

*Многу вартісній
Венісній Милостивій
Увостову*

Проф. І. А. Покровскій.

від автора.

ЕСТЕСТВЕННО-ПРАВОВЫЯ ТЕЧЕНІЯ

ВЪ ИСТОРИИ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія Б. М. Вольфа, Невскій, 126 (уг. Суворовскаго пр.).

1909.



Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданскаго права.

I.

Съ конца XIX столѣтія въ области юриспруденціи замѣчается любопытное явленіе, извѣстное подъ именемъ „*возрожденія естественнаго права*“ ¹⁾. Идея естественнаго права, казавшаяся окончательно раздавленной побѣднымъ шествіемъ исторической школы, возсталла вдругъ снова въ самыхъ разнообразныхъ формахъ и снова начала играть вліятельную роль въ юридическомъ мышленіи.

Такое неожиданное возрожденіе вызываетъ справедливый и вполне понятный интересъ къ самой этой идеѣ, къ ея основному содержанію и къ той роли, которую она можетъ сыграть въ дальнѣйшемъ развитіи юриспруденціи. И уже не съ историческимъ только любопытствомъ приходится вглядываться теперь въ прошлое этой идеи. Въ старыхъ, казалось, забытыхъ ученіяхъ о *jus naturale* начинаютъ слышаться живые голоса, присоединяющіеся къ спорящимъ о живыхъ вопросахъ голосамъ современности.

Наука гражданскаго права также не осталась въ сторонѣ отъ этого движенія. И здѣсь въ разнообразныхъ вопросахъ, часто въ самой ихъ постановкѣ, сказывается та же тенденція—иногда вполне опредѣленно, а иногда въ болѣе или

¹⁾ Объ этомъ возрожденіи см. въ русской литературѣ: В. М. Гессенъ. „Возрожденіе естественнаго права“, рѣчь, помѣщенная въ Отчетъ по Юридическому Обществу при Сиб. Университетѣ за 1902 г.; *его же* статья „О наукѣ права“ въ Сборникѣ „Введеніе въ изученіе социальныхъ наукъ“ (Библіотека самообразованія, изд. Бр. Клаузе-Ефронъ), 1903 г.—Проф. П. И. Новгородцевъ. Статья „Правовенный идеализмъ въ философіи права“ въ Сборникѣ „Проблемы идеализма“, 1902 г.

менѣе скрытомъ, замаскированномъ видѣ. Въ виду этого и передъ современнымъ цивилистомъ встаетъ тотъ же вопросъ: чему служила идея естественнаго права въ прошломъ и что несетъ она съ собой въ его спеціальную область гражданскаго права въ будущемъ?

Къ сожалѣнію, вопросъ о естественномъ правѣ до сихъ поръ интересовалъ, главнымъ образомъ, только представителей публичнаго права. Наука гражданскаго права не имѣетъ работъ, въ которыхъ ея *professo* разсатривался бы вопросъ о вліяніи естественно-правовыхъ ученій на разрѣшеніе важнѣйшихъ граждански-правовыхъ проблемъ. Восполненіе этого крупнаго пробѣла въ современной теоріи гражданскаго права могло бы явиться предметомъ самостоятельной—не легкой, но чрезвычайно плодотворной работы.

Однако, жизнь не ждетъ, и уже теперь, передъ лицомъ несомнѣннаго факта возрожденія естественно-правовой тенденціи, современный цивилистъ не можетъ не чувствовать потребности окинуть объединяющимъ мысленнымъ взоромъ все то, хотя бы неполное и слишкомъ общее, чѣмъ онъ въ настоящее время располагаетъ.

II.

Не будемъ останавливаться на томъ, какъ идея естественнаго права, т. е. нѣкотораго порядка, вытекающаго изъ самой природы, а потому совершеннаго и идеальнаго, и въ качествѣ таковаго противопоставляемаго правопорядку положительному, зародилась еще въ глубокой древности въ ученіяхъ греческихъ мыслителей. Не будемъ говорить и о томъ, какъ затѣмъ эта идея подъ вліяніемъ греческой философіи проникла въ ученія римскихъ юристовъ и какое значеніе имѣло для этихъ послѣднихъ какъ *jus naturale*, такъ и его отголосокъ, его по выраженію Voigt'a, „эхо“—*aequitas*. Извѣстно, что конечною цѣлью всякой дѣятельности въ области права они считали осуществленіе этой *aequitas*, и самое право опредѣляли, какъ *ars boni et aequi* 2).

2) См. для всего этого Voigt. Die Lehre vom *jus naturale* etc. Въ особенности Bd. I (1856).

Обо всемъ этомъ, какъ объ общеизвѣстномъ, намъ нѣтъ необходимости распространяться. Отмѣтимъ здѣсь только слѣдующее, небезразличное для дальнѣйшаго, обстоятельство. Неизбѣжно возникающій при признаніи *jus naturale* вопросъ о томъ, въ какомъ же отношеніи должно находиться это *jus naturale* къ положительному праву и, въ частности, что изъ нихъ должно имѣть практическій перевѣсъ при ихъ конфликтѣ, вопросъ этотъ не нашелъ у римскихъ юристовъ яснаго и опредѣленнаго разрѣшенія ³⁾. Это, конечно, объясняется тѣмъ, что тяжесть подобныхъ конфликтовъ въ высокой степени умѣрялась для нихъ постоянной возможностью обращенія къ *imperium* претора („*actionem dandam puto*“ etc.), который *in concreto* не былъ связанъ нормами писанаго закона. Какъ бы то ни было, но вмѣстѣ съ идеей *jus naturale* римскіе юристы оставили въ наслѣдство и этотъ неразрѣшенный вопросъ.

Гораздо менѣе выясненнымъ представляется отношеніе къ идеѣ естественнаго права нашихъ болѣе близкихъ предшественниковъ—юристовъ новаго міра.

Какъ извѣстно, со времени возрожденія науки гражданскаго права, т. е. со времени возрожденія римскаго права въ Болоньѣ, въ исторіи нашей науки смѣнилось нѣсколько различныхъ направленій: глоссаторы, комментаторы, гуманисты, школа естественнаго права и, наконецъ, историческая школа XIX вѣка. Какъ видимъ, въ этой смѣнѣ обычно принимаемыхъ направленій только одно изъ нихъ характеризуется своимъ опредѣленнымъ отношеніемъ къ интересу нашему вопросу—именно то, которому даже присвоено имя школы естественнаго права. Изъ такого обычнаго очерка общаго хода развитія науки гражданскаго права у цивилиста остается впечатлѣніе, что только въ одинъ этотъ періодъ

3) См. по этому поводу Voigt. L. cit. S. 340, S. 305 и сл. Voigt сводитъ неясность источниковъ къ разногласію между юристами: Марціанъ, Гавелъ и Ульціанъ признаютъ непремѣнную обязательность *jus civile* даже вопреки *jus naturale*, межъ тѣмъ какъ Гай, по примѣру Цицерона, склоненъ провозгласить приматъ *jus naturale*. — Ср. Köyger. Geschichte der Quellen und der Literatur des röm. Reichs (1855). S. 119 и сл.

исторіи идея естественнаго права играла замѣтную, опредѣляющую роль, что, напротивъ, въ другіе моменты, при господствѣ другихъ направленій эта идея утрачивала всякое значеніе. Конечно, современный цивилистъ знаетъ, что идея *jus naturale* тянется черезъ всѣ средніе вѣка въ сочиненіяхъ богослововъ, философовъ и публицистовъ; онъ знаетъ также и о томъ, что даже въ сочиненіяхъ глоссаторовъ, комментаторовъ и т. д. отъ поры до поры встрѣчаются, по примѣру римскихъ юристовъ и по поводу ихъ изреченій, упоминанія объ *aequitas* и *jus naturale*,—но онъ, на основаніи обычныхъ ученій, привыкъ относиться къ этимъ упоминаніямъ, какъ къ нѣкоторымъ общимъ фразамъ, несколько не характеризующимъ дѣйствительнаго направленія мысли ихъ авторовъ.

Правильно-ли, однако, такое обычное мнѣніе? Думается, что новѣйшія работы по исторіи юриспруденціи въ средніе вѣка должны заставить насъ рѣшительно отъ него отказаться, должны побудить насъ исправить наши ходячія представленія обо всѣхъ этихъ глоссаторахъ, комментаторахъ и т. д. Думается, что новый внимательный взглядъ на этихъ нашихъ предшественниковъ обнаружитъ въ нихъ такія черты, которыя сдѣлаютъ ихъ и болѣе живыми и болѣе къ намъ близкими.

III.

Прошло то время, когда вся продолжительная эпоха до возникновенія Болонской школы глоссаторовъ казалась въ исторіи науки гражданскаго права темнымъ, пустымъ мѣстомъ, когда возобновленіе изученія римскаго права въ Болоньѣ считалось истиннымъ „возрожденіемъ“ его изъ временнаго небытія, пробужденіемъ отъ летаргическаго сна. Уже *Савиньи* въ его основномъ по этимъ вопросамъ семитомномъ трудѣ—*„Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“*—показалъ, что римское право въ земляхъ бывшаго римскаго государства не только не утратило своего практическаго значенія, но и продолжало служить объектомъ теоретическаго изученія, какъ въ общихъ школахъ *artium libe-*

galiun, такъ и въ спеціальныхъ юридическихъ школахъ сначала Рима, потомъ Равенны, Павіи, Ліона, Орлеана и др. Позднѣйшія работы другихъ ученыхъ (Fitting, Stintzing, Ficker и др.) не только подтвердили это наблюденіе Савиньи, но и значительно усилили его выводы, такъ что въ настоящее время едва-ли можно отрицать, что и до Болоньи римское право жило практически и теоретически. Нѣкоторые относящіеся къ тому времени произведенія юридической литературы (такъ назыв. Туринская глосса къ институтамъ Юстиніана, *Exceptiones legum romanarum Petri*, *Brachylogus juris civilis* и н. др.) свидѣтельствуютъ объ этомъ самымъ неопровержимымъ образомъ ⁴⁾. Доказано даже, что самый методъ работы—методъ глоссированія,—отъ котораго получили свое наименованіе позднѣйшіе Болонскіе глоссаторы, вовсе не былъ изобрѣтенъ ими, а былъ обычнымъ приѣмомъ и до нихъ ⁵⁾.

Но если, такимъ образомъ, изученіе гражданскаго права (въ видѣ римскаго) имѣло мѣсто и до возникновенія юридической школы въ Болоньѣ, то спрашивается, что же новаго внесла эта школа и почему ея появленіе имѣло характеръ нѣкотораго научнаго переворота?

Задавшись этимъ вопросомъ, одинъ изъ виднѣйшихъ изслѣдователей интересующей насъ эпохи, *Германъ Фиттингъ*, семидесятилѣтнѣе котораго недавно было отпраздновано ученымъ міромъ всей Европы изданіемъ въ его честь двухтомнаго сборника статей ⁶⁾, пришелъ къ слѣдующему для насъ чрезвычайно любопытному выводу ⁷⁾.

Юристы до Болонскаго періода видѣли въ окружающей ихъ жизни чрезвычайное разнообразіе правовыхъ нормъ, дѣйствовавшихъ согласно тогдашнему *принципу персональности* рядомъ другъ съ другомъ: рядомъ съ римскимъ правомъ, примѣнявшимся къ потомкамъ прежняго римскаго

⁴⁾ Краткій обзоръ всѣхъ этихъ произведеній см. у *Fitting*. *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*. 1888.

⁵⁾ *Fitting*. *L. cit.* S. 55 и сл.

⁶⁾ *Mélanges Fitting*. Montpellier. Tome I, 1907. Tome II, 1908.

⁷⁾ *Fitting*. *L. cit.* S. 115 и сл.

поселенія, дѣйствовало по отношенію къ лангобардамъ лангобардское право и т. д. При такихъ условіяхъ неизбѣжно было взаимное вліяніе этихъ правъ другъ на друга, стремленіе ихъ къ сближенію. Подъ вліяніемъ этого стремленія юриспруденція того времени не проводила рѣзкой, непреходимой черты между отдѣльными правовыми системами. Школа лангобардскаго права въ Павіи пользовалась римскимъ правомъ—совершенно такъ же, какъ это было въ послѣдствіи въ Германіи—не только для научнаго выясненія, но и для практическаго восполненія права лангобардскаго. Съ другой стороны, школа римскаго права въ Равеннѣ не придерживалась строго Юстиніановскаго законодательства, а излагала, отчасти безсознательно, отчасти сознательно, подъ видомъ римскаго права нормы другихъ дѣйствовавшихъ въ Италіи правовыхъ системъ, въ особенности права лангобардскаго. Даже болѣе того. Считая себя преемниками римскихъ классическихъ юристовъ съ ихъ способностью *jura condere*, Равеннскіе юристы приписывали и себѣ право отступать отъ положительныхъ предписаній *Corpus* тамъ, гдѣ этого требовали, по ихъ мнѣнію, соображенія цѣлесообразности и справедливости (*aequitas*). Они являются, такимъ образомъ, по своему основному направленію, *предшественниками естественно-правовой школы позднѣйшаго времени* ⁸⁾.

Что подобныя отступленія отъ положительныхъ нормъ „писанаго права“ были не безсознательными только изворотами толкованія, а вытекали изъ опредѣленнаго общаго представленія юристовъ о своихъ задачахъ и своихъ правахъ, это убѣдительно доказывается тѣми цитатами изъ литературныхъ произведеній этой эпохи, которыя приводитъ Фиттингъ. Особенно характерными изъ нихъ и, такъ сказать, принципиальными являются слѣдующія.

Въ предисловіи къ извѣстной компиляціи — *Exceptiones Petri*—авторъ ихъ слѣдующимъ образомъ опредѣляетъ методъ своей работы:

⁸⁾ *Fitting. L. cit. S. 117.*

„Cum de pluribus diversisque causarum generibus per tot variosque legum scrupulos ipsis etiam juris sapientissimis legum doctoribus ad definitivam sententiam sine labore pervenire fas non sit. *utriusque juris, naturalis scilicet et civilis, ratione perspecta* judiciorum et controversiarum exitus planis et apertis capitulis enodavimus. *Si quid inutile, ruptum aequitative contrarium in legibus repertur, nostris pedibus subcalcamus*“...⁹⁾.

Буквально то же повторяется въ другомъ важнѣйшемъ памятникѣ до-Болонской юриспруденціи — *Brachylogus* — и притомъ въ видѣ общаго принципа примѣненія права:

„Cum autem quaestio juris est, per jus scriptum vel per aequitatem vel per simile probari debet. *Sin vero aequitas juri scripto contraria videatur, secundum ipsam judicandum est*“¹⁰⁾.

Что всѣ эти изреченія не были только простыми фразами, доказывается, далѣе, и тѣмъ обстоятельствомъ, что естественно возникавшее при такой постановкѣ интерпретаціи и юрисдикціи опасеніе, окажутся-ли судьи на высотѣ положенія, также было знакомо тогдашнимъ юристамъ. Въ тѣхъ же, только что цитированныхъ *Exceptiones Petri* мы находимъ по этому поводу слѣдующее разсужденіе:

„Nec autem legum sive judiciorum temperamentum non imprudenter quibuslibet hominibus vel iudicibus est committendum, sed *juris auctorizabilibus, qui non facilliter gratia vel pecunia corrumpuntur, religiosis et timentibus Deum*“¹¹⁾.

При наличности такихъ данныхъ едва-ли можно обвинить Фиттинга въ преувеличеніи, когда онъ говоритъ о *естественно-правовомъ направленіи XI вѣка* („*naturr+chtliche Richtung des XI Jahrhunderts*“).

Подъ вліяніемъ этого направленія, говоритъ онъ, совершалось приспособленіе права къ новымъ условіямъ и новымъ потребностямъ жизни. Подобно тому какъ въ то же время на римской основѣ, однако съ существенными отступ-

⁹⁾ Ibid. S. 118.

¹⁰⁾ Brachyl. Lib. IV. Tit. 17 de fide instrumentorum, 2. Ed. Böcking 1829; Fitting. Ibid. S. 122, Anm. c.

¹¹⁾ Fitting. L. cit. S. 120, Anm. i.

леніями, создавался новый, средневѣковый стиль въ архитектурѣ, такъ же точно и въ области права, подъ руками юристовъ указаннаго направленія, начинало создаваться новое, средневѣковое право—такъ же въ основѣ римское, но такъ же съ существенными отъ него отступленіями. И это созданіе новаго права было прервано появленіемъ Болонской школы... ¹²⁾.

IV.

Въ противоположность описанному общему направленію до-Болонской юриспруденціи, *Ирнерій* и его преемники-*гlossаторы* взяли совершенно иной курсъ: ихъ основною тенденціей стало изученіе римскаго права по источникамъ, причемъ впервые была привлечена къ обработкѣ самая главная и наиболѣе трудная часть *Corpus*—*Дигесты*, до которыхъ раньше почти не дотрагивались. Это тяготѣніе исключительно къ источникамъ, по предположенію Фиттинга, находится въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что Ирнерій при своемъ переходѣ къ юриспруденціи (онъ былъ раньше преподавателемъ *artium liberalium*) свои знанія римскаго права приобрѣлъ не въ юридической школѣ и не отъ какого-либо юриста, находившагося подъ постояннымъ воздѣйствіемъ потребностей жизни, а путемъ самостоятельнаго, кабинетнаго чтенія юстиніановскаго законодательства. Это дало его работѣ сразу односторонній теоретическій характеръ. Въ уединеніи кабинета, внѣ всякаго соприкосновенія съ жизнью и воззрѣніями современности, всякія отступленія юристовъ отъ точнаго смысла *Corpus* могли казаться простыми ошибками, вытекающими изъ недостаточнаго знакомства съ источниками. И такое мнѣніе было тѣмъ болѣе возможно, что значительное количество подобныхъ отступленій дѣйствительно имѣло это происхожденіе. Для очистки права отъ всѣхъ подобныхъ ошибокъ Ирнерій поставилъ своею задачей вывести на свѣтъ истинное и полное содержаніе Юстиніановской кодификаціи путемъ тщательнѣйшаго изученія всѣхъ частей ея.

¹²⁾ Ibid. S. 123.

Такъ опредѣлилось это новое направленіе, которое, въ противоположность прежнему естественно-правовому направленію, Фиттингъ справедливо называетъ *позитивно-правовымъ*.¹³⁾ „Назадъ, къ источникамъ!“—таковъ былъ по существу лозунгъ глоссаторской школы, лозунгъ, которому они слѣдовали со всей строгостью.

По мнѣнію глоссаторовъ, говорить другой исследователь—*Landsberg*, практика обязана была примѣняться къ римскому праву, а не римское право къ потребностямъ практики. Глоссаторы даже не чувствовали разлада между теоріей и практикой, и потому ихъ можно назвать самыми односторонними изъ теоретиковъ, какіе только когда-либо встрѣчались въ исторіи юриспруденцій.¹⁴⁾

Однако, новое направленіе установилось не безъ борьбы. Прежній естественно-правовой духъ сдѣлалъ-было попытку проникнуть и въ новую школу, но сразу же встрѣтилъ рѣшительный отпоръ. До насъ дошли, правда не вполне ясныя, сообщенія о рѣзкихъ разногласіяхъ въ средѣ раннихъ глоссаторовъ, по преимуществу между двумя изъ ближайшихъ преемниковъ Ирнерія, между двумя изъ знаменитыхъ „четыреехъ докторовъ“—*Мартиномъ и Булгаромъ*. Разногласія эти привели даже къ образованію на нѣкоторое время двухъ враждебныхъ лагерей—*мартинистовъ* или *гозіанъ* (*Martinus Gosia*) съ одной стороны и *булгаристовъ* съ другой. Въ чемъ заключался основной пунктъ разногласія, на этотъ вопросъ бросаетъ надлежащій свѣтъ то обстоятельство, что булгаристы упрекали мартинистовъ главнымъ образомъ за ихъ стремленіе отступать отъ положеній римскаго права въ тѣхъ случаяхъ, когда этого, по ихъ мнѣнію, требовала *aequitas*. Соответственно этому своему основному убѣжденію, мартинисты, по примѣру своихъ предшественниковъ по духу юристовъ до-Болонскаго періода, склонны были предоставлять въ этомъ отношеніи большій просторъ судейскому усмотрѣнію.

¹³⁾ *Fitting*. L. cit. S. 124.

¹⁴⁾ *Landsberg*. Die Glossen des Accursius. S. 44.

Такъ, напримѣръ, одинъ изъ немногихъ мартинистовъ *Плацентинъ* говоритъ опредѣленно:

„*Placuit autem aequitatis rationem sic esse praecipuam ut a iudiciis omnibus, non solum ab ipsis principibus oportet et licet inspicere, inspectum eruere*“ ¹⁵⁾.

По поводу этой тенденціи, которая, какъ мы видимъ, есть не что иное, какъ лишь отзвукъ прежняго общаго направленія юристовъ до-Болонскихъ, другой лагерь глоссаторовъ, *булгаристы*, высказывался вполне отрицательно, говоря, что та *aequitas*, проповѣдниками которой являлись мартинисты, есть въ сущности только субъективный произволъ—*“ficta aequitas”*, причемъ эту *aequitas* награждали насмѣшливыми названіями „*aequitas Martiniana*“, „*aequitas bursalis*“. „*aequitas capitanea*“.

Уже изъ этого обилія насмѣшливыхъ названій мы можемъ заключить, насколько ожесточенный характеръ имѣлъ этотъ споръ: симпатіи и антипатіи высказывались рѣзко ¹⁶⁾; принципиальныя разногласія переходили въ личныя нападки; вокругъ личностей Мартина и Булгара слеталась цѣлая сѣть анекдотовъ. Любопытно при этомъ, что насколько въ этихъ анекдотахъ личность Булгара рисуется правдивой и этически благородной, настолько Мартинъ выставляется въ освѣщеніи неблагопріятномъ ¹⁷⁾.

По преданію, Булгаръ, умирая, приказалъ похоронить себя противъ раньше умершаго Мартина, для того, чтобы и

¹⁵⁾ Объ этомъ спорѣ мартинистовъ и булгаристовъ см. *Savigny. Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. Bd. IV, § 42*, а также *Грабаръ Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій. 1901. Стр. 30* примѣчаніе.

¹⁶⁾ Любопытна въ этомъ отношеніи оцѣнка борющихся лагерей въ устахъ одного изъ канонистовъ XIII вѣка — *Генриха Остийскаго*. Сравнительная Мартина съ однимъ изъ булгаристовъ — *Іоанномъ Бассіаномъ*, Генрихъ говоритъ: „*Martinus enim spiritualis homo fuit, et secundum tempus quod nunc currebat semper divinae legi adhaerebat contra rigorem juris civilis. Johannes vero non sapiebat quae sunt spiritus, sed tanquam animalis, multiplicatione temporalium et rigori juris civilis quasi per omnia intendebat. Unde et ipse, et sequaces sui, qui hodie multi sunt, spirituales opiniones reprehendunt et dicunt: haec est aequitas capitanea, aequitas bursalis, Martiniana*“.—См. *Savigny. L. cit. § 42, прим. h.; Грабаръ. L. cit.*

¹⁷⁾ Объ этихъ анекдотахъ—см. *Savigny. L. cit. § 32.*

послѣ смерти ихъ противоположность была ясна—„ut sicut vivens illi contrarius fuerat, sic deficiens objiceretur in morte“¹⁸⁾. И мы увидимъ, что споръ, который они вели при жизни, не кончился съ ихъ смертью; мы увидимъ, что споръ этотъ гнётся черезъ всю далыѣйшую исторію юриспруденціи, что онъ тянется и до сихъ поръ, и въ этомъ смыслѣ Булгаръ и Мартинъ, какъ извѣстные типы юридическихъ построений, стали бессмертными. Мѣняя свои одѣянія, мѣняя въ извѣстной степени свои рѣчи, они прожили многія столѣтія и еще живутъ среди насъ и въ насъ самихъ...

Съ общимъ духомъ новаго направленія, съ его общимъ стремленіемъ къ источникамъ такая естественно-правовая тенденція мартинистовъ, конечно, не согласовалась и успѣха имѣть не могла: господствующимъ среди глоссаторовъ, „ортодоксальнымъ“, стало направленіе булгаристовъ, которое и нашло себѣ выраженіе и закрѣпленіе въ *Glossa ordinaria Accursia*¹⁹⁾.

Если, такимъ образомъ, глоссаторы круто поворотили юриспруденцію отъ *jus naturale* къ *rigor juris civilis*, если они были „самыми односторонними изъ теоретиковъ, которые когда-либо существовали“,—то, спрашивается, чѣмъ-же объясняется такой поразительный успѣхъ Болонской школы и составляетъ-ли этотъ успѣхъ въ общемъ развитіи юридической мысли прогрессъ или регрессъ?

Конечно, юристы до-Болонскаго періода стремились удовлетворять запросамъ практической жизни, подвергая съ этой цѣлью всякую норму *juris scripti* критикѣ съ точки зрѣнія *aequitas*. Но что такое по существу была эта ихъ *aequitas*, это ихъ *jus naturale*? Обладали-ли они достаточными для установленія того, чего требуетъ въ данныхъ отношеніяхъ справедливость, социальными, экономическими и всякими другими знаніями? Не были-ли часто ихъ разсужденія о справедливости близорукими, поверхностными сужденіями? Не казались-ли, по крайней мѣрѣ часто, по сравненію съ этими ихъ разсужденіями, рѣшенія римскихъ юристовъ

¹⁸⁾ См. *Sarigny. L. cit.* § 34, прим. d.

¹⁹⁾ См. *Грабаръ. L. cit.* Стр. 31, прим. l.

составлявшіяся и провѣрившіяся неустанной работой многих поколѣній, неизмѣримо болѣе глубокими и справедливыми?

Для большинства случаевъ такъ, вѣроятно, въ дѣйствительности и было. Въ слабо извѣстныхъ дотолѣ Дигестахъ глоссаторы Болоньи находили, безъ сомнѣнія, рѣшенія, которыя даже съ точки зрѣнія дѣйствительной *aequitas*, т. е. потребностей развивающагося дѣлового, торгового оборота, казались болѣе правильными, чѣмъ тѣ, которыя „отъ себя“ могли придумать юристы иной школы. И вотъ, сравнивая эти рѣшенія, не чувствовали-ли себя юристы, прошедшіе искусь Дигестъ, часто въ полномъ правѣ бросить гѣмъ, кто черпалъ содержаніе *aequitas* изъ себя, упрекъ въ томъ, что ихъ *aequitas* есть *ficta aequitas*, *aequitas bursalis*? Именно этимъ, думается мнѣ, объясняется успѣхъ Болонской школы: дѣловая жизнь послѣ первыхъ же столкновеній между двумя *aequitates*, безъ сомнѣнія почувствовала, гдѣ лежитъ *ea aequitas*, и потянулась туда, гдѣ началъ бить ея источникъ—въ Болонью.

Фиттингъ признаетъ ²⁰⁾, что появленіе глоссаторской школы привело къ невѣдомому дотолѣ углубленію и расширенію науки права, къ научному превосходству глоссаторовъ, и въ этомъ усматриваетъ причину ихъ возвышенія. Мнѣ кажется, что одна чисто теоретическая сторона не можетъ объяснить этого явленія. Если-бы превосходство глоссаторовъ заключалось только въ ихъ теоретической, для жизни непригодной и жизни противорѣчащей глубинѣ познанія *Corpus juris civilis*, то жизнь не пошла бы за ними, и они остались-бы тѣмъ, чѣмъ обыкновенно остается всякій „односторонній теоретикъ“—кабинетнымъ, забытымъ жизнью чудачкомъ. Подобно тому, какъ вся рецепція римскаго права въ основѣ своей вызвана самой развивающейся экономической и гражданской жизнью средневѣковой Европы, такъ же точно той же основной причиной объясняется и возвышеніе Болонской школы юристовъ. Вѣдь, если Ирнерій

²⁰⁾ L. cit. S. 126.

приобрѣлъ свои познанія исключительно въ кабинетѣ, вѣ въ вліяній жизни и ея потребностей, то этого уже никакъ нельзя сказать о всѣхъ послѣдующихъ глоссаторахъ: всѣ они уже стоятъ въ самомъ центрѣ практической жизни, какъ самые дѣятельные консультанты по самымъ разнообразнымъ вопросамъ текущей общественной и частной дѣйствительности.

V.

Въ XIII столѣтіи, какъ извѣстно, школа глоссаторовъ приходитъ въ упадокъ, и съ конца XIII, начала XIV вѣка въ наукѣ гражданскаго права возникаетъ новое направленіе, новая школа *комментаторовъ*. Школа эта, согласно обычному опредѣленію, характеризуется, во-первыхъ, тѣмъ, что она оперируетъ уже не столько надъ подлиннымъ текстомъ источниковъ, сколько надъ глоссами своихъ предшественниковъ, а во-вторыхъ, своей схоластической методой работы.

Въ оцѣнкѣ значенія комментаторовъ замѣчается любопытное измѣненіе взглядовъ. *Савини*, какъ извѣстно, считаетъ водвореніе этой школы рѣшительнымъ упадкомъ юриспруденціи, шагомъ назадъ. Водворилось, говорить онъ, господство пустого формализма; за безконечными *divisiones* и *distinctiones*, *subdivisiones* и *subdistinctiones*, *ampliationes* и *limitationes* забыли о дѣйствительномъ происхожденіи и смыслѣ права ²¹⁾. Схоластическое философствованіе комментаторовъ въ самомъ лучшемъ случаѣ могло только способствовать нѣкоторому возбужденію мысленія и развитію искусства диспутировать ²²⁾. Если это время не представляетъ одной сплошной печальной страницы въ исторіи юриспруденціи, то лишь потому, что комментаторы принимали дѣятельное участіе въ практической жизни. Это участіе было спасительнымъ средствомъ противъ умерщвляющей силы схоластики и до извѣстной степени обезвреживало ее ²³⁾.

²¹⁾ Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. VI. c. 9 (§ 3).

²²⁾ L. cit. S. 10 (§ 1).

²³⁾ L. cit. S. 21 (§ 6).

Такимъ образомъ, по мнѣнію Савиньи, эпоха комментаторовъ есть эпоха регресса; работа ихъ не дала для европейскаго праворазвитія результатовъ плодотворныхъ; даже самое участіе ихъ въ практикѣ разсматривается Савиньи лишь какъ обстоятельство, уменьшающее тотъ вредъ, который безъ этого могла-бы принести схоластическая метода, а не какъ такой или иной положительный фактъ.

Позднѣйшіе изслѣдователи, однако, начинаютъ судить о комментаторахъ значительно болѣе благопріятно. Такъ напримѣръ, *Stintzing*, признавая ихъ методъ крайне неудачнымъ, полагаетъ, тѣмъ не менѣе, что комментаторы выполнили нѣкоторую очень важную для европейскаго праворазвитія работу. Въ ихъ трудахъ римское право пропитывается германскими началами и превращается въ право полусовременное (*halbmodernes*). Если такая передѣлка римскаго права была предосудительной съ точки зрѣнія чистой экзегезы источниковъ, то она заслуживаетъ полнаго признанія съ точки зрѣнія юридической жизни, реальнымъ потребностямъ которой такимъ путемъ было дано необходимое удовлетвореніе. Мы не должны забывать, что наиболѣе вліятельные изъ комментаторовъ были практиками, для которыхъ проблемой было не столько право для школы, сколько право, пригодное для жизни ²⁴⁾.

Чѣмъ дальше, тѣмъ больше растетъ признаніе положительныхъ заслугъ комментаторовъ въ этомъ послѣднемъ отношеніи; періодъ ихъ господства перестаетъ казаться періодомъ сплошнаго упадка, какъ это казалось Савиньи, и начинаетъ уже разсматриваться, какъ нѣкоторая новая прогрессивная стадія въ общемъ ходѣ европейскаго праворазвитія. Такой именно взглядъ мы встрѣчаемъ у *Landsberg'a* ²⁵⁾, *Kaufmann'a* ²⁶⁾ и др. Особенно отгѣняетъ плодотворное значеніе работы комментаторовъ *Woldemar Engelmann* ²⁷⁾, который считаетъ заслугу ихъ если не большею, то по крайней

²⁴⁾ Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. I (1880). S. 112.

²⁵⁾ Die Glosse des Accursius (1883). S. 65—66.

²⁶⁾ Die Geschichte der deutschen Universitäten. Bd. I (1888). S. 78.

²⁷⁾ Die Schuldlehre der Postglossatoren (1895). S. 1 и сл.

мѣръ равною заслугѣ глоссаторовъ. Работа комментаторовъ смыкается съ работой этихъ послѣднихъ и дополняетъ ее. Для того, чтобы сокровища римскаго права стали доступными новому міру, надо было сначала тщательно изучить источники; это слѣдали глоссаторы. Но когда эта задача была выполнена, необходимо было римское право приспособить къ условіямъ и потребностямъ новаго времени; это выпало на долю комментаторовъ. Работа послѣднихъ была бы невозможна безъ предварительной работы первыхъ: работа глоссаторовъ безъ послѣдующей работы комментаторовъ осталась-бы безъ своего естественнаго продолженія, явилась-бы трудомъ, потраченнымъ даромъ.

При всемъ подобномъ признаніи заслугъ комментаторовъ для многихъ писателей, стоящихъ на указанной точкѣ зрѣнія, темной стороной этого періода представляется все-таки введенный комментаторами во всеобщее употребленіе *схоластическій методъ* трактованія юридическихъ вопросовъ. Однако, и въ этомъ пунктѣ въ послѣднее время замѣчается нѣкоторый поворотъ: въ самомъ схоластическомъ методѣ начинаютъ усматривать нѣчто значительно болѣе цѣнное, чѣмъ „пустой формализмъ“; за всѣми безконечными и утомительными *distinctiones* и *subdistinctiones* начинается чувствоваться нѣкоторая болѣе крупная *идея*. И то, что раньше вмѣнялось комментаторамъ въ вину, начинаетъ разсматриваться какъ ихъ новая и большая заслуга.

Вотъ что говорить, напримѣръ, по этому поводу *Золь* ²⁸⁾).

Сущность схоластики заключается въ господствѣ дедуктивнаго метода, т. е. въ господствѣ *понятія*. Для схоластика имѣетъ значеніе не опытъ, а исключительно въ разумѣ найденный принципъ. Спекулятивная философія составляетъ все. Только то имѣетъ научную силу, что можетъ быть логически выведено изъ общихъ понятій; только то *есть*, что разумно. Даже правила грамматики должны быть выведены изъ общихъ „принциповъ“, ибо только въ этихъ послѣднихъ они могутъ найти себѣ и доказательство и оправданіе.

²⁸⁾ Institutionen des röm. Rechts. 11^{te} Aufl. 1903. S. 145—150.

Вмѣстѣ со схоластикой пронеслось надъ міромъ дыханіе логическаго разумѣнія. Діалектика господствуетъ надъ всѣмъ. Міръ дѣйствительнаго исчезаетъ за міромъ познаваемого.

Мы знаемъ схоластику только съ ея тѣневыхъ сторонъ: ея игра съ понятіями, безконечное и часто безплодное дискутированіе, явный недостатокъ пониманія дѣйствительности—все это не можетъ не производить на насъ отталкивающаго впечатлѣнія. Но въ тѣ дни, когда схоластика расцвѣтала, она вносила свѣтъ въ средновѣковое міропониманіе. Въ первый разъ міръ почувствовалъ силу мысли. Человѣчеству, жившему до тѣхъ поръ только чувственно-конкретными воспріятіями, схоластика явила силу духа, который изъ себя творитъ міръ. Она ошибалась, когда думала, что умозаключеніями можно замѣнить опытъ; но она давала удовлетвореніе неистребимой потребности человѣка подчинить слѣпую массу фактовъ господству разума. На этомъ покоится значеніе схоластики и для всего послѣдующаго времени. Наблюденіе природы, изслѣдованіе исторіи, признаніе вѣчнаго „теченія всѣхъ вещей“ придаю нашему знанію совершенно иной видъ. Но при всемъ томъ никогда нашъ духъ не удовлетворится одними фактами. Всегда будетъ онъ, какъ нѣкогда схоластика, стремиться свести міръ фактовъ къ чему-то всеобщему, къ нѣкоторому понятію, къ идеѣ. Внутренняя сущность схоластики является, такимъ образомъ, внутренней сущностью и нашего нынѣшняго познанія, нашей нынѣшней науки.

Переходя затѣмъ къ вопросу о значеніи схоластическаго метода въ области юриспруденціи, замѣтьте:

Когда въ XV вѣкѣ комментаторы стали примѣнять заимствованный изъ Франціи схоластическій методъ къ обработкѣ права, они этимъ самымъ *положили основаніе нашей нынѣшней юриспруденціи*. Для нихъ недостаточно было уже изучать и излагать римское право, какъ нѣчто данное: они почувствовали потребность выводить положенія права изъ общихъ понятій и общихъ принциповъ. Комментаторы ввели „юриспруденцію понятій“: но эта была не та юриспруденція

понятій, которая приносить жизнь въ жертву понятію, а та которая создавала Европѣ новое живое право.

Писаное право никогда не можетъ само изъ себя дать рѣшеніе для всѣхъ конкретныхъ случаевъ жизни; оно всегда имѣетъ пробѣлы. Римскіе юристы восполняли эти пробѣлы при помощи интуиціи, юридическаго искусства. Комментаторы были первыми, которые подошли къ этой задачѣ при посредствѣ науки въ нашемъ смыслѣ слова. Отъ отдѣльныхъ данныхъ юридическихъ нормъ они восходили къ *общимъ юридическимъ понятіямъ*, при помощи которыхъ затѣмъ они уже господствовали надъ цѣлымъ обширнымъ міромъ правовыхъ явленій.

Какъ схоластика среднихъ вѣковъ была своего рода философіей, такъ и юриспруденція комментаторовъ была *юриспруденціей философской*. *Идея естественнаго права, какъ нѣкотораго вѣчнаго, разумомъ изъ „природы вещей“ выводимаго права, лежала въ основѣ этой юриспруденціи*. Развивая на почвѣ римскаго права свои общія понятія и общіе принципы, комментаторы тѣмъ самымъ сообщали римскому праву *характеръ научно обоснованнаго естественнаго права* и вслѣдствіе этого характеръ *міроваго права* — „*Weltrecht*“.

Какъ видимъ, дѣятельность комментаторовъ получаетъ новое и совершенно неожиданное освѣщеніе. То приспособленіе римскаго права къ потребностямъ средне-вѣковаго юридическаго быта, та переработка его, которая ставится въ заслугу имъ, какъ практикамъ, пріобрѣтаетъ *теоретическое обоснованіе*. Комментаторы совершаютъ свою работу не безсознательно; они проникнуты представленіемъ о господствѣ общихъ, всемірно-обязательныхъ принциповъ права; надъ нормами положительнаго права стоитъ, въ ихъ воззрѣніи, нѣкоторая общая идея права, т. е. именно то, что составляетъ сущность всякаго *естественно-правоваго ученія*.

Зомъ, къ сожалѣнію, приводитъ мало данныхъ, которые могли бы непосредственно подтвердить его послѣднюю мысль о естественно-правовомъ направленіи комментаторовъ. Тѣмъ не менѣе, намъ кажется, что ближайшія изслѣдова-

нія приведуть къ полному подтвержденію его заключеній. Кое-что можетъ быть указано уже и теперь.

Прежде всего, по нашему мнѣнію, заслуживаетъ вниманія то обстоятельство, что схоластическій методъ въ юриспруденціи вышелъ изъ Франціи. Въ этой же странѣ, повидимому, позитивный глоссаторскій методъ, въ окраскѣ ортодоксальнаго булгаризма, никогда не примѣнялся во всей своей строгости, и старыя до-Болонскія воззрѣнія держались упорнѣе, чѣмъ въ другихъ мѣстахъ. Здѣсь возникъ, по заслуживающему вѣроятію мнѣнію Фиттинга ²⁹⁾, упомянутый выше *Brachylogus*, который пользовался большимъ распространеніемъ и послѣ водворенія глоссаторства. Здѣсь же появился другой любопытный памятникъ юридическаго творчества половины XII столѣтія—провансальскій сборникъ *Lo Codi*, на который только недавно было обращено вниманіе ученаго міра тѣмъ же Фиттингомъ и который представляетъ въ нѣкоторыхъ пунктахъ весьма свободную переработку римскаго права въ интересахъ практики и современныхъ ему потребностей ³⁰⁾.

Извѣстно, далѣе, что теологи и канонисты были по преимуществу хранителями идеи *jus naturale* даже въ эпоху позитивистической школы глоссаторовъ: извѣстно, что эти послѣдніе не считались съ каноническимъ правомъ ³¹⁾; извѣстно, наконецъ, какъ относились поэтому канонисты къ ортодоксальному теченію среди глоссаторовъ (см. выше—примѣчаніе 16—цитату изъ Генриха Остійскаго). Положеніе вещей существенно измѣнилось при комментаторахъ: широкое вліяніе на нихъ теологіи и каноническаго права признается всѣми ³²⁾. Это вліяніе не могло не сказаться и въ возрожденіи идеи естественнаго права среди представителей права свѣтскаго. Однимъ изъ родоначальниковъ схоласти-

²⁹⁾ *Fitting. L. cit. S. 67, 47.*

³⁰⁾ Ср. о характерѣ этой любопытной компіляціи статью *Litten'a* Ueber „Lo Codi“ etc. въ *Melanges Fitting. Tome II.* въ соб. стр. 605.

³¹⁾ См. *Landsberg. Die Glosse des Accursius. S. 37.*

³²⁾ См. *Kaufmann. Geschichte der deutschen Universitäten. I. S. 78; Landsberg. L. cit. S. 65—66 Sohm. L. cit. S. 143.*

ческой методы въ юриспруденціи и школы комментаторовъ считается французъ *Jacobus De-Ravanis*. И вотъ о немъ старинный биографъ (*Diplovataccius*) сообщаетъ:

„fuit monachus niger ordinis S. Benedicti et abbas, et fuit magnus philosophus et erat Magister in theologia antequam inciperet leges“³³⁾.

Наконецъ, еще болѣе опредѣленные свѣдѣнія мы имѣемъ о другомъ творцѣ новаго метода въ юриспруденціи — *Raimundus Lullus*.

Этотъ также прежде философъ и богословъ, и лишь потомъ юристъ, стремился къ полной реформѣ всѣхъ наукъ при помощи особаго имъ изобрѣтеннаго „искусства“ — *ars magna*, — которое состояло въ комбинированіи извѣстнаго количества *общихъ понятій*³⁴⁾. Это свое „искусство“ *Raimundus Lullus* примѣнялъ и къ праву, о чемъ свидѣлствуютъ уже самыя названія его юридическихъ произведеній: „*Ars juris particularis*“, „*Ars utriusque juris sive ars brevis de inventione mediorum juris civilis*“, „*Liber principiorum juris*“, „*Ars de jure*“, „*Opusculum novae logicae ad scientiam juris et medicinae*“, „*Ars juris arborca*“.

Изъ нѣкоторыхъ только-что названныхъ сочиненій Савиньи приводить чрезвычайно любопытныя выдержки, на основаніи которыхъ мы можемъ видѣть, въ чемъ состояла сущность „искусства“ этого реформатора. Особенно характерно введеніе въ „*Ars juris particularis*“; оно вполне подтверждаетъ ту общую характеристику схоластическаго метода, которая дана *Зомомъ*: построеніе извѣстнаго количества общихъ понятій, при помощи которыхъ затѣмъ можно господствовать надъ всѣмъ міромъ юридическихъ явленій³⁵⁾.

³³⁾ См. *Savigny*. L. cit. Bd. V, § 180. Note g.

³⁴⁾ *Savigny*. Ibid. § 133.

³⁵⁾ Вотъ это введеніе (*Savigny*. L. cit. Bd. V. Anhang IX); „Quoniam vita hominis brevis est, et scientia juris multum est prolixa: ideo ars ista inventa est hac intentione, ut sub compendioso tractatu *juris scientia speculari possit, atque ex principis universalibus juris particularia artificialiter inveniri possint*, et etiam jurista per artificium jura scripta recollere, intelligere et diligere sciatur. — Etiam hac intentione ars ista inventa est, ut *juris scientia, quae potius quam omnes aliae positive tradita est, reducat*ur ad

Въ томъ же произведеніи, излагая основныя „*regulae juris*“, Raimundus Lullus въ качествѣ одного изъ такихъ общихъ принциповъ права провозглашаетъ слѣдующее:

„*Septima regula est ista, quod ius positum ad ius naturale reducatur et cum ipso concordet*“³⁶⁾.

Въ другомъ своемъ сочиненіи „*Ars utriusque juris*“ R. Lullus такъ опредѣляетъ значеніе своего метода:

„*In ista arte procedemus philosophice naturaliter et logice, ut aliqui juristae, qui non audiverunt naturalia et logicalia sciant breviter conclusiones necessarias invenire. Per istam quidem artem juristae poterunt facilius addiscere scientiam juris applicando et regulando iura particularia ad universalia*“³⁷⁾.

Исходя изъ общаго начала о приматѣ *juris naturalis*, R. Lullus по отношенію къ позитивному, писанному закону рекомендуетъ слѣдующее поведеніе³⁸⁾:

„*Lex scripta sive decretalis licet sit concedenda eo quia majores constituerunt ipsam legem aut canonem, jurista quidem tentare debet utrum sit vera aut falsa. Et si invenit eam veram, debet per ipsam facere de ipsa veras conclusiones. Si autem invenit ipsam falsam, non debet uti ipsa, neque debet ipsam diffamare sed tacere, ut non faceret dedecus superioribus*“.

Во всѣхъ этихъ цитатахъ слышится твердая принципиальная убѣжденность автора; предъ ними юристъ-философъ, юристъ-логикъ, желающій построить *juris scientia* на общихъ принципахъ *juris naturalis*, желающій поставить позитивное право подъ контроль этого послѣдняго.

Быль-ли R. Lullus типичнымъ для всей школы коммен-

artem, ut per artem, quae positiones ad necessarias conclusiones reducit, quae in juris scientia positive tradita sunt, ad conclusiones necessarias artificialiter reducantur, ut manifestantur in doctrina tradita in hac arte.—Etiam ars ista inventa est, ut per ipsam sciantur fortificari iura scripta, et unum ius cum alio concordari: et etiam ut juristae reddatur ingenium subtile et ad rationes necessarias iura scripta reducantur“.

³⁶⁾ Savigny. Ibid. Anhang IX.

³⁷⁾ Savigny. Ibid. Anhang X.

³⁸⁾ Savigny. Ibid. Anhang X.

таторовъ? Савиньи отрицаетъ это на томъ основаніи, что онъ нигдѣ не находитъ слѣдовъ „великаго искусства“ Луллія въ работахъ другихъ юристовъ ближайшаго времени ³⁹⁾. Едва ли, однако, такое мнѣніе можетъ быть признано правильнымъ. Возможно, что спеціальныя ученія Луллія о юридическихъ четырехугольникахъ, треугольникахъ и тому подобныхъ „*figuris juris*“ ⁴⁰⁾ не нашли себѣ послѣдователей; но общій духъ направленія, методъ не былъ его исключительнымъ измышленіемъ. Общія идеи Луллія были общими идеями всего направленія комментаторовъ, опредѣляли общее настроеніе умовъ. Возможно, что R. Lullus выразилъ это настроеніе рѣзче и, такъ сказать, теоретичнѣе, чѣмъ оно сознавалось другими, но именно потому идеи Луллія имѣютъ для насъ особый интересъ: онѣ вскрываютъ предъ нами во всей теоретической чистотѣ общую идейную подпочву схоластической школы въ юриспруденціи XIV и XV вѣковъ.

Извѣстно, напримѣръ, ученіе *Бальда* о томъ, что *ius naturale* сильнѣе власти государя—„*potius est ius naturale quam principatus*“—и, что вслѣдствіе этого, въ частности, ни князь, ни папа не могутъ разрѣшить взиманіе процентовъ ⁴¹⁾. Любопытно, далѣе, въ томъ же смыслѣ общее настроеніе *испанской юриспруденціи* того времени. Римское право проводилось здѣсь на томъ основаніи, что *aequitas* является субсидіарнымъ источникомъ права ⁴²⁾.

Если мы примемъ все это во вниманіе, то мы должны будемъ признать, что въ школѣ комментаторовъ мы наблюдаемъ возрожденіе того общаго духа, которымъ были проникнуты юристы до-Болонскаго періода, того духа, съ которымъ должна была бороться даже внутри себя школа глоссаторовъ. Послѣ совершеннаго глоссаторами поворота отъ *ius naturale* къ *ius positivum*, послѣ двухвѣковой разработки

³⁹⁾ L. cit. V, § 183.

⁴⁰⁾ *Savigny*. L. cit. V. Anhang X.

⁴¹⁾ Ср. *Gurke*. *Johannes Althusius*. 2^{te} Aufl. 1902. S. 272 note 32

⁴²⁾ См. по этому поводу въ *Melanges Fitting Tome I* статью проф. *Altamira* Les lacunes de l'histoire du droit romain en Espagne, p. 79.

этого *jus positivum*, пройдя школу этого послѣдняго и усвоивъ себѣ все богатство римской юридической мысли, юриспруденція снова почувствовала въ себѣ потребность самостоятельности и критики и снова потянулась къ общимъ и „вѣчнымъ“ принципамъ *juris naturalis*. Съ этой стороны правильно характеризуетъ историческое положеніе комментаторовъ *Rivier* ⁴³⁾. Опредѣливъ (совершенно согласно съ Фиттингомъ) общее направленіе юристовъ до-Болонскаго періода, Ривье говоритъ:

„Имъ можно сравнить съ юристами школы естественнаго права XVII и XVIII вѣковъ; ихъ можно сопоставить еще съ комментаторами XIV вѣка; въ извѣстной степени, которую, конечно, не нужно преувеличивать, научная дѣятельность этихъ ловкихъ и практичныхъ „приспособителей“ права представляется возвращеніемъ къ тенденціямъ до-Болонскимъ. Но если комментаторы могли выполнить свою полезную работу, если имъ удалось сдѣлать то, чего не могли сдѣлать „до-Болонцы“ („*prébolonais*“), то лишь потому, что имъ предшествовала тщательная и кропотливая работа глоссаторовъ“.

Въ этихъ немногихъ строкахъ, чуждыхъ пристрастія къ той или другой школѣ, воздана справедливая дань каждому изъ трехъ уже смѣнившихся на нашихъ глазахъ направленій и вмѣстѣ намѣчена идейная связь комментаторовъ, которые подаютъ руку съ одной стороны юристамъ XI вѣка, а съ другой—естественно-правовой школѣ XVII и XVIII вѣковъ.

VI.

Въ теченіе двухъ столѣтій (XIV и XV) господствуетъ въ юриспруденціи школа комментаторовъ; при ихъ дѣятельномъ теоретическомъ и практическомъ участіи римское право вростаетъ въ жизнь Европы; труды корифеевъ этой школы Бартола и Бальда приобрѣтаютъ огромное вліяніе на законодательство и судебную практику. Мало-по-малу, однако,

⁴³⁾ Статья „*L'université de Bologne et la renaissance de la science juridique*“ въ *Nouvelle revue historique de droit*. 12^{me} année (1883), p. 301.

наростае́тъ чувство неудовлетворенности. Огромная задача—*jus positivum ad jus naturale reducere*—расплылась въ безконечныхъ діалектическихъ тонкостяхъ, лишенныхъ живого духа, въ абстрактномъ схоластическомъ субъективизмѣ. Юристы получаютъ насмѣшливое прозвище „бартолистовъ“ и начинаютъ вызывать къ себѣ совершенно недвусмысленныя недобрыя чувства. Въ своемъ письмѣ 1516 года извѣстный Ульрихъ фонъ Гуттенъ, описывая впечатлѣнія, которыя онъ вынесъ отъ посѣщенія лекцій въ Болоньѣ, касается роли юристовъ вообще и не находитъ достаточно сильныхъ выраженій для ихъ порицанія. Они вмѣстѣ съ выродившимся духовенствомъ обманываютъ и эксплуатируютъ народъ; они могутъ быть поставлены на одну доску съ разбойниками ⁴⁴⁾. Что подобное мнѣніе было общимъ мнѣніемъ эпохи, доказываетъ и широкое распространеніе поговорокъ „*juris perdit*“ (вмѣсто *juris periti*), „*Juristen böse Christen*“ и требованіе удаленія „бартолистовъ“, часто заявляемое въ эпоху крестьянскихъ войнъ ⁴⁵⁾.

Даже среди самихъ юристовъ чувствуется недовольство собой, недовольство общимъ положеніемъ какъ преподаванія, такъ и вообще обработки права. Какъ-разъ въ началѣ XVI вѣка особенно оживленно начинается дебати́роваться вопросъ о необходимости новой методы („*methodus*“); единственное спасеніе усматриваютъ въ томъ, чтобы найти *правильную между интерпретаціи* ⁴⁶⁾. Чувствуется, что старая „метода“ изжила свой вѣкъ и что нѣкоторый новый поворотъ въ исторіи юриспруденціи назрѣлъ.

Какъ извѣстно, этотъ поворотъ наступаетъ въ видѣ *гуманизма*. Инициаторами новаго направленія являются одновременно французъ *Budaeus*, итальянецъ *Alciat* и нѣмецъ *Ulrich Zasius*. Въ чемъ состоятъ основныя тенденціи этого поворота?

⁴⁴⁾ См. *Stintzing*. Ulrich Zasius (1857). S. 93; *Fleischmann* „Ueber den Einfluss des römischen Rechts auf das deutsche Staatsrecht“ въ *Melanges Fitting*. Tome II, p. 635.

⁴⁵⁾ *Stintzing*. Geschichte der deutsch. Rechtswissenschaft. I. S. 69, 72.

⁴⁶⁾ *Stintzing*. L. cit. I. S. 141.

Согласно съ общимъ духомъ гуманистическаго направленія, въ области юриспруденціи основную тенденцію его составляетъ тяготѣніе „назадъ къ источникамъ!“⁴⁷⁾ Не въ комментаріяхъ и глоссахъ, а только въ непосредственномъ общеніи съ источниками лежитъ ключъ къ истинному познанію права. Довольно схоластическихъ тонкостей, довольно діалектическихъ потугъ въ области большихъ проблемъ и трудныхъ общихъ вопросовъ! Въ прямомъ и послѣдовательномъ изученіи источниковъ можно найти то удовлетвореніе, котораго ищутъ⁴⁸⁾. Но эти источники надо изучать въ связи съ общей культурой античной древности; только тогда откроется въ полной мѣрѣ ихъ живая, неизсякающая сила. Необходимость такого изученія источниковъ въ связи съ „*bonae literae*“ проповѣдуется, напримѣръ, Альціатомъ еще въ 1513 году во время его пребыванія студентомъ въ Болоньѣ⁴⁹⁾.

Эта общая тенденція сказывается въ цѣломъ рядѣ однородныхъ по своему характеру частныхъ идей гуманистовъ.

Правомъ въ истинномъ смыслѣ является для нихъ только римское. Право національное, германское, лангобардское, французское, итальянское и т. д. отодвигается въ ихъ глазахъ далеко на задній планъ, какъ нѣчто третьестепенное. Для Альціата, напримѣръ, все это не имѣетъ абсолютно никакого интереса⁵⁰⁾. Ulrich Zasius нѣсколько болѣе снисходителенъ; онъ готовъ съ тѣми или другими національными „*consuetudines*“ считаться, но считается онъ съ ними тѣмъ, что романизируетъ ихъ, вливая ихъ въ тѣ или другія римскія формы⁵¹⁾.

Выше было упомянуто, что въ началѣ XVI вѣка среди юристовъ оживленно обсуждается вопросъ о новой методѣ. Какую-же позицію заняли инициаторы гуманизма по отно-

⁴⁷⁾ *Skizzing*. L. cit. S. 96; cp. Möller. Andreas Aleiat въ *Studien zur Erläuterung des bing. Rechts*, herausg. von Leonhard. Heft 25 (1907). S. 96.

⁴⁸⁾ Möller. L. cit. S. 96.

⁴⁹⁾ Möller. *Ibid*.

⁵⁰⁾ Möller. *Ibid*.

⁵¹⁾ *Skizzing*. Geschichte der d. RW. I. S. 169.

шенію къ этимъ исканіямъ новой методы? Здѣсь характернымъ является отношеніе Ульриха Цазія. Въ началѣ 30-хъ годовъ XVI вѣка между учениками и друзьями Цазія (Бонифаций Амербахъ, Фихардъ, Viglius von Zuichem, Grynaüs) завязалась оживленная переписка по этому вопросу. Одинъ изъ нихъ (Фихардъ) обратился къ Цазію въ письмѣ съ просьбой высказать свое мнѣніе. Краткій отвѣтъ Цазія сводился къ слѣдующему: не стоитъ такъ много мучиться надъ вопросомъ о методѣ; можно, конечно, систематизировать положенія права въ различные отдѣлы и подотдѣлы, но эта систематизація ничего не прибавитъ къ нашему дѣйствительному познанію права, а внесетъ только въ наши представленія нѣчто неопредѣленное и туманное. Оставь поэтому свои поиски методы: лучшей методой могутъ служить 50 книгъ Дигестъ⁵²).

Наконецъ, еще одно проявленіе общей тенденціи гуманистовъ „назадъ къ источникамъ“ заслуживаетъ особеннаго вниманія. Мы видѣли выше, что творцы схоластическаго метода, проникнутые желаніемъ *jus positivum ad jus naturale reducere*, отводили юристу довольно большую свободу по отношенію къ *lex scripta*. Эта свобода, развязывая руки практикѣ, въ значительной степени способствовала выполненію той работы „приспособленія“, которая составляла за-

⁵²) *Stintzing*. Ulrich Zasius. S. 110—111.—Таково же отношеніе и Куяція къ вопросу о методѣ: ср. *Stintzing*. Geschichte der deutsch. RW. Bd. I. S. 376: „Die Ergründung des Einzelnen ist ihm die Hauptsache; wenig kommt auf die Ordnung an, in der es dargestellt wird; man kann sich mit der von Instinian gegebenen begnügen, und die „ars juris“ ist die viele darauf gewendete Mühe nicht werth“. — Правда, рядомъ съ Куяціемъ стоялъ Донеллъ, который, какъ извѣстно, представляетъ систематическое направленіе гуманизма; но именно въ своихъ общихъ построеніяхъ Донеллъ является уже не чистымъ гуманистомъ, а посредникомъ между схоластиками съ одной стороны и школой позднѣйшаго естественнаго права съ другой. Ср. *Stintzing*. Geschichte d. d. RW. Bd. I. S. 376, 379. — *Kluch* статья „Cujas, les glossateurs et les bartolistes“ въ Nouvelle revue historique de droit. Année VII (1883), p. 224: „Doneau ne prétendait assurément pas remettre en faveur les commentaires de Bartole, mais reprenait avec infiniment plus de puissance et de talent une voie analogue. Lui aussi s'était préoccupé avant tout de construire des systèmes juridiques, qu'ils fussent romains ou non“.

дачу комментаторовъ. Но, съ другой стороны, такое свободное обращеніе съ *lex scripta* къ моменту нашего перелома стало давать себя чувствовать, какъ нѣкоторое невыносимое проявленіе судейскаго и адвокатскаго субъективизма, въ высшей степени вредно отзывающееся въ жизни, расшатывающее опредѣленность и прочность гражданскихъ отношеній. Потребность въ освобожденіи отъ такого субъективизма и схоластическаго доктринерства слышится весьма опредѣленно во всѣхъ тѣхъ упрекахъ по адресу юристовъ, которыми переполнено рассматриваемое нами время ⁵³). Извѣстный французскій юристъ XVI вѣка *Hotman* (*Franciscus Hotomanus*, преемникъ Куяція въ Буржѣ) въ своемъ любопытномъ сочиненіи „*L'Antitribonian ou Discours sur l'estude de loix*“ 1567 г. прямо говоритъ, что общественное мнѣніе видѣло въ схоластикахъ „*sophistes, chicaneurs, abuseurs et imposteurs de justice*“ ⁵⁴).

Гуманисты и въ этомъ отношеніи представляютъ рѣшительный поворотъ. Ставя авторитетъ источниковъ выше произвольныхъ діалектическихъ построеній комментаторовъ, полагая задачу юриста только въ истолкованіи истиннаго, незатемненнаго смысла источниковъ, гуманисты рѣшительнымъ образомъ подчеркиваютъ исключительно интерпретаціонную роль юриста по отношенію къ положительнымъ нормамъ закона ⁵⁵).

Если мы свяжемъ воедино всѣ эти тенденціи, внесенныя въ науку права гуманизмомъ, то мы дѣйствительно полу-

⁵³) См. *Stintzing*. *Ulrich Zasius*. S. 91—92. — *Flach* цит. выше статья, p. 221, note 1: „Il faut ajouter, qu'il y avait une immense désir de remédier aux scandaleux abus qui s'étaient introduits dans l'administration de la justice. La procédure était devenue en beaucoup de pays un vain simulacre, qui ne servait qu'à éterniser les procès, à en rendre la solution arbitraire ou aléatoire“...

⁵⁴) См. цитата, приводимая у *Flach'a*, l. cit., p. 226, note 1: „Le pauvre-estat que l'on a vu depuis environ deux cents ans entre ces Docteurs scholastiques les a rendus si odieux, qu'en la fin on ne les a pas tenus seulement de gros et lourd cerveau, mais pour *sophistes, chicaneurs, abuseurs et imposteurs de justice*“.

⁵⁵) См. объ этой сторонѣ ученія гуманистовъ *Richard Schmidt*. *Zasius und seine Stellung in der Rechtswissenschaft* Lpz. 1901. S. 31—32.

чимъ картину полнаго поворота. Куда? По давно знакомому направленію—туда, куда въ концѣ XI столѣтія звали глоссаторы. Поворотъ къ гуманизму по своему основному характеру совпадаетъ съ тѣмъ, который совершился тогда и который былъ характеризованъ Фиттингомъ и Ривье, какъ поворотъ отъ *jus natutale* къ *jus positivum* со всѣми сопутствующими тенденціями. Конечно, и гуманисты продолжаютъ иногда по традиціи говорить о *jus naturale*, но какъ для однихъ, такъ и для другихъ оно пустая фразеа; истинный центръ юриспруденціи лежитъ не въ немъ, а въ источникахъ, т. е. въ *jus positivum*; внѣ этого послѣдняго только произвольныя схоластическія построенія, извращающія юриспруденцію и развращающія юрисдикцію.

Споръ между Мартиномъ и Булгаромъ снова разрѣшается въ пользу послѣдняго. Если школа комментаторовъ обозначаетъ господство мартинизма, то въ гуманизмъ возрождается Булгаръ, и снова мы слышимъ по адресу схоластиковъ упреки: *aequitas ficta, capitanea, bursalis!*...

Сродство между гуманистами и глоссаторами уже было подмѣчено давно ⁵⁶⁾, и уже давно принято говорить о тѣхъ и о другихъ, какъ о чистыхъ теоретикахъ права, для которыхъ требованія жизни исчезаютъ передъ точнымъ смысломъ источниковъ; уже давно принято противопоставлять имъ въ этомъ отношеніи комментаторовъ, какъ служителей юриспруденціи практической по преимуществу ⁵⁷⁾. Эту характеристику надо дополнить: теоретики оказываются прин-

⁵⁶⁾ Это сродство чувствовалось самими гуманистами: извѣстно, что они отдавали рѣшительное предпочтеніе глоссаторамъ. См. *Flach*, l. cit., въ особ. р. 222: „Au fond les deux écoles se rencontrent. Toutes deux s'attachaient, comme à un dogme, à l'étude des textes; toutes deux voulaient enseigner le pur droit de Rome. Pour une comme pour l'autre, la pratique devait se plier à la loi et non la loi à la pratique.—On voit en même temps quel profond abîme séparait le glossateurs et Cujas d'une part les Bartolistes de l'autre, les Bartolistes, qui ne cherchaient souvent dans les lois romaines qu'un prétexte pour créer un droit nouveau approprié à leur époque, mêlant sans scrupules la jurisprudence et le droit canonique aux décisions des empereurs. Il y a là, en somme, deux directions absolument opposées de l'esprit juridique“...

⁵⁷⁾ Ср. напр. *Regelsberger*. *Pandekten*. Bd. I. S. 33 и сл.

ципіальными сторонниками положительнаго права, а практики стремятся въ идеѣ къ осуществленію *jus naturale*!

Гуманизмъ поворотилъ юриспруденцію къ источникамъ такъ же, какъ это въ свое время сдѣлали глоссаторы. Но, конечно, поворотъ этотъ не обозначаетъ возвращенія на старое мѣсто. Источники въ трудахъ гуманистовъ, разсматриваемые въ живой связи со всей исторіей и культурой античнаго міра, наполняются содержаніемъ, котораго не могли извлечь глоссаторы, начинаютъ дышать реальной жизненной правдой, и эта правда даетъ такое пониманіе, такое чувство права, котораго не могли впустить ни общія *principia*, ни „*conclusiones necessariae*“ схоластиковъ. Гуманизмъ поворотилъ юриспруденцію въ направленіи глоссаторовъ; но трудъ предшествовавшаго времени не пропасть даромъ: юриспруденція вернулась, но не къ тому-же пункту, на которомъ она была раньше, а значительно выше надъ нимъ.

VII.

Но и гуманизмъ не далъ успокоенія ищущему духу юриспруденціи: къ началу XVII столѣтіи наступаетъ разочарованіе.

„Чѣмъ болѣе занимались римскимъ правомъ, чѣмъ серьезнѣе старались проводить его даже въ деталяхъ, тѣмъ очевиднѣе становилось, что не найти въ немъ искомаго, требуемаго жизнью права“⁵⁸⁾.

„Прошло время ученой юриспруденціи; вкусъ къ древности, любовь къ историческимъ изысканіямъ замираетъ; практическія задачи выдвигаются на первый планъ общественныхъ интересовъ“⁵⁹⁾.

Преслѣдуя эти практическія задачи, юристы XVII и XVIII вѣковъ отдаются всецѣло вопросамъ своего времени, причемъ, однако, въ способѣ ихъ отношенія къ этимъ вопросамъ замѣтно двоякое теченіе.

⁵⁸⁾ *Deraburg*. Lehrbuch des preussischen Privatrechts. Bd. I (1894). S. 3.

⁵⁹⁾ *Stintzing*. Geschichte d. d. RW. Bd. I. S. 385.

Одно изъ нихъ, преобладающее въ низахъ цивилистики, интересуется только толкованіемъ и разработкою положительнаго (римскаго и національнаго) права въ цѣляхъ его непосредственнаго примѣненія. Это теченіе узко-практическое, позитивное, никакими общими „принципами“ не интересующееся. Въ Германіи оно дало цѣлую полосу юристовъ-практиковъ, для которыхъ типичной фигурой является извѣстный *Carpgow* ⁶⁰⁾.

Другое теченіе, захватывающее теоретическіе верхи юридическаго мышленія, чувствовало невозможность подойти надлежащимъ образомъ къ тѣмъ же запросамъ жизни безъ такихъ или иныхъ общихъ критеріевъ и въ поискахъ этихъ критеріевъ вернулось все къ той же старой идеѣ — идеѣ *juris naturalis*. Такъ совершается новый поворотъ юридической мысли; такъ возникаетъ то направленіе, которое даетъ тонъ XVII и XVIII вѣку, которое пропитываетъ затѣмъ собою даже отмѣченное ниже теченіе и которому собственно усваивается наименованіе *школы естественнаго права*.

Мы знаемъ уже, что возникновеніе этого направленія вовсе не означаетъ введенія какой либо новой идеи или какого-нибудь новаго метода: по существу это есть не что иное, какъ именно еще одинъ поворотъ къ тѣмъ тенденціямъ, которыя уже неоднократно господствовали въ области гражданскаго права. Правда, этотъ новый поворотъ ознаменовался такимъ блескомъ, такой силой таланта и темперамента, что затмилъ собою все предыдущія однородныя теченія; правда, въ области публичнаго строя онъ привелъ къ невѣдомымъ дотолѣ результатамъ, къ разрушенію феодализма и абсолютизма и т. д., — но въ области *гражданскаго права* наступдство этой школы далеко не было столь значительнымъ ⁶¹⁾.

Основнымъ положеніемъ новой школы естественнаго права является уже не разъ повторявшееся признаніе гла-

⁶⁰⁾ *Stintzing*. Ibid. Bd. II. S. 11—12. Специально характеристика *Carpgow'a*—ibid. S. 61.

⁶¹⁾ *Regelberger*. Pandekten. I. S. 40 даже говоритъ: „Zur Herrschaft ist diese Theorie im Bereiche des Privatrechts nie gelangt“.

венства *jus naturale* надъ правомъ положительнымъ. Положительное право должно найти себѣ оправданіе въ *jus naturale* и должно согласоваться съ нимъ, т. е. старая формула „*quod jus positivum ad jus naturale reducatur et cum ipso concordet*“.

Но въ чемъ должно состоять это согласованіе и въ какихъ формахъ оно должно осуществляться, на этотъ вопросъ „мы встрѣчаемъ большею частью, полную путаницу понятій“⁶²⁾. Преобладающею, однако, въ этой путаницѣ идеей является также старая идея о томъ, что *jus naturale*, *aequitas*, сами по себѣ, безъ посредства положительнаго закона или обычая, могутъ служить источникомъ позитивнаго права. Иногда эта идея является лишь общей, прямо не формулированной, но несомнѣнно предполагаемой предпосылкой всего ученія⁶³⁾: а иногда она высказывается со всей твердостью, причемъ опредѣленно говорится, что нормы естественнаго права непосредственно обязательны для всѣхъ, для частныхъ лицъ и для судей, обязательны даже тогда, когда положительное право имъ противорѣчитъ⁶⁴⁾. — т. е. опять-таки по старой формулѣ „*si vero aequitas juri scripto contraria videatur, secundum ipsam judicandum est*“.

Если мы обратимся къ самому содержанию гражданскаго права и спросимъ себя, что внесли въ него представители новаго естественнаго права, то и здѣсь мы не найдемъ ничего радикально новаго. Родоначальникъ новаго направленія Гуго Гроцій, давшій такъ много новыхъ идей въ другихъ областяхъ права, при построеніи своего естественнаго *гражданскаго* права принимаетъ основныя положенія римскаго права почти цѣликомъ⁶⁵⁾. Равнымъ образомъ, Пуффендорфъ строитъ свою систему на римскомъ правѣ, лишь изрѣдка находя необходимымъ внести въ его положенія нѣкоторыя

⁶²⁾ Слова проф. Новгородцева. Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ (1901), стр. 63.

⁶³⁾ Таково напр. ученіе Томазия. См. Landsberg. Gesch. d. d. RW. Bd. III. S. 81.

⁶⁴⁾ Напр. ученіе Рачел'я—Landsberg. Ibid. S. 38.

⁶⁵⁾ Landsberg. Ibid. S. 3—4.

модификаціи⁶⁶⁾. Даже *Хр. Томазіи*, этотъ наибольшій противникъ римскаго права въ цѣломъ, признаетъ въ то же время, что въ основѣ своей, по содержанію своему, оно соотвѣтствуетъ требованіямъ *juris naturalis*, и, если оно дѣйствуетъ въ Германіи, то лишь вслѣдствіе такого соотвѣтствія, дѣйствуетъ не какъ римское, а какъ естественное право⁶⁷⁾.

Нельзя, такимъ образомъ, не присоединиться къ той характеристикѣ, которая дается школѣ естественнаго права въ области цивилистической науки проф. *Новгородцевымъ*:

„Естественное право выродилось здѣсь въ систему раціоналистическаго обоснованія и построенія права положительнаго. Старое преклоненіе передъ римскимъ правомъ, какъ передъ писаннымъ разумомъ, заставляетъ многихъ юристовъ и философовъ этого времени видѣть въ немъ воплощенное естественное право. Римскія положенія безъ дальнѣйшихъ колебаній переносились въ учебники права естественнаго и объявлялись вѣчными и необходимыми требованіями разума“⁶⁸⁾.

Едва ли при такихъ условіяхъ мы имѣемъ какое-либо основаніе ставить цивилистовъ XVII и XVIII вѣковъ внѣ всякаго сравненія съ ихъ предшественниками по направленію—комментаторами: въ конечномъ результатѣ они такъ же только „приспособители“. Конечно, это „приспособленіе“ въ ихъ рукахъ было поставлено на болѣе опредѣленную принципиальную почву, но общіе результаты оказались значительно скромнѣе, чѣмъ этого можно было ожидать. Конечно, и теперь мысль ушла впередъ, зрѣніе расширилось, — но какого-либо озаренія совершенно новымъ свѣтомъ, какого-либо прозрѣнія, откровенія не было. И если эта школа цѣнна для насъ, то не столько положительнымъ содержаніемъ своихъ ученій, сколько духомъ критики, признаніемъ необходимости оцѣнки и переоцѣнки положительнаго права и его систематическаго, цѣльнаго обозрѣнія.

Выше было упомянуто, что ученія естественнаго права,

⁶⁶⁾ *Landsberg. Ibid. S. 15.*

⁶⁷⁾ *Landsberg. Ibid. S. 81.*

⁶⁸⁾ Кантъ и Гегель. Стр. 71.

зародившіяся въ идейныхъ верхахъ юриспруденціи, пропитали собой въ концѣ концовъ и низы ея. Юристы-практики особенно охотно усвоили себѣ ученіе о томъ, что *jus naturale*, въ видѣ *æquitas*, является источникомъ (супплеторнымъ или даже корректорнымъ) положительнаго права. Царство Мартина снова пришло и—снова привело къ тѣмъ же результатамъ: въ воздухѣ снова стало скопляться раздраженіе по поводу раціоналистическаго субъективизма юристовъ. *Густавъ Гуго*, безъ сомнѣнія, только выражалъ общее настроеніе, когда по адресу юристовъ бросалъ свое язвительное замѣчаніе, что они одинаково готовы выводить изъ неизмѣнныхъ требованій разума и французскую конституцію и священную римскую имперію⁶⁹⁾.

„Методически развращаемые вспрыскиваніемъ естественно-правовыхъ идей, юристы едва ли были уже способны при отправленіи своихъ обязанностей воздерживаться отъ проведенія своихъ субъективныхъ представленій... Все болѣе и болѣе интересъ юристовъ отвращался отъ утратившаго свой престижъ положительнаго права, и, казалось, приближается время, когда въ немъ уже вообще не будетъ необходимости, когда для того, чтобы быть юристомъ, достаточно будетъ внимательно прислушиваться къ внутреннему голосу своей просвѣщенной совѣсти...“⁷⁰⁾.

„Практика охотно шла за этимъ теченіемъ и безъ колебаній возвела субъективное усмотрѣніе подъ благородно звучащимъ именемъ справедливости на степенъ положительной нормы, безъ труда разрѣшающей всѣ затрудненія...“⁷¹⁾.

Новое изданіе старой исторіи! Не па то же ли самое жаловались въ XVI вѣкѣ? Не повторяютъ ли приведенныя цитаты существеннаго содержанія, напримѣръ, Готмановскаго *Антигрибоніана*? Не всталъ ли снова въ лицѣ Густава Гуго и др. изъ гроба Булгаръ съ его возгласомъ „*ficta æquitas, bursalis æquitas*“?

⁶⁹⁾ *Bergbohm. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. S. 163, прим.*

⁷⁰⁾ *Bergbohm. Ibid. S. 223.*

⁷¹⁾ Слова *Stintzing'a* изъ его рѣчи „*Wendungen und Wandlungen der deutschen Rechtswissenschaft*“ (1879); цитирую по *Bergbohm. L. cit. S. 224.*

Сами представители школы естественнаго права, повидимому, чувствовали иногда всю ненормальность создававшегося положенія, и въ ихъ средѣ зародилось стремленіе къ выработкѣ новыхъ гражданскихъ кодексовъ. Яркимъ представителемъ такого кодификаціоннаго теченія является *Лейбницъ*, который ставилъ задачей правительствъ изданіе кодекса „короткаго, яснаго, полнаго“, составленнаго на основаніи римскаго и національнаго права, судебной практики, главнымъ же образомъ на основаніи „очевидной справедливости“ ⁷²⁾. Извѣстно, что толчокъ, данный въ этомъ направленіи школой естественнаго права, привелъ къ тремъ крупнымъ европейскимъ кодификаціямъ — Прусскому земскому уложенію 1794 г., Code civil 1804 г. и Австрійскому гражданскому уложенію 1811 года.

Насколько идея естественнаго права играла роль при выработкѣ этихъ кодексовъ и насколько и здѣсь окончательные результаты оказались скромнѣе первоначальныхъ ожиданій, объ этомъ едва ли необходимо распространяться. Быть можетъ, наиболѣе характерной въ этомъ отношеніи является исторія созданія Code civil. Въ началѣ — желаніе создать чистую систему естественнаго гражданскаго права, диктуемаго самимъ разумомъ. Въра въ существованіе такого неизмѣннаго и вѣчнаго естественнаго права торжественно исповѣдуется еще въ Art. 1 перваго титула Livre préliminaire окончательнаго проекта Code civil: „Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes“... При новомъ пересмотрѣ, однако, вся Livre préliminaire, а съ нею и это торжественное исповѣданіе, выбрасывается ⁷³⁾ и самое „заданіе“ авторовъ переходить, въ концѣ концовъ, въ весьма скромную и трезвую работу надъ вполне положительнымъ матеріаломъ, въ результатъ которой о содержаніи Code civil приходится ска-

⁷²⁾ *Landsberg*. L. cit. S. 23—29.

⁷³⁾ См. *Boistel*. Le code civil et la philosophie de droit въ юбилейномъ

сбѣ рникѣ „Le code civil“. Livre de centenaire. Vol. I (1904), p. 47—48.

затѣ: „le droit, qu'il contient, est un droit historique et national, non imaginé mais vécu, l'âme des générations, non rêve des individus!“... ⁷⁴⁾).

VIII.

Крушеніе великой революціи было вмѣстѣ съ тѣмъ крушеніемъ и естественнаго права. XIX вѣкъ течетъ подѣ знакомъ историзма и позитивизма. Если въ теченіе этого вѣка отдѣльные мыслители говорятъ еще о естественномъ правѣ, то во всякомъ случаѣ ихъ ученія лежатъ внѣ того общаго русла, по которому катится мощный потокъ исторической школы. А общимъ настроеніемъ этой школы была, какъ извѣстно, именно борьба противъ разныхъ „rêves des individus“, реабилитация „l'âme de générations“, „Volksgeist“, реабилитация „droit historique et national“—права положительнаго. Еще разъ въ исторіи раздается властный окликъ по адресу ума человѣческаго—„назадъ къ источникамъ!“ Съ ревнивой подозрительностью, снова и снова производятся ревизіи права и юриспруденціи съ цѣлью вскрыть послѣдніе остатки притаившагося въ нихъ естественнаго права и вымести ихъ вонъ, какъ вредный соръ ⁷⁵⁾.

Если доктрина естественнаго права покоилась на безграничной вѣрѣ въ способность человѣческаго разума устроить общественныя отношенія по началамъ абсолютной справедливости,—то основное настроеніе исторической школы составляетъ невѣріе. Лучшее, что можетъ дѣлать человѣческій разумъ въ области права,—это находить и формулировать то, что вырабатывается въ глубинахъ народнаго духа,

⁷⁴⁾ (Слора *Esmein*'а — въ томъ же сборникѣ статья „L'originalité du code civil“, р. 16.—Въ томъ же смыслѣ относительно *Preuss. Landrecht* см. *Bergbohm*, L. cit. S. 181. Anm. 9: „Im grossen und ganzen ist das Landrecht eine Transformation des geschriebenen Rechts und der Gerichtspraxis, also eine Kodifikation im eigentlichen Sinne des Wortes“... — „Das Publicationsspatent vom 5. Febr. 1794 verbietet zum Ueberfluss ausdrücklich jede Auslegung auf Grund eines „philosophischen Raisonnements“. — И только Австрійскій кодексъ въ § 7 сохранилъ въ качествѣ субсидіарнаго источника „natürliche Rechtsgrundsätze“.

⁷⁵⁾ Ср. напр. предисловіе *Bergbohm*'а къ цит. сочиненію.

вырабатывается органически и незамѣтно. Нѣтъ никакой абсолютной справедливости, а есть только справедливость историческая, справедливость народная и эта справедливость — положительное право. Если XVII и XVIII вѣка вѣрили въ существованіе права, вытекающаго изъ самой человѣческой природы и потому одинаковаго для всѣхъ народовъ, изъ-національнаго, то историческая школа, напротивъ, знаетъ только право національное. И въ исключительную задачу юриспруденціи поставляется только изученіе этого національнаго права въ его настоящемъ видѣ и въ его исторіи.

И цѣлая армія работниковъ, одушевленныхъ идеями исторической школы, устремляется по пути, указанному Савиньи. Расцвѣтаетъ догматика положительнаго права, создается истинно-научная исторія его. Позитивная юриспруденція достигаетъ такой высоты, на которой она не была никогда раньше.

И когда наука XIX столѣтія съ гордостью оглядывается назадъ, она останавливается съ чувствомъ симпатіи только на своихъ предшественникахъ по духу — глоссаторахъ и гуманистахъ. Юристы до-Болонскаго періода ей почти неизвѣстны, комментаторы ей непонятны; представители естественнаго права XVII и XVIII в. ея враги. Она цѣнитъ только тѣ повороты въ исторіи юридической мысли, которые вели туда же, куда ведетъ она.

Но исторія опять повторяется. Непродолжительно была полное господство исторической школы. Уже съ половины XIX столѣтія начинаются весьма подозрительныя для ея авторитета теченія ⁷⁶⁾. Вѣра въ органическое, безболѣзненное и самопроизвольное развитіе права оказалась подорванной и, съ легкой руки *Леринга*, заговорили о *борьбѣ въ правѣ и борьбѣ за право*. Вматриваясь ближе въ сущность мистическаго „народнаго духа“, нашли въ немъ, вмѣсто ожидаемаго единства и цѣльности, чрезвычайную сложность разнообразныхъ борющихся между собой элементовъ, „клас-

⁷⁶⁾ См. къ этому *Новгородцевъ*. Историческая школа юристовъ, ея происхожденіе и судьба (1896).

совъ“ и т. д., а вмѣсто гармоніи — непрерывныя тренія „классовыхъ“ и иныхъ соціальныхъ противорѣчій...

Вмѣсто той пассивной и спокойной роли констатированія и формулированія, которая отводилась исторической школой на долю разума человѣческаго, жизнь XIX вѣка стала настойчиво взывать къ его творческой дѣятельности въ видѣ реформирующаго законодательства. Кипучая, во многихъ отношеніяхъ бурная дѣйствительность послѣдняго столѣтія ставитъ передъ юридической мыслью такія задачи, отъ которыхъ тщательно открещивалась историческая школа, *задачи практическія — въ широкомъ смыслѣ задачъ соціально-политическихъ*. А эти задачи, въ свою очередь, снова поднимали старые вопросы объ общихъ принципахъ права, о цѣли въ правѣ, о методѣ изученія и толкованія...

И въ концѣ концовъ переходъ отъ XIX вѣка къ XX-му привелъ въ области юриспруденціи къ „*возрожденію естественнаго права*“. Юристы современные заговорили снова языкомъ, съ точки зрѣнія исторической школы, еретическимъ, языкомъ, который часто представляетъ чуть-ли не буквальное повтореніе языка не только XVII и XVIII вѣка, но и языка комментаторовъ и даже „до-Болонцевъ“. „Естественное право“, „природа вещей“ и другія равнозначущія понятія стали фигурировать не только въ сочиненіяхъ юристовъ опредѣленнаго идеалистическаго склада (напр. *Штаммлеръ* или *Gény*), но и въ солидныхъ трудахъ такихъ позитивно настроенныхъ ученыхъ, какъ напр., *Дернбургъ* или *Регельсбергеръ* ⁷⁷⁾. Снова повѣяло знакомымъ духомъ, снова заискрились старыя, знакомыя идеи, снова суровый Булгаръ укладывается въ свой гробъ...

IX.

И можетъ показаться при первомъ поверхностномъ взглядѣ, что вся исторія юриспруденціи есть не что иное, какъ

⁷⁷⁾ *Dernburg*. Pandekten. Bd. I (7 Aufl. 1902). S. 84, Das bürgerliche Recht. I d. I (1902). S. 80. Онъ проситъ, впрочемъ, не смѣшивать „Natur der Sache“ съ „*Naturrecht*“. — *Regelsberger*. Pandekten. Bd. I (1893). S. 70.

безнадежное, утомительное верченіе въ какомъ-то заколдованномъ, неразрѣшимомъ кругѣ...

Но такое впечатлѣніе было-бы ошибочнымъ. Если мы бросимъ общій взглядъ назадъ, на описанную смѣну направлений, то мы увидимъ отчетливо, что исторія юриспруденціи есть непрерывное движеніе вверхъ, непрерывное восхожденіе къ вершинѣ познанія, но только восхожденіе не по прямой линіи, а *зигзагообразное*. Между двумя мысленными линіями—линіей положительнаго и линіей естественнаго права—юридическая мысль движется вверхъ, періодически обращаясь то къ одной, то къ другой, но каждый разъ, при каждомъ новомъ поворотѣ, поднимаясь все выше и выше надъ тѣми пунктами, на которыхъ она была раньше. Поворачиваетъ-ли она къ положительному праву, она понимаетъ его съ каждымъ разомъ и шире и глубже (глоссаторы—гуманисты—историческая школа); возвращается-ли она къ идеѣ естественнаго права, она подходитъ къ ней съ новымъ запасомъ матеріала, котораго не было раньше (юристы до-Болонскаго періода — комментаторы — школа XVII и XVIII вѣковъ), и каждое направленіе, оглядываясь на свое прошлое, будетъ смотрѣть на него съ горы внизъ.

Передъ лицомъ такого историческаго факта и современное возрожденіе естественнаго права утрачиваетъ характеръ чего-то случайнаго, характеръ какого-то страннаго рецидива въ иллюзіи XVII и XVIII вѣковъ, окончательно разрушенныя исторической школой. Оказывается, что эти „иллюзіи“ нѣ сколько разъ разрушались и ранѣе, и тѣмъ не менѣе оживали вновь и вновь оплодотворяли юридическую мысль и юридическую жизнь. Оказывается, что, несмотря на все, казалось-бы, самые неопровержимые аргументы, въ этихъ „иллюзіяхъ“ сказывается какая-то историческая необходимость, скрывается какая-то живая и дѣятельная сила. Подъ вліяніемъ этой необходимости идея естественнаго права возрождается каждый разъ съ новой силой и даетъ новый плодъ. Будемъ-ли мы бороться съ этой идеей или же мы станемъ ее привѣтствовать, во всякомъ случаѣ первое, съ чѣмъ намъ

приходится считаться,—это періодическое посягательство ея возрожденія и ея умиранія.

И передъ нами естественно встаетъ вопросъ, въ чемъ же заключается причина этого явленія, чѣмъ объяснить какъ періодическое распространеніе естественно-правовой идеи, такъ и ея періодическое умираніе.

Х.

Вопросъ о причинахъ *возникновенія идеи естественнаго права* былъ уже неоднократно предметомъ научнаго обсужденія, и общая сущность этихъ причинъ можетъ считаться достаточно выясненной. Мотивы тѣхъ поворотовъ къ естественному праву, которые были описаны выше, быть можетъ, приносятъ кое-что для выясненія этихъ общихъ причинъ съ точки зрѣнія исторической реальности.

Къ идеѣ естественнаго права приводитъ не только чистое, спекулятивное мышленіе. Поскольку только такой чисто теоретическій интересъ вызываетъ появленіе идеи естественнаго права, постольку эта идея живетъ всегда, т. е. при всякихъ поворотахъ, въ ученіяхъ отдѣльныхъ мыслителей. Но для того, чтобы она стала общей мыслью эпохи, для того, чтобы она легла въ основу цѣлаго теченія, вызвала общій поворотъ,—для этого необходимы причины уже не теоретическаго только, а глубоко-практическаго характера.

Право есть явленіе, обладающее двоякой природой. Съ одной стороны, мы имѣемъ въ немъ фактъ дѣйствительности, нѣкоторую силу, которая опредѣляетъ собой извѣстныя стороны человѣческой жизни, регулируетъ общественныя отношенія. Съ другой стороны, нормы права являются средствомъ для достиженія такихъ или иныхъ социальныхъ цѣлей на пути стремленія къ достиженію такого или иного „соціального идеала“. Сообразно этой двоякой природѣ права и наше отношеніе къ нему двояко. Съ одной стороны, право предстоитъ нашему сознанію, какъ нѣкоторое явленіе изъ „міра сущаго“, и мы стремимся познать его въ такомъ видѣ, какъ оно есть (догматически и исторически). Съ другой

стороны, мы не можем не оцѣнивать его съ точки зрѣнія тѣхъ социальныхъ цѣлей, которымъ оно служить, и въ этомъ смыслѣ міръ права есть „die Welt des Handelns, des praktischen Lebens, eine Welt der Dinge für uns, nicht der Dinge an sich“ ⁷⁸).

Эта вторая сторона права, логически, какъ видимъ, неизбежная, въ извѣстные моменты исторіи выступаетъ на первый планъ общественнаго сознанія и съ особенной силой захватываетъ умы. Бываютъ эпохи, когда старый порядокъ въ своихъ основныхъ, важнѣйшихъ принципахъ оказывается отставшимъ, не отвѣчающимъ ни новымъ условіямъ, ни новымъ запросамъ. Общественная атмосфера пропитывается чувствомъ неудовлетворенности, исканіемъ новаго. Жизнь начинаетъ настойчиво взывать къ дѣятельной, работѣ, къ творчеству, къ пересозданію ⁷⁹).

Но если необходима работа и творчество, то они возможны только при томъ непремѣнномъ предположеніи, что эта работа можетъ быть выполнена тѣмъ, къ кому взываютъ, т. е. человѣческимъ разумомъ. Велѣдствіе этого во всѣ такія эпохи мы встрѣчаемся съ особенно яркой вѣрой въ творческую силу человѣческаго разума. Пусть онъ способенъ заблуждаться, но только онъ же можетъ найти и истину, и если необходимо искать эту истину, то обращаться иначе не къ кому и не къ чему.

Съ другой стороны, для того, чтобы эта истина могла быть найдена, для того, чтобы не растеряться въ безконечныхъ мелочахъ и частностяхъ жизни, необходимы такіе или иные общіе критеріи. Гдѣ же искать этихъ критеріевъ? То, что есть, „міръ сущаго“ дать ихъ не можетъ, ибо самый этотъ „міръ сущаго“ является источникомъ неудовлетворенности, самъ онъ подлежитъ критикѣ и практической перестройкѣ. Нужные критеріи могутъ быть найдены только

⁷⁸) *Jellinek*. System der subjektiven öffentl. Rechte. 2. Aufl. (1905). S. 15.

⁷⁹) *Bergbohm*. L. cit. S. 201: „In diesem (Umformungstrieb) haben wir im Allgemeinen einen Hauptfeind unserer wissenschaftlichen Methode und im Besonderen eins der stärksten unter der beständig wirksamen Motiven der Naturrechtlerei zu sehen“.

въ совершенно иной области—въ общихъ представленіяхъ о должномъ, а эти послѣднія представленія опредѣляются общими воззрѣніями на міръ, человѣка и общество. Такъ постепенно непосредственныя практическія задачи права въ послѣдовательномъ мышленіи съ логической неизбѣжностью приводятъ къ общимъ философскимъ вопросамъ, и вотъ почему въ указанныя критическія эпохи философствованіе дѣлается общимъ настроеніемъ юриспруденціи, и всякія практическія реформы стремятся опереться на такія или иные этически общеобязательныя начала. Такъ возникаетъ, уже какъ массовое, а не какъ случайное психологическое явленіе, вѣра въ существованіе извѣстныхъ абсолютныхъ началъ права, т. е. именно въ то, что составляетъ самое зерно всякаго естественно-правового ученія.

Безконечно различно можетъ быть ближайшее содержаніе этихъ ученій, но всепроникающая вѣра въ способность человѣческаго духа открыть общіе, абсолютные принципы долженствованія и осуществить ихъ въ жизни составляетъ психологически неизбѣжный элементъ всякаго изъ нихъ. Вызываемая къ жизни необходимостью дѣйствовать, т. е. извѣстнымъ настроеніемъ воли, эти ученія и обращаются не столько къ познающей дѣятельности нашего духа, сколько къ нашей волѣ. Дать мощный импульсъ общественной волѣ, внушить ей, что она *должна* и *можетъ*,—въ этомъ истинная цѣль всякаго естественно-правового ученія, въ этомъ великое социальное значеніе идеи естественнаго права и въ этомъ смыслъ эта идея является одной изъ могущественнѣйшихъ „идей-силъ“ ⁸⁰⁾.

Такимъ образомъ, причина неистребимости идеи есте-

⁸⁰⁾ Эту сторону естественно-правовыхъ ученій прекрасно отгѣняетъ *Alvens*, характеризую XVIII вѣкъ: „Der Geist der Zeit wollte nicht an das Historische gemahnt sein, mit dem er zu brechen vorhatte, nicht an die Gesetze und Bedingungen, die dem Wollen und Handeln Schranken setzen er verlangte nicht Berücksichtigungen, sondern rücksichtslose, einfache, durchschlagende Prinzipien“ (Naturrecht, Bd. I. 1870. S. 121). Необходима была „eine einfache, durchschlagende Theorie, welche in absoluten Sätzen, mit dem Glauben der Unfehlbarkeit, den kräftigsten Impuls für das Wollen und Handeln gab“ (Ibid. S. 124).—Ср. *Bergbohm*. L. cit. S. 168—169.

ственного права лежитъ въ самой природѣ права. Поскольку жизнь человѣческая есть дѣйствованіе и поскольку это дѣйствованіе выливается по необходимости въ координированномъ при посредствѣ права *соціальномъ* дѣйствованіи, постольку всегда право должно подлежать оцѣнкѣ съ точки зрѣнія цѣли, т. е. такихъ или иныхъ общихъ началъ должнаго, опредѣляемыхъ общимъ міровоззрѣніемъ. Но если такое критическое отношеніе къ праву въ нѣкоторыя эпохи сказывается съ особенною интенсивностью, если оно иногда пропитываетъ собою всю общественную атмосферу, то причину этого явленія надо искать не въ капризахъ чистой, теоретической мысли, а въ реальныхъ условіяхъ измѣнившейся дѣйствительности и въ связанномъ съ этимъ измѣненіемъ общимъ кризисѣ правосознанія.

XI.

Если, такимъ образомъ, причины всезахватывающаго въ извѣстныя эпохи распространенія естественно-правовыхъ воззрѣній понятны, то спрашивается, чѣмъ же объясняется тогда обратное явленіе—*ихъ періодическое вымираніе*. Почему идея естественнаго права, достигнувъ своего кульминаціоннаго пункта, вызываетъ затѣмъ реакцію, недовольство и общій поворотъ подъ знаменемъ „назадъ, къ источникамъ!“? Почему послѣ эпохи исключительно критическаго отношенія къ положительному праву, доходящаго до полнаго отрицанія его, наступаетъ періодъ рѣшительнаго отказа отъ всякой критики, періодъ полнаго преклоненія передъ писаннымъ закономъ? Это второе явленіе такъ же ненормально, какъ и первое: если тамъ мы имѣемъ гипертрофію правовой чувствительности, то здѣсь ея полный упадокъ. Если тамъ отмѣченная вторая природа права только и занимаетъ умы, то здѣсь она игнорируется вовсе.

Можетъ-ли это явленіе быть объяснено наступающимъ правовымъ удовлетвореніемъ, выполненіемъ всѣхъ стоявшихъ на очереди задачъ? Намъ кажется, что нѣтъ. Полнаго удовлетворенія не бываетъ никогда, и, конечно, эпохи

гlossаторовъ, гуманистовъ и даже исторической школы отнюдь не являются какимъ-то золотымъ вѣкомъ, когда желаемое стало осязаемымъ, когда общественное правосознаніе находится въ полной гармоніи съ дѣйствительностью, когда *jus positivum* сливается съ *jus naturale*.

Можетъ-ли это явленіе быть объяснено, какъ естественная реакція консервативныхъ тенденцій послѣ подъема прогрессивныхъ, новаторскихъ стремленій? Намъ также думается, что и это объясненіе годится не всегда. Если можетъ быть констатирована консервативная тенденція исторической школы ⁸¹⁾, то едва-ли могутъ быть признаны консерваторами по духу glossаторы или гуманисты. Съ другой стороны, развѣ не было попытокъ построенія весьма консервативнаго естественнаго права?

Намъ кажется, что изложенная выше исторія подобныхъ поворотовъ вскрываетъ предъ нами одно явленіе, которое играло въ этомъ отношеніи огромную, а быть можетъ и рѣшающую роль.

Признаніе верховенства *jus naturale* надъ *jus positivum*, признаніе въ видѣ основной задачи юриспруденціи согласованія послѣдняго съ первымъ („*quod jus positivum ad jus naturale reducatur et cum ipso concordet*“) неизбѣжно ставило передъ всякимъ естественно-правовымъ теченіемъ вопросъ о томъ, *каково же должно быть формальное отношеніе между правомъ положительнымъ и естественнымъ*.

Вопросъ этотъ, какъ намъ уже приходилось отмѣчать, не нашелъ себѣ не только однообразнаго, но даже и вообще сколько-нибудь яснаго разрѣшенія. Здѣсь въ каждую эпоху господства естественнаго права въ отдѣльныхъ ученіяхъ мы, вѣроятно, нашли-бы всю скалу возможныхъ по этому поводу мнѣній. Но если мы поднимаемся надъ всѣмъ этимъ разнообразіемъ отдѣльныхъ мнѣній, если мы захотимъ уловить лишь общія, преобладающія тенденціи,—то, какъ мнѣ кажется, мы можемъ замѣтить слѣдующее.

Первая задача, которую предстоитъ разрѣшить всякому,

⁸¹⁾ См. *Новгородцевъ*. Историческая школа. Стр. 40, 53—54.

кто признаетъ существованіе *jus naturale*, какъ самостоятельнаго источника права, состоитъ въ томъ, чтобы опредѣлить взаимоотношеніе права естественнаго и положительнаго *при ихъ конфликтѣ* по содержанію: чѣмъ должна руководиться практика, требованіями ли *juris naturalis* или же предписаніемъ положительнаго закона?

Мы видѣли, какъ отвѣчало на этотъ вопросъ первое естественно-правовое направленіе юристовъ до-Болонской эпохи: „*sin vero aequitas juri scripto contraria videatur, secundum ipsam judicandum est*“. Такимъ образомъ, допускалась возможность исправленія писаннаго права юриспруденціей и судомъ, и мы видѣли также, что авторъ *Exceptiones*, составляя свое руководство, широко пользуется этой теоретически допускаемой возможностью.

Таково было первое, простѣйшее, ясное до наивности рѣшеніе нашего вопроса. Чѣмъ дальше, однако, мы поднимаемся въ исторіи, тѣмъ болѣе эта простота исчезаетъ, тѣмъ болѣе чувствуется невозможность допускать такой неприкрытый контроль суда надъ закономъ. И уже у Раймунда Лүллія мы видимъ болѣе скромное отношеніе: если писанный законъ оказывается противнымъ началамъ *juris naturalis*, если онъ оказывается „*falsa*“, то, хотя съ одной стороны не слѣдуетъ пользоваться имъ, но съ другой стороны нельзя его и „*diffamare*“; нужно молчать, „*tacere*“, дабы не компрометировать законодателя—„*ut non faciat dedecus superioribus*“.

Если мы возьмемъ представителей естественно-правовыхъ ученій болѣе поздняго времени, XVII и XVIII вѣковъ, то у нихъ найдемъ еще болѣе большій респектъ передъ *lex scripta* въ этомъ отношеніи. Хотя и среди нихъ встрѣчаются, какъ мы видѣли, отдѣльные юристы, которые повторяютъ „до-Болонцевъ“ (напр. упомянутый выше Samuel Rachel), но въ видѣ общаго правила, повидимому, признается, что писанный законъ, хорошъ-ли онъ или дуренъ, для судьи обязателенъ. Волею или неволею—чаще неволею, чѣмъ волею—въ этомъ случаѣ, т. е. при наличности опредѣленнаго предписанія закона, приходится отказаться отъ непосредственнаго проведенія въ жизнь принциповъ *juris naturalis*.

Но если приходится склонить свою главу передъ положительнымъ закономъ тамъ, гдѣ онъ говоритъ ясно и опредѣленно, то въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ неясенъ или оставляетъ пробѣлы, по общему ученію естественно-правовой школы, восполняющимъ источникомъ должно быть признано естественное право. Въ этомъ отношеніи едва-ли существуютъ какія-либо разногласія.

На почвѣ этого послѣдняго ученія психологически неизбежно создается извѣстное свободное отношеніе къ положительному праву: легче усматривается наличность неполноты или неясности закона; область, подлежащая непосредственному регулированію „естественнаго разума“ или „*aequitas*“ разрастается; принципы положительнаго права, поскольку они не выражены въ томъ или другомъ параграфѣ закона, легко отодвигаются со сцены принципами естественнаго права. „Духъ положительнаго закона“ уступаетъ мѣсто „духу“ закона естественнаго ⁸²⁾.

Такое свободное отношеніе къ *jus positivum*, вытекающее изъ общаго теоретическаго представленія о естественномъ правѣ, какъ о субсидіарномъ источникѣ права положительнаго, найдя себѣ выраженіе въ трудахъ теоретиковъ этого направленія, широко разливается затѣмъ повсюду, захватываетъ рядовыхъ дѣятелей юрисдикціи, даже такихъ изъ нихъ, которые не думаютъ о какихъ-либо „общихъ и неизмѣнныхъ принципахъ“ права, передъ которыми стоитъ не теорія, а только практика жизни. Теоретическая волна естественнаго права поднимаетъ снизу волну практическаго настроенія, въ глубинѣ котораго идея естественнаго права, идея абсолютныхъ, объективныхъ принциповъ, вульгаризируется и превращается въ простую субъективно понимаемую „справедливость“, въ „свободное судейское усмотрѣніе“.

И вотъ, когда наступаетъ въ практической жизни господ-

⁸²⁾ *Bergbohm*. L. cit. S. 232: „Wer einmal naturrechtsgläubig ist, kann eben nicht umhin, bei der Rechtsanwendung unter den Normen des praktischen Rechts zu sortiren, mindestens die letzteren so anzulegen, dass sie mit dem materiellen Inhalt seines naturrechtlichen Bekenntnisses nicht kollidieren“.

ство такого вульгаризированнаго естественнаго права, когда „общіе принципы объективнаго разума“ на судейской трибунѣ превращаются въ свободную игру разума субъективнаго, когда—говоря иначе—наступаетъ царство Мартина,—тогда правовая жизнь народа подвергается величайшему испытанію. Право утрачиваетъ необходимое ему качество опредѣленности и объективности; процессъ превращается въ игру, исхода которой предвидѣть невозможно; сословіе юристовъ, служителей права вырождается въ прислужниковъ минутныхъ настроеній, а сплошь и рядомъ и въ защитниковъ тѣхъ интересовъ, за которые лучше платять...

О такомъ извращеніи правосудія мы имѣемъ почти тождественныя свидѣтельства отъ каждаго періода. Объ этомъ свидѣлствуютъ язвительные упреки Булгаристовъ, ихъ короткія но мѣткія словечки „*aequitas bursalis*“ „*capitanea*“; объ этомъ въ рѣзкихъ выраженіяхъ повѣствуетъ „Антитрибонианъ“; объ этомъ же говорить общее состояніе правосудія къ концу XVIII столѣтію ⁸³⁾.

Зло, наконецъ, разрастается до такой степени, что начинается крутая реакція. Жизнь, страдающая отъ царящаго всюду судейскаго субъективизма, начинаетъ взывать, хотя бы къ менѣе совершенному, но зато къ болѣе опредѣленному и независимому правопорядку, а въ верхахъ, въ теоріи, раздается кличъ „назадъ, къ источникамъ“! Довольно съ насъ вашего „абсолютнаго и неизмѣннаго естественнаго права“, вашей „справедливости“, вашей *aequitas*; дайте намъ лучше что-либо не столь абсолютное, но зато дѣйствительно объективное, съ чѣмъ мы могли бы заранѣе считаться, на что мы могли бы полагаться!..

⁸³⁾ Сверхъ цитатъ, приведенныхъ выше, см. еще *Bergbohm. Ibid. S. 172*: „Bekannt ist... wie der in der Theorie betriebene Kultus der Vernunft folgerichtig in praktischen Subjektivismus umgeschlagen ist“.—*S. 173*, примѣчаніе: „Indessen weisen die mancherlei skurrilen Nutzenwendungen, welche Leute ohne Geschmack, aber darum nicht auch ohne Logik von den angeblichen Rechtsprinzipien der Koryphäen des Naturrechts machten, mitunter in drastischer Weise auf den faulen Kern der ganzen Doktrin: den schrankenlosen Subjektivismus hin“...

Подъ вліяніемъ реакціи, идея естественнаго права, скомпрометтированная ея вульгарнымъ примѣненіемъ, утрачиваетъ свой кредитъ и на время окончательно сходитъ со сцены. На обломкахъ воздушнаго замка Мартина Булгаръ начинаетъ строить свой дѣловой домъ. Для него нѣтъ уже никакого инаго права, кромѣ того, которое написано въ источникахъ; здѣсь его міръ, за предѣлы котораго онъ не выходитъ и выходить не желаетъ. Критическое отношеніе къ „сущему“ не только само собою замираетъ, оно изгоняется принципиально: конечно, писанный законъ можетъ измѣняться, но это юриста, кака такового, не касается: измѣненіе будетъ произведено другой инстанціей—властью („superiores“) или „народнымъ духомъ“; до той же поры юристу въ этомъ отношеніи дѣлать нечего, ибо къ этому онъ не „призванъ“.

Неуклонно осуществляя эту свою тенденцію, Булгаръ снова желѣзной рукой водворяетъ распатанную Мартиномъ дисциплину среди юристовъ, приучаетъ ихъ на судейскомъ креслѣ подавлять свои личныя воззрѣнія. Но эта дисциплина, необходимая въ одномъ отношеніи, по прошествіи нѣкотораго времени оказывается вредной въ другомъ. Мало-по-малу юриспруденція оказывается *обездушенной*. Приученная отстранять отъ себя все, что не касается истолкованія положительнаго закона, утратившая самые методы критическаго отношенія къ праву, юриспруденція оказывается оторванной отъ общаго хода жизни, лишенной ея пониманія, чуждой всему тому, чѣмъ живетъ и чѣмъ волнуется современность. Создается положеніе невыносимое, и это положеніе разрушается въ новомъ крутомъ поворотѣ — опять къ критической оцѣнкѣ права, опять къ идеѣ естественнаго права...

И такъ столѣтіями, волна за волной, катится теченіе нашей юриспруденціи, то вздымаясь до самыхъ высокихъ вершинъ абсолюта, то глубоко погружаясь въ самыя мелочныя низины *lex scripta*. Но едва-ли хоть въ одинъ моментъ этого своего волнообразнаго теченія юриспруденція испытываетъ чувство удовлетворенія, чувство полноты и гармоніи своего бытія.

И неужели иначе не можетъ быть? Неужели колебаніе между двумя односторонностями составляетъ непреложный законъ ея существованія?

XII.

Въ настоящій моментъ мы снова—уже въ четвертый разъ—переживаемъ подъемъ естественно - правового настроенія. Соціальныя условія второй половины XIX столѣтія, какъ сказано, не могли не сдвинуть юриспруденцію съ той позиціи пассивнаго отношенія къ вопросамъ современности, которая отводилась ей духомъ исторической школы. Юриспруденція втянута въ кипучіе споры времени, и цѣлевая природа права снова съ особенной силой захватываетъ мысль. И въ этомъ отношеніи переживаемый нами поворотъ заслуживаетъ только самага горячаго привѣтствія.

По причинамъ, о которыхъ говорилось выше, и въ настоящій моментъ юриспруденція, вступая въ область критики и оцѣнки, должна подумать о тѣхъ общихъ принципахъ, которые могли бы быть положены въ основу этой оцѣнки. которые могли-бы послужить мѣриломъ соціальныхъ цѣнностей. И современная юриспруденція рука объ руку съ общей философией горячо работаетъ въ этомъ направленіи.

Пусть эта работа не привела еще ни къ какимъ общепризнаннымъ результатамъ, пусть ведутся еще по этому поводу самые ожесточенные споры,—въ этомъ бѣды нѣтъ, въ этомъ идейная работа человѣчества, приносящая свои добрые плоды даже тогда, когда ихъ менѣе всего замѣчаютъ. И надо помнить, что иного выхода нѣтъ: если человѣчество желаетъ въ соціальной области дѣйствовать, то иного руководителя въ этой дѣятельности, кромѣ нашего общаго разума, нѣтъ и быть не можетъ. Если мы поставлены въ необходимость дѣйствовать, въ необходимость планомѣрно устроить общественныя отношенія, то нашу первую и непреложную задачу должна составлять выработка *плана* предполагаемой нами постройки, т. е. именно тѣхъ общихъ принциповъ, на которыхъ она должна созидаться. И самая постройка новаго зданія права будетъ подвигаться впередъ

лишь постольку, поскольку въ этомъ отношеніи, быть можетъ, незамѣтно, будетъ достигаться необходимое соглашеніе.

Такимъ образомъ, и въ этомъ отношеніи, и въ этихъ исканіяхъ общихъ, самой природѣ права соотвѣтствующихъ, принциповъ современной юриспруденціи нельзя не сочувствовать. Здѣсь она стоитъ на правильномъ, трудномъ, но логически неизбѣжномъ пути, дѣлаетъ необходимую работу, и если эти общіе принципы права называть естественнымъ правомъ, то всякая истинная юриспруденція *должна быть* естественно-правовой.

Но идя по этому пути, ища общихъ, руководящихъ принциповъ права, и даже находя ихъ, юриспруденція должна наконецъ опредѣленно разрѣшить старый вопросъ о значеніи этихъ принциповъ, т. е. говоря въ обычныхъ выраженіяхъ, вопросъ о формальномъ отношеніи между ними и положительнымъ правомъ. Должна-ли этимъ принципамъ быть отведена только роль руководителей законодательной политики, или же за ними можетъ быть признана сила непосредственнаго источника положительнаго права? Необходимо, во всякомъ случаѣ, чтобы въ этомъ отношеніи не было той неясности, той путаницы понятій, которой грѣшили предыдущія однородныя направленія.

И нельзя сказать, чтобы этотъ вопросъ представителями современнаго естественнаго права не ставился, и чтобы не было попытокъ его разрѣшенія. Скорѣе наоборотъ: нѣтъ въ текущей юридической литературѣ вопроса, который бы обсуждался съ большимъ оживленіемъ и съ большой страстностью, чѣмъ *вопросъ о надлежащей методѣ примѣненія права, о правильной методѣ интерпретаціи*. Объ этомъ пишутся книги, объ этомъ говорятся рѣчи, объ этомъ почти въ каждомъ номерѣ каждаго юридическаго журнала трактуютъ большія и малыя статьи ⁸⁴⁾.

Огромная литература, развившаяся вокругъ этого вопроса,

⁸⁴⁾ См. по этому поводу мою статью „Гражданскій судъ и законъ“ „Вѣстникъ Права“ 1905 г, кн. I, — Дальнѣйшую литературу вопроса, по ея количеству, привести здѣсь совершенно невозможно, да для нашей цѣли и не нужно.

выражаетъ чрезвычайное разнообразіе мнѣній. Но если мы и здѣсь поднимаемся подѣ этимъ разнообразіемъ, если мы и здѣсь захотимъ установить основную, преобладающую тенденцію, то мы замѣтимъ, что и современное настроеніе юриспруденціи сбивается на старое, уже намъ знакомое русло.

Конечно, ясный и опредѣленный законъ не можетъ быть отмѣняемъ судьей по соображеніямъ „природы вещей“ или справедливости. Но законъ можетъ быть неясенъ, законъ неизбѣжно оставляетъ пробѣлы и отстаеъ отъ жизни. Въ такихъ случаяхъ „природа вещей“, „правильное право“ и т. д. должны являться субсидіарнымъ источникомъ и непосредственно примѣняться къ практической жизни. Какъ самыя эти положенія, такъ и приводимые въ защиту ихъ аргументы почти слово въ слово совпадаютъ съ тѣмъ, что мы можемъ найти у нашихъ болѣе раннихъ предшественниковъ ⁸⁵⁾.

Знакомое рѣшеніе этого вопроса начинаетъ вызывать и знакомыя послѣдствія.

Въ теоретическихъ верхахъ новаго направленія еще ищутъ такихъ или иныхъ *объективныхъ* критеріевъ, такихъ или иныхъ общихъ, но непременно *объективныхъ* началъ, которыми бы могъ руководиться судья при непосредственномъ примѣненіи „естественнаго права“. Тамъ, въ этихъ верхахъ, еще сознаютъ, что предоставить судѣ примѣненіе этого права безъ такихъ объективныхъ критеріевъ значило бы создать *судебную тиранію* или *судебную анархію* ⁸⁶⁾.

Такъ въ верхахъ. Но, какъ всегда бывало и раньше, въ низахъ юриспруденціи поднимается и ширится волна общаго

⁸⁵⁾ Ср. съ обычной аргументаціей современныхъ писателей, напр. слѣдующія объясненія *Portalis'a* къ проекту *Code civil*: „Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés“... и т. д. „Quand on n'est dirigé par rien de ce, qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes de droit naturel“... Цит. выше статья *Boistel'a* въ *Livre de centenaire*. Т. I, р. 54—55.

⁸⁶⁾ См. „Гражданскій судъ и законъ“. Стр. 9, 14, 16.

настроения, которое мало заботится объ этих жадно иско-
мыхъ общихъ и объективныхъ принципахъ и которое сво-
дится только къ одному, къ требованію большаго простора
судейскому усмотрѣнію. Судейская „интуиція“ признается
основнымъ творцомъ приговора, формальнымъ же источни-
камъ права отводится только роль инстанція провѣрочной ⁸⁷⁾.
Самые поиски общихъ и объективныхъ критеріевъ объя-
вляются бесплодными и ненужными, ибо „нѣтъ и не можетъ
быть иныхъ гарантій правосудія, кромѣ самой личности
судьи“ ⁸⁸⁾. Нижняя волна, такимъ образомъ, поднимаетъ
бунтъ противъ верхней и грозитъ растворить ее въ себѣ
безъ остатка.

„Высоко вздымаются волны идеи свободного права, гово-
рится въ одной изъ самыхъ послѣднихъ статей по этому
вопросу. Зависимость юриспруденціи и юрисдикціи отъ по-
ложительнаго права, считавшаяся до сихъ поръ неоспоримой,
стала проблемой... *И кажется, что старое положительное
право должно разсыпаться въ прахъ, а изъ его развалинъ долженъ
вырости новый идеалъ—свободное право независимаго судьи*“ ⁸⁹⁾.

При такомъ идеалѣ—свободное правотвореніе независи-
маго судьи—центръ тяжести естественно переносится съ
объективныхъ принциповъ права на *субъективную личность
судьи*. И дѣйствительно, всякая аргументація въ защиту
болѣе свободного судейскаго правотворенія неизбѣжно со-
провождается, въ видѣ аккомпанимента, обращеніемъ къ
судейской совѣсти, къ судейскому такту, къ чувству про-
фессіональной отвѣтственности. „Судебныя задачи требуютъ
отъ судьи такую степень интеллектуальной и нравственной
силы, которая далеко превышаетъ уровень обычнаго“ ⁹⁰⁾.
„Отъ его такта, отъ его совѣсти и сознанія долга зависитъ

⁸⁷⁾ *Van der Eycken. Méthode positive de l'interprétation juridique* (1907)
„A la recherche spontanée appartient le rôle de proposer des solutions; aux
éléments formels de droit le rôle critique“.

⁸⁸⁾ *Ehrlich*. — См. „Гражданскій судъ и законъ“. Стр. 29.

⁸⁹⁾ *Wiesner. Die Abhängigkeit der Rechtssprechung und Rechtswissen-
schaft vom positiven Rechte*—въ *Annalen des deutschen Reichs*. 1908. № 10.
S 767.

⁹⁰⁾ *Эрлихъ*. — См. „Гражданскій судъ и законъ“. Стр. 30.

найти нужную границу свободного правотворенія, дабы оно не перешло въ возстаніе противъ закона“ ⁹¹⁾. И т. д. и т. д.

И когда читаешь всѣ эти воззванія къ уму и сердцу судьи, не можешь не слышать въ нихъ лишь безконечныхъ вариаций на тему стараго Петра, автора до-Болонскихъ *Exceptiones*:

„Hoc autem legum sive judiciorum temperamentum non imprudenter quibuscumque hominibus vel iudicibus est committendum, sed juris auctorizabilibus, qui non facilius gratia vel pecunia corrumpuntur, religiosi et timentibus Deum“...

Сколько разъ въ исторіи возлагались уже надежды на разумъ и богобоязненность судей; сколько разъ имъ оказывалось, какъ сословію, довѣріе; сколько разъ „свободное правотвореніе“ дѣлалось фактомъ,—и ровно столько же разъ, по прошествіи нѣкотораго времени, *juris periti* оказывались *juris perditii*, „*religiosi et timentes Deum*“ превращались въ „*böse Christen*“, неподкупные носители справедливости („*qui non facilius corrumpuntur*“) дѣлались „*sophistes, chicaneurs, abuseurs et imposteurs de justice*“..!

И едва-ли есть основаніе надѣяться, что на этотъ разъ будетъ иначе. Оно не можетъ быть иначе, ибо „свободное правотвореніе независимаго судьи“, хотя бы это былъ судья наилучшихъ личныхъ качествъ, противорѣчитъ необходимому условію всякаго права—условію его *объективности*. Если въ древнія времена судья могъ еще являться выразителемъ *общихъ* правовоззрѣній, то чѣмъ дальше, тѣмъ больше такое совпаденіе личныхъ и общихъ воззрѣній дѣлается невозможнымъ. Дифференціація общества въ интеллектуальномъ и моральномъ отношеніи усиливается; общество распадается на все большее и большее количество разнородныхъ элементовъ, группъ, классовъ. Право, которое должно регулировать отношенія всѣхъ этихъ многообразныхъ элементовъ между собой, все болѣе и болѣе пріобрѣтаетъ характеръ *компромисса* между разными правопожеланіями и правовоззрѣніями, а иногда даже прямо характеръ временнаго

⁹¹⁾ *Wiener*. Цит. статья—стр. 856 (*Annalen d. d. Reichs*, № 11).

мирнаго договора между двумя враждебными лагерями. Вслѣдствіе этого нормы такого компромисса, въ ихъ дѣйствительномъ (позитивномъ) видѣ, не будутъ совпадать съ правовоззрѣніями („интуитивнымъ правомъ“) ни той ни другой стороны. При такихъ условіяхъ признать инстанціей, творящей право, „интуицію“ отдѣльнаго судьи, предоста-вить ему „оцѣнку интересовъ“ (*Interessenabwägung*),—значи-тить легализовать появленіе на судейской трибунѣ именно того, что само еще должно быть оцѣнено и взвѣшено. Борьба, которую правосудіе должно умѣрять, станетъ неизбѣжнымъ элементомъ въ немъ самомъ, и чѣмъ острѣе будутъ соціальныя тренія, тѣмъ партійнѣе будетъ становиться Океанос. Борьба, которую ведутъ между собой различныя соціальныя группы, утратитъ свой организованный и концен-трированный характеръ *борьбы за законъ* и превратится въ безконечную массу частныхъ схватокъ въ судѣ, въ дѣйствительную „судебную анархію“.

Все тѣ, которые дорожатъ господствомъ въ правѣ та-кихъ или иныхъ высшихъ началъ, т. е. всѣ истинные носы-тели идеи „естественнаго права“, должны понять, что нѣтъ большаго врага этой идеи, какъ вульгаризація ея въ прак-тическомъ судейскомъ субъективизмѣ. Это такой врагъ, который появляется подъ маской друга и подъ маской же друга, только осуществляющаго идею, быстро и вѣрно роетъ ей могилу. Борьба за высшія начала права также можетъ быть только концентрированной борьбой—борьбой за законъ.

Будемъ-ли мы понимать „естественное право“, какъ си-стему „абсолютныхъ сущностей“ или же лишь какъ извѣ-стную „формальную методу“; будемъ-ли мы видѣть въ немъ „неизмѣнныя, общіе принципы права“ или же „правильное право съ измѣнчивымъ содержаніемъ“—все равно, оно ни въ томъ ни въ другомъ случаѣ не можетъ быть признано ни коррекционнымъ, ни даже субсидіарнымъ источникомъ положительнаго права.

Заканчивая второе изданіе своего сочиненія „*Johannes Althusius*“, Гирке говоритъ:

„Всякую попытку возрожденія естественнаго права къ

тѣлесному бытію, которое можетъ оказаться только мнимой жизнью, я считаю ошибочной. Но нельзя убить его безъ смертной души. И если не дадутъ ей проникнуть въ тѣло позитивнаго права, она превратится въ вампира, который будетъ высасывать изъ него кровь“ ⁹²).

Позитивное право, какъ таковое, какъ продуктъ коллективной мысли и коллективной воли народа, позитивное право въ его *формальныхъ источникахъ*, т. е., главнымъ образомъ, въ законодательствѣ, должно принять въ себя душу естественнаго права, должно проникаться его высшими принципами. То же „естественное право“, которое носится теперь въ воздухѣ въ видѣ „свободнаго судейскаго правотворенія“ и сторонникомъ котораго является въ значительной степени самъ Гирке, есть именно не что иное, какъ тотъ вампиръ, который высосетъ кровь не только изъ тѣла позитивнаго права, но и изъ самаго права естественнаго.

Мы видѣли, что до сихъ поръ юриспруденція шла впередъ, бросаясь періодами изъ стороны въ сторону — отъ исключительнаго культа положительнаго права къ исключительному же культу права естественнаго. Не настала ли, наконецъ, пора выйти изъ этихъ постоянныхъ колебаній между тезой и антитезой, не настало ли, наконецъ, время синтеза?

Мы видѣли, что наша юриспруденція шла въ гору зигзагами. Не окрѣпла ли она настолько, чтобы начать прямой подъемъ въ дѣлѣ правопознанія и коллективно-разумнаго правотворенія?

Мы видѣли, что исторія юриспруденціи была до сихъ поръ нескончаемымъ споромъ между Мартиномъ и Булгаромъ. Не пора ли признать, что оба они отчасти правы, отчасти не правы, что нужно быть въ теоріи права Мартиномъ, а въ практикѣ Булгаромъ? Не пора ли твердымъ усвоеніемъ обѣихъ половинъ этого положенія кончить тысячелѣтній утомительный споръ и дать обоимъ противникамъ покой — на погостѣ святого Прокула въ Болоньѣ?

⁹²) Johannes Althusius. 2^{te} Aufl. 1902. S. 366.