглашенію, какъ на злоупотребленіе ихъ процедуры, но для всѣхъ ихъ было время; когда имъ и въ голову не приходило заглянуть впередъ, какъ только формы были точно соблюдены.

Вліяніе на собственность судовъ по закону и ихъ процедуры было чрезвычайно велико, но предметъ этотъ слишкомъ обширенъ для размѣровъ настоящаго сочиненія и завелъ бы насъ гораздо далѣе въ исторію права, чѣмъ это согласно съ нашимъ планомъ. Однако считаемъ не лишнимъ сказать, что этому вліянію мы должны приписать важность различія между Собственностью и Владѣніемъ,—не различія самого по себѣ, которое (на языкѣ однаго знаменитаго англійскаго цивилиста) есть то же самое, что различіе между законнымъ правомъ распоряжаться вещью и физическою властью дѣлать это, — ту чрезвычайную важность, которую пріобрѣло это различіе въ философіи права. Мало найдется образованныхъ людей, которые были бы настолько незнакомы съ юридической литературой, чтобы не слыхали о томъ, что языкъ римскихъ юрисконсультовъ касательно Владѣнія долгое время служилъ предметомъ величайшихъ затрудненій и что геній Савиньи главнымъ образомъ проявилъ себя въ томъ, что нашелъ разрѣшеніе этой задачи. Въ дѣйствительности слово Владѣніе на языкѣ римскихъ юристовъ получило повидимому оттѣнокъ понятія, который не такъ то легко объяснить. Слово это, какъ видно изъ этимологіи, вѣроятно означало первоначально физическое прикосновеніе къ вещи или такое физическое прикосновеніе, которое могло быть прекращено по желанію; но въ дѣйствительномъ употребленіи, безъ всякаго качественнаго эпитета, Владѣніе означало не просто физическое держаніе вещи, но физическое держаніе совокупно съ желаніемъ удержать эту вещь, какъ свою собственность. Савиньи, послѣдуя за Нибуромъ, понялъ, что начало подобной аномаліи слѣдуетъ искать въ исторіи. Онъ указалъ, что римскіе патриціи, сдѣлавшись держателями значительнѣйшей части общественныхъ земель за извѣстную плату, были съ точки

зрѣнія стараго Римскаго права простыми владѣльцами, но потомъ сдѣлались владѣльцами, имѣвшими намѣреніе удержать свою землю за собою противъ всякаго новаго пришельца. Они въ сущности предъявили притязаніе, почти тождественное съ тѣмъ притязаніемъ, которое было въ недавнее время заявлено въ Англіи арендаторами церковныхъ земель. Принимая въ теоріи, что они содержали землю по волѣ государства, они доказывали, что время и ненарушимое пользованіе обратили нанимаемую ими землю въ извѣстнаго рода собственность и что было бы несправедливо согнать ихъ съ цѣлью новаго распредѣленія этихъ земель по участкамъ. Соединеніе подобнаго притязанія съ наймомъ земель патриціями оказало продолжительное вліяніе на значеніе слова: «Владѣніе». Между тѣмъ единственнымъ легальнымъ средствомъ, которымъ могли воспользоваться содержатели земель въ случаѣ, если ихъ выгоняли или имъ грозилъ передѣлъ земли, были особаго рода Интердикты, Interdicta possessoria, сокращенный процессъ Римскаго права, который былъ или нарочно придуманъ преторомъ для защиты ихъ владѣнія или же, согласно другой теоріи, употреблялся для временнаго удержанія владѣній въ ихъ рукахъ, чѣмъ пріостанавливалось рѣшеніе вопроса о законномъ правѣ. Вслѣдъ затѣмъ дѣло было понято такъ, что каждый владѣвшій имуществомъ, какъ своею собственностью имѣлъ право требовать Интердиктовъ и посредствомъ въ высшей степени искусственной исковой системы, индердиктный процессъ принялъ форму, пригодную для веденія тяжбы по различнымъ притязаніямъ на спорное владѣніе. Такимъ образомъ началось движеніе, которое, по замѣчанію Джона Остэна, повторилось до точности въ Англійскомъ правѣ. Владѣльцы domini стали предпочитать простѣйшія формы или скорѣйшій способъ Интердикта медлительнымъ и запутаннымъ формальностямъ Вещнаго Иска и, съ цѣлью воспользоваться владѣльческимъ искомъ, какъ средствомъ, вернулись къ владѣнію, которое предполагалось основывавшемся на ихъ правѣ собственности. Свобода, предоставленная лицамъ,

бывшимъ не фактическими Владѣльцами, а только Собственниками, защищать свои права поссесорскимъ путемъ, хотя и могла вначалѣ оказаться благодѣтельною, но въ концѣ концовъ повела къ серіознымъ недостаткамъ, какъ въ англійской, такъ и въ римской юриспруденціи. Римское право обязано многими своими недостатками тѣмъ тонкостямъ относительно владѣнія, которыя такъ много способствовали его дискредитированію, но Англійское право, — когда усвоенные имъ иски относительно недвижимой собственности дошли до крайней сбивчивости,—избавилось отъ всей этой запутанной массы героическимъ средствомъ. Никто не можетъ сомнѣваться, что дѣйствительное уничтоженіе англійскихъ вещныхъ исковъ, случившееся около тридцати лѣтъ тому назадъ, было общественнымъ благодѣяніемъ, однако лица, дорожившія гармоніей въ правѣ, жалуются на то, что мы вмѣсто того, чтобы очистить, улучшить и упростить настоящіе иски о правѣ собственности, пожертвовали всѣми ими для иска объ изгнаніи владѣльцевъ и, такимъ образомъ, построили всю нашу систему процессовъ о возвращеніи земли на юридической фикціи.

Суды по закону также сильно содѣйствовали формулированію и видоизмѣненію понятій о правѣ собственности проведеніемъ различія между Закономъ и Справедливостью, которое всегда проявляется сначала въ видѣ различія между юрисдикціями. Собственность въ Англіи, основанная на Справедливости, есть просто собственность, подлежащая юрисдикціи Канцлерскаго Суда. Въ Римѣ Преторскій Эдиктъ ввелъ свои новые принципы въ видѣ обѣщанія, что при извѣстныхъ обстоятельствахъ будетъ допускаться особенный искъ или особеннаго рода процессъ; и согласно съ этимъ собственность in bonis или «Справедливая» собственность Римскаго права была собственность, исключительно защищаемая вспомогательными средствами, заключавшимися въ Эдиктѣ. Механизмъ, посредствомъ котораго справедливыя права были ограждены отъ поглощенія притязаніями собственника по закону, былъ нѣсколько отличенъ въ обѣихъ системахъ. Въ Англіи

защита справедливыхъ правъ обезпечивается предписаніемъ Канцлерскаго Суда. Съ другой стороны, такъ какъ Законъ и Справедливость, еще не окончательно соединенные, примѣнялись въ римской системѣ однимъ и тѣмъ же судомъ, то не требовалось ничего подобнаго такому предписанію, и магистратъ избралъ простѣйшій путь, отказавъ собственнику по Гражданскому праву въ тѣхъ искахъ и тяжбахъ, посредствомъ которыхъ онъ только и могъ получить собственность, принадлежавшую по справедливости другому лицу. Но практическое примѣненіе было въ обѣихъ системахъ почти одинаково.

Обѣ эти системы, принимая различіе въ процедурѣ, имѣли возможность обеспечить новымъ формамъ собственности родъ временнаго существованія до тѣхъ поръ, пока эти формы могли быть признаны всѣмъ правомъ въ совокупности. Такимъ путемъ Римскій Преторъ давалъ немедленное право собственности лицу, пріобрѣвшему Res Mancipi посредствомъ простой передачи, не дожидаясь истеченія срока Usucapio. Равнымъ образомъ онъ съ теченіемъ времени призналъ право собственности за кредиторомъ по закладной, который былъ сначала простымъ «хранителемъ» или депозитаріемъ, и за Эмфитевта, или содержателемъ земли, подлежащимъ платежу установленной вѣчной ренты. Слѣдуя параллельной линіи прогресса англійскій Канцлерскій Судъ создалъ родъ спеціальнаго права собственности для должника по закладной, для Cestui que Trust, для замужней женщины, имѣвшей привилегію на особаго рода осѣдлость, и для покупщика, еще не пріобрѣвшаго полнаго легальнаго права собственности. Все это примѣры, въ которыхъ формы права собственности были признаны и удержаны. Но косвеннымъ путемъ Собственность была тысячами способовъ затронута Справедливостью, какъ въ Англіи, такъ и въ Римѣ. Какого бы отдѣла юриспруденціи не коснулись ея творцы могучимъ орудіемъ, имѣвшимся у нихъ подъ рукою, они вездѣ затрогивали и болѣе или менѣе существенно видоизмѣняли законъ о собственности. Если на предъидущихъ страницахъ я говорилъ

объ извѣстныхъ древнихъ юридическихъ различіяхъ и способахъ, оказавшихъ сильное вліяніе на исторію права собственности, то я хотѣлъ сказать, что большую часть ихъ вліянія слѣдуетъ приписать стремленіямъ къ усовершенствованію, которыя были внесены въ умственную атмосферу творцами системы Справедливости.

Описывать вліяніе Справедливости на Право Собственности значило бы писать ея исторію отъ самаго начала до нашихъ дней. Я заговорилъ объ этомъ вліяніи главнымъ образомъ потому, что многіе изъ почтенныхъ современныхъ писателей выражали мнѣніе, что въ римскомъ отдѣленіи Справедливой собственности отъ Легальной заключается нить того различія въ понятіи о Правѣ Собственности, которое повидимому разграничиваетъ средневѣковое право отъ права Римской Имперіи. Главная характеристическая черта феодальнаго понятія заключается въ признаніи двоякаго права собственности: высшаго права собственности сеньора и существующей рядомъ съ нимъ нисшей собственности или помѣстья ленника. Эта двойственность права собственности представляется по мнѣнію нѣкоторыхъ крайне схожею съ обобщенною формою римскаго раздѣленія правъ собственности на Квиритское или легальное и, (употребляя здѣсь слово позднѣйшаго происхожденія), Бонитарное или справедливое. Самъ Гай считаетъ эту двойственность особенностью Римскаго Права, и противопоставляетъ его единому (аллодіальному) праву собственности, къ которому привыкли другіе народы. Правда, Юстиніанъ возстановилъ прежнее единство права собственности, но тогдашніе варвары въ продолженіе многихъ столѣтій руководствовались не Юстиніанскимъ правомъ, а преобразованною по частямъ системою Западной Имперіи. Весьма можетъ быть, что во время своего поселенія на границахъ Имперіи они переняли у Римлянъ это различіе собственности, которое принесло такіе замѣчательные плоды. Въ пользу этой теоріи можетъ служить и то, что во всякомъ случаѣ слѣдуетъ допустить, что элементъ Римскаго права въ

различныхъ системахъ варварскихъ обычаевъ не былъ изслѣдованъ съ точностью. Ошибочныя или недостаточныя теоріи, служившія къ объясненію феодализма, схожи между собою въ своемъ стремленіи отвести вниманіе отъ этого важнаго ингредіента въ его основѣ. Болѣе ранніе изслѣдователи, преимущественно, появившіеся въ Англіи, придавали исключительное значеніе обстоятельствамъ того бурнаго періода, въ продолженіе котораго феодальная система дошла до своей зрѣлости; а въ позднѣйшіе времена къ существующимъ уже ошибкамъ присоединился новый источникъ заблужденій въ той національной гордости, которая побуждала германскихъ писателей преувеличивать законченность соціальнаго зданія, воздвигнутаго ихъ праотцами еще до появленія ихъ въ римскомъ мірѣ. Одинъ или два англійскихъ изслѣдователя, искавшіе основаній феодальной системы тамъ, гдѣ они дѣйствительно могли быть найдены, не пришли однако съ своими изысканіями ни къ какому удовлетворительному результату, отчасти потому, что слишкомъ исключительно искали аналогіи съ компиляціями Юстиніана, или потому, что ограничили свои изысканія тѣми сокращеніями или компендіями Римскаго права, которыя внесены въ видѣ добавленій къ нѣкоторымъ изъ существующихъ сборниковъ варварскихъ законовъ. Но если Римское право и оказало какое нибудь вліяніе на варварскія общества, то важнѣйшая часть этого вліянія совершилась ранѣе Юстиніанова законодательства и составленія означенныхъ компендій. По нашему мнѣнію, не преобразованная и очищенная юриспруденція Юстиніана, а непереработанная система права Западной Имперіи,—которая никогда не была вполнѣ вытѣснена восточнымъ Corpus Juris,—одѣла плотью и мускулами жалкій скелетъ варварскихъ обычаевъ. Слѣдуетъ предположить, что эта перемѣна совершилась гораздо ранѣе того времени, когда германскія племена въ качествѣ завоевателей открыто присвоили себѣ какую нибудь часть римскихъ владѣній, и, слѣдовательно, задолго до того періода, когда германскіе государи приказали написать сокращенныя руководства Римскаго

права для своихъ подданныхъ римскаго происхожденія. Неизбѣжность какой нибудь подобной гипотезы почувствуетъ всякій, кто только можетъ оцѣнить различіе между архаическимъ и развитымъ правомъ. Какъ бы ни были грубы дошедшіе до насъ Leges Barbarorum они не на столько грубы, чтобы предположить въ нихъ чисто варварское происхожденіе; точно также нѣтъ никакого основанія думать, чтобы въ уцѣлѣвшихъ писанныхъ документахъ заключалось болѣе какой нибудь частицы установившихся правилъ, бывшихъ въ ходу у завоевательныхъ племенъ. Если только намъ удастся увѣрить себя, что значительный элементъ извращеннаго Римскаго права уже существовалъ въ варварскихъ системахъ, то мы этимъ до извѣстной степени отстранимъ еще одно важное затрудненіе. Германское право завоевателей и Римское право ихъ подданныхъ не могли бы соединиться, если бы между ними не существовало прежде большаго родства, чѣмъ то, какое обыкновенно существуетъ между развитымъ правомъ и обычаями варварскихъ народовъ. Весьма вѣроятно, что кодексы варваровъ, при всей своей кажущейся архаичности, были только смѣшеніемъ настоящихъ первобытныхъ обычаевъ съ полупонятыми римскими законоположеніями и что только иноземный ингредіентъ могъ приспособить ихъ къ слитію съ римскою юриспруденціей, въ то время уже отступившей до нѣкоторой степени отъ той сравнительной законченности, которую она пріобрѣла при западныхъ императорахъ.

Хотя все это весьма правдоподобно, однако нѣкоторыя соображенія заставляютъ насъ сомнѣваться, чтобы феодальная форма права собственности прямо основывалась на римской двойственности имущественныхъ правъ. Различіе между легальною и «справедливою» собственностью представляется намъ такою тонкостью, которая врядъ ли могла быть доступна варварамъ; кромѣ того это различіе едва ли можетъ быть понято тамъ, гдѣ нѣтъ передъ глазами правильно дѣйствующихъ судовъ по закону. Но главнымъ аргументомъ противъ этой теоріи представляется существованіе въ Римскомъ правѣ

одной формы собственности — правда созданной Справедливостью,—которая доставляетъ гораздо простѣйшее объясненіе перехода отъ одного ряда идей къ другому. Эта форма есть Эмфитевзисъ, отъ которагo часто выводилось происхожденіе средневѣковаго лена, хотя почти безъ всякихъ указаній на то дѣйствительное участіе, какое онъ имѣлъ при внесеніи въ міръ феодальнаго права собственности. Вѣрно то, что Эмфитевзисъ, вѣроятно еще неизвѣстный тогда подъ своимъ греческимъ наименованіемъ, обозначаетъ одну ступень въ ходѣ развитія идей приведшихъ напослѣдокъ къ феодализму. Первое извѣстіе въ римской исторіи о такихъ имѣніяхъ, которые по своей величинѣ не могли обрабатываться Pater familias съ его домачадцами, состоящими изъ сыновей и рабовъ, встрѣчается намъ, когда заходитъ рѣчь о владѣніяхъ римскихъ патриціевъ. Эти крупные владѣльцы вѣроятно не имѣли никакого понятія о какой-нибудь системѣ обработыванія земли свободными арендаторами. Ихъ latifundia, повидимому, вездѣ обработывались толпами рабовъ подъ наблюденіемъ надсмотрщиковъ изъ рабовъ же или изъ вольноотпущенниковъ; единственная организація, введенная въ видѣ опыта, состояла въ раздѣленіи подчиненныхъ рабовъ на малыя группы и опредѣленіи peculium для лучшихъ и вѣрнѣйшихъ рабовъ, которые такимъ образомъ пріобрѣтали интересъ въ производительности своего труда. Эта система однако оказалась особенно невыгодною одному классу землевладѣльцевъ, а именно муниципіямъ. Должностныя лица въ Италіи перемѣнялись съ такою быстротою, которая намъ кажется удивительною въ администраціи самого Рима, такъ что надзоръ надъ значительнымъ поземельнымъ владѣніемъ въ рукахъ итальянской корпораціи долженъ былъ отличаться крайнимъ несовершенствомъ. Согласно съ этимъ мы знаемъ, что муниципіи прибѣгли къ другому способу: онѣ стали отдавать въ наймы agri vectigales, или иначе говоря, отдавать землю на откупъ на вѣчныя времена свободному наемщику за опредѣленную плату и подъ извѣстными условіями. Этому способу послѣдовали и частные

собственники; наемщикъ, котораго отношенія къ хозяину сначала опредѣлялись договоромъ, впослѣдствіи былъ признанъ Преторомъ, какъ имѣющій нѣкоторый родъ собственности, который со временемъ сдѣлался извѣстенъ подъ названіемъ Эмфитевзиса. Съ этого пункта исторія найма земли развѣтвляется на двѣ части. Втеченіе того долгаго періода, относительно котораго наши свѣденія о Римской Имперіи отличаются крайнею неполнотою, толпы рабовъ у знатныхъ римскихъ фамилій были обращены въ coloni, которыхъ происхожденіе и общественное положеніе составляютъ одинъ изъ наименѣе разъясненныхъ вопросовъ во всей исторіи. Можно по догадкамъ полагать, что они образовались отчасти черезъ возвышеніе рабовъ и отчасти черезъ пониженіе значенія свободныхъ фермеровъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ они служатъ доказательствомъ, что богатѣйшіе классы Римской Имперіи начали убѣждаться въ томъ, что цѣнность поземельной собственности возрастаетъ, когда земледѣлецъ получаетъ извѣстный процентъ съ произведеній земли. Мы знаемъ, что этого рода люди прикрѣплялись къ землѣ, но были изъяты отъ многихъ характеристическихъ признаковъ абсолютнаго рабства и что вся ихъ обязанность по отношенію къ хозяину ограничивалась доставкою ему опредѣленной части годоваго сбора. Мы знаемъ затѣмъ, что coloni пережили всѣ соціальные перевороты какъ древняго, такъ и новѣйшаго міра. Хотя они были причислены къ нисшимъ слоямъ въ феодальномъ строѣ, но продолжали отправлять господину тѣ же самыя повинности, какія нѣкогда получалъ отъ нихъ римскій dominus; отъ особаго образовавшагося между ними класса coloni medietarii, которые платили хозяину половину всѣхъ продуктовъ, произошли наемники metayers (мызники и арендаторы), на которыхъ до сихъ поръ лежитъ обработка земли въ большей части южныхъ странъ Европы. Съ другой стороны Эмфетевзисъ, если только мы можемъ такимъ образомъ истолковать намеки на него въ Corpus Juris, сдѣлался любимѣйшимъ и наиболѣе выгоднымъ видомъ собственности; и можно предположить, что тамъ, гдѣ существовали свободные

фермеры, ихъ отношенія къ землѣ регулировались этого рода наймомъ. Преторъ, какъ было сказано, относился къ Эмфитевту, какъ къ настоящему собственнику. Если его выгоняли, ему дозволялось искать возстановленія своихъ правъ посредствомъ Вещнаго Иска, отличительнаго признака права собственности, и онъ имѣлъ защиту отъ всякихъ притязаній хозяина, пока исправно платилъ ежегодную ренту. Но въ то же время нѣтъ основанія думать, чтобы право собственности хозяина, отдавшаго земли на откупъ, прекращалось или оставалось въ бездѣйствіи. Оно поддерживалось правомъ взять обратно землю въ случаѣ неплатежа ренты, правомъ покупки предпотчительно передъ другими въ случаѣ продажи и правомъ извѣстнаго контроля надъ способомъ обработки земли. Слѣдовательно въ Эмфитевзисѣ мы видимъ самый наглядный примѣръ двойственности, характеризующей феодальную собственность, двойственности, которая проще и легче служить предметомъ подражанія, чѣмъ сближеніе легальныхъ и справедливыхъ правъ. Исторія отношеній къ землѣ въ Римѣ не оканчивается однако этимъ пунктомъ. Мы имѣемъ доказательства, что между большими крѣпостями,—которыя были расположены по линіи Рейна и Дуная, и долго защищали предѣлы Имперіи отъ вторженія сосѣднихъ варварскихъ народовъ,—тянулись одна за другою полосы земли, называемыя agri limitrophi, которыми владѣли ветераны римской арміи на условіяхъ Эмфитевзиса. Здѣсь мы также видимъ двойственность права собственности. Римское государство было хозяиномъ земли, а солдаты могли спокойно заниматься обработкою земли, насколько они были готовы явиться по первому востребованію на военную службу, какъ только это оказывалось нужнымъ по состоянію границы. Въ сущности родъ гарнизонной службы, системы крайне схожей съ тою, какая принята для военныхъ поселеній Австро-Турецкой границы, занялъ мѣсто ежегодной ренты, которая была обязательною при обыкновенномъ Эмфитевзисѣ. Повидимому, нельзя сомнѣваться, что этотъ способъ былъ перенятъ варварскими государями, положившими начало феодальному устройству.

Онъ былъ у нихъ передъ глазами въ теченіи нѣсколькихъ столѣтій и при этомъ слѣдуетъ помнить, что многіе изъ ветерановъ, охранявшихъ границу, были сами варварскаго происхожденія и вѣроятно говорили на языкѣ германскихъ племенъ. Близость такъ легко перенимаемаго примѣра не только объясняетъ, откуда франкскіе и ломбардскіе государи заимствовали идею обезпечить себѣ военную службу своихъ подданныхъ раздачей участковъ изъ общественныхъ владѣній, но вѣроятно можетъ служить объясненіемъ непосредственно послѣ того выказавшагося стремленія сдѣлать Бенифиціи наслѣдственными, потому что Эмфитевзисъ, хотя и могъ подойти подъ понятіе самостоятельнаго договора, но несмотря на это, обыкновенно переходилъ къ наслѣдникамъ лица, которое получило его впервые. Правда, что на владѣльцѣ бенифиціи, а впослѣдствіи на получившемъ ленное помѣстье, въ которое преобразовалась бенифиція, лежала такого рода служба, которой вѣроятно не подлежалъ военный поселенецъ, и, которая безъ сомнѣнія не входила въ обязанности эмфитевта. Долгъ уваженія и благодарности къ феодальному владыкѣ, обязательство оказать ему помощь въ одареніи приданымъ его дочери и въ снаряженіи сына, подчиненіе его опекѣ въ малолѣтствѣ и многія тому подобныя условія поземельной зависимости вѣроятно были буквально заимствованы изъ отношеній патрона и вольноотпущенника по Римскому праву или, иначе говоря, изъ отношеній бывшаго господина и бывшаго слуги. Но затѣмъ извѣстно, что первые владѣльцы бенефицій были личными сотоварищами государя, и безспорно, что это положеніе, какъ оно ни кажется блестящимъ съ самаго начала, отличалось нѣкоторымъ оттѣнкомъ рабскаго униженія. Лицо, прислуживавшее государю при его дворѣ, должно было до извѣстной степени отказаться отъ той безусловной личной свободы, которая была одна изъ высшихъ привилегій аллодіальнаго собственника.

ГЛАВА IX.

Перво начальная исторія Договора.

Изъ всѣхъ общихъ положеній, касающихся нашего современнаго общественнаго устройства, ни одно не принимается съ большею готовностью, какъ то, что наше общество отличается отъ общественнаго устройства предшествовавшихъ поколѣній расширеніемъ сферы Договора. Нѣкоторыя изъ явленій, на которыхъ основывается это предположеніе, нерѣдко выбирались темой для изслѣдованій, объясненій и похвалъ. Едва ли въ наше время отыщется такой ненаблюдательный человѣкъ, который бы не замѣтилъ, что въ тѣхъ неисчислимыхъ случаяхъ, гдѣ древнее право опредѣляло соціальное положеніе человѣка при самомъ его рожденіи и на всю жизнь,— новѣйшее право, напротивъ того, предоставляетъ ему самому создавать это положеніе подъ извѣстными условіями, и немногія исключенія изъ этого правила, служатъ постоянно предметомъ горячаго порицанія. Главное положеніе, къ которому сводились всѣ энергическія пререканія по вопросу о рабствѣ негровъ, состояло въ томъ: былъ ли этотъ status раба принадлежностью отжившихъ институтовъ, или это было отношеніе между хозяиномъ и работникомъ, сооотвѣтствующее новѣйшимъ понятіямъ о нравственности, отношеніе, которое исключительно опредѣлялось Договоромъ. Признаніе такого различія между прошедшими вѣками и настоящимъ составляетъ сущность

знаменитѣйшихъ современныхъ теорій. Не подлежитъ сомнѣнію, что наука Политической Экономіи, — единственный отдѣлъ изслѣдованія въ области этики, въ которомъ были сдѣланы значительные успѣхи въ наше время, — несоотвѣтствовала бы дѣйствительной жизни, еслибы Обязательный Законъ не былъ отвергнутъ въ большей части той области, которую онъ нѣкогда занималъ, и людямъ не было бы предоставлено самимъ установлять порядокъ своей жизни съ тою свободою, какая была немыслима до послѣдняго времени. Большая часть людей, посвятившихъ себя Политической Экономіи, проникнуты тѣмъ убѣжденіемъ, что основныя истины ихъ науки должны получить всеобщее примѣненіе, и поэтому всѣ ихъ усилія направлены къ тому, чтобы, съузивъ сферу Обязательнаго Закона, расширить область дѣйствія Договора, причемъ дѣйствіе Обязательнаго Закона допускается лишь настолько, насколько оно оказывается необходимымъ для исполненія Договора. Толчокъ данный мыслителями, находившимися подъ вліяніемъ такихъ идей, становится весьма замѣтнымъ въ западномъ мірѣ. Законодательство почти признало свою неспособность идти паралельно съ дѣятельностью человѣка въ области открытій, изобрѣтеній и распоряженія накоплявшимися богатствами, и даже въ наименѣе прогрессивныхъ обществахъ законъ все болѣе и болѣе становится только наружною оболочкою, подъ которою кроется безпрестанно измѣняющаяся масса договорныхъ правилъ, съ которыми онъ изрѣдка приходитъ въ столкновеніе, и только для того, чтобы принудить ихъ сообразоваться съ немногими основными принципами, или же, когда къ нему обращаются для того, чтобы наказать за нарушеніе довѣрія.

Соціальные вопросы, насколько они связаны съ изслѣдованіемъ правовыхъ явленій, находятся въ такихъ невыгодныхъ условіяхъ, что нѣтъ ничего удивительнаго, если мы не найдемъ истинъ, сюда относящихся, въ числѣ общихъ популярныхъ понятій о прогрессѣ общества. Эти общія положенія создаются болѣе подъ вліяніемъ нашихъ предразсудковъ, чѣмъ

нашихъ убѣжденій. Въ большинствѣ людей замѣтно сильное нежеланіе признать ту истину, что нравственность идетъ впередъ, особенно тамъ, гдѣ дѣло идетъ о нравственныхъ свойствахъ, которыми держится Договоръ; многіе изъ насъ питаютъ чуть ли не инстинктивное отвращеніе къ мысли, что въ нашихъ современникахъ гораздо шире господствуютъ честность и довѣріе, чѣмъ встарину или что въ современныхъ нравахъ есть та же неподкупность, какая была въ древнемъ мірѣ. Время отъ времени предубѣжденіе это значительно усиливается зрѣлищемъ обмановъ, неслыханныхъ въ былыя времена, которые настолько же возбуждаютъ удивленіе своею сложностью, какъ и поражаютъ своею преступностью. Но самый характеръ этого рода обмановъ ясно указываетъ, что прежде, чѣмъ они стали возможными, нравственныя обязательства, которыхъ они являются нарушеніемъ, должны были получить еще болѣе высокое развитіе. Довѣріемъ пользуются и заслуживаютъ его многіе, но оно же доставляетъ легкую возможность нѣкоторымъ людямъ злоупотреблять этимъ довѣріемъ; такъ что, если встрѣчаются колоссальные примѣры нечестности, то нельзя вывести изъ этого болѣе вѣрнаго заключенія, какъ то, что въ среднемъ числѣ сдѣлокъ господствустъ честность, но что при особенныхъ обстоятельствахъ сдѣлки эти могутъ дать удобный случай для преступной дѣятельности. Если мы, разбирая исторію нравственности, будемъ слѣдить только за тѣмъ, какъ она отразилась въ юриспруденціи, обращая болѣе вниманія на законы о Преступленіи, чѣмъ на законы о Договорѣ, то мы должны стараться понимать ихъ въ настоящемъ значеніи. Единственная форма безчестныхъ поступковъ, о которыхъ говорится въ древнемъ Римскомъ правѣ, есть Воровство. Въ настоящее время послѣдняя глава въ англійскомъ Уголовномъ правѣ опредѣляетъ наказаніе лицъ, обманувшихъ довѣріе. Изъ этого нельзя выводить прямаго заключенія, чтобы первобытные римляне были на практикѣ нравственнѣе насъ. Скорѣе можно сказать, что въ промежутокъ между ихъ временемъ и нашимъ, нравственность подвинулась впередъ въ томъ смыслѣ, что она

перешла отъ грубыхъ понятій къ болѣе утонченнымъ, отъ взгляда на право собственности, какъ на нѣчто исключительно священное къ такому взгляду, что это право, развиваясь изъ факта непосредственнаго довѣрія, должно пользоваться защитой уголовнаго закона.

Законченныя теоріи юристовъ едва ли бываютъ ближе къ истинѣ въ этомъ отношеніи, чѣмъ мнѣніе массы. Начиная со взглядовъ римскихъ юристовъ, мы находимъ ихъ несообразными съ дѣйствительною исторіею прогресса въ области нравственности и права. Одинъ разрядъ договоровъ,—которыхъ единственнымъ матеріальнымъ ингредіентомъ была, представленная въ видѣ залога, честность договаривающихся сторонъ,—обозначался у Римлянъ спеціальнымъ названіемъ Договоровъ *juris gentium* и хотя эти договоры были безъ сомнѣнія внесены въ систему Римскаго права уже въ позднѣйшее время, но самое ихъ названіе, (если только изъ этого можно выводить рѣшительное заключеніе), заставляетъ предполагать, что эти договоры были древнѣе многихъ другихъ формъ обязательствъ, какія излагаются въ Римскомъ правѣ, и въ которыхъ несоблюденіе какой-нибудь чисто технической формальности болѣе вредило дѣлу, чѣмъ всякое недоразумѣніе или обманъ. Но древность, къ которой относились всѣ эти договоры была неопредѣлена, неясна и могла быть понимаема только по сравненію съ настоящимъ временемъ; а между тѣмъ только тогда, когда понятія римскихъ юристовъ сдѣлались понятіями такого вѣка, въ которомъ уже былъ потерянъ ключъ къ пониманію міросозерцаня древнихъ римлянъ, только тогда «Договоръ Права Народовъ» началъ приниматься за договоръ будто бы извѣстный человѣку въ его первобытномъ естественномъ состояніи. Руссо усвоилъ разомъ и ошибку юристовъ и ошибку публики. Въ своемъ разсужденіи о вліяніи Искусства и Науки на Нравственность, первомъ изъ его твореній, обратившемъ на него вниманіе, онъ открыто высказываетъ мнѣнія, сдѣлавшія его основателемъ особой школы, и многократно ссылается на правдивость и честность, приписываемыя древнимъ персамъ

какъ на черты первобытнаго состоянія невинности постепенно уничтоженныя цивилизаціей; въ болѣе же поздній періодъ своей жизни онъ нашелъ основаніе для всѣхъ своихъ умозрѣній въ ученіи о первобытномъ Соціальномъ Договорѣ. Соціальный Договоръ, разсмотрѣніемъ котораго мы займемся, есть самая систематическая форма изъ тѣхъ, въ какую облекалось когда-либо ошибочное воззрѣніе.

Это есть та теорія, которая хотя и получила свое значеніе въ борьбѣ политическихъ страстей, но главнымъ образомъ заимствовала свои живительные соки изъ умозрѣній юристовъ. Извѣстно, что знаменитые англійскіе мыслители, которые первые увлеклись этой теоріей придавали ей цѣнность, главнымъ образомъ по ея примѣнимости въ области политики, но какъ я постараюсь объяснить, они бы никогда не пришли къ этому, если бы политики давно уже не зашли въ своихъ состязаніяхъ въ область юридической фразеологіи. Англійскіе творцы этой теоріи не были слѣпы по отношенію къ той умозрительной полнотѣ, которая придавала ей такую цѣну у французовъ, перенявшихъ ее отъ нихъ. Ихъ сочиненія указываютъ, что они предвидѣли, что теорія эта будетъ примѣнена къ объясненію всѣхъ соціальныхъ и всѣхъ политическихъ явленій. Они замѣтили тотъ фактъ, уже обращавшій на себя вниманіе въ ихъ время, что изъ всѣхъ положительныхъ правилъ, которымъ повинуются люди, большая часть создана Договоромъ, а самая меньшая Обязательнымъ Закономъ. Но они не знали или не хотѣли знать историческаго отношенія этихъ двухъ существенныхъ частей права. На основаніи этого можно предположить, что они придумали свою теорію о происхожденіи всей юриспруденціи изъ единаго источника столько же съ цѣлью поддержать умозрительное направленіе, стремившееся дать всей юриспруденціи однообразный источникъ, сколько и съ цѣлью устранить ученіе о божественномъ происхожденіи Обязательнаго Закона. При другой ступени умственнаго развитія они бы довольствовались тѣмъ, что построили бы свою теорію въ видѣ остроумной гипотезы

или удобной словесной формулы. Но ихъ вѣкъ былъ вѣкомъ господства юридическихъ предразсудковъ. Естественное состояніе человѣка было предметомъ толковъ до тѣхъ поръ, пока перестало казаться парадоксальнымъ и тогда легко было придать дѣйствительность и опредѣлительность воображаемому происхожденію права отъ договора, выставляя Соціальный Договоръ какъ несомнѣнный историческій фактъ.

Наше поколѣніе освободилось отъ этихъ ошибочныхъ юридическихъ теорій отчасти потому, что переросло тотъ умственный уровень, которому они принадлежали, а съ другой стороны оттого, что почти вовсе перестало создавать теоріи о такихъ предметахъ. Въ наше время любимымъ занятіемъ дѣятельныхъ умовъ, единственнымъ, которое заняло мѣсто умозрѣній нашихъ праотцевъ о происхожденіи общественной жизни, сдѣлался анализъ общества въ томъ видѣ, въ какомъ оно существуетъ и движется передъ нашими глазами; но этотъ анализъ вслѣдствіе того, что устраняется помощь исторіи слишкомъ часто перерождается въ пустое любопытство и дѣлаетъ наблюдателя неспособнымъ уразумѣть состояніе общества, если оно значительно рознится отъ того, къ которому онъ привыкъ. Судить людей другихъ временъ по нравственнымъ понятіямъ нашего времени есть такая же ошибка, какъ предполагать, что каждое колесо или винтъ въ нашей общественной машинѣ имѣетъ свое соотвѣтствіе въ первичныхъ обществахъ. Такія понятія идутъ далеко въ своемъ развитіи и очень искусно маскируются внѣдряясь, въ историческія книги, написанныя по новѣйшему способу; но я вижу ихъ присутствіе въ области юриспруденціи въ тѣхъ похвалахъ, которыя часто расточаются апологіи Монтескьё, относящейся къ троглодитамъ, которая помѣщена въ его Lettres Persanes. Троглодиты были народъ, систематически нарушавшій свои Договоры и черезъ это окончательно погибшій. Если этотъ разсказъ заключаетъ въ себѣ мораль, которую имѣлъ въ виду авторъ, и служитъ только для изложенія антисоціальнаго направленія, угрожавшаго настоящему и прошедшему столѣтіямъ, то мы

ничего не можемъ сказать противъ него; но если дѣлать изъ этого такой выводъ, что древнее общество не могло держаться, не признавая святости обѣщаній и свободы сдѣлокъ, что почти равносильно тому значенію, какое оказываетъ имъ зрѣлая цивилизація, то мы впадемъ въ ошибку столь же важную, какъ и вредную для всякаго здраваго пониманія исторіи права. Дѣло въ томъ, что троглодиты процвѣтали и основали могущественныя государства, очень мало обращая вниманія на обязательства по Договору. Особенность, которую прежде всего слѣдуетъ замѣтить въ строѣ первобытныхъ обществъ есть та, что каждый человѣкъ въ отдѣльности мало создавалъ себѣ правъ и обязанностей или даже вовсе не создавалъ ихъ. Правила, которымъ онъ повиновался, истекали прежде всего изъ того положенія, въ которомъ онъ родился, а затѣмъ изъ тѣхъ обязательныхъ повелѣній, какія давалъ ему глава семьи, которой онъ былъ членомъ. Такая система оставляла слишкомъ мало простора для Договора. Члены одной и той же семьи, (насколько мы можемъ понять изъ дошедшихъ до насъ свидѣтельствъ), были лишены правоспособности заключать между собою договоры и семья имѣла право не обращать вниманія на тѣ обязательства, которыми одинъ изъ членовъ ея покусился бы связать ее. Правда, семья могла договариваться съ другою семьею, глава съ главою, но эти договорныя отношенія носятъ одинъ и тотъ же характеръ и были загромождены такимъ же множествомъ формальностей, какъ и отчужденіе собственности, при чемъ упущеніе какой нибудь іоты въ заключеніи обязательства уничтожало его силу. Положительный долгъ, вытекающій изъ довѣрія одного человѣка къ слову другого, принадлежитъ къ числу самыхъ медленныхъ побѣдъ въ прогрессѣ цивилизаціи.

Ни древніе законы и никакой другой источникъ не сообщаютъ намъ свѣденій о такомъ обществѣ, которое было бы вполнѣ чуждо понятія о Договорѣ. Но это понятіе, когда мы впервые встрѣчаемъ его, является намъ въ самомъ первичномъ видѣ. Всѣ наиболѣе достовѣрныя древнія извѣстія

даютъ намъ понять, что умъ человѣческій въ тѣ времена еще очень мало привыкъ давать ту цѣну обѣщанію, какую мы ему придаемъ, и мы видимъ, что случаи самаго вопіющаго вѣроломства часто приводятся не только безъ порицанія, но даже съ похвалой. Такъ, напримѣръ, въ гомерической литературѣ ловкое плутовство Одиссея является добродѣтелью наравнѣ съ благоразуміемъ Нестора, мужествомъ Гектора и доблестью Ахиллеса. Древнее право еще нагляднѣе представляетъ различіе, отдѣляющее грубую форму Договора отъ болѣе зрѣлой. Во-первыхъ, въ немъ не встрѣчается ничего похожаго на вмѣшательство закона съ цѣлью принудить къ исполненію обѣщанія. Законъ ограждаетъ своей санкціей не само обѣщаніе, а обѣщаніе сопровождаемое торжественнымъ церемоніаломъ. Формальности имѣютъ не только равное значеніе съ самимъ обѣщаніемъ, но пожалуй даже большее, потому что тотъ тонкій анализъ, который развитая юриспруденція прилагаетъ къ психическому состоянію, при которомъ происходитъ словесное соглашеніе лицъ, въ древнемъ правѣ переносится на слова и тѣлодвиженія, сопровождавшія заключеніе обязательства. Никакое обязательство не утверждалось, если была упущена какая нибудь малѣйшая формальность или выполнена не на своемъ мѣстѣ; но съ другой стороны если оказывалось, что всѣ эти формальности соблюдены съ точностью, то уже было безполезно предъявлять искъ о томъ, что обѣщаніе было вынуждено или получено посредствомъ обмана. Переходъ этого древняго воззрѣнія къ болѣе близкому намъ понятію о Договорѣ явно видѣнъ въ исторіи права. Сначала изъ церемоніала были выпущены одна или двѣ формальности, затѣмъ остальныя были упрощены или даже при извѣстныхъ условіяхъ дозволялось совершенно опускать ихъ и наконецъ нѣкоторые спеціальные виды договоровъ были отдѣлены отъ остальныхъ и могли получать законную силу безъ всякихъ формальностей; эти избранные виды договоровъ были именно тѣ, отъ которыхъ зависѣли дѣятельность и сила общественныхъ сношеній. Мало по малу, но замѣтно, внутренняя сторона обя-

зательства сама собою выдѣлилась изъ техническихъ подробностей и постепенно сдѣлалась единственнымъ ингредіентомъ, на которомъ сосредоточивалось вниманіе юрисконсульта. Такого рода внутреннее обязательство, выраженное внѣшними дѣйствіями римляне называли Pactum или Соглашеніемъ (Conventio); и когда на соглашеніе стали смотрѣть, какъ на сущность Договора, то скоро явилось стремленіе прогрессивнаго законодательства освободиться отъ внѣшней оболочки формальностей и обрядности. Съ этого времени формальности удерживались настолько, насколько онѣ служили ручательствомъ въ подлинности обязательства и порукой въ осторожности и обдуманности при заключеніи обязательства. Идея Договора является тутъ въ полномъ развитіи, или, выражаясь фразою римлянъ, Pacta поглотили Contractus.

Исторія этой перемѣны въ Римскомъ правѣ въ высшей степени поучительна. При самомъ началѣ развитія юриспруденціи употребительный терминъ для обозначенія Договора былъ тотъ, который близко знакомъ всякому изучавшему исторію латинскаго міра. Этотъ терминъ былъ *nexum*, и стороны, участвовавшія въ договорѣ, назывались *nexi*; выраженія эти заслуживаютъ особеннаго вниманія по причинѣ особенной устойчивости метафоры, на которой они основывались. Понятіе, что лица, заключающія договорное обязательство, связаны между собою какъ бы крѣпкими *узами*, продолжало до конца вліять на римское ученіе о Договорѣ и отсюда смѣшалось съ новѣйшими идеями. Что же собственно разумѣлось подъ этимъ *nexum?* Опредѣленіе, сдѣланное однимъ изъ знатоковъ латинскихъ древностей, опредѣляетъ nexum — *omne quod geritur per aes et libram* «всякая сдѣлка при посредствѣ мѣди и вѣсовъ»; слова эти произвели не мало хлопотъ въ юридическомъ мірѣ. Мѣдь и вѣсы были, какъ извѣстно, принадлежностью Манципаціи древняго обряда, описаннаго въ предыдущей главѣ,—посредствомъ котораго право высшей формы римской собственности передавалось отъ одного лица другому. Манципація была способомъ *передачи* собственности и от-

сюда возникло затрудненіе отъ вышеупомянутаго опредѣленія *nexum*, такъ какъ оно повидимому смѣшивало Договоры и Передачу: понятія, которыя въ философіи права не только различаются, но и противуполагаются одно другому. Jus in re, право in rem, «вещное право», имѣющее силу по отношенію ко всѣмъ людямъ или Право Собственника рѣзко отличается у изслѣдователей зрѣлой юриспруденціи отъ jus ad rem или права in personam права дѣйствительнаго по отношенію къ одной личности или группѣ людей, иначе обязательства. Посредствомъ Передачи передаются права Собственности, Договоры же создаютъ Обязательства; — слѣдовательно, какимъ образомъ и то и другое могло называться однимъ именемъ и подходить подъ одно и тоже общее понятіе? Это подобно многимъ другимъ недоразумѣніямъ такого же рода было слѣдствіемъ той ошибки, что несложившемуся обществу приписывалась способность, которая преимущественно принадлежитъ болѣе передовой ступени интелектуальнаго развитія, а именно способность различать въ теоріи тѣ идеи, которыя смѣшиваются на практикѣ. У насъ имѣется достаточно указаній, чтобы не впасть въ ошибку относительно такого состоянія общественной жизни, при которомъ Передача и Договоры фактически смѣшивались между собою; и мы должны признать, что разность понятій не могла проявиться прежде, чѣмъ люди не начали усвоивать на практикѣ различіе между заключеніемъ договора и передачею.

Здѣсь слѣдуетъ замѣтить, что наши свѣденія о древнемъ Римскомъ правѣ достаточны, чтобы дать намъ нѣкоторое понятіе о преобразованіи, какое послѣдовало въ юридическихъ понятіяхъ и юридической фразеологіи въ періодъ дѣтства юриспруденціи. Перемѣна, которой они подверглись, была, повидимому, переходомъ отъ общаго къ спеціальному, или, выражаясь другими словами, старинныя понятія и старинные термины подвергались процессу постепенной спеціализаціи. Древнее юридическое понятіе соотвѣтствовало не одному, а нѣсколькимъ новѣйшимъ понятіямъ. Древнее техническое вы-

раженіе служило для обозначенія различнаго рода предметовъ, на долю которыхъ въ новѣйшемъ правѣ выпали особыя названія.

Но если мы перейдемъ затѣмъ на ближайшую ступень въ исторіи развитія юриспруденціи, то увидимъ что подчиненныя понятія начинаютъ постепенно выдаваться и старыя общія названія уступаютъ мѣсто спеціальнымъ названіямъ. Старинное общее понятіе не исчезаетъ, но оно уже заключаетъ въ себѣ только одно или немногія изъ тѣхъ понятій, какія прежде въ него входили. Равнымъ образомъ старинное техническое названіе, хотя и оставалось, но оно служило для исполненія только одной изъ тѣхъ функцій, какія оно исполняло прежде. Мы можемъ привести для примѣра нѣсколько подобныхъ явленій. Въ былыя времена Патріархальная Власть всякаго рода, какъ кажется, вездѣ считалась тождественною въ своемъ характерѣ и безъ сомнѣнія обозначалась однимъ именемъ. Власть, которою облеченъ былъ праотецъ, была одна и та же, относилась ли она къ семьѣ или къ матеріальной собственности, къ стадамъ, табунамъ или къ дѣтямъ и женѣ. Мы не знаемъ въ точности древняго римскаго наименованія патріархальной власти, но есть большое основаніе предполагать, что изъ числа выраженій, означавшихъ оттѣнки понятія о *власти*, въ которыя входило слово *manus*, древнѣйшій общій терминъ былъ manus. Но, лишь только Римское право нѣсколько подвинулось впередъ, какъ названіе, такъ и самая идея начали специализироваться. Власть различалась какъ по слову, такъ и въ понятіи, сообразно съ предметомъ, на который она простиралась. Власть надъ матеріальнымъ имуществомъ или рабами стала называться *dominium*;—надъ дѣтьми *Potestas*;—надъ свободными лицами, которыхъ услуги были переданы другому лицу ихъ собственнымъ родителемъ mancipium;—власть надъ женою все еще называется *manus*. Старинное слово, какъ можно видѣть изъ этого примѣра, не вполнѣ вышло изъ употребленія, но стало исключительно относиться къ спеціальному виду власти, обозначеніемъ кото-

рой оно служило первоначально. Этотъ примѣръ даетъ намъ возможность понять сущность исторической связи между Договоромъ и Передачей. Первоначально былъ, повидимому, одинъ только торжественный церемоніалъ для всякаго рода торжественныхъ сдѣлокъ и какъ кажется назывался въ Римѣ *nexum*. Тѣ же самыя формы, которыя употреблялись при Передачѣ собственности служили и для заключенія договора. Идя далѣе впередъ, мы очень скоро достигаемъ того періода, гдѣ понятіе Договора само собою вѣдѣлилось отъ понятія передачи. Такимъ образомъ произошла двоякая перемѣна. Всякая юридическая сдѣлка при посредствѣ «мѣди и вѣсовъ», когда она относилась къ передачѣ собственности, получила новое и спеціальное названіе «Манципація». Древній Nexum хотя и продолжалъ означать все тотъ же обрядъ, но только относительно тѣхъ случаевъ, когда обрядъ этотъ употреблялся съ спеціальною цѣлью придать торжественность договору.

Когда говорятъ, что два или три юридическія понятія въ древности сливались въ одно, то это не значитъ, чтобъ одно изъ этихъ совмѣстныхъ понятій не могло быть старѣе другихъ или, что въ то время, когда эти другія слагались, оно не могло господствовать надъ ними или имѣть преимущество. Причина, почему одно какое-нибудь юридическое понятіе продолжало такъ долго обозначать различныя понятія и вмѣсто различныхъ фразъ употреблялась одна техническая фраза есть, безъ сомнѣнія, та, что въ правѣ первобытныхъ обществъ перемѣны на практикѣ совершались гораздо раньше, чѣмъ являлся случай ихъ замѣтить и дать имъ названіе. Хотя я сказалъ, что вначалѣ Патріархальная Власть не различалась по предметамъ, на которые она простиралась, но я убѣжденъ, что власть надъ дѣтьми была корнемъ стариннаго понятія о власти и что древнѣйшее употребленіе *nexum* единственнаго способа, который уважался тѣми, которые прибѣгали къ нему, имѣло цѣлью придать надлежащую торжественность отчужденію собственности. Весьма вѣроятно, что едва-замѣтное отклоненіе Nexum отъ его первоначальныхъ функцій въ

началѣ послужило поводомъ къ употребленію его въ договорахъ и что самая незначительность перемѣны долгое время мѣшала оцѣнить или замѣтить ее. Старинное названіе оставалось потому, что люди не сознавали еще необходимости новаго; старинное понятіе удерживалось въ умахъ потому, что еще никто не видѣлъ причины задать себѣ трудъ изслѣдовать его. Процессъ этотъ ясно видѣнъ въ исторіи Завѣщанія. Духовная была въ началѣ простою передачею Собственности. Только громадное различіе, которое постепенно образовалось на практикѣ между этого рода передачею и всѣми другими, заставило наконецъ считать ее чѣмъ-то отдѣльнымъ, но и при этихъ условіяхъ протекли цѣлыя столѣтія прежде, чѣмъ исправители законовъ устранили безцѣльныя затрудненія, представляемыя манципаціей, которая существовала болѣе по имени, и условились относительно Духовной, обращать вниманіе только на выраженіе воли Завѣщателя. Къ сожалѣнію мы не можемъ прослѣдить древнюю исторію Договора съ такою же достовѣрностью какъ исторію Завѣщанія, но все-таки мы имѣемъ нѣкоторыя свѣдѣнія о томъ, что договоры, въ началѣ заключавшіеся посредствомъ nexum, получили новое примѣненіе и были признаны особаго рода сдѣлками, благодаря важнымъ практическимъ послѣдствіямъ, къ которымъ привелъ опытъ. До насъ дошло слѣдующее, хотя и основанное на догадкахъ изображеніе этого процесса. Прежде всего мы должны представить себѣ продажу за наличныя деньги нормальнымъ типомъ Nexum. Продавецъ являлся съ собственностью, которую имѣлъ намѣреніе отчудить—напримѣръ раба—покупщикъ присутствовалъ тутъ же съ грубыми слитками мѣди, замѣнявшими тогда монету, а неизбѣжный ассистентъ libripens (вѣсодержатель) являлся съ вѣсами. Рабъ передавался съ извѣстными установленными формальностями изъ рукъ въ руки покупщику; libripens вѣсилъ мѣдь и передавалъ продавцу. Пока дѣло велось, оно было *nexum*, а участвовавшіе въ немъ стороны назывались *nexi*; но съ той минуты какъ дѣло завершалось nexum оканчивался, продавецъ и покуп-

щикъ переставали носить названіе, проистекавшее изъ ихъ временныхъ отношеній. Но перейдемъ теперь къ другому моменту въ ходѣ коммерческихъ отношеній. Предположимъ, что рабъ сданъ, а деньги не заплачены. Въ такомъ случаѣ *nexum* окончился по отношенію къ продавцу; какъ только онъ передалъ съ рукъ на руки свою собственность, онъ уже болѣе не *nexus*, но относительно покупателя *nexum* продолжается. Сдѣлка, насколько она касается послѣдняго, неокончена и онъ все еще считается nexus. Отсюда вытекаетъ, что одинъ и тотъ же терминъ означалъ и способъ передачи права собственности и личное обязательство должника относительно невыплаченныхъ денегъ за покупку. Мы можемъ идти еще далѣе и представить себѣ чисто формальную процедуру, при которой *ничто* не передается и *ничто* не оплачивается; мы перейдемъ къ сдѣлкѣ, указывающей на болѣе высокую степень развитія коммерческой дѣятельности, а именно: къ *Договору Купли-продажи, подлежащему исполненію.*

Если справедливо, что съ популярной, какъ съ профессіональной точки зрѣнія на *Договоръ* долго смотрѣли какъ на *неполную Передачу*, то истина эта имѣетъ для насъ значеніе по многимъ причинамъ. Теоріи прошлаго столѣтія, объ естественномъ состояніи человѣка довольно рельефно выражены немногими словами въ доктринѣ, что собственность первобытнаго общества была «ничто», а обязательство «все»; мы же постараемся показать, что еслибы этому положенію придать обратный смыслъ, то оно было бы ближе къ дѣйствительности. Съ другой стороны если мы будемъ разсматривать вопросъ исторически, то первобытная связь Передачи съ Договоромъ можетъ служить къ объясненію того факта, который до извѣстной степени поражаетъ ученаго юриста своею загадочностью; я разумѣю чрезмѣрную и постоянную жестокость древнихъ законовъ къ *должнику* и странное полномочіе, какое они предоставляли *кредитору*. Если мы допустимъ, что nexum былъ искуственно продленъ, чтобы дать бо́льшее время должнику для уплаты, то мы лучше поймемъ его положеніе въ гла-

захъ публики и закона. Его несостоятельность безъ сомнѣнія признавалась аномаліей, а задержка въ платежѣ вообще считалась хитростью и отступленіемъ отъ строгаго правила. Лицо, которое надлежащимъ образомъ исполнило свою обязанность, въ этомъ дѣлѣ пользовалось напротивъ того особою благосклонностью и ничто не могло казаться болѣе естественнымъ, какъ доставить ему легчайшій способъ принудить другое лицо къ исполненію процедуры, которая по существующимъ строгимъ правиламъ не могла быть замедлена или отсрочена.

Nexum, въ началѣ означавшій только Передачу собственности, сталъ незамѣтно означать и Договоръ, а наконецъ связь между этимъ словомъ и понятіемъ о Договорѣ стала до того постоянною, что для обозначенія настоящаго nexum или сдѣлки, въ которой собственность была передаваема въ дѣйствительности, началъ употребляться спеціальный терминъ Mancipium или Манципація. Слѣдовательно Договоръ былъ отдѣленъ отъ Передачи и первая ступень въ ихъ исторіи уже была перейдена; но они еще довольно далеки отъ того момента своего развитія, когда обѣщаніе контрагента получаетъ большую святость, чѣмъ тѣ формальности, съ которыми оно связывалось. Намѣреваясь показать характеръ перемѣнъ, происшедшихъ въ этотъ промежутокъ времени, необходимо коснуться предмета лежащаго собственно за предѣлами настоящаго сочиненія, а именно анализа Соглашенія введеннаго римскими юрисконсультами. Объ этомъ анализѣ, самомъ прекрасномъ памятникѣ ихъ мудрости я ничего не могу сказать кромѣ того, что онъ основанъ на теоретическомъ отдѣленіи Обязательства отъ Соглашенія и Pactum. Бентамъ и Остэнъ полагали, что договоръ состоитъ изъ двухъ существенныхъ частей: во-первыхъ, заявленія обѣщающей стороны о своемъ намѣреніи совершить тѣ дѣйствія или соблюсти тѣ ограниченія, о которыхъ идетъ рѣчь; во-вторыхъ, заявленія того лица, которому дается обѣщаніе, что оно ожидаетъ отъ обѣщающей стороны исполненія даннаго обѣщанія. Это въ сущности тождественно съ ученіемъ римскихъ юрис-

товъ, но съ ихъ точки зрѣнія результатомъ этихъ «заявленій», былъ не Договоръ, а Соглашеніе или Pactum. Pactum былъ крайнимъ продуктомъ Соглашенія отдѣльныхъ лицъ между собою и онъ вскорѣ явственно отличается отъ Договора. Окончательное обращеніе Pactum въ Договоръ зависѣло, главнымъ образомъ, отъ того присоединялъ ли къ нему законъ какое-нибудь Обязательство или нѣтъ. Договоръ былъ Pactum или Соглашеніе съ присоединеніемъ къ нему Обязательства. До тѣхъ поръ, пока Pactum не былъ облеченъ Обязательствомъ онъ назывался «голымъ» или простымъ (nudum).

Что же такое было Обязательство? Римскіе юристы опредѣляютъ его слѣдующимъ образомъ: «Juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei». Это опредѣленіе связываетъ Обязательство съ Nexum общею метафорою, на которой они основаны, и показываетъ намъ, какъ нельзя яснѣе, происхожденіе особеннаго понятія. Обязательство есть «связь» или «узы», которыми законъ связываетъ вмѣстѣ лица или группы лицъ, вслѣдствіе извѣстныхъ добровольныхъ дѣйствій. Эти дѣйствія, влекущія за собою Обязательство, главнымъ образомъ, перечислены въ главахъ: о Договорѣ и Деликтѣ, но множество другихъ дѣйствій, имѣвшихъ то же послѣдствіе не могутъ быть подведены подъ точную классификацію. Надобно замѣтить однако, что Pactum не влечетъ за собою Обязательства вслѣдствіе нравственной необходимости, но Обязательство присоединяется къ нему закономъ; это пунктъ, на который слѣдуетъ обратить особенное вниманіе, потому что нѣкоторые изъ новѣйшихъ цивилистовъ проводятъ относительно этого совершенно иную доктрину съ цѣлью поддержать ихъ собственныя, нравственныя и метафизическія понятія. Представленіемъ о vinculum juris оттѣнены и проникнуты всѣ части Римскаго права, тамъ гдѣ оно касается Договора или Деликта. Законъ связываетъ обѣ договаривающіяся стороны и связь эта можетъ быть разорвана процессомъ, называемымъ solutio — выраженіе фигуральное, которому въ из-

вѣстныхъ только случаяхъ можетъ подойти наше слово «платежъ». Постоянство, съ которымъ употреблялся этотъ фигуральный образъ, объясняетъ намъ другую не менѣе замѣчательную особенность римской юридической фразеологіи; дѣло въ томъ, что Обязательство означаетъ разомъ, и права, и обязанности: какъ напримѣръ, право получить долгъ и обязанность платить его. Римляне въ дѣйствительности представляли себѣ связь, установляемую закономъ во всей ея полнотѣ и придавали одинаковое значеніе, какъ началу ея такъ и концу.

Въ развитомъ Римскомъ правѣ лишь только составлялось Соглашеніе, оно почти всегда сопровождалось Обязательствомъ и такимъ образомъ дѣлалось Договоромъ; къ этому результату конечно и стремилось право. Но, сообразно съ цѣлями настоящаго изслѣдованія, мы должны обратить особенное вниманіе на ту ступень развитія, когда для того, чтобы создать обязательство, требовалось нѣчто болѣе чѣмъ простое согласіе. Этотъ моментъ развитія совпадаетъ по времени съ періодомъ знаменитой римской классификаціи Договоровъ на четыре рода: словесные (contractus verbales), письменные (contractus litterales), реальные (contractus reales) и консенсуальные (contractus consensuales),—періодомъ, въ продолженіи котораго эти четыре договора были единственными видами сдѣлокъ, которые поддерживались закономъ. Смыслъ этого раздѣленія сдѣлается намъ вполнѣ понятенъ, когда мы изучимъ теорію, отдѣлившую Обязательство отъ Соглашенія. Каждый классъ договоровъ фактически получилъ свое названіе отъ извѣстнаго рода формальностей, требуемыхъ сверхъ простаго заявленія согласія договаривающихся сторонъ. Въ Словесномъ Договорѣ, какъ только заключалось Соглашеніе, требовалось произнесеніе извѣстныхъ торжественныхъ словъ, прежде чѣмъ къ нему могло быть присоединено vinculum juris. Въ Письменномъ Договорѣ занесеніе въ главную книгу имѣло тотъ смыслъ, что облекало Соглашеніе Обязательствомъ; такой же результатъ достигался

въ Реальномъ договорѣ черезъ передачу Res или Вещи, которая служила предметомъ предварительной сдѣлки. Другими словами договаривающіяся стороны во всякомъ случаѣ приходили къ согласію между собою; но, если онѣ не шли далѣе этого, то между ними не было *обязательства*, и ихъ нельзя было принудить къ исполненію или требовать отъ нихъ удовлетворенія за нарушеніе даннаго обѣщанія. Но, если они исполняли извѣстныя предписанныя формальности, то немедленно возникалъ Договоръ, принимая свое основаніе отъ той особенной формы, которую имъ угодно было избрать.

Я назвалъ четыре рода договора въ ихъ историческомъ порядкѣ, которому однако не всегда слѣдовали писавшіе о римскихъ институціяхъ. Нѣтъ сомнѣнія, что Словесный Договоръ былъ древнѣйшимъ изъ четырехъ и насколько извѣстно ранѣе другихъ образовался изъ первоначальнаго Nexum. Въ древности употреблялись различные виды Словеснаго Договора, но самый важнѣйшій изъ всѣхъ и, притомъ единственный, о которомъ трактуютъ наши авторитъ, былъ тотъ, который совершался посредствомъ stipulatio, т. е. Вопроса и Отвѣта; вопроса со стороны лица, требовавшаго обѣщанія, и отвѣта со стороны лица, дающаго обѣщаніе. Эти-то вопросы и отвѣты составляли добавочные ингридіенты, которые, какъ я уже объяснялъ, требовались по первобытнымъ понятіямъ сверхъ простаго заявленія согласія сторонъ. Они были факторами, при помощи которыхъ устанавливалось Обязательство. Старинное Nexum прежде всего завѣщало позднѣшей юриспруденціи понятіе объ узахъ, связывавшихъ контрагентовъ и это сдѣлалось Обязательствомъ. Отсюда же произошло понятіе о церемоніалѣ, сопровождавшемъ и освящавшемъ обязательство, и этотъ церемоніалъ былъ обращенъ въ Stipulatio. Превращеніе торжественной передачи, самой выдающейся черты первоначальнаго Nexum, въ простой вопросъ и отвѣтъ остался бы для насъ покрытымъ еще большею тайною, еслибы намъ не давала объясненія аналогичная этому исторія римскаго Завѣщанія. Вглядываясь въ эту исторію, мы можемъ понять, какъ

формальная передача была въ началѣ отдѣлена отъ той части процедуры, которая имѣла прямое отношеніе къ дѣлу и какъ впослѣдствіи она была почти совсѣмъ выпущена. Такъ какъ вопросъ и отвѣтъ Stipulatio были безспорно тѣмъ же Nexum въ его упрощенной формѣ, то мы имѣемъ и основаніе признать, что они прежде составляли часть технической стороны Nexum. Было бы ошибкою полагать, что стариннѣйшіе римскіе юристы приняли ихъ только потому, что они доставляли сторонамъ случай для обсужденія и размышленія. Мы не станемъ оспаривать важности ихъ въ этомъ отношеніи и важность эта была постепенно признана, но по словамъ нашихъ авторитетовъ есть доказательство, что ихъ функція по отношенію къ Договору была въ началѣ чисто-формальною и обрядною и что не каждый вопросъ и отвѣтъ считались въ старину достаточными, чтобы составить Stipulatio, а только тотъ вопросъ и отвѣтъ, которые были установлены технической фразеологіей, спеціально принаровленной къ данному случаю.

Хотя для точнаго пониманія исторіи договора существенно важно понять ту истину, что на Stipulatio смотрѣли сперва какъ на торжественную форму и только впослѣдствіи стали признавать его въ смыслѣ удобнаго обезпеченія, но съ другой стороны было бы несправедливо упускать изъ виду его дѣйствительную пользу. Утративъ въ многомъ свое древнее значеніе, Словесный Договоръ удержался однако въ Римскомъ правѣ до послѣдняго періода и мы можемъ считать достовѣрнымъ, что ни одинъ изъ институтовъ Римскаго права не былъ такъ долговѣченъ, какъ этотъ за исключеніемъ развѣ тѣхъ институтовъ, которые приносили практическую пользу. Одинъ англійскій писатель выразилъ удивленіе, что римляне даже въ самыя раннія времена довольствовались такими жалкими средствами противъ поспѣшности и необдуманности. Но изслѣдуя ближе Stipulatio и принимая во вниманіе, что мы имѣемъ дѣло съ такимъ состояніемъ общества, въ которомъ письменные доказательства были не легко добываемы, мы

должны допустить, что еслибы Вопросъ и Отвѣтъ были нарочно придуманы для той цѣли, для которой они служили, то и тогда по всей справедливости они могли бы считаться въ высшей степени остроумнымъ способомъ. Лицо, къ которому обращалось обѣщаніе, въ качествѣ Stipulator'а предлагало всѣ условія договора въ формѣ вопроса, а лицо обѣщающее что либо, такъ называемый promisor, давалъ отвѣтъ. Напримѣръ: «Обѣщаешь ли ты доставить мнѣ такого то раба, въ такомъ то мѣстѣ, въ такой то день?»—«Обѣщаю». Если мы остановимся на этомъ примѣрѣ и зададимъ себѣ трудъ вдуматься въ него, то увидимъ, что необходимость формулировать обѣщаніе въ видѣ вопроса совершенно измѣняетъ естественное положеніе обѣихъ сторонъ и, нарушая обычный ходъ рѣчи, отвлекаетъ вниманіе и задерживаетъ переходъ къ окончательному рѣшенію. У насъ, говоря вообще, словесное обѣщаніе основывается исключительно на словахъ обѣщающаго. Но въ древнемъ Римскомъ правѣ требовала совсѣмъ иной путь; лицо принимающее обѣщаніе обязано было послѣ состоявшагося согласія резюмировать всѣ свои условія въ формѣ торжественныхъ вопросовъ и на этихъ-то вопросахъ и на даваемомъ на нихъ согласіи основывались доказательства при разбирательствѣ дѣла, а никакъ не на обѣщаніи, которое само по себѣ не было связующимъ. Какъ велика разница, которую эта повидимому незначительная особенность произвела въ фразеологіи Обязательственнаго права особенно замѣтно на новичкахъ только, что принявшихся за ученіе римской юриспруденціи, для которыхъ эта фразеологія вообще составляетъ первый камень преткновенія. Въ Англіи, говоря о договорѣ, мы для большаго удобства относимъ его къ одной изъ договаривающихся сторонъ, такъ напримѣръ, если мы говорили вообще о контрагентѣ, то всегда разумѣемъ подъ этимъ лицо, дающее обѣщаніе. Но у римлянъ общеупотребительный юридическій языкъ принялъ совсѣмъ другой оборотъ. Римляне смотрѣли на договоръ, если можно такъ выразиться, съ точки зрѣнія лица, принимающаго обѣщаніе; говоря объ одномъ изъ

лицъ участвующихъ въ договорѣ они всегда разумѣли подъ этимъ Stipulator'а т. е. лицо, дающее вопросъ, которое стоитъ здѣсь на первомъ планѣ. Значеніе stipulatio всего нагляднѣе выказывается въ примѣрахъ изъ дѣйствительной жизни, приводимыхъ у латинскихъ комическихъ драматурговъ. Если мы прочтемъ отъ начала до конца тѣ сцены, въ которыхъ встрѣчаются подобныя мѣста (ex. gra. Plautus Pseudolus, Act I. sc. 1; Act IV. sc. 6; Trinummus, Act V· sc. 2) то, замѣтимъ, въ какой сильной степени вниманіе лица, намѣревавшагося дать обѣщаніе, должно было быть приковано къ вопросу и что ему была предоставлена полная возможность удержаться отъ неосмотрительнаго предпріятія.

Въ Письменномъ Договорѣ формальный актъ, при посредствѣ котораго къ Соглашенію присоединялось Обязательство, состоялъ въ занесеніи суммы долга, когда она могла быть въ точности означена, на дебитъ въ главной книгѣ. Существованіе этого договора объясняется одною особенностью римскихъ нравовъ, въ древнія времена, а именно систематичностью и чрезвычайною правильностью веденія приходо-расходныхъ книгъ. Въ древнемъ Римскомъ правѣ встрѣчается много мелкихъ трудностей мѣшающихъ его правильному пониманію, какъ напримѣръ сущность Peculium рабовъ, который только тогда будетъ намъ понятенъ, когда мы вспомнимъ, что римская семья состояла изъ извѣстнаго числа лицъ, обязанныхъ строгою отчетностью главѣ дома, и что каждая статья домашняго прихода и расхода записывалась въ черновую книгу, а потомъ въ установленное время переносилась въ главную книгу общаго прихода и расхода. Но и при этихъ данныхъ мы не можемъ вполнѣ уяснить себѣ нѣкоторыя мѣста въ дошедшихъ до насъ описаніяхъ Письменнаго Договора, такъ какъ обычай веденія приходо-расходныхъ книгъ пересталъ быть всеобщимъ въ позднѣйшія времена, и выраженіе «Письменный Договоръ», стало означать форму сдѣлки, совершенно отличную отъ той, которая понималась первоначально. Мы не имѣемъ настолько свѣденій о первобытномъ Письменномъ

Договорѣ, чтобы сказать утвердительно, создавалось ли Обязательство простымъ занесеніемъ въ книгу со стороны кредитора или же оно получало законную силу только въ случаѣ согласія должника и соотвѣтственнаго занесенія долга въ его собственныя книги. Однако въ договорахъ этого рода мы можемъ считать несомнѣннымъ тотъ важный пунктъ, что всѣ формальности могли быть обойдены, но подъ условіемъ, чтобы онѣ были приняты въ соображеніе. Это уже было дальнѣйшимъ шагомъ въ исторіи развитія Договора.

Слѣдующій за этимъ въ историческомъ порядкѣ такъ называемый Реальный Договоръ показываетъ уже значительный прогрессъ въ этическихъ понятіяхъ. Когда какое-нибудь соглашеніе имѣло цѣлью передачу какого нибудь спеціальнаго предмета, — а это случалось при большинствѣ простыхъ сдѣлокъ—Обязательство возникало, какъ только врученіе совершилось въ дѣйствительности. Такой результатъ долженъ былъ повести къ значительному обновленію древнѣйшихъ идей о Договорѣ; такъ какъ несомнѣнно, что въ первобытныя времена, когда стороны упускали облечь заявленіе своей воли въ стипуляціонную форму, все, что заключалось въ силу этого заявленія, не было признаваемо закономъ. Лицо, давшее деньги въ заемъ, не могло просить на судѣ о взысканіи этихъ денегъ, если не было формальной стипуляціи. Но въ Реальномъ Договорѣ выполненіе одной стороной налагало юридическую обязанность на другую—очевидно на нравственныхъ основаніяхъ. Въ этомъ случаѣ нравственные поводы являются впервые ингредіентомъ Обязательственнаго права, и Реальный Договоръ отличается отъ двухъ предшествовавшихъ ему договоровъ тѣмъ, что основою ему служатъ скорѣе нравственные мотивы, чѣмъ уваженіе къ техническимъ формамъ или къ семейнымъ римскимъ обычаямъ.

Мы перейдемъ теперь къ четвертому разряду договоровъ, къ такъ называемымъ Консенсуальнымъ Договорамъ, самымъ любопытнымъ и наиважнѣйшимъ изъ всѣхъ. Этимъ именемъ обозначались четыре рода спеціальныхъ договоровъ: Manda-

tum, т. е. Договоръ Довѣренности; Contractus Societatis, Договоръ Товарищества; Emtio Venditio, Договоръ Купли Продажи; и Locatio Conductio или Договоръ Найма. Нѣсколькими страницами выше, говоря о томъ, что Договоръ состоялъ изъ Pactum или соглашенія съ присоединеніемъ къ нему Обязательства, я упомянулъ о нѣкоторыхъ актахъ или формальностяхъ, при которыхъ законъ допускалъ присоединеніе Обязательства къ Pactum. Я употребилъ такое общее выраженіе въ виду его удобства, но это выраженіе будетъ строго правильнымъ только въ томъ случаѣ, если мы включимъ въ него какъ отрицательную такъ и положительную сторону. И въ самомъ дѣлѣ особенность этихъ Консенсуальныхъ Договоровъ заключается въ томъ, что не требовалось никакихъ формальностей для того, чтобы они перестали быть простымъ Pactum. О Консенсуальнихъ Договорахъ говорилось многое, чего нельзя доказать и еще больше такого, что остается совершенно непонятнымъ; утверждали даже что въ этомъ случаѣ *согласіе* контрагентовъ сопровождалось большею торжественностью, чѣмъ при всякихъ другихъ видахъ соглашенія. Но самый терминъ «Консенсуальный» прямо показываетъ что Обязательствовозникало одновременно съ Consensus. Consensus или обоюдное согласіе сторонъ было окончательнымъ и наиважнѣйшимъ ингредіентомъ соглашенія; а особенность соглашеній,—которыя могутъ быть подведены подъ одинъ изъ четырехъ видовъ договора: Купли-Продажи, Товарищества, Довѣренности и Найма, заключалось въ томъ, что какъ только устанавливалось согласіе, то *сразу* возникалъ Договоръ. Consensus влекло за собою Обязательство, исполняя по отношенію къ упомянутымъ юридическимъ сдѣлкамъ ту функцію, какая въ другихъ договорахъ исполнялась посредствомъ врученія Res или Вещи, посредствомъ Verba stipulationis (произнесенія извѣстныхъ торжественныхъ словъ) и посредствомъ Literae или вписыванія въ главную книгу. Слѣдовательно терминъ «Консенсуальный» вовсе не заключаетъ въ себѣ ни малѣйшей аномаліи, но представляетъ

собою точную аналогію съ договорами: Реальнымъ, Словеснымъ и Письменнымъ.

Въ практической жизни самыми обыкновенными и безспорно наиважнѣйшими изъ всѣхъ являются четыре вида договоровъ, называемыхъ Консесуальными. Большая часть коллективнаго существованія каждаго общества заключается въ сдѣлкахъ купли и продажи, найма и отдаванія въ наймы, составленія товарищескихъ союзовъ между людьми съ цѣлями торговыми и промышленными и порученія дѣла однимъ лицомъ другому; и эта-то причина безъ сомнѣнія побудила римлянъ, равно какъ и многія другія общества, освободить упомянутыя сдѣлки отъ затруднительныхъ техническихъ формальностей, чтобы возможно менѣе стѣснять дѣйствіе этихъ наиважнѣйшихъ пружинъ соціальнаго движенія. Эти мотивы разумѣется дѣйствовали не въ одномъ только Римѣ и сношенія римлянъ съ сосѣдними народами должны были доставить имъ не мало случаевъ къ наблюденію того явленія, что разсматриваемыя нами договоры вездѣ стремились сдѣлаться Консесуальными и обязательными при простомъ заявленіи обоюднаго согласія. Отсюда, слѣдуя своему обычаю, они обозначили эти договоры названіемъ Договоровъ Juris Gentium. Однако я не думаю, чтобы они назывались такимъ образомъ въ раннія времена. Первыя понятія о Juris Gentium должны были образоваться въ умахъ римскихъ юристовъ задолго до назначенія Praetor Peregrinus, но они могли войти въ систему договоровъ другихъ итальянскихъ государствъ только путемъ обширной и правильной торговли, а такая торговля едва ли могла достигнуть значительныхъ размѣровъ, прежде чѣмъ Италія была совершенно усмирена и главенство Рима окончательно упрочено. Однако несмотря на то, что всѣ вѣроятности на сторонѣ того, что Консесуальные Договоры были позднѣе всѣхъ другихъ введены въ систему Римскаго права и хотя названіе Juris Gentium указываетъ на недавность ихъ происхожденія, но это самое выраженіе относившее ихъ къ «Праву Народовъ» въ новѣйшія времена породило понятіе объ

ихъ чрезвычайной древности. Какъ только «Право Народовъ» было обращено въ «Естественное Право», то на основаніи послѣдняго было выведено заключеніе, что Консесуальные договоры были типомъ соглашеній наиболѣе сродныхъ съ естественнымъ состояніемъ; и отсюда возникло странное убѣжденіе, что чѣмъ моложе цивилизація, тѣмъ проще должны быть формы договора.

Слѣдуетъ замѣтить, что Консенсуальные Договоры были очень ограничены въ числѣ. Но не подлежитъ сомнѣнію, что они образовали собою ступень въ исторіи ученія о Договорѣ, изъ которой развились всѣ новѣйшія понятія о договорѣ. Воля лица, составляющая сущность соглашенія, была совершенно выдѣлена и на нее было обращено особенное вниманіе; понятіе договора было совершенно отдѣлено отъ формъ, и на внѣшніе акты стали смотрѣть только, какъ на символы внутренняго акта воли. Сверхъ того Консесуальные Договоры были включены въ Juris Gentium, а отсюда въ скоромъ времени былъ сдѣланъ выводъ, что эти договоры были такого рода соглашеніемъ, которое вмѣщало въ себѣ обязательства согласныя съ природой и заключающіяся въ ея законахъ. Съ достиженіемъ этого пункта почва уже подготовлена къ появленію многихъ знаменитыхъ доктринъ и разграниченій, созданныхъ римскими юристами. Одно изъ этихъ разграниченій есть разграниченіе между Естественнымъ и Гражданскимъ Обязательствомъ. Когда лицо, достигшее полной умственной зрѣлости, обдуманно связывало себя какой либо сдѣлкой, то говорилось, что лицо это находится подъ *естественнымъ обязательствомъ*, хотя бы даже оно упустило какую нибудь необходимую формальность или даже, вслѣдствіе какого нибудь спеціальнаго препятствія, было лишено формальной правоспособности заключить законный договоръ. Законъ, (принимаемый съ этимъ разграниченіемъ), не подкрѣплялъ обязательства, но и не отказывался абсолютно признать его; и *естественное обязательство*, отличавшееся во многихъ отношеніяхъ отъ обязательствъ, которыя были прямо недѣйствительны, особенно от-

личалось отъ послѣднихъ тѣмъ обстоятельствомъ, что оно могло быть подкрѣплено гражданскимъ порядкомъ, если впослѣдствіи лицомъ, заключившимъ его, была пріобрѣтена правоспособность къ заключенію договора. Другая въ высшей степени своеобразная доктрина юрисконсультовъ не могла возникнуть ранѣе того періода, когда Соглашеніе было отдѣлено отъ техническихъ ингредіентовъ Договора. Они учили, что хотя искъ можетъ основываться только на одномъ Договорѣ но основою *оправданія* можетъ быть простой Pactum или Соглашеніе. Изъ этого выходило, что хотя никто не могъ просить на судѣ на основаніи заявленія воли, котораго онъ не позаботился обратить въ Договоръ посредствомъ соблюденія извѣстныхъ формальностей, но тѣмъ не менѣе искъ возникшій изъ дѣйствительнаго договора могъ быть прекращенъ вслѣдствіе заявленія обратнаго согласія, которое никогда не теряло вида простаго соглашенія. Искъ о взысканіи долга могъ быть пріостановленъ предъявленіемъ простаго неформальнаго согласія на пріостановку или отсрочку платежа.

Описанная нами доктрина указываетъ на ту нерѣшительность съ какою Преторы приступали къ величайшему изъ своихъ нововведеній. Созданная ими теорія Естественнаго права побуждала ихъ относиться особенно благосклонно къ Консенсуальнымъ Договорамъ и къ тѣмъ Pacta или Соглашеніямъ, видами которыхъ являются эти Консенсуальные Договоры; но Преторы не сразу рѣшились распространить на всѣ соглашенія ту свободу, какая была предоставлена Консенсуальнымъ Договорамъ. Преторы, воспользовались тѣмъ спеціальнымъ надзоромъ надъ судопроизводствомъ, который былъ препорученъ имъ съ самыхъ первыхъ временъ Римскаго права, и хотя по прежнему не дозволяли предъявлять иска, который не былъ основанъ на формальномъ договорѣ, но дали полный ходъ своей новой теоріи, относительно заявленія обоюднаго согласія, направляя къ этому дальнѣйшій ходъ развитія судопроизводства. Зайдя такъ далеко, они неизбѣжно должны были пойти еще дальше. Переворотъ въ древнемъ Договорѣ былъ

окончательно совершенъ, когда одинъ изъ Преторовъ въ годъ отправленія должности объявилъ въ своемъ Эдиктѣ, что предоставитъ право иска и тѣмъ Pacta, которые вовсе не были облечены въ форму Договора, но подъ тѣмъ условіемъ, чтобы упомянутые Pacta, имѣли бы достаточное основаніе (causa). Въ позднѣйшее время Договоры эти всегда получали законную силу. Принципъ этотъ былъ прямымъ принципомъ Консуальнаго Договора, доведеннаго до его надлежащаго послѣдствія; и фактически, если-бы техническій языкъ римлянъ былъ бы настолько же развитъ, какъ и ихъ юридическія теоріи, эти Договоры, подкрѣпляемые Преторомъ, стали бы называться новыми Договорами, новыми Консенсуальными Договорами. Юридическая фразеологія изъ всѣхъ частей права, всего медленнѣе поддается измѣненію и Pacta, подкрѣпленныя на основаніи принциповъ Справедливости продолжали просто называться Преторскими Pacta. Слѣдуетъ замѣтить, что если не было достаточнаго основанія въ Pactum онъ оставался по прежнему *голымъ*; даже по взгляду новой юриспруденціи; чтобы придать ему силу, необходимо было обратить его въ Словесный Договоръ посредствмъ стипуляціи.

Чрезвычайная важность исторіи Договора для устраненія безчисленныхъ заблужденій заставляетъ насъ распространяться о ней можетъ быть даже слишкомъ подробно. Исторія эта даетъ намъ полное понятіе о ходѣ идей отъ одной важной ступени въ развитіи права къ другой. Прежде всего мы встрѣчаемъ Nexum, гдѣ Договоръ и Передача смѣшиваются между собою, и гдѣ формальности, которыя должны были сопровождать заявленіе обоюднаго согласія, считаются даже важнѣе самого соглашенія. Отъ Nexum мы переходимъ къ Стипуляціи, которая была упрощенной формой древняго церемоніала. Затѣмъ слѣдуетъ Письменный Договоръ, въ которомъ всѣ формальности могутъ быть устранены, если соглашеніе доказывается соблюденіемъ строгихъ правилъ римскихъ семейныхъ обычаевъ. Въ Реальномъ Договорѣ въ первый разъ признается нравственный долгъ и лица, изъявившія свое согласіе на ис-

полненіе соотвѣтствующей части обязательства, не имѣютъ права отказаться отъ него подъ предлогомъ недостатковъ формы. Наконецъ возникаютъ Консенсуальные Договоры, въ которыхъ принимаются во вниманіе только нравственныя побужденія контрагентовъ и внѣшнія обстоятельства не имѣютъ иного значенія, какъ только въ смыслѣ доказательства внутренняго настроенія. Мы разумѣется не можемъ сказать съ увѣренностью насколько этотъ переходъ римскихъ идей отъ грубаго къ болѣе утонченному понятію можетъ служить мѣриломъ необходимаго прогресса человѣческой мысли въ области Договора. Обязательственное право всѣхъ другихъ древнихъ обществъ, за исключеніемъ римскаго, или слишкомъ скудно, чтобы мы могли почерпать изъ него наши свѣдѣнія, или совершенно утратилось для насъ; а новѣйшая юриспруденція такъ глубоко проникласъ римскими понятіями, что не представляетъ ни контрастовъ, ни уподобленій, изъ которыхъ бы мы могли почерпнуть какіе-либо поучительные выводы. Однако изъ отсутствія всего случайнаго, чудеснаго и непонятнаго въ описанныхъ мною перемѣнахъ есть основаніе заключить, что исторія древнихъ Римскихъ Договоровъ до извѣстнаго момента ихъ развитія можетъ служить типомъ исторіи этаго разряда юридическихъ понятій въ другихъ древнихъ обществахъ. Но, какъ я уже сказалъ, прогрессъ Римскаго права можетъ только до извѣстнаго момента быть образцомъ прогресса другихъ системъ.

Теорія Естественнаго права исключительно римскаго происхожденія. Понятіе о vinculum juris, насколько мнѣ извѣстно, исключительно принадлежитъ римлянамъ. Многія характеристическія черты Римскаго Договора и Деликта, слѣды которыхъ мы находимъ въ этихъ двухъ теоріяхъ, могутъ, слѣдовательно, считаться исключительными продуктами римскаго общества. Эти послѣднія юридическія понятія важны не потому только, что они служатъ типомъ необходимыхъ результатовъ прогрессивной мысли при всевозможныхъ условіяхъ, но и по-

тому, что они оказали громаднѣйшее вліяніе на ходъ умственнаго развитія новѣйшаго міра.

Нельзя не удивляться тому количеству и разнообразію наукъ, которыя заимствовали отъ Римскаго права и въ особенности отъ римскаго Обязательственнаго права способъ мышленія, методъ изслѣдованія и техническій языкъ. Изъ наукъ, занимавшихъ умы новѣйшихъ людей, едва-ли найдется одна за исключеніемъ физики, на которой бы не отразилось вліяніе римской юриспруденціи. Правда, наука чистой метафизики 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. Чтобы уяснить себѣ это явленіе нѣтъ абсолютной необходимости обсуждать скрытое соотношеніе словъ и идей или толковать о причинахъ, почему умъ человѣческій не иначе брался за какой-нибудь предметъ въ области мысли, какъ приготовивъ заранѣе надлежащій запасъ подходящихъ выраженій и имѣя уже подъ рукою готовый аппаратъ приспособленныхъ логическихъ методовъ. Достаточно замѣтить, что когда философскіе интересы Восточнаго и Западнаго міровъ отдѣлились, то основатели западной науки принадлежали къ обществу, которое говорило и думало на латинскомъ языкѣ. Въ западныхъ провинціяхъ единственный языкъ, удержавшій достаточную точность для выраженія философскихъ понятій, былъ языкъ Римскаго права, который по странному стеченію счастливыхъ обстоятельствъ почти сохранилъ чистоту временъ Августа, между тѣмъ какъ мѣстный латинскій языкъ обратился въ нарѣчіе, преисполненное варваризмовъ. Такимъ образомъ, если Римское право было единственнымъ источникомъ точнаго языка, то оно тѣмъ болѣе было единственнымъ источникомъ точности, утонченности и глубины мысли. Почти три столѣтія философія и наука не имѣли подъ собою почвы въ Римѣ и хотя метафизика и метафизическая философія все бо-

лѣе и болѣе поглощали умственныя силы массы римскихъ подданныхъ, фразеологія этаго рода изслѣдованій была исключительно греческая и ихъ отчизной была восточная половина Имперіи. Правда, время отъ времени результаты споровъ, происходившихъ на Востокѣ, были иногда настолько важны, что тамъ не было человѣка, который бы не интересовался ими и не стоялъ за или противъ нихъ, тогда и Западъ узнавалъ о нихъ, но большею частью относился къ нимъ безъ интереса или пассивно соглашался съ одною изъ сторонъ. Между тѣмъ одинъ отдѣлъ знанія, представлявшій затрудненія даже для самаго трудолюбиваго изслѣдователя, глубину и утонченность для самаго проницательнаго ученаго, никогда не терялъ своей привлекательности для образованныхъ классовъ западныхъ провинцій. Для цивилизованныхъ гражданъ Африки, Испаніи, Галліи и Сѣверной Италіи юриспруденція и только одна юриспруденція занимала мѣсто поэзіи и исторіи, философіи и науки. Мы не только не должны удивляться очевидному вліянію права на раннія проявленія западной мысли, но скорѣе могли бы удивляться, если бы не встрѣтили въ нихъ этого оттѣнка. Съ своей стороны я могу только выразить свое удивленіе относительно того, какъ мало было обращено вниманія на различіе между западными и восточными идеями, между западной и восточной теологіей, различіе, созданное присутствіемъ этого ингредіента. Основаніе Константинополя и послѣдовавшее затѣмъ отдѣленіе Западной имперіи отъ Восточной только потому считаются эпохами въ исторіи философіи, что съ этихъ поръ становится могущественнымъ вліяніе юриспруденціи. Европейскіе мыслители менѣе способны оцѣнить важность этого кризиса вслѣдствіи того, что понятія, заимствованныя изъ римской юриспруденціи, тѣсно смѣшались съ ихъ повседневными идеями; англичане съ другой стороны не могутъ замѣтить его по своему полному невѣжеству, на которое они сами осудили себя относительно всего, что касается этого важнаго источника новѣйшихъ знаній, этого единственнаго результата римской цивилизаціи. Но въ то же время, если

англичанинъ задастъ себѣ трудъ освоиться съ классическимъ Римскимъ правомъ, то вслѣдствіе этого самаго равнодушія его соотечественниковъ къ этому предмету, онъ можетъ лучше взвѣсить высказанныя мною предположенія, чѣмъ любой французъ или нѣмецъ. Всякій, кто знаетъ, чѣмъ была на практикѣ римская юриспруденція и, кто замѣчалъ какими характеристическими чертами ранняя западная теологія и философія отличается отъ предшествовавшихъ имъ фазисовъ мысли, тотъ можетъ безошибочно опредѣлить каково было значеніе новаго элемента, который началъ проникать въ существующія умозрѣнія и направлять ихъ.

Ученіе объ Обязательствахъ или, что въ результатѣ выходитъ почти одно и тоже, ученіе о Договорѣ и Деликтѣ было тою частью права, которое имѣло наиболѣе обширное вліяніе на другія науки. Римляне сами сознавали какія услуги можетъ оказать обильная и развитая терминологія ихъ Обязательственнаго права и это доказывается употребленіемъ особенной прибавки quasi въ такихъ выраженіяхъ, какъ Quasi-Contractus или Quasi-Dilectum. «Quasi», употребленное такимъ способомъ, является исключительно терминомъ классификаціи. Англійскіе критики зачастую отождествляли Quasi-договоры съ Безмолвными договорами, но это ошибка, потому что эти послѣдніе договоры были настоящими договорами, а quasi договоры никогда ими не были. Въ Безмолвныхъ договорахъ, акты и обстановка являются символами того самого что въ словесныхъ договорахъ изображается посредствомъ словъ; а употребитъ ли человѣкъ одни символы или другіе должно оставаться безразличнымъ, пока дѣло касается самой теоріи соглашенія. Но Quasi-Договоръ вовсе не есть договоръ. Самымъ лучшимъ примѣромъ этого можетъ служить отношеніе между двумя лицами, изъ которыхъ одно по ошибкѣ заплатило деньги другому. Законъ, согласно требованіямъ нравственности, налагаетъ на получившаго обязательство возвратить обратно полученную имъ сумму, но самая сущность этой сдѣлки показываетъ, что это не договоръ, такъ какъ тутъ не

достаетъ Соглашенія этого наиважнѣйшаго ингредіента всякаго Договора. Слово «quasi», приставленное къ термину Римскаго права, означаетъ, что понятіе, которому оно служитъ выраженіемъ, связано съ понятіемъ, къ которому оно приравнивается сильнымъ, внѣшнимъ подобіемъ или сходствомъ. Слово это не показываетъ, чтобы оба эти понятія были одинаковы или подходили подъ одинъ родъ. Напротивъ того, оно служитъ отрицаніемъ понятія тождественности между ними; но вмѣстѣ съ тѣмъ показываетъ, что они достаточно схожи, чтобы быть поставлены одно послѣ другого, и что фразеологія одного отдѣла права можетъ быть перенесена и на другой безъ особенно сильныхъ натяжекъ въ установленіи правилъ, которыя иначе были бы недостаточно ясно выражены.

Справедливо было замѣчено, что смѣшеніе Безмолвныхъ Договоровъ, которые были настоящими договорами, съ Quasi-Договорами, которые вовсе не были ими, имѣетъ много общаго съ тѣмъ знаменитымъ парадоксомъ, который приписывалъ происхожденіе политическихъ правъ и обязанностей Первоначальному Договору между управляемыми и правителемъ. Еще задолго до того времени, когда эта теорія была облечена въ опредѣленную форму, фразеологія Римскаго ученія о Договорѣ была пущена въ ходъ для выраженія взаимности правъ и обязанностей, которыя люди всегда предполагали существующими между государями и ихъ подданными. Между тѣмъ, какъ міръ былъ переполненъ правилами, установлявшими съ крайнею положительностью права королей на безусловную покорность, правилами, которыхъ начало приписывалось Новому Завѣту, но которыя въ сущности исходили изъ неизгладимыхъ воспоминаній деспотизма римскихъ цезарей — сознаніе соотвѣтственныхъ правъ на сторонѣ подданныхъ, вѣроятно вовсе не нашло бы для себя выраженія, если бы римское ученіе о Договорѣ не снабдило выраженіями, способными оттѣнить и выдвинуть впередъ идею, которая до этого оставалось недоразвитою. Борьба между привилегіями королей и ихъ обязанностями къ подданнымъ никогда, какъ мнѣ

кажется, не терялась изъ виду съ самаго начала исторіи Запада, но пока феодализмъ былъ во всей силѣ, борьба эта представляла интересъ только для немногихъ писателей теоретиковъ, такъ какъ феодализмъ въ силу установившихся обычаевъ самымъ дѣйствительнымъ образомъ умѣрялъ непомѣрныя теоретическія притязанія большинства западно-европейскихъ государей. Замѣчательно однако, что лишь только распаденіе феодальной системы ниспровергнуло существующія средневѣковыя учрежденія, и реформація ослабила авторитетъ папы, доктрина божественнаго права королей немедленно возрасла до такого значенія, какого она до этого никогда не имѣла. Слава, какою она пользовалась, заставляла болѣе прежняго прибѣгать къ фразеологіи Римскаго права и споръ, первоначально имѣвшій богословскій характеръ, все болѣе и болѣе принималъ видъ юридической полемики. Тутъ мы встрѣчаемся съ явленіемъ, которое уже много разъ повторялось въ томъ или другомъ видѣ въ исторіи общественнаго мнѣнія. Лишь только аргументы въ пользу монархической власти получили законченную форму и были выражены въ опредѣленной доктринѣ Фильмеромъ, какъ фразеологія, заимствованная изъ римскаго ученія о Договорѣ и употребляемая въ защиту правъ подданныхъ, преобразовалась въ теорію первоначальнаго договора между королемъ и народомъ, теорія, которая сперва въ Англіи, а затѣмъ преимущественно во Франціи доставила матеріалъ для нагляднаго объясненія всѣхъ соціальныхъ и правовыхъ явленій. Между тѣмъ единственная дѣйствительная связь между политической и юридической науками заключалась въ томъ, что послѣдняя доставила первой всѣ преимущества своей спеціально выразительной терминологіи. Римское ученіе о Договорѣ въ отношеніяхъ монарха и подданныхъ оказало совершенно ту же услугу, какую оно оказало въ болѣе тѣсной сферѣ въ отношеніяхъ лицъ, связанныхъ между собою обязательствомъ «quasi-договора». Оно снабдило такими словами и выраженіями, которыя подходили съ достаточною точностью къ идеямъ, которыя тогда создавались время

отъ времени о политическомъ обязательствѣ. Доктрина Первоначальнаго Договора никогда не можетъ достигнуть большей высоты, чѣмъ та, на какую ее поставилъ д-ръ Уэвелль, высказавшій такое положеніе, что хотя она и лишена здравыхъ основаній «но можетъ быть *удобной* формой для выраженія нравственныхъ истинъ».

Широкое употребленіе юридическаго языка въ области политики еще до изобрѣтенія гипотезы Первоначальнаго Договора, и могущественное вліяніе, какое это гипотеза оказывала впослѣдствіи, вполнѣ объясняетъ почему въ политическихъ наукахъ встрѣчается такое обиліе словъ и понятій, которыя были исключительно созданы Римскимъ правомъ. Обиліе этихъ словъ и понятій въ Нравственной Философіи требуетъ нѣсколько иного объясненія, такъ какъ въ этическихъ сочиненіяхъ мы видимъ еще большее заимствованіе изъ Римскаго права, чѣмъ въ политическихъ теоріяхъ и авторы этихъ сочиненій гораздо сознательнѣе относились къ той услугѣ, какую имъ оказало Римское право. Говоря о томъ, что Римское право всего болѣе оказало услугъ нравственной философіи я разумѣю подъ этимъ нравственную философію въ томъ видѣ, какъ она понималась до переворота произведеннаго Кантомъ въ ея исторіи, т. е. науку о правилахъ, управляющихъ человѣческими дѣйствіями, въ смыслѣ истолкованія этихъ правилъ и ихъ ограниченій. Со времени появленія Критической Философіи нравственная наука почти совершенно утратила свой прежній смыслъ, и за исключеніемъ римско-католическихъ богослововъ, все еще упражнявшихся въ казуистикѣ и понимавшихъ ее въ ея прежней нисшей формѣ, она уже почти всѣми признается отраслью онтологическаго изслѣдованія. Я не знаю найдется ли хоть одинъ изъ современныхъ англійскихъ писателей за исключеніемъ д-ра Уэвелля, кто бы понималъ нравственную философію въ томъ смыслѣ какъ она понималась прежде, чѣмъ получила метафизическій характеръ и прежде, чѣмъ основанія ея правилъ получили болѣе важное значеніе, чѣмъ сами правила. Однако до тѣхъ поръ, пока

этика касалась только практическихъ правилъ жизни, она была болѣе или менѣе пропитана Римскимъ правомъ. Подобно всѣмъ другимъ важнымъ предметамъ, занимавшимъ новѣйшихъ мыслителей этика первоначально смѣшивалась съ теологіей. Наука Нравственной Теологіи, какъ она тогда называлась, и какъ называется теперь римско-католическими богословами, была совершенно сознательно построена ея основателями на системѣ каноническихъ правилъ человѣческой жизни, между тѣмъ, какъ фразеологія для выраженія этихъ правилъ и методъ ихъ развитія были заимствованы изъ юриспруденціи. Весьма естественно, что во время этого процесса, юриспруденція, долженствовавшая служить средствомъ для выраженія мысли, наложила свой отпечатокъ на самую мысль. Отпечатокъ этотъ, явившійся вслѣдствіе столкновенія съ юридическими понятіями, какъ нельзя болѣе замѣтенъ въ первыхъ произведеніяхъ этической литературы новѣйшихъ временъ и мнѣ кажется очевиднымъ, что ученіе о Договорѣ, основанное на полномъ взаимодѣйствіи и неразрывной связи правъ и обязанностей, принесло ту пользу, что сдерживало стремленіе писателей, которые будучи предоставлены сами себѣ, вѣроятно стали бы исключительно разсматривать нравственное обязательство въ смыслѣ общественнаго долга гражданина въ Civitas Dei. Но вліяніе Римскаго права на нравственную теологію замѣтно уменьшилось во время ея обработки великими испанскимн моралистами. Нравственная теологія, развиваемая юридическимъ трудомъ ученыхъ коментаторовъ, создала свою собственную фразеологію, и Аристотелевскія особенности разсужденія и выраженія, взятыя большею частью изъ академическихъ Споровъ о Нравственности замѣнили собою тотъ особенный оборотъ мысли и рѣчи, объ источникѣ котораго никогда не ошибется человѣкъ знакомый съ Римскимъ правомъ. Еслибы слава испанской школы моралистовъ-теологовъ продолжалась, то юридической элементъ въ этической наукѣ былъ бы весьма незначителенъ; но ихъ вліяніе было совершенно парализировано примѣненіемъ ихъ выводовъ по-

слѣдующимъ поколѣніемъ римско-католическихъ писателей, трактовавшихъ объ этихъ предметахъ. Нравственная Теологія, выродившаяся въ Казуистику, потеряла всякій интересъ въ глазахъ передовыхъ европейскихъ мыслителей; новая наука Нравственной Философіи, бывшая исключительно въ рукахъ протестантовъ, значительно уклонилась отъ пути, которому слѣдовали упомянутые моралисты-теологи. Слѣдствіемъ этого было то, что вліяніе Римскаго права на этическія изслѣдованія значительно увеличилось.

Вскорѣ *) послѣ Реформаціи, мы встрѣчаемъ двѣ значительныя школы мыслителей, раздѣлившихъ между собою эту область. Вначалѣ самою вліятельною изъ двухъ является секта или школа, извѣстная у насъ подъ названіемъ школы Казуистовъ, которые всѣ находились въ духовномъ общеніи съ римско-католическою церковью и почти всѣ принадлежали къ тому или другому изъ ея религіозныхъ орденовъ. На другой сторонѣ былъ рядъ писателей, связанныхъ между собою общимъ интеллектуальнымъ происхожденіемъ отъ великаго автора трактата «De Jure Belli et Pacis», Гуго Гроція. Писатели эти были почти всѣ приверженцами Реформаціи; хотя нельзя сказать, чтобы они явились формально и открыто противниками Казуистовъ, но основы и задачи ихъ теорій значительно отличаются отъ сущности ученія Казуистовъ. Необходимо обратить вниманіе на это различіе, потому что оно обнимаетъ собою вопросъ о вліяніи Римскаго права на ту область мысли, которой касаются эти теоріи. Книга Гроція чуть ли не на каждой страницѣ затрогиваетъ вопросы чистой Этики и, хотя она представляетъ болѣе или менѣе близкое сродство съ безчисленнымъ множествомъ сочиненій, относящихся къ формальной нравственности, ее разумѣется нельзя назвать прямо трактатомъ о Нравственной Философіи; это только попытка опредѣлить законъ природы или Естественное Право. Но не вда-

*) Мѣсто это переписано съ легкими измѣненіями изъ статьи, помѣщенной авторомъ въ «Cambridge Essays» за 1856 годъ.

ваясь въ вопросъ было или нѣтъ понятіе Естественнаго Права исключительно создано римскими юрисконсультами, мы можемъ допустить, опираясь на мнѣніе самаго Гроція, что положенія Римскаго права относительно того, какія части извѣстнаго намъ положительнаго права должны быть приняты за части Естественнаго Права, если не могутъ назваться непогрѣшимыми, то во всякомъ случаѣ заслуживаютъ глубочайшаго вниманія. Въ этомъ пунктѣ система Гроція сплетается съ Римскимъ правомъ въ самомъ своемъ основаніи и эта связь дѣлаетъ неизбѣжнымъ (что впрочемъ могло случиться само собою, какъ слѣдствіе юридическаго воспитанія полученнаго этимъ писателемъ), употребленіе въ каждомъ параграфѣ технической фразеологіи, и техническихъ методовъ разсужденія, опредѣленія и объясненія, которыя для человѣка незнакомаго съ ихъ источникомъ иногда затемняютъ смыслъ и почти всегда теряютъ силу и убѣдительность. Съ другой стороны Казуистика вообще мало позаимствовала изъ Римскаго права и взгляды на нравственность, служившіе предметомъ споровъ не имѣютъ почти ничего общаго съ задачею Гроція. Вся эта философія добра и зла, покрывшая себя славой или безславіемъ подъ названіемъ Казуистики, имѣетъ свое начало въ различіи между Смертнымъ и Обыкновеннымъ грѣхомъ. Естественное желаніе избѣгнуть страшной отвѣтственности, когда приходилось называть извѣстный поступокъ смертнымъ грѣхомъ, а равно и понятное желаніе пособить римско-католической церкви въ ея столкновеніяхъ съ протестантизмомъ путемъ устраненія неудобоприложимой теоріи, побудило авторовъ Казуистической философіи изобрѣсть утонченную систему критеріума, съ цѣлью выдѣлить безнравственные поступки въ возможно большемъ числѣ случаевъ изъ категоріи смертныхъ грѣховъ и помѣстить ихъ въ число обыкновенныхъ. Судьба этой попытки имѣла обычный конецъ такого рода попытокъ. Мы видимъ, что различія, установленныя казуистами, давъ возможность западному духовенству примѣнить духовный контроль ко всѣмъ разнообразнымъ проявленіямъ человѣческой личности, въ дѣй-

ствительности доставили ему такое вліяніе на государей, государственныхъ людей и полководцевъ, о какомъ люди не имѣли понятія до временъ Реформаціи; но въ то же время мы видимъ, что эти различія значительно и самымъ дѣйствительнымъ образомъ способствовали великой реакціи, пріостановившей и съузившей первые успѣхи Протестантизма. Казуистика въ этой попыткѣ—начавъ съ того, что не устанавливала, а только обходила, не открывала принциповъ, а только избѣгала постулатовъ, не опредѣляла сущности добра и зла, а опредѣляла только что не было зломъ извѣстнаго рода—шла впередъ тѣмъ же путемъ, изощряясь все болѣе и болѣе въ своихъ утонченныхъ толкованіяхъ, и дошла наконецъ до такого измельчанія нравственныхъ побужденій человѣческихъ дѣйствій и такъ очернила нравственныя побужденія человѣческаго существа, что совѣсть человѣческая возстала возмущенная и осудила какъ систему, такъ и ея проповѣдниковъ. Ударъ, давно уже ожидаемый былъ окончательно нанесенъ «Письмами изъ Провинціи» Паскаля; со времени появленія этихъ достопамятныхъ статей ни одинъ моралистъ, пользующійся малѣйшимъ вліяніемъ или славой, не рѣшался открыто повести свои умозрѣнія по стопамъ Казуистовъ. Такимъ образомъ все поле этической науки было исключительно предоставлено писателямъ, послѣдовавшимъ за Гроціемъ, и до сихъ поръ наука эта носитъ на себѣ въ значительной степени слѣды того сплетенія съ Римскимъ правомъ, которое въ иныхъ случаяхъ считается недостаткомъ, а въ другихъ величайшимъ изъ достоинствъ теоріи Гроція. Со временъ Гроція многіе изслѣдователи измѣнили его принципы и многіе, разумѣется, совершенно отказались отъ нихъ съ появленіемъ критической философіи; даже тѣ, которые наиболѣе отдалились отъ основныхъ положеній Гроція, переняли многое изъ его метода изложенія, его порядка мысли и его способа изъясненія; но все это имѣетъ мало или вовсе не имѣетъ значенія для лица незнакомаго съ Римской юриспруденціей.

Я уже сказалъ выше, что за исключеніемъ естественныхъ

наукъ нѣтъ ни одной отрасли знанія, на которой бы такъ мало отразилось Римское право, какъ на Метафизикѣ. Причина этому заключается въ томъ, что разсужденія по предметамъ Метафизики всегда велись на греческомъ языкѣ, сначала на чисто греческомъ, а впослѣдствіи на латинскомъ нарѣчіи, точно построенномъ для выраженія греческихъ понятій. Новѣйшіе языки были приспособлены къ метафизическимъ изслѣдованіямъ только путемъ принятія упомянутаго латинскаго нарѣчія, или путемъ подражанія процессу, которому первоначально слѣдовали при образованіи его. Источникомъ фразеологіи, которымъ постоянно пользовались въ новѣйшія времена для метафизическихъ разсужденій служили латинскіе переводы Аристотеля съ заимствованіями изъ арабскихъ толкованій или безъ нихъ, но въ которыхъ задача переводчика заключалась не въ отыскиваніи аналогичныхъ выраженій въ какой нибудь части латинской литературы, а въ построеніи законовъ изъ латинскихъ корней такого подбора словъ и фразъ, которыя бы выражали греческія философскія идеи. При такомъ процессѣ, терминологія Римскаго права могла оказать очень мало вліянія; развѣ только весьма немногіе латинскіе юридическіе термины, да и то въ измѣненномъ видѣ вошли въ метафизическій языкъ. Но въ то же время достойно замѣчанія, что всякій разъ, какъ Метафизика бралась за разрѣшеніе задачъ, которыя всего болѣе занимали умы Западной Европы, мысль, если не языкъ указываетъ на сродство съ юриспруденціей. Мало вещей въ исторіи философіи представляется мнѣ болѣе знаменательнымъ, чѣмъ тотъ фактъ, что ни одинъ народъ, говорившій по гречески не задавался серіозно разрѣшеніемъ такихъ вопросовъ, какъ Свобода Воли и теорія Предопредѣленія. Я не предполагаю представлять здѣсь вкратцѣ объясненіе этого явленія, но считаю весьма важнымъ то обстоятельство, что ни греки и ни одинъ народъ, говорившій и думавшій на ихъ языкѣ, никогда не высказывалъ малѣйшей склонности къ созданію философіи права. Юридическая наука была создана римлянами, и вопросъ о

Свободѣ Воли возникаетъ самъ собою, когда мы станемъ разсматривать метафизическое понятіе съ юридической точки зрѣнія. Затѣмъ мы спрашиваемъ себя, какъ могъ явиться вопросъ о тождественности между собою неизмѣннаго послѣдствія и неизбѣжной связи? Я могу только замѣтить, что Римское право по мѣрѣ своего дальнѣйшаго развитія выказывало все большее и большее стремленіе считать законныя послѣдствія, связанныя съ законными причинами, неумолимою неизбѣжностью,—стремленіе, которое всего нагляднѣе выказывается въ слѣдующемъ опредѣленіи Обязательства, уже не разъ приведенномъ мною: «Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei».

Но понятіе Свободной Воли было теологическимъ прежде, чѣмъ сдѣлалось философскимъ и если на терминахъ видно вліяніе юриспруденціи, то потому, что юриспруденція въ свою очередь отразилась на Теологіи. Этотъ важный пунктъ изслѣдованія никогда не былъ выясненъ съ достаточною ясностью. Трудно еще рѣшить, служила ли когда юриспруденція медіумомъ, черезъ который разсматривались теологическіе принципы и снабжая особымъ языкомъ, особымъ способомъ разсужденія и особымъ рѣшеніемъ многихъ житейскихъ задачъ открывала ли юриспруденція новые пути, гдѣ бы могли излиться и расшириться теологическія умозрѣнія. Чтобы разрѣшить этотъ вопросъ необходимо принять во вниманіе то, на чемъ уже почти согласились лучшіе писатели относительно внутренняго содержанія впервые заимствованнаго теологіей Всѣми признано, что греческій языкъ былъ самымъ раннимъ языкомъ Христіанской церкви, и что задачи, которыя она впервые поставила себѣ были тѣ, къ которымъ проложила путь греческая фолософія въ своей позднѣйшей формѣ. Греческая метафизическая литература заключала въ себѣ единственный запасъ словъ и идей, изъ которыхъ умъ человѣческій могъ заимствоваться способами веденія глубокихъ контроверсій относительно Божественныхъ Лицъ, Божественной Субстанціи и Божественнаго Естества. Латинскій языкъ и

сухая латинская философія не могли служить для подобной цѣли и согласно съ этимъ западныя и говорящія по латыни провинціи Имперіи принимали выводы получившіеся на Востокѣ безъ всякихъ споровъ и не подвергая ихъ критикѣ. «Латинское Христіанство,» говоритъ Dean Milman, «приняло вѣру, которая едва могла быть выражена въ соотвѣтствующихъ терминахъ на его скудномъ и сухомъ словарѣ. Принятіе Римомъ и Западомъ догматической системы, выработанной болѣе основательной теологіей восточныхъ богослововъ, имѣло скорѣе характеръ пассивнаго согласія, чѣмъ здраваго и самобытнаго изслѣдованія этихъ тайнъ. Латинская церковь была ученицей и вѣрной послѣдовательницей Аѳанасія.» Но когда отдѣленіе Востока и Запада сдѣлалось замѣтнѣе и Западная Имперія, говорящая на латинскомъ языкѣ, начала жить своею собственною интеллектуальною жизнью, ея поклоненіе Востоку сразу уступило мѣсто разсматриванію многочисленныхъ вопросовъ совершенно чуждыхъ восточному умотрѣнію. «Въ то время, когда греческая теологія (Milman, *Latin Christianity*, Preface, 5) продолжала еще съ большею противъ прежняго утонченностью заниматься опредѣленіемъ Божественности и естества Христа», — «когда нескончаемая полемика затянулась еще болѣе, извергая изъ ослабленнаго общества секту, за сектой», — Западная церковь отдалась съ страстнымъ увлеченіемъ новаго рода спорамъ, которые отъ тѣхъ дней до нашихъ никогда не теряли своего интереса для любаго изъ народовъ, державшихся латинскаго вѣроисповѣданія. Природа Грѣха и передача его по наслѣдству — долгъ присущій человѣку и его выполненіе — необходимость и возможность Искупленія — и выше всего явное противорѣчіе между Свободой Воли и Божественнымъ Провидѣніемъ — таковы были пункты, по которымъ Западъ принялся вести споры съ такою же горячностью, съ какою Востокъ разсматривалъ положенія своей вѣры. Но тутъ представляется вопросъ, почему по обѣимъ сторонамъ линіи, раздѣлявшей греческія провинціи отъ латинскихъ, мы встрѣчаемъ два рода теологи

ческихъ проблемъ, такъ разительно противоположныхъ одинъ отъ другого. Историки церкви близко подошли къ рѣшенію этого вопроса, замѣтивъ что новыя проблемы были «практичнѣе» и менѣе умозрительны, чѣмъ тѣ проблемы, которыя произвели несогласія въ Восточномъ Христіанствѣ; но ни одинъ изъ этихъ историковъ, насколько мнѣ извѣстно, не дошелъ до окончательнаго рѣшенія вопроса. Съ своей стороны я смѣло рѣшаюсь утверждать, что разница между этими двумя теоологическими системами вполнѣ объясняется тѣмъ фактомъ, что теологическая теорія при своемъ переходѣ съ Востока на Западъ перешла изъ области греческой метафизики въ область Римскаго права. Нѣсколько столѣтій передъ тѣмъ, какъ эти контроверсіи получили пресобладающее развитіе, вся умственная дѣятельность западныхъ римлянъ была исключительно направлена на юриспруденцію. Они старались создать особый подборъ принциповъ къ всевозможнымъ комбинаціямъ, въ которыя только могутъ сложиться житейскія отношенія. Никакая посторонняя цѣль или стремленіе не отвлекала ихъ отъ этой всепоглащающей задачи, для выполненія которой у нихъ былъ подъ рукою всѣ средства: словарь настолько же точный сколько и обильный, запасъ общихъ положеній, касавшихся обыденной жизни и болѣе или менѣе провѣренныхъ опытомъ, и строгая нравственная философія. Они естественно должны были выбрать изъ Христіанства то, что представляло нѣкоторое подобіе съ тѣмъ родомъ умозрѣній, къ которымъ они привыкли, и, вступивъ въ этую новую область умозрѣній, они не могли не внести въ нее юридическаго элемента, вслѣдствіи долгаго занятія правомъ. Почти всякій, кто настолько знакомъ съ Римскимъ правомъ, чтобы оцѣнить римскую систему наказаній, римскую теорію обязательствъ, возникающихъ изъ Договора или Деликта, римскій взлядъ на Долги и способы совершенія, погашенія и передачи ихъ, и наконецъ римское понятіе о продленіи индивидуальнаго существованія посредствомъ Универсальнаго Преемства, можетъ безошибочно опредѣлить откуда явился тотъ складъ мысли,

которому оказались такъ сродны проблемы западной теологіи, откуда взялась фразеологія, посредствомъ которой были выражены эти проблемы, и откуда былъ заимствованъ способъ разсужденія при ихъ рѣшеніи. Слѣдуетъ только принять во вниманіе, что Римское право, внѣдрившееся въ западную мысль, не было ни архаической системой древняго Рима, ни обрѣзаннымъ и сокращеннымъ правомъ византійскихъ императоровъ; еще менѣе походило оно на ту массу правилъ, почти зарытыхъ чуждыми новѣйшими доктринами, носящихъ названіе Новѣйшаго Гражданскаго права. Я говорю собственно о философскомъ правѣ, выработанномъ великими юристами временъ Антониновъ, о которомъ мы можемъ только отчасти составить себѣ понятіе изъ Пандектовъ Юстиніана. Система эта можетъ быть названа почти безошибочной за исключеніемъ развѣ того недостатка, что она стремилась къ большей степени изящества, точности и опредѣленности, чѣмъ эти свойства могутъ быть присущи тѣмъ предѣламъ, въ которые людскіе законы стремятся заключить людскія дѣйствія.

Невѣжеству Англичанъ въ Римскомъ правѣ,—въ которомъ они открыто сознаются а иногда даже вмѣняютъ себѣ въ заслугу, — слѣдуетъ главнымъ образомъ приписать тотъ фактъ, что многіе изъ значительныхъ и извѣстныхъ англійскихъ писателей рѣшились пустить въ ходъ одинъ изъ самыхъ несостоятельныхъ парадоксовъ, относительно умственнаго состоянія общества во времена Римской Имперіи. Вслѣдъ за ними и другіе стали прямо утверждать, какъ бы не сознавая крайности такого положенія, что, отъ конца Августовой эпохи до пробужденія общаго интереса къ вопросамъ Христіанской вѣры, умственныя силы образованнаго міра были совершенно парализованы. Между тѣмъ мы встрѣчаемся тутъ съ двумя предметами мышленія,—единственными быть можетъ за исключеніемъ естественныхъ наукъ,—которые могутъ занять собою всѣ силы и способности нашего ума. Однимъ изъ этихъ предметовъ была Метафизика, незнающая предѣловъ, пока умъ человѣческій довольствуется работой въ самомъ себѣ, другимъ

предметомъ было Право, которое также обширно, какъ дѣянія человѣка. Случилось такъ, что въ указанный періодъ въ провинціяхъ, гдѣ господствовалъ греческій языкъ общество отдалось изученію метафизики, а въ провинціяхъ, гдѣ господствовалъ латинскій языкъ, — изученію права. Я не стану распространяться здѣсь о результатахъ умозрительной философіи въ Александріи и на Востокѣ, но скажу съ полною увѣренностью, что наука, занимавшая въ то время Римъ и Западъ, могла восполнить собою отсутствіе всякаго другаго умственнаго занятія, и прибавлю къ этому, что получившіеся результаты на сколько извѣстно, вполнѣ соотвѣтствовали тому долгому и исключительному вниманію, какое было устремлено на этотъ предметъ. Только юристъ по профессіи въ состояніи вполнѣ оцѣнить сколько умственныхъ силъ индивидовъ можетъ быть вообще поглощено правомъ, но для простаго смертнаго не нужно особеннаго труда, чтобы понять, почему умы въ Римѣ были въ такой сильной степени заняты юриспруденціей. «Успѣхъ *) извѣстнаго общества въ юриспруденціи, равно какъ и прогрессъ его во всякой другой области изслѣдованій зависитъ отъ продолжительнаго хода развитія юриспруденціи при одинаковыхъ условіяхъ; главнѣйшія изъ этихъ условій заключаются въ суммѣ тѣхъ умственныхъ усилій, какія нація посвящаетъ одному и тому же предмету, а равно и въ продолжительности этихъ усилій». Въ настоящемъ случаѣ комбинація причинъ, какъ прямыхъ, такъ и косвенныхъ, способствующихъ усовершенствованію и успѣхамъ науки, продолжала дѣйствовать относительно римской юриспруденціи во все продолженіе періода между XII таблицами и распаденіемъ Имперіи; и эти причины дѣйствовали съ удивительною правильностью безъ всякихъ перерывовъ и постоянно увеличиваясь въ силѣ и числѣ. Мы не должны забывать, что всякая нація въ ранній періодъ своего развитія ирежде всего посвящаетъ себя изученію своихъ законовъ. Какъ только умъ дѣлаетъ первыя

*) Cambridge Essays, 1856.

сознательныя усилія къ обобщенію, случаи повседневной жизни прежде всего подводятся подъ общія правила и общедоступныя формулы. Склонность къ такому занятію, къ которому обращены всѣ умственныя силы юнаго общества, вначалѣ представляется какъ бы безграничною; но это прекращается съ теченіемъ времени. Монополіи права въ умственной области полагается предѣлъ. Толпа на утреннемъ пріемѣ великаго римскаго юрисконсульта все болѣе и болѣе уменьшается. Студенты правовѣды въ Англіи считаются уже сотнями, а не тысячами. Искусство, Литература, Наука и Политика потребовали свою долю умственныхъ усилій націи; но занятіе правомъ, ограниченное кругомъ профессіи не сдѣлалось узкимъ или незначительнымъ, а напротивъ по прежнему привлекало къ себѣ людей, какъ выгодами, которыя оно доставляло, такъ и существенными достоинствами самой науки права. Рядъ совершившихся перемѣнъ представляется еще поразительнѣе въ Римѣ нежели въ Англіи. Къ концу Республики право было единственною областью, гдѣ могло проявиться дарованіе, за исключеніемъ развѣ такихъ спеціальныхъ способностей, какъ талантъ полководца. Но съ вѣкомъ Августа въ Римѣ наступаетъ новая ступень умственнаго развитія, какъ у насъ въ Англіи съ воцареніемъ Елизаветы. Всѣмъ извѣстно, какіе блестящіе результаты далъ этотъ періодъ въ прозѣ и поэзіи, но слѣдуетъ замѣтить, что помимо успѣховъ въ изящной литературѣ въ то время уже замѣчаются тутъ и тамъ нѣкоторые признаки, служащіе какъ бы предвѣстниками будущихъ успѣховъ въ естественныхъ наукахъ. Однако на этомъ пунктѣ и кончается сходство исторіи умственнаго развитія Римскаго государства съ тѣми путями, какимъ слѣдовалъ съ тѣхъ поръ умственный прогрессъ въ другихъ государствахъ Европы. Краткій разцвѣтъ, такъ называемой, собственно Римской литературы прекращается подъ вліяніемъ различныхъ причинъ, которыя могутъ быть отчасти объяснены, но мы считаемъ излишнимъ разсматривать ихъ теперь, такъ какъ онѣ отвлекли бы насъ отъ нашей главной задачи. Мы видимъ затѣмъ, что

умы древнихъ Римлянъ были насильственно обращены на старый путь и право опять становится исключительною сферою, дѣятельности таланта, точно такъ какъ въ тѣ дни, когда римляне относились съ презрѣніемъ къ философіи и поэзіи и считали ихъ пустою забавою неразвитаго народа. Чтобы понять какого рода внѣшнія побужденія заставляли человѣка съ выдающимися способностями дѣлаться юрисконсультомъ въ императорскій періодъ, стоитъ только присмотрѣться внимательно къ тому, что ему представлялось на практикѣ при выборѣ профессіи. Онъ могъ сдѣлаться учителемъ риторики, начальникомъ пограничныхъ постовъ или же панегиристомъ. Помимо этого, единственною открытою для него сферою дѣятельности была область права. Этимъ путемъ онъ могъ достигнуть богатства, славы, высшихъ должностей, доступа въ совѣтъ монарха—и даже быть можетъ самаго престола.

Выгоды, предоставляемыя изученіемъ юриспруденціи. были такъ велики, что во всѣхъ частяхъ Имперіи существовали школы правовѣдѣнія и даже въ самой родинѣ Метафизики. Хотя перенесеніе столицы имперіи въ Византію дало замѣтный толчокъ къ изученію права на Востокѣ, но тѣмъ не менѣе юриспруденція никогда не имѣла тамъ первенствующаго значенія. Языкомъ права была латинь,—нарѣчіе чуждое восточной половинѣ Имперіи. На одномъ Западѣ право было не только занятіемъ честолюбцевъ, но и поглащало собою всю умственную дѣятельность общества. Занятіе греческой философіей было не болѣе, какъ временною модою у образованнаго класса въ самомъ Римѣ, и когда создалась восточная столица и имперія распалась на двое, отдаленіе западныхъ провинцій отъ греческой философіи и ихъ исключительное поклоненіе праву получило еще болѣе рѣшительный характеръ, чѣмъ когда либо. Но лишь только западныя провинціи, выйдя изъ подъ греческаго вліянія, вздумали создать свою собственную теологію, то эта теологія оказалась пропитанною формальными юридическими идеями и построенною на юридической фразеологіи. Не подлежитъ сомнѣнію, что эта юридиче-

ская подкладка легла глубоко въ основу западной теологіи. Впослѣдствіи рядъ новыхъ греческихъ теорій и философія Аристотеля проложили себѣ путь на Западъ и поглотили собою его собственныя доктрины. Но во времена Реформаціи, когда западъ частью освободился изъ подъ ихъ вліянія, онъ тотчасъ же замѣстилъ юриспруденціей образовавшіеся пробѣлы. Трудно сказать, которая изъ двухъ: религіозная ли система Кальвина или религіозная система Арминіанъ отлачается наиболѣе юридическимъ характеромъ.

Громадное вліяніе, какое оказали римляне своеобразнымъ ученіемъ о Договорѣ на соотвѣтствующій отдѣлъ новѣйшаго права, скорѣе относится къ исторіи позднѣйшей юриспруденціи, чѣмъ къ Древнему Праву составляющему предметъ настоящаго сочиненія. Вліяніе это дало себя почувствовать только тогда, когда Болонская школа положила основаніе юридической наукѣ новѣйшей Европы. Но тотъ фактъ, что Римляне еще до паденія своей имперіи придали такое широкое развитіе понятію Договора, получилъ важное значеніе несравненно раннѣе упомянутаго періода. Феодализмъ, какъ я уже не разъ говорилъ, былъ смѣсью древнихъ варварскихъ обычаевъ и Римскаго права; и это пока единственное объясненіе, которое можетъ устоять противъ критики и даже оказывается сколько нибудь удобопонятнымъ. Раннія соціальныя формы феодальнаго періода мало чѣмъ отличаются отъ обыкновенныхъ товариществъ, въ которыя повсюду соединяются первобытные люди. Ленное помѣстье было органически настоящимъ братствомъ сотоварищей, которыхъ имущественныя и личныя права были неразрывно связаны между собою. Оно имѣло много общаго, какъ съ Индійской Сельской Общиной такъ и съ Шотландскимъ кланомъ. Но при этомъ мы находимъ въ немъ нѣкоторыя черты, которыхъ мы никогда не встрѣчаемъ въ товариществахъ, которыя самопроизвольно составляются людьми только-что вступающими на путь цивилизаціи. Связь архаическихъ обществъ опирается не на точныхъ правилахъ, а на чувствѣ или пожалуй можно даже сказать на инстинктѣ; вновь по-

ступающіе въ братство отдаваясь тому же инстинкту, истекавшему изъ понятія кровнаго родства, прибѣгали къ фикціи, чтобы попасть въ число кровныхъ родственниковъ. Между тѣмъ связь первыхъ феодальныхъ корпорацій не опиралась на чувствѣ и не подкрѣплялась посредствомъ фикціи. Ихъ связывалъ Договоръ. Корпораціи эти, принимая въ свой составъ новыхъ членовъ договаривались съ ними. Вначалѣ отношенія феодальнаго владѣльца къ его вассаламъ опредѣлялись точнымъ обязательствомъ и лицо, желавшее причислиться къ братству черезъ *вводъ во владѣніе* или *пожалованіе леннымъ помѣстьемъ,* приходило къ ясному пониманію условій, на которыхъ оно допускалось въ братство. Такимъ образомъ феодальные институты отличаются отъ обычаевъ первобытныхъ расъ тѣмъ значеніемъ, какое въ нихъ отводится Договору. Феодальный владѣтель обладалъ многими характеристическими чертами патріархальнаго главы, но его прерогативы были ограничены многими установившимися обычаями, которыхъ мы можемъ доискаться въ тѣхъ точныхъ условіяхъ, какія поставлялись при всякомъ вводѣ во владѣніе леннымъ помѣстьемъ. Отсюда истекаютъ главныя отличія, которыя не позволяютъ намъ сопоставить феодальныя общества съ архаическими. Феодальныя общества заключали въ себѣ больше задатковъ прочности и больше разнообразія; они отличаются большею прочностью, потому что точныя правила менѣе подвержены разрушенію, чѣмъ инстинктивныя привычки; они были разнообразнѣе потому что договоры, на которыхъ они основывались были до мельчайшихъ подробностей принаровлены къ житейскимъ условіямъ и желаніямъ лицъ, передававшихъ или жаловавшихъ свои земли. Это послѣднее обстоятельство можетъ служить указаніемъ въ какой степени требуютъ провѣрки ходячія мнѣнія о происхожденіи новѣйшаго общества. Уже много разъ было высказано такое положеніе, что неправильности и разнообразіе въ складѣ новѣйшей цивилизаціи были порождены могучимъ геніемъ германскихъ расъ, не поддающихся никакимъ правиламъ и въ противоположность

этому не разъ сопоставляли скучную рутину Римской Имперіи. Въ дѣйствительности Имперія завѣщала новѣйшему обществу юридическія понятія, которымъ слѣдуетъ приписать все упомянутое разнообразіе; а относительно варварскихъ обычаевъ и институтовъ можно только сказать, что если они и представляли какую нибудь характеристическую особенность, то это ихъ крайнее однообразіе.

ГЛАВА X

Первоначальная Исторія Деликта и Преступленія.

Тевтонскіе кодексы, включая сюда и законы нашихъ англо-саксонскихъ предковъ, остаются единственными собраніями архаическихъ свѣтскихъ законовъ, которыя могутъ дать намъ точное понятіе о ихъ первоначальномъ размѣрѣ. Хотя дошедшіе до насъ отрывки римскаго и эллинскаго законодательствъ достаточно показываютъ ихъ общій характеръ, но они однако не настолько сохранились, чтобы мы съ увѣренностью могли опредѣлить ихъ дѣйствительный объемъ и соотношеніе ихъ частей между собою. Но вообще всѣ извѣстные намъ сборники древнихъ законовъ, заключаютъ въ себѣ характеристическую черту, которая значительно отличаетъ ихъ отъ системъ позднѣйшаго права. Соотношеніе между Гражданскимъ и Уголовнымъ правомъ представляетъ чрезвычайное различіе. Въ германскихъ кодексахъ размѣры той части, которая обнимаетъ Гражданское право, крайне ничтожны по сравненію съ той частью, которая касается Уголовнаго закона. Преданіе о жестокихъ наказаніяхъ, налагаемыхъ законами Дракона, показываетъ, что и они заключали въ себѣ тѣ же характеристическія черты. Въ однихъ только XII Таблицахъ, которыя были созданы обществомъ, одареннымъ высшимъ юридическимъ геніемъ и отличавшимся болѣе мягкими нравами,

гражданскіе законы представляютъ нѣчто подобное съ ихъ новѣйшими образцами; но и здѣсь 'дается относительно значительный просторъ способамъ удовлетворенія за вредъ, хотя и не въ такой степени, чтобы его можно было назвать громаднымъ. Вообще, мнѣ кажется, слѣдуетъ принять за правило, что, чѣмъ древнѣе кодексъ, тѣмъ полнѣе и подробнѣе изложенъ въ немъ уголовный отдѣлъ. Это явленіе было не разъ замѣчаемо и объяснялось безъ сомнѣнія въ значительной степени вѣрно, обычнымъ господствомъ насилія въ корпораціяхъ, которыя впервые придали своимъ законамъ письменную форму. Законодатель ставилъ размѣры составныхъ частей своей системы въ соотвѣтствіе съ частымъ повтореніемъ извѣстныхъ случаевъ въ варварской жизни. Но я считаю это объясненіе не вполнѣ достаточнымъ. Слѣдуетъ принять во вниманіе, что сравнительная скудость Гражданскаго права въ старинныхъ сборникахъ находится въ связи съ другими характеристическими чертами древней юриспруденціи, которыя уже были разобраны нами въ настоящемъ изслѣдованіи. Девять десятыхъ Гражданскаго права, примѣняемаго на практикѣ въ цивилизованныхъ обществахъ, касаются Личнаго Права, Права Собственности, Наслѣдства и Договора Понятно, что область этихъ отдѣловъ права должна съуживаться по мѣрѣ того, какъ мы будемъ приближаться къ дѣтскому періоду соціальнаго братства. Личное Право, которое есть ничто иное, какъ законы о Status должно было заключаться въ самыхъ тѣсныхъ предѣлахъ, пока всѣ формы Status были поглощены всеобщимъ подчиненіемъ Отеческой Власти, пока Жена была безправна передъ своимъ Мужемъ, Сынъ передъ Отцомъ, и Дитя подъ опекою передъ Агнатами, которые были его опекунами. Подобнымъ же образомъ, правила относящіяся къ Собственности и Преемству никогда не были полными до тѣхъ поръ, пока поземельная и движимая собственность передавалась только членамъ рода и даже если раздѣлялась, то не иначе какъ въ средѣ родоваго круга. Но самый большій пробѣлъ въ древнемъ Гражланскомъ правѣ

заключается въ отсутствіи Договора, о которомъ вовсе не упоминаютъ нѣкоторыя изъ архаическихъ кодексовъ, тогда какъ другіе явно свидѣтельствуютъ о незрѣлости нравственныхъ понятій, служащихъ основаніемъ Договору, такъ какъ его мѣсто замѣняютъ выработанныя законоположенія о Присягахъ. Всѣ эти обстоятельства не могли имѣть вліянія на уголовный законъ въ смыслѣ сокращенія и поэтому, если быть можетъ слишкомъ смѣло будетъ сказать, что младенчество націй есть само по себѣ періодъ необузданнаго насилія, то мы все таки будемъ въ состояніи понять, почему новѣйшее отношеніе Уголовнаго закона къ Гражданскому является въ древнихъ кодексахъ въ обратномъ видѣ.

Я уже говорилъ, что первобытная юриспруденція, даетъ Уголовному праву первенство, неизвѣстное въ позднѣйшія времена. Названіе Уголовное право употреблено здѣсь въ виду большаго удобства, но наблюденіе надъ древними кодексами указываетъ, что собственно нельзя назвать настоящимъ Уголовнымъ правомъ тѣ положенія, которыя въ такомъ большомъ количествѣ встрѣчаются въ древнихъ кодексахъ. Всѣ цивилизованныя системы допускаютъ различіе между противозаконными дѣйствіями, направленными противъ государства и общества и противозаконными дѣйствіями направленными противъ отдѣльныхъ лицъ. Я назову эти два рода правонарушеній, преступленіями и проступками (crimina и delicta), хотя эти два термина не всегда употреблялись въ такомъ значеніи. Уголовный законъ древнихъ обществъ не есть законъ о преступленіяхъ; это законъ о вредоносныхъ дѣйствіяхъ, или употребляя англійское техническое выраженіе, это законъ о вредѣ (Torts). Потерпѣвшее лицо вчиняло искъ противъ лица, причинившаго ему вредъ, посредствомъ обыкновеннаго гражданскаго иска и получало удовлетвореніе въ видѣ денежной пени въ случаѣ успѣха. Если обратиться къ Комментаріямъ Гая, къ тому мѣсту гдѣ онъ изслѣдуетъ уголовное законодательство, основанное на XII Таблицахъ, то окажется, что во главѣ

гражданскихъ правонарушеній, признаваемыхъ римскими законами, стояло Furtum или Воровство. Правонарушенія, которыя мы привыкли исключительно считать *преступленіями*, у Римлянъ разсматривались только въ смыслѣ *вреда*, и не только одно воровство, но и грабежъ и насильственный захватъ чужой вещи ставятся юрисконсультомъ наравнѣ съ личнымъ оскорбленіемъ, пасквилемъ и клеветой. Всѣ эти виды правонарушенія могли одинаково породить Обязательство или vinculum juris и всѣ они могли оплачиваться денежной пеней. Эта особенность всего яснѣе обнаруживается въ общихъ законахъ германскихъ племенъ. Въ нихъ установляется безъ единаго исключенія обширная система денежныхъ вознагражденій за убійство и за малыми исключеніями такая же значительная система вознагражденія за меньшія обиды. «По Англо-Саксонскому праву,—пишетъ М-ръ Кембль (Anglo Saxons, i. 177)»—полагалась извѣстная сумма за жизнь всякаго свободнаго человѣка сообразно его сану, и соотвѣтствующая сумма за каждую рану, которая могла быть нанесена ему, и приблизительно за всякій вредъ, который могъ быть нанесенъ его правамъ, чести или спокойствію; сумма увеличивалась сообразно случайнымъ обстоятельствамъ.» Пени эти очевидно считались важнымъ источникомъ дохода; въ высшей степени сложныя правила нормировали право на нихъ и обязанность платить ихъ, и какъ уже было говорено выше, онѣ часто передавались по наслѣдству крайне-своеобразнымъ образомъ, если онѣ не были выплачены при жизни лица, которое имѣло на нихъ право. Такимъ образомъ, здѣсь основаніемъ *деликта*, *противозаконнаго дѣйствія* или *вреда* является понятіе, что вредъ нанесенъ лицу, а не государству и потому можно утверждать что въ дѣтскомъ періодѣ юриспруденціи защита гражданина отъ насилія и обмана зависѣла не отъ закона о Преступленіи, но отъ закона о Вредѣ.

Слѣдовательно понятіе о Вредѣ имѣло широкое развитіе въ первобытной юриспруденціи. Слѣдуетъ прибавить, что въ

него включались и Грѣхи. Безполезно было бы распространяться о томъ, что тоже было и въ тевтонскихъ кодексахъ, потому что эти кодексы въ той формѣ, въ какой они дошли до насъ, были составлены или передѣланы христіанскими законодателями. Но также вѣрно и то, что и нехристіанскіе сборники архаическихъ законовъ облагали уголовнымъ послѣдствіемъ извѣстнаго рода дѣйствія или опущенія, считая ихъ нарушеніями божественныхъ предписаній или повелѣній. Законъ, примѣнявшійся въ Аѳинахъ Ареопагомъ, было вѣроятно исключительно религіознымъ кодексомъ, а въ Римѣ повидимому съ очень давнихъ временъ жреческое право облагало наказаніемъ прелюбодѣяніе, святотатство, а быть можетъ и убійство.

Слѣдовательно въ Аѳинахъ и въ Римскомъ Государствѣ существовали законы, наказававшіе за *грѣхи*, и рядомъ съ ними были также и законы, наказывавшіе за *вредъ*. Понятіе о преступленіи противъ божества породило законоположенія перваго рода; понятіе о преступленіи противъ ближняго породило вторыя; но идеи преступленія противъ Государства или общества въ совокупности послужили основаніемъ къ созданію настоящей уголовной юриспруденціи.

Однако не слѣдуетъ предпологать, чтобы такое простое и элементарное понятіе, какъ понятіе о вредѣ нанесенномъ Государству, было чуждо какому бы то ни было первобытному обществу. Скорѣе можно думать, что самое разнообразіе, съ которымъ это понятіе проводится на практикѣ, является причиной, задерживающей первоначальное развитіе Уголовнаго права. Во всякомъ случаѣ, когда римское общество считало себя оскорбленнымъ, аналогія между этой обидой и обидой нанесенной отдѣльному индивиду проводилась съ абсолютною буквальностью, и Государство мстило за себя отдѣльнымъ актомъ лицу, причинившему вредъ. Въ результатѣ выходило, что въ дѣтскомъ періодѣ общественной жизни всякое правонарушеніе, существенно затрогивающее спокойствіе Государ-

ства или его выгоды, наказывалось отдѣльнымъ законодательнымъ актомъ. Первоначально о *crimen* или Преступленіи, составилось понятіе, какъ о дѣяніи, влекущемъ за собою такія важныя послѣдствія, что Государство, вмѣсто того, чтобы предоставить его вѣдѣнію гражданскаго трибунала или духовнаго суда, издавало спеціальный законъ или privillegium противъ совершителя преступленія. Такимъ образомъ, всякій обвинительный актъ принималъ форму закона о наказаніяхъ и преступленіяхъ и уголовное преслѣдованіе *преступника* было процедурой совершенно особенной, совершенно неправильной, совершенно независимой отъ установленныхъ правилъ или установившихся условій. Слѣдовательно—какъ по причинѣ того, что высшимъ трибуналомъ, отправлявшимъ правосудіе въ данномъ случаѣ было само Государство, такъ и по причинѣ того, что никакая классификація предписанныхъ или запрещенныхъ дѣяній не была возможна,—въ данную эпоху не могло существовать общаго Закона о Преступленіяхъ, не могло существовать Уголовнаго права. Процедура была тождественна по формамъ съ изданіемъ обыкновеннаго статута; она приводилась въ дѣйствіе тѣми же лицами и велась съ точно такою же торжественностью. Слѣдуетъ замѣтить, что когда впослѣдствіи развилось правильное Уголовное право съ своимъ аппаратомъ Судовъ и должностныхъ лицъ для отправленія уголовнаго правосудія, старая процедура, по прежнему точно примѣнялась на практикѣ, но когда этотъ порядокъ потерялъ силу, римскій народъ навсегда удержалъ за собою право наказывать спеціальнымъ закономъ оскорбленія его величія. Человѣку знакомому съ классическимъ міромъ будетъ лишнимъ напоминать, что точно такимъ же образомъ аѳинскій законъ о Наказаніяхъ и Преступленіяхъ, или *εἰσαγγελία* пережилъ установленіе правильныхъ трибуналовъ. Извѣстно также, что когда свободные люди Тевтонскаго племени собирались между собою для изданія законовъ, они также требовали себѣ власти наказывать особенно позорныя преступленія или преступленія людей вы-

сокаго положенія. Такова была между первымъ уголовная юрисдикція англо-саксонскаго народнаго собранія.

Есть основаніе думать, что указанное мною различіе древняго и новаго взгляда на уголовный законъ существуетъ только на словахъ. Мнѣ могутъ возразить, что общество, помимо своего вмѣшательства въ наказаніе преступленій законодательнымъ путемъ, съ самыхъ древнихъ временъ вмѣшивалось черезъ посредство своихъ судовъ, призывая виновнаго къ удовлетворенію за причиненное имъ зло; а если это было такъ, то можно предположить, что общество нѣкоторымъ образомъ чувствовало себя оскорбленнымъ его поступкомъ. Но какъ бы ни казался строго послѣдовательнымъ такой выводъ въ новѣйшія времена, весьма сомнительно, чтобы къ нему въ дѣйствительности пришли люди древнихъ временъ. Какъ мало имѣло связи понятіе объ оскорбленіи общества съ вмѣшательствомъ Государства *черезъ посредство его судовъ*, въ древнія времена можно видѣть изъ того обстоятельства, что судопроизводство при первобытномъ отправленіи юстиціи было точнымъ подражаніемъ тому, какъ приблизительно могутъ вести себя въ частной жизни поссорившіяся лица, которыя не прочь помириться. Магистратъ держалъ себя такимъ образомъ, что его поведеніе, какъ можно болѣе напоминало поведеніе частнаго посредника, случайно призваннаго для рѣшенія спора.

Во избѣжаніе того, чтобы это положеніе не было принято за чистую выдумку съ моей стороны, я приведу здѣсь слѣдующее доказательство: Самымъ древнимъ, извѣстнымъ намъ порядкомъ судопроизводства является римское Legis Actio sacramenti, изъ котораго, какъ оказывается изъ многихъ данныхъ, образовался позднѣйшій римскій законъ объ Искахъ. Гай тщательно описываетъ этотъ церемоніалъ. Какъ бы безцѣльнымъ и смѣшнымъ не казался намъ этотъ церемоніалъ съ перваго взгляда, но немного нужно труда, чтобы понять и истолковать его извѣстнымъ образомъ.

Предметъ спора предполагается находящимс въ судѣ.

Если это движимое имущество, то оно находится тамъ въ дѣйствительности, если недвижимое, то на его мѣсто приносится въ судъ кусокъ или часть взятая изъ этого недвижимаго имущества, если земля, то комъ земли, если домъ—одинъ какой-нибудь кирпичъ. Въ примѣрѣ, приведенномъ у Гая, дѣло идетъ о рабѣ. Процедура начинается съ того, что къ судьѣ подходитъ истецъ съ прутомъ въ рукахъ, который по точному толкованію Гая долженъ былъ означать копье. Онъ налагаетъ руку на раба и заявляетъ свое право на него словами: «Hunc ego hominem ex Jure Quiritium meum esse dico secundum suam causam sicut dixi»; и затѣмъ со словами, «Ecce tibi Vindictam imposui» притрагивается до раба прутомъ. Отвѣтчикъ производитъ тѣ же дѣйствія и тѣлодвиженія. Затѣмъ Преторъ останавливаетъ его и проситъ тяжущихся отойти: «Mittite ambo hominem». Они повинуются и истецъ спрашиваетъ отвѣтчика о причинѣ его вмѣшательства: «Postulo anne dicas quâ ex causa vindicaveris», вопросъ, на который отвѣтчикъ возражаетъ новымъ заявленіемъ своего права; Jus peregi sicut vindictam imposui». Послѣ этого истецъ предлагаетъ извѣстную сумму денегъ, называемую Sacramentum въ видѣ залога въ справедливости его иска: «Quando tu injuriâ provocasti, Daeris Sacramento te provoco», а отвѣтчикъ со словами: «Similiter ego te» принимаетъ залогъ. Слѣдующая затѣмъ процедура производилась уже безъ всякихъ формальностей. Преторъ при этомъ бралъ обеспеченіе Sacramentum, которое всегда шло въ государственную казну.

Эта процедура была въ древности неизбѣжнымъ началомъ каждаго римскаго иска. Мнѣ кажется, что нельзя не согласиться съ мнѣніемъ тѣхъ, которые видятъ въ этомъ драматизацію первоначальной Юстиціи. Двое вооруженныхъ людей спорятъ о владѣніи какою-нибудь собственностью. Преторъ, vir pietate gravis, случайно проходя мимо, вступается, чтобы остановить споръ. Спорившіе излагаютъ ему свое дѣло и соглашаются, чтобы онъ былъ посредникомъ между ними, усло-

вившись предварительно, чтобы проигравшій дѣло, помимо уступки предмета спора, заплатилъ извѣстную сумму третейскому судьѣ, въ видѣ вознагражденія за его трудъ и потерю времени. Упомянутое объясненіе было бы менѣе вѣроятнымъ, еслибы по странному совпаденію, церемонія описанная у Гая, какъ неизбѣжный ходъ процедуры въ Legis Actio, не оказалась существенно одинаковою съ однимъ изъ двухъ сюжетовъ, которые по описанію Гомера были изображены богомъ Гефестомъ на одномъ отдѣленіи Щита Ахиллеса. Въ сценѣ тяжбы, изображенной Гомеромъ и какъ бы намѣренно приведенной имъ, чтобы выставить характеристическія особенности первобытнаго общества, споръ идетъ не о владѣніи собственностью, а о пенѣ за убійство. Одно изъ тяжущихся лицъ утверждаетъ, что оно уже выплатило слѣдуемую сумму; другое, — что оно никогда не получало ее. Однако изъ изображенныхъ тутъ подробностей, награда назначенная судьямъ, представляетъ наибольшее соотвѣтствіе съ древнимъ римскимъ обычаемъ. Посреди лежатъ два таланта золота въ награду тому, кто объяснитъ основанія рѣшенія къ наибольшему удовлетворенію присутствующихъ. Величина этой суммы по сравненію съ ничтожной суммой Sacramentum, по моему мнѣнію, указываетъ на различіе между неустановившимся обычаемъ и обычаемъ, принявшимъ прочную форма закона. Сцена, описанная поэтомъ, заключаетъ въ себѣ нѣкоторыя чрезвычайно характеристическія но въ то же время еще чисто случайныя черты гражданской жизни въ героическомъ періодѣ, черты, которыя въ самомъ же началѣ гражданскаго процесса обратились въ правильныя, обычныя и установленныя закономъ формальныя тяжбы. Такимъ образомъ оказывается совершенно естественнымъ, чтобы въ Legis Actio вознагражденіе судьѣ низведено было до умѣренной суммы, и чтобы сумма эта не присуждалась одному изъ посредниковъ по народному одобренію, а выплачивалась Государству, котораго представителемъ являлся Преторъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что случаи

такъ живо описанные Гомеромъ и Гаемъ съ соблюденіемъ грубаго техническаго языка имѣютъ въ сущности одно и то же значеніе; въ подтвержденіе этого я могу прибавить, что многіе юристы, наблюдавшіе за древними судебными обычаями новѣйшей Европы, пришли къ тому убѣжденію, что штрафы, налагаемые Судами на обидчиковъ были первоначально Sacramenta. Государство не брало съ отвѣтчика пени за зло, которое предполагалось нанесеннымъ Государству, но требовало себѣ только извѣстной доли вознагражденія слѣдуемаго истцу, въ видѣ справедливаго возмездія за потерю времени и безпокойство. М-ръ Кембль именно это значеніе и приписываетъ Англо-саксонскому bannum или fredum.

Въ древнемъ правѣ мы находимъ еще и другія доказательства тому, что первые отправители правосудія подражали предполагаемымъ дѣйствіямъ лицъ, затѣявшихъ частный споръ. При опредѣленіи убытковъ, которые должны были быть вознаграждены, отправители правосудія придерживались размѣра того удовлетворенія, какого по ихъ соображеніямъ могло требовать потерпѣвшее лицо при данныхъ условіяхъ. Этимъ всего лучше объясняется чрезвычайное различіе между наказаніями, налагаемыми древнимъ закономъ на преступниковъ схваченныхъ на мѣстѣ совершенія преступленія и преступниковъ, пойманныхъ по истеченіи значительнаго періода времени. Нѣкоторые любопытные образчики этого своеобразнаго явленія встрѣчаются въ законахъ о Кражѣ въ древнемъ Римскомъ правѣ. Законы XII Таблицъ дѣлили Воровство на Явное и Тайное (furtum manifestum и furtum nec manifestum) и назначали чрезвычайно различныя наказанія за преступленіе, смотря по тому, подходило ли оно подъ тотъ или другой пунктъ. Явнымъ воромъ назывался тотъ, который былъ схваченъ въ домѣ, въ которомъ онъ совершалъ воровство, или тотъ, который былъ схваченъ съ украденною вещью въ моментъ, когда онъ собирался отнести ее въ безопасное мѣсто; законы XII Таблицъ осуждали его на смерть, если онъ

уже былъ рабомъ, а свободнаго человѣка они обращали въ въ раба того лица, которому принадлежала украденная вещь. Тайнымъ воромъ былъ тотъ, котораго схватили при какихъ либо иныхъ обстоятельствахъ, кромѣ вышеописанныхъ; и древній кодексъ налагалъ на такого преступника только денежную пеню въ размѣрѣ двойной цѣны украденнаго. Во времена Гая крайняя строгость XII Таблицъ относительно Явнаго Воровства естественно подверглась значительному смягченію, но законъ держался стараго принципа, наказывая его пенею въ размѣрѣ четвертной цѣны украденной вещи, между тѣмъ, какъ Тайный Воръ по прежнему платилъ только двойную. Древній законодатель вѣроятно разсуждалъ такимъ образомъ, что потерпѣвшій собственникъ, будучи предоставленъ самому себѣ, вѣроятно сгоряча наложилъ бы на вора совершенно иное наказаніе, чѣмъ то, какимъ бы онъ довольствовался, еслибы воръ былъ открытъ по истеченіи значительнаго промежутка времени, и вѣсы правосудія были принаровлены къ такого рода расчету. Принципъ этотъ оказывается совершенно одинаковымъ съ тѣмъ, какому слѣдовали англо-саксонскіе и другіе германскіе кодексы, допускавшіе, чтобы воръ, изловленный или схваченный съ добычею въ рукахъ, былъ повѣшенъ и обезглавленъ на мѣстѣ, и въ то же время налагавшіе полное наказаніе за убійство на всякаго, кто убивалъ вора по истеченіи извѣстнаго срока съ момента совершенія проступленія. Это различіе, проводимое древними, невольно заставляетъ насъ обратить вниманіе на громадную разницу между развитымъ новѣйшимъ правомъ, и правомъ въ его первобытномъ видѣ. Новѣйшему отправителю правосудія представляется одна изъ труднѣйшихъ задачъ, когда ему приходится опредѣлять степень виновности въ преступленіяхъ. Не трудно рѣшить, что такой-то человѣкъ виновенъ въ убійствѣ, кражѣ и двоеженствѣ, но часто бываетъ крайне трудно рѣшить въ какой степени онъ виновенъ нравственно и слѣдовательно какого размѣра наказанія онъ заслуживаетъ. Едва ли есть возможность

представить себѣ всѣ тѣ затрудненія въ объясненіи и въ анализѣ мотивовъ, которые неизбѣжно встрѣтятся намъ, если мы сдѣлаемъ попытку установить этотъ пунктъ во всей точности; согласно съ этимъ, новѣйшее право все болѣе и болѣе стремится къ тому, чтобы по возможности воздерживаться отъ постановки положительныхъ правилъ по этому предмету. Во Франціи суду присяжныхъ предоставляется рѣшить: сопровождается ли признанное ими преступленіе смягчающими обстоятельствами; въ Англіи въ настоящее время судьѣ дается почти безграничный просторъ въ выборѣ наказаній; между тѣмъ какъ въ другихъ государствахъ въ этихъ случаяхъ всегда имѣется въ запасѣ крайнее средство противъ злоупотребленій въ правѣ Помилованія, которое всегда бываетъ предоставлено Высшему Судьѣ. Любопытно прослѣдить, какъ мало люди первобытныхъ временъ тревожились подобными сомнѣніями, въ какой степени были увѣрены въ томъ, что побужденія потерпѣвшаго лица могутъ служить настоящей мѣркой возмездія, которое онъ имѣлъ право требовать, и какъ они буквально старались подражать возбужденію и ослабленію страстей его въ установленіи размѣра наказанія. Однако и до сихъ поръ многія изъ новѣйшихъ системъ права допускаютъ такой фактъ, что при опредѣленіи размѣра наказанія преступнику, схваченному на мѣстѣ преступленія, принимается во вниманіе то чрезвычайное наказаніе, которое было наложено на него лицомъ потерпѣвшимъ отъ преступленія — снисхожденіе, которое, хотя и можетъ показаться поучительнымъ поверхностному наблюдателю, въ сущности основывается на нравственности весьма низкаго свойства.

Ничто, какъ уже сказано выше, не можетъ быть проще тѣхъ причинъ, которыя напослѣдокъ привели первобытныя общества къ созданію настоящаго Уголовнаго права. Государство считало себя оскорбленнымъ и Народное Собраніе прямо поражало преступника, руководствуясь тѣмъ побужденіемъ, которое лежало въ основаніи его законодательнаго дѣйствія.

Затѣмъ мы можемъ съ полной достовѣрностью сказать о древнемъ мірѣ, — хотя это будетъ не вполнѣ справедливо по отношенію къ новѣйшему — что первобытные уголовные суды были только отдѣленіями или коммиссіями законодательной власти. Таково, во всякомъ случаѣ заключеніе, къ какому приводитъ насъ исторія права двухъ великихъ народовъ древности, заключеніе, которое въ одномъ случаѣ можетъ быть названо достаточно яснымъ, а въ другомъ абсолютно очевиднымъ. Первобытные уголовные законы Аѳинянъ отчасти ввѣряли наказаніе преступленій Архонтамъ, которые повидимому наказывали преступленія, какъ *вредъ* и отчасти Ареопагу, который наказывалъ ихъ, какъ *грѣхи*. Въ сущности обѣ юрисдикціи перешли подъ конецъ къ Heliaea или Высшему Суду Народной Юстиціи, а обязанности Архонтовъ и Ареопага стали чисто служебными и потеряли всякое значеніе. Но «Heliaea» есть только старое слово для обозначенія собранія, Heliaea классическихъ временъ было просто Народнымъ Собраніемъ, созваннымъ для судебныхъ цѣлей, а знаменитыя дикастеріи въ Аѳинахъ были только его отдѣленіемъ. Соотвѣтствующія этому перемѣны, происшедшія въ Римѣ, могутъ быть объяснены еше съ меньшимъ трудомъ, потому что римляне ограничивали свои опыты законами о наказаніяхъ и не строили подобно Аѳинянамъ народныхъ судовъ, какъ гражданскихъ, такъ и уголовныхъ. Исторія римскаго Уголовнаго права начинается съ древнихъ Judicia Populi, въ которыхъ, какъ говорятъ, предсѣдательствовали цари. Это были просто торжественные суды надъ важными преступниками облеченные въ законодательныя формы. Однако съ самаго ранняго періода Comitia передавала по временамъ свою уголовную юрисдикцію Quæstio или Коммиссіи, которая имѣла то же отношеніе къ народному собранію, какое выборные Палаты Общинъ имѣютъ къ самому Парламенту съ тою только разницей, что римскіе Коммиссіонаріи или Quaestores не только *докладывали* Comitia, но и на дѣлѣ пользо-

вались всѣми тѣми правами, какими обыкновенно пользовалась Comitia, даже до произнесенія приговора надъ Обвиняемымъ. Quæstio этого рода назначалось только для суда надъ отдѣльнымъ преступникомъ, но ничто не мѣшало двумъ или тремъ Quæstiones засѣдать одновременно, и весьма вѣроятно, что, когда накоплялось разомъ нѣсколько важныхъ случаевъ злодѣяній противъ общества, одновременно назначалось нѣсколько такихъ Quæstiones. Существуютъ указанія, что иногда эти Quæstiones представляли большое сходство съ нашими *Постоянными* Коммиссіями въ томъ, что они назначались періодически и даже не выжидая случая возникновенія какого-нибудь важнаго преступленія. Древніе Quæstores Parricidii, которые упоминаются въ связи съ самыми старинными дѣлами этого рода, посылались для суда (или, какъ думаютъ нѣкоторые, для судебнаго слѣдствія и суда) во всѣхъ случаяхъ отцеубійства и убійства и были правильно назначаемы ежегодно. Равнымъ образомъ по мнѣнію нѣкоторыхъ писателей Duumviri Perduellionis, или Коммиссія Двухъ также назначалась періодически для суда важныхъ проступковъ, направленныхъ противъ Государства. Передача власти должностнымъ лицамъ этого рода, составляетъ уже дальнѣйшую ступень въ развитіи Уголовнаго права. Они уже не назначались, какъ прежде, только *въ случаѣ* преступленій совершенныхъ противъ государства, а напротивъ того, имъ предоставлялась общая хотя и временная юрисдикція надъ преступленіями, которые *могли* быть совершены. Приближеніе къ построенію правильной системы Уголовнаго права видно въ томъ, что вводятся общіе термины «Parricidium» и «Perduellio», которые указываютъ на приближеніе чего то-похожаго на классификацію преступленій.

Однако настоящее Уголовное право возникло не ранѣе В. С. 149, когда Л. Кальпурній Пизонъ далъ дѣйствіе закону извѣстному подъ названіемъ: Lex Calpurnia de Repetundis. Законъ этотъ примѣнялся къ случаямъ Repetunda-

rum Pecuniarum, т. е. притязаній провинціаловъ на возвращеніе денегъ, неправильно присвоенныхъ правителемъ провинціи; но главное и наиважнѣйшее значеніе этого статута заключается въ установленіи перваго Quæstio Perpetua. — Quæstio Perpetua стало Постоянной Коммиссіей въ противоположность тѣмъ, которыя были назначаемы на случай или временно. Это былъ правильный уголовный судъ, котораго существованіе начиналось отъ выхода въ свѣтъ создавшаго его закона и продолжалось до тѣхъ поръ, пока не издавался другой законъ уничтожавшій его. Члены Quæstio Perpetua не были спеціально назначаемы, какъ члены прежнихъ Quæstiones, но въ законѣ, устанавливавшемъ Quæstio Perpetua былъ установленъ порядокъ выбора судей, поступавшихъ на должность только изъ извѣстныхъ классовъ, и возобновленія ихъ состава. Въ этомъ законѣ точно обозначались роды преступленій, подлежащіе его вѣдѣнію и новое Quæstio имѣло власть судить и произносить приговоръ въ будущемъ надъ всѣми лицами, которыхъ дѣйствія подходили подъ опредѣленія преступленій заключавшіяся въ законѣ. Слѣдовательно это былъ правильный уголовный судъ прилагавшій настоящее Уголовное право.

Первобытная исторія Уголовнаго права дѣлится въ своемъ развитіи на четыре ступени. Если мы примемъ такое положеніе, что понятіе о *Преступленіи* въ отличіе отъ понятія о злѣ или *вредѣ* и отъ понятія *Грѣха*, заключаетъ въ себѣ идею оскорбленія государства или общества въ совокупности, мы увидимъ, что вначалѣ государство, буквально сообразуясь съ этимъ понятіемъ, или непосредственно или путемъ отдѣльныхъ актовъ вступалось въ эти дѣла, чтобы отомстить виновнику совершенной несправедливости. Избравъ подобную отправную точку, мы находимъ что тутъ каждое обвиненіе есть законъ о наказаніяхъ и преступленіяхъ, спеціальный законъ, указывающій на преступника и опредѣляющій ему наказаніе. *Вторая* ступень развитія исторіи Уголовнаго права завер-

шается тогда, когда умноженіе преступленій заставляетъ законодательство передать свою власть особымъ Quæstiones или Коммиссіямъ, изъ которыхъ каждая назначается для изслѣдованія отдѣльнаго обвиненія, а если обвиненіе будетъ доказано, то для наказанія отдѣльнаго преступника. Затѣмъ дѣлается еще шагъ впередъ, когда законодательство не дожидаясь случая совершенія преступленія для назначенія Quæstio, періодически назначало коммиссіонаріевъ подобныхъ Quæstores Parricidii и Duumviri Perduellionis на случай совершенія извѣстнаго рода преступленій и въ ожиданіи, что они *будутъ* совершены. *Послѣдняя* ступень достигается тогда, когда Quæstiones изъ періодическихъ и случайныхъ становятся постоянными Судами или Палатами, — гдѣ судьи уже назначаются не посредствомъ отдѣльнаго закона, назначавшаго коммиссію, а по извѣстнымъ установившимся правиламъ, по которымъ они должны избираться на всѣ будущія времена извѣстнымъ способомъ и изъ извѣстнаго класса; — дѣйствія же людей въ этихъ правилахъ описываются по ихъ признакамъ въ общихъ выраженіяхъ и называются преступленіями, которыя въ случаѣ ихъ совершенія должны подлежать поименованнымъ наказаніямъ, назначеннымъ для каждаго изъ нихъ.

Если бы Quæstones Perpetuæ просуществовали дольше, то на нихъ безъ сомнѣнія, стали бы смотрѣть, какъ на отдѣльный институтъ и ихъ отношеніе къ Comitia было бы не болѣе зависимо, чѣмъ отношеніе англійскихъ судовъ къ Монарху, который теоретически считается источникомъ правосудія. Но деспотизмъ римскихъ императоровъ уничтожилъ эти Постоянныя Коммиссіи, прежде чѣмъ окончательно забылось ихъ происхожденіе; а во все время ихъ существованія римляне смотрѣли на нихъ только какъ на учрежденіе, обязанное прилагать ввѣренную ему власть. Завѣдываніе дѣлами о преступленіяхъ считалось естественнымъ аттрибутомъ легислатуры и умъ гражданъ невольно обращался отъ Quæstiones къ Co-

mitia, которая назначала ихъ для отправленія нѣкоторыхъ изъ своихъ неотчуждаемыхъ функцій. Взглядъ, считавшій эти Quæstiones, даже послѣ того, какъ они сдѣлались постоянными, только выборной коммиссіей Народнаго Собранія, подчиненной высшей власти,—имѣлъ нѣкоторыя весьма важныя юридическія послѣдствія, оставившія свой отпечатокъ на Уголовномъ правѣ до самаго поздняго періода. Однимъ изъ непосредственныхъ результатовъ было то, что Comitia продолжала отправлять уголовную юрисдикцію посредствомъ изданія отдѣльныхъ законовъ о преступленіи и наказаніи долгое время спустя послѣ установленія этихъ Quæstiones. Хотя легислатура ввиду удобствъ снизошла до передачи своей власти учрежденіямъ стоявшимъ внѣ ея, но изъ этого не выходило, чтобы она сдавала эту власть окончательно. Comitia и Quæstiones продолжали судить и наказывать преступниковъ, существуя рядомъ; и если до самаго конца республики какое нибудь преступленіе вызывало необычный взрывъ народнаго негодованія, то это неизбѣжно навлекало на виновника обвиненіе передъ Собраніемъ Трибъ.

Въ этой зависимости Quaestiones отъ Comitia слѣдуетъ также искать источника одной изъ самыхъ замѣчательныхъ особенностей институтовъ Республики. Исчезновеніе Смертной Казни изъ уголовной системы Римской Республики было любимымъ общимъ мѣстомъ писателей послѣдняго столѣтія, которые постоянно прибѣгали къ нему, какъ только имъ нужно было установить какую нибудь теорію касательно римскаго характера или новѣйшаго соціальнаго порядка. Причины, которыми всего лучше объясняется это явленіе, прямо показываютъ намъ, что оно было чистою случайностью. Изъ трехъ формъ, какія послѣдовательно принимала римская легислатура, одна, какъ извѣстно, была—Comitia Centuriata, на которую было возложено представительство государства, относительно всего, что касалось военнаго дѣла. Собраніе центурій было облечено всѣмъ тѣмъ правами, которыя предпо-

лагаются присущими полководцу командующими арміей, и въ числѣ ихъ властью налагать на преступника то же самое наказаніе, какому подвергается солдатъ за нарушеніе дисциплины. Слѣдовательно Comitia Centuriata могла налагать и смертную казнь. Ничего подобнаго мы не видимъ въ Comitia Curiata или Comitia Tributa. Въ этомъ пунктѣ онѣ были связаны понятіемъ неприкосновенности, какою религія и законъ облекали римскаго гражданина въ стѣнахъ города, и намъ достовѣрно извѣстно, что вслѣдствіи этого уваженія къ закону у Comitia Tributa установился такой принципъ, что собраніе трибъ могло по большей мѣрѣ налагать только денежную пеню. Пока уголовная юрисдикція ограничивалась легислатурой и пока собраніе центурій и трибъ продолжали пользоваться равною властью, естественно было предпочитать обвиненіе передъ законодательнымъ собраніемъ, налагавшимъ болѣе тяжелыя наказанія; но въ то время случилось такъ, что наиболѣе демократическое собраніе, собраніе трибъ совершенно замѣнило собою всѣ другія и сдѣлалось единственной законодательной властью позднѣйшихъ временъ Республики. Между тѣмъ время упадка Республики было именно тѣмъ періодомъ, когда были установлены Quaestiones Perpetuae, такъ что законы, установившіе ихъ, были изданы такимъ законодательнымъ собраніемъ, которое въ своихъ обыкновенныхъ засѣданіяхъ само не могло наказывать преступника смертью. Такимъ образомъ выходило, что Постоянныя Судебныя Коммиссіи, удерживая ввѣренную имъ власть, были ограничены въ своихъ аттрибутахъ и правахъ границами власти присущей тому собранію, которое назначало ихъ. Они не могли дѣлать ничего такого, чего бы не могло сдѣлать собраніе трибъ, и такъ какъ Собраніе Трибъ не могло приговорить къ смерти, то и Quaestiones были равнымъ образомъ не въ правѣ назначать смертную казнь. Проистекавшая изъ этого аномалія вовсе не возбуждала въ древнія времена чего либо похожаго на то сочувствіе, какимъ она пользовалась въ

новѣйшія времена, и въ самомъ дѣлѣ присмотрѣвшись поближе, мы не беремся рѣшить говоритъ ли это въ пользу римскаго характера, но считаемъ несомнѣннымъ, что отъ этого много потеряло римское государственное устройство. Подобно всякому другому институту, просуществовавшему во все продолженіе исторіи человѣчества, смертная казнь является общественною необходимостью на извѣстныхъ ступеняхъ процесса цивилизаціи. Бываетъ время, когда попытка обойтись безъ нея оскорбляетъ инстинкты, лежащіе въ основѣ всякаго уголовнаго закона. Когда нѣтъ смертной казни, общество чувствуетъ себя неудовлетвореннымъ въ своей мести преступнику и считаетъ, что наложенное на него наказаніе недостаточно, чтобы устрашить другихъ и помѣшать имъ послѣдовать его примѣру. Отсутствіе у римскихъ трибуналовъ права постановлять смертные приговоры явно и непосредственно привело къ тѣмъ страннымъ революціоннымъ періодамъ, извѣстнымъ подъ названіемъ Проскрипцій, въ продолженіи которыхъ формально пріостанавливалось дѣйствіе всякихъ законовъ на томъ только основаніи, что насилію партій не предсталялось другого исхода для мести, которой онѣ жаждали. Никакая другая причина не содѣйствовала такъ сильно ослабленію политической способности въ римскомъ народѣ, какъ это періодическое упраздненіе законовъ; лишь только римскій народъ прибѣгнулъ къ этому, то можно прямо утверждать, что гибель его свободы сдѣлалась просто вопросомъ времени. Еслибы практика римскихъ трибуналовъ доставляла соотвѣтствующій исходъ народнымъ страстямъ, то безъ сомнѣнія формы судебной процедуры въ Римѣ были бы также явно искажены какъ у насъ въ Англіи во времена Стюартовъ, но за то, съ другой стороны, не былъ бы нанесенъ такой глубокій ущербъ національному характеру, и прочность римскихъ институтовъ не была бы ослаблена въ такой сильной степени.

Я упомяну еще о двухъ особенностяхъ Римской Уголов-

ной системы, которыя были продуктомъ той же самой теоріи судебной власти.

Эти особенности заключаются въ чрезвычайномъ множествѣ уголовныхъ судовъ и въ произвольной и аномальной классификаціи преступленій, которою отличалась римское Уголовное право во все продолженіе своей исторіи. Какъ уже сказано выше, каждое Quaestio, какъ постоянное, такъ и всядругое основывалось на отдѣльномъ законѣ. Quaestio получало свою власть отъ создавшаго его закона; оно строго придерживалось границъ, указанныхъ въ уставѣ, и не касалось никакого другого вида преступленій, который не былъ точно опредѣленъ этимъ уставомъ. Такъ какъ всѣ законы, установлявшіе различныя Quaestiones, были вызваны какими нибудь непредвидѣнными случаями и каждый изъ этихъ законовъ былъ фактически изданъ для наказанія преступленій такого рода, которыя по обстоятельствамъ времени казались наиболѣе безнравственными или особенно опасными, то эти узаконенія не имѣли ни малѣйшаго отношенія другъ къ другу и не были связаны никакимъ общимъ принципомъ. Двадцать-тридцать различныхъ уголовныхъ законовъ существовали одновременно при такомъ же числѣ Quaestiones для примѣненія ихъ; во все продолженіе Республики не было сдѣлано никакой попытки, чтобы слить воедино эти отдѣльныя судебныя учрежденія или привести въ гармонію положенія отдѣльныхъ законовъ, создавшихъ эти учрежденія и опредѣлившихъ кругъ ихъ дѣятельности. Состояніе римской уголовной юрисдикціи въ этотъ періодъ представляетъ нѣкоторыя черты сходства съ примѣненіемъ вспомогательныхъ средствъ въ Англіи въ то время когда англійскіе суды Строгаго права еще не расширяли своей подсудности, посредствомъ тѣхъ фиктивныхъ доказательствъ, которыя дали имъ возможность взаимно преступать предѣлы другъ друга. Подобно Quaestiones, судъ Королевской Скамьи, судъ Общихъ Тяжбъ и судъ Казначейства исходили по теоріи отъ верховной власти и каждый изъ нихъ имѣлъ въ своемъ

вѣденіи спеціальный родъ процессовъ, которые предполагались ввѣренными ему источникомъ его юрисдикціи; но при этомъ не слѣдуетъ забывать, что римскихъ Quaestiones было гораздо болѣе трехъ и что несравненно труднѣе различать дѣянія, которыя подлежали вѣденію каждаго Quaestio, чѣмъ различать, гдѣ начинается и гдѣ кончается область каждаго изъ трехъ судовъ въ Westminster Hall. Трудность провести точныя границы между сферами различныхъ Quaestiones, были причиною тому, что множество различныхъ судовъ представляло болѣе, чѣмъ простыя неудобства; такъ напр. мы узнаемъ съ удивленіемъ, что въ тѣхъ случаяхъ гдѣ не сразу выяснялось подъ какую общую категорію слѣдуетъ отнести извѣстные проступки даннаго лица, то противъ него одновременно или одинъ за другимъ могло быть на удачу возбуждено преслѣдованіе въ нѣсколькихъ Комиссіяхъ съ тѣмъ, что авось одна изъ нихъ признаетъ себя компетентною произнести приговоръ; хотя осужденіе однимъ Quaestio исключало юрисдикцію остальныхъ Quaestiones, но оправданіе однимъ изъ Quaestiones не могло служить гарантіей отъ обвиненія въ другомъ. Это уже было прямымъ противорѣчіемъ правилу римскаго Гражданскаго права, и не подлежитъ сомнѣнію, что римляне, замѣчавшіе малѣйшія аномаліи, (или, какъ они рельефно выражались, *неизящности* въ юриспруденціи) постарались бы устранить ихъ въ возможно скоромъ времени, еслибы тому не помѣшала печальныя условія Quaestiones, заставлявшія смотрѣть на нихъ болѣе, какъ на временное орудіе въ рукахъ партіи, чѣмъ на постоянные институты для отправленія уголовной юстиціи. Римскіе императоры вскорѣ положили конецъ многочисленности судовъ и столкновеніямъ въ юрисдикціи; но замѣчательно, что они вмѣстѣ съ тѣмъ не устранили еще одной особенности Уголовнаго права, стоявшей въ тѣсной связи съ многочисленностью судовъ. Классификація преступленій даже въ Corpus Juris Юстиніана оказывается крайне произвольною. Каждое Quaestio de facto огра-

ничивалось разборомъ преступленій, ввѣренныхъ ему установившимъ его закономъ. Эти же преступленія поставлены были вмѣстѣ въ первоначальномъ законѣ только потому, что они одновременно требовали наказанія въ моментъ появленія этого закона. Такимъ образомъ, они могли не имѣть между собою ничего общаго; но тотъ фактъ, что они составили собою особый предметъ процессовъ передъ особымъ Quaestio естественно обратилъ на себя вниманіе общества и укрѣпилъ въ его умѣ связь между преступленіями, означенными въ извѣстномъ отдѣльномъ законѣ, такъ что, когда Сулла и императоръ Августъ сдѣлали формальную попытку положить основаніе Римскому Уголовному праву, удержана была прежняя классификація преступленій. Законы Суллы и Августа послужили основаніемъ уголовной юриспруденціи Имперіи, и едвали найдется что нибудь болѣе странное, какъ нѣкоторыя изъ классификацій, завѣщанныхъ Имперіи этими законами. Стоитъ только въ видѣ примѣра указать на тотъ фактъ, что *клятвопреступленіе* ставилось всегда на ряду съ *зарѣзаніемъ, нанесеніемъ раны* и *отравленіемъ*, на томъ основаніи, что по закону Суллы, Lex Cornelia de sicariis et Veneficis, судъ надъ этими тремя видами преступленій былъ порученъ одной и той же постоянной Комиссіи. Это произвольное группированіе преступленій отразилось и на самомъ языкѣ римлянъ. Народъ естественно усвоиваетъ себѣ привычку обозначать преступленія, перечисленныя въ одномъ какомъ нибудь законѣ, первымъ изъ названій, употребленныхъ въ спискѣ, и это названіе даетъ направленіе суду, вѣденію котораго подлежатъ всѣ преступленія помѣщенныя въ спискѣ. Такимъ образомъ всѣ проступки, судимые въ Quaestio de Adulteriis назывались Прелюбодѣяніемъ.

Я счелъ нужнымъ описать подробнѣе исторію и характеристическіе признаки римскихъ Quaestiones потому, что этимъ всего нагляднѣе объясняется развитіе уголовной юриспруденціи. Послѣднія Quaestiones были добавлены императоромъ

Августомъ и съ этихъ поръ римляне имѣли уже до извѣстной степени законченное уголовное законодательство. Совмѣстно съ его развитіемъ продолжался аналогичный этому процессъ, который, какъ я сказалъ выше, состоялъ въ обращеніи Вредныхъ Дѣйствій въ Преступленія, потому что, хотя римская легислатура не уничтожала гражданскихъ взысканій, но при наиболѣе тяжкихъ проступкахъ, она предлагала потерпѣвшему лицу удовлетвореніе, которое онъ могъ бы несомнѣнно предпочесть. Однако и послѣ окончанія Августова законодательства, многіе изъ проступковъ, — которые новѣйшія общества исключительно считаютъ преступленіями, — въ римскомъ обществѣ продолжались по прежнему разсматриваться только какъ Вредныя Дѣйствія, и стали наказываться какъ преступленія только въ гораздо позднѣйшій, но неопредѣленный періодъ времени, когда законъ началъ обращать вниманіе на новаго рода проступки, называемые въ Дигестахъ *crimina extraordinaria*. Это былъ безъ сомнѣнія тотъ разрядъ поступковъ, которыя теорія Римскаго права считала не болѣе, какъ вредными дѣйствіями; но усилившееся сознаніе достоинства присущаго всякому обществу побудило римское общество къ требованію, чтобы лица совершившія подобные проступки подвергались болѣе тяжелому наказанію, чѣмъ возмѣщеніе матеріальныхъ убытковъ; согласно съ этимъ потерпѣвшему лицу дозволено было, если онъ того пожелаетъ, преслѣдовать подобные проступки, какъ преступленія *extra ordinem*, т. е. способомъ, отступавшимъ въ томъ или другомъ отношеніи отъ обыкновенной процедуры. Начиная съ періода, когда были впервые признаны эти crimina extraordinaria, списокъ преступленій въ Римскомъ государствѣ сдѣлался также длиненъ, какъ и въ любомъ изъ государствъ новѣйшихъ временъ.

Было бы совершенно излишнимъ описывать здѣсь сколько нибудь подробно способъ примѣненія уголовной юстиціи въ Римской Имперіи, но слѣдуетъ замѣтить, что она оказала громадное вліяніе на новѣйшее общество, какъ въ теоріи, такъ

и на практикѣ. Императоры не сразу уничтожили Quaestiones; они сперва предоставили широкую уголовную юрисдикцію Сенату, въ которомъ, (какъ бы рабски-угодливымъ не показало себя это учрежденіе на дѣлѣ), римскій императоръ былъ номинально такимъ же сенаторомъ, какъ всѣ остальные. Но съ самаго-же начала римскіе императоры изъявили притязаніе на право нѣкотораго рода уголовной юрисдикціи, которая все болѣе и болѣе расширялась къ ущербу старыхъ судовъ, по мѣрѣ того какъ слабѣли воспоминанія о республиканской свободѣ. Мало по малу наказаніе преступленій передано было магистратамъ, которые прямо назначались императоромъ, а права сената перешли къ частному императорскому Совѣту, который сдѣлался также высшей аппеляціонной инстанціей для уголовныхъ дѣлъ. Подъ вліяніемъ всѣхъ этихъ условій незамѣтно образовалась доктрина, усвоенная новѣйшими народами, что государь есть начало всякаго Правосудія и источникъ всякой милости. Въ Римѣ эта доктрина была не столько продуктомъ усилившейся угодливости и рабства, сколько слѣдствіемъ централизаціи въ имперіи, которая въ это время дошла до своего окончательнаго развитія. Теорія уголовной юстиціи фактически вернулась опять къ своей отправной точкѣ. Она начала съ того положенія, что общество въ совокупности само обязано мстить за нанесенный ему вредъ, и кончила доктриной, что наказаніе преступленій спеціальнымъ образомъ принадлежитъ монарху, какъ представителю и уполномоченному своего народа. Новый взглядъ главнымъ образомъ отличается отъ стараго тѣмъ благоговѣніемъ и величіемъ, какимъ это понятіе окружило особу монарха какъ блюстителя правосудія.

Позднѣйшій римскій взглядъ на отношеніе монарха къ правосудію безъ сомнѣнія не мало способствовалъ тому, что новѣйшія общества не были поставлены въ необходимость пройти черезъ всѣ тѣ перемѣны, какія были описаны мною въ исторіи Quaestiones. Въ первобытномъ правѣ почти всѣхъ

народовъ, населявшихъ западную Европу, мы встрѣчаемъ слѣды архаическаго понятія, что наказаніе преступленій принадлежитъ общему собранію свободныхъ людей; а въ нѣкоторыхъ государствахъ—и въ томъ числѣ въ Шотландіи—можно прослѣдить сродство существующихъ судовъ съ выборными комиссіями законодательнаго собранія. Развитіе Уголовнаго права новѣйшей Европы было ускорено двумя причинами: традиціями Римской Имперіи и вліяніемъ Церкви. Съ одной стороны традиціи величія цезарей, продолженныя временнымъ возвышеніемъ дома Карла Великаго, окружили монарха обаяніемъ, котораго инымъ способомъ никогда не могъ бы достичь у варваровъ глава племени, и сообщили самому мелкому феодальному государю характеръ блюстителя общественнаго порядка и представителя государства. Съ другой стороны Церковь, желая обуздать кровожадную жестокость людей того времени, искала такого авторитета, на который бы можно было сослаться для наказанія болѣе важныхъ преступленій и нашла его въ тѣхъ мѣстахъ св. Писанія, гдѣ говорится съ одобреніемъ о правѣ наказывать преступленія предоставленномъ свѣтскому судьѣ. Дѣлались ссылки на Новый Завѣтъ въ доказательство того, что свѣтскіе правители существуютъ на страхъ злодѣямъ, а также и на Ветхій Завѣтъ, такъ какъ тамъ говорится: «Кто прольетъ кровь человѣческую, кровь того человѣкомъ будетъ пролита». Не подлежитъ сомнѣнію, что новѣйшія идеи о преступленіи основаны на двухъ предположеніяхъ, за которыя боролась Церковь въ мрачный періодъ Среднихъ Вѣковъ: первое, что каждый феодальный правитель въ своемъ званіи можетъ быть пріуравненъ римскимъ магистратамъ, о которыхъ говоритъ св. Павелъ, а второе, что преступленія, которыя онъ долженъ былъ наказывать суть тѣ самыя, которыя запрещались въ заповѣдяхъ Моисея или скорѣе тѣ изъ этихъ послѣднихъ, которыя церковь не удерживала въ своемъ собственномъ вѣденіи. Ересь, которая предполагалась упомянутою въ первой и второй заповѣдяхъ,

прелюбодѣяніе и клятвопреступленіе были церковными преступленіями и церковь допускала только содѣйствіе свѣтской власти для наложенія болѣе строгаго наказанія при квалифицированныхъ видахъ преступленій. Въ то же время она учила, что убійство и грабежъ съ ихъ различными видоизмѣненіями должны подлежать юрисдикціи свѣтскихъ властей, не въ силу ихъ положенія, а по точному повелѣнію Божьему.

Въ сочиненіяхъ короля Альфреда (Kemble, ii. 209) встрѣчается одно мѣсто, которое чрезвычайно наглядно рисуетъ борьбу различныхъ идей, господствовавшихъ въ то время, относительно происхожденія уголовной юрисдикціи. Видно, что Альфредъ частью приписываетъ ее церковной власти, частью же власти Witan'a, между тѣмъ, какъ онъ въ точныхъ выраженіяхъ требуетъ для измѣны противъ владыки того же отступленія отъ обыкновенныхъ правилъ, какое римскій законъ Majestas установлялъ въ случаѣ измѣны цезарю. «Послѣ того,—пишетъ онъ—какъ многія націи приняли христіанскую вѣру, многіе соборы собрались по всей землѣ, и собрались такіе же соборы святыхъ епископовъ и ихъ высокаго Witan'a въ англійскомъ народѣ послѣ принятія христіанской вѣры. Эти соборы опредѣлили, что исходя изъ того милосердія, которому училъ Христосъ, свѣтскіе владыки съ ихъ дозволенія могутъ безъ грѣха брать за всякій проступокъ *денежную* пеню, какую сами опредѣлятъ; исключенія полагаются въ случаяхъ измѣны противъ владыки, при которой они не рѣшились, быть можетъ, предписывать милосердія, такъ какъ Всемогущій Господь не оказывалъ его тѣмъ, которые пренебрегли имъ, какъ равно и Христосъ не оказалъ его тѣмъ, кто продалъ его на смерть, и повелѣлъ, чтобы владыкъ почитали какъ его самаго».

КОНЕЦЪ.