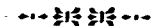


Р. Јерингъ.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА.

Переводъ съ нѣмецкаго

Ф. С. Шендорфа.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

1905.

Дозволено цензурою С.-Петербургъ 1 іюня 1905 г.

Типо-Литографія А. Г. Розена (А. Е. Ландау) Театр. площ. 2.

§ 1. Разница между обыденнымъ и юридическимъ пониманіемъ.

Semina nobis scientiae
natura dedit, scientiam
non dedit. Seneca ep. 120
(lib. 20, 3 § 4).

То, что должно каждаго профана убѣдить въ его невѣжествѣ, разъясненію чего я и посвящу поэтому главное вниманіе—составляетъ *юридическій методъ*. Юристу, собственно, ничего не должно было бы быть болѣе знакомо, чѣмъ этотъ методъ, такъ какъ онъ именно и создаетъ юриста. Между тѣмъ, можно безъ преувеличенія утверждать, что дѣйствительнаго *сознанія* метода совершенно нѣтъ у большинства юристовъ, и что наша наука знаетъ всякіе другіе законы лучше, чѣмъ *законы ея самой*. Изъ практики и въ своемъ примѣненіи юридическій методъ очень хорошо знакомъ юристамъ, но онъ является у нихъ скорѣе дѣломъ чувства и привычки, нежели сознанія. Если бы имъ приш-

¹⁾ Настоящая работа представляетъ собою отрывокъ изъ знаменитаго труда Іеринга „Geist des Römischen Rechts“ (т. II, ч. 2, 1883 г.). „Юрид. техника“ является, собственно, введеніемъ къ *техникѣ* древняго римскаго права.

Прим. перев.

лось указать, въ чемъ заключается его сущность, чѣмъ способъ, которымъ юристъ обсуждаетъ правовыя отношенія, отличается отъ способа обсужденія неюристовъ, что составляетъ задачи, средства и основные законы юридическаго метода — отвѣтъ получился бы крайне скудный: онъ врядъ-ли заключалъ бы въ себѣ что-либо иное, чѣмъ общепринятую фразу объ „арифметикѣ понятій“. Даже римскіе юристы, эти виртуозы въ практическомъ примѣненіи юридическаго метода, все же, сколько намъ извѣстно, не создали и зародыша теоріи этого метода, ни намекъ на его цѣль и задачи, ни разъясненія, даже ни упоминанія объ основныхъ положеніяхъ его:—новое подтвержденіе старой истины, что правильное примѣненіе и даже высшее процвѣтаніе искусства не обусловлено научнымъ познаніемъ его законовъ и самой сущности его.

Если я теперь, прежде чѣмъ перейти къ *римской* техникѣ, берусь по мѣрѣ собственныхъ силъ восполнить этотъ пробѣлъ и дѣлаю для того предметомъ своего изслѣдованія *сущность и основные законы юридической техники*, то прошу не упускать изъ виду, что это изложеніе имѣетъ своей цѣлью лишь подготовить читателя къ пониманію техники древняго римскаго права. Нельзя, слѣдовательно, искать въ немъ ничего такого, чего я *здѣсь* не могу дать, если не хочу упустить изъ виду своей цѣли; въ данномъ мѣстѣ разсужденія о призваніи юриспруденціи, не вызываемая степенью развитія *древняго* римскаго права, были бы преждевременны и неумѣстны. *Позднѣйшее* развитіе римской юриспруденціи, представитъ мнѣ достаточно случая наверстать недостающее и дать

читателю наглядную картину зрѣлой, утонченной техники вполне развитой юриспруденціи. Здѣсь же рѣчь идетъ прежде всего о *начальномъ обученіи* юридическому искусству, ибо само искусство начинается въ исторіи повсюду съ основныхъ началъ.

Теорія техники, которую я предлагаю на послѣдующихъ страницахъ, хотя и построена на наблюденіи надъ *римскимъ* правомъ, тѣмъ не менѣе имѣетъ значеніе общей истины. Какъ въ основѣ тѣхъ явленій, мимо которыхъ насъ велъ предыдущій отдѣлъ, при всей національно-римской формѣ, которую предметъ тамъ принялъ, все же лежали мотивы, имѣвшіе значеніе общей истины, т. е., задачи, рѣшить которыя должно пытаться *каждое* право, такъ и здѣсь,—потому что не только сама задача, о которой идетъ тутъ рѣчь, является абсолютно необходимой, является проблемой, вызванной конечными цѣлями права, но и самый способъ ея рѣшенія римлянами долженъ быть признанъ, несмотря на всю его римскую форму, по существу абсолютно правильнымъ, заимствованнымъ изъ самой сущности вещей. Съ той же несомнѣнной увѣренностью, съ которой можно утверждать, что основныя положенія математическаго метода останутся всегда неизмѣнны, можно то же самое утверждать и для юридическаго метода. Путь, которымъ пошло старое римское право—путь юриспруденціи вообще; онъ такъ же мало римскій, какъ тотъ, которымъ шли въ математикѣ Эвклидъ и Архимедъ—путь греческій. Зачатки юридическаго метода находятся во всѣхъ правахъ, даже ранѣе періода научной юриспруден-

денціи; слава римлянъ заключается лишь въ томъ, что они не остановились на однихъ зачаткахъ, а рѣшили эту задачу въ полномъ объемѣ, въ томъ смыслѣ и томъ духѣ, въ какомъ они ее разъ поняли. *Юридическій методъ не является чѣмъ-то извнѣ зансеннымъ въ право, а напротивъ, требуемымъ съ внутренней необходимостью самимъ же правомъ единственнымъ способомъ вѣрнаго практическаго владѣнія имъ.* Историческимъ тутъ является не методъ самъ по себѣ, а лишь искусство и талантъ, съ какимъ онъ примѣнялся тѣмъ или другимъ народомъ.

Извѣстно повсюду повторяющееся явленіе, что знакомство съ правомъ, по достиженіи послѣднимъ извѣстной степени развитія, все болѣе и болѣе исчезаетъ у толпы и становится предметомъ особаго изученія, хотя и не обязательно научнаго, не обязательно предметомъ школьнаго преподаванія; но суть дѣла въ томъ, что необходимое знакомство съ правомъ, достававшееся прежде всякому безъ труда, отнынѣ требуетъ особаго вниманія, желанія и усилія. А такъ какъ не всякій можетъ себя посвятить этому труду, то все больше и больше развивается въ отношеніи знанія права тотъ контрастъ, который мы называемъ въ его конечной формѣ противоположностью между юристомъ и профаномъ. Появленіе юриста въ исторіи обозначаетъ тотъ фактъ, что право уже вышло изъ періода дѣтства и наивнаго существованія; юристъ—продуктъ и глашатай этого неизбежнаго поворота въ жизни права. Но не юристъ вызываетъ этотъ поворотъ, а поворотъ—юриста; профанъ не отстуетъ на задній планъ, потому

что юристъ оттѣсняетъ его, а, наоборотъ, юристъ выступаетъ впередъ, потому что профанъ въ немъ нуждается. Этотъ процессъ развитія и связанное съ нимъ удаленіе права отъ профановъ часто разсматривали, какъ печальный фактъ: исторія науки и законодательства сообщаетъ о многихъ попыткахъ заполнить пропасть между юристами и профанами или, по меньшей мѣрѣ, перебросить для послѣднихъ удобный мостъ къ юриспруденціи. Тщетное поползновеніе, безсильное возмущеніе противъ исторіи! Фактъ, который тугъ хотятъ вычеркнуть изъ исторіи; не что иное, какъ осуществленіе въ области права общаго культурнаго закона,—закона раздѣленія труда, и подобно тому, какъ сопротивленіе этому закону въ другихъ областяхъ безсильно и безумно, такъ точно безсильно оно и здѣсь.

Причина, почему для не-юриста при развитомъ правѣ становится невозможнымъ знаніе и примѣненіе его, заключается не столько въ томъ, въ чемъ именно профанъ склоненъ будетъ искать ее—въ *обилии* матеріала, сколько въ его качествахъ и вызванной этимъ своеобразной трудности владѣнія имъ и примѣненія. Право не есть простая масса *законовъ*, а нѣчто совершенно иное (объ этомъ см. т. I „*Geist des röm. Rechts*“, стр. 36—43). Законы можетъ не-юристъ также хорошо изучить, какъ юристъ, но чтобъ понимать и примѣнять *право*, для этого недостаточно одного здраваго разума, а необходимы еще: 1) приобретаемая лишь многолѣтними усиліями и упражненіями своеобразная *способность восприниманія*, особая искусство отвлеченнаго мышленія, юри-

дическая *интуиція, воображеніе*, 2) умѣлость въ обращеніи съ юридическими понятіями, способность легкаго перевода понятій изъ области отвлеченнаго въ область конкретнаго и наоборотъ, вѣрный глазъ, безошибочность при раскрытіи праваго понятія въ данномъ правовомъ казусѣ (*юридическій діагнозъ*), словомъ—*юридическое искусство*. Оба эти условія мы обнимаемъ выраженіемъ *юридическое образованіе*. Оно и есть то, что отличаетъ юриста отъ профана, а не количество познаній; оно опредѣляетъ цѣну юриста, а не степень *учености*. Поэтому можно при посредственномъ знаніи быть отличнымъ юристомъ и, какъ показываетъ часто примѣръ ученыхъ теоретиковъ, при большемъ знаніи—довольно слабымъ. Никакое другое занятіе правомъ, какъ бы цѣнно оно ни было, какъ напримѣръ, историко-юридическое и юридико-философское, не можетъ замѣнить недостатокъ въ означенныхъ условіяхъ; даже, какъ высоко ни ставить знанія такого рода, *юридическими* ихъ нельзя назвать ¹⁾).

1) Гегель, *Rechtsphilosophie* § 215 говоритъ: „словіе юристовъ, обладающее особымъ знаніемъ законовъ, часто разсматриваетъ это, какъ свою монополію и думаетъ, что кто къ этому званію не принадлежитъ, тотъ и не долженъ разсуждать. Но подобно тому, какъ никто не долженъ быть сапожникомъ, чтобы знать, годятся-ли ему сапоги, такъ и никто, вообще, не долженъ, принадлежать къ ремеслу, чтобы имѣть свѣдѣнія о предметахъ, представляющихъ общій интересъ“. Судить о томъ, годятся-ли сапоги, никто не запретить тому, кто ихъ долженъ носить; иное дѣло, долженъ-ли сапожникъ выслушивать отъ него указанія, какъ дѣлать сапоги. Отъ Гегеля, Сталя, Тренделенбурга я въ извѣстномъ направленіи научился большому, чѣмъ изъ цѣлой массы чисто юридическихъ сочиненій, но

Юридическое образованіе, хотя и *приобрѣтается* на отдѣльномъ положительномъ правѣ, тѣмъ не менѣе не связано съ послѣднимъ, не живетъ съ нимъ неразрывной жизнью. Если бы было иначе, юристу пришлось-бы дрожать при мысли о томъ, что нынѣшнее право, а вмѣстѣ съ тѣмъ и его личное значеніе, какъ юриста, будетъ измѣнено. На самомъ дѣлѣ юристъ на отдѣльномъ правѣ изучаетъ не только *это* право, но вмѣстѣ съ тѣмъ и *право вообще*, подобно тому какъ тотъ, кто изучаетъ *одинъ* языкъ научнымъ образомъ, вмѣстѣ съ тѣмъ получаетъ представленіе о сущности, законахъ и проч. *языка вообще*. Рядомъ со своимъ чисто положительнымъ знаніемъ, знакомствомъ съ *даннымъ* правомъ, юристъ обладаетъ еще другимъ высшимъ, болѣе общимъ знаніемъ, не прикованнымъ къ землѣ, обладаетъ достояніемъ, которое не можетъ у него отнять или обезцѣнить никакая перемѣна права и мѣста, и обладаніе имъ-то и есть собственный цвѣтъ, лучший плодъ жизни, посвященной праву. Юридическое образованіе выходитъ далеко за предѣлы какого-нибудь отдѣльнаго мѣстнаго права, въ немъ встрѣчаются, какъ на нейтральной, международной почвѣ юристы всѣхъ мѣстъ и царствій. Предметы ихъ познаній, учрежденія и права отдѣльныхъ странъ различны, но способъ разсматривать ихъ и понимать одина-

.....

техникъ права специалистъ-философъ долженъ учиться у специалиста—юриста, если онъ не хочетъ въ важныхъ вопросахъ совершенно ложно судить или, лучше говоря, онъ долженъ свое сужденіе подчинить сужденію юриста, ибо дѣйствительное сужденіе возможно здѣсь получить только на основаніи примѣненія и опыта.

ковъ: *настоящіе юристы всѣхъ странъ и всѣхъ временъ говорятъ однимъ и тѣмъ же языкомъ.* Юристы понимаютъ другъ друга, но юристъ и профантъ, даже если они говорятъ о своемъ отечественномъ правѣ, подчасъ съ трудомъ могутъ понять другъ друга. Пропастъ, отдѣляющая образованнѣйшаго не-юриста отъ любого нынѣшняго юриста, несравненно больше, чѣмъ та, которая была-бы между юристомъ древняго Рима и юристомъ англійскимъ, никогда ничего не слыхавшимъ о римскомъ правѣ. Отъ англійской юриспруденціи, при всемъ ея незнакомствѣ съ римскою, вѣтъ почти тѣмъ же духомъ, что отъ послѣдней. То же пользованіе формой, тотъ же педантизмъ, тѣ же обходы и симулятивные сдѣлки; не отсутствуютъ даже фикціи. Пониманіе этого, правда нѣсколько тяжеловѣснаго и курьезнаго вида юридической техники (его можно было бы назвать юридическимъ рококо) настолько чуждо не-юристу, что онъ вызоветъ у него лишь удивленіе, пожалуи даже улыбку; юристъ же пойметъ это сейчасъ. Но и оставляя совершенно въ сторонѣ эти, принадлежація низшей ступени развитія, формы юридической техники, юридическое мышленіе, какъ таковое, всегда останется для не-юриста чѣмъ-то чуждымъ, непонятнымъ. Что юристъ видитъ тамъ, гдѣ не-юристъ замѣчаетъ лишь одинъ актъ, два акта ¹⁾, или устанавливаетъ тамъ, гдѣ не-юристъ

¹⁾ Такъ, напр., въ томъ случаѣ, когда должникъ по порученію кредитора платитъ з-ьему лицу: 1) произведенный въ лицѣ этого з-ьяго лица платежъ должника кредитору, 2) заключенную между кредиторомъ и з-ьимъ лицомъ и осуществленную приведеннымъ актомъ платежа

вообще никакого акта не видитъ, одинъ или нѣсколько актовъ ¹⁾ и, наоборотъ, тамъ гдѣ съ внѣшней стороны, дѣйствительно, налицо какой-нибудь актъ, совсѣмъ не признаетъ его или понимаетъ его въ совершенно иномъ видѣ, чѣмъ въ какомъ онъ представляется извнѣ ²⁾; что онъ сдѣлки, съ внѣшней стороны совершенно одинаковыя, разсматриваетъ, какъ различныя ³⁾,—все это покажется не-юристу неестественнымъ. Между тѣмъ во всѣхъ этихъ случаяхъ мы имѣемъ предъ собою не какой-либо своеобразный способъ мышленія *римскихъ* юристовъ, а взгляды и рѣшенія столь убѣдительною юридически-логической послѣдовательности, что всякая иная юриспруденція должна была бы также къ нимъ прійти.

сдѣлку (будетъ ли это также *solutio* или дареніе, заемъ или какая-либо иная сдѣлка), l. 44 de solut. (46, 3): *In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento.* Такие-то случаи имѣетъ въ виду замѣчаніе юриста въ l. 3 § 12 de don. i. v. et u. 24, 1): *celeritate conjungendarum inter se actionum man actionem occultari.*

¹⁾ Такъ, напр., въ томъ случаѣ, когда арендаторъ покупаетъ вещь отъ собственника—традицію отъ перваго второму, и отъ этого назадъ къ первому (*traditio brev manu*); противоположный ходъ событій имѣетъ мѣсто при *constitutum possessorium*.

²⁾ Такъ, напр., утвержденіе сдѣлки, которая прежде была недействительна — какъ заключеніе новой сдѣлки; l. 1 § 2 pro don. (41, 6) *quasi nunc donasse intelligatur.*

³⁾ Такъ, напр., присвоеніе вещи, отъ которой отказался собственникъ—то какъ завладѣніе (оккупацию) оставленнымъ на произволъ судьбы предметомъ, то какъ пріобрѣтеніе переданной (традированной) вещи; или насильственное присвоеніе какого-либо предмета — то какъ вынужденную традицію, то какъ грабежъ.

Итакъ, мышленіе юридическое и мышленіе не-юристовъ находятся между собою въ крайнемъ противорѣчіи. Изъ этого различія, являющагося историческимъ, вездѣ повторяющимся фактомъ сдѣлали юриспруденціи упрекъ: въ ея удаленіи отъ „естественнаго“ способа мышленія видѣли что-то неестественное, обвиняли ее въ искусственности, хитроуміи и т. д. и требовали поворота къ болѣе „здоровому“ положенію вещей. Въ устахъ толпы подобныя воззрѣнія простительны, и если бы ихъ встрѣчать лишь здѣсь, я бы совсѣмъ не отвѣчалъ на нихъ. Но такъ какъ они далеко не рѣдки даже у образованныхъ лицъ—не-юристовъ¹⁾, и такъ какъ никогда не было и не будетъ недостатка даже въ юристахъ, приставшихъ въ этомъ вопросѣ (по какой бы то ни было причинѣ) къ большой толпѣ, то, я думаю, нельзя считать излишнимъ, если я предпосылаю тому отдѣлу, который предназначенъ, болѣе, чѣмъ какой-либо другой, свидѣтельствовать о дѣяніяхъ и заслугахъ юриспруденціи, краткую апологетику ея. Я дѣлаю это для того чтобы вызвать у тѣхъ изъ моихъ читателей, у которыхъ бы это еще надобилось, то чувство, безъ котораго нельзя приступить какъ ни къ какой другой наукѣ, такъ и къ юриспруденціи — чувство уваженія къ покоящейся въ ней духовной силѣ, съ чѣмъ уже само собою связано чувство скромности и недоувѣрія къ собственному сужденію.

¹⁾ Въ Римѣ такъ же, какъ и у насъ; для Рима я укажу на Цицерона, неодобрительные отзывы котораго о юриспруденціи будутъ приведены ниже, и на Квинтилиана, повторяющаго слова Цицерона (Inst. Orat. XII 3 §§ 9. 11), для нашего времени Гегеля (см. примѣч. на стр. 8).

Въ обвинительномъ актѣ противъ юриспруденціи большую роль обыкновенно играютъ два избыткыхъ выраженія: *естественный взглядъ на вещи и здравый человѣческій разумъ*. Думаютъ, что нельзя сильнѣе уязвить юриспруденцію, какъ указывая на неестественные взгляды ея и на противорѣчіе здравому разуму. Печальна была бы юриспруденція и печально право, если бы было иначе! Это значило бы, что тысячелѣтнее занятіе правомъ ничуть не опередило прирожденнаго невѣдѣнія и неопытности. Естественный взглядъ на вещи! Это вѣдь не что иное, какъ первая попытка видѣть и, слѣдовательно, полная зависимость наивнаго, непривычнаго глаза отъ *внѣшней оболочки*? Всякое познаніе начинается съ него, лишь чтобы вскорѣ замѣтить, что внѣшній видъ обманчивъ. Прогрессъ познанія именно заключается въ непрерывной эмансипаціи отъ вѣры въ истинность внѣшняго, видимаго явленія. Если для всѣхъ другихъ областей человѣческаго знанія дѣйствительно положеніе, что продолжительное занятіе какимъ нибудь предметомъ и постоянное наблюденіе и изученіе его несомнѣнно приводятъ къ другимъ взглядамъ, чѣмъ поверхностное его разсмотрѣніе—къ результатамъ, кажушимся послѣднему не рѣдко совершенно бессмысленными, — то почему же не найти себѣ этому положенію примѣненія и въ правѣ? Въ большинствѣ другихъ наукъ никакой образованный профанъ не посмѣетъ въ случаѣ подобнаго разногласія приписать *себѣ* правду, а наукѣ ошибку; въ вопросахъ же права это случается ежедневно! Опытность и знаніе клеймятся какъ неестественность и предубѣжденіе, полное незна-

комство съ предметомъ называютъ отсутствіемъ предвзятыхъ взглядовъ! Пусть же тотъ, кто настаиваетъ на безопибочности „естественнаго“ воззрѣнія въ вопросахъ права, поступаетъ такъ же и относительно явленій природы, пусть онъ утверждаетъ, что земля не движется, и солнце восходитъ и заходитъ, что глупо полагать, будто воздухъ имѣетъ вѣсъ, разъ мы его не чувствуемъ. Солнце, земля, воздухъ—гораздо доступнѣе естественному воззрѣнію, чѣмъ право; тѣмъ не менѣе относительно нихъ лишь лишь одно исполнѣе необразованное довѣряетъ больше своему глазу и чувству, чѣмъ сужденію науки, въ то время какъ въ вопросахъ права даже образованный человѣкъ ежедневно является виновнымъ въ подобномъ самомиѣніи.

Пусть не возражаютъ, что право все-таки возникаетъ и покоится на *чувствіи* права. Конечно, чувство права — то сѣмя, изъ котораго развилось право, но сѣмя заключаетъ въ себѣ лишь зародышъ дерева, а не само дерево—*semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit*, какъ говоритъ Сенска въ выше приведенномъ эпитафѣ— оно растетъ и развивается, только благодаря тому, что разрываетъ оболочку сѣмени, что возносится изъ области простаго *чувства* права въ область *знанія*. Подобно тому, какъ дерево не можетъ снова стать сѣменемъ, такъ не можетъ и никакая власть на землѣ вернуть развитое право къ первичной формѣ чувства права и отдать его такимъ путемъ снова въ руки профана.

Авторитетъ „здраваго разума“ я исполнѣе признаю для юриспруденціи и считаю его рѣшаю-

щимъ; я бы опредѣлилъ даже юриспруденцію, какъ *осадокъ здраваго разума въ вопросахъ права*. Но она именно и есть *осадокъ*, т. е., наслоеніе здраваго разума безчисленнаго множества индивидовъ, сокровищница выводовъ опыта, изъ которыхъ каждый долженъ былъ тысячи разъ выдерживать критику мыслящаго ума и практической жизни. Кто умѣетъ овладѣть этимъ кладомъ, тотъ уже не оперируетъ съ однимъ лишь *своимъ* слабымъ разумомъ, не опирается уже на одну *свою* незначительную опытность, а работаетъ съ помощью мыслительной силы предыдущихъ поколѣній и опыта прошедшихъ вѣковъ и тысячелѣтій.

Этимъ искусственнымъ восполненіемъ собственныхъ силъ и средствъ становится и слабому возможнымъ найти себѣ полезное примѣненіе на службѣ обществу; то, что открыто и создано гениемъ, становится помощью трудолюбія достояніемъ посредственности. Я не знаю никакой области человѣческаго знанія и умѣнія, въ которой самый слабый человѣкъ, работая съ знаніями и опытностью цѣлыхъ вѣковъ, не могъ бы опередить генія, лишеннаго такой помощи. Какая легкая задача обрабатывать поле и заниматься какимъ нибудь ремесломъ въ сравненіи съ задачей рѣшать труднѣйшіе вопросы права! А между тѣмъ, еслибъ кто нибудь посвятилъ себя тѣмъ двумъ занятіямъ, не имѣя никакого другаго багажа, кромѣ здраваго разума, онъ не могъ бы сравниться даже съ самымъ плохимъ спеціалистомъ; если же онъ взялся бы опровергать данныя опыта своимъ субъективнымъ мнѣніемъ, титулуящимся „здравый разумъ“, и сталъ бы обучать, да уму учить чело-

вѣка свѣдущаго, то самый глупый крестьянинъ и ремесленникъ разсмѣялся бы ему въ лицо—и совершенно справедливо. А юристу не должно развѣ принадлежать такое-же право, если профанъ позволяетъ себѣ нѣчто подобное по отношенію къ нему? Для юристовъ, способныхъ раздѣлять и даже распространять сумасбродную мысль о возможности популярнаго права, доступнаго каждому гражданину и каждому крестьянину и дѣлающаго юриста излишнимъ, я бы не зналъ лучшаго лѣкарства, какъ дать имъ испробовать свои силы въ качествахъ саножниковъ и портныхъ, дабы они на сапогахъ и платьяхъ узнали то, чему они у юриспруденціи не научились, а именно: что даже простѣйшее искусство имѣетъ свою технику—технику, которая представляетъ собою, правда, не что иное, какъ собранный и объективированный осадокъ здраваго разума, но которая тѣмъ не менѣе можетъ быть понята и примѣняема лишь тѣмъ, который беретъ на себя трудъ изучить ее. Въ этомъ простомъ предложеніи заключается вся противоположность между юриспруденціей и воззрѣніями не-юристовъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ—и оправданіе юриспруденціи. Несравненно болѣе интересный и плодотворный, но вмѣстѣ съ тѣмъ и гораздо болѣе трудный способъ защиты юриспруденціи заключался бы въ томъ, чтобъ прослѣдить на отдѣльныхъ примѣрахъ утверждаемое нами согласіе юриспруденціи съ здоровымъ человѣческимъ разумомъ, однако подобной апологетики юриспруденціи и критики самой себя пока еще совсѣмъ нѣтъ у насъ. Довольная прочнымъ владѣніемъ тѣмъ, что оказалось на опытѣ рациональнымъ и довольству-

ясь той провѣркой, которой ея положенія подвергаются ежедневно, юриспруденція до сихъ поръ совершенно не бралась за эту трудную задачу. Въ этомъ отношеніи ее нельзя оправдать отъ упрека въ нѣкоторой косности и въ какомъ-то успокаивающемся на унаслѣдованномъ, блаженномъ квіетизмѣ. Такимъ образомъ только и стало возможнымъ, что нѣкоторые изъ ея адептовъ усумнились въ ней самой и стали вмѣстѣ съ толпой бросать въ нее камнями. Слѣдующіе параграфы дадутъ намъ возможность испытать указанное воззрѣніе на юриспруденцію на одномъ изъ важнѣйшихъ пунктовъ и тѣмъ самымъ оправдать ее.

Двухъ обстоятельствъ однако нельзя упускать изъ виду при моемъ тезисѣ. *Во первыхъ*, что онъ касается лишь *юриспруденци*; слѣдовательно, только того, что она ввела и создала, а не того положительнаго матеріала, который навязала ей посторонняя власть, и отвѣтственность за который она можетъ сложить съ себя. Еще менѣе означенный тезисъ касается индивидуальныхъ взглядовъ нѣкоторыхъ юристовъ, соотвѣтствіе которыхъ здравому разуму, дѣйствительно, иногда болѣе, чѣмъ сомнительно—можетъ быть, впрочемъ, на это даже не претендовали ихъ виновники! Здоровая критика практической жизни осуждаетъ нездоровые взгляды просто тѣмъ, что игнорируетъ ихъ. *Во вторыхъ*, цѣлесообразность или необходимость чего нибудь, *отдѣльно* взятаго, заключается какъ вездѣ, такъ и здѣсь не только въ немъ самомъ, но въ его связи съ цѣлымъ и, слѣдовательно, можетъ быть понята лишь на основаніи всего цѣлаго. Потому-то такъ легко возни-

каетъ кажущаяся неразумность и нецѣлесообразность отдѣльныхъ частныхъ, что лицо, судящее о нихъ, не знаетъ этой связи и поэтому совершенно наивно исходить изъ того предположенія, будто отдѣльные пункты допускаютъ отдѣльное обсужденіе. Если бы это предположеніе было вѣрно, то рѣшенія, принятая юриспруденціей, не отличались бы такъ часто отъ того, что не-юристъ считаетъ въ данномъ случаѣ рациональнымъ. Но именно потому, что оно не такъ, потому, что оба (юристъ и не-юристъ) стоятъ на различныхъ точкахъ зрѣнія, можетъ и даже *должно* такъ часто наступать подобное различіе. Поэтому часто почти невозможно разъяснить не-юристу разумность какого-нибудь отдѣльнаго положенія, такъ какъ ему не достаетъ именно того, съ чего бы нужно было начать: знанія посредствующихъ звеньевъ между оспариваемымъ положеніемъ и его первопричиной, знакомства съ цѣлымъ и тѣмъ самымъ пониманіемъ неотразимой логики существующей связи.

§ 2. Задача юридической техники и средства для рѣшенія ея.

Право существуетъ для того, чтобы оно осуществлялось. Осуществленіе есть жизнь и истина права, есть само право. Что не переходитъ въ дѣйствительность, что находится лишь въ законахъ, на бумагѣ, то является однимъ фиктивнымъ правомъ, пустыми словами, и наоборотъ, то, что осуществляется въ видѣ права, есть право, даже если его нѣтъ въ законахъ, и если народъ и наука

еще не сознали его (ср т. I „Geist des röm. Rechts“ стр. 29 сл.).

Такимъ образомъ, рѣшающимъ моментомъ при оцѣнкѣ права является не абстрактное содержаніе *законовъ*, не справедливость на бумагѣ и нравственность на словахъ, а то, какъ это право объективируется въ жизни, энергія, съ которой все признанное необходимымъ, исполняется и проводится въ дѣйствительности.

Но важно не только, *чтобы* право осуществилось, но и *какъ* оно осуществляется. Какая польза отъ увѣренности въ несомнѣнномъ осуществленіи права, если оно происходитъ такимъ тяжеловѣснымъ и медленнымъ способомъ, что лицо отыскивающее свое право, добивается его, когда уже лежитъ въ гробу?

Можемъ ли мы опредѣлить общимъ образомъ, *какъ* должно осуществляться право? Я думаю, что можемъ. Въ вопросѣ объ осуществленіи права рѣчь идетъ не о чемъ то матеріальномъ, а о чисто формальномъ. Какъ-бы ни было различно матеріальное содержаніе отдѣльныхъ правъ, осуществленіе ихъ можетъ и должно быть повсюду одинаково— въ этомъ отношеніи есть абсолютный идеаль, къ которому должно стремиться *каждое* право. Этотъ идеаль я свожу къ двумъ требованіямъ; осуществленіе права должно быть, съ одной стороны, *неизбѣжнымъ* и тѣмъ самымъ—*равномернымъ* и *несомнѣннымъ*, съ другой—*легкимъ* и *быстрымъ*.

Если мы спросимъ, насколько отвѣчаетъ дѣйствительность этимъ требованіямъ, то найдемъ среди положительныхъ правъ большое разнообразіе. Здѣсь—простое грубое, въ матеріальномъ от-

пошениі крайне несовершенное право, но быстрый, вѣрный способъ его осуществленія: сжатая, строгая форма процесса; тамъ—вполнѣ развитое, разработанное до мелочей право, зрѣлый плодъ времени, но нескончаемые процессы—богатство, становящееся тягостью, основательность, превращающаяся въ проклятiе. Можно быть склоннымъ привести эту противоположность въ связь съ различными степенями возраста правъ: видѣть тамъ легкость и быстроту, только какъ естественное послѣдствiе простоты, здѣсь тяжеловѣсность, какъ естественное послѣдствiе нагроможденности и сложности правовыхъ отношеній. Но это было-бы неправильно. Я не хочу отрицать вредное вліяніе экстенсивнаго и интенсивнаго роста правъ на легкость и быстроту операціи примѣненія права: чѣмъ тяжелѣе ноша, тѣмъ труднѣе поднять и справиться съ ней; это вѣрно по отношенію какъ къ тѣлеснымъ, такъ и къ духовнымъ предметамъ. Но съ другой стороны, возможно уменьшить и совершенно исключить вредное вліяніе этого *естественнаго* момента роста помощью *искусства*, а это-то и есть задача того искусства, которое подлежить нашему разсмотрѣнію—искусства *юридическаго*. Это искусство однако движется далеко не всегда параллельно съ матеріальной научной обработкой права. Если послѣдняя производится преимущественно теоріей въ нынѣшнемъ смыслѣ т. е. ученымъ сословіемъ юристовъ, которое только *излагаетъ* право, не *примѣняя* его, то *наука* слишкомъ легко забываетъ, что она должна быть и *искусствомъ*, т. е. что недостаточно тѣхъ понятій и правоположеній, которыя получаютъ путемъ

научной операціи при посредствѣ толкованія, конструкціи, логической послѣдовательности, абстракціи, но что эти понятія и правоположенія должны еще для того, чтобъ получить примѣненіе въ жизни, удовлетворять требованіямъ ея. И вотъ тогда-то возникаютъ взгляды и теоріи, могущіе только тамъ и прозябать, гдѣ они возникли,—на кафедрѣ; при первой-же попыткѣ выступить въ дѣйствительной жизни, они оказываются неспособными выносить ея суровую атмосферу: они очень глубокомысленны, очень научны, но и совершенно превратны,—тепличные продукты безъ соку и безъ силы, незаконнорожденные плоды права отъ логики и учености, нездоровая юриспруденція кафедры.

Обращаясь къ юридическому искусству, уяснимъ себѣ сперва тѣ причины, которыя являются рѣшающими въ вопросѣ объ осуществленіи права (не только относительно быстроты и легкости примѣненія права, но и относительно рѣшенія всей задачи вообще). Какія причины, вліянія, условія и т. д. являются здѣсь существенными? Онѣ кроются отчасти въ самомъ правѣ, отчасти внѣ его. Къ послѣднимъ принадлежатъ степень умственной и нравственной культуры народа, развитіе идеи государственной власти, социальное расчлененіе народа, распредѣленіе власти между отдѣльными классами, главнымъ образомъ же, нравственная сила, которой пользуется идея права у даннаго народа: является-ли справедливость для народа чѣмъ-то высокимъ и святымъ или такимъ же достояніемъ, какъ всякое другое. Отъ энергіи чувства справедливости въ народѣ зависитъ главнымъ образомъ неліцепрѣятность, незапятнанность и т. д. су-

дебнаго сословія. У народа, для котораго справедливость—святыня, судебное сословіе также будет неподкупнымъ и вѣрнымъ своему долгу: каковъ народъ, таковы и судьи. Къ причинамъ перваго рода, лежащимъ въ самомъ правѣ, принадлежатъ отчасти организація властей (судовъ) и форма судебной процедуры (судопроизводство), отчасти же—состояніе, въ которомъ находится матеріальное право. Послѣднимъ нунктомъ мы коснулись той правовой области, въ которой юридическая техника преимущественно призвана проявлять свое вліяніе.

Что матеріальное содержаніе права имѣетъ громадное вліяніе на его осуществленіе, это не нуждается въ поясненіи даже для не-юриста. Невозможныя постановленія разбиваются о свою собственную невыполнимость, а законы, противорѣчащіе духу времени—независимо отъ того, стоятъ ли они позади или впереди его—могутъ рассчитывать на упорнѣйшее сопротивленіе. Объ этой матеріальной пригодности права у насъ не будетъ итти рѣчь: юристъ не имѣетъ никакой власти надъ этимъ, вопросъ не принадлежитъ къ *техникѣ* права. Пригодность права, которую послѣдняя имѣетъ своей задачей создать, и которая одна только будетъ занимать насъ въ послѣдующемъ изложеніи—чисто *формальнаго* рода. Она исчерпывается вопросомъ: какъ должно быть право, независимо отъ его содержанія, устроено и образовано, чтобы оно могло, благодаря своему механизму, сколько возможно болѣе упростить, облегчить и обезпечить примѣненіе правоположеній къ отдѣльному конкретному случаю?

Такъ называемый здравый человѣческій разумъ будетъ имѣть на это лишь одинъ отвѣтъ: ясное, опредѣленное и подробное составленіе законовъ; отвѣтъ, даваемый юриспруденціей, т. е. опытностью въ вопросахъ права, гласитъ иначе. Что тѣхъ качествъ (при всемъ ихъ большомъ значеніи) не достаточно, это доказать легко. Какую пользу приносятъ точнѣйшіе и подробнѣйшіе законы, если судья (какъ это, напр., было въ позднѣйшемъ императорскомъ періодѣ въ Римѣ, да имѣетъ мѣсто и нынѣ въ Англии) при самомъ сильномъ желаніи едва способенъ овладѣть ими? Какая польза отъ тончайшихъ опредѣленій понятій и разграниченій, если примѣненіе къ отдѣльному случаю наталкивается на величайшія затрудненія вслѣдствіе недостатка (выражаясь употребленнымъ уже разъ словомъ т. I „Geist etc.“ стр. 51) въ *формальной осуществимости закона*?

Вопросъ, о которомъ тутъ идетъ рѣчь, является исключительно вопросомъ цѣлесообразности, и вся теорія техники есть не что иное, какъ познанныя и примѣненная цѣлесообразность въ интересахъ рѣшенія указанной выше задачи. Но какъ ни легко убѣдиться въ этомъ, послѣ того какъ рѣшеніе найдено, не нужно всетаки скрывать отъ себя всѣхъ трудностей задачи. Предъ нами здѣсь проблема, для разрѣшенія которой требовалась непрерывная работа многихъ вѣковъ, работа, восходящая назадъ далеко за эпоху *науки* въ правѣ. *Техника права не явилась на свѣтъ лишь съ возникновеніемъ юриспруденціи.* Долго до появленія всякой науки, юридическій инстинктъ, руководимый смутнымъ, но вѣрнымъ представленіемъ, уже

взялся за эту задачу; съ какимъ успѣхомъ, — объ этомъ краснорѣчиво свидѣтельствуесть древнее римское право. Искусство и въ области права является раньше науки, потому что искусство сживаетъ и съ одной догадливостью, съ простымъ чувствомъ или инстинктомъ, въ то время какъ наука начинается только съ познанія.

Техническое несовершенство права не есть лишь частичное несовершенство, не есть пренебреженіе отдѣльной *стороной* права. *Техническое несовершенство представляетъ собою несовершенство всего права*, недостатокъ, тормозящій право и вредящій ему во всѣхъ его цѣляхъ и задачахъ. Что помогаетъ преслѣдованіе и установленіе высшихъ этическихъ требованій или совершеннѣйшее воспроизведеніе въ формѣ законныхъ постановленій идеи свободы, справедливости и т. д., если осуществленіе этихъ идей въ конкретномъ правоотношеніи является неудовлетворительнымъ, тяжеловѣснымъ и неравномѣрнымъ, потому что техника не обладаетъ достаточной ловкостью, чтобы примѣнить отвлеченное начало, какъ слѣдуетъ, къ дѣйствительности? Поэтому техника косвеннымъ образомъ обладаетъ большимъ этическимъ значеніемъ, и практическая юриспруденція, относясь при технической обработкѣ матеріала съ крайней тщательностью даже къ мелочамъ, можетъ хвалиться, что дѣйствуетъ путемъ усовершенствованія техники права на пользу всего высокаго и великаго; ея мало замѣтная работа въ низинахъ права способствуетъ развитію послѣдняго нерѣдко больше самаго глубокаго мыслительнаго труда.

Предшествующія замѣчанія о техникѣ я полагаю возможнымъ предпослать еще до того, какъ мы условились относительно самого выраженія. Я пользуюсь послѣднимъ въ двойномъ смыслѣ — субъективномъ и объективномъ. Въ первомъ смыслѣ я понимаю подъ выраженіемъ „техника“ о юридическое искусство, задачу котораго составляетъ формальная отдѣлка даннаго правоваго матеріала въ указанномъ выше смыслѣ, словомъ, — *технической методъ*; во второмъ смыслѣ — осуществленіе этой задачи въ самомъ правѣ, т. е. соответствующій *технической механизмъ права*. Подобнымъ же образомъ пользуется въдѣ и языкъ выраженіемъ „механика“ какъ относительно искусства, такъ и созданнаго искусствомъ механизма.

Нечего опасаться ущерба отъ этого двойнаго значенія выраженія „техника“: вниманіе читателя забавитъ меня отъ необходимости указывать какой разъ, какое именно значеніе имѣется въ виду въ данномъ случаѣ.

Вся дѣятельность юридической техники можетъ быть сведена къ двумъ главнымъ цѣлямъ. Кто хочетъ вполне увѣренно примѣнять право, долженъ прежде всего усвоить его, овладѣть имъ умственно. Это усвоеніе можетъ быть ему либо облегчено, либо затруднено, смотря по характеру самого права. Облегченіе этой работы путемъ возможнаго *количественнаго и качественного упрощенія* права составляетъ *одну* изъ двухъ главныхъ задачъ техники; съ какимъ усиліемъ и какими средствами она способна выполнить эту задачу, окажется послѣдующее изложеніе. *Вторая* задача техники вызвана цѣлью *примѣненія* права къ кон-

кретному случаю. Искусность въ примѣненіи есть, правда, главнымъ образомъ, дѣло субъекта, это— искусство, которое можетъ быть усвоено только упражненіемъ, но и въ этомъ отношеніи можетъ само право соотвѣтственнымъ построеніемъ право-положеній значительно облегчить задачу, а превратнымъ очень затруднить ее. Постановленія Юстиніана, напр., о правѣ наследованія „бѣдной“ вдовы или о ставкахъ, разрѣшенныхъ при игрѣ „богатымъ“ — образчики того, какимъ законъ *не* долженъ быть, ибо оба понятія вполне неопредѣлены и неизбѣжнымъ должно быть то, что одинъ судья ихъ примѣнитъ такъ, другой иначе. Напротивъ, примѣненіе всѣхъ законовъ, содержащихъ опредѣленное *число* (напр., о ступеняхъ возраста, давности, большомъ дареніи, большой кражѣ) весьма легко. Вотъ, задача-то законодательства какъ и юриспруденціи и заключается въ томъ, чтобы облечь понятія, не поддающіяся вѣрному примѣненію, въ такую форму, которая дѣлаетъ возможнымъ перевести, если можно такъ выразиться, данное понятіе съ языка философа права на языкъ законодателя и судьи. Философско-правовая идея совершеннолѣтія (въ смыслѣ римско-правовой *pubertas*) заключается въ зрѣлости умственного развитія, идея же полного совершеннолѣтія — въ зрѣлости характера, но для практическаго примѣненія эта мысль является неподходящей, ее замѣняетъ поэтому *число*—потеря въ правильности и корректности мысли уравнивается практической примѣнимостью ея. Прекрасно понято это различіе между абстрактно-философскою и практически-юридическою формулировкой одной

и той же мысли Цицерономъ, De off. III, 17: aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia. Достиженіе этого послѣдняго качества, способности формальной реализаціи правоположенія, какъ я это назвалъ прежде („Geist т. I, стр. 51) или, лучше говоря, достиженіе *практичности* („Praktikabilität“) права и составляетъ вторую главную задачу техники. Въ какой мѣрѣ она обратно дѣйствуетъ на образованіе правоположеній, явствуетъ уже изъ приведенныхъ нѣсколькихъ примѣровъ; болѣе подробное изложеніе здѣсь будетъ излишне, такъ какъ этотъ вопросъ нами уже рассмотрѣнъ въ вышеуказанномъ мѣстѣ. Итакъ, для послѣдующаго изложенія намъ остается лишь первая изъ упомянутыхъ двухъ техническихъ проблемъ: количественное и качественное упрощеніе права.

Познаніе и субъективное усвоеніе права является отчасти дѣломъ ума, отчасти памяти, и, смотря по характеру права, размѣръ требуемой затраты той или другой умственной силы различенъ. Есть права, требующія больше напряженія ума, чѣмъ памяти и другія, требующія больше памяти, чѣмъ ума; далѣе—права, при которыхъ работа для обоихъ относительно легка и другія, при которыхъ она непомѣрно трудна. Въ общемъ, напряженіе памяти опредѣляется количественной, напряженіе ума—качественной стороной права.

Легкость или трудность субъективнаго усвоенія права имѣетъ однако не только *субъективный* интересъ: съ послѣднимъ вполнѣ совпадаетъ и интересъ *объективный*, т. е. интересъ правосудія.

Чѣмъ болѣе право затрудняетъ тому, кто его долженъ примѣнять, а, слѣдовательно, и изучать, своей расплывчатостью обозрѣніе и своей туманностью и неопредѣленностью—правильное уразумѣніе, тѣмъ болѣе несовершеннымъ станетъ само примѣненіе права (предполагая въ остальномъ на сторонѣ субъекта тѣ же силы и то же напряженіе ихъ). Интересъ судьи идетъ здѣсь рука объ руку съ интересомъ всего оборота, и потому получаетъ громадное практическое значеніе вопросъ о томъ, достижимо-ли и какимъ образомъ достижимо такое облегченіе субъективнаго усвоенія права для юриста, чтобы даже при богатѣйшемъ экстенсивномъ и интенсивномъ развитіи права достаточно было обыденнаго размѣра силъ и трудолюбія для того, чтобъ овладѣть этой задачей.

Средство къ достиженію этой цѣли заключается въ *количественномъ и качественномъ упрощеніи права*, — посредствомъ него юристу дается духовное владычество надъ правомъ.

I. Количественное упрощеніе. Оно имѣетъ своей задачей уменьшеніе *массы* матеріала безъ вреда конечно, для получаемаго изъ него результата. Его законъ: съ наименьшими средствами достигъ наибольшаго; чѣмъ меньше матеріаль, тѣмъ легче и вѣрнѣе пользоваться имъ.

Я это называю *закономъ бережливости* и вижу въ немъ одинъ изъ жизненныхъ законовъ всякой юриспруденціи. Юриспруденція, не понявшая этого закона, т. е., не умѣющая экономно обходиться съ матеріаломъ, будетъ задавлена все увеличивающейся массой послѣдняго и погибнетъ отъ собственнаго богатства. Для правильнаго пониманія

древне-римской техники знаніе этого закона является положительно необходимымъ. Большое растяженіе области его примѣненія наглядно выясняютъ слѣдующія техническія операціи, изъ которыхъ двѣ первыя будутъ подвергнуты ниже подробному разсмотрѣнію:

1. *Разложеніе всего матеріала или сведеніе его къ простымъ составнымъ частямъ.*

2. *Логическая концентрація („сгущеніе“) матеріала.*

3. *Систематическое расположеніе матеріала,* которое можетъ быть уже здѣсь изложено въ немногихъ словахъ.

Систематическая классификація представляетъ собой въ каждой наукѣ не только распределеніе матеріала по мѣсту, не только вызываемое ображеніями цѣлесообразности указаніе мѣста отдѣльнымъ частностямъ для того, чтобы ихъ можно было снова легко находить, но содержитъ въ себѣ, въ формѣ таблицы, свѣдѣнія о томъ, чѣмъ является въ дѣйствительности каждый предметъ и каждое понятіе, и какъ этотъ предметъ или это понятіе связаны со всѣмъ организмомъ данной науки; систематическая классификація является родословнымъ древомъ понятій! Въ голомъ скелетѣ, который предлагаетъ намъ наука въ своей систематикѣ, кроется въ невзрачномъ видѣ такая энергія мышленія, такая концентрація богатѣйшаго матеріала на незначительнѣйшемъ пространствѣ, какой нѣтъ ничего равнаго.

Въ противоположность весьма распространенному, особенно среди юристовъ-практиковъ, возрѣнію, будто вопросъ систематики въ правѣ

имѣть лишь чисто формальный или теоретическій интересъ, я не могу достаточно подчеркнуть большое практическое значеніе его. Интересъ въ правильной систематической постановкѣ института — не что иное, какъ интересъ въ правильномъ матеріальномъ познаніи и изложеніи его. Кто неправильно классифицируетъ какой-нибудь предметъ, напр., птицу причисляетъ къ млекопитающимъ, тотъ высказываетъ этимъ о самомъ предметѣ нѣчто матеріально ложное, и эта одна ошибка можетъ служить источникомъ безчисленныхъ другихъ. Систематическія оплошности являются поэтому не невинными ошибками, а принадлежатъ къ самымъ опаснымъ; тщательность, съ которой теорія относится къ вопросу систематики, въ высшей степени умѣстна и оплачивается съ лихвой. Весьма плодотворной и благодарной темой было бы, по моему, изложеніе исторіи ошибокъ, возникшихъ исключительно вслѣдствіе неправильнаго систематическаго расположенія. Каждая систематическая ошибка — продуктъ и въ то же время и источникъ недостаточнаго познанія предмета — ложный путеводитель. Пока наука не нашла для какого-либо предмета правильнаго мѣста въ системѣ, она и не поняла его еще, какъ слѣдуетъ, ибо „понять“ не значитъ только вникнуть въ предметъ самъ по себѣ, но и въ его связи съ другими.

4. Юридическая терминологія.

Здѣсь, конечно, не мѣсто разяснить необходимость и важное значеніе для науки правильно разработаннаго, т. е. ясно очерченнаго и богато развитаго технического языка и доказывать, въ

какой мѣрѣ имъ обусловлена опредѣленность, безошибочность и быстрота научнаго мышленія; мы ограничимся исключительно тѣми услугами, которыя оказываются имъ юристу для достиженія указанной выше цѣли. Техническое выраженіе, правда, ничѣмъ не упрощаетъ той мысли или того содержанія, которое оно должно обозначать, но оно вливаетъ его въ форму, несравненно упрощающую и облегчающую пользованіе имъ. Однимъ техническимъ выраженіемъ мы замѣняемъ сотню словъ¹⁾; пока нѣтъ еще техническаго выраженія для какой-нибудь своеобразной научной истины или какого-нибудь научнаго воззрѣнія, имъ недостаетъ того же, что куску металла до чеканки: способности обращаться въ качествѣ монеты. Самого предмета еще недостаточно, надобно и *имя*; въ наукѣ также за рожденіемъ должно слѣдовать крещеніе: гдѣ нѣтъ имени, тамъ нужно предположить, что и самого предмета еще нѣтъ, по крайней мѣрѣ, сознанія его. Извращеніемъ терминологіи является простая *номенклатура*, снабжающая именемъ все, даже совершенно безцѣнное—направленіе, бывшее, какъ извѣстно, еще въ недавнее время весьма распространеннымъ, въ нашей наукѣ; поскольку отпоръ ему является справедливымъ, постольку же неправиленъ онъ по отношенію къ терминологіи, какъ таковой, даже если послѣдняя пользуется унаслѣдованными иностранными словами²⁾.

1) Сколько словъ, напримѣръ, понадобилось бы, чтобъ перевести на языкъ не-юристовъ положеніе: эвикція не распространяется на *necessariae impensae*?

2) Требованіе, чтобы юриспруденція пользовалась по возможности выраженіями обыденной жизни, чтобы облег-

5. *Искусство умьлаго пользованія наличнымъ матеріаломъ (юридическая экономія).*

II. *Качественное упрощеніе права.* Легкость или трудность, съ какой дается пониманіе и усвоеніе какого нибудь предмета, опредѣляется не только количественнымъ моментомъ, растяженіемъ и размѣрами матеріала, но также и качественнымъ: внутреннимъ порядкомъ, симметрией, единствомъ предмета. Въ качественномъ отношеніи право является простымъ, если оно какъ бы вылито изъ одного цѣлаго, если отдѣльныя части его рѣзко отграничены и отдѣлены другъ отъ друга и тѣмъ не менѣе гармонично соединяются въ одно цѣлое, если глазъ, слѣдовательно, такъ же легко можетъ охватить какую нибудь часть, какъ и все въ со-

читать не-юристу пониманіе права—несбыточная мечта. Если употреблять вмѣсто латинскихъ выраженій: *culpa*, *dolus* и т. д. нѣмецкія слова, то это не доставитъ никакого облегченія населенію въ пониманіи права. Рѣчь идетъ не о пониманіи выраженій, а о пониманіи понятій и подобно тому, какъ крестьянинъ не пойметъ алгебраической формулы, хотя бы она писана была обыкновенными буквами, цифрами и т. д., такъ онъ не пойметъ и нашихъ юридическихъ формулъ, если мы скажемъ вмѣсто *culpa* — вина, вмѣсто *dolus* — обманъ и т. д. Что же касается того, что выраженія мертваго языка выгоднѣе для терминологіи, чѣмъ выраженія живаго, то это врядъ-ли нуждается въ доказательствахъ. Смысль, въ какомъ наука пользуется словами родного языка, часто будетъ, да и долженъ быть по необходимости иной, чѣмъ тотъ, въ какомъ ихъ понимаетъ жизнь — уже потому, что значеніе выраженія въ жизни нерѣдко мѣняется, въ то время какъ наука должна остаться при одномъ значеніи; такъ и, наоборотъ, научное опредѣленіе понятія не удержитъ жизни отъ того, чтобъ она поняла данное выраженіе въ иномъ смыслѣ. Языкъ науки и языкъ жизни часто два различныхъ языка.

вокупности. Какимъ путемъ юриспруденція достигаетъ этого, будетъ показано въ отдѣлѣ юридической констукціи.

Теперь подвергнемъ ближайшему изслѣдованію три выше названныя операци: *анализъ*, *концентрацію* и *констукцію*. Онѣ, правда, во многихъ случаяхъ переплетаются другъ съ другомъ, но тѣмъ не менѣе разграниченіе понятій здѣсь не только возможно, но и абсолютно необходимо для отдѣльнаго изложенія каждаго изъ нихъ. Здѣсь происходитъ то же, что и при различеніи отдѣльныхъ умственныхъ силъ. Среди послѣднихъ никогда отдѣльная сила не работаетъ сама по себѣ или, лучше говоря, различныя силы, существованіе которыхъ мы предполагаемъ, представляютъ собою лишь столько же сторонъ и направленій одной и той же силы, но тѣмъ не менѣе, чтобъ вполнѣ постичь это различіе, необходимо раздѣленіе и отдѣльное изложеніе ихъ. Въ этомъ смыслѣ и прошу я понимать разграниченіе этихъ трехъ приемовъ.

§ 3. Три основныхъ приема юридической техники.

1) Юридическій анализъ (алѳавитъ права).

Одно изъ величайшихъ, плодотворнѣйшихъ и въ то же время простѣйшихъ открытій, сдѣланныхъ когда-либо человѣческимъ умомъ—алѳавитъ. Двадцать четыре знака даютъ намъ господство надъ неисчерпаемымъ кладомъ, и примѣненіе этого средства въ такой степени легко и просто, что приемы изложенія словъ путемъ знаковъ и дешифрированіе этихъ знаковъ—письмо и чтеніе—мо-

гутъ быть уяснены даже ребенку и изучены имъ до высшаго совершенства. Безъ алфавита было бы недостижимо подобное владѣніе языкомъ даже для самаго большого таланта, и, при крайнемъ напряженіи силъ, чтеніе и письмо считались-бы труднѣйшими изъ всѣхъ искусствъ и наукъ. Алфавитъ заключаетъ въ себѣ въ области языка рѣшеніе той задачи, которую мы выше назвали главной проблемой техники для права: облегченіе господства надъ матеріаломъ черезъ упрощеніе его. Возникаетъ поэтому вопросъ, нельзя-ли примѣнить и здѣсь тотъ же способъ рѣшенія, т. е., нельзя-ли идею алфавита перенести въ область права. Идея же алфавита заключается въ разложеніи, въ сведеніи сложнаго къ его составнымъ частямъ; алфавитъ возникъ изъ наблюденія, что языкъ создалъ все свое богатство словъ путемъ различной комбинаціи извѣстныхъ основныхъ звуковъ, и что достаточно, такимъ образомъ, открытія и наименованія этихъ основныхъ звуковъ, чтобъ помощью ихъ и изъ нихъ составить любое слово. Если бы законодатель долженъ былъ для каждаго правоотношенія или каждаго особой формациіи его выставлять отдѣльное правило, то весь этотъ матеріалъ не только задавилъ бы насъ своимъ объемомъ, но и оставлялъ-бы насъ еще тѣмъ не менѣе ежедневно безъ помощи, такъ какъ прогрессъ оборота производитъ постоянно новыя правоотношенія или своеобразныя осложненія ихъ, подобно тому, какъ прогрессъ мышленія производитъ каждый разъ новыя слова. Къ счастью, это новое лишь отчасти дѣйствительно ново, въ громадномъ-же большинствѣ случаевъ въ немъ только появляются

существующія уже величины, которыя лишь своеобразно соединились или видоизмѣнились; новымъ является только комбинація или видоизмѣненіе извѣстныхъ основныхъ понятій, простыхъ элементовъ права. Такимъ образомъ, и для права возможность сравнительно легкаго владѣнія матеріаломъ, кажущимся неисчерпаемымъ, покоится на томъ же процессѣ, что и для языка: на разложеніи матеріала и сведеніи его къ простымъ элементамъ; здѣсь подтверждается сдѣланное нами уже однажды замѣчаніе, что сущность права заключается въ разложеніи, дробленіи и дѣленіи. Въ этомъ смыслѣ можно юридическую технику, на долю которой выпадаетъ рѣшеніе этой задачи, назвать *химіей права*, юридическимъ искусствомъ разложенія, умѣющимъ отыскивать простые элементы права.

Какимъ образомъ происходитъ это разложеніе? Какъ оно возможно? Я надѣюсь разъяснить это уже теперь, но долженъ замѣтить, что полное освѣщеніе этотъ вопросъ можетъ получить только при разсмотрѣніи юридической констукціи.

Предположимъ, что какая-нибудь законодательная комиссія при разработкѣ обязательственнаго права обратилась сперва къ договору купли—продажи и разрѣшила при этомъ всѣ возможные вопросы, возникающіе при немъ въ жизни. Если она потомъ коснется другихъ договоровъ, напр., мѣны, найма, то окажется, что на ряду съ такими вопросами, которые касаются исключительно послѣднихъ, появляются и такіе, которые были уже разрѣшены въ отдѣлѣ договора купли—продажи, напр., вопросъ о вліяніи ошибки на дѣйствительность договора, о послѣдствіяхъ неудовлетворительности

или промедленія въ исполненіи. Возможно, что рѣшали-бы подобный, часто повторяющійся вопросъ, соображаясь съ дѣйствительными или мнимыми особенностями даннаго отношенія, каждый разъ сызнава и каждый разъ въ иномъ смыслѣ. Въ такомъ случаѣ нельзя было-бы весь матеріалъ, созданный для рѣшенія этого одного вопроса, такъ отдѣлить отъ отдѣльныхъ правоотношеній, чтобъ образовать изъ него одну *общую*, подходящую для всѣхъ отдѣльныхъ отношеній теорію даннаго вопроса; если-бы юриспруденція тѣмъ не менѣе попыталась это сдѣлать, то она не достигла бы ничего иного, какъ чисто внѣшняго, бесполезнаго сопоставленія, наслоенія всякихъ обрывковъ безъ внутренняго единства. Однако въ дѣйствительности нечего опасаться подобнаго рода *локализирующей* обработки со стороны законодательства; послѣднее не можетъ не замѣтить, что нѣкоторые вопросы повторяются при различныхъ правоотношеніяхъ, и оно безъ особой необходимости не постановитъ въ одномъ случаѣ одного рѣшенія въ другомъ — другого. Моментъ общности, заключающійся во всѣхъ вещахъ, долженъ по необходимости оправдаться и на правовыхъ положеніяхъ, и наряду съ тѣми правоположеніями, которыя дѣйствительно *мыслнаго* характера, т. е. свойственны отдѣльному институту: договору купли—продажи, мѣны, найма и т. д., будутъ и другія, общія имъ всѣмъ—*абстрактныя*. Мыслительный процессъ, коимъ открываются и выясняются послѣднія—извлечение общихъ началъ—содержитъ въ себѣ примѣненіе аналитическаго метода, такъ какъ онъ представляетъ собою не что иное, какъ выдѣленіе

общаго изъ частнаго, разложеніе матеріала на его общіе и частныя или мѣстныя элементы. Его цѣль — не возможно большее устраненіе индивидуальностей и замѣна ихъ общими точками зрѣнія, а, наоборотъ, выясненіе того, что является въ дѣйствительности индивидуальнымъ и что, въ дѣйствительности же—общимъ; этимъ онъ способствуетъ правильному пониманію какъ одного, такъ и другаго. Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ этимъ путемъ уменьшаетъ объемъ матеріала, предупреждая возможность развитія одной и той же мысли въ различныхъ мѣстахъ системы.

Но и это направленіе имѣетъ свой предѣлъ. Потребность практики (*utilitas*) заставитъ подчасъ законодателя пожертвовать отвлеченнымъ правиломъ ради какого нибудь особенно своеобразнаго отношенія, рѣшить, слѣдовательно, вопросъ, который самъ по себѣ имѣетъ *общій* характеръ, въ примѣненіи къ данному отношенію—*частнымъ* образомъ. Это и есть римское *jus singulare*. Это имя носитъ не индивидуальное право вообще, слѣдовательно, напр., не своеобразныя принципы консенсуальныхъ договоровъ въ противоположность реальнымъ контрактамъ, а только мѣстное отклоненіе отъ принципа, который самъ по себѣ—*общаго* характера (*ratio juris*)¹⁾. Тѣ положенія, которыя являются по своей природѣ необходимо мѣстными, какъ вызванныя особенностями даннаго вида, не содержатъ въ себѣ никакого отклоненія отъ общихъ началъ, такъ какъ для нихъ ничего „общаго“ нѣтъ; они *спеціальны*, но не *сингулярны*.

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

Нельзя также говорить о *jus singulare* тамъ, гдѣ весь предметъ съ самаго начала носить частный характеръ, напр., при срокахъ давности или основаніяхъ лишенія наслѣдства.

Юриспруденція можетъ только извлекать общее начало гдѣ оно есть, но она не можетъ *создать* его. Поэтому успѣхъ ея трудовъ, направленныхъ на получение общихъ выводовъ, зависитъ въ значительной степени отъ того, какъ право съ самаго начала построено, стало ли въ немъ съ первыхъ-же поръ преобладать, какъ въ римскомъ правѣ, обобщающее, *централизирующее* направленіе, или, какъ въ германскомъ—*локализирующее*.

Въ каждой области познанія человѣческой умъ замѣчаетъ и открываетъ конкретное раньше, чѣмъ абстрактное. Поэтому въ исторіи права и оказываются конкретныя части, т. е. правоположенія, касающіяся отдѣльныхъ правоотношеній, гораздо ранѣ развитыми, чѣмъ отвлеченныя отдѣлы. Прежде чѣмъ послѣдніе были открыты и выставлены законодательствомъ или наукой въ ихъ настоящемъ т. е., обобщенномъ видѣ, они нерѣдко должны были пережить длинную исторію, пройти различные фазисы развитія. Эта исторія ихъ развитія принадлежитъ къ интереснѣйшимъ явленіямъ въ области исторіи права, и для насъ тѣмъ важнѣе ознакомиться съ ней, что въ ней-то обнаруживается одна изъ важнѣйшихъ задачъ и операцій юридической техники.

Явленіе, которое я имѣю въ виду, и для котораго исторія не только римскаго, но и всякаго права, доставляетъ намъ рядъ примѣровъ, состоитъ въ томъ, что отвлеченная мысль первоначаль-

но пробивается наружу лишь въ неполномъ видѣ въ какомъ-нибудь отдѣльномъ пунктѣ, который я назвалъ-бы *исторической точкой прохода* ¹⁾ ея, и только мало по малу она пріобрѣтаетъ то растяженіе и распространеніе, которое должно ей принадлежать, сообразно ея природѣ. И мысли также должны бороться за свое существованіе и нерѣдко съ трудомъ завоевывать себѣ почву шагъ за шагомъ. Если бы онѣ сейчасъ-же появились въ полномъ, сужденномъ имъ только въ будущемъ обобщенномъ видѣ, то ихъ не поняли-бы и противились бы имъ. Поэтому онѣ вступаютъ сперва застѣнчиво и скромно въ дѣйствительную жизнь и довольствуются небольшою территоріей, пока умы не привыкнутъ къ нимъ, и онѣ сами не водворятся настолько прочно въ какомъ-нибудь пунктѣ, что уже смогутъ оттуда пролагать себѣ дальніе пути. Ихъ право на общее значеніе и вытекающая отсюда ненослѣдовательность, заключающаяся въ ограниченіи ихъ однимъ какимъ-нибудь отношеніемъ, не можетъ долго ускользнуть отъ вниманія, потому что логическая послѣдовательность представляетъ собою такую силу, которая производитъ свою работу въ умѣ медленно, но вѣрно, безсознательно, но потому не менѣе настойчиво — ее

¹⁾ Этого не слѣдуетъ смѣшивать съ вліяніемъ, которое можетъ имѣть какое-нибудь особое отношеніе, интересъ и т. д.—*историческій мотивъ*—на возникновеніе *общаго* правового положенія. Какъ на историческій мотивъ введенія кодициловъ намъ указываютъ на *отсутствіе* (pr. I. de codicill. 2,25... propter magnas et longas peregrinationes), но институтъ этотъ уже съ самаго начала не былъ ограниченъ этимъ условіемъ, онъ дѣйствовалъ для всѣхъ—для прісутствующихъ, какъ и для отсутствующихъ.

чувствуютъ гораздо раньше еще, чѣмъ она познана. Потому-то неизбежно наступаетъ и для тѣхъ мыслии свое время, когда возникаетъ вопросъ: почему онѣ примѣняются лишь здѣсь, почему также не въ этомъ или томъ совершенно однородномъ отношеніи,—время, когда многимъ должно казаться прежнее ограниченіе ихъ примѣненія такимъ-же страннымъ, какимъ казалось до момента ихъ введенія предложеніе допустить ихъ, хотя-бы въ самомъ ограниченномъ размѣрѣ.

Я хочу пояснить сказанное на рядѣ примѣровъ изъ римскаго права, построенныхъ въ видѣ таблицы. Столбецъ слѣва показываетъ мысль въ ея позднѣйшей, разившейся, т. е. обобщенной формѣ, столбецъ справа — точку прохожденія ея, тотъ пунктъ, гдѣ она впервые появилась въ исторіи въ ограниченномъ видѣ.

1) Отвѣтственность
хозяина изъ договоровъ
представителя

Корабельныя предпрія-
тія и торговля (act exercit
и instit.)

2) Защита bonae fidei
possessio путемъ act.
Publiciana (Идея отно-
сительно-лучшаго права).

Продажа и традиція.

3) Act quanti minoris
и redhibitoria

Торговля рабами и ско-
томъ.

4) Реституція въ слу-
чаѣ ущерба, возникша-
го изъ пропуску вре-
мени безъ всякой вины.

Отсутствіе.

5) Оставленіе въ си-
лѣ предъявленныхъ къ
владѣльцу (какъ тако-
вому) искъ въ случаѣ
злостнаго отчужденія вещей.

Hereditatis petitio.

| | |
|-------------------------------------|---|
| 6) Фингированное выполнение условия | Условное завѣщаніе свободы (рабу.) |
| 7) Вещная защита залога. | Юридическое отношеніе аренды (act. Serviana). |

Число этихъ примѣровъ могло бы быть еще увеличено, но для нашей цѣли вполне достаточно приведенныхъ.

При всемъ этомъ явленіи однако необходимо избѣгать мысли, будто здѣсь рѣчь идетъ о чемъ-то случайномъ или о какомъ-то несовершенномъ способѣ возникновенія права. Тутъ не случайно ни само явленіе, вообще—въ немъ только осуществляется общезвѣстный законъ возникновенія (des Werdens)—ни то въ частности, что новая мысль проложила себѣ путь именно въ данномъ пунктѣ. Причины, обуславливающія послѣднее, могутъ быть разчаго рода. Прежде всего къ нимъ принадлежитъ бо льшая неотложность потребности. Послѣдняя не возгѣ обнаруживается съ ичасъ же съ одинаковой силой, въ одномъ пунктѣ она чувствуется раньше или сильнѣе, чѣмъ въ другомъ; такъ, напр. въ случаяхъ 1, 3, 4, 6, 7. Вторая причина—особая легкость, съ которой общая мысль можетъ быть выражена въ законодательствѣ именно въ области даннаго отношенія, въ подтвержденіе чего можно сослаться на случаи 2 и 4 и, если нужны еще другіе примѣры, на старшинство (во времени) владѣнія вещами передъ владѣніемъ правами, на первоначальное ограниченіе узупрукта поклажи и найма индивидуальными опредѣленными предметами въ противоположность позднѣйшему распространенію этихъ отношеній на предметы, опредѣленные родовыми признаками, на первоначальное

чальный взглядъ на *damnum iniuria datum*, какъ на *damnum corpore corpori datum* и т. п. Я долженъ въпрочемъ для полноты изложенія упомянуть еще объ одной причинѣ. Только что приведенныя два основанія предполагаютъ, что правовое положеніе или мысль уже съ самаго начала *могли*-бы выступить въ обобщенной формѣ, т. е. что съ самаго начала для нихъ была бы возможна большая область примѣненія, чѣмъ та, въ которой они первоначально явились. Но возможенъ и такой случай,— и онъ является не рѣдкимъ въ римскомъ правѣ—что какой-нибудь принципъ или какое-нибудь понятіе первоначально потому примкнули къ отдѣльному отношенію и локализовались въ немъ, что послѣднее было тогда единственнымъ въ своемъ родѣ. Родовыя и видовыя понятія здѣсь совершенно совпадаютъ; что было родовымъ, то выступило наружу въ видовой формѣ. Для примѣра возьмемъ родовое понятіе *jus in re aliena*. Цѣлый рядъ правоположеній, вытекающихъ изъ него, какъ напр., что содержаніе подобнаго права не можетъ состоять изъ дѣйствій собственника служащей вещи, что право это прекращается путемъ консолидаціи и т. д., развился исторически сперва на сервитутѣ, такъ какъ послѣдній былъ долгое время единственнымъ *jus in re*. Нѣкоторыя изъ этихъ положеній сохранили свою первоначальную форму, созданную въ интересахъ „вида“ (напр. *servitus in faciendo consistere nequit, nulli res sua servit*), хотя эта узкая редакція совсѣмъ не соответствуетъ новому праву. Тоже самое мы видимъ при наследственномъ универсальномъ преемствѣ. Въ древнемъ римскомъ правѣ *herede-*

ditas являлась *единственнымъ* видомъ универсальнаго преемства, родовое понятіе, слѣдовательно, могло выражаться лишь въ ней одной, и поэтому всѣ положенія наследственнаго права толковали лишь о hereditas (напр., *semel heres semper heres*). Со времени появленія *bonorum possessio* слѣдовало бы устранить подобную формулировку по крайней мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, которые касались не чего-либо специфическаго въ hereditas, а чего-нибудь общаго всему роду, но тѣмъ не менѣе эта формулировка удержалась и въ новомъ правѣ.

Если взглянемъ на тотъ способъ, какимъ обыкновенно совершается обобщеніе какой-нибудь мысли, то окажется, что этотъ видъ развитія права предоставленъ, главнымъ образомъ, юриспруденціи. Въ римскомъ правѣ, по крайней мѣрѣ (кроме того случая, гдѣ рѣчь идетъ объ обобщеніи привилегіи, данной первоначально лишь одному какому-нибудь сословію), мы не знаемъ случаевъ, гдѣ бы законодательство само взялось за эту задачу. Приемъ, путемъ котораго юриспруденція разрѣшала послѣднюю, извѣстенъ подъ именемъ *аналогическаго* распространенія: онъ, полагаю, получилъ лучшее освѣщеніе, благодаря той связи, въ которую поставленъ нашимъ изложеніемъ.

Что оправдываетъ и дѣлаетъ даже необходимой аналогію? Покуда въ исторіи будетъ имѣть силу законъ, что общее начало появляется на свѣтъ не сейчасъ же въ общей формѣ, а сперва только въ ограниченной,—будетъ существовать и потребность въ аналогическомъ распространеніи; помощь юриста является здѣсь необходимой по самой сущности вещи. Значеніе указаннаго выше

возрѣнія подтверждается затѣмъ еще возможностью болѣе точнаго опредѣленія понятія аналогическаго распространенія, а отсюда и болѣе точнаго установленія дѣйствующихъ для него законовъ. Понятіе „аналогическаго распространенія“ можетъ быть опредѣлено слѣдующимъ образомъ: этотъ пріемъ—не что иное, какъ выдѣленіе всего, имѣющаго по своей природѣ и своему предназначенію *общій* характеръ, изъ той частной *формы*, въ которой оно появилось въ исторіи. Онъ поконится, слѣдовательно, на *анализѣ* слившагося въ историческомъ развитіи въ *единный* институтъ правового матеріала, а именно: на отдѣленіи составныхъ частей (правовыхъ положеній), происшедшихъ исключительно изъ своеобразной цѣли и особаго понятія *даннаго* института — принадлежащихъ исключительно данному виду (*необходимо—частные элементы*), отъ тѣхъ, которыя лишь *проявились* въ этомъ институтѣ, по существу же своему обладаютъ отвлеченнымъ характеромъ (*случайно или исторически частные*). Мысль, лежащая въ основѣ act. exercitoria и institoria, а. publiciana, redhibitoria и quanti minoris была общаго характера:—когда юристы стали примѣнять эти иски и къ другимъ аналогическимъ отношеніямъ, то они этимъ не столько расширили эту мысль, сколько лишь познали ее въ ея дѣйствительномъ видѣ, они только освободили ее отъ слишкомъ узкой формы, въ которой она появилась въ исторіи. Въ этомъ нѣтъ никакого преувеличенія собственнаго значенія со стороны юриспруденціи, она не затрагиваетъ этимъ правъ законодателя, она не создаетъ, а лишь примѣняетъ высшую критику и

интерпретацию — не словъ, а мысли законодателя. Этотъ приемъ однако требуетъ большей искусности въ абстракціи и болѣе тонкой способности разграниченія, чѣмъ обыкновенная интерпретация, и промахи здѣсь возможны въ обоихъ направленіяхъ, а именно: равно возможно слишкомъ много сдѣлать, какъ и слишкомъ мало, т. е. возможно, что элементы необходимо частные будутъ ошибочно признаны общими, абстрактными и, наоборотъ, абстрактные — необходимо частными. Перваго промаха, вообще ¹⁾, врядъ-ли нужно опасаться уже по тому, что удобнѣе и безопаснѣе остановиться на непосредственномъ содержаніи закона, чѣмъ подняться надъ нимъ, и относиться свободнѣе къ нему. Потому юриспруденція несравненно чаще очутится въ такомъ положеніи, гдѣ ей придется выслушать противоположный упрекъ. И ей также необходимо привыкать въ теченіе продолжительнаго времени къ новымъ мыслямъ, пока она, наконецъ, убѣдится въ ихъ правѣ требовать себѣ большей области примѣненія, чѣмъ та, въ которой онѣ впервые появились, и пока она наберется смѣлости предоставить имъ таковую на практикѣ. Аналогическое распространеніе — вездѣ

¹⁾ При позднѣйшемъ видѣ римскаго правообразованія путемъ императорскихъ рескриптовъ опасность неправильнаго обобщенія, т. е. расширенія чисто индивидуальныхъ, предназначенныхъ исключительно для конкретнаго случая рѣшеній (*constitutiones personales*), была, правда, несравненно большей, но не юриспруденція была виновницею этого, а произволь, съ которымъ императоры обращались съ правомъ, какъ съ дѣломъ милости. Позднѣйшимъ запрещеніемъ аналогическаго пользованія рескриптами они сами постановили приговоръ надъ собою.

плодь медленнаго созрѣванія мысли; пока его время не пришло, пока не признана повсюду необходимость въ немъ, попытка къ тому, сдѣланная отдѣльнымъ лицомъ, не дастъ никакихъ результатовъ. Это будетъ повторяться всегда. и въ этомъ заключается лучшая гарантія отъ всякой чрезмѣрной поспѣшности.

Предыдущее изложеніе показало, какъ путемъ логическаго изложенія совершается въ предѣлахъ права разграниченіе его составныхъ частей такимъ образомъ, что общія мысли, появляющіяся въ исторіи сперва въ соединеніи съ конкретнымъ и специальнымъ, мало по малу освобождаются отъ этой связи и пріобрѣтаютъ подобающую имъ абстрактную форму. Тѣ правоположенія, которыя остаются послѣ того, какъ общія мысли уже выдѣлились изъ этой связи, принадлежатъ уже исключительно этому специальному правоотношенію. Область примѣненія послѣднихъ, такимъ образомъ, весьма ограничена, прикована къ определенному мѣсту, между тѣмъ, какъ тѣ общія правоположенія подобны атмосферическому воздуху надъ поверхностью земли, не прикованному ни къ какому отдѣльному пункту ея, а свободно движущемуся надъ нею и способному, съ другой стороны, соединиться со всякимъ тѣломъ на земной поверхности.

Правоположенія перваго рода соединяются, смотря по цѣли, которой они служатъ, въ цѣльныя образованія, понятія, могущія безъ содѣйствія какихъ-нибудь другихъ понятій принять конкретную форму, въ то время какъ правоположенія втораго рода или понятія, образовавшіяся изъ нихъ,

не обладают этой способностью, а, наоборот, достигают своего осуществления только въ понятіяхъ перваго рода.

Первыя я называю поэтому *самостоятельными*, послѣднія — *несамостоятельными* правовыми тѣлами. Въ видѣ примѣровъ перваго рода назову: договоръ купли - продажи, сервитутъ пути, завѣщаніе; примѣры втораго рода — ошибка, недѣйствительность, замедленіе. Ошибка сама по себѣ, т. е. независимо отъ какого-нибудь конкретнаго правоотношенія, замедленіе, какъ таковое, т. е. безъ зависимости отъ какого-нибудь существующаго обязательства, на практикѣ совсѣмъ не могутъ появиться, оба должны соединиться съ самостоятельными тѣлами, съ какимъ-нибудь дѣйствіемъ, какимъ-либо обязательствомъ. Если мы хотимъ на это распространить вышеприведенное сравненіе понятій права съ буквами, то мы можемъ назвать абстрактныя понятія согласными, конкретныя—гласныя. Съ этимъ связано еще другое различіе обоихъ: абстрактные элементы обладаютъ гораздо большей примѣнимостью, такъ какъ они не прикованы къ какому-нибудь отдѣльному отношенію; ошибка, напримѣръ, можетъ произойти при договорѣ, традиціи, платежѣ, отказѣ и т. д. Наоборотъ, элементы самостоятельныя касаются всегда лишь какого-нибудь спеціальнаго отношенія, они ограничены въ пространствѣ, локализованы. Они могутъ, впрочемъ, соединяться не только съ абстрактными, но и между собою въ составное правоотношеніе, въ то время какъ первыя, чтобы конкретно осуществиться, *всегда* нуждаются въ соединеніи съ какимъ-нибудь тѣломъ

другаго класса. Возьмемъ, напримѣръ, указанная выше понятія: продажа, сервитуть пути, завѣщаніе. Мы получимъ соединеніе ихъ, если предположимъ такой случай: завѣщатель возлагаетъ на своего наслѣдника обязанность предоставить обществу сервитуть пути, котораго тотъ уже давно домогается, по предлагаемой имъ цѣнѣ, т. е. продать его ¹⁾. Если бы этотъ случай далъ поводъ къ процессу (при которомъ рѣчь бы шла не о толкованіи самаго распоряженія, а о юридическомъ значеніи его), то рѣшеніе его заключалось бы въ томъ, что мы разложили бы весь случай на составныя части, вошедшія въ него: завѣщаніе (либо отказъ) — продажа — сервитуть пути, и потомъ рассмотрѣли бы при каждой въ отдѣльности ея условія и дѣйствія. Рѣшеніе юридическаго случая—та же операція, что и чтеніе: какъ при последнемъ отыскиваютъ, т. е. читаютъ буквы, изъ которыхъ состоитъ слово, и сумму обозначенныхъ ими звуковъ соединяютъ въ одно цѣлое, такъ юристъ отыскиваетъ понятія юридическаго казуса; каждое въ отдѣльности, онъ выдѣляетъ одно за другимъ, чтобы, наконецъ, установить ихъ общій результатъ: рѣшеніе покоится на разграниченіи, сужденіе—на дѣленіи (*Das Ent — scheiden beruht auf Scheiden, das Ur—theilen auf Theilen*).

Если сравнить алѣавитъ права съ алѣавитомъ языка, то окажется, что первый остается далеко позади второго—уже потому, что буквы его отчасти обладаютъ несравненно болѣе ограниченной

¹⁾ Случай, предусмотрѣнный въ l. 44 i. f. de solut. (46,3).. *damnatus alicui vendere.*

примѣнимостью, чѣмъ буквы языка. Съ послѣдними можно въ этомъ отношеніи сравнить лишь наши абстрактные элементы права. Уже на этомъ основаніи число буквъ тамъ должно быть значительно больше, чѣмъ здѣсь, но къ этому присоединяются еще и другія причины, особенно то, что алфавитъ права несравненно точнѣе, да и долженъ быть точнѣе, чѣмъ алфавитъ языка. Если послѣднему достаточно такое чрезвычайно малое число знаковъ, то это объясняется въ значительной долѣ неточностью, съ которой воспроизводятся звуки языка. Сколько знаковъ требовалось бы, еслибъ нужно было указать всѣ тонкіе оттѣнки, особенно въ произношеніи гласныхъ! Письмо даетъ лишь очень грубое воспроизведеніе языка, достаточное для того, кто знакомъ съ произношеніемъ, но совершенно недостаточное для того, кто думаетъ на немъ одномъ изучить произношеніе. Относительно права нужно то же сказать о *низшихъ ступеняхъ* его („Geist“ т. I. стр. 28—32)—*писанное* право даетъ и здѣсь очень недостаточную точку опоры для *юрисдикции*, но я врядъ ли долженъ упомянуть, что возможно полное тожество между писаніемъ или установленіемъ права и произнесеніемъ, т. е. примѣненіемъ его составляетъ именно одну изъ цѣлей всякаго развитія права. Чтобъ право такъ говорилось, примѣнялось какъ оно писано, оно должно быть такъ же писано, какъ должно быть произносимо въ судѣ. Для языка подобное полное тожество, по крайней мѣрѣ по отношенію къ мѣстному жителю не имѣетъ практическаго значенія, для права же—громадное. Поэтому языкъ можетъ быть неточнымъ

право же никогда не можетъ быть достаточно точнымъ, и въ этомъ кроется одна изъ главныхъ причинъ, почему языкъ довольствуется малымъ числомъ буквъ, между тѣмъ какъ право нуждается въ большомъ количествѣ понятій.

Изъ этого несходства права и языка въ отношеніи степени точности, примѣняемой ими, вытекаетъ еще другое различіе. А именно, алфавитъ языка совершенно законченъ и поэтому остался и останется тѣмъ-же, несмотря ни на какія преобразованія языка, такъ какъ онъ не передаетъ болѣе тонкихъ оттѣнковъ произношенія; онъ не ограничивается далѣе отдѣльнымъ языкомъ, а остается для цѣлыхъ семействъ языковъ въ сущности одинаковымъ; напротивъ, алфавитъ права не можетъ имѣть притязаній на подобное же, независимое отъ времени и мѣста, отъ исторіи и національности значеніе. Мы можемъ возразить, что вѣдь и въ правѣ есть основныя понятія, являющіяся абсолютно истинными, будь это лишь юридически-логическія категоріи или чисто формальныя понятія, какъ напр., понятіе юридической невозможности, противоположность между дѣйствительностью и оспариваемостью, между правомъ и примѣненіемъ его, ошибкой въ объектѣ и ошибкой въ мотивахъ и т. д., и что они поэтому, у какого бы народа и ни были впервые открыты и развиты, все же не принадлежатъ алфавиту права *этого* народа, а другому, стоящему надъ національностями, универсальному, абсолютному алфавиту. Однако сколько бы ни признавать абсолютную истинность этихъ понятій и тѣмъ самымъ *возможность всеобщаго правового алфавита*, нельзя тѣмъ

не менѣе упускать изъ виду, что эти понятія— чисто формальнаго характера, и что так. обр., мы не пойдѣмъ съ ихъ помощью дальше формальной юридической логики (большаго дидактическаго значенія которой я, впрочемъ, не хочу оспаривать). Практическое оформленіе и выполненіе содержаніемъ оставалось бы все же предметомъ положительнаго права. Такъ, напр., различіе между ошибкой въ объектѣ и ошибкой въ мотивахъ, какъ различіе понятій—необходимо, оно также вполнѣ пригодно для упражненія способности юридическаго мышленія; но должно ли, вообще, придавать ошибкѣ практическое значеніе, и если должно, то только ли ошибкѣ въ объектѣ или также ошибкѣ въ мотивахъ—это дѣло положительнаго праваго постановленія; если послѣднее просто отрицаетъ или утверждаетъ этотъ вопросъ, то вся указанная разница практически совершенно устранена для даннаго права. Противоположность между ничтожностью и оспариваемостью логически вполнѣ неоспорима, но для древняго римскаго права ея совсѣмъ не было, такъ какъ оно знало недействительность юридическихъ актовъ исключительно въ формѣ ничтожности. Дѣло обстоитъ, слѣдовательно, относительно тѣхъ понятій такъ, что то, что есть въ нихъ абсолютнаго, является чѣмъ-то чисто формальнымъ, все же практическое—чисто позитивнымъ. Это позитивно - практическое оформление можетъ быть, правда, столь разумнымъ и цѣлесообразнымъ, что хотѣлось бы предсказать ему тамъ, гдѣ оно уже есть, постоянное значеніе и даже всеобщее распространеніе, но тѣмъ не менѣе мы должны признавать его чѣмъ-то позити-

нымъ, подверженнымъ измѣненію во взглядахъ и вещахъ.

Нашъ *практическій* алаовитъ права является поэтому чѣмъ-то позитивнымъ, историческимъ, и исторія каждаго права подтверждаетъ это. Измѣняются не только правовыя *положенія*, но съ ними также понятія и институты, и измѣняется не только качество и значеніе существующихъ нынѣ у насъ правовыхъ буквъ, но время доставляетъ намъ еще совершенно новыя и уничтожаетъ старыя. Тѣмъ не менѣе убѣдительно доказательство того, насколько алаовитъ отдѣльнаго какого-нибудь права способенъ при всей своей позитивности сопротивляться вліянію времени и мѣста, даетъ намъ алаовитъ римскаго права. Практическое оформленіе собственности, сервитута, обязательства и т. д. въ римскомъ правѣ—а поэтому также и конструкции римскихъ юристовъ—носятъ чисто *римскій* характеръ (хотя многіе въ слѣпомъ преклоненіи предъ римскимъ правомъ отказываются признать это и стараются выставить римское, какъ нѣчто абсолютное). Но какъ долго держались эти римскіе и позитивные элементы! Означенныя понятія и нынѣ еще имѣютъ въ сущности почти то же значеніе, что полуторатысячу лѣтъ тому назадъ и—что еще важнѣе—римское право даетъ намъ часто вполне удовлетворительныя нормы для рѣшенія даже такихъ вопросовъ, которые выдвинуло наше время. Понятно поэтому, что въ средніе вѣка могла образоваться вѣра въ абсолютный характеръ римскаго права—мысль, что въ немъ осуществлена *ratio scripta*, откровеніе разума въ вопросахъ права.

Что нашъ алѳавить права, не смотря на эти различія между нимъ и алѳавитомъ языка, все же заслуживаетъ названія алѳавита, не нуждается въ поясненіи. Нѣтъ болѣе пригоднаго сравненія, чтобы однимъ словомъ наглядно изобразить несвѣдущему лицу сущность и дѣйствіе аналитической силы въ правѣ. Но какъ ни облегчается путемъ этого сравненія объясненіе вопроса даже для неспеціалиста, я все же не могу не замѣтить, что не-юристъ въ сущности не только не обладаетъ способностью понимать этотъ методъ разложенія, но даже относится къ нему прямо-таки неприязненно, ибо методъ этотъ является прямой противоположностью возрѣвннн профановъ: онъ рассчитанъ на то, чтобы совершенно устранить вліяніе не-юриста на рѣшеніе правовыхъ споровъ. Характерная черта взгляда не-юристовъ, независимо отъ того, идетъ ли рѣчь о пониманіи абстрактнаго права или какого-нибудь отдѣльнаго юридическаго отношенія, заключается въ *не-разложеніи* или, выражаясь положительно, въ томъ, что не-юристъ поддается общему впечатлѣнію, производимому даннымъ отношеніемъ ¹⁾. Всѣ тѣ элементы, стороны или отношенія какого-нибудь юридическаго института или казуса, которые являются для юридическаго глаза *обособленными*, сливаются для профана воедино, и общее впечатлѣніе, производимое

¹⁾ Различіе въ обсужденіи какого-нибудь правоотношенія со стороны юриста и со стороны профана указывается уже Трифоніномъ въ l. 31 § 1 Depos. (16,3). Онъ различаетъ здѣсь: 1) *si per se dantem accipientemque intuemur*; 2) *si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur*.

даннымъ предметомъ на его чувство, безсознательное общее дѣйствіе этой картины есть то, что окончательно опредѣляетъ его сужденіе. Не-юристъ найдетъ непонятнымъ, почему тотъ жизненный институтъ, въ которомъ онъ, профанъ, видитъ одно органическое цѣлое, и которое ему во всякомъ случаѣ, какъ существующій въ жизни фактъ, кажется не нуждающимся болѣе въ дальнѣйшихъ поискахъ, юристъ кропотливо разлагаетъ на отдѣльныя стороны и составныя части, и лишь искусственнымъ путемъ, помощью синтеза снова получаетъ это единство. Если истецъ, имѣющій вполне обоснованное притязаніе, неудачно выбираетъ искъ, напр., вмѣсто *actio in personam* предъявляетъ *actio in rem*, то судья лишь изслѣдуетъ, имѣются-ли на лицо условія *этого* иска и въ отрицательномъ случаѣ отказываетъ истцу въ *этомъ* искѣ, хотя изъ разбора дѣла оказывается, что притязаніе истца было бы вполне обосновано, будь оно предъявлено путемъ другого иска. Это покажется не-юристу весьма страннымъ, а между тѣмъ оно не что иное, какъ простое выдѣленіе различныхъ точекъ зрѣнія и ограниченіе той только изъ нихъ, которую самъ истецъ выбралъ для обсуждения даннаго случая и которую онъ предложилъ судѣ.

Какъ мало понята еще нынѣ наукой сущность метода разложенія, вполне обнаружилось въ спорѣ о противоположности между римскимъ и германскимъ правомъ. Два новыхъ философа права ¹⁾

¹⁾ Stahl въ своей работѣ. *Abh. über den Werth des röm. Privatrechts* (изд. 2 стр. 400), вошедшей, какъ добавленіе, въ составъ перваго тома его философіи права и *Röder*,

полагали, что недостатокъ римскаго права заключался въ томъ, что въ немъ отсутствовали „организмы, органическія образованія, какой-нибудь положительный принципъ органическаго образованія“ и т. д. Но на чемъ основывается это мнѣніе? Пока юридически разлагающая сила еще не поработала надъ какимъ-нибудь правовымъ институтомъ, послѣдній легко производитъ впечатлѣніе „организма“, все великолѣпно въ немъ переплетается, правовые и этическіе моменты, форма и содержаніе, вещный и обязательственный элементы образуютъ одно цѣлое. Но коль скоро юриспруденція завладѣла этимъ институтомъ и выполнила на немъ свою обязанность, пропало все то поэтическое „сращеніе“, „органическое переплетеніе“ и т. д., хотя въ *реальной, практической* сущности института не измѣнилось ни малѣйшее! Пропалъ прекрасный организмъ, а вмѣсто него мы имѣемъ азотъ, кислородъ и т. д. Одинъ элементъ института попадаетъ въ системѣ сюда, другой—туда ¹⁾. И вотъ, если германское право обнаруживаетъ предъ нами организмы, римское же—только атомы

Grundgedanken u. Bedeutung des römischen und germanischen Rechts, Leipzig 1355.

¹⁾ Такъ, напр., при залоговомъ правѣ: вещный элементъ—въ вещное право, обязательственный же (*contractus pignoratitius*)—въ обязательственное. При опекаѣ приходится отдѣльные элементы ея отыскивать въ различныхъ частяхъ системы: дѣеспособность опекаемыхъ и понятіе и виды представительства—въ общей части, залоговое право на имущество опекуна—въ залоговомъ правѣ, *reivind. utilis* противъ него—въ отдѣлѣ о собственности, обязательственное отношеніе—въ обязательственномъ или семейномъ правѣ, римскую *tutela testamentaria*—въ насл. правѣ.

или элементы, то это означает не столько различіе въ обонхъ *правахъ* (развѣ опека, напр., въ римской *жизни* являлась менѣе „органической единицей“, чѣмъ у германцевъ?), сколько различіе въ ихъ *научной разработкѣ*. Наука права не устанавливаетъ *организмовъ*, какъ и не устанавливаетъ ихъ органическая химія: она разлагаетъ ихъ. По выводить отсюда заключеніе, что этимъ умаляется практическая функція юридическихъ отношеній, было-бы ничуть не лучше, чѣмъ думать, что анализъ химика, вмѣсто того, чтобъ понять природу, лишь ставитъ себя въ противорѣчіе съ ней.

Въ основаніи приведеннаго выше упрека римскому праву лежитъ, кажется, та мысль, будто эта юридическая атомистика была не только юридической, но и реальной, будто римскій духъ чувствовалъ антипатію ко всему составному, смѣшанному, словомъ, тому, что понимаютъ подъ выраженіемъ „органическое“ ¹⁾. На самомъ дѣлѣ, разлагающая сила римскаго духа разлагала не предметы, а только понятія и дѣлала это не съ цѣлью *препятствія* практическому существованію организмовъ, а, наоборотъ—для облегченія и обезпеченія его.

¹⁾ Въ качествѣ практической морали, которую я позволю себѣ вывести изъ этой ошибки, помѣщая зѣсь слѣдующее замѣчаніе, которое я особенно посвятить-бы всѣмъ философамъ права не-юристамъ, а именно, что даже чисто *этическая* оценка какого-нибудь права не возможна безъ *знанія техники*. Чтобъ прикрыть отсутствіе этого знанія (часто и вообще яснаго мышленія) нѣтъ, конечно, болѣе удобнаго выраженія, чѣмъ „органической“: чѣмъ туманише понятіе, тѣмъ „органичѣе“ предметъ. Мой другъ—молодой, къ сожалѣнію столь рано отнятый смертію у науки уче-

2) Логическая концентрація.

Hoc uno posito quod est ad cognitionem disciplinae satis innumerabilia nascuntur, quibus implentur juris consulti libri. Cic. de leg. II, 19.

Этотъ приемъ преслѣдуетъ, какъ уже было указано выше, ту же цѣль, что и предыдущій, но въ прямо противоположномъ направленіи: вмѣсто разложенія — соединеніемъ и сведеніемъ. Онъ не являється специфически юридическимъ приемомъ, а общей логической операціей извлеченія какого-нибудь принципа изъ данныхъ частныхъ, постановкой иной, болѣе интенсивной логической формы выраженія.

Мы можемъ также выразить эту задачу въ нѣсколько иной формѣ слѣдующимъ образомъ: рѣчь идетъ здѣсь о сжатіи *внѣшняго объема* той массы правового матеріала, который создало положительное право для какого нибудь извѣстнаго юридическаго отношенія. Объемъ этотъ опредѣляется не исключительно или даже только преимущественно значеніемъ даннаго юридическаго отношенія, количествомъ вопросовъ, которые должны быть приняты, приватъ-доцентъ D-r van Krieken, смѣло выступившій въ своей работѣ: „Über die sogenannte organische Staatslehre“, Leipzig 1873 противъ этого нездороваго направленія въ наукѣ, сочинилъ по этому поводу двустихіе: „чего опредѣлить не можемъ, то „организмомъ“ мы зовемъ“. Я, съ своей стороны, поставилъ себѣ правиломъ, гдѣ только могу, избѣгать выраженія „органическии“.

нѣмъ разрѣшены. словомъ, какимъ-нибудь объективнымъ моментомъ, а наоборотъ, также чисто субъективнымъ моментомъ искусности лица, разрѣшающаго эти вопросы. Кто понимаетъ дѣло, достигаетъ здѣсь однимъ словомъ того же, чего другою—сотней.

Краткость — одно изъ неопредѣлимыхъ качествъ законодателя. Но краткость заключается не въ маломъ количествѣ словъ, содержимыхъ закономъ, а въ интенсивности, глубинѣ высказываемыхъ имъ мыслей. Мы можемъ себѣ легко представить, что то же отношеніе, для законодательнаго образованія котораго *этотъ* законъ издалъ массу отдѣльныхъ, не покоящихся на какой-нибудь общей мысли постановленій (*казуистическая* форма), въ другомъ законодательномъ сборникѣ нормировано самымъ полнымъ образомъ помощью одного только принципа (*принципиальная* форма). При томъ первомъ способѣ юриспруденція лишена возможности концентрировать матеріалъ¹⁾: частности, не вытекающія изъ какого-нибудь принципа, не могутъ быть и сведены къ принципу. Но такъ же мало юриспруденціи дава была бы эта возможность, еслибъ законодатель самъ всегда высказывалъ данный принципъ въ подходящей формѣ—впрочемъ, въ этомъ отношеніи у юриспруденціи никогда не было недостатка въ работѣ!

Возможность концентраціи матеріала со стороны юриспруденціи предполагаетъ, что законо-

¹⁾ То же самое происходитъ, если законодатель запретилъ извлечь общій принципъ тамъ гдѣ это само по себѣ было бы возможно, какъ это, наир., сдѣлалъ Юстиніанъ для поводовъ лишенія наслѣдства по Nov. 115.

датель дѣйствительно *имѣлъ и примѣнилъ* какой-нибудь принципъ, лишь не сознавая и не высказывая его. Исторія насъ учитъ, что это не только не рѣдкость, но даже обычный случай, и фактъ этотъ долженъ казаться тѣмъ менѣе страннымъ у законодателя, что и юриспруденція не рѣдко находится совершенно въ подобномъ же положеніи; и у нея *чувство* того, что правильно, обыкновенно значительно опережаетъ *познаніе* его. Такимъ образомъ, становится возможнымъ, что какой-нибудь принципъ права давно уже прочно утвердился въ практикѣ, прежде чѣмъ онъ познанъ и установленъ въ своемъ дѣйствительномъ видѣ—даже, можетъ быть, когда онъ уже опять лишился своей силы.

Отдѣльныя правоположенія, въ которыхъ законодатель безсознательно проводитъ какой-нибудь принципъ, относятся къ послѣднему, какъ отдѣльныя точки окружности къ центру. Принципъ—та точка, которую ищетъ законодатель, но пока ему еще не удалось овладѣть ею, онъ вынужденъ лишь кружиться около нея, описывать ее помощью отдѣльныхъ казуистическихъ постановленій. Такъ же, какъ и онъ, блуждаетъ и наука по периферіи, пока она не найдетъ центра; чѣмъ дальше периферія отъ центра, тѣмъ длиннѣе путь, по которому идетъ наука, т. е., тѣмъ шире, сложнѣе изображеніе соотвѣтствующаго предмета. Съ каждымъ шагомъ, приближающимъ ее къ центру, кругъ становится все уже, путь короче, т. е. уменьшается, *число* ея выводовъ и увеличивается *содержаніе* ихъ пока, наконецъ, въ самомъ центрѣ она уже въ состояніи выразить всю массу матеріала въ *одной* мысли.

Но не только концентрація существующаго уже матеріала дѣлаетъ открытіе принципа столь важнымъ для науки; къ этому присоединяется еще та выгода, что въ найденномъ и познанномъ принципѣ въ то же время открывается и источникъ *новыхъ* правоположеній: таковыми являются всѣ тѣ выводы изъ него, которые до того еще не были признаны. Полнаго развитія своей логической силы, развитія всего богатства частныхъ, содержимыхъ ею, всякая мысль достигаетъ лишь тогда, когда будетъ сознательно познана въ своемъ настоящемъ видѣ.

Избранное нами сравненіе извлеченія принципа съ отысканіемъ центра при данной окружности могло-бы легко склонить къ тому мнѣнію, будто эта операція чрезвычайно проста. Однако—если остаться при этомъ сравненіи—прежде всего окружность у закона не всегда правильна, а, наоборотъ, бываютъ отклоненія, которыя могутъ завлечь на ложный путь, а затѣмъ отдѣльные правоположенія, даже если они дѣйствительно проистекаютъ изъ одного принципа, не всегда явно обнаруживаютъ свое происхожденіе и родство, даже, напротивъ, они могутъ наивному наблюдателю казаться столь разнородными, что совсѣмъ не возникаетъ мысли о ихъ связи. Что, напр., общаго имѣетъ *hereditatis petitio* съ владѣльческими индиктами? А между тѣмъ оба покоятся на одной и той же мысли ¹⁾. Для приобрѣтенія по давности имѣетъ силу правило, что оно наступаетъ уже съ началомъ послѣдняго дня, для погасительной давности

¹⁾ См. Jhering, *Über den Grund des Besitzschutzes* 2 изд. стр. 89.

сти—лишь съ концомъ его. Повидимому, —два совершенно различныхъ постановленія; а на самомъ дѣлѣ—лишь выводы изъ одной и той же мысли.

Наибольшія затрудненія, кажется, задача эта заключаетъ въ себѣ въ томъ случаѣ, если законодатель частью соблюдаетъ принципъ, частью-же покидаетъ его. Сначала мы не знаемъ, случилось-ли это; мы поэтому сперва предпринимаемъ тщетную попытку свести весь матеріалъ къ одному принципу. Но допустимъ, что послѣ продолжительнаго старанія мы убѣдились въ томъ, что это невозможно, что, наоборотъ, здѣсь перекрещиваются двѣ мысли, изъ коихъ одна заключаетъ въ себѣ правило, другая—исключеніе. Какая же изъ нихъ содержитъ правило и какая—исключеніе, ¹⁾ и можно ли, вообще, думать еще объ *одномъ* правилѣ, или скорѣе весь вопросъ является по своему начальному устройству двойственнымъ.

Возможенъ и противоположный случай, — что какое-нибудь постановленіе ложно выдается за исключеніе, хотя оно въ дѣйствительности вовсе не является таковымъ, а могло бы быть устранено болѣе правильной формулировкой принципа. Бываетъ даже не рѣдко, что какое-нибудь правоположеніе *исторически*, т. е. по отношенію къ дѣйствовавшему до того праву, вводитъ дѣйствительное исключеніе, между тѣмъ какъ на самомъ дѣлѣ этимъ исключеніемъ лишь измѣняется

1) Примѣромъ можетъ служить вопросъ, содержитъ ли въ себѣ погашеніе обязательства путемъ такъ называемаго *consensus duarum causarum lucrativarum* какую-нибудь особенность или только выводъ изъ сущности обязательства, см. объ этомъ Hartmann, Die Obligation стр. 5, 6, 13.

прежній принципъ, такъ что нужна только иная формулировка его, чтобъ исчезло кажущееся противорѣчіе между правиломъ и исключеніемъ. Такъ, напр., допущеніе римской юриспруденціей владѣнія у дѣтей, умалишенныхъ и юридическихъ лицъ въ дѣйствительности обозначаетъ, по моему, подъ кажущейся формою исключенія изъ одного изъ важнѣйшихъ правилъ владѣнія лишь появленіе полной, истинной идеи владѣнія ¹⁾. *Исключенія часто являются лишь формой, въ которой правило расширяется, совершенствуется, измѣняется съ виду.* Въ такомъ случаѣ исторія сама вовлекаетъ насъ въ ошибку: въ теченіе вѣковъ фигурируетъ въ видѣ правила и исключенія то, что на самомъ дѣлѣ совмѣстно подчиняется одному и тому же высшему принципу. Заемъ требовалъ первоначально, чтобъ должникъ приобрѣталъ собственность непосредственно отъ заимодавца ²⁾. Когда практика во многихъ пунктахъ покинула это положеніе, то такое отклоненіе показалось по отношенію къ старому правилу исключеніемъ и таковымъ оно и характеризовалось позднѣйшими римскими юри-

¹⁾ Примѣромъ можетъ служить символическая традиція австрійскаго гражданскаго уложенія, выставяющая себя въ видѣ исключенія изъ основныхъ постановленій правильной традиціи, въ дѣйствительности-же являющаяся лишь примѣненіемъ правильнаго понятія традиціи. См. Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition стр. 213.

²⁾ См. мое сочиненіе (прим. 19) стр. 88, 156. То же надо сказать о нормированіи некуліарнаго владѣнія, о которомъ Папиніанъ въ l. 44 § 1 de poss. 41,2 говоритъ: *utilitatis causa jure singulari receptum est.*

стами ¹⁾. Однако за кажущимся исключеніемъ скрывалось, на самомъ дѣлѣ, лишь важное и весьма цѣнное расширение понятія займа, а именно, что заемъ не содержитъ въ себѣ болѣе перехода своего предмета изъ *собственности* лица дающаго въ собственность берущаго, а изъ *имущества* одной стороны въ имущество другой. Уменьшеніе же одного и увеличеніе другого имущества не связано необходимо съ какимъ-либо событіемъ въ собственности; заимодавецъ *далъ въ займы*, если другой за его счетъ далъ *деньги*, и такъ же дѣло обстоитъ съ заемщикомъ, если денежные суммы уплачены за его счетъ третьему лицу. Другой примѣръ представляетъ появленіе имущественной правоспособности домочадцевъ. Съ исторической точки зрѣнія она подходила подъ форму исключенія; первый случай ея (*peculium castrense*) заключалъ въ себѣ даже столь значительное отклоненіе отъ дѣйствовавшаго права, что едва-ли можно было бы найти другой, подобный ему примѣръ. Въ юстиніановомъ правѣ однако исключеніе стало правиломъ, а правило исключеніемъ и догматической результатъ можно облечь здѣсь въ слѣдующій принципъ: дѣти имѣютъ *имущественную* правоспособность, только по отношенію къ отцу они не обладаютъ *способностью приобретенія*.

3) Юридическая конструкторія.

А. Выраженіе „юридическая конструкторія“ принадлежитъ къ числу самыхъ распространенныхъ техническихъ терминовъ нынѣшней юриспруденціи,

¹⁾ L. 34 pr. Mand. 17,1 nuni, qui uei erant, tuifinnt. L. 15 de R. Cr. 12,1: Singularia quaedam recepta sunt etc.

между тѣмъ какъ въ началѣ нашего столѣтія оно было почти неизвѣстно. Каждый употребляетъ его и каждый понимаетъ подъ нимъ то же, что и всѣ другіе, но на вопросъ: что такое „юридическая конструкция“? какова ея цѣль? по какимъ принципамъ она работаетъ? лишь немногіе въ состояніи будутъ дать отвѣтъ. Наука оставляетъ насъ во всѣхъ этихъ вопросахъ безъ помощи, она до сихъ поръ еще не сдѣлала попытки опредѣлить хотя бы только понятіе юридической конструкции, не говоря уже о созданіи какой-либо теоріи ея, объ изложеніи преслѣдуемыхъ ею цѣлей и тѣхъ принциповъ, на основаніи которыхъ она работаетъ. Я, съ своей стороны, не могу отказаться отъ этой задачи, такъ какъ только такимъ путемъ могу добыть масштабъ для оцѣнки римской юриспруденціи; полное отсутствіе всякихъ подготовительныхъ работъ и есть причина, почему я дольше останавливаюсь на этомъ вопросѣ.

Обычная форма, въ которой право появляется въ законахъ—повелительная, т. е., непосредственно практическая форма запрещенія или повелѣнія. Имѣеть-ли самое *выраженіе* закона повелительный характеръ, или нѣтъ—безразлично: повелѣніе заключается въ содержаніи; въ устахъ закона слово „есть“ имѣеть значеніе „должно быть“ (напр., погашеніе иска давностью (есть) двухгодичное = должно быть двухгодичнымъ). Эта форма проявленія права, въ которой форма и содержаніе еще совершенно совпадаютъ, является въ исторіи первоначальной, первой. Въ противоположность той, которая появляется впоследствии, я ее называю „нисшей“ формой.

Пока юриспруденція оставляетъ матеріалъ въ этой его формѣ, названіе „низшей“ подобаетъ также и ей, и я различаю, такимъ образомъ, какъ низшую и высшую форму выраженія *права*, такъ и *низшую* и *высшую юриспруденцію*.

Дѣятельность низшей юриспруденціи можно опредѣлить однимъ словомъ—*толкованіемъ*. Задача толкованія заключается въ томъ, чтобъ разложить матеріалъ, устранить кажущіяся противорѣчія, выяснить темныя и неопредѣленныя мѣста, извлечь наружу полное содержаніе законодательной воли, слѣдовательно, въ особенности извлечь изъ данныхъ отдѣльныхъ положеній лежащихъ въ ихъ основѣ принципъ, и наоборотъ, изъ даннаго принципа вывести всѣ послѣдствія его. Толкованіе не есть спеціально юридическая операція: каждая наука, источникъ которой — письменные акты, должна заняться толкованіемъ; поэтому и самый предметъ не получаетъ, благодаря ему, своеобразно юридическаго характера. Что бы юриспруденція ни извлекла такимъ путемъ наружу, оно не будетъ ничѣмъ *специфически* новымъ, а всегда только первоначальнымъ правовымъ матеріаломъ, лишь — разложеннымъ.

Съ толкованія не только повсюду *начина* юриспруденція, но оно и должно быть всегда первымъ приемомъ, предпринимаемымъ ею надъ сырымъ матеріаломъ закона. Чтобъ конструировать, она должна сперва интерпретировать, толковать; низшая юриспруденція—необходимая первая ступень къ высшей, но она лишь первая ступень, и юриспруденція не должна на ней останавливаться больше, чѣмъ нужно. Только на

высшей ступени ея задача и методъ становятся специфически юридическими, лишь здѣсь она приобретаетъ свой своеобразный научный характеръ, отличающій ее отъ всѣхъ другихъ наукъ.

Пограничную черту между низшей и высшей юриспруденціей можно довольно рѣзко провести, если и не въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, то все же въ самомъ понятіи. Она находится въ связи съ своеобразнымъ способомъ пониманія права, который я называю бы *естественно историческимъ*, но не съ однимъ лишь бездѣятельнымъ обладаніемъ имъ, а съ энергическимъ и послѣдовательнымъ его проведеніемъ. Является ли этотъ способъ пониманія искусственнымъ или естественнымъ, близкимъ или отдаленнымъ—объ этомъ я спорить не хочу. Если хотять его противопоставить тому воззрѣнію, которымъ руководствуется низшая юриспруденція при обработкѣ матеріала, то можно это сдѣлать слѣдующими двумя словами: правовой институтъ, правовое понятіе съ одной стороны; правовыя положенія, правовыя принципы—съ другой. Правовой институтъ является не простымъ сборищемъ отдѣльныхъ правоположеній, касающихся одного и того же отношенія, а чѣмъ то существенно отличнымъ отъ него. Положенія права—матерія, масса мыслей, они имѣютъ лишь матеріальное существованіе; институты же права представляютъ собою существа, логическія индивидуальности, юридическія тѣла, мы охватываемъ и наполняемъ ихъ представленіемъ объ индивидуальномъ бытіи и жизни. Они возникаютъ, погибаютъ, дѣйствуютъ, вступаютъ въ столкновеніе съ другими, они имѣютъ свои за-

дачи, цѣли, которымъ служатъ, и соответственно этому—свособразныя силы и свойства и т. д. Я назвалъ бы ихъ, чтобъ вызвать въ читателѣ постоянное представленіе объ ихъ бытіи и жизни, юридическими существами, если бы это названіе не казалось слишкомъ искусственнымъ. Я предпочитаю поэтому выраженіе „юридическія“ или „правовыя тѣла“ ¹⁾ (въ противоположность простой субстанции права или правовому материалу).

Можно было бы напередъ быть склоннымъ не высоко ставить значеніе этого способа пониманія права. Что за разница, спроситъ кто-нибудь, можетъ быть въ томъ, если вмѣсто „правоположенія о собственности“ сказать: „институтъ собственности“, „собственность“? Конечно! Если ограничиться однимъ выраженіемъ, т. е., бездѣйтельнымъ обладаніемъ этимъ представленіемъ, то оно не имѣетъ никакой цѣны. Это—зерно, которое лежитъ непронизительнымъ и мертвымъ въ землѣ, но которое, чуть только вскроется, способно произвести наибѣйшее преобразование въ правѣ. Дѣло юриспруденціи вскрыть это зерно и довести его до полного разцвѣта, т. е., преобразовать весь правовой матеріалъ по смыслу указанного воззрѣнія, провести точку зрѣнія индивидуальнаго суще-

¹⁾ Изложенный выше взглядъ, изъ за котораго я подвергся сильнымъ нападкамъ, высказанъ не мною впервые, я первый лишь последовательно развилъ его, намеки же на него можно было, напротивъ, найти давно до меня у другихъ, напр., у Савиньи: *Über den Begriff unserer Zeit*, изд. 3 стр. 29: *Понятія были для римскихъ юристовъ дѣйствительными существами, жизнь и происхожденіе которыхъ стали близко знакомы, благодаря продолжительному тѣсному общенію съ ними*.

ствованія и жизни юридическаго тѣла въ ея полной послѣдовательности.

Какъ можетъ примѣненіе и проведеніе какой-нибудь точки зрѣнія произвести такія чудеса? Это сомнѣніе было бы вполне основательнымъ, если бы наша точка зрѣнія являлась лишь другимъ способомъ созерцанія предмета, показывала бы его намъ только въ другомъ освѣщеніи, въ болѣе яркомъ свѣтѣ. Но дѣйствіе этой точки зрѣнія подобно не дѣйствію свѣта, только освѣщающаго предметъ, а дѣйствію тепла, превращающаго его изъ твердаго состоянія въ жидкое. Правовой матеріаль, который въ своемъ первоначальномъ хрупкомъ видѣ ставитъ очень тѣсныя границы искусству юриста, такъ сказать, расплавляется, благодаря указанной точкѣ зрѣнія, и превращается поэтому въ такое состояніе, что поддается оформленію и преобразованію, и что пробуждаются и вызываются къ дѣйствію покоящіяся въ немъ скрытыя силы и свойства. Естественнo-историческій методъ знаменуетъ собою *возвышеніе правового матеріала въ состояніе высшаго агрегата*.

Это возвышеніе матеріала есть въ то же время и возвышеніе самой юриспруденціи. Изъ простаго посильщика законодателя, собирателя его позитивныхъ мелочей она возрастаетъ до свободнаго искусства и науки—искусства, которое художественнымъ образомъ создаетъ, образуетъ матерію, вдыхаетъ въ нее жизнь, науки, которая, несмотря на позитивную сторону своего предмета, можетъ быть названа естественной наукой въ области духовнаго. Сравненіе это - не простая игра словъ: нѣтъ выраженія, которое (какъ это видно будетъ

изъ дальнѣйшаго изложенія) такъ мѣтко опредѣлило бы сущность даннаго метода, какъ слова: *естественно-историческій методъ*. На этомъ методѣ покоится секретъ юриспруденціи, ея господство надъ всею матеріей и ея притягательная сила для ума ¹⁾.

Уяснимъ себѣ тѣ послѣдствія, которыя влечетъ за собою этотъ способъ пониманія права для разработки послѣдняго.

В. Юридическія тѣла. Съ предположеніемъ *бытія* необходимо связывается вопросъ о началѣ и ковицѣ его (виды возникновенія и прекращенія юридическихъ отношеній), съ предположеніемъ существованія *тѣла* — вопросъ о его природѣ, устройствѣ, назначеніи, его силахъ, свойствахъ, его сходствѣ (или различіи) съ другими, вопросъ о соединеніяхъ, въ которыя оно можетъ съ ними вступить или столкновеніяхъ, въ которыхъ можетъ очутиться съ ними. Я хочу указать важнѣйшіе относящіеся сюда пункты. ²⁾

¹⁾ Что то удовлетвореніе, которое даетъ юриспруденція одному *уму*, не есть еще самое высшее въ ней, стало для меня все болѣе и болѣе яснымъ, и я старался по возможности уничтожить тѣ слѣды чрезмѣрно высокой оцѣнки логической стороны права, которые носило на себѣ первое изданіе настоящей работы. Надъ чисто формальнымъ элементомъ юридической логики стоитъ, какъ нѣчто высшее, идея справедливости и правдивости; возникновеніе въ нее, т. е., въ то, какъ она выразилась и осуществилась въ отдѣльныхъ правовыхъ институтахъ и положеніяхъ права, является, по моему мнѣнію, самой прекрасной и возвышенной задачей, которую можетъ себѣ поставить наука. Трудъ мой: „Цѣль въ правѣ“ посвященъ разрѣшенію этой задачи.

²⁾ Укажу здѣсь же нѣкоторый матеріалъ изъ источниковъ, которымъ читатель можетъ воспользоваться для по-

1. *Понятіе. Строченіе.* Первая задача при изслѣдованіи юридическаго тѣла заключается въ вопросѣ:

слѣдующаго изложенія. Юридическое тѣло имѣеть на языкѣ римскихъ юристовъ свою опредѣленную природу: natura—напр., сервитутъ L. 32 § 1 de S. P. U. (8,2) habitatio L. 13. C. de usufr. (3,33). эмфитевизисъ § 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), депозитъ 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 опредѣленную substantia—напр., обязательно L. 3 de O. et A. (44,7), L. 6 Cod. si cert (4,2); L. 5 de fid. (46,1), договоръ купли-продажи L. 3 Cod. de cont. empt. (4,38), L. 72 pr. D. ibid. (18,1). Оно имѣеть опредѣленную силу и власть: potestas, напр., искъ L. 47 § 1 de neg. 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). Другіе примѣры у Kuntze, Wendepunkt der Rechtswissenschaft, Leipzig 1856, стр. 75, напр. obligatio nascitur, in pendenti est, consumitur, vires ex praesenti accipit, confunditur. Эта „природа“ и „сила“ понятія *практическая*, изъ нихъ, напр., дѣлаются въ приведенныхъ выше мѣстахъ слѣдующіе выводы: что сервитутомъ нельзя владѣть, что нѣкоторые обязательства не могутъ быть дѣлимы, что нѣкоторые уговоры, какъ противорѣчающіе главному договору (депозиту, корреальнымъ обязательствамъ) не дѣйствительны, что собственность прекращается и т. д. Примѣромъ того, какъ римскіе юристы оперируютъ съ этимъ возрѣніемъ на юридическое тѣло, можетъ служить (важнѣе многихъ другихъ мѣсть) L. 14 § 1 de povat. (46,2). Не-юриссть поставилъ бы рѣшеніе вопроса, которое имѣеть римскій юристъ въ виду въ этомъ мѣстѣ (безусловное обновленіе условнаго требованія) исключительно въ зависимость отъ воли стороны, юриссть же извлекаеть его изъ отношенія взаимнаго воздѣйствія обонхъ обязательствъ, онъ изслѣдуеть, какъ и когда одно изъ нихъ дѣйствуетъ на другое. Другіе характерные примѣры см. въ L. 3 § 9 de adiut. leg. (34,1), L. 34 § 11. 12 de leg. I (30), L. 27 § 2 de pact. (2,14), L. 5 de fidej. (16,1).

что оно собою представляет? является ли оно самостоятельным тѣломъ или можетъ быть сведено къ другому ¹⁾? Здѣсь повторяется для насъ законъ юридическаго анализа: не признавать самостоятельнымъ такого тѣла, которое можетъ быть составлено изъ одного или нѣсколькихъ другихъ.

Указаніе того, что представляетъ собою тѣло, является равнозначанцимъ его *понятію*, понятіе „понимаетъ“, т. е., схватываетъ его сущность, дефинируетъ его т. е., отграничиваетъ его отъ другихъ, даетъ ему логическое самостоятельное бытіе. Понятіе содержитъ, такимъ образомъ, логическую квинтэссенцію тѣла, самую сущность его, то, что составляетъ его индивидуальность; въ немъ должна заключаться вся сила тѣла; все, что происходитъ на немъ и съ нимъ, должно уживаться съ его понятіемъ. Опредѣленіе понятія является поэтому въ сущности не первымъ дѣйствіемъ: оно возможно въ качествѣ формальной редакціи или концентраціи добытыхъ результатовъ лишь послѣ того, какъ изслѣдованіе тѣла совершенно закончилось.—Тренделенбургъ очень мѣтко называетъ опредѣленіе понятія монограммой логическаго разума. Впрочемъ, не слѣдуетъ смѣшивать *представленіе* и *формулировку* понятія: можно себѣ ясно представить понятіе, между тѣмъ какъ формулировка, дефиниція

¹⁾ Въ видѣ примѣра изъ современнаго права укажу на такъ называемую „Genossenschaft“; является ли она особымъ юридическимъ понятіемъ или измѣненной *societas* или юридическимъ лицомъ? Примѣромъ изъ римскаго права можетъ служить сведеніе *traditio brevi manu, constitutum possessorium*, приобрѣтенія плодовъ арендаторомъ и *jactus missilium* къ традиціи.

его неудачна. Такъ, римскіе юристы оперируютъ со своими понятіями вполне увѣренно, хотя ихъ опредѣленія, какъ они сознаютъ сами, ¹⁾ не рѣдко совершенно неудовлетворительны.

Итакъ, понятіе охватываетъ тѣло въ его сущности. Но въ чемъ эта сущность заключается? Можно было бы думать—въ моментѣ *цѣли*, такъ какъ практическая задача, которую данное тѣло должно выполнить, содержитъ въ себѣ основаніе, почему оно, вообще, существуетъ, почему оно именно такое, а не иное, словомъ—содержитъ въ себѣ логическій ключъ къ нему. Я, правда, не хочу отрицать того, что моментъ *цѣли* является весьма важнымъ, даже неизбѣжнымъ для пониманія института—пониманія не только философско-правового, но и практически юридическаго; ²⁾ я только оспариваю возможность для юридической теоріи создать *опредѣленіе*, основываясь на моментѣ *цѣли*. ³⁾ Но можно возразить, развѣ опредѣленіе,

¹⁾ L. 202 de R. J. (50,17).

²⁾ Въ нашемъ юридическомъ преподаваніи можно и должно было бы принимать въ соображеніе моментъ *цѣли* въ гораздо большемъ размѣрѣ, чѣмъ это обыкновенно дѣлается, особенно относительно многихъ римскихъ учреждений, чуждыхъ нашему современному пониманію. Римскіе юристы лишь изрѣдка подчеркиваютъ моментъ *цѣли* (примѣромъ можетъ служить *usucapio*, Savigny, System т. 5 стр. 268 прим. I.), потому что онъ вполне ясенъ для того, кто стоитъ въ самой жизни.

³⁾ Какъ извѣстный примѣръ подобнаго *телеологическаго* опредѣленія назову опредѣленіе векселя Эйпертомъ, какъ „кунеческихъ бумажныхъ денегъ“—оно характеризуетъ лишь важнѣйшее практическое примѣненіе векселя, а не его юридическую природу. *Онтологическое* опредѣленіе векселя таково: отвлеченное отъ своей *causa* обѣщаніе денегъ

напр., поклажи и ссуды, какъ отдачи съ *целью* хранения и пользования—неправильно? Конечно, нѣтъ, но только по той причинѣ, что слово „цель“ является здѣсь лишь другимъ выраженіемъ для „содержанія“. Отдача съ *целью* хранения или пользования означаетъ здѣсь не что иное, какъ отдачу съ *обязательствомъ* хранения, съ *правомъ* пользования. Тамъ же, гдѣ мы употребляемъ выраженіе „цель“ института въ его собственномъ смыслѣ, мы понимаемъ подъ нимъ нѣчто противоположное содержанію, нѣчто высшее, лежащее внѣ его, къ чему само содержаніе относится лишь какъ *средство*. Разъ наша наука является только теоріей *средствъ*, такъ сказать, *materiae medicae*, держащей право на готовѣ для нуждъ жизни, мы должны опредѣлять средства по моментамъ внутреннимъ, не говоря уже о томъ, что опредѣленіе ихъ по *целямъ*, хотя и возможное у нѣкоторыхъ изъ нихъ, было бы въ общемъ невыполнимо. ¹⁾ Пбо эти *цѣли* не только являются чѣмъ-то весьма неопредѣленнымъ, колеблющимся, не только часто взаимно перекрещиваются такъ, что разобратъся въ нихъ трудно, измѣняются безъ малѣйшаго измѣненія

или, говоря словами Тэля, обѣщаніе суммы. Такъ юристъ всегда долженъ будетъ понятіе „*Vannrecht*“ основать на *ius prohibendi*, хотя этимъ не дѣлается еще излишнимъ указаніе на моментъ *цѣли*—на преслѣдуемое этимъ *ius prohibendi* обезпеченіе дѣловаго производства.

¹⁾ Гдѣ, напр., должна была бѣ найти себѣ мѣсто опека? Гдѣ узупфруктъ? Если бѣ *цѣль* была рѣшающимъ моментомъ, то пришлось бы арендный договоръ, эмфитевзисъ и узупфруктъ недвижимостей помѣстить въ одномъ мѣстѣ!

въ самомъ институтѣ, но есть еще значительное количество юридическихъ тѣлъ, у которыхъ вообще совершенно невозможно указать какой-нибудь цѣли, такъ какъ они обязаны своимъ происхожденіемъ не практической потребности (*utilitas*), а лишь юридической послѣдовательности или необходимости (*ratio juris*)—они существуютъ такъ какъ не могутъ не существовать. *Опредѣлять* же можно лишь по такому моменту, по которому возможно и *классифицировать*—точка зрѣнія, непригодная для опредѣленія *всѣхъ* тѣлъ или систематикі всего цѣлаго, также не годится для опредѣленія *отдѣльнаго* тѣла. Мы опредѣляемъ, такимъ образомъ тѣло не по тому, чѣмъ оно *должно быть* или что оно создастъ, а по его *строенію*, его анатомическимъ моментамъ. Такіе моменты напр.,—субъектъ, объектъ, содержаніе, дѣйствіе, искъ. Главный предметъ нашихъ опредѣленій составляютъ права въ субъективномъ смыслѣ, и на нихъ я хочу наглядно изобразить нашу задачу и методъ.

При каждомъ правѣ прежде всего слѣдуетъ принять въ соображеніе *субъекта* его. Отвѣтъ на вопросъ, кого нужно считать субъектомъ въ юридическомъ смыслѣ, и какъ нужно себя представить отношеніе между субъектомъ, съ одной стороны, и предметомъ и содержаніемъ права, съ другой, можетъ часто быть связаннымъ съ большими затрудненіями—особенно, если либо связь субъекта съ предметомъ не является непосредственной, а осуществляется посредствомъ какого-нибудь отношенія (какъ напр., при предіальномъ сервитутѣ посредствомъ *praedium dominans*, при

обязательствахъ на предъявителя—посредствомъ бумаги), либо если при одномъ и томъ же правѣ конкурируютъ нѣсколько управомоченныхъ лицъ. Последнее можетъ быть такъ, что они должны раздѣлиться между собою или такъ, что одинъ изъ нихъ долженъ имѣть все. Простѣйшая форма для перваго случая—дѣленіе права по числу лицъ (напр., при общемъ владѣніи, общей собственности, при обязательствахъ); здѣсь фактъ множественности лицъ выражается въ самомъ *правѣ*: последнее дѣлится на столько частей, сколько есть лицъ. Но даже при этой простѣйшей формѣ отношенія можно спорить о томъ, какъ слѣдуетъ себѣ представить это внутреннее происшествіе—естественно историческимъ, внѣшнимъ или юридическимъ путемъ? представить ли себѣ напр., общую собственность въ видѣ атомистическаго дѣленія *вещи* или дѣленія *права* или, что правильнѣе, *содержанія* права? Другую форму для этого отношенія солидарной конкуренціи представляетъ юридическое лицо. Последнее не есть само дестинаторъ правъ, которыми оно обладаетъ, а этимъ являются тѣ физическія лица, которыя, такъ сказать, стоятъ позади него, и для которыхъ юридическое лицо является только технически—необходимымъ представителемъ (носителемъ правъ) — будь это замкнутый кругъ лицъ (*universitas personarum*) или неопредѣленная множественность (*universitas hominum*, напримѣръ, при больницѣ — больные, при учрежденіи, служащемъ искусству — любители искусства). Юридическое лицо (но крайней мѣрѣ, въ своемъ гражданско-правовомъ значеніи) представляетъ собою лишь техническій инструментъ,

чтобы обезвредить недостатокъ въ опредѣленности субъектовъ ¹⁾).

Для втораго указанного выше случая субъективной конкуренціи (солидарнаго правомочія) извѣстный примѣръ даютъ намъ солидарныя обязательства въ тѣсномъ смыслѣ и коррелячныя обязательства. Здѣсь вопросъ о ихъ строеніи таковъ: должны ли мы себѣ представить это отношеніе въ видѣ *двухъ* обязательствъ съ однимъ и тѣмъ же содержаніемъ или *одного* обязательства съ двумя субъектами?

Какъ на примѣръ, для правильнаго установленія *предмета* права, укажу на наследственное право и на обязательство, такъ какъ относительно обонхъ взгляды особенно расходятся. Что составляетъ предметъ наследственнаго права? — масса ли отдельныхъ юридическихъ отношеній или имущественно-правовая личность наследодателя? А при обязательствѣ — должникъ ли, его воля или будущее дѣйствіе? И для *содержанія* обязательство можетъ служить намъ примѣромъ въ томъ смыслѣ, что возбуждался вопросъ, направлено ли право вѣрителя на дѣйствіе или на его денежную цѣнность. При сервитутахъ также спорятъ по поводу опредѣленія содержанія ихъ, а именно — содержатъ ли они въ себѣ выдѣленныя правомочія собственника или только ограниченія собственности.

Къ вопросу о строеніи правъ относится также

¹⁾ И при *hereditas jacens* оно функционируетъ такимъ же образомъ: и здѣсь субъектъ еще неопредѣленъ; и здѣсь, слѣдовательно, юридическое лицо лишь посредствующее звено между физическимъ лицомъ и имуществомъ. Ср. „Geist des Röm. Rechts“ т. IV § 55,61.

и отношеніе зависимости ихъ отъ другихъ правъ, такъ, наиримѣръ, зависимость залоговаго права отъ обязательства, процентовъ за промедленіе — отъ главнаго обязательства, вѣнцаго сервитута — отъ господствующаго участка. Затѣмъ — вопросъ объ отношеніи иска къ праву; допустимо ли отдѣленіе перваго отъ послѣдняго, и какое значеніе имѣетъ перенесеніе иска безъ права? является ли искъ придаткомъ къ праву или самимъ правомъ въ его процессуальномъ видѣ и т. д.?

Остальные моменты юридическаго тѣла, къ которымъ я теперь перехожу, столь тѣсно связаны съ только что изложеннымъ и между собою, а въ отношеніи нѣкоторыхъ пунктовъ, которые ниже будутъ упомянуты, представляется настолько произвольнымъ и безразличнымъ, подводить ли ихъ подъ ту или другую точку зрѣнія, что я рѣшился на нѣкоторое разграниченіе ихъ лишь въ интересахъ читателя, дабы дать ему нѣсколько важнѣйшихъ точекъ опоры.

2. *Свойства и силы юридическаго тѣла.* Для примѣра назову дѣлимость и недѣлимость правъ, ихъ силу растяженія, право приращенія при собственности, узуфруктъ, наследственномъ правѣ (тутъ право, такъ сказать, расширяется надъ отсутствующимъ пространствомъ), отдѣлимость или неотдѣлимость отъ личности (зависимость отъ ея жизни, возможность передачи другимъ и т. д.), возможность солидарнаго умноженія правъ на одинъ и тотъ же предметъ (рядомъ ли другъ съ другомъ или въ послѣдовательномъ порядкѣ, какъ при залоговомъ правѣ), возможность ограниченія или уменьшенія обычнаго содержанія права (эла-

стичности; постоянная составная часть юридического акта— *essentialia negotii*, подвижная часть— *naturalia* и *accidentalialia*).

3. *Особыя явленія, феномены въ жизни тѣла.* Сюда прежде всего принадлежатъ тѣ два явленія, которыя касаются самого существованія тѣла: возникновеніе и прекращеніе. Но вопросъ о существованіи не исчерпывается однимъ указаніемъ различныхъ способовъ возникновенія и прекращенія—это болѣе конкретная, специальная часть задачи, — а заключаетъ въ себѣ рядъ общихъ соображеній. Сюда относятся, напримѣръ, то положеніе, когда само бытіе еще не рѣшено („висячее“ положеніе,—не только при условіяхъ, но и во многихъ иныхъ отношеніяхъ); вопросъ о вѣчной или преходящей длительности юридического отношенія; столь важный вопросъ о числѣ, датѣ (напр., когда считать сдѣлку совершенной? безвѣстно отсутствующаго — умершимъ? когда *actio nata est*? сюда же относится обратная сила условія и *ratihabitio*); промежуточное время между актомъ установленія права и самимъ возникновеніемъ права (предварительное заключеніе сдѣлки до наступленія ея условій, напримѣръ, при залоговомъ правѣ— до возникновенія обязательства); или промежуточное время между возникновеніемъ и дѣйствіемъ (*dies*), постоянное или временное парализованіе правъ (*exceptio peremptoria* и *dilatoria*); частичная гибель, возстановленіе погибшаго, метаморфоза, переходъ въ другія отношенія, вліяніе прекращенія иска на право (разница при собственности и при обязательствѣ) и прекращенія обязательства на встречное требованіе и т. д.

4. *Отношеніе къ другимъ тѣламъ.* Несовмѣстность нѣкоторыхъ тѣлъ съ другими (напримѣръ, patria potestas и tutela, наслѣдованія по завѣщанію и по закону, непримѣнимость владѣнія къ обязательству), совмѣстность другихъ тѣлъ (напримѣръ, владѣнія и сервитута, т. е. квази-владѣнія), совпаденіе ихъ на одномъ и томъ же предметѣ или отношеніи и ихъ столкновеніе (напримѣръ, собственности и обязательства, т. е. reivindicatio и exceptio rei vend. et traditae, собственности и залогового права, вліяніе конкуренціи исковъ), устраненіе одного тѣла и вліяніе этого обстоятельства на другое (напримѣръ, выпаденіе старшаго залогового права, дереликція praedium serviens или dominans — вліяніе этихъ фактовъ на послѣдующее залоговое право или на сервитуть).

Послѣдній, конечный выводъ естественно-научнаго метода и вѣнецъ всей задачи.

5. *Систематическая классификація юридическихъ тѣлъ или система.* Этого пункта я уже коснулся выше.

С. Юридическая конструкція и ея законы. Все предыдущее изложеніе имѣло въ сущности лишь подготовительную цѣль: дать читателю наглядное представленіе о предметахъ и задачахъ естественно-историческаго метода или что то же самое — представленіе о юридическомъ тѣлѣ.

Надѣюсь, нѣтъ надобности въ оправданіяхъ, почему я такъ долго останавливался на этомъ пунктѣ, даже сравнительно дольше, чѣмъ буду останавливаться на главной задачѣ, къ которой теперь перехожу. Указанное наглядное представленіе было необходимымъ предварительнымъ

условіемъ для пониманія послѣдующаго изложе- нія; усвоивъ себѣ это представленіе, читатель въ состояніи будетъ пополнить многое, на что я вы- нужденъ ниже лишь вкратцѣ указать. Мы дошли до того момента, когда можемъ вернуться къ ис- ходной точкѣ этого параграфа — юридической кон- струкціи и опредѣлить ее однимъ словомъ, а именно, какъ *обработку правового матеріала въ смыслъ естественно-историческаго метода*. Юри- дическая конструкція, такимъ образомъ, является пластическимъ искусствомъ юриспруденціи, пред- метъ и цѣль ея — юридическое тѣло. Каждая ра- бота, касающаяся его, поскольку она работа со- здающая, подходитъ подъ понятіе юридической конструкціи — независимо отъ того, имѣетъ ли она своимъ объектомъ тѣло, въ его цѣломъ видѣ, вы- зывая его къ жизни, или является только со свой- ствомъ вспомогательнымъ, объясняя отдѣльныя происшествія въ жизни тѣла, устраняя кажуціяся противорѣчія частностей съ основнымъ понятіемъ — словомъ, какова бы такая работа ни была, лишь бы она имѣла своимъ предметомъ строеніе тѣла. Я прибавилъ ограниченіе: поскольку она работа *создающая*. Противоположность этому составляетъ чисто рецензивная обработка правового матеріала, т. е., простое оперированіе съ выставленными кон- струкціей точками зрѣнія, раскрытіе выводовъ, ко- торые косвеннымъ образомъ уже добыты; по край- ней мѣрѣ, обычная рѣчь примѣняетъ наше выра- женіе лишь къ первому роду дѣятельности. Дѣя- тельность этого рода составляетъ художественное творчество, потому что она создаетъ нѣчто новое, чего до того не было, она ведетъ къ откры-

тіямъ ¹⁾); послѣдняя же есть только послѣдовательное логическое мышленіе.

Мы подвергнемъ теперь юридическую конструкцію ближайшему разсмотрѣнію и коснемся сперва ея *законовъ*.

Конструкція имѣетъ въ виду художественную обработку юридическаго тѣла. Въ чемъ же за-

¹⁾ Этимъ высказано, что она является не столько результатомъ труда и учености, сколько таланта и сообразительности. Нигдѣ трудъ не дастъ столь цѣнныхъ или столь плохихъ результатовъ, смотря по усилію, который онъ имѣетъ, какъ здѣсь. Удачная конструкція является въ моихъ глазахъ юридическимъ подвигомъ, дѣяніемъ, имѣющимъ постоянную цѣну, неудачная—абсолютно безцѣнна, потраченная на нее работа совершенно потеряна. Никто не долженъ, берясь за подобную работу, скрыть отъ себя, что онъ играетъ въ лотерею; на одинъ выигрышъ приходится здѣсь, какъ показываетъ опытъ, сотня проигрышей. Трудность и заслуга подобныхъ работъ, большею частью, очень мало признаются. Зависитъ это можетъ быть, отъ того, что въ то время, какъ на ученой (въ собственномъ смыслѣ слова) работѣ всегда лежитъ отпечатокъ потраченного на нее труда, при подобномъ дѣлѣ, напротивъ, совсѣмъ не видать предшествующихъ ему стараній и усилій—поэтому, конечно, многіе склоны видѣть въ томъ, что составляетъ плодъ многолѣтнихъ поисковъ, лишь легкой даръ счастливой минуты. Здѣсь одно какое-нибудь слово можетъ часто дать рѣшеніе вопроса, а когда это слово произнесено, все кажется столь естественнымъ и простымъ, что каждый могъ бы его найти—яйцо Колумба. Это невольно напоминаетъ разрѣшеніе загадки, которая также въдѣ имѣетъ совершенно различный видъ, смотря по тому, извѣстно ли уже рѣшеніе, или нѣтъ. Что наши цивилистическія загадки не такъ легко разрѣшимы, можно заключить уже изъ того, что наша нынѣшняя юриспруденція, особенно германистическая, носитъ еще съ большимъ количествомъ загадокъ, для которыхъ Эдннъ пока не найдетъ.

ключается эта художественность, т. е., какими соображеніями, правилами должна она руководиться, словомъ — каковы ея законы? Я признаю слѣдующіе законы юридической конструкціи:

1. Законъ совпаденія съ положительнымъ матеріаломъ. Положительныя правоположенія — тѣ данныя точки, черезъ которыя юридическая конструкція должна проложить свою конструкціонную линію; въ остальномъ же она при этомъ совершенно свободна, собственныя конструкціи законодателя не обладаютъ для нея обязательной силой. Законодатель не долженъ конструировать — онъ этимъ переходитъ въ область науки, лишаетъ себя авторитета и силы законодателя и становится съ юристомъ на одну линію. Если, такимъ образомъ, конструкціи законодателя и не имѣютъ иного значенія, кромѣ доктринальнаго, и потому допускаютъ постоянное исправленіе и устраненіе со стороны юриспруденціи, то онѣ еще поэтому не менѣе опасны. Ибо понятно, что споръ противъ нихъ не такъ легко возникаетъ, да и занимаетъ несравненно болѣе тяжелую позицію по отношенію къ нимъ, чѣмъ къ чисто доктринальнымъ конструкціямъ ¹⁾. Даже обычай или исторія

¹⁾ Извѣстный примѣръ законной конструкціи первыхъ вѣковъ римскаго права представляетъ намъ *fictio legis Corneliae*; изъ позднѣйшаго времени такимъ примѣромъ служить постановленіе Зенона о самостоятельномъ характерѣ эмфитевтическаго договора. Въ общемъ же римскому законодательству вплоть до Юстиніана нельзя дѣлать упрека въ подобныхъ захватахъ изъ области науки. Юстиніаново же предпріятіе, наоборотъ, преслѣдуетъ какъ извѣстно, прямо противоположную цѣль, его институты и наидекты являются въ одно и то же время учебниками и

не могутъ, поскольку дѣло идетъ дѣйствительно лишь о конструкціяхъ, имѣть тутъ значеніе ¹⁾.

уложеніями, и это смѣшеніе науки съ законодательствомъ въ значительной степени повлекло за собой для современной обработки римскаго права указанная въ текстѣ невыгодная послѣдствія (тѣмъ, что наука въ чисто *научныхъ* вопросахъ стала подаваться авторитету Юстиніана), но примѣръ учителя на престолѣ или законодателя на кафедрѣ, который подалъ Юстиніанъ, нашелъ и въ новыхъ законодательствахъ слишкомъ охотное подражаніе. Наука должна оставить кесарю кесарево, но и кесарь наукъ—научное.— Въ новѣйшее время наша наука энергично вступила въ борьбу съ выставляемыми новыми законодательствами законными конструкціями, особенно въ области австрійскаго права, напр., съ понятіями *Obereigenthum* и *Nutzungseigenthum* (Randa, *der Besitz nach österreichischem Recht*, Aufl. 3, Leipzig. 1879 стр. 23, Unger, *System des öster. Privatrechts* I стр. 608), съ взглядомъ на владѣніе, какъ на вещное право (Randa, стр. 48), съ такъ наз. *Tabu*, *farbesitz* (id стр. 62), *titulus* и *modus aquirendi* (Unger, II стр. 11), символической традиціей (Randa, стр. 340, 347, Exner, *die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach öster. Recht*, Wien, 1867, стр. 167 сл.), опредѣленіемъ юридическаго лица (Unger, I стр. 322—324). Въ этомъ отношеніи предстоитъ еще много работы и въ старыхъ и въ новыхъ законахъ; нѣтъ ничего болѣе превратнаго, какъ слѣпо вѣрить употребляемымъ ими словамъ; такъ, напр., они не рѣдко употребляютъ выраженіе „владѣніе“, гдѣ подразумѣвается лишь право требовать передачи владѣнія (Stobbe въ *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik* XII стр. 234), говорятъ о переходѣ собственности на проданную вещь съ совершеніемъ договора купли, въ то время какъ имѣютъ въ виду лишь переходъ риска, а „собственность“ примѣняютъ только какъ конструктивную точку зрѣнія для обоснованія этого положенія.

¹⁾ Примѣромъ тому служитъ конструкція *actio spoli* для арендатора у Bruns'a, *Die Besitzklagen* стр. 243. Этимъ, конечно, не исключается то, что для правильнаго воззрѣ-

Итакъ, юриспруденція, что касается художественной обработки матеріала, совершенно свободна, поскольку въ формѣ, которую она ему придаетъ, остается та же практическая сила, которая была ему присуща въ прежней формѣ. Въ распоряженіи юриспруденціи при этомъ могутъ находиться самыя разнообразныя формы. Изъ застроительно-подлицейскихъ соображеній древнее право запрещало собственнику виндикацію строительнаго матеріала, которое другое лицо, безъ вѣдома собственника застроило въ свой домъ, а предоставляло ему взамѣнъ того личный искъ о вознагражденіи; послѣ же отдѣленія матеріала, напр., благодаря тому, что домъ обрушился, виндикація не встрѣчала болѣе препятствій. Этому-то оформленію даннаго юридическаго отношенія можно было придать различное юридическое выраженіе, а именно: либо что собственность исчезаетъ, а затѣмъ возникаетъ снова, либо что она, хотя продолжаетъ существовать, тѣмъ не менѣе не можетъ быть осуществляема, пока продолжается соединеніе. Последнему способу мысленія, очевидно, надо было отдать предпочтеніе предъ первымъ, такъ какъ исчезновеніе собственности, благодаря самоуправному дѣйствію сособственника, было бы такъ же странно, какъ и последующее возникновеніе ея послѣ того, какъ она уже разъ погибла. Но допустимъ, что законъ все-таки усвоитъ себѣ послѣдній способъ мысленія — тогда, по моему мнѣ-

нію на учрежденія даннаго времени можетъ имѣть существенное значеніе та точка зрѣнія, съ которой именно это время смотритъ на нихъ (напр., взглядъ среднихъ вѣковъ на право автономіи городовъ и знатнаго дворянства).

нію, юриспруденція мѣла бы полное право замѣнить его, какъ неудачную конструкцію, другою, указанною выше. Оба способа приводили къ совершенно тождественнымъ результатамъ, они были, следовательно, ничѣмъ инымъ, какъ юридическими конструкціями, попытками науки рационально объяснить практическія положенія.

Если же одинъ изъ новыхъ юристовъ (Puchta, Pandekten § 154) пытается высказанное въ римскомъ правѣ положеніе, что половина найденнаго на чужой землѣ клада принадлежитъ собственнику земли, примирить такимъ образомъ съ теоріей завладѣнія, что утверждаетъ, будто находчику принадлежитъ въ собственности весь кладъ, но онъ по закону *обязанъ* выдать половину собственнику земли, то *эта* конструкція находится въ противорѣчій съ указываемымъ выше закономъ совпаденія съ положительнымъ матеріаломъ, потому что приводитъ къ результатамъ, не соответствующимъ положительному праву, напр., къ тому, что собственникъ земли имѣеть относительно причитающейся ему половины только личный искъ къ находчику, между тѣмъ какъ римское право, предоставляя ему сособственность на одну половину („*dimidium ipsius*“ § 39 J. de R. D. 2, 1), дѣлетъ ему вмѣстѣ съ тѣмъ искъ противъ третьихъ лицъ.

2. *Законъ непротиворѣчій* или систематическаго единства. Я врядъ ли долженъ замѣтить, что здѣсь рѣчь идетъ не о противорѣчійхъ законодателя, а о противорѣчійхъ науки съ самою собою. Юриспруденція связана какъ съ закономъ, такъ и съ *самой собою*, она не должна при своихъ конструкціяхъ вступать въ противорѣчіе съ самою собою,

съ понятіями, тезисами, выставленными ею въ другомъ мѣстѣ, ея конструкціи должны согласоваться какъ въ самихъ себѣ, такъ и между собою. *Понятіе* не терпитъ исключеній, подобно тому какъ какое-нибудь тѣло не можетъ отречься отъ самого себя, стать въ исключительномъ случаѣ чѣмъ-то инымъ, чѣмъ оно есть на самомъ дѣлѣ. Если, слѣдовательно, можно найти такое положеніе тѣла, которое несовмѣстимо съ выставленнымъ понятіемъ, то это значитъ, что послѣднему недостаетъ научной жизнеспособности и права на существованіе. Если данное положеніе даже необыкновенное и практически мало важное, то и это обстоятельство не имѣетъ значенія, такъ какъ при всей этой задачѣ имѣется въ виду не практическая проблема, а логическая ¹⁾).

Проба конструкціи состоитъ въ томъ, что наука проводитъ свое тѣло черезъ всевозможныя положенія, производитъ всевозможныя соединенія его съ другими тѣлами, сравниваетъ его съ каждымъ изъ своихъ тезисовъ. Только, если все совпадаетъ,

¹⁾ Такъ римскіе юристы разсматриваютъ, напр., при собственности вопросъ о продолженіи ея существованія надъ улетѣвшей птицей, убѣжавшей дичью, такъ изслѣдуютъ они вопросъ о собственности на наследственные вещи до принятія наследства, на отказанныя подъ условіемъ вещи въ то время, какъ условіе еще не осуществилось и т. д. Такъ они предъявляютъ, далѣе, къ самимъ себѣ требованіе указывать тамъ, гдѣ какое-нибудь юридическое отношеніе возникло въ извѣстномъ *промежуткѣ* времени, точно *моментъ* его возникновенія и поэтому вполне послѣдовательно отрицаютъ, напр., возможность, вообще возникновенія тамъ гдѣ не мыслимъ подобный отдѣльный моментъ возникновенія, l. 9 § 3 qui pot. 20, 1.

тогда тѣло выдержало свою пробу, является настоящимъ и вѣрнымъ. Въ видѣ примѣра возьмемъ обязательство. Если мы вмѣстѣ съ римскими юристами станемъ его разсматривать, какъ качество обонхъ участвующихъ лицъ, то изъ этого слѣдуетъ, что оно безъ этихъ двухъ лицъ не можетъ существовать, потому что существованіе качества безъ субъекта немислимо, и что оно, такимъ образомъ, должно прекратиться со смертью кредитора или должника. Если же оно на практикѣ все-таки продолжаетъ существовать, то необходимо или отказаться отъ приведеннаго взгляда на обязательство, или же— и такимъ именно путемъ пошли римскіе юристы— устранить это противорѣчіе предположеніемъ, что лицо продолжаетъ свое существованіе. Третьей возможности нѣтъ, потому что это третье могло бы заключаться только въ томъ, что успокоилсь бы на одномъ *фактъ* продолженія обязательства и отказалсь бы отъ попытки согласовать этотъ фактъ съ понятіемъ обязательства. Но это означало бы научное банкротство, отреченіе отъ какой бы то ни было юриспруденціи. Далѣе! Если юриспруденція выставляетъ положеніе, что обязательство прекращается платежемъ, то должно казаться юридически немислимымъ, что вѣритель можетъ еще послѣ получения платежа уступать дальше свой искъ. Тѣмъ не менѣе право признаетъ возможной подобную уступку поручителю со стороны вѣрителя послѣ того, какъ платежъ уже совершенъ. Здѣсь наука не можетъ успокоиться на томъ, что это по положительному праву такъ, а должна либо отказаться отъ указаннаго общаго положенія, либо—если она

этого не хочетъ или не можетъ—отыскать такую точку зрѣнія, которая устранила бы противорѣчіе, выставила бы его какъ только кажущееся, что и сдѣлано римскими юристами безъ всякихъ натяжекъ и вполне убѣдительно ¹⁾.

Требованіе, о которомъ идетъ рѣчь въ нашемъ второмъ законѣ, мы можемъ выразить такъ: наука не должна устанавливать то, что *юридически не возможно*. Понятіе возможнаго и невозможнаго въ юридическомъ смыслѣ на первый взглядъ кажется абсолютнымъ, въ дѣйствительности же оно—относительно. Сколь многое казалось бы римскимъ юристамъ юридически невозможнымъ, что нынѣ признается юридически возможнымъ (напр., требованія, принадлежащія всякому держателю данной бумаги, индоссаменты *in blanco*, открытыя протекты на собственную вещь и т. д. и сколь многое они, въ свою очередь, допускаютъ, въ чемъ болѣе старыя юрсты видѣли бы прямо нарушение всякой юридической логики ²⁾). Какъ въ самомъ правѣ, такъ и въ воззрѣніяхъ науки происходитъ постоянный прогрессъ, ея умственный горизонтъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и кругъ возможнаго расширяется, либо благодаря ея личной заслугѣ, либо силою обстоятельствъ, которыя навязываютъ ей въ качествѣ практически необходимаго то, что до того

¹⁾ А именно: платежъ поручителя разсматривается ими, какъ купля обязательства, см. *L. 76 de solut.* (16,3).

²⁾ Такъ напр., *traditio in incertam personam*. Древняя юриспруденція могла *jactus missilium* конструировать только какъ дереликцію, съ одной, и оккупанцію съ другой стороны. Позднѣйшая—дошла до единственно правильной конструкціи: *traditio in incertam personam*.

считалось юридически невозможнымъ, и вынуждаютъ ее расширить, соотвѣтственно этому, область теоретически возможнаго. Въ послѣднемъ случаѣ для нея существуетъ лишь слѣдующая альтернатива: либо прежняя догма ¹⁾ должна подчиниться новымъ обстоятельствамъ, либо послѣдняя догма — или прежнія понятія, тезисы должны быть измѣнены, чтобы дать мѣсто новому, или послѣднее должно быть посредствомъ искусной манипуляціи (посредствомъ какой-нибудь подходящей точки зрѣнія) такъ измѣнено, чтобы оно согласовалось съ догмой. Послѣдній путь — ближайшій, и не только просителенно, но и вполне объяснимо, если юриспруденція прежде всего избираетъ его, прилагаетъ все свое искусство, чтобы избавиться отъ необходимости порвать со своими прежними ученіями.

Старые римскіе юристы отлично понимали искусство соединенія практическаго новаго матеріала съ теоретическимъ старымъ: дальнѣйшее изложеніе дастъ намъ много блестящихъ образцовъ этого ²⁾; даже нерѣдко они при этомъ при-

¹⁾ Она можетъ заключаться не только въ положительныхъ правовыхъ положеніяхъ и основныхъ юридическихъ воззрѣніяхъ, но и въ общелогическихъ аксіомахъ, примѣры см. ниже.

²⁾ Массу подобныхъ примѣровъ я привелъ въ „Geist des R. R.“ т. IV' прим. 320 и 331, нѣкоторые другіе приведены Regelsberger'омъ (Zur Lehre vom Altersvortrag der Pfandrechte. Erlangen, 1859), напр. на стр. 7 прим. С— „чтобы предоставить узупфруктъ также наследнику, но сдѣлано было исключенія изъ запрещенія передачи узупфрукта, а введена была обязанность новаго его установленія. L. 5 pr. quib. mod. ususfr. 7,4“.

бѣгаютъ къ такимъ обходамъ, которые своей тяжеловѣстностью и сложностью доходятъ почти до смѣшного („Geist des R. R.“ т. IV, § 58). Но не слѣдуетъ изъ-за такого преувеличенія вполнѣ правильной мысли усомниться въ ней самой и надо остерегаться, какъ бы не проглядѣть здороваго, чисто юридическаго основанія, изъ котораго вытекаетъ эта мысль, равно какъ весьма полезныхъ послѣдствій той строгости и недантичности. Если хотятъ, чтобы научное знаніе пріобрѣло крѣпость, то не надо безъ нужды трогать его фундаментъ, надо пріучиться приспособляться и помогать себѣ. Именно эта необходимость приспособленія даетъ наукѣ обильные плоды. Нужда дѣлаетъ изобрѣтательнымъ! Состояніе крайней необходимости, въ которое ставитъ юриста столкновеніе новаго со старымъ или, вѣрнѣе, стремленіе уладить это столкновеніе безъ вреда для стараго, оказалось очень благотворнымъ для развитія юридической изобрѣтательности. Оно подталкиваетъ и побуждаетъ все діалектическое искусство юриста къ крайнему напряженію, а съ тѣмъ и къ изобрѣтеніямъ и открытіямъ, которыя, совершенно независимо отъ непосредственной цѣли, которой они должны служить, обогащаютъ науку весьма цѣннымъ и плодотворнымъ образомъ. Такъ, позднѣйшая римская юриспруденція открыла подъ вліяніемъ такихъ принудительныхъ обстоятельствъ рядъ различій, которыя сохраняютъ свою цѣну на вѣчныя времена.

Но это искусство посредничества имѣетъ свои границы. Есть такой пунктъ, за предѣлы котораго удерживать старое значитъ создавать неестествен-

ность и принужденность¹⁾. Когда и гдѣ наступаетъ этотъ моментъ -- это болѣе дѣло чувства, чѣмъ объективнаго опредѣленія. Посредничающія конструкции, удовлетворяющія данному времени, производятъ на другое время впечатлѣніе чего-то искусственнаго; такъ даже римскіе юристы, какъ строго они въ общемъ ни придерживались унаслѣдованной догмы, рѣшались иногда открыто порвать съ нею связь, между тѣмъ какъ древняя юриспруденція уклонялась отъ этого путемъ примиряющей конструкции²⁾. Для вышнѣйшей юрис-

¹⁾ Такъ, напр., римскіе юристы опредѣляли первоначально *pignus* какъ *договоръ* и это опредѣленіе они могли еще удержать безъ натяжки при первыхъ случаяхъ такъ называемаго законнаго залоговаго права (*quasi tacite convenerit pignus tacitum*). Но когда появилась возможность завѣщательнаго установленія залоговаго права, то оно уже стало невозможнымъ, а для юстиніанова права съ его массой законныхъ залоговъ подведеніе ихъ подъ понятіе молчаливаго или фингированнаго договора было бы просто абсурдомъ.

²⁾ Я напомню, напр., *ob jactus missilium* (выше, стр. 88, прим. 2). Старая догма гласила: никакая юридическая дѣлка не можетъ быть совершена *in personam incertam*. Разъ хотѣли поддержать эту догму, то оставалось только разложить *jactus missilium* на дереликцію и оккупацию. Но эта примиряющая конструкция была натянутой, потому что она нацеливала волю *ascensu*, направленную именно не на дереликцію, а на передачу. Позднѣйшая юриспруденція была болѣе правдива, видя въ данномъ случаѣ *traditio in incertam personam*, а этимъ она фактически измѣнила указанную выше догму: что до того считалось юридически невозможнымъ, стали теперь признавать возможнымъ. Трудно понять, какъ новые юристы -- напр., Пухта въ своихъ Пандектахъ § 148 прим. К. -- могли не замѣтить противоположности обѣихъ конструкций (въ одной заключается два

пруденціи осталось бы въ этомъ отношеніи еще довольно работы даже относительно чисто римской теоріи (слѣд., совершенно независимо отъ ея измѣненій современнымъ правомъ) ¹⁾.

Мы разсматривали до сихъ поръ нашъ второй законъ, лишь поскольку онъ насъ интересуеть съ точки зрѣнія древней римской техники, но законъ этотъ распространяется дальше и пріобрѣтаетъ важное значеніе въ особенности для систематической классификаціи; объ этомъ однако здѣсь не мѣсто подробнѣе распространяться.

Если мы хотимъ противопоставить другъ другу оба закона юридической конструкціи, которыхъ мы до сихъ поръ касались, то можемъ сказать, что первый имѣетъ своимъ корнемъ *позитивный*, второй — *логическій* элементъ. Элементъ третьяго (и послѣдняго) закона, къ которому я перехожу теперь, я назвалъ бы *эстетическимъ*.

3. *Законъ юридической красоты*. Будутъ пожалуй, считатъ натяжкой, если я говорю о юридическомъ чувствѣ изящнаго или чувствѣ красоты. Но самъ предметъ этого требуетъ, и разъ мнѣ позволено говорить о *художественной* обработкѣ матеріала, то придется уже допустить и чувство изящнаго ²⁾. На немъ основано удовольствіе и не-

одностороннихъ акта, въ другой одинъ двусторонній) и считать ихъ согласными между собою (словно традиція состоитъ изъ дереликцій и оккупаций!)

¹⁾ Взять, хотя бы, тезисы наслѣдственнаго права: *neto pro parte testatus etc., semel heres, semper heres* и многіе другіе, которые уже во время классическихъ юристовъ скорѣе фигурировали, чѣмъ дѣйствительно примѣнялись.

²⁾ Римскимъ юристамъ знакома была эта идея: они знали юридическое чувство изящнаго и признавали за нимъ право

удовольствіе, которое вызываютъ въ насъ извѣстныя конструкціи. Однѣ удовлетворяютъ насъ своей естественностью, прозрачностью, простотою, наглядностью, другія отталкиваютъ насъ противоположнымъ, кажутся намъ натянутыми, неестественными и т. д., хотя мы и не можемъ назвать ихъ *пресватными*. Этотъ законъ, слѣдовательно, не является, какъ первые два, абсолютнымъ. Конструкція, идущая въ разрѣзъ съ послѣдними, абсолютно неправильна—она совсѣмъ *не конструкція*; тяжеловѣсная же, натянутая конструкція, куда нельзя на ея мѣсто поставить лучшей, и умѣстна, и необходима. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи есть, слѣдовательно, градации, болѣе и менѣе совершенныя конструкціи. Сравненіе съ искусствомъ правильно даже въ томъ смыслѣ, что мы можемъ говорить о различныхъ художественныхъ стиляхъ различныхъ эпохъ въ юриспруденціи, такъ, напримѣръ, различіе въ этомъ отношеніи между древней и позднѣйшей римской юриспруденціей врядъ ли ускользнетъ отъ внимательнаго наблюдателя; оно будетъ нами указано въ соответствующихъ мѣстахъ. Стилъ древней юриспруденціи характеризуется преимущественно стремленіемъ къ *пластическому* изображенію и мотивированію внутреннихъ фактовъ и происшествій, между тѣмъ какъ позднѣйшая юриспруденція оперируетъ болѣе помощью внутреннихъ средствъ, понятій, замѣняетъ, напримѣръ, мнимыя сдѣлки фикціями.

на существованіе; ср. напр. упрекъ въ *inelegantia juris* у Гая I § 84, 85 и законъ симметріи въ l. 35, l. 100 de R. l. 50, 17.

Я воздержусь отъ болѣе подробнаго изложенія этого третьяго закона, такъ какъ оно не нужно для уразумѣнія древней римской техники, а тѣ образцы послѣдней, которые мы въ свое время получимъ, понятны и безъ комментарія. Поэтому сдѣлаю только слѣдующія замѣчанія. Чѣмъ *проще* конструкция, тѣмъ болѣе совершенна она, т. е. тѣмъ она нагляднѣе, прозрачнѣе, естественнѣе; и здѣсь въ наивысшей простотѣ сказывается наивысшее искусство. Самыя запутанныя отношенія не рѣдко конструировались римлянами путемъ простѣйшихъ средствъ (например, юридическое лицо), конструкціи же, производящія впечатлѣніе натянутого, сложнаго, должны съ самаго начала вызывать въ насъ справедливое недовѣріе. Конструкция *наглядна*, если она разсматриваетъ данное отношеніе съ точки зрѣнія легко доступной нашему воображенію (какъ напримеръ, понятіе *universitas rerum distantium*); *прозрачна*— если послѣдствія даннаго отношенія ясно обнаруживаются, благодаря этой точкѣ зрѣнія, какъ, напримеръ, въ понятіи юридическаго лица; *естественна*— если конструкция не вызываетъ никакого отклоненія отъ того, что вообще происходитъ во внѣшнемъ или въ духовномъ мірѣ¹⁾. Разъ вся наша кон-

¹⁾ Такимъ положеніями, возникшими изъ наблюденія надъ естественной природой и принятыми римскими юристами для юридической конструкціи, являются, напримеръ, слѣдующія: что разъ погибло, не можетъ снова приобрѣсти своего прежняго существованія; разъ совершенное не можетъ быть измѣнено (например, l. 2 de rese. vendit. 18,5; l. 26 pr. de usufr. leg. 33,2: *perire voluit quod quis non dnm habuit*); причина и слѣдствіе не терять никакого *vacuum* между собою. Сюда же относится мысль о равно-

струкція покоится на естественно-историческомъ возрѣніи, то понятно, что она стремится, какъ можно ближе, примкнуть къ законамъ и происшествіямъ природы, подражать ей, сколько можно, въ своей области и въ своемъ предметѣ и, кажется, нерѣдко римское „naturale“ имѣетъ именно это значеніе *подражанія природы* ¹⁾).

Предшествующее изложеніе указало намъ тѣ требованія, которымъ должна удовлетворять юридическая конструкція. Теперь скажу нѣсколько словъ о *средствахъ*, примѣняемыхъ ею съ этой цѣлью — я называю ихъ *конструкціоннымъ аппаратомъ*.

Низшую ступень его занимаютъ заимствованные у языка *образы*, напримѣръ, *servus poenae* (l. 17 pr. de poen. 48, 19), наименованіе сервитутовъ—*jura praediorum, reivindicatio—actio in rem*, залоговаго права—*obligatio rei*. Вещь не можетъ ни имѣть права, ни быть отвѣтчикомъ по иску, ни являться субъектомъ обязательства. Правда, нашей наукѣ знакома возможность олицетворенія того, что въ дѣйствительности не есть лицо, но въ приведенныхъ случаяхъ объ этомъ и рѣчи быть не можетъ—здѣсь олицетвореніе не юриди-

вѣснй силъ, съ которой, напримѣръ, оперируетъ Венулеій, въ l. 13 de duob. reis 45,2, cum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, qua re altera potius quam altera consumatur, l. 5 de fidej. 46,1, съ чѣмъ связано и положеніе: melior est conditio possidentis; затѣмъ, вынодь о невозможности *compossessio in solidum* въ l. 3 § 5 de poss. 41,2.

¹⁾ Напримѣръ, въ положеніи (правда, не вполне правильномъ) о тождествѣ способовъ возникновенія и прекращенія l. 35 de R. J. 50,17: nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.

ческое, а лишь образное. Тѣмъ не менѣе я считаю возможнымъ назвать тѣ выраженія попытками конструкціи съ точки зрѣнія естественнаго взгляда на право—хотѣли же нѣкоторые юристы видѣть въ нихъ даже настоящія конструкціи! — и нельзя отрицать, что они искусно выбраны и даютъ очень годныя точки опоры для нагляднаго представленія. Затѣмъ, какъ конструктивныя средства, принадлежащія также болѣе низкой ступени, назову *мнимыя сдѣлки*, о которыхъ не стану однако въ этомъ мѣстѣ подробнѣе распространяться, такъ какъ будетъ случай познакомиться съ ними въ т. IV (§ 58) „Geist des Röm. R.“. Къ нимъ примыкаютъ затѣмъ *фикціи*, которыя часто представляютъ собою лишь *caput mortuum* прежнихъ мнимыхъ сдѣлокъ. Нѣкоторое сходство съ фикціей имѣетъ искусственное расширеніе естественныхъ понятій, напримѣръ, распространеніе понятія плодовъ на *uti* (*fructus civiles*), владѣнія—на сервитуты (*ius possessionis*), лица—на юридическія лица, вещи—на совокупность вещей (юридическія вещи) и т. д. Одно изъ искусственнѣйшихъ средствъ въ нашемъ римскомъ правѣ—обратно дѣйствующая сила; о ней будетъ рѣчь въ другомъ мѣстѣ.

Теперь намъ остается еще коснуться вопроса объ особенной технической цѣли и пользѣ юридической конструкціи. Какъ относится послѣдняя къ изложенной выше главной задачѣ техники—облегченію субъективнаго овладѣнія правомъ? Назовемъ обработанное конструкціей въ смыслѣ естественно-историческаго метода право *системой*; тогда содержаніе послѣдующаго изложенія можно

выразить въ двухъ тезисахъ: 1) система является въ практическомъ отношеніи самой выгодной формой *даннаго позитивнаго матеріала* и 2) она — источникъ *новаго матеріала*.

1. Система—*самая выгодная въ практическомъ отношеніи форма даннаго позитивнаго матеріала*.

Возведеніе права въ систему (въ указанномъ смыслѣ) лишаетъ его, какъ уже было сказано его *внѣшней* практической формы, не уменьшая, однако *внутренней* практической силы его. Всѣ наши понятія и раздѣленія — практическія величины; добытыя изъ противоположеній, они во всякое время могутъ быть умѣлымъ лицомъ снова сведены къ нимъ („Geist“, т. I, стр. 38).

Если, такимъ образомъ, эта обработка, съ одной стороны, ничуть не умаляетъ прежней пригодности матеріала, то, съ другой—она его значительно совершенствуетъ.

Во-первыхъ: система является самой наглядной, вслѣдствіе своей пластичности, формой матеріала. Въ то время какъ послѣдній, будучи чисто матеріальнымъ веществомъ (т. е. пока онъ является лишь совокупностью правилъ) можетъ быть объять только *памятью*—въ видѣ системы это достигается посредствомъ *юридической способности нагляднаго воспріятія*, индукціи. Характеристическая черта такого воспріятія права заключается въ единствѣ, цѣльности и одновременности картины, которую оно даетъ уму. Наглядное воспріятіе не собираетъ отдѣльныхъ мелочей, какъ память, а имѣетъ предъ глазами все одновременно и во всей его связи. Но это предполагаетъ дѣйствительное существованіе такой связи, такого единства, словомъ, чего-

то объективно воспріемлемаго. И вотъ, эта-то объективная воспріемлемость создается для права путемъ системы. Пбо въ системѣ весь матеріаль расчлененъ, онъ сгруппировался и соединился въ отдѣльныя пластически закругленныя тѣла. Каждое такое тѣло - носитель извѣстной массы право-положеній или, правильнѣе, не только носитель, не только обвѣщанный имъ скелеть, но самое воплощеніе ихъ, оно совершенно то же, что и они, они стали его кровью и плотью. Въ немъ *масса* пріобрѣла индивидуальное выраженіе и возможность *цѣльнаго впечатлѣнія*. Каждое изъ этихъ тѣлъ имѣеть для насъ свою опредѣленную фізіономію и индивидуальность; кто имѣлъ съ ними продолжительныя сношенія, тому они кажутся „реальными существами, которыя стали ему близки, благодаря долгому знакомству“ (см. выше) — онъ знаетъ ихъ, гдѣ и въ какой бы оболочкѣ ихъ не встрѣтилъ, онъ знаетъ, что они могутъ дѣлать и чего нѣтъ, и не нуждается для этого въ долгомъ размышленіи или уясненіи себѣ причинъ.

Все, что мы справедливо считаемъ критеріемъ и отличіемъ настоящаго юридическаго мышленія: быстрота, легкость и вѣрность сужденія, словомъ, юридическій *взглядъ*, предполагаетъ объективную и субъективную возможность *восприниманія*, т. е., *картину*, которую можно наглядно воспринять: юридическое тѣло и пріобрѣвшій способность видѣть его юридическій глазъ.

Во - вторыхъ: система, какъ самая малая, наиболее сконцентрированная форма матеріала, является и самой удобной — положеніе, не нуждающееся въ дальнѣйшемъ поясненіи послѣ всего, изложеннаго до сихъ поръ.

Въ третьихъ: система—самая прозрачная форма матеріала. Въ этой формѣ обнаруживается все обиліе его содержанія, все скрывающееся въ немъ; взаимныя отношенія между отдаленнѣйшими пунктами, самыя тонкія различія и сходства, необходимыя условія; лежащія въ основѣ правовыхъ предметовъ и именно вслѣдствіе своей естественности и необходимости легко ускользающія отъ наблюденія—словомъ, приводится въ сознаніе самое сокровенное и скрытое въ правовомъ положительномъ матеріалѣ. Поэтому можно было бѣ естественно-историческій методъ назвать пыткой въ правѣ — онъ вынуждаетъ правовой матеріалъ къ признанію, какъ при пыткѣ. Тѣ общія категоріи, которыя мы выше привели: возникновеніе, прекращеніе, свойства и т. д. юридическаго тѣла, сами по себѣ, правда, безсодержательны, формальны, но разъ поставленныя въ связь съ (правовымъ) матеріаломъ, онѣ развиваютъ чрезвычайную діалектическую растительную силу. Пусть онѣ и будутъ только *вопросы*, которые мы предлагаемъ матеріалу, но вопросъ представляетъ собою первый шагъ къ познанію, онъ не рѣдко есть и самое познаніе. Правда, и практика снабжаетъ насъ ежедневно вопросами и этимъ косвенно помогаетъ намъ расширить наши знанія, но вопросы практики не всегда самые назидательныя. Совершенно непрактичный вопросъ, но схватывающій институтъ, такъ сказать, въ самомъ чувствительномъ его мѣстѣ, въ корнѣ, можетъ быть безконечно важнѣе для дѣйствительнаго его познанія, чѣмъ ежедневно возникающіе практическіе вопросы; съ разрѣшеніемъ *одного* такого вопроса

можетъ косвенно получить окончательное разрѣшеніе цѣлый рядъ важнѣйшихъ въ практическомъ отношеніи вопросовъ, разрѣшить которые тщетно пытались до того непосредственнымъ путемъ ¹⁾. Какъ естественныя науки обыкновенно дѣлаютъ важнѣйшія для жизни открытія при такихъ вопросахъ и изслѣдованіяхъ, которыя съ самаго начала не обѣщаютъ никакого практическаго результата, и какъ онѣ обыкновенно служатъ жизни, главнымъ образомъ, тѣмъ, что удаляются отъ нея, такъ не рѣдко случается то же самое и съ юриспруденціей. Свои лучшія открытія она иногда дѣлаетъ въ совершенно непрактическихъ областяхъ и если бы римскіе юристы ничему иному насъ не научили, мы бы уже за одинъ этотъ урокъ должны были вѣчно благодарить ихъ — а именно, что юриспруденція для того, чтобы быть практической, не должна ограничиваться исключительно практическими вопросами.

2. Система—*нисязякаемый источникъ новаго матеріала* ²⁾. Если юриспруденція только раскрываетъ,

¹⁾ Такъ, напримѣръ, вопросъ о заключеніи договора съ глухимъ представляетъ совершенно незначительный интересъ, а тѣмъ не менѣе онъ много содѣйствуетъ изслѣдованію природы совершенія договора, ср. выдержку изъ труда Merlin'a у Регельсбергера (Civilrechtliche Erörterungen, Heft 1, Weimar, 1868, стр. 13). Прекращеніе притязаній вслѣдствіе такъ называемаго *concursum duarum causarum lucrativarum* бываетъ въ жизни чрезвычайно рѣдко, тѣмъ не менѣе Гартманнъ сбнаружилъ совершенно правильную мысль, попытавшись, исходя изъ этого пункта, раскрыть корни римскаго обязательства, см. его работу: Die römische Obligation, Erlangen, 1875.

²⁾ Не знаю, направлено-ли замѣчаніе Арнольда (Cultur u. Rechtsleben, Berlin, 1865, стр. 204 и 430), противъ

что косвенно дано и установлено законодателемъ, то здѣсь возможно лишь въ не собственномъ смы-
этого положенія, во всякомъ случаѣ оно истекало бы тогда изъ двойкаго недоразумѣнія — во-первыхъ, будто я подъ системою разумѣю лишь внѣшнее расположеніе понятій, между тѣмъ какъ я выше, на стр. 127 ясно высказался, въ какомъ смыслѣ я употребляю это выраженіе, а именно: какъ совокупность правоположеній, возведенныхъ въ форму юридическихъ понятій. Я никакъ не могу предположить, что названный ученый хотѣлъ отрицать тотъ фактъ, о которомъ свидѣлствуетъ каждая страница въ *corpus juris* — что связанная въ системѣ (понятой въ *этомъ* смыслѣ) или, правильнѣе говоря, живая діалектическая сила под-твердила, да и ежедневно подтверждаетъ свою способ-ность быть неизсякаемымъ источникомъ новыхъ право-выхъ истинъ. Второе недоразумѣніе заключалось бы въ такомъ случаѣ въ томъ, будто я думаю, что юриспруден-ція создала все это изъ ничего, между тѣмъ какъ я вѣдь предполагаю, что „матеріаль“ намъ данъ и приписываю юриспруденціи только задачу возведенія его въ высшую форму, т. е. форму понятій, съ чѣмъ однако вполне при-миряется то, что въ случаяхъ, когда законодатель ее оста-вляетъ совершенно на произволь, она сама старается себѣ помочь и проявляетъ тутъ какъ въ матеріальномъ, такъ и въ формальномъ отношеніи творческую дѣятельность. Я не думаю также, что „*utilitas*“ должна замолкнуть предъ „*ratio juris*“ (выражая эту противоположность языкомъ римскихъ юристовъ), но полагаю—и этого я всегда строго придерживаюсь,—что юриспруденція, руководствуясь *ratio-juris*, должна идти повсюду такъ далеко, пока *utilitas* не выступаетъ ей навстрѣчу и не заявляетъ своего протеста, если-бъ она этого не могла дѣлать, то ей осталось бы только заучивать наизусть статьи закона; гдѣ онѣ оказа-лись бы недостаточны, тамъ законодатель самъ долженъ былъ бы рѣшить процессъ. Мои разсужденія противъ чрез-мѣрнаго подчеркиванія логическаго элемента въ правѣ (въ IV т. *Geist des R. R.* § 59) защитятъ меня, надѣюсь, въ будущемъ отъ подобныхъ недоразумѣній, возникающихъ изъ поверхностнаго чтенія.

слѣ говорить о *новомъ* матеріалѣ: это не столько творчество, какъ раскрытіе. ¹⁾ Но есть и юридическое творчество въ собственномъ смыслѣ этого слова—созданіе абсолютно новаго матеріала. Кто только имѣеть даже самое поверхностное представленіе о работахъ римскихъ юристовъ, долженъ знать это творчество, ибо каждая страница юстиніановыхъ пандектъ свидѣтельствуетъ о немъ. Сколько ученій создала римская юриспруденція, для которыхъ положительное право не дало ей даже малѣйшей точки опоры, даже самаго незначительнаго толчка! Какой законъ, напр., постановилъ что-нибудь о дѣлимости или недѣлимости сервитутовъ, залоговаго права и т. д.? А между тѣмъ, это ученіе о недѣлимости одно изъ самыхъ тонкихъ. Или гдѣ было сказано что-либо о приобрѣтеніи собственности спецификаціей и приращеніемъ? Эти ученія исключительно юридическія произведенія, добытыя только путемъ *юридическаго мышленія*. Матеріаль, изъ котораго юриспруденція создала ученіе о спецификаціи и приращеніи, состоялъ изъ одного только обще-логическаго понятія *тождества*, примѣненнаго къ *переработкѣ вещи*.

Практическая жизнь совершенно не въ состояніи обходиться безъ этого дополненія положительнаго права юриспруденціей и послѣдняя поэтому не могла бы, даже если бы хотѣла, уклониться отъ этой задачи. *Всякая* юриспруденція продуктивна, ²⁾ даже если она сама не сознаетъ этого

¹⁾ Къ этому можно примѣнить слова Гая (l. 7, § 7 de A. R. D. 41,1) о молотбѣ: *non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.*

²⁾ Поэтому позднѣйшіе римскіе юристы и называли

или даже теоретически не признаетъ за собою этого права какъ это еще и теперь дѣлается многими юристами). Совершенно правильное чутье побудило одного юриста прошлаго вѣка, германиста Рунде, выставить источникомъ права *природу предмета* (Natur der Sache): врядъ ли найдется выраженіе, которое бы такъ точно—и по существу дѣла, и по имени—передавало развитое мною выше естественно историческое-воззрѣніе.

Насколько это юридическое творчество обусловлено естественно — историческимъ пониманіемъ права, врядъ ли надо доказывать. Съ точки зрѣнія нисшей юриспруденціи оно совершенно не можетъ быть обосновано; наоборотъ, съ точки зрѣнія высшей оно получается само собою, какъ необходимый выводъ. Разъ мы усвоили себѣ представленіе о юридическихъ тѣлахъ, примѣнили идею индивидуальнаго бытѣя и жизни къ данному положительному матеріалу, то мы должны остаться вѣрными этой идеѣ и тамъ, гдѣ положительный матеріаль оставляетъ насъ безъ помощи, т. е., должны восполнить недостающее какимъ-нибудь путемъ. Матеріаль же для этого пополненія доставляетъ намъ отчасти отдѣльное тѣло само, его природа и внутренняя діалектика, отчасти общая теорія юридическихъ тѣлъ.

Такимъ образомъ, предъ наукой открывается въ системѣ безконечное поприще дѣятельности, неисчерпаемое поле изслѣдованія и открытія и источникъ богатѣйшаго духовнаго наслажденія.

очень удачно своихъ предшественниковъ время республики: *veteres, qui tunc jura condiderunt.*

Не тѣсныя рамки положительнаго закона указываютъ ей предѣлы ея царства, не непосредственно практическіе вопросы—пути, по которымъ она должна слѣдовать. Свободно и безирепятственно, какъ въ философіи, можетъ тутъ мысль витать и изслѣдовать. И все же она обезпечена отъ опасности заблудиться, потому что *практическая* природа того міра, въ которомъ она находится, приводитъ ее все снова къ реальнымъ вещамъ. Но то обстоятельство, что человѣкъ, возвращаясь изъ этого міра, можетъ себѣ сказать, что онъ удовлетворилъ не только одну субъективную любознательность, что онъ приноситъ съ собою не только одно воспоминаніе о высокомъ духовномъ наслажденіи, но и нѣчто цѣнное для свѣта и для человѣчества, что найденныя имъ мысли не остаются только мыслями, а становятся практическими величинами—вотъ то, что даетъ всему нашему философствованію и конструированію въ догматикѣ настоящую цѣну и римскіе юристы не были неправы, когда говорили о своей наукѣ: *veram (nisi alior) philosophiam, non simulatam affectantes* (е. і., § 1 de I. et I. 1, 1).

Если мы усвоимъ себѣ *это* воззрѣніе на юриспруденцію, *это* пониманіе права, тогда, я думаю, насъ не удивитъ, что эта наука могла обладать въ Римѣ въ теченіе болѣе, чѣмъ полутысячи лѣтъ, крайнею притягательной силой и занять мѣсто *первой* науки. Она предоставляла римскому уму, такъ сказать, арену діалектической гимнастики. Она вмѣстѣ съ тѣмъ объясняетъ намъ почему римляне не имѣли философіи: все, что въ нихъ было отъ философской склонности и способности

нашло удо влетвореніе и примѣненіе въ ней. Такимъ образомъ, мы вправѣ будемъ характеризовать римскую юриспруденцію какъ обусловленную *практическимъ направлєніемъ римскаго народа* духовную область, въ которой обнаружилось и развилось то, что было въ немъ философскаго духа и направлєнія или короче: какъ *національно римскую философію, философію практической цѣли.*

Оглавление

| | стр. |
|---|------|
| § 1. Разница между обыденнымъ и юридическимъ пониманіемъ | 3 |
| § 2. Задача юридической техники и средства для рѣшенія ея | 18 |
| § 3. Три основныхъ приема юридической техники: | |
| 1. Юридическій анализъ | 33 |
| 2. Логическая концентрація | 57 |
| 3. Юридическая конструкция | 63 |
