

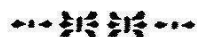
Р. Іерингъ.

# ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА.

---

Переводъ съ нѣмецкаго

Ф. С. Шендорфа.



*С.-ПЕТЕРБУРГЪ.*

**1905.**

# Рудольф фон Иеринг

## ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА<sup>1</sup>

### § 1. Разница между обыденным и юридическим пониманием.

Semina nobis scientiae dedit,  
scientiam non dedit. Seneca ep. 120.<sup>2</sup>

[XXXVII]<sup>3</sup> То, что должно каждого профана убедить в его невежестве, разъяснению чего я и посвящу, поэтому, главное внимание, составляет *юридический метод*. Юристу, собственно, ничего не должно было бы быть более знакомо, чем этот метод, так как он именно и создает юриста. Между тем, можно без преувеличения утверждать, что действительного *сознания* метода совершенно нет у большинства юристов, и что наша наука знает всякие другие законы лучше, чем *законы ее самой*. Из практики и в своем применении юридический метод очень хорошо знаком юристам, но он является у них скорее делом чувства и привычки, нежели сознания. Если бы им пришлось указать, в чем заключается его сущность, чем способ, которым юрист обсуждает правовые отношения, отличается от способа обсуждения не-юристов, что составляет задачи,

---

<sup>1</sup> Печатается по: Р. Иеринг. Юридическая техника. Перевод с немецкого Ф.С.Шендорфа. С.-Петербург. 1905.

<sup>2</sup> [Природа не могла научить нас:] она дала нам семена знания, но не само знание. Сенека, к Луцилию, письмо 120.

<sup>3</sup> Римские цифры в квадратных скобках означают номера параграфов в книге Иеринга, опущенные при переводе. (Прим. сост.).

Настоящая работа представляет собою отрывок из знаменитого труда Иеринга «Geist des Römischen Rechts» (т. II, ч. 2, 1883 г.). «Юрид. техника» является, собственно, введением к технике древнего римского права. Прим. перев.

средства и основные законы юридического метода – ответ получился бы крайне скудный. Он вряд ли заключал бы в себе что-либо иное, чем общепринятую фразу об «арифметике понятий». Даже римские юристы, эти виртуозы в практическом применении юридического метода, все же, сколько нам известно, не создали и зародыша теории этого метода, ни намека на его цель и задачи, ни разъяснения, даже ни упоминания об основных положениях его. Новое подтверждение старой истины, что правильное применение и даже высшее процветание искусства не обусловлено научным познанием его законов и самой сущности его.

Если я теперь, прежде чем перейти к римской технике, берусь по мере собственных сил восполнить этот пробел и делаю для того предметом своего исследования *сущность и основные законы юридической техники*, то прошу не упускать из виду, что это изложение имеет своей целью лишь подготовить читателя к пониманию техники древнего римского права. Нельзя, следовательно, искать в нем ничего такого, чего я *здесь* не могу дать, если не хочу упустить из виду своей цели, в данном месте рассуждения о призвании юриспруденции, не вызываемые степенью развития *древнего* римского права, были бы преждевременны и неуместны. *Позднейшее* развитие римской юриспруденции представит мне достаточно случая наверстать недостающее и дать читателю наглядную картину зрелой, утонченной техники вполне развитой юриспруденции. Здесь же речь идет, прежде всего, о *начальном обучении* юридическому искусству, ибо само искусство начинается в истории повсюду с основных начал.

Теория техники, которую я предлагаю на последующих страницах, хотя и построена на наблюдении над *римским* правом, тем не менее, имеет значение общей истины. Как в основе тех явлений, мимо которых нас вел предыдущий отдел, при всей национально-римской форме, которую предмет там принял, все же лежали мотивы

вы, имевшие значение общей истины, т.е., задачи, решить которые должно пытаться *каждое* право, так и здесь, — потому что не только сама задача, о которой идет тут речь, является абсолютно необходимой, является проблемой, вызванной конечными целями права, но и самый способ ее решения римлянами должен быть признан, несмотря на всю его римскую форму, по существу абсолютно правильным, заимствованным из самой сущности вещей. С той же несомненной уверенностью, с которой можно утверждать, что основные положения математического метода останутся всегда неизменны, можно то же самое утверждать и для юридического метода. Путь, которым пошло старое римское право путь юриспруденции вообще, он так же мало римский, как тот, которым шли в математике Эвклид и Архимед — путь греческий. Зачатки юридического метода находятся во всех правах, даже ранее периода научной юриспруденции, слава римлян заключается лишь в том, что они не остановились на одних зачатках, а решили эту задачу в полном объеме, в том смысле и том духе, в каком они ее раз поняли. *Юридический метод не является чем-то извне занесенным в право, а напротив требуемым с внутренней необходимостью самим же правом единственным способом верного практического владения им.* Историческим тут является не метод сам по себе, а лишь искусство и талант, с каким он применялся те или другим народом.

Известно повсюду повторяющееся явление, что знакомство с правом, по достижении последним известной степени развития, все более и более исчезает у толпы и становится предметом особого изучения, хотя и не обязательно научного, не обязательно предметом школьного преподавания, но суть дела в том, что необходимое знакомство с правом, достававшееся прежде всякому без труда, отныне требует особого внимания, желания и усилия. А так как не всякий может себя посвятить этому труду, то все больше и больше развивается в отношении знания права тот контраст, который мы

называем в его конечной форме противоположностью между юристом и профаном. Появление юриста в истории обозначает тот факт, что право уже вышло из периода детства и наивного существования, юрист продукт и глашатай этого неизбежного поворота в жизни права. Но не юрист вызывает этот поворот, а поворот — юриста, профан не отступает на задний план, потому что юрист оттесняет его, а, наоборот, юрист выступает вперед, потому что профан в нем нуждается. Этот процесс развития и связанное с ним удаление права от профанов часто рассматривали, как печальный факт: история науки и законодательства сообщает о многих попытках заполнить пропасть между юристами и профанами или, по меньшей мере, перебросить для последних удобный мост к юриспруденции. Тщетное поползновение, бессильное возмущение против истории! Факт, который тут хотят вычеркнуть из истории, не что иное, как осуществление в области права общего культурного закона, — закона разделения труда, и подобно тому, как сопротивление этому закону в других областях бессильно и безумно, так точно бессильно оно и здесь.

Причина, почему для не-юриста при развитии праве становится невозможным знание и применение его, заключается не столько в том, в чем именно профан склонен будет искать ее — в обилии материала, сколько в его качестве и вызванной этим своеобразной трудности владения им и применения. Право не есть простая масса *законов*, а нечто совершенно иное (об этом см. т. I «*Geist der röm. Rechts*», стр. 36-43).<sup>4</sup> Законы может не-юрист также хорошо за-

---

<sup>4</sup> «Между правовыми положениями и действительным правом существует отношение, которое один римский юрист (Павел в L. 1 de R. J. (50.17) выразил в следующем: *regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* [правило – это то, что кратко описывает существующее понятие. Не из правила формируется право, но из действующего права создается правило]». «Дух римского права на различных ступенях его развития. Часть первая». С.-Петербург, 1875, стр. 28.

«Правовые положения суть только самые внешние, практические верхушки права, не исчерпывающие ни количественно (экстензивно), ни качественно (интензивно) его

учить, как юрист, но чтоб понимать и применять право, для этого недостаточно одного здравого разума, а необходимы еще: 1) приобретаемая лишь многолетними усилиями и упражнениями своеобразная *способность воспринимания*, особая искусность отвлеченного мышления, юридическая *интуиция*, *воображение*, 2) умение в обращении с юридическими понятиями, способность легкого перевода понятий из области отвлеченного в область конкретного и наоборот, верный глаз, безошибочность при раскрытии правового понятия в данном правовом казусе (*юридический диагноз*), словом — *юридическое искусство*. Оба эти условия мы обнимаем выражением *юридического образования*. Оно и есть то, что отличает юриста от профана, а не количество познаний, оно определяет цену юриста, а не степень *учености*. Поэтому можно при посредственном знании быть отличным юристом и, как показывает часто пример ученых теоретиков, при большом знании — довольно слабым. Никакое другое занятие правом, как бы ценно оно ни было, как например, историко-юридическое и юридико-философское, не может заменить недостаток в означенных условиях, даже, как высоко ни ставить знания такого рода, *юридическими* их нельзя назвать.<sup>5</sup>

---

действительного содержания; эта основная мысль дает нам с одной стороны предостережение, с другой выставляет требование. Предостережение – не отождествлять права какого-либо времени с его правовыми положениями. ... К этому предостережению необходимо примыкает требование: во-I-ых, вернее формулировать само право, или, так как мы пока имеем дело с его частью, с правовыми положениями, то вернее формулировать их, и во-II-ых, выводить на свет Божий скрытые правовые положения». Там же, стр. 29-30. (Прим. сост.).

<sup>5</sup> Гегель, *Rechtsphilosophie* § 215 говорит: «сословие юристов, обладающее особым знанием законов, часто рассматривает это, как свою монополию и думает, что кто к этому званию не принадлежит, тот и не должен рассуждать. Но подобно тому, как никто не должен быть сапожником, чтобы знать, годятся ли ему сапоги, так и никто, вообще, не должен, принадлежать к ремеслу, чтоб иметь сведения о предметах, представляющих общий интерес». Судить о том, годятся ли сапоги, никто не запретит тому, кто их должен носить; иное дело, должен ли сапожник выслушивать от него указания, как делать сапоги. От Гегеля, Сталя, Тренделенбурга я в известном направлении

Юридическое образование, хотя и *приобретается* на отдельном положительном праве, тем не менее, не связано с последним, не живет с ним неразрывной жизнью. Если бы было иначе, юристу пришлось бы дрожать при мысли о том, что нынешнее право, а вместе с тем и его личное значение, как юриста, будет изменено. На самом деле юрист на отдельном праве изучает не только *это* право, но вместе с тем и *право вообще*, подобно тому как тот, кто изучает *один* язык научным образом, вместе с тем получает представление о сущности, законах и проч. *языка вообще*. Рядом со своим чисто положительным знанием, знакомством с данным правом, юрист обладает еще другим высшим, более общим знанием, не прикованным к земле, обладает достоянием, которое не может у него отнять или обесценить никакая перемена права и места, и обладание им-то и есть собственный цвет, лучший плод жизни, посвященной праву. Юридическое образование выходит далеко за пределы какого-нибудь отдельного местного права, в нем встречаются, как на нейтральной, международной почве юристы всех мест и наречий. Предметы их познаний, учреждения и права отдельных стран различны, но способ рассматривать их и понимать одинаков: *настоящие юристы всех стран и всех времен говорят одним и тем же языком*. Юристы понимают друг друга, но юрист и профан, даже если они говорят о своем отечественном праве, подчас с трудом могут понять друг друга. Пропасть, отделяющая образованнейшего не-юриста от любого нынешнего юриста, несравненно больше, чем та, которая была бы между юристом древнего Рима и юристом английским, никогда ничего не слыхавшем о римском праве. От английской юриспруденции, при всем ее незнании с римской, веет

---

научился большему, чем из целой массы чисто юридических сочинений, но технике права специалист-философ должен учиться у специалиста-юриста, если он не хочет в важных вопросах совершенно ложно судить или, лучшие говоря, он должен свое суждение подчинить суждению юриста, ибо действительное суждение возможно здесь получить только на основании применения и опыта.

почти тем же духом, что от последней. То же пользование формой, тот же педантизм, те же обходы и симулятивные сделки, не отсутствуют даже фикции. Понимание этого, правда несколько тяжеловесного и курьезного вида юридической техники (его можно было бы назвать юридическим рококо) настолько чуждо не-юристу, что он вызовет у него лишь удивление, пожалуй, даже улыбку, юрист же поймет это сейчас. Но и оставляя совершенно в стороне эти, принадлежащие низшей ступени развития, формы юридической техники, юридическое мышление, как таковое, всегда останется для не-юриста чем-то чуждым, непонятным. Что юрист видит там, где не-юрист замечает лишь один акт, два акта,<sup>6</sup> или устанавливает там, где не-юрист вообще никакого акта не видит, один или несколько актов<sup>7</sup> и, наоборот, там, где с внешней стороны, действительно, налицо какой-нибудь акт, совсем не признает его или понимает его в совершенно ином виде, чем в каком он представляется извне<sup>8</sup>, что он сделки, с внешней стороны совершенно одинаковые рассматривает, как различные<sup>9</sup>, — все это покажется не-юристу не-

---

<sup>6</sup> Так, напр., в том случае, когда должник по поручению кредитора платит 3-ьему лицу: 1) произведенными в лице этого 3-ьего лица платеж должника кредитору, 2) заключенную между кредитором и 3-ьим лицом и осуществленную приведенным актом платежа сделку (будет ли это также *solutio* или дарение, заем или какая-либо иная сделка), L. 44 de solut. (46, 3): *In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento.* Такие-то случаи имеет в виду замечание юриста в L. 3 § 12 de don. i. v. et u. 24, 1): *celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari.* Перевод фрагментов Дигест см. в конце книги – прим. сост.

<sup>7</sup> Так, напр., в том случае, когда арендатор покупает вещь от собственника — традицию от первого второму, и от этого назад к первому (*traditio brevi manu*) [передача «короткой рукой», т.е. заключение соглашения о завладении держателем вещью]; противоположный ход событий имеет место при *constitutum possessorium* [приобретение владения через представителя].

<sup>8</sup> Так, напр., утверждение сделки, которая прежде была недействительна как заключение новой сделки: L. 1 § 2 pro don. (41, 6) *quasi nunc donasse intellegatur.*

<sup>9</sup> Так, напр., присвоение вещи, от которой отказался собственник — то как завладение (оккупацию) оставленным на произвол судьбы предметом, то как приобретение переданной (традированной) вещи; или насильственное присвоение какого-либо предмета — то как вынужденную традицию, то как грабеж.



естественным. Между тем во всех этих случаях мы имеем пред собой не какой-либо своеобразный способ мышления *римских* юристов, а взгляды и решения столь убедительной юридически-логической последовательности, что всякая иная юриспруденция должна была бы также к ним прийти.

Итак, мышление юридическое и мышление не-юристов находятся между собою в крайнем противоречии. Из этого различия, являющегося историческим, везде повторяющимся фактом сделали юриспруденции упрек: в ее удалении от «естественного» способа мышления видели что-то неестественное, обвиняли ее в искусственности, хитроумии и т.д. и требовали поворота к более «здоровому» положению вещей. В устах толпы подобные воззрения протительны, и если бы их встречать лишь здесь, я бы совсем не отвечал на них. Но так как они далеко не редки даже у образованных лиц — не-юристов<sup>10</sup>, и так как никогда не было и не будет недостатка даже в юристах, приставших в этом вопросе (по какой бы то ни было причине) к большой толпе<sup>11</sup>, то, я думаю, нельзя считать излишним, если я предпосылаю тому отделу, который предназначен, более, чем какой-либо другой, свидетельствовать о деяниях и заслугах юриспруденции, краткую апологетику ее. Я делаю это для того чтобы вызвать у тех из моих читателей, у которых бы это еще надобилось, то чувство, без которого нельзя приступить как ни к

---

<sup>10</sup> В Риме так же, как и у нас; для Рима я укажу на Цицерона, неодобрительные отзывы которого о юриспруденции будут приведены ниже, и на Квинтилиана, повторяющего слова Цицерона (Inst. Orat. XII 3 § 9, 11), для нашего времени Гегеля (см. примеч. 5).

<sup>11</sup> В издании 1860 года («Юридические записки», том 4, стр. 58) эта фраза имела иную редакцию: «Но, к сожалению, воззрения эти, вовсе не редкость и между образованными не-юристами, и даже нет и не будет верно никогда недостатка в юристах, которые, или по идеологическому ослеплению, или из любви к дешевой популярности, или в досаде на умственный труд, какого требует юриспруденция от учеников своих, пристают в этом отношении к стороне толпы», с примечанием: «Ведь не побоялся же, за несколько лет перед сим, один юрист вывести из ничтожности своего суждения об юриспруденции «ничтожность» самой юриспруденции! Странная выходка, которой сделали слишком много чести серьезным опровержением». (Прим. сост.).

какой другой науке, так и к юриспруденции — чувство уважения к покоящейся в ней духовной силе, с чем уже само собою связано чувство скромности и недоверия к собственному суждению.

В обвинительном акте против юриспруденции большую роль обыкновенно играют два избитых выражения: *естественный взгляд на вещи и здравый человеческий разум*. Думают, что нельзя сильнее уязвить юриспруденцию, как указывая на неестественные взгляды ее и на противоречие здравому разуму. Печальна была бы юриспруденция и печально право, если бы было иначе. Это значило бы, что тысячелетнее занятие правом ничуть не опередило природенного неведения и неопытности. Естественный взгляд на вещи! Это ведь не что иное, как первая попытка видеть и, следовательно, полная зависимость наивного, непривычного глаза от *внешней оболочки*? Всякое познание начинается с него, лишь чтобы вскоре заметить, что внешний вид обманчив. Прогресс познания именно заключается в непрерывной эмансипации от веры в истинность внешнего, видимого явления. Если для всех других областей человеческого знания действительно положение, что продолжительное занятие каким-нибудь предметом и постоянное наблюдение и изучение его несомненно приводят к другим взглядам, чем поверхностное его рассмотрение — к результатам, кажущимся последнему не редко совершенно бессмысленными, — то почему же не найти себе этому положению применения и в праве? В большинстве других наук никакой образованный профан не посмеет в случае подобного разногласия приписать *себе* правду, а науке ошибку, в вопросах же права это случается ежедневно! Опытность и знание клеймятся как неестественность и предубеждение, полное незнание с предметом называют отсутствием предвзятых взглядов. Пусть же тот, кто настаивает на безошибочности «естественного» воззрения в вопросах права, поступает так же и относительно явлений природы, пусть он утверждает, что земля не дви-

жется, и солнце восходит и заходит, что глупо полагать, будто воздух имеет вес, раз мы его не чувствуем. Солнце, земля, воздух — гораздо доступнее естественному воззрению, чем право, тем не менее, относительно них лишь лицо вполне необразованное доверяет больше своему глазу и чувству, чем суждению науки, в то время как в вопросах права даже образованный человек ежедневно является виновным в подобном самомнении.

Пусть не возразят, что право все-таки возникает и покоится на *чувстве* права. Конечно, чувство права — то семя, из которого развилось право, но семя заключает в себе лишь зародыш дерева, а не само дерево — *semina nobis scientiae dedit, scientiam non dedit*, как говорит Сенека в выше приведенном эпитафе — оно растет и развивается, только благодаря тому, что разрывает оболочку семени, что возносится из области простого *чувства* права в область *знания*. Подобно тому, как дерево не может снова стать семенем, так не может и никакая власть на земле вернуть развитое право к первичной форме чувства права и отдать его таким путем снова в руки профана.

Авторитет «здравого разума» я вполне признаю для юриспруденции и считаю его решающим, я бы определил даже юриспруденцию, как *осадок здравого разума в вопросах права*. Но она именно и есть *осадок*, т.е. наслоение здравого разума бесчисленного множества индивидов, сокровищница выводов опыта, из которых каждый должен был тысячи раз выдерживать критику мыслящего ума и практической жизни. Кто умеет овладеть этим кладом, тот уже не оперирует с одним лишь *своим* слабым разумом, не опирается уже на одну *свою* незначительную опытность, а работает с помощью мыслительной силы предыдущих поколений и опыта прошедших веков и тысячелетий.

Этим искусственным восполнением собственных сил и средств становится и слабому возможным найти себе полезное

применение на службе обществу, то, что открыто и создано гением, становится помощью трудолюбия достоянием посредственности. Я не знаю никакой области человеческого знания и умения, в которой самый слабый человек, работая с знаниями и опытностью целых веков, не мог бы опередить гения, лишенного такой помощи. Какая легкая задача обрабатывать поле и заниматься каким-нибудь ремеслом в сравнении с задачей решать труднейшие вопросы права! А между тем, если б кто-нибудь посвятил себя тем двум занятиям, не имея никакого другого багажа, кроме здравого разума, он не мог бы сравняться даже с самым плохим специалистом, если же он взялся бы опровергать данные опыта своим субъективным мнением, титулирующимся «здравый разум», и стал бы обучать, да уму учить человека сведущего, то самый глупый крестьянин и ремесленник рассмеялись бы ему в лицо — и совершенно справедливо. А юристу не должно разве принадлежать такое же право, если профан позволяет себе нечто подобное по отношению к нему? Для юристов, способных разделять и даже распространять сумасбродную мысль о возможности популярного права, доступного каждому гражданину и каждому крестьянину<sup>12</sup> и делающего юриста из-

---

<sup>12</sup> В другом месте Иеринг пишет: «В наше время народ знакомят со всем: с природою, историей, искусством, техникой; нет почти предмета, о котором народ не мог бы получить правильных сведений в популярном изложении. Только государство и право, столь близко соприкасающиеся с народом, представляют исключение, а между тем надлежало бы предоставить возможность не только людям образованным, но и всякому человеку из просто народа узнать о том, что дают ему государство и право и почему они, в сущности, не могут быть иначе построены. Я уже думал об этом ранее, задавался мыслию устранить такой недостаток изданием для народа, простых граждан и крестьян юридического катехизиса. Целью, носившеюся предо мною, было желание примирить непредубежденный рассудок с учреждениями, перед которыми он наиболее часто недоумеваает, представить апологетику права и государства на суд простого здравого человеческого смысла. Я с своей стороны чувствую, что осуществление такой мысли мне не по силам; пусть другие примут этот труд на себя. Исполнивший надлежащим образом такую задачу окажет обществу великую услугу, но для этого он должен мыслить, как философ, и говорить языком крестьянина». Цель в праве, СПб., 1881, стр. 403-404. (Прим. сост.).

лишним, я бы не знал лучшего лекарства, как дать им испробовать свои силы в качестве сапожников и портных, дабы они на сапогах и платьях узнали то, чему они у юриспруденции не научились, а именно, что даже простейшее искусство имеет свою технику — технику, которая представляет собою, правда, не что иное, как собранный и объективированный осадок здравого разума, но которая тем не менее может быть понята и применяема лишь тем, который берет на себя труд изучить ее. В этом простом предложении заключается вся противоположность между юриспруденцией и воззрениями не юристов, а вместе с тем — и оправдание юриспруденции. Несравненно более интересный и плодотворный, но вместе с тем и гораздо более трудный способ защиты юриспруденции заключался бы в том, чтоб проследить на отдельных примерах утверждаемое нами согласие юриспруденции с здравым человеческим разумом, однако подобной апологетики юриспруденции и критики самой себя пока еще совсем нет у нас. Довольная прочным владением тем, что оказалось на опыте рациональным и довольствуясь той проверкой, которой ее положения подвергаются ежедневно, юриспруденция до сих пор совершенно не бралась за эту трудную задачу. В этом отношении ее нельзя оправдать от упрека в некоторой косности и в каком-то успокаивающемся на унаследованном, блаженном квиетизме.<sup>13</sup> Таким образом только и стало возможным, что некоторые из ее адептов усомнились в ней самой и стали вместе с толпой бросать в нее камнями. Следующие параграфы дадут нам возможность испытать указанное воззрение на юриспруденцию на одном из важнейших пунктов и тем самым оправдать ее.

---

<sup>13</sup> (от лат. *quies* — покой), или *молиносизм* — мистически-религиозное направление, вызванное в XVII веке испанским проповедником Михаилом Молиносом. В своей книге «*Guida spirituale*» (Рим, 1675) Молинос требовал полнейшего пассивного покоя души, в котором она отдавалась бы божественному действию и как бы прекращала свое существование, с любовью умерев в Боге. (Прим. сост.).

Двух обстоятельств однако, нельзя упускать из виду при моем тезисе. *Во-первых*, что он касается лишь *юриспруденции*, следовательно, только того, что *она* ввела и создала, а не того положительного материала, который навязала ей посторонняя власть, и ответственность за который *она* может сложить с себя. Еще менее означенный тезис касается индивидуальных взглядов некоторых юристов, соответствие которых здравому разуму, действительно, иногда более, чем сомнительно — может быть, впрочем, на это даже не претендовали их виновники! Здоровая критика практической жизни осуждает нездоровые взгляды просто тем, что игнорирует их. *Во-вторых*, целесообразность или необходимость чего-нибудь, *отдельно* взятого, заключается как везде, так и здесь не только в нем самом, но в его связи с целым и, следовательно, может быть понята лишь на основании всего целого. Потому-то так легко возникает кажущаяся неразумность и нецелесообразность отдельных частных, что лицо, судящее о них, не знает этой связи и поэтому совершенно наивно исходит из того предположения, будто отдельные пункты допускают отдельное обсуждение. Если бы это предположение было верно, то решения, принятые юриспруденцией, не отличались бы так часто от того, что не-юрист считает в данном случае рациональным. Но именно потому, что оно не так, потому, что оба (юрист и не-юрист) стоят на различных точках зрения, может и даже *должно* так часто наступать подобное различие. Поэтому часто почти невозможно разъяснить не-юристу разумность какого-нибудь отдельного положения, так как ему недостает именно того, с чего бы нужно было начать: знания посредствующих звеньев между оспариваемым положением и его первопричиной, знакомства с целым и тем самым понимания неотразимой логики существующей связи.

## § 2. Задача юридической техники и средства для решения ее.

[XXXVIII] Право существует для того, чтобы оно осуществлялось. Осуществление есть жизнь и истина права, есть само право. Что не переходит в действительность, что находится лишь в законах, на бумаге, то является одним фиктивным правом, пустыми словами, и наоборот, то, что осуществляется в виде права, есть право, даже если его нет в законах, и если народ и наука еще не признали его (ср. т. I «Geist der röm. Rechts», стр. 29 сл.).<sup>14</sup>

Таким образом, решающим моментом при оценке права является не абстрактное содержание *законов*, не справедливость на бумаге и нравственность на словах, а то, как это право объективируется в жизни, энергия, с которой все, признанное необходимым, исполняется и проводится в действительности.

Но важно не только, *чтобы* право осуществлялось, но и *как* оно осуществляется. Какая польза от уверенности в несомненном осуществлении права, если оно происходит таким тяжеловесным и медленным способом, что лицо отыскивающее свое право, добивается его, когда уже лежит в гробу?

Можем ли мы определить общим образом, *как* должно осуществляться право? Я думаю, что можем. В вопросе об осуществлении права речь идет не о чем-то материальном, а о чисто формальном. Как бы ни было различно материальное содержание отдельных прав, осуществление их может и должно быть повсюду одинаково — в этом отношении есть абсолютный идеал, к которому должно стремиться *каждое* право. Этот идеал я свожу к двум требованиям; осуществление права должно быть, с одной стороны, *неизбежным* и тем самым — *равномерным* и *несомненным*, с другой — *легким* и *быстрым*.

---

<sup>14</sup> «Функция права состоит вообще только в его осуществлении. Что не реализуется, не есть *право* и наоборот, то, что отправляет функции, есть право, хотя бы оно и не было признано таковым (обычное право)». «Дух римского права», стр. 42. (Прим. сост.).

Если мы спросим, насколько отвечает действительность этим требованиям, то найдем среди положительных прав большое разнообразие. Здесь — простое, грубое, в материальном отношении крайне несовершенное право, но быстрый, верный способ его осуществления: сжатая, строгая форма процесса; там — вполне развитое, разработанное до мелочей право, зрелый плод времени, но нескончаемые процессы — богатство, становящееся тягостью, основательность, превращающаяся в проклятие. Можно быть склонным привести эту противоположность в связь с различными степенями возраста прав: видеть там легкость и быстроту, только как естественное последствие простоты, здесь тяжеловесность, как естественное последствие нагроможденности и сложности правовых отношений. Но это было бы неправильно. Я не хочу отрицать вредное влияние экстенсивного и интенсивного роста прав на легкость и быстроту операции применения права: чем тяжелее ноша, тем труднее поднять и справиться с ней; это верно по отношению как к телесным, так и к духовным предметам. Но с другой стороны, возможно уменьшить и совершенно исключить вредное влияние этого *естественного* момента роста помощью *искусства*, а это-то и есть задача того искусства, которое подлежит нашему рассмотрению — искусства *юридического*. Это искусство, однако, движется далеко не всегда параллельно с материальной научной обработкой права. Если последняя производится преимущественно теорией в нынешнем смысле т.е. ученым сословием юристов, которое только *излагает* право, не *применяя* его, то *наука* слишком легко забывает, что она должна быть и *искусством*, т.е. что недостаточно тех понятий и правоположений, которые получаются путем научной операции при посредстве толкования, конструкции, логической последовательности, абстракции, но что эти понятия и правоположения должны еще для того, чтобы получить применение в жизни, удовлетворять требованиям ее. И вот тогда-то возникают взгляды и



теории, могущие только там и прозябать, где они возникли, — на кафедре; при первой же попытке выступить в действительной жизни, они оказываются неспособными выносить ее суровую атмосферу: они очень глубокомысленны, очень научны, но и совершенно превратны, — тепличные продукты без соку и без силы, незаконнорожденные плоды права от логики и учености, нездоровая юриспруденция кафедры.

Обращаясь к юридическому искусству, уясним себе сперва те причины, которые являются решающими в вопросе об осуществлении права (не только относительно быстроты и легкости применения права, но и относительно решения всей задачи вообще). Какие причины, влияния, условия и т.д. являются здесь существенными? Они кроются отчасти в самом праве, отчасти вне его. К последним принадлежат степень умственной и нравственной культуры народа, развитие идеи государственной власти, социальное расчленение народа, распределение власти между отдельными классами, главным образом же, нравственная сила, которой пользуется идея права у данного народа: является ли справедливость для народа чем-то высоким и святым или таким же достоянием, как всякое другое. От энергии чувства справедливости в народе зависит главным образом нелицеприятность, незапятнанность и т.д. судебного сословия. У народа, для которого справедливость — святыня, судебное сословие также будет неподкупным и верным своему долгу: каков народ, таковы и судьи. К причинам первого рода, лежащим в самом праве, принадлежат отчасти организация властей (судов) и форма судебной процедуры (судопроизводство), отчасти же состояние, в котором находится материальное право. Последним пунктом мы коснулись той правовой области, в которой юридическая техника преимущественно призвана проявлять свое влияние.

Что материальное содержание права имеет громадное влияние на его осуществление, это не нуждается в пояснении даже для юриста. Невозможные постановления разбиваются о свою собственную невыполнимость, а законы, противоречащие духу времени — независимо от того, стоят ли они позади или впереди его — могут рассчитывать на упорнейшее сопротивление. Об этой материальной пригодности права у нас не будет идти речь: юрист не имеет никакой власти над этим, вопрос не принадлежит к *технике*, права. Пригодность права, которую последняя имеет своей задачей создать, и которая одна только будет занимать нас в последующем изложении — чисто *формального* рода. Она исчерпывается вопросом: как должно быть право, независимо от его содержания, устроено и образовано, чтобы оно могло, благодаря своему механизму, сколько возможно более упростить, облегчить и обеспечить применение правоположений к отдельному конкретному случаю?

Так называемый здравый человеческий разум будет иметь на это лишь один ответ: ясное, определенное и подробное составление законов; ответ, даваемый юриспруденцией, т.е. опытностью в вопросах права, гласит иначе. Что тех качеств (при всем их большом значении) не достаточно, это доказать легко. Какую пользу приносят точнейшие и подробнейшие законы, если судья (как это, напр., было в позднейшем императорском периоде в Риме, да имеет место и ныне в Англии) при самом сильном желании едва способен овладеть ими? Какая польза от тончайших определений понятий и разграничений, если применение к отдельному случаю наталкивается на величайшие затруднения вследствие недостатка (выражаясь употребленным уже раз словом т. I «Geist etc» стр. 51) в *формальной осуществимости закона!*<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> «Под формальною осуществимостью понимаю я *легкость* и *надежность* применения абстрактного права к конкретным частным случаям. ... Задача, о трудности которой идет здесь речь, касается *применения* правового положения, переложения отвле-

Вопрос, о котором тут идет речь, является исключительно вопросом целесообразности, и вся теория техники есть не что иное, как познанная и примененная целесообразность в интересах решения указанной выше задачи. Но как ни легко убедиться в этом, после того как решение найдено, не нужно все-таки скрывать от себя всех трудностей задачи. Пред нами здесь проблема, для разрешения которой требовалась непрерывная работа многих веков, работа, восходящая назад далеко за эпоху *науки в праве*. *Техника права не явилась на свет лишь с возникновением юриспруденции*. Долго до появления всякой науки, юридический инстинкт, руководимый смутным, но верным представлением, уже взялся за эту задачу; с каким успехом, — об этом красноречиво свидетельствует древнее римское право. Искусство и в области права является раньше науки, потому что искусство сживается и с одной догадливостью, с простым чувством или инстинктом, в то время как наука начинается только с познания.

Техническое несовершенство права не есть лишь частичное несовершенство, не есть пренебрежение отдельной *стороной* права. *Техническое несовершенство представляешь собою несовершенство всего права*, недостаток, тормозящий право и вредящий ему во всех его целях и задачах. Что помогает преследование и установление высших этических требований или совершеннейшее

---

ченного правила в конкретное право, и эта задача должна разрешаться вновь при каждом отдельном случае. Применение правового положения состоит в том, что то, что оно выставляет *отвлеченно*, разъясняется и выражается *конкретно*, а это может быть и весьма легко, и чрезвычайно трудно. При этом конечно многое зависит от ловкости и верного глаза применяющего (от логического *диагноза*), однако объективная трудность или легкость применения правового положения определяется им самим, а именно тем, с трудно или легко узнаваемыми признаками соединило оно свои определения. Каждое правовое положение присоединяет к определенному *предположению* («если кто-либо сделает то-то и то-то») определенное следствие («то должно совершиться то-то и то-то»); применить его, следовательно, значит: 1) разыскать, существует ли предположение в конкретном случае и 2) лишь *отвлеченно* выраженное следствие выразить *конкретно*. «Дух римского права», стр. 43, 44. (Прим. сост.).

воспроизведение в форме законных постановлений идей свободы, справедливости и т.д., если осуществление этих идей в конкретном правоотношении является неудовлетворительным, тяжеловесным и неравномерным, потому что техника не обладает достаточной ловкостью, чтобы применить отвлеченное начало, как следует, к действительности? Поэтому техника косвенным образом обладает большим этическим значением, и практическая юриспруденция, относясь при технической обработке материала с крайней тщательностью даже к мелочам, может хвалиться, что действует путем усовершенствования техники права на пользу всего высокого и великого; ее мало заметная работа в низинах права способствует развитию последнего нередко больше самого глубокого мыслительного труда.

Предшествующие замечания о технике я полагал возможным предпослать еще до того, как мы условились относительно самого выражения. Я пользуюсь последним в двойном смысле — субъективном и объективном. В первом смысле я понимаю под выражением «техника» то юридическое искусство, задачу которого составляет формальная отделка данного правового материала в указанном выше смысле, словом, — технический *метод*, во втором смысле — осуществление этой задачи в самом праве, т.е. соответствующий технический *механизм права*. Подобным же образом пользуется ведь и язык выражением «механика» как относительно искусства, так и созданного искусством механизма.

Нечего опасаться ущерба от этого двойного значения выражения «техника»: внимание читателя избавит меня от необходимости указывать каждый раз, какое именно значение имеется в виду в данном случае.

Вся деятельность юридической техники может быть сведена к двум главным целям. Кто хочет вполне уверенно применять право, должен прежде всего усвоить его, овладеть им умственно. Это ус-

воение может быть ему либо облегчено, ибо затруднено, смотря по характеру самого права. Облегчение этой работы путем возможно большего *количественного и качественного упрощения* права составляет *одну* из двух главных задач техники; с каким успехом и какими средствами она способна выполнить эту задачу, покажет последующее изложение. *Вторая* задача техники вызвана целью *применения* права к конкретному случаю. Искусность в применении есть, правда, главным образом, дело субъекта, это — искусство, которое может быть усвоено только упражнением, но и в этом отношении может само право соответственным построением противоположений значительно облегчить задачу, а превратным очень затруднить ее. Постановления Юстиниана, напр., о праве наследования «бедной» вдовы или о ставках, разрешенных при игре «богатым» — образчики того, каким закон *не* должен быть, ибо оба понятия вполне неопределенны и неизбежным должно быть то, что один судья их применит так, другой иначе. Напротив, применение всех законов, содержащих определенное *число* (напр., о ступенях возраста, давности, большом дарении, большой краже) весьма легко. Вот, задача-то законодательства как и юриспруденции и заключается в том чтобы облечь понятия, не поддающаяся верному применению, в такую форму, которая делает возможным перевести, если можно так выразиться, данное понятие с языка философа права на язык законодателя и судьи. Философско-правовая идея совершеннолетия (в смысле римско-правовой *pubertas*) заключается в зрелости умственного развитая, идея же полного совершеннолетия — в зрелости характера, но для практического применения эта мысль является неподходящей, ее заменяет поэтому *число* — потеря в правильности и корректности мысли уравнивается практической применимостью ее. Прекрасно понято это различие между абстрактно-философской и практически-юридической формулировкой одной и той же мысли Цицероном, *De off.* III, 68: *aliter*

leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intellegentia.<sup>16</sup> Достижение этого последнего качества, способности формальной реализации правоположения, как я это назвал прежде («Geist» т. I, стр. 51<sup>17</sup>) или, лучше говоря, достижение *практичности* («Praktikabilität») права и составляет вторую главную задачу техники. В какой мере она обратно действует на образование правоположений, явствует уже из приведенных нескольких примеров; более подробное изложение здесь будет излишне, так как этот вопрос нами уже рассмотрен в вышеуказанном месте. Итак, для последующего изложения нам остается лишь первая из упомянутых двух технических проблем: количественное и качественное упрощение права.

Познание и субъективное усвоение права является отчасти делом ума, отчасти памяти, и, смотря по характеру права, размер требуемой затраты той или другой умственной силы различен. Есть права, требующие больше напряжения ума, чем памяти и другие, требующие больше памяти, чем ума; далее — права, при которых работа для обоих относительно легка и другие, при которых она непомерно трудна. В общем, напряжение памяти определяется количественной, напряжение ума — качественной стороной права.

Легкость или трудность субъективного усвоения права имеет однако не только *субъективный* интерес: с последним вполне совпадает и интерес *объективный*, т.е. интерес правосудия. Чем более право затрудняет тому, кто его должен применять, а, следовательно, и изучать, своей расплывчатостью обозрение и своей туманностью и неопределенностью — правильное уразумение, тем более несовершенным станет само применение права (предполагая в

---

<sup>16</sup> Законы пресекают лукавые поступки одним способом, философы — другим; законы — в тех пределах, в каких могут удержать рукой, философы — в тех, в каких могут удержать благодаря разуму и проницательности. Об обязанностях, кн. 3, 68.

<sup>17</sup> См. сноску 15.

остальном на стороне субъекта те же силы и то же напряжение их). Интерес судьи идет здесь рука об руку с интересом всего оборота, и потому получает громадное практическое значение вопрос о том, достижимо ли и каким образом достижимо такое облегчение субъективного усвоения права для юриста, чтобы даже при богатейшем экстенсивном и интенсивном развитии права достаточно было обыденного размера сил и трудолюбия для того, чтоб овладеть этой задачей.

Средство к достижению этой цели заключается в *количественном и качественном упрощении права*, — посредством него юристу дается духовное владычество над правом.

*1. Количественное упрощение.* Оно имеет своей задачей уменьшение *массы* материала без вреда конечно, для получаемого из него результата. Его закон: с наименьшими средствами достичь наибольшего; чем меньше материал, тем легче и вернее пользоваться им.<sup>18</sup>

Я это называю *законом бережливости* и вижу в нем один из жизненных законов всякой юриспруденции. Юриспруденция, не понявшая этого закона, т.е., не умеющая экономно обходиться с материалом, будет задавлена все увеличивающейся массой последнего и погибнет от собственного богатства. Для правильного понимания древне-римской техники знание этого закона является положительно необходимым. Большое растяжение области его применения наглядно выясняют следующие технические операции, из которых две первые будут подвергнуты ниже подробному рассмотрению:

---

<sup>18</sup> Английский философ XIV века Уильям Оккам сформулировал принцип т.н. «бритвы Оккама»: *frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora* - то, что можно объяснить посредством меньшего, не следует выражать посредством большего; или иначе: *pluralitas non est ponenda sine necessitate* - без необходимости не следует утверждать многое. (Прим. сост.).

*1. Разложение всего материала или сведение его к простым составным частям.*

*2. Логическая концентрация («сгущение») материала.*

*3. Систематическое расположение материала, которое может быть уже здесь изложено в немногих словах.*

Систематическая классификация представляет собой в каждой науке не только распределение материала по месту, не только вызываемое соображениями целесообразности указание места отдельным частностям для того, чтобы их можно было снова легко находить, но содержит в себе, в форме таблицы, сведения о том, чем является в действительности каждый предмет и каждое понятие, и как этот предмет или это понятие связаны со всем организмом данной науки; систематическая классификация является родословным древом понятий! В голем скелете, который предлагает нам наука в своей систематике, кроется в невзрачном виде такая энергия мышления, такая концентрация богатейшего материала на незначительнейшем пространстве, какой нет ничего равного.

В противоположность весьма распространенному, особенно среди юристов-практиков, воззрению, будто вопрос систематики в праве имеет лишь чисто формальный или теоретический интерес, я не могу достаточно подчеркнуть большое практическое значение его. Интерес в правильной систематической постановке института — не что иное, как интерес в правильном материальном познании и изложении его. Кто неправильно классифицирует какой-нибудь предмет, напр., птиц причисляет к млекопитающим, тот высказывает этим о самом предмете нечто материально ложное, и эта одна ошибка может служить источником бесчисленных других. Систематические оплошности являются поэтому не невинными ошибками, а принадлежат к самым опасным; тщательность, с которой теория относится к вопросу систематики, в высшей степени уместна и оплачивается с лихвой. Весьма плодотворной и благодарной темой



было бы, по-моему, изложение истории ошибок, возникших исключительно вследствие неправильного систематического расположения. Каждая систематическая ошибка — продукт и в то же время и источник недостаточного познания предмета — ложный путеводитель. Пока наука не нашла для какого-либо предмета правильного места в системе, она и не поняла его еще, как следует, ибо «понять» не значит только вникнуть в предмет сам по себе, но и в его связи с другими.<sup>19</sup>

#### 4. Юридическая терминология.

Здесь, конечно, не место разъяснять необходимость и важное значение для науки правильно разработанного, т.е. ясно очерченного и богато развитого технического языка и доказывать, в какой мере им обусловлена определенность, безошибочность и быстрота научного мышления; мы ограничимся исключительно теми услугами, который оказываются им юристу для достижения указанной выше цели. Техническое выражение, правда, ничем не упрощает той мысли или того содержания, которое оно должно обозначать, но оно вливает его в форму, несравненно упрощающую и облегчающую пользование им. Одним техническим выражением мы заменяем сотню слов<sup>20</sup>; пока нет еще технического выражения для какой-нибудь своеобразной научной истины или какого-нибудь научного воззрения, им недостает того же, что куску металла до чеканки: способности обращаться в качестве монеты. Самого предмета еще недостаточно, надобно и имя; в науке также за рож-

---

<sup>19</sup> «Классификация есть приспособление для наилучшего приведения в порядок существующих в нашем духе идей о предметах: она является причиной того, что идеи сопровождают одна другую или следуют одна за другою в таком порядке, который дает нам наибольшую власть над прежде приобретенным знанием и прямее всего ведет к приобретению нового». Джон Стюарт Милль, Система логики силлогистической и индуктивной, М., 1900, с. 571. (Прим. сост.).

<sup>20</sup> Сколько слов, например, понадобилось бы, чтоб перевести на язык не-юристов положение: эвикция не распространяется на *necessariae impensae* [необходимые издержки, предотвращающие гибель или порчу вещи]?

дением должно следовать крещение: где нет имени, там нужно предположить, что и самого предмета еще нет, по крайней мере, сознания его. Извращением терминологии является простая *номенклатура*, снабжающая именем все, даже совершенно бесценное — направление, бывшее, как известно, еще в недавнее время весьма распространенным, в нашей науке; поскольку отпор ему является справедливым, постольку же неправилен он по отношению к терминологии, как таковой, даже если последняя пользуется унаследованными иностранными словами<sup>21</sup>.

5. *Искусство умелого пользования наличным материалом (юридическая экономия).*

*II. Качественное упрощение права.* Легкость или трудность, с какой дается понимание и усвоение какого-нибудь предмета, определяется не только количественным моментом, растяжением и размерами материала, но также и качественным внутренним порядком, симметрией, единством предмета. В качественном отношении право является простым, если оно как бы вылито из одного целого, если отдельные части его резко отграничены и отделены друг от друга и, тем не менее, гармонично соединяются в одно целое, если глаз, следовательно, так же легко может охватить какую-нибудь

---

<sup>21</sup> Требование, чтобы юриспруденция пользовалась по возможности выражениями обыденной жизни, чтобы облегчить не-юристу понимание права — несбыточная мечта. Если употреблять вместо латинских выражений: *culpa*, *dolus* и т.д. немецкие слова, то это не доставит никакого облегчения населению в понимании права. Речь идет не о понимании выражений, а о понимании понятий и подобно тому, как крестьянин не поймет алгебраической формулы, хотя бы она писана была обыкновенными буквами, цифрами и т.д., так он не поймет и наших юридических формул, если мы скажем вместо *culpa* — вина, вместо *dolus* — обман и т.д. Что же касается того, что выражения мертвого языка выгоднее для терминологии, чем выражения живого, то это вряд ли нуждается в доказательствах. Смысл, в каком наука пользуется словами родного языка, часто будет, да и должен быть по необходимости иной, чем тот, в каком их понимает жизнь — уже потому, что значение выражения в жизни нередко меняется, в то время как наука должна остаться при одном значении; так и, наоборот, научное определение понятия не удержит жизни от того, чтоб она поняла данное выражение в ином смысле. Язык науки и язык жизни часто два различных языка.

часть, как и все в совокупности. Каким путем юриспруденция достигает этого, будет показано в отделе юридической конструкции.

Теперь подвергнем ближайшему исследованию три выше названные операции: *анализ, концентрацию и конструкцию*. Они, правда, во многих случаях переплетаются друг с другом, но, тем не менее, разграничение понятий здесь не только возможно, но и абсолютно необходимо для отдельного изложения каждого из них. Здесь происходит то же, что и при различении отдельных умственных сил. Среди последних никогда отдельная сила не работает сама по себе или, лучше говоря, различные силы, существование которых мы предполагаем, представляют собою лишь столько же сторон и направлений одной и той же силы, но, тем не менее, чтоб вполне постичь это различие, необходимо разделение и отдельное изложение их. В этом смысле и прошу я понимать разграничение этих трех приемов.

### § 3. Три основных приема юридической техники.

#### 1) Юридический анализ (алфавит права).

[XXXIX] Одно из величайших, плодотворнейших и в то же время простейших открытий, сделанных когда-либо человеческим умом — алфавит. Двадцать четыре знака дают нам господство над неисчерпаемым кладом, и применение этого средства в такой степени легко и просто, что приемы изложения слов путем знаков и дешифрирование этих знаков — письмо и чтение — могут быть уяснены даже ребенку и изучены им до высшего совершенства. Без алфавита было бы недостижимо подобное владение языком даже для самого большого таланта, и, при крайнем напряжении сил, чтение и письмо считались бы труднейшими из всех искусств и наук. Алфавит заключает в себе в области языка решение той задачи, которую мы выше назвали главной проблемой техники для права:

облегчение господства над материалом через упрощение его. Возникает поэтому вопрос, нельзя ли применить и здесь тот же способ решения, т.е., нельзя ли идею алфавита перенести в область права. Идея же алфавита заключается в разложении, в сведении сложного к его составным частям; алфавит возник из наблюдения, что язык создал все свое богатство слов путем различной комбинации известных основных звуков, и что достаточно, таким образом, открытия и наименования этих основных звуков, чтоб помощью их и из них составить любое слово.<sup>22</sup> Если бы законодатель должен был для каждого правоотношения или каждой особой формации его составлять отдельное правило, то весь этот материал не только задавил бы нас своим объемом, но и оставлял бы нас еще тем не менее ежедневно без помощи, так как прогресс оборота производит постоянно новые правоотношения или своеобразные осложнения их, подобно тому, как прогресс мышления производит каждый раз новые слова. К счастью, это новое лишь отчасти действительно ново, в громадном же большинстве случаев в нем только появляются существующие уже величины, которые лишь своеобразно соединились или видоизменились; новым является только комбинация или видоизменение известных основных понятий, простых элементов права. Таким образом, и для права возможность сравнительно легкого владения материалом, кажущимся неисчерпаемым, покоится на том же процессе, что и для языка: на разложении материала и сведении его к простым элементам; здесь подтверждается сделанное нами уже однажды замечание, что сущность права заключается в разложении, дроблении и делении. В этом смысле можно юридическую технику, на долю которой выпадает решение

---

<sup>22</sup> «Право, приведенное к своим логическим моментам, представляет нам азбуку права, посредством которой мы можем разобрать и изобразить все, даже небывалые словообразования жизни» говорит Иеринг в другом месте («Дух римского права», стр. 35). (Прим. сост.).

этой задачи, назвать *химией права*, юридическим искусством разложения, умеющим отыскивать простые элементы права.

Каким образом происходит это разложение? Как оно возможно? Я надеюсь разъяснить это уже теперь, но должен заметить, что полное освещение этот вопрос может получить только при рассмотрении юридической конструкции.

Предположим, что какая-нибудь законодательная комиссия при разработке обязательственного права обратилась сперва к договору купли-продажи и разрешила при этом все возможные вопросы, возникающее при нем в жизни. Если она потом коснется других договоров, напр., мены, найма, то окажется, что наряду с такими вопросами, которые касаются исключительно последних, появляются и такие, которые были уже разрешены в отделе договора купли-продажи, напр., вопрос о влиянии ошибки на действительность договора, о последствиях неудовлетворительности или промедления в исполнении. Возможно, что решали бы подобный, часто повторяющийся вопрос, соображаясь с действительными или мнимыми особенностями данного отношения, каждый раз сизнова и каждый раз в ином смысле. В таком случае нельзя было бы весь материал, созданный для решения этого одного вопроса, так отделить от отдельных правоотношений, чтоб образовать из него одну *общую*, подходящую для всех отдельных отношений теорию данного вопроса; если бы юриспруденция тем не менее попыталась это сделать, то она не достигла бы ничего иного, как чисто внешне-го, бесполезного сопоставления, наслоения всяких обрывков без внутреннего единства. Однако в действительности нечего опасаться подобного рода *локализирующей* обработки со стороны законодательства; последнее не может не заметить, что некоторые вопросы повторяются при различных правоотношениях, и оно без особой необходимости не постановит в одном случае одного решения в другом — другого. Момент общности, заключающийся во всех

вещах, должен по необходимости оправдаться и на правовых положениях, и наряду с теми правоположениями, которые действительно *местного* характера, т.е. свойственны отдельному институту: договору купли-продажи, мены, найма и т.д., будут и другие, общие им всем — *абстрактные*. Мыслительный процесс, коим открываются и выясняются последние — извлечение общих начал — содержит в себе применение аналитического метода, так как он представляет собою не что иное, как выделение общего из частного, разложение материала на его общие и частные или местные элементы. Его цель — не возможно большее устранение индивидуальностей и замена их общими точками зрения, а, наоборот, выяснение того, что является в действительности индивидуальным и что, в действительности же — общим; этим он способствует правильному пониманию как одного, так и другого. Но вместе с тем он этим путем уменьшает объем материала, предупреждая возможность развития одной и той же мысли в различных местах системы.

Но и это направление имеет свой предел. Потребность практики (*utilitas*) заставит подчас законодателя пожертвовать отвлеченным правилом ради какого-нибудь особенно своеобразного отношения, решить, следовательно, вопрос, который сам по себе имеет *общий* характер, в применении к данному отношению — *частным* образом. Это и есть римское *jus singulare* [исключительное право]. Это имя носит не индивидуальное право вообще, следовательно, напр., не своеобразные принципы консенсуальных договоров в противоположность реальным контрактам, а только местное отклонение от принципа, который сам по себе — *общего* характера (*ratio juris*)<sup>23</sup> [общие принципы права]. Те правоположения, которые являются по своей природе необходимо местными, как вызванные особенностями данного вида, не содержат в себе никакого

---

<sup>23</sup> L. 16 de leg. (1, 3)... quod contra tenorem *rationis* propter aliquam *utilitatem* auctoritate constituentium intraductum est.

отклонения от общих начал, так как для них ничего «общего» нет; они *специальные*, но не *сингулярны*. Нельзя также говорить о *jus singulare* там, где весь предмет с самого начала носит частный характер, напр., при сроках давности или основаниях лишения наследства.

Юриспруденция может только извлекать общее начало где оно есть, но она не может *создать* его. Поэтому успех ее трудов, направленных на получение общих выводов, зависит в значительной степени от того, как право с самого начала построено, стало ли в нем с первых же пор преобладать, как в римском праве, обобщающее, *централизирующее* направление, или, как в германском — *локализирующее*.

В каждой области познания человеческий ум замечает и открывает конкретное раньше, чем абстрактное. Поэтому в истории права и оказываются конкретные части, т.е. правовые положения, касающиеся отдельных правоотношений, гораздо ранее развитыми, чем отвлеченные отделы. Прежде чем последние были открыты и выставлены законодательством или наукой в их настоящем т.е., обобщенном виде, они нередко должны были пережить длинную историю, пройти различные фазисы развития. Эта история их развития принадлежит к интереснейшим явлениям в области истории права, и для нас тем важнее ознакомиться с ней, что в ней-то обнаруживается одна из важнейших задач и операций юридической техники.

Явление, которое я имею в виду, и для которого история не только римского, но и всякого права, доставляет нам ряд примеров, состоит в том, что отвлеченная мысль первоначально пробивается наружу лишь в неполном виде в каком-нибудь отдельном пункте, которые я назвал бы *исторической точкой прохождения*<sup>24</sup> ее, и

---

<sup>24</sup> Этого не следует смешивать с влиянием, которое может иметь какое-нибудь особое отношение, интерес и т.д. — *исторический мотив* — на возникновение *общего* пра-

только мало по малу она приобретает то растяжение и распространение, которое должно ей принадлежать, сообразно ее природе. И мысли также должны бороться за свое существование и нередко с трудом завоевывать себе почву шаг за шагом. Если бы они сейчас же появились в полном, сужденном им только в будущем обобщенном виде, то их не поняли бы и противились бы им. Поэтому они вступают сперва застенчиво и скромно в действительную жизнь и довольствуются небольшой территорией, пока умы не привыкнут к ним, и они сами не водворятся настолько прочно в каком-нибудь пункте, что уже смогут оттуда пролагать себе дальше путь. Их право на общее значение и вытекающая отсюда непосредственность, заключающаяся в ограничении их одним каким-нибудь отношением, не может долго ускользать от внимания, потому что логическая последовательность представляет собою такую силу, которая производит свою работу в уме медленно, но верно, бессознательно, но потому не менее настойчиво — ее чувствуют гораздо раньше еще, чем она познана. Потому-то неизбежно наступает и для тех мыслей свое время, когда возникает вопрос: почему они применяются лишь здесь, почему также не в этом или том совершенно однородном отношении, — время, когда многим должно казаться прежнее ограничение их применения таким же странным, каким казалось до момента их введения предложение допустить их, хотя бы в самом ограниченном размере.

Я хочу пояснить сказанное на ряде примеров из римского права, построенных в виде таблицы. Столбец слева показывает мысль в ее позднейшей, развившейся, т.е. обобщенной форме, столбец

---

нового положения. Как на исторический мотив введения кодициллов [дополнение к главному завещательному акту] нам указывают, на *отсутствие* (pr. L. de codicill. 2, 25... propter magnas et longas peregrinations [по причине близких или длительных путешествий]), но институт этот уже с самого начала не был ограничен этим условием, он диктовал для всех — для присутствующих, как и для отсутствующих.



справа — точку прохождения ее, тот пункт, где она впервые появилась в истории в ограниченном виде.

1) Ответственность хозяина из договоров пред- ставителя. Корабельные предприятия и торговля.

2) Защита *bona fidei possessio*<sup>25</sup> путем *act. Publiciana*<sup>26</sup> (идея относительно-лучшего права). Продажа и традиция.

3) *Act. quanti minoris*<sup>27</sup> и *redhibitoria*<sup>28, 29</sup>. Торговля рабами и скотом.

4) Реституция в случае ущерба, возникшего из пропуска времени без всякой вины. Отсутствие.

5) Оставление в силе предъявленных к владельцу (как таковому) исков в случае злого *Hereditatis petitio*.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Добросовестный владелец [ошибочно считающий, что он является собственником], который приобрел вещь у несобственника.

<sup>26</sup> Вещный Публицианов иск в пользу добросовестного владельца вещью.

<sup>27</sup> Иск на уменьшение цены.

<sup>28</sup> Иск о возврате, направленный к уничтожению договора между продавцом и покупателем.

<sup>29</sup> (Отличительные признаки: 1) Обязательство даже без определительного обещания – скрытые недостатки; 2) Выбор между двумя исками) – добавление в переводе 1860 года. Далее в тексте Иеринг поясняет мысль о неотложности потребности: «Торговля, относительно нужных для нее юридической ловкости и продуктивной силы, везде стоит впереди прочих сношений, и стоит впереди именно потому, что потребности ее настоятельнее; но гарантия против недостатков или пороков покупаемого предмета гораздо нужнее для животных, чем для предметов неодушевленных, потому что, вообще, покупщику легче обезопасить себя осмотром при последних, нежели при первых». (Прим. сост.).

<sup>30</sup> Общий вещный иск, которым цив. наследник добивается признания своего права наследования и выдачи наследства или его части.

отчуждения вещей.

6) Фингированное<sup>31</sup> вы- Условное завещание  
полнение условия. свободы (рабу).

7) Вещная защита за- Юридическое отноше-  
лога. ние аренды (act.  
Serviana)<sup>32</sup>.

Число этих примеров могло бы быть еще увеличено, но для нашей цели вполне достаточно приведенных.

При всем этом явлении, однако, необходимо избегать мысли, будто здесь речь идет о чем-то случайном или о каком-то несовершенном способе возникновения права. Тут не случайно ни само явление, вообще — в нем только осуществляется общеизвестный закон возникновения (*des Werdens*) — ни то в частности, что новая мысль проложила себе путь именно в данном пункте. Причины, обуславливающие последнее, могут быть разного рода. Прежде всего, к ним принадлежит большая неотложность потребности. Последняя не везде обнаруживается сейчас же с одинаковой силой, в одном пункте она чувствуется раньше или сильнее, чем в другом; так, напр. в случаях 1, 3, 4, 6, 7. Вторая причина — особая легкость, с которой общая мысль может быть выражена в законодательстве именно в области данного отношения, в подтверждение чего можно сослаться на случаи 2 и 4 и, если нужны еще другие примеры, на старшинство (во времени) владения вещами перед владением правами, на первоначальное ограничение узурфрукта поклажи и найма индивидуально определенными предметами в противоположность позднему распространению этих отношений на предметы, определенные родовыми признаками, на первоначальный взгляд на *damnum iniuria datum* [противоправное повреж-

<sup>31</sup> Fingere — выдумывать, воображать, предполагать.

<sup>32</sup> Иск (по имени претора Сервия) собственника арендуемого участка о завладении хозяйственным инвентарем арендатора, находящимся у третьего лица.

дение чужого имущества] как на *damnum corpore corpori datum* [прямое телесное воздействие на вещь] и т.п. Я должен впрочем, для полноты изложения упомянуть еще об одной причине. Только что приведенные два основания предполагают, что правовое положение или мысль уже с самого начала *могли* бы выступить в обобщенной форме, т.е. что с самого начала для них была бы возможна большая область применения, чем та, в которой они первоначально явились. Но возможен и такой случай, — и он является не редким в римском праве — что какой-нибудь принцип или какое-нибудь понятие первоначально потому примкнули к отдельному отношению и локализовались в нем, что последнее было тогда единственным в своем роде. Родовые и видовые понятия здесь совершенно совпадают; что было родовым, то выступило наружу в видовой форме. Для примера возьмем родовое понятие *jus in re aliena* [права на чужие вещи]. Целый ряд правоположений, вытекающих из него, как напр., что содержание подобного права не может состоять из действий собственника служащей вещи, что право это прекращается путем консолидации и т.д., развился исторически сперва на сервитуте, так как последний был долгое время единственным *jus in re* [права на вещи вообще]. Некоторые из этих положений сохранили свою первоначальную форму, созданную в интересах «вида» (напр. *servitus in faciendo consistere nequit* [сервитут не может обязывать собственника совершать какие-либо действия в отношении управомоченного лица], *nulli res sua servit* [нет сервитута на свою вещь]), хотя эта узкая редакция совсем не соответствует новому праву. То же самое мы видим при наследственном универсальном преемстве. В древнем римском праве *hereditas* [право наследования] являлась *единственным* видом универсального преемства, родовое понятие, следовательно, могло выражаться лишь в ней одной, и поэтому все положения наследственного права толковали лишь о *hereditas* (напр., *semel heres semper heres*) [ставший наслед-

ником — всегда наследник]. Со времени появления *bonorum possessio* [переход наследственного имущества по преторскому эдикту] следовало бы устранить подобную формулировку по крайней мере в тех случаях, которые касались не чего-либо специфического в *hereditas*, а чего-нибудь общего всему роду, но тем не менее эта формулировка удержалась и в новом праве.

Если взглянем на тот способ, каким обыкновенно совершается обобщение какой-нибудь мысли, то окажется, что этот вид развития права предоставлен, главным образом, юриспруденции. В римском праве, по крайней мере (кроме того случая, где речь идет об обобщении привилегии, данной первоначально лишь одному какому-нибудь сословию), мне неизвестны случаи, где бы законодательство само взялось за эту задачу. Прием, путем которого юриспруденция разрешала последнюю, известен под именем *аналогического* распространения: он, полагаю, получил лучшее освещение, благодаря той связи, в которую поставлен нашим изложением.

Что оправдывает и делает даже необходимой аналогию? Пока в истории будет иметь силу закон, что общее начало появляется на свет не сейчас же в общей форме, а сперва только в ограниченной, — будет существовать и потребность в аналогическом распространении; помощь юриста является здесь необходимой по самой сущности вещей. Значение указанного выше воззрения подтверждается затем еще возможностью более точного определения понятия аналогического распространения, а отсюда и более точного установления действующих для него законов. Понятие «аналогического распространения» может быть определено следующим образом: этот прием — не что иное, как выделение всего, имеющего по своей природе и своему предназначению *общий* характер, из той частной *формы*, в которое оно появилось в истории. Он покоится, следовательно, на *анализе*, слившегося в историческом развитии в *единый* институт правового материала, а именно: на отде-

лении составных частей (правовых положений), происшедших исключительно из своеобразной цели и особого понятия *данного* института — принадлежащих исключительно данному виду (*необходимо-частные элементы*), от тех, который *проявились* в этом институте, по существу же своему обладают отвлеченным характером (*случайно или исторически частные*). Мысль, лежащая в основе act. exercitoria [экзерциторный иск, т.е. иск к хозяину корабля] и institoria [инстититорный иск, вытекающий из назначения управляющего], а. publiciana, redhibitoria и quanti minoris была общего характера; — когда юристы стали применять эти иски и к другим аналогическим отношениям, то они этим не столько расширили эту мысль, сколько лишь познали ее в ее действительном виде, они только освободили ее от слишком узкой формы, в которой она появилась в истории. В этом нет никакого преувеличения собственно-го значения со стороны юриспруденции, она не затрагивает этим прав законодателя, она не создает, а лишь применяет высшую критику и интерпретацию — не слов, а мысли законодателя. Этот прием, однако, требует большей искусности в абстракции и более тонкой способности разграничения, чем обыкновенная интерпретация, и промахи здесь возможны в обоих направлениях, а именно: равно возможно слишком много сделать, как и слишком мало, т.е. возможно, что элементы необходимо частные будут ошибочно признаны общими, абстрактными и, наоборот, абстрактные — необходимо частными. Первого промаха, вообще<sup>33</sup>, вряд ли нужно опасаться уже потому, что удобнее и безопаснее остановиться на не-

---

<sup>33</sup> При позднейшем виде римского правообразования путем императорских рескриптов опасность правильного обобщения, т.е. расширения чисто индивидуальных, предназначенных исключительно для конкретного случая решений (constitutiones personales), была, правда, несравненно большей, но не юриспруденция была виновницей этого, а произвол, с которым императоры обращались с правом, как с делом милости. Позднейшим запрещением аналогического пользования рескриптами они сами постановили приговор над собою.

посредственном содержании закона, чем подняться над ним, и относиться свободнее к нему. Потому юриспруденция несравненно чаще очутится в таком положении, где ей придется выслушать противоположный упрек. И ей также необходимо привыкать в течение продолжительного времени к новым мыслям, пока она, наконец, убедится в их праве требовать себе большей области применения, чем та, в которой она впервые появились, и пока она наберется смелости предоставить им таковую на практике. Аналогичское распространение — везде плод медленного созревания мысли; пока его время не пришло, пока не признана повсюду необходимость в нем, попытка к тому, сделанная отдельным лицом, не даст никаких результатов. Это будет повторяться всегда, и в этом заключается лучшая гарантия от всякой чрезмерной поспешности.

Предыдущее изложение показало, как путем логического изложения совершается в пределах права разграничение его составных частей таким образом, что общие мысли, появляющиеся в истории сперва в соединении с конкретным и специальным, мало по малу освобождаются от этой связи и приобретают подобающую им абстрактную форму. Те правоположения, которые остаются после того, как общие мысли уже выделились из этой связи, принадлежать уже исключительно этому специальному правоотношению. Область применения последних, таким образом, весьма ограничена, прикована к определенному месту, между тем, как те общие правоположения подобны атмосферическому воздуху над поверхностью земли, не прикованному ни к какому отдельному пункту ее, а свободно движущемуся над ней и способному, с другой стороны, соединиться со всяким телом на земной поверхности.

Правоположения первого рода соединяются, смотря по цели, которой они служат, в цельные образования, понятия, могущие без содействия каких-нибудь других понятий принять конкретную

форму, в то время как правоположения второго рода или понятия, образовавшиеся из них, не обладают этой способностью, а, наоборот, достигают своего осуществления только в понятиях первого рода.

Первые я называю поэтому *самостоятельными*, последние — *несамостоятельными* правовыми телами. В виде примеров первого рода назову: договор купли-продажи, сервитут пути, завещание; примеры второго рода — ошибка, недействительность, замедление. Ошибка сама по себе, т.е. независимо от какого-нибудь конкретного правоотношения, замедление, как таковое, т.е. без зависимости от какого-нибудь существующего обязательства, на практике совсем не могут появиться, оба должны соединиться с самостоятельными телами, с каким-нибудь действием, каким-либо обязательством. Если мы хотим на это распространить вышеприведенное сравнение понятий права с буквами, то мы можем назвать абстрактные понятия согласными, конкретные — гласные. С этим связано еще другое различие обоих: абстрактные элементы обладают гораздо большей применимостью, так как они не прикованы к какому-нибудь отдельному отношению; ошибка, например, может произойти при договоре, традиции, платеже, отказе и т.д. Наоборот, элементы самостоятельные касаются всегда лишь какого-нибудь специального отношения, они ограничены в пространстве, локализованы. Они могут, впрочем, соединяться не только с абстрактными, но и между собою в составное правоотношение, в то время как первые, чтобы конкретно осуществиться, *всегда* нуждаются в соединении с каким-нибудь телом *другого* класса. Возьмем, например, указанные выше понятия: продажа, сервитут пути, завещание. Мы получим соединение их, если предположим такой случай: завещатель возлагает на своего наследника обязанность предоставить соседу сервитут пути, которого тот уже давно домо-

гается, по предлагаемой им цене, т.е. продать его.<sup>34</sup> Если бы этот случай дал повод к процессу (при котором речь бы шла не о толковании самого распоряжения, а о юридическом значении его), то решение его заключалось бы в том, что мы разложили бы весь случай на составные части, вошедшие в него: завещание (либо отказ) — продажа — сервитут пути, и потом рассмотрели бы при каждой в отдельности ее условия и действия. Решение юридического случая — та же операция, что и чтение: как при последнем отыскивают, т.е. читают буквы, из которых состоит слово, и сумму обозначенных ими звуков соединяют в одно целое, так юрист отыскивает понятия юридического казуса; каждое в отдельности, он выделяет одно за другим, чтобы, наконец, установить их общий результат: решение покоится на разграничении, суждение — на делении (*Das Ent - scheiden beruht auf Scheiden, das Ur - theilen auf Theilen*).

Если сравнить алфавит права с алфавитом языка, то окажется, что первый остается далеко позади второго — уже потому, что буквы его отчасти обладают несравненно более ограниченной применимостью, чем буквы языка. С последними можно в этом отношении сравнить лишь наши абстрактные элементы права. Уже на этом основании число букв там должно быть значительно больше, чем здесь, но к этому присоединяются еще и другие причины, особенно то, что алфавит права несравненно точнее, да и должен быть точнее, чем алфавит языка. Если последнему достаточно такое чрезвычайно малое число знаков, то это объясняется в значительной доле неточностью, с которой воспроизводятся звуки языка. Сколько знаков требовалось бы, если б нужно было указать все тонкие оттенки, особенно в произношении гласных! Письмо дает лишь очень грубое воспроизведение языка, достаточное для того, кто знаком с произношением, но совершенно недостаточное для

---

<sup>34</sup> Случай, предусмотренный в L. 44 i. f. de solut. (46, 3)... damnatus alicui vendere.



того, кто думает на нем одном изучить произношение. Относительно права нужно то же сказать о *низших ступенях* его («Geist» т. I. стр. 28-32) — *писанное* право дает и здесь очень недостаточную точку опоры для *юрисдикции*, но я вряд ли должен упомянуть, что возможно полное тождество между писанием или установлением права и произнесением, т.е. применением его составляет именно одну из целей всякого развития права. Чтоб право так говорилось, применялось как оно писано, оно должно быть так же писано, как должно быть произносимо в суде. Для языка подобное полное тождество, по крайней мере по отношению к местному жителю не имеет практической значения, для права же — громадное. Поэтому язык может быть неточным, право же никогда не может быть достаточно точным, и в этом кроется одна из главных причин, почему язык довольствуется малым числом букв, между тем как право нуждается в большом количестве понятий.

Из этого несходства права и языка в отношении степени точности, применяемой ими, вытекает еще другое различие. А именно, алфавит языка совершенно закончен и поэтому остался и останется тем же, несмотря ни на какие преобразования языка, так как он не передает более тонких оттенков произношения; он не ограничивается далее отдельным языком, а остается для целых семейств языков в сущности одинаковым; напротив, алфавит права не может иметь притязание на подобное же, независимое от времени и места, от истории и национальности значение. Мне могут возразить, что ведь и в праве есть основные понятия, являющиеся абсолютно истинными, будь это лишь юридически-логические категории или чисто формальные понятия, как напр., понятие юридической невозможности, противоположность между действительностью и оспариваемостью, между правом и применением его, ошибкой в объекте и ошибкой в мотивах и т.д., и что они поэтому, у какого бы народа и ни были впервые открыты и развиты, все же не принад-

лежать алфавиту права *этого* народа, а другому, стоящему над национальностями, универсальному, абсолютному алфавиту. Однако сколько бы ни признавать абсолютную истинность этих понятий и тем самым *возможность всеобщего правового алфавита*, нельзя тем не менее упускать из виду, что эти понятия — чисто формального характера, и что так. обр., мы не пойдём с их помощью дальше формальной юридической логики (большого дидактического значения которой я, впрочем, не хочу оспаривать). Практическое оформление и наполнение<sup>35</sup> содержанием оставалось бы все же предметом положительного права. Так, напр., различие между ошибкой в объекте и ошибкой в мотивах, как различие понятий — необходимо, оно также вполне пригодно для упражнения способности юридического мышления; но должно ли, вообще, придавать ошибке практическое значение, и если должно, то только ли ошибке в объекте или также ошибке в мотивах — это дело положительного правового постановления; если последнее просто отрицает или утверждает этот вопрос, то вся указанная разница практически совершенно устранена для данного права. Противоположность между ничтожностью и оспариваемостью логически вполне неоспорима, но для древнего римского права ее совсем не было, так как оно знало недействительность юридических актов исключительно в форме ничтожности. Дело обстоит, следовательно, относительно тех понятий так, что то, что есть в них абсолютного, является чем-то чисто формальным, все же практическое — чисто позитивным. Это позитивно-практическое оформление может быть, правда, столь разумным и целесообразным, что хотелось бы предсказать ему там, где оно уже есть, постоянное значение и даже всеобщее распространение, но, тем не менее, мы должны призна-

---

<sup>35</sup> В издании 1905 года стоит слово «выполнение» - явная опечатка; в оригинале — *Ausfüllung* — «наполнение, заполнение».

вать его чем-то позитивным, подверженным изменению во взглядах и вещах.

Наш *практический* алфавит права является поэтому чем-то позитивным, историческим, и история каждого права подтверждает это. Изменяются не только правовые *положения*, но с ними также понятия и институты, и изменяется не только качество и значение существующих ныне у нас правовых букв, но время доставляет нам еще совершенно новые и уничтожает старые. Тем не менее убедительное доказательство того, насколько алфавит отдельного какого-нибудь права способен при всей своей позитивности сопротивляться влиянию времени и места, дает нам алфавит римского права. Практическое оформление собственности, сервитута, обязательства и т.д. в римском праве — а поэтому также и конструкции римских юристов — носят чисто *римский* характер (хотя многие в слепом преклонении пред римским правом отказываются признать это и стараются выставлять римское, как нечто абсолютное). Но как долго держались эти римские и позитивные элементы! Означенные понятия и ныне еще имеют, в сущности, почти то же значение, что полуторатысячу лет тому назад и — что еще важнее — римское право дает нам часто вполне удовлетворительные нормы для решения даже таких вопросов, которые выдвинуло наше время. Понятно поэтому, что в средние века могла образоваться вера в абсолютный характер римского права — мысль, что в нем осуществлена *ratio scripta*, откровение разума в вопросах права.

Что наш алфавит права, не смотря на эти различия между ним и алфавитом языка, все же заслуживает названия алфавита, не нуждается в пояснении. Нет более пригодного сравнения, чтобы одним словом наглядно изобразить несведущему лицу сущность и действие аналитической силы в праве. Но как ни облегчается путем этого сравнения объяснение вопроса даже для не-специалиста, я все же не могу не заметить, что не-юрист в сущности не только не

обладает способностью понимать этот метод разложения, но даже относится к нему прямо-таки неприязненно, ибо метод этот является прямой противоположностью воззрений профанов: он рассчитан на то, чтобы совершенно устранить влияние не-юриста на решение правовых споров. Характерная черта взгляда не-юристов, независимо от того, идет ли речь о понимании абстрактного права или какого-нибудь отдельного юридического отношения, заключается в *не-разложении* или, выражаясь положительно, в том, что не-юрист поддается общему впечатлению, производимому данным отношением.<sup>36</sup> Все те элементы, стороны или отношения какого-нибудь юридического института или казуса, которые являются для юридического глаза *обособленными*, сливаются для профана воедино, и общее впечатление, производимое данным предметом на его чувство, бессознательное общее действие этой картины есть то, что окончательно определяет его суждение. Не-юрист найдет непонятным, почему тот жизненный институт, в котором он, профан, видит одно органическое целое, и которое ему во всяком случае, как существующий в жизни факт, кажется не нуждающимся более в дальнейших поисках, юрист кропотливо разлагает на отдельные стороны и составные части, и лишь искусственным путем, помощью синтеза снова получает это единство. Если истец, имеющий вполне обоснованное притязание, неудачно выбирает иск, напр., вместо *action in personam* предъявляет *action in rem*, то судья лишь исследует, имеются ли налицо условия *этого* иска и в отрицательном случае отказывает истцу в *этом* иске, хотя из разбора дела оказывается, что притязание истца было бы вполне обосновано, будь оно предъявлено путем другого иска. Это покажется не-

---

<sup>36</sup> Различие в обсуждении какого-нибудь правоотношения со стороны юриста и со стороны профана указывается уже Трифонином в L. 31 § 1 Depos. (16, 3). Он различает здесь: 1) *si per se dantem accipientemque intuemur*; 2) *si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur*.

юристу весьма странным, а между тем оно не что иное, как простое выделение различных точек зрения и ограничение той только из них, которую сам истец выбрал для обсуждения данного случая и которую он предложил судье.

Как мало понята еще ныне наукой сущность метода разложения, вполне обнаружилось в споре о противоположности между римским и германским правом. Два новых философа права<sup>37</sup> полагают, что недостаток римского права заключался в том, что в нем отсутствовали «организмы, органические образования, какой-нибудь положительный принцип органического образования» и т.д. Но на чем основывается это мнение? Пока юридически разлагающая сила еще не поработала над каким-нибудь правовым институтом, последний легко производит впечатление «организма», все великолепно в нем переплетается, правовые и этические моменты, форма и содержание, вещный и обязательственный элементы образуют одно целое. Но коль скоро юриспруденция завладела этим институтом и выполнила на нем свою обязанность, пропало все то поэтическое «сращение», «органическое переплетение» и т.д., хотя в *реальной, практической* сущности института не изменилось ни малейшее! Пропал прекрасный организм, а вместо него мы имеем азот, кислород и т.д. Один элемент института попадает в систему сюда, другой — туда.<sup>38</sup> И вот, если германское право обнаруживает

---

<sup>37</sup> Stahl в своей работе *Abh. über den Werth des röm. Privatrechts* (изд. 2 стр. 400), вошедшей, как добавление, в состав первого тома его философии права и Röder, *Grundgedanken u. Bedeutung des römischen und germanischen Rechts*, Leipzig 1855.

<sup>38</sup> Так, напр., при залоговом праве: вещный элемент — в вещное право, обязательственный же (*contractus pignoratitius*) — в обязательственное. При опеке приходится отдельные элементы ее отыскивать в различных частях системы: дееспособность опекаемых и понятие и виды представительства — в общей части, залоговое право на имущество опекуна — в залоговом праве, *rei vind. utilis* [иск об истребовании вещи, который применялся претором в некоторых случаях защиты обязательственных притязаний] против него — в отделе о собственности, обязательственное отношение — в обязательственном или семейном праве, римскую *tutela testamentaria* [назначение завещателем опекуна] — в насл. праве.

пред нами организмы, римское же — только атомы или элементы, то это означает не столько различие в обоих *правах* (разве опека, напр., в римской *жизни* являлась менее «органической единицей», чем у германцев?), сколько различие в их *научной разработке*. Наука права не устанавливаем *организмов*, как и не устанавливает их органическая химия: она разлагает их. Но выводить отсюда заключение, что этим умаляется практическая функция юридических отношений, было бы ничуть не лучше, чем думать, что анализ химика, вместо того, чтоб понять природу, лишь ставит себя в противоречие с ней.

В основании приведенного выше упрека римскому праву лежит, кажется, та мысль, будто эта юридическая атомистика была не только юридической, но и реальной, будто римский дух чувствовал антипатию ко всему составному, смешанному, словом, тому, что понимают под выражением «органическое».<sup>39</sup> На самом деле разлагающая сила римского духа разлагала не предметы, а только понятия и делала это не с целью *препятствия* практическому существованию организмов, а, наоборот — для облегчения и обеспечения его.

## 2) Логическая концентрация.

---

<sup>39</sup> В качестве практической морали, которую я позволю себе вывести из этой ошибки, помещаю здесь следующее замечание, которое я особенно посвятил бы всем философам права не-юристам, а именно, что даже чисто *этическая* оценка какого-нибудь права не возможна без знания *техники*. Чтоб прикрыть отсутствие этого знания (часто и вообще ясного мышления) нет, конечно, более удобного выражения, чем «органический»: чем туманнее понятие, тем «органичнее» предмет. Мой друг — молодой, к сожалению столь рано отнятый смертью у науки ученый приват-доцент D-r van Krieken, смело выступивший в своей работе: «Über die sogenannte organische Staatslehre», Leipzig 1873 против этого нездорового направления в науке, сочинил по этому поводу двустихие: «чего определить не можем, то „организмом" мы зовем». Я, со своей стороны, поставил себе правилом, где только могу, избегать выражения «органический».

Nos uho posito quod est ad cognitionem disciplinae satis innumerabilia nascuntur, quibus implentur juris consultorum libri. Cic. de leg. II, 19.<sup>40</sup>

[XL] Этот прием преследует, как уже было указано выше, ту же цель, что и предыдущий, но в прямо противоположном направлении: вместо разложения — соединением и сведением. Он не является специфически юридическим приемом, а общей логической операцией извлечения какого-нибудь принципа из данных частных, подстановкой иной, более интенсивной логической формы выражения.

Мы можем также выразить эту задачу в несколько иной форме следующим образом: речь идет здесь о сжатии *внешнего объема* той массы правового материала, который создало положительное право для какого-нибудь известного юридического отношения. Объем этот определяется не исключительно или даже только преимущественно значением данного юридического отношения, количеством вопросов, которые должны быть при нем разрешены, словом, каким-нибудь объективным моментом, а наоборот, также чисто субъективным моментом искусности лица, разрешающего эти вопросы. Кто понимает дело, достигает здесь одним словом того же, чего другой — сотней.

Краткость — одно из неценимейших качеств законодателя. Но краткость заключается не в малом количестве слов, содержащихся законом, а в интенсивности, глубине высказываемых им мыслей. Мы можем себе легко представить, что то же отношение, для законодательного образования которого *этот* закон издал массу

---

<sup>40</sup> С установлением одного этого положения, достаточного для нашего ознакомления с правилами, возникает неисчислимо множество случаев, которыми полны книги законоведов. Цицерон. О законах, 2, 19.

отдельных, не покоящихся на какой-нибудь общем мысли постановлений (*казуистическая форма*), в другом законодательном сборнике нормировано самым полным образом помощью одного только принципа (*принципиальная форма*). Притом в первом способе юриспруденция лишена возможности концентрировать материал:<sup>41</sup> частности, не вытекающие из какого-нибудь принципа, не могут быть и сведены к принципу. Но так же мало юриспруденции дана была бы эта возможность, если б законодатель сам всегда высказывал данный принцип в подходящей форме — впрочем, в этом отношении у юриспруденции никогда не было недостатка в работе!

Возможность концентрации материала со стороны юриспруденции предполагает, что законодатель действительно *имел и применил* какой-нибудь принцип, лишь не сознавая и не высказывая его. История нас учит, что это не только не редкость, но даже обычный случай, и факт этот должен казаться тем менее странным у законодателя, что и юриспруденция не редко находится совершенно в подобном же положении; и у нее *чувство* того, что правильно, обыкновенно значительно опережает *познание* его. Таким образом, становится возможным, что какой-нибудь принцип права давно уже прочно утвердился в практике, прежде чем он познан и установлен в своем действительном виде — даже, может быть, когда он уже опять лишился своей силы.

Отдельные правоположения, в которых законодатель бессознательно проводит какой-нибудь принцип, относятся к последнему, как отдельные точки окружности к центру. Принцип — та точка, которую ищет законодатель, но пока ему еще не удалось овладеть ею, он вынужден лишь кружиться около нее, описывать ее

---

<sup>41</sup> То же самое происходит, если законодатель запретил извлечь общий принцип там, где это само по себе было бы возможно, как это напр., сделал Юстиниан для поводов лишения наследства по Nov. 115.



помощью отдельных казуистических постановлений. Так же, как и он, блуждает и наука по периферии, пока она не найдет центра; чем дальше периферия от центра, тем длиннее путь, по которому идет наука, т.е., тем шире, сложнее изображение соответствующего предмета. С каждым шагом, приближающим ее к центру, круг становится все уже, путь короче, т.е. уменьшается *число* ее выводов и увеличивается *содержание* их пока, наконец, в самом центре она уже в состоянии выразить всю массу материала в *одной* мысли.

Но не только концентрация существующего уже материала делает открытие принципа столь важным для науки; к этому присоединяется еще та выгода, что в найденном и познанном принципе в то же время открывается и источник *новых* правоположений: таковыми являются все те выводы из него, которые до того еще не были признаны. Полного расцвета своей логической силы, развития всего богатства частных, содержимых ею, всякая мысль достигает лишь тогда, когда будет сознательно познана в своем настоящем виде.

Избранное нами сравнение извлечения принципа с отысканием центра при данной окружности могло бы легко склонить к тому мнению, будто эта операция чрезвычайно проста. Однако — если остаться при этом сравнении — прежде всего окружность у закона не всегда правильна, а, наоборот, бывают отклонения, которые могут завлечь на ложный путь, а затем отдельные правоположения, даже если они действительно проистекают из одного принципа, не всегда явно обнаруживают свое происхождение и родство, даже, напротив, они могут наивному наблюдателю казаться столь разнообразными, что совсем не возникает мысли о их связи. Что, напр., общего имеет *hereditatis petitio* с владельческими интердиктами? А между тем оба покоятся на одной и той же мысли.<sup>42</sup> Для приобре-

---

<sup>42</sup> См. Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes 2 изд. стр. 89.

тения по давности имеет силу правило, что оно наступает уже с началом последнего дня, для погасительной давности — лишь с концом его. По-видимому, два совершенно различных постановления; а на самом деле — лишь выводы из одной и той же мысли.

Наибольшие затруднения, кажется, задача эта заключает в себе в том случае, если законодатель частью соблюдает принцип, частью покидает его. Сначала мы не знаем, случилось ли это; мы поэтому сперва предпринимаем тщетную попытку свести весь материал к одному принципу. Но допустим, что после продолжительного старания мы убедились в том, что это невозможно, что, наоборот, здесь перекрещиваются две мысли, из коих одна заключает в себе правило, другая — исключение. Какая же из них содержит правило и какая — исключение,<sup>43</sup> и можно ли, вообще, думать еще об *одном* правиле, или скорее весь вопрос является по своему начальному устройству двойственным.

Возможен и противоположный случай, — что какое-нибудь постановление ложно выдается за исключение, хотя оно в действительности вовсе не является таковым, а могло бы быть устранено более правильной формулировкой принципа. Бывает даже не редко, что какое-нибудь правоположение *исторически*, т.е. по отношению к действовавшему до того праву, вводит действительное исключение, между тем как на самом деле этим исключением лишь изменяется прежний принцип, так что нужна только иная формулировка его, чтоб исчезло кажущееся противоречие между правилом и исключением. Так, напр., допущение римской юриспруденцией владения у детей, умалишенных и юридических лиц в дейст-

---

<sup>43</sup> Примером может служить вопрос, содержит ли в себе погашение обязательства путем так называемого *concursum duarum causarum lucratarum* [если то лицо, которое имеет право требования какой-либо специальной вещи, до исполнения требования приобретает эту вещь каким-либо иным путем, то исполнение обязательства становится для должника невозможным] какую-нибудь особенность или только вывод из сущности обязательства. См. об этом Hartmann, *Die Obligation*, стр. 5, 6, 13.

вительности обозначает, по-моему, под кажущейся формой исключения из одного из важнейших правил владения лишь появление полной, истинной идеи владения.<sup>44</sup> *Исключения часто являются лишь формой, в которой правило расширяется, совершенствуется, изменяется с виду.* В таком случае история сама вовлекает нас в ошибку: в течение веков фигурирует в виде правила и исключения то, что на самом деле совместно подчиняется одному и тому же высшему принципу. Заем требовал первоначально, чтоб должник приобретал собственность непосредственно от заимодавца.<sup>45</sup> Когда практика во многих пунктах покинула это положение, то такое отклонение показалось по отношению к старому правилу исключением и таковым оно и характеризовалось позднейшими римскими юристами.<sup>46</sup> Однако за кажущимся исключением скрывалось, на самом деле, лишь важное и весьма ценное расширение понятия займа, а именно, что заем не содержит в себе более перехода своего предмета из *собственности* лица, дающего в собственность берущего, а из *имущества* одной стороны в имущество другой. Уменьшение же одного и увеличение другого имущества не связано необходимо с каким-либо событием в собственности; заимодавец *дал в займы*, если другой за его счет дал *деньги*, и так же дело обстоит с заемщиком, если денежные суммы уплачены за его счет третьему лицу. Другой пример представляет появление имущественной правоспособности домочадцев. С исторической точки зрения она подходила под форму исключения; первый случай ее (*rescilium sa-*

---

<sup>44</sup> Примером может служить символическая традиция австрийского гражданского уложения, выставляющая себя в виде исключения из основных постановлений правильной традиции, в действительности являющаяся лишь применением правильного понятия традиции. См. Exner, *die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition* стр. 213.

<sup>45</sup> См. мое сочинение (прим. 19) стр. 88, 156. То же надо сказать о нормировании пекулиарного владения, о котором Папиниан в L. 44 § 1 de poss. 41, 2 говорит: *utilitatis causa iure singulari receptum est.*

<sup>46</sup> L. 34 pr. Mand. 17, 1 nummi, qui mei erant, tui fiunt. L. 15 de R. Cr. 12, 1: *Singularia quaedam recepta sunt etc.*

strense) [имущество, приобретенное на военной службе; военная добыча] заключал в себе даже столь значительное отклонение от действовавшего права, что едва можно было бы найти другой, подобный ему пример. В юстиниановом праве, однако, исключение стало правилом, а правило исключением и догматический результат можно облечь здесь в следующий принцип: дети имеют *имущественную* правоспособность, только по отношению к отцу они не обладают *способностью приобретения*.

### 3) Юридическая конструкция.

[XLI] А. Выражение «юридическая конструкция» принадлежит к числу самых распространенных технических терминов нынешней юриспруденции, между тем как в начале нашего столетия оно было почти неизвестно. Каждый употребляет его и каждый понимает под ним то же, что и все другие, но на вопрос: что такое «юридическая конструкция»? какова ее цель? по каким принципам она работает? лишь немногие в состоянии будут дать ответ. Наука оставляет нас во всех этих вопросах без помощи, она до сих пор еще не сделала попытки определить хотя бы только понятие юридической конструкции, не говоря уже о создании какой-либо теории ее, об изложении преследуемых ею целей и тех принципов, на основании которых она работает. Я, со своей стороны, не могу отказаться от этой задачи, так как только таким путем могу добыть масштаб для оценки римской юриспруденции; полное отсутствие всяких подготовительных работ и есть причина, почему я дольше останавливаюсь на этом вопросе.

Обычная форма, в которой право появляется в законах — повелительная, т.е., непосредственно практическая форма запрещения или повеления. Имеет ли самое *выражение* закона повелительный характер, или нет — безразлично: повеление заключается в

содержании; в устах закона слово «есть» имеет значение «должно быть» (напр., погашение иска давностью (есть) двухгодичное = должно быть двухгодичным). Эта форма проявления права, в которой форма и содержание еще совершенно совпадают, является в истории первоначальной, первой. В противоположность той, которая появляется впоследствии, я ее называю «низшей» формой.

Пока юриспруденция оставляет материал в этой его форме, название «низшей» подобает также и ей, и я различаю, таким образом, как низшую и высшую форму выражения *права*, так и *низшую* и *высшую юриспруденцию*.

Деятельность низшей юриспруденции можно определить одним словом — *толкованием*. Задача толкования заключается в том, чтоб разложить материал, устранить кажущиеся противоречия, выяснить темные и неопределенные места, извлечь наружу полное содержание законодательной воли, следовательно, в особенности извлечь из данных отдельных положений лежащий в их основе принцип, и наоборот, из данного принципа вывести все последствия его. Толкование не есть специально юридическая операция: каждая наука, источники которой — письменные акты, должна заниматься толкованием; поэтому и самый предмет не получает, благодаря ему, своеобразно юридического характера. Что бы юриспруденция ни извлекла таким путем наружу, оно не будет ничем *специфически* новым, а всегда только первоначальным правовым материалом, лишь — разложением.

С толкования не только повсюду *начала* юриспруденции, но оно и должно быть всегда первым приемом, предпринимаемым ею над сырым материалом закона. Чтоб конструировать, она должна сперва интерпретировать, толковать; низшая юриспруденция — необходимая первая ступень к высшей, но она лишь первая ступень, и юриспруденция не должна на ней останавливаться больше, чем нужно. Только на высшей ступени ее задача и метод становятся

специфически юридическими, лишь здесь она приобретает свой своеобразный научный характер, отличающий ее от всех других наук.

Пограничную черту между низшей и высшей юриспруденцией можно довольно резко провести, если и не в каждом отдельном случае, то все же в самом понятии. Она находится в связи с своеобразным способом понимания права, который я назвал бы *естественно историческим*, но не с одним лишь бездеятельным обладанием им, а с энергическим и последовательным его проведением. Является ли этот способ понимания искусственным или естественным, близким или отдаленным — об этом я спорить не хочу. Если хотят его противопоставить тому воззрению, которым руководствуется низшая юриспруденция при обработке материала, то можно это сделать следующими двумя словами: правовой *институт*, правовое *понятие* с одной стороны; правовые *положения*, правовые *принципы* — с другой. Правовой институт является не простым сборищем отдельных правоположений, касающихся одного и того же отношения, а чем-то существенно отличным от него. Положения права — материя, масса мыслей, они имеют лишь материальное существование; институты же права представляют собою существа, логические индивидуальности, юридические тела, мы охватываем и наполняем их представлением об индивидуальном бытии и жизни. Они возникают, погибают, действуют, вступают в столкновение с другими, они имеют свои задачи, цели, которым служат, и соответственно этому — своеобразные силы и свойства и т.д. Я назвал бы их, чтоб вызвать в читателе постоянное представление об их бытии и жизни, юридическими существами, если б это название не казалось слишком искусственным. Я предпочитаю поэтому выражение «*юридические*» или «*пра-*

вовые тела»<sup>47</sup> (в противоположность простой субстанции права или правовому материалу).

Можно было бы наперед быть склонным не высоко ставить значение этого способа понимания права. Что за разница, спросит кто-нибудь, может быть в том, если вместо «правоположения о собственности» сказать: «институт собственности», «собственность»? Конечно! Если ограничиться одним выражением, т.е. бездеятельным обладанием, этим представлением, то оно не имеет никакой цены. Это — зерно, которое лежит непроизводительным и мертвым в земле, но которое, чуть только вскроется, способно произвести полнейшее преобразование в праве. Дело юриспруденции вскрыть это зерно и довести его до полного расцвета, т.е. преобразовать весь правовой материал по смыслу указанного воззрения, пронести точку зрения индивидуального существования и жизни юридического тела в ее полной последовательности.

Как может применение и проведение какой-нибудь точки зрения произвести такие чудеса? Это сомнение было бы вполне основательным, если бы наша точка зрения являлась лишь другим способом созерцания предмета, показывала бы его нам только в другом освещении, в более ярком свете. Но действие этой точки зрения подобно не действию света, только освещающего предмет, а действию тепла, превращающего его из твердого состояния в жидкое. Правовой материал, который в своем первоначальном хрупком виде ставит очень тесные границы искусству юриста, так сказать, расплавляется, благодаря указанной точке зрения, и превращается поэтому в такое состояние, что поддается оформлению и преобра-

---

<sup>47</sup> Изложенный выше взгляд, из-за которого я подвергся сильным нападкам, высказан не мною впервые, я первый лишь последовательно развил его, намеки же на него можно было, напротив, найти давно до меня у других, напр., у Савиньи: *Über der Beruf unserer Zeit*, изд 3, стр. 29: *Понятия* были для римских юристов *действительными существами*, жизнь и происхождение которых им стали близко знакомы, благодаря продолжительному тесному общению с ними».

зованию, и что пробуждаются и вызываются к действию покоящиеся в нем скрытые силы и свойства. Естественно-исторический метод знаменует собою *возвышение правового материала в состояние высшего агрегата*.<sup>48</sup>

Это возвышение материала есть в то же время и возвышение самой юриспруденции. Из простого носильщика законодателя, собирателя его позитивных мелочей она возрастает до свободного искусства и науки — искусства, которое художественным образом создает, образует материю, вдыхает в нее жизнь, науки, которая, несмотря на позитивную сторону своего предмета, может быть названа естественной наукой в области духовного. Сравнение это — не простая игра слов: нет выражения, которое (как это видно будет из дальнейшего изложения) так метко определило бы сущность данного метода, как слова: *естественно-исторический метод*. На этом методе покоится секрет юриспруденции, ее господство над всей материей и ее притягательная сила для ума.<sup>49</sup>

Уясним себе те последствия, который влечет за собою этот способ понимания права для разработки последнего.

**В. Юридические тела.** С предположением *бытия* необходимо связывается вопрос о начале и конце его (виды возникновения и превращения юридических отношений), с предположением существования *тела* — вопрос о его природе, устройстве, назначении, его силах, свойствах, его сходстве (или различии) с другими, во-

---

<sup>48</sup> Лат. *aggrego* – присоединять, присовокуплять, приобщать: целое, происшедшее от соединения отдельных однородных или разнородных частей.

<sup>49</sup> Что то удовлетворение, которое дает юриспруденция одному уму, не есть еще самое высшее в ней, становилось для меня все более и более ясным, и я старался по возможности уничтожить те следы чрезмерно высокой оценки логической стороны права, которые носило на себе первое издание настоящей работы. Над чисто формальным элементом юридической логики стоит, как нечто высшее, идея справедливости и нравственности; проникновение в нее, т.е., в то, как она выразилась и осуществилась в отдельных правовых институтах и положениях права, является, по моему мнению, самой прекрасной и возвышенной задачей, которую может себе поставить наука. Труд мой: «Цель в праве» посвящен разрешению этой задачи.



прос о соединениях, в которые оно может с ними вступить или столкновениях, в которых может очутиться с ними. Я хочу указать важнейшие относящиеся сюда пункты.<sup>50</sup>

1. *Понятие. Строение.* Первая задача при исследовании юридического тела заключается в вопросе: что оно собой представляет? является ли оно самостоятельным телом или может быть сведено к другому?<sup>51</sup> Здесь повторяется для нас закон юридического анализа: не признавать самостоятельным такого тела, которое может быть составлено из одного или нескольких других.

---

<sup>50</sup> Укажу здесь же некоторый материал из источников, которым читатель может воспользоваться для последующего изложения. Юридическое тело имеет на языке римских юристов свою определенную природу: *natura* — напр., сервитут L. 32 § 1 de S.P. U. (8, 2) *habitatio* L. 13. C. De usufr. (3, 33) эмпфитевзис § 3 L. de loc. 3, 25, обязательство L. 2 § 1 de V. O. (45, 1), корреальное обязательство L. 5 i. f. de fidej. (46, 1), депозит L. 24 Dep. (16, 3), dos Tit. Cod. de rei uxor. act. — et de natura dotibus praestita (5, 13), плоды L. 69 de usufr. (7, 1); также *causa* L. 24 § 21 de fid. lib. (40, 5), свою определенную *substantia* — напр., обязательство L. 3 de O. et A. (44, 7), L. 6 Cod. si cert (4, 2); L. 5 de fid. (46, 1), договор купли-продажи L. 3 Cod. de cont. empt. (4, 38), L. 72 pr. D. ibid. (18, 1). Оно имеет определенную силу и власть: *potestas*, напр., иск L. 47 § 1 de beg. gest. (3, 5), L. 11 § 1 de act. empt. (19, 1), обязательство L. 13 de duob reis (45, 2) или *effectus*: L. 47 § 1 cit., *status* L. 9 § 1 de duob. reis. (45, 2). Другие примеры у Kantze, *Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, Leipzig 1856, стр. 75, напр. *obligatio nascitur, in pendent est, consumitur, vires ex praesenti accipit, confenditur*. Эта «природа» и «сила» понятия «*практические*», из них, напр., делаются в приведенных выше местах следующие выводы: что сервитутом нельзя владеть, что некоторые обязательства не могут быть делимы, что некоторые уговоры, как противоречащие главному договору (депозиту, корреальным обязательствам) недействительны, что собственность прекращается и т.д. Примером того, как римские юристы оперируют с этим воззрением на юридическое тело, может служить (вместо многих других мест L. 14 § 1 de novat. (46, 2). Не-юрист поставил бы решение вопроса, которое имеет римский юрист в виду в этом месте (безусловное обновление условного требования) исключительно в зависимость от воли сторон, юрист же извлекает его из отношения взаимного воздействия обоих обязательств, он исследует, как и когда одно из них действует на другое. Другие характерные примеры см. в L. 3 § 9 de adi. leg. (34, 4), L. 34 § 11, 17 de leg. 1 (30), L. 27 § 2 de pact. (2, 14), L. 5 de fidej. (16, 1).

<sup>51</sup> В виде примера из современного права укажу на так называемую «*Genossenschaft*»; является ли она особым юридическим понятием или измененной *societas* или юридическим лицом? Примером из римского права может служить сведение *traditio brevi manu, constitutum possessorium*, приобретения плодов арендатором и *jactus missilium* [разбрасываемые среди народа подарки] к традиции.

Указание того, что представляет собою тело, является равнозначим его *понятию*, понятие «понимает», т.е. схватывает его сущность, дефинирует его, т.е. отграничивает его от других, дает ему логическое самостоятельное бытие. Понятие содержит, таким образом, логическую квинтэссенцию тела, самую сущность его, то, что составляет его индивидуальность; в нем должна заключаться вся сила тела; все, что происходит на нем и с ним, должно уживаться с его понятием. Определение понятия является поэтому из сущности не первым действием: оно возможно в качестве формальной редакции или концентрации добытых результатов лишь после того, как исследование тела совершенно закончилось. — Тренделенбург очень метко называет определение понятия монограммой логического разума. Впрочем, не следует смешивать *представление* и *формулировку* понятия: можно себе ясно представить понятие, между тем как формулировка, дефиниция его неудачна. Так, римские юристы оперируют со своими понятиями вполне уверенно, хотя их определения, как они сознают сами,<sup>52</sup> нередко совершенно неудовлетворительны.

Итак, понятие охватывает тело в его сущности. Но в чем эта сущность заключается? Можно было бы думать — в моменте *цели*, так как практическая задача, которую данное тело должно выполнить, содержит в себе основание, почему оно, вообще, существует, почему оно именно такое, а не иное, словом, содержит в себе логический ключ к нему. Я, правда, не хочу отрицать того, что момент цели является весьма важным, даже неизбежным для понимания института, понимания не только философско-правового, но и практически юридического;<sup>53</sup> я только оспариваю возможность для

---

<sup>52</sup> L. 202 de R. J. (50, 17).

<sup>53</sup> В нашем юридическом преподавании можно и должно было бы принимать в соображение момент цели в гораздо большем размере, чем это обыкновенно делается, особенно относительно многих римских учреждений, чуждых нашему современному пониманию. Римские юристы лишь изредка подчеркивают момент цели (примером мо-

юридической теории создать *определение*, основываясь на моменте цели.<sup>54</sup> Но можно возразить, разве определение, напр., поклажи и ссуды, как отдачи с *целью* хранения и пользования — неправильно? Конечно, нет, но только по той причине, что слово «цель» является здесь лишь другим выражением для «*содержания*». Отдача с *целью* хранения или пользования означает здесь не что иное, как отдачу с *обязательством* хранения, с *правом* пользования. Там же, где мы употребляем выражение «цель» института в его собственном смысле, мы понимаем под ним нечто противоположное содержанию, нечто высшее, лежащее вне его, к чему само содержание относится лишь как *средство*. Раз наша наука является только теорией *средств*, так сказать, *materiae medicae*, держащей право наготове для нужд жизни, мы должны определять средства по моментам внутренним, не говоря уже о том, что определение их по целям, хотя и возможное у некоторых из них, было бы в общем невыполнимо.<sup>55</sup> Ибо эти цели не только являются чем-то весьма неопределенным, колеблющимся, не только часто взаимно перекрещиваются так, что разобраться в них трудно, изменяются без малейшего изменения в самом институте, но есть еще значительное количество юридических тел, у которых вообще совершенно невозможно указать какой-нибудь цели, так как они обязаны своим

---

жет служить *usucapio*, Savigny, System т. 5 стр. 268 прим. 1), потому что он вполне ясен для того, кто стоит в самой жизни.

<sup>54</sup> Как известный пример подобного *телеологического* определения назову определение векселя Эйнертом, как «купеческих бумажных денег» — оно характеризует лишь важнейшее практическое применение векселя, а не его юридическую природу. *Онтологическое* определение векселя таково: отвлеченное от своей *causa* обещание денег или, говоря словами Тэля, обещание суммы. Так юрист всегда должен будет понятие «*Bauprecht*» основать на *ius prohibendi*, хотя этим не делается еще излишним указание на момент цели — на преследуемое этим *ius prohibendi* обеспечение делового производства.

<sup>55</sup> Где, напр., должна была б найти себе место опека? Где узупфрукт? Если б цель была решающим моментом, то пришлось бы арендный договор, эмфитевзис и узупфрукт недвижимостей поместить в одном месте!

происхождением не практической потребности (*utilitas*), а лишь юридической последовательности или необходимости (*ratio juris*) — они существуют так как не могут не существовать. *Определять* же можно лишь по такому моменту, по которому возможно и *классифицировать* — точка зрения, непригодная для определения *всех* тел или систематики всего целого, также не годится для определения *отдельного* тела. Мы определяем, таким образом, тело не по тому, чем оно *должно быть* или что оно создает, а по его *строению*, его анатомическим моментам. Такие моменты напр., — субъект, объект, содержание, действие, иск. Главный предмет наших определений составляют права в субъективном смысле, и на них я хочу наглядно изобразить нашу задачу и метод.

При каждом праве, прежде всего, следует принять в соображение *субъекта* его. Ответ на вопрос, кого нужно считать субъектом в юридическом смысле, и как нужно себе представить отношение между субъектом, с одной стороны, и предметом и содержанием права, с другой, может часто быть связанным с большими затруднениями — особенно, если либо связь субъекта с предметом не является непосредственной, а осуществляется посредством какого-нибудь отношения (как напр., при предиальном сервитуте посредством *praedium dominans* [господствующий участок], при обязательствах на предъявителя — посредством бумаги), либо если при одном и том же праве конкурируют несколько управомоченных лиц. Последнее может быть так, что они должны разделиться между собою или так, что один из них должен иметь все. Простейшая форма для первого случая — деление права по числу лиц (напр., при общем владении, общей собственности, при обязательствах); здесь факт множественности лиц выражается в самом *праве*: последнее делится на столько частей, сколько есть лиц. Но даже при этой простейшей форме отношения можно спорить о том, как следует себе представить это внутреннее происшествие — естествен-

но-историческим, внешним или юридическим путем? представить ли себе напр., общую собственность в виде атомистического деления *вещи* или деления *права* или, что правильнее, *содержания* права? Другую форму для этого отношения несолидарной конкуренции представляет юридическое лицо. Последнее не есть само дестинатор прав, которыми оно обладает, а этим являются те физические лица, которые, так сказать, стоят позади него, и для которых юридическое лицо является только технически-необходимым представителем (носителем прав) — будь это замкнутый круг лиц (*universitas personarum*) или неопределенная множественность (*universitas bonorum*, например, при больнице — больные, при учреждении, служащем искусству — любители искусства). Юридическое лицо (по крайней мере, в своем гражданско-правовом значении) представляет собою лишь технический инструмент, чтобы обезвредить недостаток в определенности субъектов.<sup>56</sup>

Для второго указанного выше случая субъективной конкуренции (солидарного правомочия) известный пример дают нам солидарные обязательства в тесном смысле и корреальные обязательства. Здесь вопрос о их строении таков: должны ли мы себе представить это отношение в виде *двух* обязательств с одним и тем же содержанием, или *одного* обязательства с двумя субъектами?

Как на пример, для правильного установления *предмета* права, укажу на наследственное право и на обязательство, так как относительно обоих взгляды особенно расходятся. Что составляет предмет наследственного права? — масса ли отдельных юридических отношений или имущественно-правовая личность наследодателя? А при обязательстве — должник ли, его воля или будущее

---

<sup>56</sup> И при *hereditas jacens* [«лежачее» наследство, называется так в период между смертью наследодателя и приобретением имущества наследником] оно функционирует таким же образом: и здесь субъект еще не определен, и здесь, следовательно, юридическое лицо лишь посредствующее звено между физическим лицом и имуществом. Ср. «Geist des Röm. Rechts» т. IV § 55, 61.

действие? И для *содержания* обязательство может служить нам примером в том смысле, что возбуждался вопрос, направлено ли право верителя на действие или на его денежную ценность. При сервитутах также спорят по поводу определения содержания их, а именно содержат ли они в себе выделенные правомочия собственника или только ограничения собственности.

К вопросу о строении права относится также и отношение зависимости их от других прав, так, например, зависимость залогового права от обязательства, процентов за промедление — от главного обязательства, вещного сервитута — от господствующего участка. Затем — вопрос об отношении иска к праву; допустимо ли отделение первого от последнего, и какое значение имеет перенесение иска без права? является ли иск придатком к праву или самим правом в его процессуальном виде и т.д.?

Остальные моменты юридического тела, к которым я теперь перехожу, столь тесно связаны с только что изложенным и между собою, а в отношении некоторых пунктов, которые ниже будут упомянуты, представляется настолько произвольным и безразличным, подводить ли их под ту или другую точку зрения, что я решил на некоторое разграничение их лишь в интересах читателя, дабы дать ему несколько важнейших точек опоры.

2. *Свойства и силы юридического тела.* Для примера назову делимость и неделимость прав, их силу растяжения, право приращения при собственности, узуфрукте, наследственном праве (тут право, так сказать, расширяется над опустевшим пространством), отделимость или неотделимость от личности (зависимость от ее жизни, возможность передачи другим и т.д.), возможность солидарного умножения прав на один и тот же предмет (рядом ли друг с другом, или в последовательном порядке, как при залоговом праве), возможность ограничения или уменьшения обычного содержания права (эластичность; постоянная составная часть юридическо-

го акта — *essentialia negotii* [существенные, характеристические элементы юридического акта; отсутствие любого из них делает его недействительным], подвижная часть — *naturalia* [компоненты юридического акта, которые законодательство считает типичными для него, хотя они и не высказаны в нем определенными словами — однако их можно изменить или заменить другими компонентами] и *accidentalia* [дополнительные положения, которые можно добавить к юридическому акту лишь по особому пожеланию сторон и которые могут изменить обычные его юридические последствия]).

3. *Особые явления, феномены в жизни тела.* Сюда, прежде всего, принадлежат те два явления, который касаются самого существования тела: возникновение и прекращение. Но вопрос о существовании не исчерпывается одним указанием различных способов возникновения и прекращения — это более конкретная, специальная часть задачи, — а включает в себе ряд общих соображений. Сюда относятся, например, то положение, когда само бытие еще не решено («висячее» положение, — не только при условиях, но и во многих иных отношениях); вопрос о вечной или преходящей длительности юридического отношения; столь важный вопрос о числе, дате (напр, когда считать сделку совершенной? неизвестно отсутствующего — умершим? когда *actio nata est* [возникает иск]? сюда же относится обратная сила условия и *ratihabitio* [последующее согласие на юридический акт]); промежуточное время между актом установления права и самим возникновением права (предварительное заключение сделки до наступления условия, например, при залоговом праве — до возникновения обязательства); или промежуточное время между возникновением и действием (*dies*), постоянное или временное парализование прав (*exceptio peremptoria* [уничтожающая оговорка] и *dilatoria* [отлагательная]); частичная гибель, восстановление погибшего, метаморфоза, переход в другие отношения, влияние прекращения иска на право (разница при собственности и

при обязательстве) и прекращения обязательства на встречное требование и т.д.

4. *Отношение к другим телам.* Несовместимость некоторых тел с другими (например, *patria potestas* [отцовская власть] и *tutela* [охрана, опека над некоторыми лицами], наследование по завещанию и по закону, неприменимость владения к обязательству), совместимость других тел (например, владения и сервитута, т.е. квази-владения), совпадение их на одном и том же предмете или отношении и их столкновение (например, собственности и обязательства, т.е. *rei vindicatio* [истребование вещи] и *exemptio rei vend[itae] et traditae* [оговорка о проданной и переданной вещи], собственности и залогового права, влияние конкуренции исков), устранение одного тела и влияние этого обстоятельства на другое (например, выпадение старшего залогового права, дереликция [односторонний отказ от права] *praedium serviens* [служащий участок] или *dominans* [господствующий участок] — влияние этих фактов на последующее залоговое право или на сервитут).

Последний, конечный вывод естественно-научного метода и венец всей задачи.

5. *Систематическая классификация юридических тел или система.* Этому пункта я уже коснулся выше.

**С. Юридическая конструкция и ее законы.** Все предыдущее изложение имело в сущности лишь подготовительную цель: дать читателю наглядное представление о предметах и задачах естественно-исторического метода или что то же самое — представление о юридическом теле.

Надеюсь, нет надобности в оправданиях, почему я так долго останавливался на этом пункте, даже сравнительно дольше, чем буду останавливаться на главной задаче, к которой теперь перехожу. Указанное наглядное представление было необходимым предварительным условием для понимания последующего изложения;



усвоив себе это представление, читатель в состоянии будет пополнить многое, на что я вынужден ниже лишь вкратце указать. Мы дошли до того момента, когда можем вернуться к исходной точке этого параграфа — юридической конструкции и определить ее одним словом, а именно, как *обработку правового материала в смысле естественно-исторического метода*. Юридическая конструкция, таким образом, является пластическим искусством юриспруденции, предмет и цель ее — юридическое тело. Каждая работа, касающаяся его, поскольку она работа созидающая, подходит под понятие юридической конструкции — независимо от того, имеет ли она своим объектом тело, в его целом виде, вызывая его к жизни, или является только со свойством вспомогательным, объясняя отдельные происшествия в жизни тела, устраняя кажущиеся противоречия частных с основным понятием — словом, какова бы такая работа ни была, лишь бы она имела своим предметом строение тела. Я прибавил ограничение: поскольку она работа *созидающая*. Противоположность этому составляет чисто рецептивная обработка правового материала, т.е. простое оперирование с выставленными конструкцией точками зрения, раскрытие выводов, которые косвенным образом уже добыты; по крайней мере, обычная речь применяет наше выражение лишь к первому роду деятельности. Деятельность этого рода составляет художественное творчество, потому что она создает нечто новое, чего до того не было, она ведет к открытиям;<sup>57</sup> последняя же есть только последовательное логическое мышление.

---

<sup>57</sup> Этим высказано, что она является не столько результатом труда и учености, сколько таланта и сообразительности. Нигде труд не даст столь ценных или столь плохих результатов, смотря по успеху, который он имеет, как здесь. Удачная конструкция является в моих глазах юридическим подвигом, деянием, имеющим постоянную цену, неудачная — абсолютно бесценна, потраченная на нее работа совершенно потеряна. Никто не должен, берясь за подобную работу, скрыть от себя, что он играет в лотерею: на один выигрыш приходится здесь, как показывает опыт, сотня проигрышей. Трудность и заслуга подобных работ, большею частью, очень мало признаются. Зависит это мо-

Мы подвергнем теперь юридическую конструкцию ближайшему рассмотрению и коснемся сперва ее *законов*.

Конструкция имеет в виду художественную обработку юридического тела. В чем же заключается эта художественность, т.е. какими соображениями, правилами должна она руководиться, словом — каковы ее законы? Я признаю следующие законы юридической конструкции:

*1. Закон совпадения с положительным материалом.* Положительные правоположения — те данные точки, через которые юридическая конструкция должна проложить свою конструкционную линию; в остальном же она при этом совершенно свободна, собственные конструкции законодателя не обладают для нее обязательной силой. Законодатель не должен конструировать — он этим переходит в область науки, лишает себя авторитета и силы законодателя и становится с юристом на одну линию. Если, таким образом, конструкции законодателя и не имеют иного значения, кроме доктринального, и потому допускают постоянное исправление и устранение со стороны юриспруденции, то они еще поэтому не менее опасны. Ибо понятно, что спор против них не так легко возникает, да и занимает несравненно более тяжелую позицию по отношению к ним, чем к чисто доктринальным конструкциям.<sup>58</sup> Даже обычай

---

жет быть, от того, что в то время, как на ученой (в собственном смысле слова) работе всегда лежит отпечаток потраченного на нее труда, при подобном деле, напротив, совсем не видать предшествующих ему стараний и усилий — поэтому, конечно, многие склоны видеть в том, что составляет плод многолетних поисков, лишь легкий дар счастливой минуты. Здесь одно какое-нибудь слово может часто дать решение вопроса, а когда это слово произнесено, все кажется столь естественным и простым, что каждый мог бы его найти — яйцо Колумба. Это невольно напоминает разрешение загадки, которая также ведь имеет совершенно различный вид, смотря по тому, известно ли уже решение, или нет. Что наши цивилистические загадки не так легко разрешимы, можно заключить уже из того, что наша нынешняя юриспруденция, особенно германистическая, носится еще с большим количеством загадок, для которых Эдип пока не найден.

<sup>58</sup> Известный пример законной конструкции первых времен римского права представляет нам *fiction legis Corneliae* [провозглашение завещания римского гражданина, умершего в плену, действительным, как если бы он умер свободным]: из позднейшего

или история не могут, поскольку дело идет действительно лишь о конструкциях, иметь тут значение.<sup>59</sup>

Итак, юриспруденция, что касается художественной обработки материала, совершенно свободна, поскольку в форме, которую она ему придает, остается та же практическая сила, которая была ему присуща в прежней форме. В распоряжении юриспруденции при этом могут находиться самые разнообразные формы. Из-за строительно- полицейских соображений древнее право запрещало

---

времени таким примером служит постановление Зенона о самостоятельном характере эмфитевтического договора. В общем же римскому законодательству вплоть до Юстиниана нельзя делать упрека в подобных захватах из области науки. Юстинианово же предприятие, наоборот, преследует, как известно, прямо противоположную цель, его институции и пандекты являются в одно и то же время учебниками и уложениями, и это смешение науки с законодательством в значительной степени повлекло за собой для современной обработки римского права указанные в тексте невыгодные последствия (тем, что наука в чисто *научных* вопросах стала подаваться авторитету Юстиниана), но пример учителя на престоле или законодателя на кафедре, который подал Юстиниан, нашел и в новых законодательствах слишком охотное подражание. Наука должна оставить кесарю кесарево, но и кесарь науке — научное. — В новейшее время наша наука энергично вступила в борьбу с выставляемыми новыми законодательствами законными конструкциями, особенно в области австрийского права, напр., с понятиями *Obereigenthum* и *Nutzungseigenthum* (Randa, *der Besitznach österreichischem Recht*. Aufl. 3, Leipzig, 1879 стр. 23, Unger, *System des öster. Privatrechts* I стр. 608), с взглядом на владение, как на вещное право (Randa, стр. 48), с так наз. *Tabu, Iarbesitz* (id стр. 62), *titulus* и *modus aquirendi* (Unger, II стр. 11), символической традицией (Randa, стр. 340, 347, Exner, *die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach öster. Recht*, Wien, 1867, стр. 167 сл.), определением юридического лица (Unger, I стр. 322-324). В этом отношении предстоит еще много работы и в старых и в новых законах; нет ничего более превратного, как слепо верить употребляемым ими словам; так, напр., они нередко употребляют выражение «владение», где подразумевается лишь право требовать передачи владения (Stobbe в *Jhering's für die Dogmatik* XII стр. 234), говорят о переходе собственности на проданную вещь с совершением договора купли, в то время как имеют в виду лишь переход риска, а «собственность» применяют только как конструктивную точку зрения для обоснования этого положения.

<sup>59</sup> Примером тому служит конструкция *actio spoli* [иск о возврате вещи, принадлежавшей владельцу или держателю, против того, кто ее отнял, или против его преемника] для арендатора у Bruns'a, *Die Besitzklagen* стр. 243. Этим, конечно, не исключается то, что для правильного воззрения на учреждения данного времени может иметь существенное значение та точка зрения, с которой именно это время смотрит на них (напр., взгляд средних веков на право автономии городов и знатного дворянства).

собственнику виндикацию строительного материала, которое другое лицо, без ведома собственника застроило в свой дом, а предоставляло ему взамен того личный иск о вознаграждении; после же отделения материала, напр., благодаря тому, что дом обрушился, виндикация не встречала более препятствий. Этому-то оформлению данного юридического отношения можно было придать различное юридическое выражение, а именно: либо что собственность исчезает, а затем возникает снова, либо что она, хотя продолжает существовать, тем не менее не может быть осуществляема, пока продолжается соединение. Последнему способу мышления, очевидно, надо было отдать предпочтение пред первым, так как исчезновение собственности, благодаря самоуправному действию собственника, было бы также странно, как и последующее возникновение ее после того, как она уже раз погибла. Но допустим, что закон все-таки усвоил себе последний способ мышления – тогда, по моему мнению, юриспруденция имела и полное право заменить его, как неудачную конструкцию, другой, указанной выше. Оба способа приводили к совершенно тождественным результатам, они были, следовательно, ничем иным, как юридическими конструкциями, попытками науки рационально объяснить практические положения.

Если же один из новых юристов (Puchta, Pandekten § 154) пытается высказанное в римском праве положение, что половина найденного на чужой земле клада принадлежит собственнику земли, примирить таким образом с теорией завладения, что утверждает, будто находчику принадлежит в собственность весь клад, но он по закону *обязан* выдать половину собственнику земли, то *эта* конструкция находится в противоречии с указываемым выше законом совпадения с положительным материалом, потому что приводит к результатам, не соответствующим положительному праву, напр., к тому, что собственник земли имеет относительно причитающейся

ему половины только личный иск к находчику, между тем как римское право, предоставляя ему сособственность на одну половину («*dimidium ipsius*» § 39 *J. de R. D. 2, 1*) дает ему вместе с тем иск против третьих лиц.

2. *Закон непротиворечия* или систематического единства. Я вряд ли должен заметить, что здесь речь идет не о противоречиях законодателя, а о противоречиях науки с самой собой. Юриспруденция связана как с законом, так и с *самой собой*, она не должна при своих конструкциях вступать в противоречие с самой собой, с понятиями, тезисами, выставленными ею в другом месте, ее конструкции должны согласоваться как в самих себе, так и между собою. *Понятие* не терпит исключений, подобно тому как какое-нибудь тело не может отречься от самого себя, стать в исключительном случае чем-то иным, чем оно есть на самом деле. Если, следовательно, можно найти такое положение тела, которое несовместимо с выставленным понятием, то это значит, что последнему недостает научной жизнеспособности и права на существование. Если данное положение даже необыкновенное и практически мало важное, то и это обстоятельство не имеет значения, так как при всей этой задаче имеется в виду не практическая проблема, а логическая.<sup>60</sup>

Проба конструкции состоит в том, что наука проводит свое тело через всевозможные положения, производит всевозможные соединения его с другими телами, сравнивает его с каждым из сво-

---

<sup>60</sup> Так, римские юристы рассматривают, напр., при собственности вопрос о продолжении ее существования над улетевшей птицей, убежавшей дичью, так исследуют они вопрос о собственности на наследственные вещи до принятая наследства, на отказанные под условием вещи в то время, как условие еще не осуществилось и т.д. Так они предъявляют, далее, к самим себе требование указывать там, где какое-нибудь юридическое отношение возникло в известном *промежутке* времени, точно *момент* его возникновения и поэтому вполне последовательно отрицают, напр., возможность, вообще возникновения там где не мыслим подобный отдельный момент возникновения L. 9 § 3 *qui pot.* 20, 4.

их тезисов. Только, если все совпадает, тогда тело выдержало свою пробу, является настоящим и верным. В виде примера возьмем обязательство. Если мы вместе с римскими юристами станем его рассматривать, как качество обоих участвующих лиц, то из этого следует, что оно без этих двух лиц не может существовать, потому что существование качества без субъекта немыслимо, и что оно, таким образом, должно прекратиться со смертью кредитора или должника. Если же оно на практике, все-таки продолжает существовать, то необходимо или отказаться от приведенного взгляда на обязательство, или же — таким именно путем пошли римские юристы — устранить это противоречие предположением, что лицо продолжает свое существование. Третьей возможности нет, потому что это третье могло бы заключаться только в том, что успокоились бы на одном *факте* продолжения обязательства и отказались бы от попытки согласовать этот факт с понятием обязательства. Но это означало бы научное банкротство, отречение от какой бы то ни было юриспруденции. Далее! Если юриспруденция выставляет положение, что обязательство прекращается платежом, то должно казаться юридически немыслимым, что веритель может еще после получения платежа уступать дальше свой иск. Тем не менее, право признает возможной подобную уступку поручителю со стороны верителя после того, как платеж уже совершен. И здесь наука не может успокоиться на том, что это по положительному праву так, а должна либо отказаться от указанного общего положения, либо — если она этого не хочет или не может — отыскать такую точку зрения, которая устранила бы противоречие, выставила бы его как только кажущееся, что и сделано римскими юристами без всяких натяжек и вполне убедительно.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> А именно: платеж поручителя рассматривается ими как купля обязательства, см. L. 76 de solut (46, 3).

Требование, о котором идет речь в нашем втором законе, мы можем выразить так: наука не должна устанавливать то, что *юридически невозможно*. Понятие возможного и невозможного в юридическом смысле на первый взгляд кажется абсолютным, в действительности же оно — относительно. Сколь многое казалось бы римским юристам юридически невозможным, что ныне признается юридически возможным (напр., требования, принадлежащие всякому держателю данной бумаги, индоссаменты *in blanco*, открытые ипотеки на собственную вещь и т.д. и сколь многое они, в свою очередь, допускают, в чем более старые юристы видели бы прямо нарушение всякой юридической логики.<sup>62</sup> Как в самом праве, так и в воззрениях науки происходит постоянный прогресс, ее умственный горизонт, а вместе с тем и круг возможного расширяется, либо благодаря ее личной заслуге, либо силой обстоятельств, которые навязывают ей в качестве практически необходимого то, что до того считалось юридически невозможными, и вынуждают ее расширить, соответственно этому, область теоретически возможного. В последнем случае для нее существует лишь следующая альтернатива: либо прежняя догма<sup>63</sup> должна подчиниться новым обстоятельствам, либо последние догме — или прежние понятия, тезисы должны быть изменены, чтобы дать место новому, или последнее должно быть посредством искусной манипуляции (посредством какой-нибудь подходящей точки зрения) так изменено, чтобы оно согласовалось с догмой. Последний путь — ближайший, и не только простительно, но и вполне объяснимо, если юриспруденция, прежде всего, избирает его, прилагает все свое искусство, чтобы

---

<sup>62</sup> Так напр., *traditio in incertam personam* [передача неопределенному лицу]. Древняя юриспруденция могла *jactus missilium* [разбрасываемые среди народа подарки] конструировать только как дереликцию, с одной, и оккупацию с другой стороны. Позднейшая — дошла до единственно правильной конструкции *traditio in incertam personam*.

<sup>63</sup> Она может заключаться не только в положительных правовых положениях и основных юридических воззрениях, но и в общелогических аксиомах, примеры см. ниже.

избавиться от необходимости порвать со своими прежними учениями.

Старые римские юристы отлично понимали искусство соединения практического нового материала с теоретическим старым: дальнейшее изложение даст нам много блестящих образцов этого;<sup>64</sup> даже нередко они при этом прибегают к таким обходам, которые своей тяжеловестностью и сложностью доходят почти до смешного («Geist des R.R.» т. IV, § 58). Но не следует из-за такого преувеличения вполне правильной мысли усомниться в ней самой и надо остерегаться, как бы не проглядеть здорового, чисто юридического основания, из которого вытекает эта мысль, равно как весьма полезных последствий той строгости и педантичности. Если хотят, чтобы научное здание приобрело крепость, то не надо без нужды трогать его фундамент, надо приучиться приспособляться и помогать себе. Именно эта необходимость приспособления дает науке обильные плоды. Нужда делает изобретательным! Состояние крайней необходимости, в которое ставит юриста столкновение нового со старым или, вернее, стремление уладить это столкновение без вреда для старого, оказалось очень благотворным для развития юридической изобретательности. Оно подталкивает и побуждает все диалектическое искусство юриста к крайнему напряжению, а с тем и к изобретениям и открытиям, которые, совершенно независимо от непосредственной цели, которой они должны служить, обогащают науку весьма ценным и плодотворным образом. Так, позднейшая римская юриспруденция открыла под влияние таких принудительных обстоятельств ряд различий, которые сохранят свою цену на вечные времена.

---

<sup>64</sup> Массу подобных примеров я привел в «Geist des R.R.» т. IV прим. 320 и 334, некоторые другие приведены Regelsberger'ом (*Zur Lehre vom Ahtersvorzug der Pfandrechte*. Erlangen, 1859), напр. на стр. 7 прим. С — «чтобы предоставить узуфрукт также наследнику, не сделано было исключения из запрещения передачи узуфрукта, а введена была обязанность нового его установления. L. 5 pr. quib. mod. ususfr. 7, 4».



Но это искусство посредничества имеет свои границы. Есть такой пункт, за пределы которого удерживать старое, значит создавать неестественность и принужденность.<sup>65</sup> Когда и где настает этот момент — это более дело чувства, чем объективного определения. Посредничающие конструкции, удовлетворявшие данному времени, производят на другое время впечатление чего-то искусственного; так даже римские юристы, как строго они, в общем, ни придерживались унаследованной догмы, решались иногда открыто порвать с ней связь, между тем как древняя юриспруденция уклонялась от этого путем примиряющей конструкции.<sup>66</sup> Для нынешней юриспруденции осталось бы в этом отношении еще довольно работы даже относительно чисто римской теории (след., совершенно независимо от ее изменения современным правом).<sup>67</sup>

Мы рассматривали до сих пор наш второй закон, лишь, поскольку он нас интересует с точки зрения древней римской техни-

---

<sup>65</sup> Так, напр., римские юристы определяли первоначально *pignus* [залог] как *договор* и это определение они могли еще удержать без натяжки при первых случаях так называемого законного залогового права (*quasi tacite convenerit* [как бы молчаливое соглашение]: *pignus tacitum* [молчаливый залог]). Но когда появилась возможность завещательного установления залогового права, то оно уже стало невозможным, а для юстицианова права с его массой законных залогов подведение их под понятие молчаливого или фингированного договора было бы просто абсурдом.

<sup>66</sup> Я напомню, напр., об *jactus missilium* (выше, стр. 88, прим. 2). Старая догма гласила: никакая юридическая сделка не может быть совершена *in personam incertam*. Раз хотели поддержать эту догму, то оставалось только разложить *jactus missilium* на дереликцию и оккупацию. Но эта примиряющая конструкция была натянутой, потому что она насильствовала волю *jasent'a*, направленную именно не на дереликцию, а на передачу. Позднейшая юриспруденция была более правдива, видя в данном случае *traditio in incertam personam*, а этим она фактически изменила указанную выше догму; что до того считалось юридически невозможным, стали теперь признавать возможным. Трудно понять, как новые юристы — напр., Пухта в своих Пандектах § 148 прим. К. — могли не заметить противоположности обеих конструкций (в одной заключается два односторонних акта, в другой один двусторонний) и считать их согласными между собою (словно традиция состоит из дереликции и оккупации!).

<sup>67</sup> Взять, хотя бы, тезисы наследственного права: *nemo pro parte testatus etc.* [открытие наследования по завещанию исключает открытие наследования по закону], *semel heres, semper heres* и многие другие, которые уже во время классических юристов ско-

ки, но закон этот распространяется дальше и приобретает важное значение в особенности для систематической классификации; об этом, однако здесь не место подробнее распространяться.

Если мы хотим противопоставить друг другу оба закона юридической конструкции, которых мы до сих пор касались, то можем сказать, что первый имеет своим корнем *позитивный*, второй — *логический* элемент. Элемент третьего (и последнего) закона, к которому я перехожу теперь, я назвал бы *эстетическим*.

3. *Закон юридической красоты*. Будут, пожалуй, считать натяжкой, если я говорю о юридическом чувстве изящного или чувстве красоты. Но сам предмет этого требует, и раз мне позволено говорить о *художественной* обработке материала, то придется уже допустить и чувство изящного.<sup>68</sup> На нем основано удовольствие и неудовольствие, которое вызывают в нас известные конструкции. Одни удовлетворяют нас своей естественностью, прозрачностью, простотой, наглядностью, другие отталкивают нас противоположным, кажутся нам натянутыми, неестественными и т.д., хотя мы и не можем назвать их *превратными*. Этот закон, следовательно, не является, как первые два, абсолютным. Конструкция, идущая в разрез с последними, абсолютно неправильна — она совсем *не конструкция*; тяжеловесная же, натянутая конструкция, покуда нельзя на ее место поставить лучшей, и уместна, и необходима. В этом последнем отношении есть, следовательно, градации, более и менее совершенные конструкции. Сравнение с искусством правильно даже в том смысле, что мы можем говорить о различных художественных стилях различных эпох в юриспруденции, так, например, различие в этом отношении между древней и позднейшей римской

---

рее фигурировали, чем действительно применялись.

<sup>68</sup> Римским юристам знакома была эта идея: они знали юридическое чувство изящного и признавали за ним право на существование; ср. напр. упрек в *inelegantia juris* у Гая I § 84, 85 и закон симметрии в L. 35, L. 100 de R. I. 50, 17.

юриспруденцией вряд ли ускользнет от внимательного наблюдателя; оно будет нами указано в соответствующих местах. Стиль древней юриспруденции характеризуется преимущественно стремлением к *пластическому* изображению и мотивированию внутренних фактов и происшествий, между тем как позднейшая юриспруденция оперирует больше помощью внутренних средств, понятий, заменяет, например, мнимые сделки фикциями.

Я воздержусь от более подробного изложения этого третьего закона, так как оно не нужно для уразумения древней римской техники, а те образцы последней, которые мы в свое время получим, понятны и без комментария. Поэтому сделаю только следующие замечания. Чем *проще* конструкция, тем более совершенна она, т.е. тем она нагляднее, прозрачнее, естественнее; и здесь в наивысшей простоте сказывается наивысшее искусство. Самые запутанные отношения не редко конструировались римлянами путем простейших средств (например, юридическое лицо), конструкции же, производящие впечатление натянутого, сложного, должны с самого начала вызывать в нас справедливое недоверие. Конструкция *наглядна*, если она рассматривает данное отношение с точки зрения легко доступной нашему воображению (как например, понятие *universitas rerum distantium*) [совокупность нескольких самостоятельных вещей, объединенных для общей цели]; *прозрачна* — если последствия данного отношения ясно обнаруживаются, благодаря этой точке зрения, как, например, в понятии юридического лица; *естественна* — если конструкция не вызывает никакого отклонения от того, что вообще происходит во внешнем или в духовном мире.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Такими положениями, возникшими из наблюдения над естественной природой и принятыми римскими юристами для юридической конструкции, являются, например, следующие: что раз погибло, не может снова приобрести своего прежнего существования; раз совершенное не может быть изменено (например, L. 2 de resc. vendit. 18, 5; L. 26 pr. de usufr. leg. 33, 2: *perire non potest quod nondum habuit*); причина и следствие не терпят никакого *vacuum* между собою. Сюда же относится мысль о равновесии сил,

Раз вся наша конструкция покоится на естественно-историческом воззрении, то понятно, что она стремится, как можно ближе, примкнуть к законам и происшествиям природы, подражать ей, сколько можно, в своей области и в своем предмете и, кажется, нередко римское «*naturale*» имеет именно это значение *подражания природе*.<sup>70</sup>

Предшествующее изложение указало нам те требования, которым должна удовлетворять юридическая конструкция. Теперь скажу несколько слов о *средствах*, применяемых ею с этой целью — я называю их *конструкционным аппаратом*.

Низшую ступень его занимают заимствованные у языка *образы*, например, *servus poenae* (I. 17 pr. de poen. 48, 19). Наименование сервитутов — *jura praediorum*, *reivindicatio* — *action in rem*, залогового права — *obligation rei*. Вещь не может ни иметь права, ни быть ответчиком по иску, ни являться субъектом обязательства. Правда, нашей науке знакома возможность олицетворения того, что в действительности не есть лицо, но в приведенных случаях об этом и речи быть не может — здесь олицетворение не юридическое, а лишь образное. Тем не менее, я считаю возможным назвать те выражения попытками конструкции с точки зрения естественного взгляда на право — хотели же некоторые юристы видеть и них даже настоящие конструкции! — и нельзя отрицать, что они искусно выбраны и дают очень хорошие точки опоры для наглядного представления. Затем, как конструктивные средства, принадлежащие

---

с которой, например, оперирует Венулей в L. 13 de duob. reis 45, 2, cum vero duae eiusdem sint potestatis, non potest repperiri, cur altera potius quam altera consumeretur, L. 5 de fidej. 46, 1, с чем связано и положение: melior est condition possidentis [положение владеющего лучше (когда рассматривается вопрос о доходах одного или другого из двоих) — Дигесты, 50, 17, 126, Ульпиан]; затем вывод о невозможности *compossessio in solidum* в L. 3 § 5 de poss. 41, 2.

<sup>70</sup> Например, в положении (правда, не вполне правильном) о тождестве способов возникновения и прекращения L. 35 de R. J. 50, 17: nihil tam *naturale* est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.

также более низкой ступени, назову *мнимые сделки*, о которых не стану, однако в этом месте подробнее распространиться, так как будет случай познакомиться с ними в т. IV (§ 58) «Geist des Röm. R.». К ним примыкают затем *фикции*, которые часто представляюсь собою лишь *caput mortuum* прежних мнимых сделок. Некоторое сходство с фикцией имеет искусственное расширение естественных понятий, например, распространение понятия плодов на *uti* [употреблять, использовать] (*fructus civiles*) [выгоды, извлекаемые из вещи в виде эквивалента за предоставление другому лицу пользования ею], владения — на сервитуты (*juris possessio*) [владение правом], лица — на юридические лица, вещи — на совокупность вещей (юридическая вещь) и т.д. Одно из искусственнейших средств в нашем римском праве — обратная действующая сила; о ней будет речь в другом месте.

Теперь нам остается еще коснуться вопроса об особенной технической цене и пользе юридической конструкции. Как относится последняя к изложенной выше главной задаче техники — облегчению субъективного овладения правом? Назовем обработанную конструкцией в смысле естественно-исторического метода право *системой*; тогда содержание последующего изложения можно выразить в двух тезисах: 1) система является в практическом отношении самой выгодной формой *данного позитивного* материала и 2) она — источник *нового* материала.

1. Система — *самая выгодная в практическом отношении форма данного позитивного материала.*

Возведение права в систему (в указанном смысле) лишает его, как уже было сказано его *внешней* практической формы, не уменьшая, однако *внутренней* практической силы его. Все наши понятия и разделения — практические величины; добытые из правополо-

жений, они во всякое время могут быть умелым лицом снова сведены к ним («Geist», т. I, стр. 38).<sup>71</sup>

Если, таким образом, эта обработка, с одной стороны, ничуть не умаляет прежней пригодности материала, то, с другой — она его значительно совершенствует.

*Во-первых: система является самой наглядной, вследствие своей пластичности, формой материала.* В то время как последний, будучи чисто материальным веществом (т.е. пока он является лишь совокупностью правил) может быть объят только *памятью* — в виде системы это достигается посредством *юридической способности наглядного восприятия*, индукции. Характеристическая черта такого восприятия права заключается в единстве, цельности и одновременности картины, которую оно дает уму. Наглядное восприятие не собирает отдельных мелочей, как память, а имеет пред глазами все одновременно и во всей его связи. Но это предполагает действительное существование такой связи, такого единства, словом, чего-то объективно воспринимаемого. И вот, эта-то объективная восприимлемость создается для права путем системы. Ибо в системе весь материал расчленен, он сгруппировался и соединился в отдельные пластически закругленные тела. Каждое такое тело — носитель известной массы правопожений или, правильнее, не только носитель, не только обвешанный ими скелет, но самое воплощение их, оно совершенно то же, что и они, они стали его кровью и плотью. В нем *масса* приобрела индивидуальное вы-

---

<sup>71</sup> «Только анализ приводит к сознанию истинной природы права и его результатом является то, что наука получает вместо бесконечного множества разнообразных правовых положений обозреваемое количество простых тел, из которых она по востребованию может воссоздать вновь отдельные правовые положения. Но польза не ограничивается только этим *упрощением*, выработанные понятия являются не простыми разложениями данных правовых положений, из которых последние всегда могут быть восстановлены, еще большая выгода заключается в предоставленной этим возможности *приращения* права из самого себя, роста его изнутри». «Дух римского права», стр. 33. (Прим. сост.).

ражение и возможность *цельного впечатления*. Каждое из этих тел имеет для нас свою определенную физиономию и индивидуальность; кто имел с ними продолжительные сношения, тому они кажутся «реальными существами, который стали ему близки, благодаря долгому знакомству» (см. выше) — он знает их, где и в какой бы оболочке их не встретил, он знает, что они могут делать и чего нет, и не нуждается для этого в долгом размышлении или уяснении себе причин.

Все, что мы справедливо считаем критерием и отличием настоящего юридического мышления: быстрота, легкость и верность суждения, словом, юридический *взгляд*, предполагает объективную и субъективную возможность *воспринимания*, т.е. *картину*, которую можно наглядно воспринять: юридическое тело и приобретший способность видеть его юридический глаз.

*Во-вторых: система, как самая малая, наиболее сконцентрированная форма материала, является и самой удобной* — положение, не нуждающееся в дальнейшем пояснении после всего, изложенного до сих пор.

*В-третьих: система — самая прозрачная форма материала.* В этой форме обнаруживается все обилие его содержания, все скрывающееся в нем; взаимные отношения между отдаленнейшими пунктами, самые тонкие различия и сходства, необходимые условия; лежащие в основе правовых предметов и именно вследствие своей естественности и необходимости легко ускользающие от наблюдения — словом, приводится в сознание самое сокровенное и скрытое в правовом положительном материале. Поэтому можно было бы естественно-исторический метод назвать пыткой в праве — он вынуждает правовой материал к признанию, как при пытке. Те общие категории, которые мы выше привели: возникновение, прекращение, свойства и т.д. юридического тела, сами по себе, правда, бессодержательны, формальны, но раз поставленные в связь с (пра-

вовым) материалом, они развивают чрезвычайную диалектическую растительную силу. Пусть они и будут только *вопросы*, которые мы предлагаем материалу, но вопрос представляет собою первый шаг к познанию, он не редко есть и самое познание. Правда, и практика снабжает нас ежедневно вопросами и этим косвенно помогает нам расширить наши знания, но вопросы практики не всегда самые назидательные. Совершенно непрактичный вопрос, но схватывающий институт, так сказать, в самом чувствительном его месте, в корне, может быть бесконечно важнее для действительно-го его познания, чем ежедневно возникавшие практические вопросы; с разрешением *одного* такого вопроса может косвенно получить окончательное разрешение целый ряд важнейших в практическом отношении вопросов, разрешить которые тщетно пытались до того непосредственным путем.<sup>72</sup> Как естественные науки обыкновенно делают важнейшие для жизни открытия при таких вопросах и исследованиях, которые с самого начала не обещают никакого практического результата, и как они обыкновенно служат жизни, главным образом, тем, что *удаляются* от нее, так не редко случается то же самое и с юриспруденцией. Свои лучшие открытия она иногда делает в совершенно непрактических областях и если бы римские юристы ничему иному нас не научили, мы бы уже за один этот урок должны были вечно благодарить их — а именно, что юриспруденция для того, чтобы быть практической, не должна ограничиваться исключительно практическими вопросами.

---

<sup>72</sup> Так, например, вопрос о заключении договора с глухим представляет совершенно незначительный интерес, а, тем не менее, он много содействует исследованию природы совершения договора, ср. выдержку из труда Merlin'a у Регельсбергера (*Civilrechtliche Erörterungen*, Heft Weimar 1868, стр. 13). Прекращение притязаний вследствие так называемого *concursum duarum causarum lucrativarum* бывает в жизни чрезвычайно редко, тем не менее Гартманн обнаружил совершенно правильную мысль, попытавшись, исходя из этого пункта, раскрыть корни римского обязательства, см. его работу: *Die römische Obligation*, Erlangen, 1875.



## 2. Система — неиссякаемый источник нового материала.<sup>73</sup>

Если юриспруденция только раскрывает, что косвенно дано и установлено законодателем, то здесь возможно лишь в не собственном смысле говорить о *новом* материале: это не столько творчество, как раскрытие.<sup>74</sup> Но есть и юридическое творчество в собственном смысле этого слова — создание абсолютно нового материала. Кто только имеет даже самое поверхностное представление о работах римских юристов, должен знать это творчество, ибо каждая страница юстиниановых пандект свидетельствует о нем. Сколько учений создала римская юриспруденция, для которых положительное право не дало ей даже малейшей точки опоры, даже самого незначительного толчка! Какой закон, напр., постановил что-нибудь о

---

<sup>73</sup> Не знаю, направлено ли замечание Арнольда (*Cultur u. Rechtsleben*, Berlin 1865, стр. 204 и 430), против этого положения, во всяком случае оно истекло бы тогда из двоякого недоразумения — во-первых, будто я под системой разумею лишь внешнее расположение понятий, между тем как я выше, на стр. 127 ясно высказался, в каком смысле я употребляю это выражение, а именно: как совокупность правоположений, возведенных в форму юридических понятий. Я никак не могу предположить, что названный ученый хотел отрицать тот факт, о котором свидетельствует каждая страница в *corpus juris* — что связанная в системе (понятой в *этом* смысле) или, правильнее говоря, живая диалектическая сила подтвердила, да и ежедневно подтверждает свою способность быть неиссякаемым источником новых правых истин. Второе недоразумение заключалось бы в таком случае в том, будто я думаю, что юриспруденция создала все это из ничего, между тем как я ведь предполагаю, что «материал» нам дан и приписываю юриспруденции только задачу возведения его в высшую форму, т.е. форму понятий, с чем однако вполне примиряется то, что в случаях, когда законодатель ее оставляет совершенно на произвол, она сама старается себе помочь и проявляет тут как в материальном, так и в формальном отношении творческую деятельность. Я не думаю также, что «*utilitas*» должна замолкнуть пред «*ratio juris*» (выражая эту противоположность языком римских юристов), но полагаю — и этого я всегда строго придерживаюсь, — что юриспруденция, руководствуясь *ratio juris*, должна идти повсюду так далеко, пока *utilitas* не выступает ей навстречу и не заявляет своего протеста, если она этого не могла делать, то ей осталось бы только заучивать наизусть статьи закона; где они оказались бы недостаточны, там законодатель сам должен был бы решить процесс. Мои рассуждения против чрезмерного подчеркивания логического элемента в праве (в IV т. *Geist des R.R.* § 59) защитят меня, надеюсь, в будущем от подобных недоразумений, возникающих из поверхностного чтения.

<sup>74</sup> К этому можно применить слова Гая (L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1) о молотье: *non novam speciem facit, sed eam quae est detegit.*

делимости или неделимости сервитутов, залогового права и т.д.? А между тем, это учение о неделимости одно из самых тонких. Или где было сказано что-либо о приобретении собственности спецификацией и приращением? Эти учения исключительно юридические произведения, добытые только путем *юридического мышления*. Материал, из которого юриспруденция создала учение о спецификации и приращении, состоял из одного только общелогического понятия *тождества*, примененного к *переработке вещи*.

Практическая жизнь совершенно не в состоянии обходиться без этого дополнения положительного права юриспруденцией и последняя поэтому не могла бы, даже если бы хотела, уклониться от этой задачи. *Всякая* юриспруденция продуктивна,<sup>75</sup> даже если она сама не сознает этого или даже теоретически не признает за собою этого права как это еще и теперь делается многими юристами. Совершенно правильное чутье побудило одного юриста прошлого века, германиста Рунде, выставить источником права *природу предмета* (Natur der Sache): вряд ли найдется выражение, которое бы так точно — и по существу дела, и по имени — передавало развитое мною выше естественно-историческое воззрение.

Насколько это юридическое творчество обусловлено естественно-историческими пониманием права, вряд ли надо доказывать. С точки зрения низшей юриспруденции оно совершенно не может быть обосновано; наоборот, с точки зрения высшей оно получается само собой, как необходимый вывод. Раз мы усвоили себе представление о юридических телах, применили идею индивидуального бытия и жизни к данному положительному материалу, то мы должны остаться верными этой идее и там, где положительный ма-

---

<sup>75</sup> Поэтому позднейшие римские юристы и называли очень удачно своих предшественников времен республики: *veteres, qui tunc jura condiderunt* [юристы, которые считались творцами права – Гай. IV. 30.].

териал оставляет нас без помощи, т.е. должны восполнить недостающее каким-нибудь путем. Материал же для этого пополнения доставляет нам отчасти отдельное тело само, его природа и внутренняя диалектика, отчасти общая теория юридических тел.

Таким образом, пред наукой открывается в системе бесконечное поприще деятельности, неисчерпаемое поле исследования и открытия и источник богатейшего духовного наслаждения. Не тесные рамки положительного закона указывают ей пределы ее царства, не непосредственно практические вопросы — пути, по которым она должна следовать. Свободно и беспрепятственно, как в философии, может тут мысль витать и исследовать. И все же она обеспечена от опасности заблудиться, потому что *практическая* природа того мира, в котором она находится, приводит ее все снова к реальным вещам. Но то обстоятельство, что человек, возвращаясь из этого мира, может себе сказать, что он удовлетворил не только одну субъективную любознательность, что он приносит с собою не только одно воспоминание о высоком духовном наслаждении, но и нечто ценное для света и для человечества, что найденные им мысли не остаются только мыслями, а становятся практическими величинами — вот то, что дает всему нашему философствованию и конструированию в догматике настоящую цену и римские юристы не были неправы, когда говорили о своей науке: *veram (nisi allor) philisophiam, non simulatam affectantes*<sup>76</sup> (L. 1, § 1 de I. et I. 1, 1).

Если мы усвоим себе *это* воззрение на юриспруденцию, *это* понимание права, тогда, я думаю, нас не удивит, что эта наука могла обладать в Риме в течение более чем полутысячи лет, крайней притягательной силой и занять место *первой* науки. Она представляла римскому уму, так сказать, арену диалектической гимна-

---

<sup>76</sup> Истинная философия, а не мнимая.

стики. Она вместе с тем объясняет нам, почему римляне не имели философии: все, что в них было от философской склонности и способности нашло удовлетворение и применение в *ней*. Таким образом, мы вправе будем характеризовать римскую юриспруденцию как *обусловленную практическим направлением римского народа духовную область, в которой обнаружилось и развилось то, что было в нем философского духа и направления или короче: как национально римскую философию, философию практической цели.*

## О СУЩЕСТВѢ

ЮРИДИЧЕСКАГО ФОРМАЛИЗМА ВООБЩЕ.

(Изъ Игеринга.)

Geist des römischen Rechts auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Zweiter Theil, Zweite Abtheilung. Leipzig 1858, стр. 498 и слѣд. (\*).

---

*Понятіе формальнаго и неформальнаго юридическаго дѣйствія.—Критика формализма съ точки зрѣнія практической и этической.—Общія и особенныя выгоды и невыгоды формы, ихъ измѣняющееся отношеніе.—Историческія причины формализма.—Сила матеріальнаго и чувство формы.*

---

(\*) Игерингъ одинъ изъ замѣчательнѣйшихъ германскихъ цивилистовъ новѣйшаго времени, а потому сообщить въ русскомъ юридическомъ журналѣ переводъ изъ указаннаго сочиненія его кажется не будетъ бесполезнымъ. Я выбралъ предметъ, который по словамъ самаго Игеринга до сихъ поръ даже въ Германіи оставался почти не обработаннымъ, тѣмъ болѣе, что въ нашемъ обществѣ часто слышатся и справедливыя, и несправедливыя нападки на форму.

*Примъч. Переводчика.*

## О СУЩЕСТВЕ ЮРИДИЧЕСКОГО ФОРМАЛИЗМА<sup>77</sup>

[XLV]<sup>78</sup> Содержание различается от формы как в предметах видимой природы, так и духовных, - мы говорим о формах чувствований, мыслей, воли и т.п., разумея под ними средства и способы, которыми внутренние явления, идеи, ощущения, намерения и т.п. получают выражение и внешнее бытие. Но в том и другом случае это различие, будучи отвлечением, не существует в действительности; под формою мы понимаем содержание с его видимой стороны. А поэтому форма всегда предполагает содержание; нет ни содержания без формы, ни формы без содержания. Если иногда представляется противное, то это происходит из изменения самой формы; заключительной, последней форме, различаемой от содержания, предшествует тогда содержание в другой форме, а не без формы.

То же самое мы должны сказать и об юридической воле, составляющей предмет нашего изложения. Чтобы дать ей силу и значение, надобно знать о ее существовании, а это зависит от ее выражения во внешности. Следовательно, в этом смысле неформальных актов воли быть не может; - воля без формы была бы похожа на лихтенбергский нож без клинка, но и без рукоятки. Если однакож мы все-таки говорим о воле, для объявления которой не требуется формы, то очевидно употребляем слово форма в другом и конечно более тесном смысле, а именно в следующем:

---

<sup>77</sup> «О существе юридического формализма вообще (из Игеринга)». Перевод с немецкого К.Царевского. Журнал Министерства юстиции, 1860, т. V, ч. II, стр. 361-404.

<sup>78</sup> Римские цифры в квадратных скобках означают номера параграфов в книге Иеринга, опущенные при переводе. – *Примеч. А.В.П.*

Относительно способов проявления воли в юридических действиях<sup>79</sup> (Rechtsgeschäfte), право может предоставить ей полную свободу, так что для достижения предположенной цели достаточно будет всякого средства, слова, действия, знака, иногда даже молчалия, если только из него с достоверностью можно заключать об известной воле. Но воля может быть также ограничена в выборе средств своего выражения: право или требует употребления известной формы, так что в противном случае воля не имеет никакого значения (наказание ничтожностью) или имеет, но неполное<sup>80</sup>, или, во-вторых, не касаясь самого юридического действия, назначает за несоблюдения формы совершенно отдельное наказание, напр. фискальный денежный штраф<sup>81</sup>. Только формы, предписанные в первом значении, устанавливают понятие формального юридического действия. Во втором случае юридический акт является ни более, ни менее как внешним поводом для совершения другого действия, требуемого условно<sup>82</sup>. Итак формальное юридическое действие есть такое, в котором несоблюдение формы, постановленной правом для выражения воли, не вымещает себя на самом действии. Принадлежности действий, не относящиеся к форме объявления воли (Willensäußerung), до нас вовсе не касаются.

Всякая форма ограничивает волю в выборе способов ее выражения, но не всякое ограничение рождает понятие формального

---

<sup>79</sup> Нечего и объяснять, что противоположность, о которой мы будем говорить, может существовать только в юридических действиях, не распространяясь на проступки.

<sup>80</sup> Сравним напр. *pignus publicum* [залоговое право] и *privatum* [вещь, являющаяся предметом частной собственности] позднейшего римского права, в германском праве — *läugenbare* и *unläugenbare Schuld*.

<sup>81</sup> В некоторых государствах подкрепляется этим предписание об употреблении гербовой бумаги. От указанного различия, что касается соблюдения формы, зависит разделение законов на *leges perfectae* [законы, объявляющие ничтожными действия, противоречащие закону] и *minus quam perfectae* [действия, нарушающие закон, влекущие за собой неблагоприятные последствия для действующего лица].

<sup>82</sup> Действующее у нас право несколько раз предписывало о заявлении прислуги в полицию, но договор найма в услужение не сделался от этого формальным.

юридического действия. Ограничение может быть отрицательным или положительным. Отрицательным, когда закон исключает только известный способ проявления воли (напр. подразумеваемое объявление, *stillschweigende Erklärung*), или заключение сделки в известном месте, в известное время; положительным, если форма положительно определена<sup>83</sup>. В первом случае можно говорить об «ограничениях формы», но не о формальных юридических действиях, потому что форма, употребляемая действующим, не смотря на стеснение выбора, есть все-таки дело произвола, она имеет все качеств свободной или индивидуальной формы, о которых мы тотчас скажем, тогда как формальное действие исключает всякий выбор и свободу в границах предписанной формы.

Итак, понятие неформального юридического действия можно определить так: оно есть более или менее свободное самоопределение воли относительно формы ее проявления, и, следовательно, противоположность между неформальностью и формализмом можно означить словами свободная или произвольная свободы. Только и важен один этот момент свободы. Поэтому формы, произвольно принятые сторонами, напр. приглашение свидетелей, письменное изложение контракта, как бы ни были торжественны и общеупотребительны, не производят формального юридического действия, не будучи юридически необходимыми. Здесь все зависит от внутреннего значения формы, т.е. от ее юридической необходимости, а не от внешнего величия. Словесное заключение сделки несколько не торжественно, но если оно предписано законом, то договор становится формальным. То же надобно сказать и о присутствии свидетелей. В состав понятия формального юридического действия не входит также законодательный мотив формы. Цель,

---

<sup>83</sup> Такое предписание закона может также относиться только к месту (напр. предписывается совершение пред судом, на бирже), или ко времени совершения юридического действия.



бывшая в виду закона, может быть различна, напр. обеспечение доказательства на случай спора, предупреждение опрометчивости и обмана и т.д. в самом ли деле она достигается формой, может ли быть достигнута иначе, и частное лицо действительно ли пришло к ней другим путем, эти вопросы решительно излишни; законодатель взял заботу о достижении цели на себя и не хотел положиться на усмотрение и добрую волю сторон; путь, указанный им, сделан исключительным, необходимым.

Но исключительность и необходимость, составляющее существо обязательной формы, представляется внешнею, положительною, следовательно, всякая предписанная форма, хотя бы была продуктом здравого и естественного исторического развития, составляет в этом смысле что-то случайное, произвольное. И так передачу (*traditio*), занятие (*occupatio*), словом взятие владения (*arprehensio*), нельзя считать формальным актом, потому что необходимость взятия – *внутренняя*, вытекающая из того явления, которое оно должно произвести и относится к владению, как рождение к жизни. Момент *положительности* формы в противоположность рациональной природе актов, не связанных ею, был известен и римским юристам в разделении права на *jus civile* и *jus gentium*.

Указанное различие свободной и обязательной формы в обнаружении воли заключает в себе еще другое – *индивидуального* и *абстрактного*. Свободная форма есть вместе с тем *индивидуальная*, она совсем исчезает в одном юридическом действии, возникает и прекращается вместе с ним, представляя собою ничто иное, как определенное конкретное содержание с его видимой, наружной стороны. Форма обязательная напротив, есть в то же время абстрактная, стереотипная. Являясь тоже в конкретном действии, она существует независимо от него (абстрактно), начинается и прекращается не в нем одном, но выступает извне, как нечто чуждое, уже готовое, данное, самостоятельное, требуя безусловного подчинения

себе; следовательно, действие составляет из комбинации двух особых элементов: конкретного содержания и формы, определенной однажды навсегда. Таким образом, делается понятным более тесное употребление слова форма, принятое выше, когда юридические действия с свободной формой считались не имеющими никакой формы. Форма в них, предоставленная во всем личному усмотрению<sup>84</sup>, не получает самостоятельности, а составляет простую акциденцию содержания, тогда как в действиях формальных наоборот она возвышается на степень особой юридической величины, живет самостоятельно. Итак противоположность между актами с свободной и обязательной формой сводится к общей противоположности древнейшего и новейшего римского права – индивидуальности и абстрактного равенства.

Мы видим, что принцип свободной формы представляется с априористической точки зрения нормальным, выражая собою естественное отношение между формой и содержанием, между тем как формализм, уклоняясь от нормы, составляет неправильность. Можно бы ожидать, что априористическое отношение этих принципов оправдывается и исторически, т.е. что первый будет общим правилом, а второй исключением. Но это заключение, верное для действующего у нас общего права, тем не менее, ложно. Вообще история здесь совсем не соответствует нашим предположениям.

---

<sup>84</sup> А потому Римляне справедливо называют принцип свободной формы – *nuda voluntas* [голая воля] в противоположность к *rigor juris civilis* [строгое право]: напр. Ulp. XXV [фидеикомиссы – это то, что оставлено не в утвержденных правом словах, но в форме просьбы, то, что переходит от одного к другому не вследствие строгости (предписаний) гражданского права, а дается по воле оставляющего], I. L. 18 de leg. III (32) [Помпоний в 1-й книге «Фидеикомиссов». Если я, составив завещание в соответствии с правом, оставлю тебе фидеикомисс, а затем составлю какое-нибудь другое завещание не по праву, по которому тебе оставлю фидеикомисс, либо не такой фидеикомисс, как тот, что был в прежнем (завещании), или вовсе не оставлю (его), то следует считать, что я делаю это с тем намерением, чтобы отказанное тебе в прежнем завещании не имело законной силы, потому что фидеикомиссы делаются недействительными одной только волей. ...].

Если бы мы сказали, что из трех возможных отношений, в каких может находиться положительное право к найденным принципам, комбинации их обоих, исключительного господства произвольной формы или наоборот формализма, только два осуществились исторически, то наверное всякий подумал бы на первое и второе, и очень бы тоже изумился, узнавши, что вместо второго, следовало указать на третий вид отношения. Не выдерживая полной свободы от формы, как она ни естественна, с формализмом право существует; оно переносит скорее крайнее излишество, чем совершенный недостаток в формальных определениях.

Эта склонность права к форме заставляет заключить о ее внутренней необходимости, или об особенной полезности для достижения юридических целей.

Очевидно, форма доставляет праву важные выгоды. Конечно так! Но не оспаривая правильности вывода, я должен предостеречь от ошибки, легко могущей вкрасться. Именно причину появления формализма в истории можно, пожалуй, объяснять одними практическими выгодами его; я предполагаю не только сознательное стремление к ним со стороны законодателя, но и инстинктивное чувство их, при образовании формы путем обычая. Думаю, что такое мнение будет ошибочным и надеюсь доказать это в последствии, а потому в дальнейшем изложении строго буду различать два предмета: практическое значение формализма и исторические причины его появления.

## **1. Практическое значение формализма**

Если абстрактно-философское суждение о предметах прав может ошибаться где-либо, так это в формализме. Настоящий философ (Philosoph vom Fach), не имеющий понятия об особенных технических интересах и потребностях права, увидит тут одно

влияние материального воззрения на предметы, преобладание внешнего над внутренним, положительный разлад между формой и содержанием. Возвышение сухой, голой формы, боязливое, педантическое почитание знака, лишенного всякого смысла и значения, бедность и скудость духа, обнаруживающая во всем формализме, произведут именно на философа, обращающегося к внутренней стороне предметов, неутешительное и отталкивающее впечатление. И в самом деле, надобно сознаться, что эта часть юридической техники представляется вовсе не заслуживающей внимания для человека, незнакомого с нею, и тут может быть следует искать причины, почему философия права оставила, сколько мне известно, вопрос о формализме почти незатронутым. Но ведь речь идет о явлении, которое, основываясь на внутреннем существе права, встречается и будет встречаться в правах всех народов.

Для надлежащей оценки этого явления, следует рассмотреть его с двух точек зрения: всеобщей, так сказать, культурно-исторической или философской, и юридически-практической. Первое мы сделаем ниже, под цифрой II, второе теперь. Для этого разрешим изложенный в заголовке вопрос о практическом значении формализма, т.е. покажем невыгоды и выгоды его и их взаимное отношение.

### *I. Невыгоды формы.*

Начиная с них; не требуя, подобно выгодам, ни продолжительного искания, ни юридического глаза, они на первом плане приковывают внимание простого наблюдателя. Это объясняет перевес их над выгодами и вместе с тем отрицательный приговор, так часто раздающийся о формализме права из уст неюристов. Первое впечатление всегда определяется тем, что бросается в глаза невольно. Почему не быть ему ошибочным при неравномерном рас-

пределении света и тени, когда обратная сторона предмета освещена для наблюдающего, а лицевая закрыта тенью!

Но это бесспорно в деле формализма, следовательно, неприятное чувство и неблагоприятный отзыв руководствующегося тут первым впечатлением, как обыкновенно случается с неюристом, и легко объясняются, и с точки зрения такого наблюдателя совершенно правильны, необходимы. Вполне ощущая *дурные* стороны формы, он почти не замечает *выгодных*; *вредное* влияние, т.е. зло, происходящее от пустого формального недостатка, он видит ясно, потому что оно сопровождается особым шумом, между тем как благодетельная польза, тысяча тысяч случаев, в которых наоборот зло отвращается формой, ускользаю от него без следа.

Невыгоды формы могут быть сведены к двум видам, *опасности* от нее и *неудобству*. И та и другая заключаются в форме самой по себе, какова бы она ни была; различие формального обряда определяет только степень их. Со всякой формой соединен риск ошибки, упущения и сделанный промах всегда вымещает себя беспощадно; этого требует самое понятие формы, но ее свойство может отдалить или приблизить опасность. Я потом докажу свою мысль на нескольких примерах. Тоже следует сказать и о неудобстве. Неудобна всякая форма, хотя бы подобно стипуляции состояла в одном словесном заключении сделки, но в одной неудобства более, в другой менее, например форма *testamentum in comitiis calatis* [завещание перед народным собранием] неудобнее сравнительно с формой *tast. per aes et libram* [завещание посредством меди и весов], потому что посредством второго обряда можно было завещать воо всякое время, посредством первого только два раза в течение целого года.

Перехожу, прежде всего, к опасности, возникающей от формы. Существо дела мною уже означено. Форма требует точного знания, и невежество, невнимательность, неискусность, легкомыслие кара-

ется тяжким наказанием. Материальное право в этом отношении далеко менее взыскательно. В контракт с произвольной формой может вступить даже незнающий законов, подходящих к договору, ошибающийся в праве или делающий промахи в словах. Ему помогают право и судья. Но формальный договор возможен только для того, кто сведущ в форме и умеет владеть ею; о восполнении случившегося недостатка здесь не может быть речи. Следовательно человек несведущий или непредусмотрительный среди формализма целого права или части его находится в далеко невыгоднейшем положении, нежели в сфере права, свободного от формы. Но в особенности положение его становится тяжким, если дело ведется с знатоком, который хочет воспользоваться незнанием и доверчивостью. Честный, но неискusstный в делах человек терпит в формальном праве от тертого плута более, чем в том, которое не знает формы, потому что плут находит в форме еще одно и весьма удобное средство к своим путам. Известное изречение: *jura vigilantibus scripta sunt*<sup>85</sup> более всего прилагается в праве, благоприятствующем формализму.

Моменты, определяющие степень опасности, заключаются частью в самой форме, частью вне ее. О последних лучше сказать в другом месте и потому я ограничусь первыми. Их три: количественный, морфологический и момент принципа, или число существующих форм, их внешний вид и существование известного начала в постановлениях о их необходимости.

О значении количественного момента говорить нечего. Чем менее форм и чем более несколько основных видов их проведены чрез целое право, тем легче знать их и пользоваться ими, тем менее опасности от их употребления.

---

<sup>85</sup> L. 24 i. f. quae in fraud. (4. 8) [Цивильное право написано для деятельных. (*Сцевола в единственной книге «Вопросов, рассмотренных публично»*)].

Под морфологическим моментом формы разумею я внешний вид, состав, склад ее, сложнее ли она, например, или проще, теснее и уже или шире и эластичнее, требует ли деятельности участвующих сторон или вместе и содействия других лиц, состоит ли в изустных словах, или же в письме, в действии, - словом я понимаю элементы, из которых, и способ, по которому форма организована. Несколько примеров объяснят значение этого момента.

Сравним форму римского завещания с стипуляцией. Первая была несравненно сложнее и теснее последней, а отсюда и опасность погрешности к ней больше, нежели в стипуляции. Чем больше частей, составляющих форму, тем более она дает поводов к ошибкам. Стипуляция, если хотите, состояла из одной части, вопроса верителя, потому что соответствующий ответ должника не представляет трудности. Но форма завещательная требовала приглашения свидетелей (*rogatio*), *familiae emptio* [покупатель семейства (т.е. свое имущество)], *puncipatio* [произнесение торжественной формулы в присутствии свидетелей], употребления известных формул для отдельных распоряжений, известной их последовательности, *unitas actus* [совершение акта завещания при постоянном присутствии всех участников]. В стипуляции достаточно было всякой фразы в вопросительной форме, и только для известных целей требовалось определенное решительное слово (*spondeo* [торжественно обещать], *fidejubeo*, *fidepromitto* и др.). Напротив того один неспособный свидетель из семи, один промах в формуле назначения наследника, и целое завещание со всеми его распоряжениями обращалось ни во что.

Другой разительный пример представляет легисакционный процесс сравнительно с формуловым. Первый был гораздо опаснее второго, что, как сообщает нам Гай,<sup>86</sup> и повело к его падению. Хотя

---

<sup>86</sup> Gaj. IV § 30 [Но все эти судопроизводственные формы мало по малу вышли из употребления, так как вследствие излишней мелочности тогдашних юристов, которые счи-

в формуловом процессе формальный недостаток уже по самому существу формы влек за собою невыгоды, но внешний вид этого судопроизводства значительно уменьшал риск ошибки. В древнейшем процессе форма состояла в произнесении слов, в новом – в письменном изложении – а проговориться легче, чем прописаться; далее в первом действовала тяжущаяся сторона, во втором претор, - разница, о значении которой с нашей точки зрения я не нахожу нужным сказать более. Наконец в первом формулы были определены неизменно до малейшей подробности; пропуск или перемена одного совершенно незначащего слова заключала в себе формальное упущение; - во втором же они были эластичны и вес давался только словам, действительно имевшим значение.

Надеюсь, что лучше всего передам читателю существо и значение момента принципа, рассказав пример, заимствованный из одного новейшего кодекса. Возьму для этого постановления прусского Landrecht'a о письменном совершении договоров<sup>87</sup>; они представляют образец того, как должно избегать подобных законов. Закон предписывает письменную форму для всех договоров, предмет которых превышает 50 рейхсталлеров, но нарушает правило в двух отношениях: в пяти случаях вовсе устраняя форму, в двенадцати он требует ее даже и тогда, когда предмет договора не достигает определенной цены, а это постановление опять подлежит различным видоизменениям и ограничениям<sup>88</sup>. Уже одно удержа-

---

тались творцами права, дело было доведено до того, что малейшее уклонение от предписанных форм и обрядов влекло за собою проигрыш тяжбы; поэтому законом Эбуция и двумя законами Юлия отменены эти торжественные иски и введено судопроизводство посредством формул.]

<sup>87</sup> В доказательство последующего изложения см. Bornemann Erörterungen im Gebiet des preuss. Recht Heft 1. Berlin 1855. стр. 144 и след.

<sup>88</sup> См. следующие примеры у Борнеманна: стр. 168: «Реальные договоры о движимых вещах освобождаются от письменной формы, если только имеется в виду правоотношение, возникающее по закону вследствие вручения вещи; но условия о второстепенных обязательствах должны быть постановлены письменно»; стр. 151: «В договорах, посредством которых кто-либо обязывается к повторяющимся личным действиям, по-



ние в памяти правил Landrecht'a предполагает такое напряжение ее, какого разве можно ожидать только от юриста; и я, не задумавшись, отнес бы эту тему к труднейшим потовым вопросам юридического экзамена. Но такую беспорядочную массу определений без связи и общего начала должен вбить себе в голову мещанин или крестьянин! Для простого *народа* правило, допускающее в одном случае дюжину, в другом почти полдюжины исключений! А ведь нужно же *применение* закона к жизни! Надо первоначально оценить, стоит ли вещь более или менее 50 рейхсталлеров, надобно знать, содержат ли в себе условия, которые заблагорассудилось постановить в реальном контракте, уклонение от законного типа договора или нет, что понимать под домашними официантами (гувернанток, компаньенок, инспектора, домашнего врача?); что под именем азартных сделок и т.п. Конечно, подобные постановления следует назвать западнями и капканами, постановленными законодателем гражданскому обороту, большими продуктами кабинета, которые для народа должны оставаться вечно чуждыми, потому что в народ проходит только то, что могло бы выйти из него.<sup>89</sup>

---

стоянным или обещанным на неопределенное время, требуется безусловное соблюдение формы, исключая однакож договор найма обыкновенной прислуги, в котором получение и отдача наемной платы заменяют собою письменное изложение. Но договор найма домашних официантов (Vausoffizianten) должен всегда совершаться письменно»; стр. 160: 7. «Арендные договоры относительно поместий. Договор аренды, заключенный словесно, имеет силу только в течение одного года. 9. Договоры с издателями. Если договор не изложен письменно, но рукопись уже передана автором, то словесное условие действительно только относительно гонорара; во всем же остальном отношении сторон определяется законом». См. кроме того 10 и 12 случай у Борнемана же стр. 160, 161. Наконец дарение требует еще особенной формы судебного совершения. Такое бессмысленное колебание между строгостью и отсутствием формы право может произвести головокружение.

<sup>89</sup> Ср. «Нужно, например, преобразовать нам гражданское или уголовное судоустройство. Вот и думают наши прогрессисты: какое бы из судоустройств выбрать: не то прусское, не то французское? Или уж сардинское с примесью голландского? В ведь недурно бы и английское? ... Никому из них и в голову не приходит, что прежде всего не мешало бы узнать поближе потребности и юридическое воззрения народа, которому придется питаться так великодушно состряпанным для него винегретом; что только

Теперь, после этого примера, уже легко будет определить понятие нашего третьего момента. Он относится к внутренней организации формы, а именно выражается вопросом, подчинены ли постановления о ее необходимости общему началу, или представляются казуистичными, спорадическими, господствует ли в них единство и последовательность или разрозненность и произвол. полнейшее развитие и взаимодействие этого и второго момента производят гармонию или лучше сказать параллелизм форм и понятий; другими словами, форма определяется, в таком случае, внутренними особенностями материального права, так что разнообразие юридических действий высказывается не только в разнообразии форм, но отражается и в морфологическом элементе формы. Грубый формальный элемент возвышается этим до идеального художественного создания в юридическом смысле. Мы получим весьма поучительный пример, если сравним римские формы стипуляции, манципации, уступки пред судом (*in jure cessio*) и завещания. Первая состояла из вопроса (*spondesne, dabisne* и т.д.). Вопрос же представляет собою форму отношения, он делается всегда кому-либо, а потому вполне соответствует относительному характеру обязательства; внутренняя необходимость в лице, которое бы являлось другою стороною, наглядно указывается самою формою. Второе и третье юридические действия совершались в форме утверждения (*hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo isque mihi emtus hoc aere aeneaque libra. Gaj. I 119* [...(покупатель, еще держа медь, говорит так:) «утверждаю, что этот раб по праву квиритов принадлежит мне, и что он должен считаться купленным мною за этот металл и посредством этих медных весов»...], – *hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ago. Gaj. II 24* [...(тот, кому

---

тот закон может быть полезен, который является органическим продуктом народной жизни, вытекает из общественного сознания, а не падает как снег на голову!». Иван Сергеевич Аксаков, «Парус», № 2, 1859, 10 января, передовая статья. – *Примеч. А.В.П.*

вещь переуступается, держа ее, произносит:) «я утверждаю, что этот человек мой по праву квиритов»]; тоже весьма выразительно, потому что абсолютность прав, которые в низ выступают, выражается в абсолютном характере формы. Утверждение независимо от отношения к известному лицу. Говоря другими словами: стипуляция и иск из нее были *in personam*, формула двух других действий и иск были *in rem*. Форма четвертого юридического действия состояла в повелении (*heres esto* [пусть будет наследником], *heredem esse jubeo* [я приказываю быть наследником], *Gaj. II 117*, *damnas esto* [приговаривает дать], *ibid. § 201*, *sumito* [пусть возьмет] § 193, вместо последнего также *do lego* [даю, отказываю]. Опять как нельзя лучше. Во-первых, в историческом отношении: как воспоминание о первоначальной завещании в форме закона, потом в догматическом: как выражение особого права, осуществляющегося в завещательном распоряжении имуществом автономии. Следствия стипуляции не простирались далее одних сторон, но в трех остальных актах они могли касаться и лиц посторонних. Эта разница тоже проявилась морфологически: в первом случае стороны действовали сами, во втором вместе с другими (свидетелями, претором).

Перехожу к неудобству формы. Уже неудобно и то, что, подчиняясь формальным определениям, воля лишается приятной возможности действовать произвольно; кроме хотения нужен особый акт – соблюдение формы. Но присоедините к этому еще препятствие, встречаемое со стороны некоторых обстоятельств, действующих неотразимо. Клеймо официальности, которое форма носит на своем челе, делает иногда вмешательство ее нравственной невозможностью, несмотря на требование права. Бывает, что социальные формы изрекают юридическим абсолютное *veto*. Можно ли, заключая какое бы то ни было условие, всегда услужливо предлагать соблюдение формы, и где найдутся люди, которые бы согла-

сились всякое предложение или обещание давать на бумаге?<sup>90</sup> такое стремление к форменности будет иногда полным пренебрежением приличия и принятых условий, грубым отсутствием такта; даже недоверчивость, так обнаруженная, может глубоко оскорбить другую сторону. Выходит, что здесь форма достигает совершенно противоположного результата, не укрепляет, а устраняет укрепление договора и переносит действующих лиц с твердой почвы права в область шаткого личного доверия.

То, что мы сказали, относится ко всякой форме. Но очевидно, что именно в рассматриваемом нами свойстве, различие ее должно иметь важное значение. Покажу это на нескольких примерах.

Каждая отдельная форма представляет свои неудобства. Предписывая словесное совершение договора, как например, требуется в стипуляции и в большей части форм римского права, вместе с тем право стесняет контракты между отсутствующими, которые для заключения контракта должны предпринимать поездку или идти окольными путями, употребляя посредствующих лиц. Строгая последовательность требует также устранения от словесной формы глухих и немых, что действительно и было сделано в римском праве. Наоборот, письменная форма, например в приведенных выше прусских законах, затрудняет заключение договора между присутствующими; много ли таких людей, которые, подобно Шейлоку, всегда носит с собою за поясом бумагу, чернила и перо? Прусский

---

<sup>90</sup> А потому юстинианово право совершенно справедливо освобождает дарение от стипуляционной формы; с первого же взгляда это представляется чем-то странным. При предложении заключить контракт противная сторона еще может потребовать соблюдение формы, но совсем иное в случае обещания подарить. Не зависит ли от этого также *dotis dictio* [первоначальная форма установления приданного односторонним вербальным контрактом строгого права] древнейшего права? Едва ли, но, по моему мнению, такая зависимость, несомненно, существует в позднейшем праве при освобождении от формы, *promissio dotis* [учреждение приданного стипуляционным обещанием], которое без всякого основания и необходимости возвели в *pollicitatio* [обещание; *pollicitatio dotis* – установление приданного неформальным обещанием].

законодатель переносит совершение договора с базара и улицы в комнату и на письменный стол, рисковое право наоборот; оба факта одинаково характеристичны для этих прав и их времени. Далее, совершая сделку, согласно предписанию закона, пред свидетелями, судом или нотариусом, нужно сначала отыскать свидетелей, явиться в суд или к нотариусу. А что же делать, если нельзя найти свидетелей, например 7 человек для завещания в ненаселенном месте или во время эпидемии<sup>91</sup>; как быть, если суд на дальнем расстоянии<sup>92</sup>, или же обстоятельства требуют немедленного заключения договора, а между тем тотчас нельзя найти судью и нотариуса? Очевидно, в каждой форме, какова бы она ни была, заключаются свои особенные неудобства, которыми гражданский оборот более или менее стесняется.

А потому в настоятельных случаях он вынужден отбросить ее и заключить неформенную сделку (которая в противоположность неформальной, нуждаясь в форме, не имеет ее). Будучи лишена юридической силы, она полагается на добрую волю обязавшегося, на страх его пред общественным мнением, на его честность, надежность, словом на *bona fides*. Такое, если можно сказать, бегство юридического оборота от обременительных формальных обрядностей встречается везде; я говорю о пренебрежении формы, обратившемся в правило и вторую природу, а не спорадическом, в виде исключения. Так было в Риме, так в новейшее время в местах, под-

---

<sup>91</sup> На этом основаны две облегченные формы завещания: *testamentum ruri* [завещание в сельской местности при пяти свидетелях] и *tempore pestis conditum* [во время эпидемии не требовалось одновременного присутствия свидетелей]. Внешний вид солдатского завещания только отчасти состоял под влиянием этой причины, но фидеокomisсы ей одной обязаны своим происхождением.

<sup>92</sup> Здесь одна из причин неформенных юридических действий, совершавшихся у Римлян в тех случаях, когда нужна была *in jure cessio*, т.е. когда находящийся в отдалении должен был предпринять поездку в Рим; вспомним, например, неформенную вольную рабу. Ограниченной действие, дававшееся претором такому увольнению, было только справедливым уважением неудобств, заключавшихся в форме, подобно тому, как сказано в примеч. 13 и 14.

чиняющихся прусскому праву<sup>93</sup>. Система *bona fides* в древнеримском смысле, т.е. юридических актов, основанных на честном слове, есть необходимое следствие *jus strictum*, системы формализма.

Итак, в этом случае опять повторяется противоречие формы с самой собою и своей целью. Предназначенная доставить гражданскому обороту наибольшую твердость и крепость, она, напротив, побуждает его отказаться от всякой юридической достоверности, предпочитая удобное неверное неудобному верному. Это можно назвать самообвинением формализма, собственным признанием его в том, что полная последовательность в нем невозможна.

Но довольно об опасности и неудобстве, в которых, по-моему, справедливо упрекают форму. Не таков другой упрек, относящийся к этической стороне формализма. Сколько я знаю, он никем еще определенно не формулирован и не изложен; изложение было бы опровержением, однакож мысль, составляющая его основу, отчасти уже высказалась и для головы темной представляется в известном смысле увлекательною и верною. И очень просто: она опирается на исторический вывод не менее ложный, будто германское право истари освобождало договоры от всякой формы. Нужно было небольшого прыжка, чтобы в нашей пословице: *Ein Mann, Ein Wort*, пословице, которую всякий цивилизованный народ в мире конечно будет употреблять в одном смысле, какой она имеет, - отыскать юридическое начало<sup>94</sup>, и отсутствие формы как принцип герман-

---

<sup>93</sup> Так, например я знаю, что на месте моей родины, в Остфрисланде, где действует это право, в торговле сельскими продуктами никогда не исполняется требование закона о письменном совершении договоров.

<sup>94</sup> С.А.Шмидт - *der princip. Unterschied zwischen dem rom. Und germ. Recht*, стр. 250. «Германское право договоров основывается на простом предписании нравственного закона, что заключенное условие должно быть свято соблюдаемо и т.д.». Иначе думал стародавний Мёзер (см. прим. 20) и суждение его тем более представляется странным, что он не был ни идеологом, ни романизирующим теоретиком, но вполне практической и коренной немецкой натурой. — «Глупец, говорит он, выражаясь довольно невежливо, объяснивший пословицу: *ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort* в таком смысле, что честный человек не может отказываться от раз данного слова, сделал больше

ского права сделалось готовым. Став на этой точке, уже легко стало перейти потом к нравственности, составляющей особую черту германского характера, а формализм объявить моральным индифферентизмом римского права. Все это наконец для того, чтобы вопрос о необходимости формы перенести в область этики и отсюда уже с справедливым пафосом составлять обвинительный акт против формализма. Как пренебрегает право нравственным чувством! Посмотрите: за малейшее отступление от формальной внешности оно объявляет данное слово необязательным, вопиющее злоупотребление доверием оставляет не только безнаказанным, но даже без порицания, мало того, обязывает судью, когда того потребуются, подавать в этом руку помощи, наконец, как я сказал выше, открывает безопасный притон низости и обману! Как вредно должно быть для юридического чувства народа ежедневное присутствие при этом зрелище! Обречь на молчание голос такого чувства значит прямо убивать его, давать форме решительный перевес, - значит подкапывать фундамент гражданского оборота, доверие, колебать его центр тяжести.

И как ответить нам? Прежде всего, что все это обвинение доказывает полное незнание особенной задачи права относительно морали, - ошибка, которая делается чаще (и не только в рассматриваемом нами предмете), нежели бы можно ожидать; но я менее всего нахожу уместным устранять ее здесь же. Вообще я не намерен ступать в серьезную борьбу с этим обвинением. Для того, кто захочет сколько-нибудь остановиться над ним, достаточно следующей заметки.

Присяга далеко важнее простого слова, и нравственные основания, по которым можно требовать от законодателя вынуждаемости неформенного обязательства, имели бы гораздо больший вес

для клятвенного обещания. Однакож каноническое право действительно объявило его вынуждаемым и дало тем пример, каких последствий надо ожидать, если нравственные требования законодатель обращает в юридические. Присяга сделалась средством противодействовать благим определениям права, предназначенным для устранения зла. Как только произносилась она, все способы защиты, дарованные правом лицу, теряли силу; и не употреби каноническое право род фокуса (в насильственных, лихвенных и других договорах оно принуждало должника к исполнению, а верителя к немедленному возвращению полученного), результатом целого постановления более всего воспользовались бы ростовщики и плуты. Неужели неблагоприятно подействовало на народную нравственность распоряжение светских законодательств, мало по малу почти везде уничтоживших это постановление? Замечательно, что нравственное чувство народа является наиболее щекотливым именно в тех отношениях, которые предоставлены законодателем собственным средствам, как будто оно принимает двойное участие в их беспомощности и беззащитности.

Я должен еще обратиться к другой стороне предмета и спросить: было ли непременно бесчестным, если римлянин не признавал обязательности акта, совершенного без соблюдения формы (например: передачи *res mancipi*, обещания без стипуляции)? Обыкновенно рождается невольное предположение, будто он намерен был вступить в настоящее обязательство, и форма почему-либо соблюдена не была. Но был возможен и обратный случай, опущение формального обряда с намерением не обязываться; по моему, не будет смелым мнением признать для древнейшего времени второй случай правилом, а первый исключением. Если без всякой другой причины оставлялась такая ходячая форма, как стипуляция, манципация и т.п., то это значило, что акт по взаимному согласию сторон не должен иметь юридической силы и от воли ли-



ца зависит отказаться от него. Чего мы можем достигнуть только посредством ясного условия о несуществовании юридического обязательства и о праве отказаться от исполнения его, то из несоблюдения формы подразумевалось само собою. Передача *res mancipi* заменяла для римского гражданского оборота наше удержание за собою собственности (так называемое *actum reservati domini* [оговорка продавца, что даже после традиции он оставляет за собой право собственности до уплаты покупной цены]), простой *actum* – наши предварительные и необязательные переговоры (трактаты), неформенная вольная раба была предоставлением свободы с правом отменить свое распоряжение. Во всех этих случаях недостаток формы обнаруживает не обман, а требование того, что желалось с самого начала.

## *2. Выгоды формы*

Излагая выгоды формы, мы должны строго различать два их вида: 1. доставляемые формой вообще, следовательно, заключающиеся во всех формальных юридических действиях – я назову их общими – и 2. основанные на морфологическом элементе той или другой формы в частности, а потому и свойственные ей одной, – они должны быть названы особенными. Начну с первых и притом несколько издалека.

Решение юридического спора состоит в применении абстрактного права к конкретным отношениям. А потому трудности решения могут заключаться или в абстрактном праве, когда применяемые постановления неясны, неопределенны и т.п., или в конкретном отношении, будет ли это в сомнительности факта (в доказательствах), или его юридического характера (в подведении под закон, *Subsumtion*, в диагнозе). В трудностях последнего (третьего) рода обнаруживается общая польза формы; конечно, приноровлен-

ная известным образом (совершение юридического действия пред правительством, свидетелями и т.под.) форма может устранять также трудности второго рода, но так как это не всегда бывает, то получаемые отсюда выгоды принадлежат уже к классу особенных.

Причиной затруднений третьего рода бывают большею частью сами стороны; объективная неясность, неопределенность юридического действия бывает обыкновенно следствием субъективной неясности в мышлении и желании или в слове.

Одна сторона хотела, например, предоставить другой только пользование повинностью (*precaria juris possessio*), но выразилась так, как бы намеревалась передать самую повинность. Или, может быть, она совсем не сознавала этого различия, установленного правом, и необходимости решиться на то или другое, так что воля ее во всей своей наивности так сказать колебалась между двумя выборами.

Конечно, право не в силах окончательно устранить эту двоякую неясность и с нею один из изобильнейших источников процессов. Но много и очень много может быть сделано частью свободною деятельностью гражданского оборота (существованием сборников принятых форм, помощью со стороны юристов), частью мерами, принятыми правом, которые и составляют рассматриваемый нами формализм.

Форма для юридического действия тоже, что чекан для монеты. Как чекан освобождает нас от личного удостоверения в пробе, весе, словом достоинстве монеты, чего бы не избежать в расплатах металлом в кусках и слитках, так форма избавляет судью от труда исследовать, имелось ли в виду юридическое действие, и если для различных действий постановлены различные формы, то какое именно. В системе, допускающей свободную форму, оба вопроса представляются иногда чрезвычайно трудными. Как бы ни различалось в понятии юридическое действие от приготовлений к нему,

действительное обязательство от одного объявления, что воля не прочь обязаться, обнаружение решительного хотения от одного сообщения о существовании его в душе человека, все-таки в конкретном случае проведенные границы часто смешиваются. «Я хочу отказать тебе по завещанию, продать, подарить» может значить: я вместе с тем и делаю это, или: я обязываюсь немедленно сделать это, или: у меня есть намерение, и я объявляю тебе о нем, но также как и о всякой другой мысли, рождающейся в моей голове. Допустим, что для завещательных распоряжений не существует формы; какое множество процессов возникло бы из подобных фраз, в действительности встречающихся очень часто. В системе формализма объявление об одном намерении действовать несколько не опасно и не может быть смешано с решительной волею; напротив, отсутствие формы постоянно грозит смещением намерения с решительной волею и решительной воли с намерением.

Итак, форма служит, прежде всего, знаком готовой юридической воли<sup>95</sup>. Но разграничивая юридическое от неюридического, она может также, во-вторых, распределять первое внутри его пределов, т.е. указывать на различие между отдельными юридическими действиями. Покажу это на взятом уже примере повинности. Представленное судье условие об учреждении повинности может заставить его колебаться между четырьмя различными мнениями: 1. повинность действительно приобретена (вещная юридическая сделка), 2. только обещана (обязательство), 3. предоставлено одно право пользования до востребования (*Precarium*), 4. обнаружена внутренняя готовность к ее уступке. Римский судья едва ли бы за-

---

<sup>95</sup> Прекрасно сказал Савиньи, *System*, III, стр. 238: «решительное намерение относительно важных предметов редко созревает вдруг; ему предшествует обыкновенно состояние нерешительности с постепенными и незаметными переходами; отличить это состояние от окончательной воли трудно и вместе с тем для будущего судьи, которому потом придется решить спор, необходимо. В таком случае форма служит знаком хотения уже созревшего».

труднился в разрешении этого вопроса, потому что для первой цели нужна была манципация или уступка пред судом, для второй – стипуляция, а когда форма совсем соблюдена не была, то можно было допустить только третий или четвертый случай. Но в этих-то именно случаях недостаток внешних признаков различия ничего и не значил, все предоставлено было на добрую волю отчуждающего право, противная сторона не имела иска и судья, следовательно, отказывал ей безусловно. Для наших судей разрешение спора, назначено ли известное лицо согласно воле завещателя наследником по завещанию или только получает отказ (*Legatar oder Erbe sein soll*), может быть иногда чрезвычайно затруднительным; для римского судьи устранялось всякое сомнение вследствие особых форм, предписанных для назначения наследников и для отказов (*Legate*).

Таким образом, польза формы обнаруживается в том, что она облегчает диагнозу и делает ее верною – выигрыш, получаемый, прежде всего судьей, но на самом деле достающийся на долю сторон и гражданского оборота. Как от трудности и неверности патологической диагностики врач терпит менее чем пациент, так в равных обстоятельствах в диагнозе юридическом судья страдает менее тяжущегося. Но облегчая судью в диагнозе, гражданский оборот приносит жертву с своей стороны; труд судьи и лиц, совершающих юридическое действие, находятся тут в обратном отношении. В формализме удобно для судьи и неудобно для частного лица, а в системе свободной формы наоборот удобно для частного лица, но неудобно для судьи.

С этой первой выгодой формы соединяется другая, существующая непосредственно для лица, совершающего действие. «Для успешности юридического оборота», говорит Савиньи<sup>96</sup>, «жела-

---

<sup>96</sup> *Obl. Recht* II, стр. 217. На это обстоятельство обратил внимание уже Мёзер в своем шутовском тоне, но весьма удачно: *Justus Möser, Patriotische Phantasien* B. 2. XXIV (Berlin 1778 стр. 121 и сл.). [Мёзер говорит о том, что «следовало бы опять ввести

тельно, чтобы договоры не заключались опрометчиво, но с серьезным размышлением о последствиях, которые из них вытекают». Природа формального договора (как например римской стипуляции) ведет к тому, чтобы возбудить серьезное размышление, и следовательно к достижению желаемого». Действительно так! Во всех формах, требующих известной проволочки времени, как например, при совершении сделки с участием суда или инсинуации<sup>97</sup>, это очевидно. Но неужели то же самое существовало и при стипуляции? Задержка времени, соединявшаяся с нею, была слишком коротка и едва ли обещавший в душевном волнении или опрометчиво имел достаточно времени, чтобы успокоиться и обдуматься; для стипуляции нужен был момент менее минуты. Но ошибочно было бы пользу формы видеть в одной проволочке времени, которую она рождает. Польза заключается скорее в самой форме, в мыслях о серьезном деле, юридически обязательном, возбуждаемых ею и т.п., в том, следовательно, что она вызывает такое настроение, в котором должен находиться всякий совершающий юридическое действие – настроение деловое. Маленькое словечко *spondesne*, лишь только оно раздавалось среди разговора, было для римского уха оповещением, что беседа принимает другой, деловой смысл, сигналом приступить к действию с юридическим характером и значением. Наделавший в потоке речи обещаний, наделавший уверений, в которых другая сторона видела юридический интерес, внезапно должен был опомниться, как только останавливали его на слове и хотели придать фразе юридическую крепость (вот значения *stipulari*); на вопрос, имеет или нет фраза юридическое значение, необходимо было сначала ответить самому себе, объяснить себе

---

римские стипуляции»].

<sup>97</sup> *Insinuatio* – включение, извещение. Внесение частного или нотариального документа в протокол ведомства, имеющего *ius acta conficiendi* – право составлять публичные акты. – *Примеч. А.В.П.*

содержание, объем и последствия предложенной стипуляции. Следовательно, словечко *spondesne* имело неоцененное достоинство служить будильником юридического сознания. Сколько уверений, обещаний и т.д. раздается теперь, когда, несмотря на самое серьезное намерение сдержать данное слово, говорящий вовсе не имеет в мысли принуждения, которое потом должно наступить, и напомни ему противная сторона о формальном подтверждении обещания, он решительно отвергнул бы юридическую ответственность. Только иск заставляет уже подумать о том, чего он хотел. Вопрос, который, будучи предложен вовремя, разрешился бы одним словом, отдается теперь на рассмотрение судьи и делается предметом весьма сомнительного спора. Если формализм страшен потому, что действительно желавший обязаться юридически, освобождается от этого за несоблюдением внешней формы, то противоположная система, допускающая свободную форму, представляет обратную опасность, принуждая к исполнению и не имевшего намерения принять на себя обязательство.

Перехожу теперь к особенным выгодам формы, понимая под ними, как сказано выше, те, которые даются особенностями той или другой формы в частности (например, письменности, публичности). Когда форма учреждается путем законодательным (как напр. в позднейшем римском праве *instrumenta publica vel quasi publica* [акты, совершенные публичной властью], инсинуация, в прусском праве письменная форма), выгоды эти составляют главную цель законодателя и побуждают придать формальному обряду тот или другой вид. Попытаюсь рассмотреть и сравнить в этом отношении более употребительные формы.

Письменное изложение юридического действия имеет преимущество пред словесным совершением в том, что доставляет потом верное доказательство. Хотя этой выгоды можно достигнуть и посредством приглашения свидетелей, но укрепление (*Fixirung*)

действия в памяти человека, во-первых, менее точно, нежели на бумаге, простирается только на смысл, а не на слова, которые имеют иногда огромное значение; потом, завися от воспоминания и жизни свидетелей, менее продолжительно; наконец совершенно неудобно, если действие содержит в себе множество подробных, трудно запоминаемых распоряжений, чисел и т.п., как напр., часто случается в завещаниях. Другое важное различие между письменной и словесной формами состоит в том, что в одном возможен полный секрет действия, а в другом нужно сообщить его свидетелям; первое более согласно с интересами участвующих сторон, второе – третьих лиц и гражданского оборота. Но обе формы могут быть также соединены в одну, напр. в действующем у нас праве, предписывающем иногда совершение сделки пред нотариусом и свидетелями. Особенную комбинацию их составляет в римском праве письменное частное завещание (*Privattestament*), дающее возможность скрыть от свидетелей содержание посмертных распоряжений. Высшее развитие письменная форма получает в официальном написании акта (внесение в *Flur,-Lager,-Hypothekenbücher*, *Handelsregister*, записка в протокол), а удостоверение свидетелями – в официальном засвидетельствовании (*testam. comitiis calatis* [завещание перед созванным народным собранием], *judici oblatum* [завещание, переданное на хранение в суд], *in jure cession*, инсинуация).

Общими выгодами формы пользуются только лица, непосредственно соприкасающиеся с юридическим действием, стороны и судья, но влияние особенных простирается гораздо далее. В этом случае следует указать на публичность формального обряда, когда действие получает всеобщую известность. Посредством публичности, например, верители должника, который позволял себе

аррогировать<sup>98</sup>, получали возможность вовремя предъявить свои требования, и только когда аррогация перестала совершаться пред народным собранием и, следовательно, уничтожилась гарантия, заключавшаяся в самой форме, - для кредиторов родилась нужда в особой защите – *restitutio propter capitis deminutionem* [восстановление в первоначальном состоянии по причине изменения правового состояния]. Подобную же услугу доставляла родственникам завещателя древняя форма совершения завещания пред собранием народа (*testamentum in comitiis calatis*)<sup>99</sup>. Даже не разделяющий моей гипотезы, что народ вотировал о завещаниях, как о законах, и имел право отвергать несправедливые, жестокосердные распоряжения (*inofficiosa testamenta* [тот, кто нарушает завещание]), согласится, по крайней мере, в том, что огласка последней воли пред народным собранием представляла фактически известное обеспечение против оскорбительного злоупотребления свободой завещать. Еще при жизни своей злоупотребитель выставлялся на суд общественного мнения и подвергался реакции обиженных интересов. А когда потом возникла секретная форма завещаний и вместе с тем уничтожилось средство против зла, то неимение формы и здесь тоже потребовало содействия материального права (*querela inofficiosi testamenti* [жалоба, иск – дается необходимому наследнику, которого наследодатель не исключил из наследства надлежащим образом и не одарил на величину обязательной доли ля отмены завещания и для установления наследования помимо завещания])). Таким образом, форма может заменять собою материальные определения и своею особенностью объясняет иногда скудость их; а потому перемена, сделанная в формальном праве, отзывается и в

---

<sup>98</sup> *Arrogare* – усыновлять лицо *sui juris*, *arrogatio* – акт такого усыновления.

<sup>99</sup> В теперешнее время можно указать на оглашение при совершении брака. – Я не буду излагать здесь того, каким образом посредством формы достигаются фискальные, полицейские, статистические и т.п., словом государственные цели.



материальном, если происшедший пробел не может быть оставлен без восполнения.

Умолчу о значении публичности для системы кредита и о том влиянии, какое она имела в деле формы, а именно в действующем у нас торговом праве, но замечу, что так как особенные выгоды изменяются вместе со временем, местом и свойством формы, то я не хотел и не мог хотеть полного их изложения. Тем нужнее мне кажется обратить внимание на другой предмет.

### *3. Отношение между выгодами и невыгодами формы*

Объяснивши выгоды и невыгоды формализма, хотя мы и приблизились к разрешению вопроса о практическом его достоинстве, но отнюдь еще не разрешили вполне задачи. Для этого надобно показать преобладание тех или других.

Как выгодность приобретения внешних благ зависит от отношения прибыли к издержкам, так это же отношение определяет и практическое достоинство учреждения. Так! Но будем продолжать сравнение. Одна и та же вещь для различных лиц имеет различную цену; одному более, другому менее необходима, и издержки не везде одинаковы. Так же бывает и с юридическими учреждениями. Польза из возвышается и падает, смотря по настоятельности потребности, которой они удовлетворяют, смотря по условиям, среди которых они являются – курс, который дает им история, колеблется – словом, понятие практическое достоинство – есть относительное. А потому одно и то же учреждение в одном случае может оказаться столько же тягостным, сколько в другом благодетельным.

Выяснить это относительное достоинство формализма и показать моменты, его определяющие, будет предметом последующего изложения.

Уже поверхностный взгляд на историю обнаруживает, что практическое достоинство формализма относительно. Если оно абсолютно, то почему до сих пор оно не отыскано историей, другими словами, отчего пользование формализмом по различию прав так различно? При одинаковой годности, почему не быть и одинаковости пользования? Попросим ответа у истории.

Наше действующее право, освободив от формы контракты вообще, в виде исключения подчинило вексель наибольшей формальной строгости. Если заключение наше от пользования к годности справедливо, то выгоды формы для векселя или для целей и отношений, его создавших, должны иметь высшую цену, нежели для обыкновенных контрактов; там издержки покрываются, здесь нет. И в самом деле, это будет понятным, если взвесить, что торговый оборот совершается главнейше посредством векселей, а известно, как много значит для истинной торговли юридическая достоверность, как-то ясность, несомненность этого орудия обращения. Далее, с другой стороны для публики, оперирующей преимущественно векселями, т.е. для деловых людей в собственном смысле, невыгоды формы далеко менее ощутительны, нежели для мещанина и крестьянина, если бы вздумалось распространить форму на сделки обыкновенной жизни.

Для других юридических действий, как-то: для завещаний, передачи поземельной собственности, для учреждения ипотеки, земских сервитутов и т.д. новейшие права отчасти сохранили формы римского, отчасти учредили новые. Отношение между прибылью и расходом опять в этом случае является особенно благоприятным. Во-первых, форма значит здесь гораздо более, нежели в контрактах<sup>100</sup>, действие которых ограничивается контрагентами и, говоря относительно, исчерпывается в короткое время, тогда как

---

<sup>100</sup> То же, что о контрактах, надобно сказать и о передаче права собственности на движимые вещи.

сила актов, о которых мы говорим, может простираться далеко шире и во времени, и относительно лиц, которых они касаются. Сообразно с таким расширением, возрастает и значение удостоверения, доставляемого юридическому действию посредством формы. С другой стороны невыгоды тоже менее тягостны. Сделки, быстро отживающие, как напр. реальные и консенсуальные контракты, исключая товарищество, обыкновенно и совершаются без пространного приготовления; даже проволочка времени, происходящая от тяжелой формы, могла бы иногда помешать их заключению. Но иначе бывает в указанных нами актах. Они не идут спешно и не наступают настоятельно, но им предшествует большею частью значительное время на приготовление, размышление, переговоры<sup>101</sup>, и если присоединение формы несколько увеличивает медленность, то без всяких особенных последствий. Наконец они встречаются в жизни далеко не часто; на тысячу контрактов едва ли придется, может быть одно завещание, на сто случаев передачи собственности на движимые вещи едва ли один, относящийся к вещи недвижимой. Таким образом, объясняется и большая простота римской стипуляции сравнительно с манципацией и уступкой пред судом; формальная разница соответствовала материальной.

Итак, преобладание выгод или невыгод в формализме изменяется по различию юридических институтов, и форма, совершенно годная для одного, была бы неудобна для другого.

То же самое надобно сказать как относительно различных ступеней развития одного и того же права, так и относительно прав различных народов. Стесняйся римляне своими формами, так как затруднились бы мы в этом случае, они совсем разделались бы с ними; доказательством служит, что они действительно поступили так с отдельными видами форм, напр. с легисакционным процес-

---

<sup>101</sup> В издании 1860 года здесь стоит слово «приговоры» - явная опечатка; в оригинале – *Verhandlung* – «переговоры». – *Примеч. А.В.П.*

сом и позднее с формулами завещательных распоряжений. Следовательно, бремя не было тяжким, а это приводит нас к двум фактам, чрезвычайно важным для понимания относительного значения формализма вообще и для объяснения римского в частности. Во-первых, мы должны принять во внимание положение римской юриспруденции относительно народа, везде присутствие юристов в жизни и безмездность из услуг. Как дорого в настоящем смысле этого слова обошлись бы теперешнему гражданскому обороту римские формулы – дороже всего, если бы он захотел сберечь расходы за содействие юристов! Второй факт – это особая черта в характере римлян, принадлежащая им хотя и неисключительно, но более нежели всем нынешним народам, кроме англичан, - я говорю о том национальном влечении к формальным обрядам, которые я ниже назвал чувством формы (Formsinn); отсюда форма являлась для народа не чем-то навязанным извне, положительным, чуждым, но напротив того внутренне-необходимым, естественным, однородным.

Обращаюсь к заданному выше второму вопросу.

## **II. Исторические причины формализма**

[XLV<sup>a</sup>] Я уже сказал, что появление и существование формализма в истории нельзя объяснять только практической пользой, которую он приносит; попытаюсь теперь отыскать еще другие причины, содействующие его развитию.

Для этого мы должны различать два вида форм. Когда форма учреждается путем законодательным, то всегда имеется в виду определенная цель. Здесь форма одолжена своим существованием и внешним видом исключительно практическому мотиву; как вступающая в мир с определенной тенденцией не челе, она может быть названа преднамеренною (tendentiöse Formen).

Иными представляются формы, возникшие из жизни и народа, как-то все относящиеся к первым временам истории права. Я назову их наивными. Конечно, введение их без определенной цели и сознания, самостоятельное происхождение, а не учреждение со стороны (*dass sie nicht gemacht, sondern geworfen sind*), не исключает чувства практической пользы, которое бессознательно и инстинктивно могло влиять на их появление<sup>102</sup>. – Но с другой стороны надо признать бесспорно, что кроме этого и происхождению их, и дальнейшему существованию содействуют еще другие причины, что, следовательно, они различаются от форм преднамеренных не одним юридическим источником их возникновения (тогда отделение их в особую группу не имело бы основания). Верность нашей мысли может быть доказано многим. Во-первых, морфологическим видом таких форм, который несравненно полнее и богаче данного чисто практически-юридическим интересом (вспомним, например, римские брачные обряды), даже поэтому может противоречить последнему. Но всякое сомнение должно исчезнуть, когда мы видим, что эти формы встречаются в таких сферах, в которых не может быть речи о практической пользе формального обряда, как, например, в области религиозного культа, а это наблюдение может и должно привести нас на прямую дорогу, указывая нам, что формализм не есть явление специально-юридическое, но культурно-историческое вообще; в сфере права оно встречает только необыкновенно благоприятную почву, раскрывается с особенною силою.

Формализм в таком обширном смысле представляет собою необходимый момент в истории развития человеческого духа. Дух, связанный оковами чувственного, нуждаясь в проявлении чего-

---

<sup>102</sup> На это «бессознательное стремление к учреждению и развитию форм, присущее нации, в котором однакож действует потребность достигнуть полезных результатов», указывает Савиньи в своем *System*, В. 3, стр. 239. В *Obligationenrecht* Bd. 2, стр. 220 он говорит только, что такие формы «основаны на древнейшем народном обычае».

либо внутреннего, всегда прибегает к материальным способам выражения, к картинам в слове, к олицетворению в воззрениях на природу и религию, к эмблемам, символам и т.п., но точно также употребляет он и действия, чтобы своим чувствованиям, настроениям, гаданиям, решительным хотениям дать материально-субстанциальный, пластический образ. Таким образом, невидимое делается для него видимым, отдаленное близким, глубоко сокрытое выдвигается наружу. Это язык, ему понятный и восполняющий недостаток умения мыслить и говорить абстрактно. Одна естественность и необходимость такого языка объясняют, почему позднейший абстрактный период не в силах так выражаться, хотя бы употребил все свое искусство и размышление. Простой знак сам по себе часто раскрывает существо отношения лучше, представляет его ближе и сподручнее, чем все возможные слова. В пучках прутьев и секирах римских консулов скрывалось и для них, и для народа важная сторона консульского звания – прутья и секиры постоянно напоминали, что значило быть консулом; думаю, что не скажу много, если замечу, что без этого атрибута, смысл, который придавали консулы своей власти, положение их относительно народа, а следовательно и истории консульства и всего государства были бы другими. Чувственный способ выражения составляет оболочку, в которой мысли, идеи, воззрения, словом зерно духовной жизни, сообщаются такому организму, который не был бы в состоянии воспринять их в непокрытом виде. Конечно, он схватывает и обнимает, прежде всего, одно внешнее, наружный покров, но вместе с тем бессознательно принимает в себя и духовное семя, которое под влиянием времени даже на бесплоднейшей почве не может оставаться в оцепенении, но незаметно развивается, пускает из себя ростки, и доставляет духу если не ясное сознание, то по крайней мере темное гадание, говорит сердцу, двигает фантазию.

Знаки и действия, которые предназначены таким образом изобразить духовные предметы чувственно, называются обыкновенно символическими. Символ есть материальный способ выражения для чего-либо сверхчувственного, где изображаемое составляет тоже что-либо материальное, как например, когда в римском праве<sup>103</sup> поземельный участок при виндикации заменялся глыбой, или в германском при передаче владения (*traditio*) дерном и ветвью (*pars pro todo*)<sup>104</sup>, там, говоря точно, следует избегать слова символ (иначе даже картину, эскиз следует назвать символами предмета, который они изображают); в этом случае я буду употреблять, как термин, репрезентативное изображение. Копье было символом собственности, потому что выражало нечто внутреннее, духовное: юридическую власть и господство собственника, но шест, заменявший копье, был представителем, суррогатом его, но не символом<sup>105</sup>. Точно также подразумеваемое хождение к поземель-

---

<sup>103</sup> Gaj. IV, 17 [Если вещь была такова, что без неудобств нельзя было доставить ее в суд, например, если это была колонна здания, стадо какого-либо скота, то брали часть спорного предмета и затем над принесенным предметом происходила мнимая борьба, как если бы налицо был весь предмет. Таким образом, из стада в суд приводили или одну овцу, или козу, или даже брали шерсть животного, которую и приносили в суд. От корабля и колонны отламывали какую-либо часть. Равным образом, если спор шел относительно земли, здания или наследства, то брали часть сего и приносили в суд и над этой частью происходила виндикация, как если бы налицо был весь спорный предмет; из земли, например, брали глыбу ее, из дома – черепицу, а если спор шел о наследстве, то равным образом брали из него вещь или какую-либо часть его...].

<sup>104</sup> Michelsen *uber die festuca notata und die germanische Traditionssymbolik*. Jena 1856.

<sup>105</sup> Gaj, IV, 16 [При вещных исках виндицировались движимости и одушевленные предметы, которые только можно было доставить в суд, перед претором следующим образом. Тот, кто виндицировал, держал прут; затем схватывал вещь, например, раба, и произносил следующее: «я утверждаю, что этот раб, согласно приведенному основанию, мой по квинритскому праву, и вот я налагаю на тебя мой прут», причем он клал на раба прут. Ответчик произносил также слова и делал то же самое. После того как оба виндицировали, претор провозглашал: «отпустите этого раба». Стороны повиновались. Виндицировавший истец спрашивал противника, а этот в свою очередь спрашивал первого следующим образом: «прошу тебя сказать, на каком основании ты виндицировал?», тот отвечал: «я доказал мое право, как наложил прут», тогда тот, кто первый виндицировал, произносил: «на случай, если ты незаконно виндицировал, я вызы-

ному участку, которого при виндикации претор требовал от тяжущихся<sup>106</sup>, было действием мнимым, а не символическим, потому что представляло и заменяло собою нечто внешнее: действительное хождение. Следовательно, и акт *per aes et libram* [с помощью меди и весов], указывавший тоже на внешнее явление – продажу в древней форме, нельзя назвать символическою продажей. В таком случае, пожалуй, 30 ликторов, представлявших в позднейшее время при аррогации 30 курий, надо бы считать символическим народным собранием. Но когда раб, получая вольную, должен был обернуться, то символическое действие существовало несомненно: перемена во внешнем его положении (*status* в естественном смысле) должны была выразить перемену духовного состояния (*status* в смысле юридическом). Впрочем, я не буду спорить, что в отдельных случаях границы между символическими и репрезентативными действиями могут быть чрезвычайно сглажены, но для нас гораздо важнее установить, нежели строго провести различие; интерес его объяснится из последующего.

Итак, как сказано уже, символы и символические действия составляют собственно язык наивного духа – они суть иероглифы, которые он употребляет, потому что не изобрел еще букв для абстрактного выражения; отсюда цветущая пора их совпадает с наив-

---

ваю тебя на представление сакраментальной суммы в пятьсот ассов». Противник также говорил: «равным образом и я тебя». Конечно, если спор был о вещи, стоимость которой была меньше тысячи ассов, то назначали залог в пятьдесят ассов. Затем следовало то же самое, что происходило при личном иске. После этого претор разрешал в пользу одного или другого вопрос виндий, т.е. он присуждал владение вещью на время спора из-за собственности кому-либо из тяжущихся, которому и приказывал гарантировать противнику владение вещью, т.е. целостность вещи и доходы с нее. Обеспечение исправной уплаты сакраментальной суммы получал от обеих сторон (истца и ответчика) сам претор, так как она поступала в государственную кассу. Палочку или прут употребляли вместо копья, как символ законного доминия, так как полагали, что самая бесспорная собственность та, которую захватили у врага. Вот почему (при разбирательстве дел) в центумвиральной коллегии выставлялось копьё.]

<sup>106</sup> Cic. pro Murena 26: *Inite viam...redite viam.*



ным периодом. Однакож дух прибегает к этому языку знаков не по нужде только, не из одного бессилия и неумения в абстрактном выражении; его побуждает к тому еще богатое смыслом удовольствие, поэтическое наслаждение, находимое в чувственном образе духовного, словом прелесть пластики мысли. Это доказывается следующим. Во-первых, чувственное изображение замечается не только в мыслях, своей глубиной заставляющих употреблять его. Напротив, духовная основа часто до того проста и бедна, что и в средства языка мало развитого были бы совершенно достаточны для ее формулирования. Даже во многих формах – вспомним например репрезентативные – вовсе нет мысли. Во-вторых, если бы действовала одна необходимость, то успехи в духовном развитии или иначе в образовании языка – так как приобретаемое духом выражается словом – мало по малу должны бы вытеснить язык формы, высокая культура должна бы изгнать все остатки наивного периода, и форма, не оправдываемая практическим интересом, как например, бывает в области права, уступила бы место голой, сухой, отвлеченной мысли. Но этого мы не видим, хотя я и не отвергаю, что перемена в духовной атмосфере оказывает тут большое влияние.

Следовательно, дух, стремясь к выражению себя, прибегает к формализму не из одной нужды; основание формы нужно искать не в одном первоначальном несовершенстве языка. Напротив, к этой первой причине ее исторического происхождения, прекращающейся с детским возрастом народа, присоединяется еще другая, далеко переживающая последний. Это только что указанное мною удовольствие, производимое внешним, наслаждение, находимое в чувственном, - то, о чем я упомянул выше под названием чувства формы.

Сила притяжения, обнаруживаемая формой на дух человеческий, проявляется разнообразно. Пластикой и драматизмом, кото-

рыми умеет она украсить явления жизни, пленяя поэтическое чувство в эстетическом отношении, она увлекает трезвую, рассудочную способность со стороны практической, как-то порядком, правильностью, симметрией, точностью человеческой деятельности. Наконец там, где участвует сердце, форма действует на него со стороны этической, она наполняет душу важным и торжественным, возвышает действующего над самим собою, и чисто индивидуальное и преходящее в его положении возводит на высоту акта, имеющего общечеловеческое, типическое значение, ставит человека в невидимое общение с людьми, ему предшествовавшими и последующими.

Это разнообразие точек притяжения, находимых в форме духом человеческим, влияет на особенный вид, который она принимает, смотря по различию народов и степеней культуры и по различию областей, кругов и сфер человеческого мышления, чувствования и жизни. У народа с преобладающею рассудочною способностью формы образованы иначе, нежели у того, который отличается особенною склонностью к поэзии; формы права иначе, нежели религиозного культа. Присоедините к этому далее некоторые элементы, чуждые форме самой по себе: более консервативный или подвижный характер народа или круга, местную замкнутость (например, горных жителей), нарочное обособление (например, цехов в прошлых веках), наконец влияние религии (католицизма и кальвинизма).

Перехожу теперь к явлению, чрезвычайно важному для правильного понимания существа и причин формализма и более всего подтверждающему мое мнение о силе, которую, как я сказал, обнаруживает форма над душой человека. Я разумею происхождение, иногда продолжение форм, с самого начала не имевших никакого значения, или потерявших его — следовательно, почитание голой, сухой формы только потому, что она форма.

Так в римском мире, в его праве, обыкновениях жизни, религиозном ритуале, а также в нынешней Англии мы часто встречаемся с особенным родом форм, которые я назову отсталыми (*residuäre*). Вот как они образовались: учреждения, действия, условные приемы или элементы их, которые первоначально не имели в себе ничего формального, но были даны существовавшим порядком жизни, состоянием фабрикации, ремесел, земледелия, модою и т.п., для известных обстоятельств и отношений удерживаются потом в качестве обрядов, будучи вытеснены уже в обыденном ходе вещей изменившейся модою и успехами техники. Таким образом, то, что сначала вовсе не имело формального характера, а представляло собою текучую, свободную сторону жизни, делается формою в полном смысле слова – это окаменелая часть прошлого, которая часто странно торчит из уровня позднейшего времени. Известно, что оратор нижней палаты в Англии, придерживаясь старины, носит до сих пор огромный парик; исчезнув с других голов, он остался на голове оратора, как парик отсталый. На континенте подобный пример представляет Гамбург, который в известных случаях, например при погребении, тоже оставил у себя отсталые парики.

Из зерновых хлебов в древнейшее время обрабатывалась римлянами или их предками полба (*far*), в пищу приготавливалось тесто (*puls*). В действительности они давно уже заменились другими сортами и способами приготовления, но в религиозном ритуале, а именно при совершении брака, посредством конфарреации<sup>107</sup>, их придерживались строго. В древнейшее время, за неимением ножей и ножниц, резали копьем, и жених при совершении брака также употреблял копье для обрезания волос невесты. Везде уже вышло оно из употребления, но удержалось в руках жениха, как и прежде (*hasta caelibaris*). То же было с платком невесты (*flammeum*). Мода

---

<sup>107</sup> *Confarreatio* [*far* – полба, вид пшеницы], религиозный свадебный обряд, связанный с принесением в жертву Юпитеру хлеба из полбы.

давно знала лучшие ткани, но невеста на свадьбе и жрица должны были соблюдать древнюю форму<sup>108</sup>. До введения чеканенной монеты надобно было взвешивать металл, монета избавляла от этого. Но в нексуме и манципании удержали если не взвешивание, то, по крайней мере, медь и весы.

Во всех этих случаях, которые можно представить во множестве, форма с первого же появления своего не имела никакого внутреннего значения, будучи простым осадком прошлого, чистой *carut mortuum*. Что же содействовало жизни ее в виде формы? Неужели она *vis inertia*, сила обычая? Как бы ни говорили, но сила обычая предполагает тут склонность к форме в субъективном отношении. при равнодушии духа к моменту внешнего, старое, уступив место новому в существе вещи и на деле, конечно перестало бы существовать и формально. Впрочем, весьма возможно, что отсталые формы, которых историческое происхождение затерялось, получая другой смысл, переходят в символические, и я убежден, что множество форм, считающихся символическими, первоначально были только отсталыми<sup>109</sup>.

Подобно тому, как в отсталых формах, часть прошедшего совершенно в том виде, как была, окаменевают в образе формы, так в формах репрезентативных, если можно так выразиться, сохраняется, по крайней мере, воспоминание о прошлом. На место прежнего, которое должно быть оставлено в целом или в части, поставляется более удобное, более современное подражание, но только в простоя значении формы, единственно ради внешности, - это уступка, посредством которой привязанность ко внешнему мирится с требованиями времени.

---

<sup>108</sup> Об этих заимствованных из свадебных обрядов примерах ср. Rossbach Untersuchungen über die röm. Ehe, стр. 104, 282, 291. Другой пример у Плиния Hist. Nat. XXXIII, с. 4: quo argument etiam nunc sponsae muneri ferreus annulus mittitur isque sine gemma.

<sup>109</sup> Так, например упоминаемое у Пухты, Curs der Instit. В. 2, § 162, Note m, нельзя так строго отвергать, как отвергает он.

Покуда римское владычество ограничивалось маленьким городским округом, претору легко было при виндикации поземельного участка отправляться вместе с тяжущимися на место спора. С распространением территории за известный предел потребовалось отменить существовавший порядок. Но приноравливаясь к необходимости, в то же время старались сохранить вид и воспоминание прежнего учреждения. Теперь поземельный участок на суде должна была представлять глыба земли, приносимая тяжущимися. Вместе с тем можно было удержать обряды и формулы, обуславливавшиеся присутствием суда на месте спора. Аррогация в древнейшее время происходила в куриальных собраниях при содействии понтификсов, посредством формального народного постановления. Учреждение это тоже не могло удержаться, и как кажется по весьма простой причине, что народ, потеряв интерес, перестал посещать собрания. Известно, что аррогация совершалась потом одними понтификсами – нечего говорит, что ликторы не имели самостоятельного и решительного голоса – но как некогда требовалось постановления куриального собрания, то представителями 30 курий сделали 30 ликторов. В существе вещи прежнее учреждение было оставлено, но внешний вид сохранен до известной степени.

Обращаюсь теперь к *дальнейшему существованию* форм, *утративших* значение. Репрезентативные формы, только что изложенные нами, занимают как бы средину между этим новым и прежним видом; представляя собою форму морфологически новую, они приближаются к первому, но, являясь с другой стороны только подражанием формам существовавшим, они подходят ко второму.

Рассматриваемое нами явление – существование внешнего в виде пустой формы, лишенной внутреннего смысла, встречается в формах и учреждениях: в символах, которые пережили себя, т.е. когда они в субъективном отношении или сделались непонятными,

или не находят более веры: в учреждениях, утративших практический смысл и значение, например, когда свободное действие превращается в необходимое<sup>110</sup>, или когда действие, требуемое законом, судебным решением или договором, на самом деле заменяется другим<sup>111</sup> и т.п. как последний остаток прежнего учреждения, удерживается часто голое, пустое слово, формула, имя, между тем существо дела совсем переменялось. Вино, приносившееся в храм Опса (Ops), как передает нам Макробий<sup>112</sup>, вносилось туда не под

---

<sup>110</sup> Например, санкция, принадлежавшая куриальным комициям Liv. 1, 17 id sic ratum esset si patres auctores fierent. Hodie quoque in legibus magistratibusque rogandis usurpatur idem ius, vi adempta (т.е. с уничтожением права отказывать в даче auctoritas); priusquam populus suffragium ineat, in incertum comitiorum euentum patres auctores fiunt [прежде чем народ приступает к голосованию, при еще неясном его исходе, отцы заранее дают свое утверждение], tutela mulierum testamentaria [опека над женщинами] позднейшего времени. Gaj, I, 190-192 [190. Но кажется, что назначение опеки над женщинами, достигшими совершеннолетия, не имеет справедливого основания, ибо, по общему мнению, женщины состоят под опекою лишь потому, что по своему легкомыслию подвергаются большей частью обману, а потому было бы справедливым, чтобы они оставались под надзором опекунов. Последний довод, однако, кажется, скорее мнимый, нежели действительный; ибо женщины ведь, достигшие совершеннолетия, сами занимаются своими делами, а в некоторых случаях опекун только для формы изъявляет свое согласие; часто опекун даже против своей воли принуждается претором давать соизволение. 191. Вот почему женщине и не предоставляется против опекуна никакой судебной защиты по делам опеки. Но когда опекуны занимаются делами несовершеннолетних обоого пола, то этим, после их совершеннолетия, они дают на суде отчет в своей опеке. 192. Конечно, законная опека патронов и родителей (агнатических восходящих) считается имеющею некоторое значение вследствие того, что опекунов нельзя принуждать к тому, чтобы они давали соизволение на составление завещания, на отчуждение *res mancipi*, на принятие обязательств, за исключением разве того случая, когда представляется важное обстоятельство для отчуждения *res mancipi*, или принятия на себя обязательств. И все это установлено было в пользу самих опекунов, именно чтобы они не исключались от наследства в силу завещания, так как они делаются наследниками женщин, умерших без завещания, и чтобы вследствие отчуждения наиболее ценных вещей или принятия на себя чужого долга не досталось им слишком уменьшенное наследство], присяга на подданство и т.п.

<sup>111</sup> Например, материальное возмездие денежным штрафом, рогатый скот и овцы, к которым присуждала multa определенную законом суммою. В некоторых местах (например, в Швеции) и теперь еще в известных случаях назначается смертная казнь, заменяемая на практике незначительным денежным штрафом или таким же тюремным заключением.

<sup>112</sup> Saturn. I, 12. Для либаций [libare – возливать, приносить в жертву] Церере тоже не

настоящим именем, а назвалось «молоком», сосуд назывался «медовым горшком», это указывает, что первоначально допускались в храм только молоко и мед. Места высших судей в Англии замещались прежде только лордами, это потом переменялось, но название и обращение: лорд верховный судья, сохранились до настоящего времени.

Такая привязанность к привычной форме, лишенной всякого внутреннего смысла, такое поклонение пустой внешности представляется с первого взгляда чем-то истинно бессмысленным, порицаемым и поверхностная мудрость анализирующего периода, начиная с самого Цицерона, находила в этом обоготворении формы широкое поле для остроумия. Но было бы достойнее понять истинное значение предмета, а не осыпать его насмешками. Я решительно вижу в этом одно из самых важных явлений в истории культуры.

Известно, что прочность и твердость прогресса зависят от исторической преемственности, от внутренней связи прошедшего с настоящим. Но к числу нитей и связей, поддерживающих эту преемственность, принадлежит именно форма; внутренние, материальные, исторические точки соединения ускользают более или менее от взоров толпы, вращаясь в маленьком кружке людей, просвещенных знанием, тогда как форма, будучи чем-то осязаемым и постоянно повторяющимся, является главнейшею поддержкою народного сознания о преемственности исторического развития. Чем более отразилась в формах какая-либо особенность из времени, которая потом исчезла, как, например, государственное устройство, нравы, мода и т.п., чем более, следовательно, привлекают они наблюдателя своею странностью и, подобно исчезнувшим одеждам и модам в портретах предков, вызывают в нем чувство *исторической*

*перспективы*, тем более *связывают* они с прошлым, представляя его наглядно и характеристично; форма возбуждает и поддерживает в народе воспоминание былого, память дедовских времен и производит, таким образом, то умеренное направление и осторожность в практических вопросах настоящего, которым мы по справедливости удивляемся в древних римлянах и англичанах. Привязанность даже к отжившим формам есть и следствие, и неиссякаемый источник исторического смысла, без которого еще не удалась ни одна прочная постройка в сфере государства и церкви.

К этому первому основанию, изучающему исторический смысл любить, ценить и холить одну голую форму, к этому, если можно так выразиться, общему ее педагогическому значению для характера народа, присоединяется другое, а именно консервативное влияние формы на идеи, учреждения и т.п., которым она служит выражением. Чем более развита в них формальная сторона, тем крепче их жизненная сила. Посредством формы бытие идей и учреждений плотно скрепляется и связывается с материальным миром, внешним образом жизни, привычкой глаза, силой внешнего обычая. Уже при обычном ходе вещей этим обеспечивается и укрепляется жизнь и сила их; но в случаях чрезвычайных драгоценное значение стойкости, полученной ими, выступает в полном блеске. Для всех идей – бывает пора временного равнодушия и холодности, утомления и отдаления от них, время испытания и опасности, когда идет вопрос о том, быть или не быть. Идеи, предоставленные собственным силам, т.е. не поддержанные устойчивостью формы, умирают вместе с потерей нравственного господства над умами, отживают, затерявшись в народе, и когда неприязненный поток времени пробежал уже, надобно опять новой борьбы для вызова их к жизни, новых родов и мук роженицы. Но совсем иное бывает, если они воплотились в стойкие внешние формы, так как форма, подобно всему низшему, живуча сравнительно с высшим;



она имеет способность прозябать, т.е. жить без смысла, что невозможно для идеи. Когда идея, выразившаяся в форме, уже уступила место иной, то форма в это время, равнодушно оставляемая в качестве одной внешности, употребляемая без мысли, продолжает прозябать, пустая изнутри себя и без пользы, по-видимому. Между тем нередко выступают на сцену носящие название мудрых и рассудительных, и, называя подобный факт ложью и обманом, кричат, чтобы сгнившее и мертвое внутри в свою очередь было предано погребению. Но если народ привязан к форме, т.е. наделен чувством ее, как выразился я выше, то управляемый верным инстинктом, он не так легко разделяется с формами, заклеяменными именем мертвых. И справедливо! предполагаемая смерть формы, ее бездыханность есть между тем только кажущаяся – это замирание на зиму в пустынной, бедной норе, прекращающееся с первым дуновением весеннего ветерка. На «мертвой» форме здесь зиждется вся надежда жизни. Покончить с нею не значит схоронить бездыханное тело, а просто на просто уничтожить личинку, в которой крылась бабочка.

Таким образом, форма, лишенная, как кажется, всякого смысла, напротив, представляется в высшей степени полезною, доставляя идее неоцененную услугу. Прозябание ее делается в руках истории специфическим средством связать прошедшее с настоящим и обеспечить преемственность исторического развития. Хотя в большей части случаев то, что кажется мертвым, действительно мертво, хотя дух и жизнь не возвращаются более в бездыханные формы, - но желающий избежать опасности, чтобы смерть наружную не принять за действительную, достигнет своей цели только тогда, если в сомнительных случаях видимую им смерть почитает за кажущееся явление.

Наше изложение показало, - я сморю с одной точки зрения на его обе части, - что привязанность к одной форме не составляет че-

го-либо внешнего и пустого, а является следствием и существенной поддержкой стремления к преемственности развития. Поэтому привязанность эту мы и встречаем преимущественно у тех народов, которые отличаются таким стремлением, а именно также и у римлян.