

**В. М. ХВОСТОВ**

# **СИСТЕМА РИМСКОГО ПРАВА**

**Книга доступна в электронной библиотеке [biblio-online.ru](http://biblio-online.ru),  
а также в мобильном приложении «Юрайт.Библиотека»**

**Москва ■ Юрайт ■ 2019**

УДК 340.1  
ББК 67.3  
ХЗЗ

**Автор:**

**Хвостов Вениамин Михайлович** (1868—1920) — русский философ, специалист по римскому праву.

**Хвостов, В. М.**

ХЗЗ Система римского права / В. М. Хвостов. — М. : Издательство Юрайт, 2019. — 540 с. — (Серия : Авторский учебник).

ISBN 978-5-534-10474-5

Для человека, который хочет посвятить себя изучению гражданского права, необходимо знакомство с системой римского гражданского права, ее становлением и функционированием.

В этом студенту поможет книга, составленная профессором Московского университета и специалистом по римскому праву В. М. Хвостовым на основе своих лекций. В лекциях Хвостова систематизированно излагаются основы римского гражданского права, его основные понятия, категории и институты. Книга, как и значение самого римского права, сохраняет свою актуальность для современных юристов.

*Для студентов и преподавателей юридических вузов и всех интересующихся.*

УДК 340.1  
ББК 67.3

# Оглавление

## ОБЩАЯ ЧАСТЬ

Введение. Значение римского права для русского юриста. Система курса. Важнейшие пособия .....	13
---	----

Отдел I. Право в объективном и субъективном смысле .....	17
--	----

Глава I. Понятие и деление права в объективном смысле .....	17
---	----

§ 1. Право в объективном смысле. Отличие его от морали и нравов ....	17
--	----

§ 2. Aequitas, humanitas, natura rerum, jus naturale .....	20
--	----

§ 3. Публичное и гражданское право .....	23
--	----

§ 4. Нормы уполномочивающие, диспозитивные и принудительные. Ius singulare и privilegia. Общее и партикулярное право.....	26
---	----

Глава II. Источники права. Применение и теоретическая разработка юридических норм .....	32
---	----

§ 5. Материал для образования юридических норм. Учение об источниках права. Обычай. Деловое обыкновение.....	32
--	----

§ 6. Закон. Отношение его к обычаю. Автономия .....	37
---	----

§ 7. Применение норм права .....	41
----------------------------------	----

§ 8. Система права. Право юристов .....	49
---	----

Глава III. Пределы применения норм права .....	55
--	----

§ 9. Пределы по времени применения .....	55
--	----

§ 10. Пределы по месту применения .....	57
---	----

Глава IV. Право в субъективном смысле .....	61
---	----

§ 11. Юридическое отношение. Юридический институт. Субъективное право .....	61
---	----

§ 12. Юридическая обязанность. Права и обязанности, непрямым образом связанные с субъектом. Права и обязанности со многими субъектами .....	64
---	----

§ 13. Элементы субъективного права. Права абсолютные и релятивные. Классификация гражданских прав по их объекту.....	66
--	----

§ 14. Судебная защита субъективного права. Actio. Притязание (Anspruch). Отношение иска к притязанию .....	70
--	----

§ 15. Классификация римских исков.....	76
--	----

§ 16. Защита против иска. Exceptio и ее виды .....	81
--	----

§ 17. Осуществление права. Коллизия права. Конкуренция исков .....	89
--	----

Отдел II. Субъект права .....	93
-------------------------------	----

Глава I. Общее понятие и виды субъектов. Правоспособность и дееспособность.....	93
---	----

§ 18. Persona. Правоспособность. Физическое и юридическое лицо .....	93
§ 19. Дееспособность. Отношение ее к правоспособности .....	94
<b>Глава II. Физическое лицо .....</b>	<b>96</b>
§ 20. Начало существования физического лица .....	96
§ 21. Конец существования физического лица .....	100
§ 22. Виды римской правоспособности. <i>Capitis deminutio media</i> и <i>minima</i> .....	101
§ 23. Свойства и отношения физических лиц, имеющие юридическое значение .....	104
§ 24. Продолжение .....	107
§ 25. Родство и свойство .....	110
<b>Глава III. Юридическое лицо .....</b>	<b>115</b>
§ 26. Римское право. 1. Факты .....	115
§ 27. Продолжение. 2. Существо юридических лиц по римской теории. Отдельные нормы, регулирующие их существование .....	120
§ 28. Современная теория о существовании юридических лиц .....	123
<b>Отдел III. Объект права .....</b>	<b>128</b>
<b>Глава I. Имущество. Телесные вещи и их свойства .....</b>	<b>128</b>
§ 29. Виды объектов права. Имущество. Его составные части .....	128
§ 30. Вещи простые и сложные ( <i>universitates rerum</i> ). Составная часть вещи, принадлежность .....	130
§ 31. Юридически существенные свойства вещей .....	134
<b>Глава II. Вещи как объекты юридических отношений. Вещи, стоящие в обороте и вне его .....</b>	<b>138</b>
§ 32. Правоспособность и оборотоспособность вещей .....	138
§ 33. Отдельные виды <i>res extra commercium</i> .....	139
<b>Отдел IV. Возникновение, изменение и прекращение субъективных гражданских прав .....</b>	<b>144</b>
<b>Глава I. Общие понятия .....</b>	<b>144</b>
§ 34. Фактический состав и юридические следствия .....	144
§ 35. Приобретение прав .....	146
§ 36. Изменение и уничтожение прав. Отчуждение и отказ от права ...	147
<b>Глава II. Юридические сделки .....</b>	<b>151</b>
§ 37. Юридические действия. Юридические сделки. Виды и содержание последних .....	151
§ 38. Изъявление воли. Его сущность и форма .....	154
§ 39. Соответствие воли ее внешнему изъявлению .....	156
§ 40. Мотивы воли. 1. Заблуждение в мотивах. 2. Принуждение. 3. Обман .....	162
§ 41. Условные сделки .....	166
§ 42. Срочные сделки .....	174
§ 43. <i>Causa</i> имущественных предоставлений. 1. Понятие о предоставлении и о <i>causa</i> . Виды <i>causarum</i> . Значение их .....	177
§ 44. Продолжение. 2. <i>Donandi causa</i> ( <i>donatio</i> ) .....	181
§ 45. <i>Modus</i> .....	185

§ 46. Представительство при заключении юридических сделок .....	188
§ 47. Пороки юридических сделок.....	193
§ 48. Толкование юридических сделок .....	196
<b>Глава III. Недозволенные действия .....</b>	<b>198</b>
§ 49. Понятие. Виды виновности.....	198
§ 50. Последствия правонарушений. Vis major. Компенсация обоюдной вины .....	200
<b>Глава IV. Время.....</b>	<b>204</b>
§ 51. Знамение времени в праве. Недвижное и подвижное время. Счисление последнего .....	204
§ 52. Давность вообще. Незапамятное время .....	206
§ 53. Исковая давность .....	207
<b>Отдел V. Защита права.....</b>	<b>214</b>
<b>Глава I. Общие понятия.....</b>	<b>214</b>
§ 54. Предварительные замечания. Обеспечение прав.....	214
§ 55. Самопомощь. Третейский суд.....	215
§ 56. Мировая сделка (transactio) .....	217
<b>Глава II. Процесс и материальное право .....</b>	<b>219</b>
§ 57. Влияние начала процесса (litis contestatio) на материальное право .....	219
§ 58. Доказательства .....	221
§ 59. Судебное решение.....	223
§ 60. Restitutio in integrum .....	226

## ВЕЩНОЕ ПРАВО

<b>Вещное право. Введение .....</b>	<b>231</b>
§ 1. Общее определение и основное деление вещных прав .....	231
§ 2. Защита вещных прав. Общие основания их уничтожения. Владение. Система изложения.....	233
<b>Отдел I. Право собственности .....</b>	<b>236</b>
<b>Глава I. Содержание и виды права собственности.....</b>	<b>236</b>
§ 3. Бонитарная и квинритская собственность. Собственность на провинциальную землю .....	236
§ 4. Законные границы права собственности.....	238
§ 5. Сособственность .....	240
<b>Глава II. Приобретение и потеря права собственности .....</b>	<b>245</b>
§ 6. Общие замечания.....	245
§ 7. Передача (traditio) .....	246
§ 8. Остальные деривативные способы приобретения.....	250
§ 9. Оригинальные способы приобретения собственности .....	251
§ 10. Оригинальные способы приобретения (продолжение) .....	255
§ 11. Оригинальные способы приобретения (продолжение) .....	259
§ 12. Утрата права собственности .....	266
<b>Глава III. Защита права собственности.....</b>	<b>268</b>
§ 13. Вещные иски для защиты права собственности .....	268

§ 14. Личные иски для защиты права собственности.....	272
<b>Отдел II. Юридическое владение (Possessio).....</b>	<b>280</b>
<b>Глава I. Общие понятия.....</b>	<b>280</b>
§ 15. Понятие о владении. Его значение в праве Jus possidendi, possessio et detentio. Possessorium и petitorium .....	280
§ 16. Есть ли юридическое владение факт или право? .....	282
§ 17. Основание защиты владения .....	284
<b>Глава II. Виды владения .....</b>	<b>287</b>
§ 18. Юридическое владение. Господствующее учение.....	287
§ 19. Продолжение. Воззрение Иеринга .....	291
§ 20. Possessio justa и injusta. Bonae fidei possessio .....	293
<b>Глава III. Приобретение и потеря юридического владения (possessio ad interdicta) .....</b>	<b>295</b>
§ 21. Приобретение владения.....	295
§ 22. Приобретение владения (продолжение) .....	298
§ 23. Утрата юридического владения .....	301
<b>Глава IV. Защита юридического владения .....</b>	<b>304</b>
§ 24. Общие замечания.....	304
§ 25. Отдельные интердикты .....	305
§ 26. Защита добросовестного владения .....	308
<b>Отдел III. Сервитуты. Суперфиций и эмфитевзис .....</b>	<b>311</b>
<b>Глава I. Общие положения о сервитутах .....</b>	<b>311</b>
§ 27. Определение .....	311
§ 28. Отношение сервитутов к праву собственности. Виды сервитутов.....	313
<b>Глава II. Предиальные сервитуты .....</b>	<b>315</b>
§ 29. Общие положения .....	315
§ 30. Отдельные виды предиальных сервитутов.....	317
<b>Глава III. Личные сервитуты .....</b>	<b>319</b>
§ 31. Узуфрукт и квази-узуфрукт .....	319
§ 32. Личные сервитуты с более ограниченным содержанием .....	324
<b>Глава IV. Владение сервитутами. Возникновение, прекращение и защита сервитутов .....</b>	<b>326</b>
§ 33. Владение сервитутами .....	326
§ 34. Возникновение сервитутов .....	327
§ 35. Прекращение сервитутов.....	329
§ 36. Защита сервитутного права .....	330
<b>Глава V. Эмфитевзис и суперфиций .....</b>	<b>334</b>
§ 37. Общие замечания .....	334
§ 38. Эмфитевзис.....	335
§ 39. Суперфиций.....	337
<b>Отдел IV. Залоговое право .....</b>	<b>339</b>
<b>Глава I. Существо, объект, возникновение залогового права .....</b>	<b>339</b>
§ 40. Общее определение. Исторические замечания .....	339

§ 41. Отношение залогового права (obligatio rei) к личному обязательству, обеспеченному залогом (obligatio personae) .....	350
§ 42. Объект залогового права .....	353
§ 43. Возникновение залогового права .....	355
<b>Глава II. Содержание, защита и прекращение залогового права .....</b>	<b>358</b>
§ 44. Право залогопринимателя на владение заложенной вещью. Actio hypothecaria .....	358
§ 45. Право продажи заложенной вещи .....	360
§ 46. Отношение между несколькими залоговыми кредиторами на одну и ту же вещь .....	363
§ 47. Ипотечное преемство .....	365
§ 48. Прекращение залогового права .....	367
<b>Глава III. Залоговое право на res incorporates .....</b>	<b>370</b>
§ 49. Pignus nominis et pignus pignoris. Залог сервитутов .....	370

## СЕМЕЙНОЕ ПРАВО НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

<b>Предисловие ко второму изданию .....</b>	<b>375</b>
<b>Семейное право. Введение .....</b>	<b>376</b>
§ 1. Familia. Общее понятие о семейных правах .....	376
<b>Отдел I. Брак .....</b>	<b>379</b>
<b>Глава I. Общий очерк .....</b>	<b>379</b>
§ 2. Понятие брака. Личные отношения между супругами .....	379
§ 3. Заключение брака. Помолвка .....	381
§ 4. Расторжение брака .....	384
§ 5. Общий характер отношений по имуществу .....	385
<b>Глава II. Приданое .....</b>	<b>386</b>
§ 6. Понятие. Установление .....	386
§ 7. Положение приданого во время брака .....	390
§ 8. Положение приданого по расторжении брака .....	394
§ 9. Pacta dotalia .....	401
<b>Глава III. Другие имущественные отношения между супругами .....</b>	<b>403</b>
§ 10. Donatio propter nuptias .....	403
§ 11. Дарения между супругами .....	404
§ 12. Штрафы за развод. Последствия вступления во второй брак. Нарушение траурного года .....	406
<b>Отдел II. Отношения между родителями и детьми .....</b>	<b>409</b>
<b>Глава I. Право родителей .....</b>	<b>409</b>
§ 13. Понятие. Личные и имущественные отношения между родителями и детьми. Констатирование родственной связи .....	409
<b>Глава II. Patria potestas .....</b>	<b>412</b>
§ 14. Понятие. Личные отношения между домовладыкой и подвластными .....	412
§ 15. Влияние отеческой власти на имущественное положение подвластных .....	413

§ 16. Возникновение отеческой власти.....	418
§ 17. Прекращение отеческой власти.....	421
<b>Отдел III. Опекa и попечительство.....</b>	<b>424</b>
§ 18. Общие понятия.....	424
§ 19. Призвание к опеке и попечительству .....	425
§ 20. Способность быть опекуном или попечителем. Обязанность к принятию опеки. Порядок вступления в ведение опеки .....	428
§ 21. Управление делами по опеке или попечительству .....	431
§ 22. Отношение между несколькими опекунами или попечителями. Ответственность побочных лиц. Protutor.....	434
§ 23. Прекращение опеки и попечительства. Опекунские власти .....	436

## НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

<b>Введение.....</b>	<b>441</b>
§ 1. Сущность и значение наследования .....	441
§ 2. Исторические замечания .....	445
<b>Отдел I. Порядок наследования в тесном смысле (Hereditas) .....</b>	<b>451</b>
<b>Глава I. Общие положения .....</b>	<b>451</b>
§ 3. Условия наследования.....	451
§ 4. Hereditas jacens .....	453
<b>Глава II. Призвание к наследству по завещанию .....</b>	<b>457</b>
§ 5. Testamentum .....	457
§ 6. Testamenti factio activa .....	458
§ 7. Форма завещания .....	459
§ 8. Назначение наследника (institutio heredis) .....	462
§ 9. Назначение наследника (продолжение) .....	467
§ 10. Назначение наследника (окончание).....	471
§ 11. Недействительность завещания .....	474
<b>Глава III. Призвание к наследству ab intestato.....</b>	<b>476</b>
§ 12. Общие положения. Исторические замечания.....	476
§ 13. Обыкновенный порядок наследования ab intestato в Юстиниановом праве .....	478
§ 14. Особые порядки наследования. Судьба выморочного наследства .....	481
<b>Глава IV. Призвание к наследству против завещания (право необходимого наследования) .....</b>	<b>484</b>
§ 15. Предварительные замечания.....	484
§ 16. Формальные ограничения свободы завещаний до Новеллы 115 .....	485
§ 17. Материальные ограничения свободы завещаний до Новеллы 115 .....	487
§ 18. Постановления Новеллы 115 .....	491
<b>Глава V. Порядок приобретения наследства (acquisitio hereditatis) ...</b>	<b>494</b>
§ 19. Вступление в наследство и отказ от наследства.....	494
§ 20. Провизорное приобретение наследства.....	498
§ 21. Transmissio hereditatis .....	500



§ 22. Предмет приобретения. Jus accrescendi.....	502
§ 23. Уничтожение уже состоявшегося приобретения наследства. Ereptio.....	504
<b>Глава VI. Последствия приобретения наследства.....</b>	<b>506</b>
§ 24. Представление наследником личности наследодателя .....	506
§ 25. Положение сонаследников (coheredes). Collatio .....	509
§ 26. Иски наследника .....	512
§ 27. Отчуждение наследства .....	516
<b>Отдел II. Легаты и фидеикомиссы .....</b>	<b>517</b>
<b>Глава I. Общее учение об отказах.....</b>	<b>517</b>
§ 28. Определение. Порядок совершения отказов.....	517
§ 29. Недействительность отказа .....	521
§ 30. Приобретение отказа .....	524
§ 31. Quarta Falcidia.....	526
<b>Глава II. Отдельные виды легатов и фидеикомиссов. Mortis causa donatio .....</b>	<b>531</b>
§ 32. Легаты телесных вещей jura in re aliena и обязательств .....	531
§ 33. Legatum partitionis и fideicommissum hereditatis.....	533
§ 34. Mortis causa donatio .....	537
<b>Новые издания по дисциплине «Римское право» и смежным дисциплинам.....</b>	<b>540</b>



# ОБЩАЯ ЧАСТЬ



*Конспект лекций  
профессора Московского университета  
В. В. Хвостова*



## **Введение.**

### **Значение римского права для русского юриста.**

### **Система курса. Важнейшие пособия**

I. С падением Римской империи римское гражданское право, как известно, не отжило своего века. Оно было рецептировано новыми европейскими народами: долгое время оно применялось у них в той форме, которую получило в сборниках Юстиниана, а затем легло в основу обычая и кодексов, которые начали издавать одно за другим государства Западной Европы. Разными путями пробивалось влияние римского права и в России<sup>1</sup>. Таким образом, римское гражданское право в настоящее время представляет для юриста не один только исторический интерес. Для лица, которое хочет посвятить себя изучению гражданского права, необходимо знакомство не только с историческим процессом развития римского права, но и с системой римского гражданского права в ее развитом виде. Систему эту следует изучать в той форме, которую она получила в обработке новейших юристов, так как в этой форме она легла в основу современных законодательств и стала фундаментом современной науки гражданского права.

Значение, которое изучение системы римского права имеет для русского юриста, можно выразить в следующих положениях<sup>2</sup>.

1. Не следует искать в нормах римского права удовлетворительного разрешения всех запросов, выдвигаемых современной жизнью. Римское право не есть “*ratio scripta*”, а является продуктом определенных исторических условий и не может быть во всей полноте пересажено на почву современной жизни. Но исторические же условия придали некоторым учениям римского права характер до известной степени космополитический, и в силу этих свойств римское право доставило материал для весьма важных отделов современных гражданских кодексов как Западной Европы, так и России. Особенно сильно сказалось его влияние в учениях общей части и обязательственного права (см. об этих терминах ниже).

2. С другой стороны, для русского юриста полезно изучение римского права и в тех его отделах, где оно расходится с русскими. Если юрист будет воспитан на одном родном праве, то кругозор его будет

---

<sup>1</sup> О рецепции и об истории разработки римского права в науке соответственные отделы включены будут в 3-е издание моего учебника истории римского права.

<sup>2</sup> Ср.: Дювернуа, Значение римского права для русских юристов. Ярославль, 1872.

слишком узок. Лучшим средством для того, чтобы углубить познания в праве своей страны, является сравнение его с каким-либо другим; сравнение дает повод ставить вопросы о характере замеченных различий и их причинах и в связи с этим заставлять глубже вникать в изучаемый материал. Римское право ввиду своего универсального значения, конечно, является наиболее подходящим материалом для таких сравнений.

3. Римское право лежит в основе всей современной цивилистической науки и в этом качестве составляет фундамент т. наз. общей теории гражданского права.

4. Благодаря ясности и резкости своих очертаний, сравнительной простоте содержания и законченности своего развития римское право содержит пока наиболее подходящий материал для занятий начинающих юристов. Занятия римским правом служат лучшим средством для развития способности и навыка к юридическому анализу. Особенно важное значение в этом смысле занятия римским правом получают именно в России<sup>1</sup>, ибо при неполноте, неясности и неточности многих отделов и положений нашего отечественного гражданского кодекса было бы весьма затруднительно предлагать учащимся юристам работать над этим кодексом, не приучивши их предварительно к юридической работе на более удобном материале, каковым является римское право.

5. Сочинения римских юристов сами по себе содержат классические образцы юридического анализа самых сложных житейских отношений, а также критики и толкования норм права; римские юристы никогда не забывали о высшей цели, присущей праву, и их сочинения лучше всего могут показать, как следует обращаться в правом, чтобы оно постоянно оставалось справедливым<sup>2</sup>.

II. Положения римского гражданского права принято в настоящее время излагать, главным образом, по одной из двух систем: по системе институционной, начало которой положили еще римляне (она принята в *Institutiones Gaii* и *Justiniani*), и по системе германской, созданной в начале XIX столетия. Первая из этих систем состоит в том, что весь юридический материал располагается по трем отделам: а) *Jus quod ad personas pertinet*; здесь содержится учение о субъекте права, его возникновении и уничтожении. Ввиду тесной связи с этими вопросами сюда вплетается также изложение семейных отношений, за исключением *dos* (для которой вообще подходящего места в этой системе нет); б) *Jus quod ad res pertinet*; здесь излагаются нормы, касающиеся благ, подчиненных господству субъекта; тут находят свое место собственность, *iura in re aliena*, наследование и легаты (как особые способы перехода имущественных прав) и обязательства; в) *Jus quod*

---

<sup>1</sup> Ср.: замечания о значении римского права для английских юристов у *J. Bryce*, *Studies in history and jurisprudence*, m. II (1901 г.), 475 сл.

<sup>2</sup> Ср.: *Stammler*, *die Lehre v.d. richtigen Rechte* (1902 г.), стр. 163 слл.

*ad actiones pertinet*; сюда входит учение о защите прав, насколько эта защита оказывает влияние на сами материальные права, подлежащие защите. Эта система теперь особенно распространена во Франции; в Германии ей следуют элементарные курсы римского права, так называемые *Institutionen*; эти курсы заменяют в немецких университетах курсы энциклопедии права и должны подготовить студента к изучению подробного курса Пандект. Курс Пандект излагается в Германии по второй из вышеназванных систем. Система эта принята для изложения римского права также в России. Выработана она в общих чертах в конце 18 и начале 19 столетия в трудах двух немецких ученых: впервые ее применил *Hugo* в своих "*Institutionen des heutigen röm. Rechts*" (1789 г.), а подробно развил *Heise* в "*Grundriss eines Systems des gemeinen Givilrechts*" (1807 г.). Сущность системы в ее теперешнем виде сводится к тому, что весь материал гражданского права разделяется на две обширные части: часть общую, которая содержит в себе изложение общих понятий, необходимых при изучении любого из вопросов особенной части, и часть особенную, где излагается учение об отдельных видах субъективных гражданских прав. В общей части изучаются вопросы о том, что такое право в объективном и субъективном смысле и каковы их элементы, что такое субъект и объект права, как субъективные гражданские права возникают, изменяются и прекращаются, какое влияние на материальные права оказывает их процессуальная защита. Особенная часть распадается на несколько отделов, по видам субъективных гражданских прав. Таких отделов в системе римского права три: права вещные, обязательственные, семейные. Четвертый отдел составляет учение об особом способе перехода гражданских прав — о наследовании (наследственное право).

Эта последняя система положена в основу преподавания римского Гражданского права и в Московском университете.

III. Важнейшими пособиями для более обстоятельного изучения системы (или догмы) римского гражданского права могут служить следующие руководства (ниже цитируемые только по именам их авторов).

1. На немецком языке — более подробное изложение: *Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts* (9-е изд., обраб. *Kipp*'ом, 1907 г.; 2 т. этого руководства есть в русск. пер., но со старых изданий). *Dernburg, Pandekten* (7 изд., при участии *Biermann*'а, 1905 г.; 1-й и 2-й т. переведены на русск. язык). *Vangerow, Lehrbuch der Pandekten* (7-е изд. 1863 слл.). *Brinz, Lehrbuch der Pandekten* (2—3-е изд. при участии *Lotmar*'а, 1884—1892 г.). Более краткие руководства: учебники Пандект *Baron &* (есть русск. пер. Петражицкого), *Wendt'Arndts*'а. Особенно обстоятельное изложение классического римского гражданского права содержит книга: *Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*. Вышел пока т. I (1908 г.).

2. На французском языке: *Girard, Manuel élémentaire de droit romain* (4 изд. 1906 г.); *Accarias, Précis de droit romain* (4-е изд. 1891 г.). *Herzen, Précis de droit romain*, 1906 г. (очень краткий).

3. На итальянском языке: *C. Ferrini, Manuale di Pandette* 1990 г.

Только общую часть содержат в себе руководства: *Regelsberger, Pandekten* (1893 г.), *Holder, Pandekten* (1891 г.), *Bekker, System des heut. Pandektenrechts*, (1889).

В большинстве этих руководств (особенно у Виндшейда) желающие найдут обстоятельные указания на монографическую литературу и полный перечень источников по отдельным вопросам нашей науки.

Существующие на русском языке курсы (Муромцева, Митюкова, Азаревича, Загурского и др.) имеют в общем более элементарный характер, нежели указанные выше иностранные руководства. То же самое нужно сказать и об английских учебниках римского права. Предлагаемый курс также содержит в себе лишь *элементарное* изложение основ римского гражданского права. Для желающих более обстоятельно познакомиться с предметом в примечаниях к тексту сделаны ссылки на поименованные выше немецкие, французские и итальянское руководства и на некоторые другие, наиболее доступные для начинающих, литературные пособия, а также указаны важнейшие места из источников.



# Отдел I

## ПРАВО В ОБЪЕКТИВНОМ И СУБЪЕКТИВНОМ СМЫСЛЕ

### Глава I. Понятие и деление права в объективном смысле

#### § 1. Право в объективном смысле. Отличие его от морали и нравов

I. Человек не может достигнуть полного развития своих сил и полного удовлетворения своих потребностей иначе, как при совместной жизни и деятельности с себе подобными существами<sup>1</sup>. Однако прочно организованное человеческое общежитие мыслимо лишь при одном условии: каждый член общества должен поступиться частью своей индивидуальной свободы для того, чтобы известная неприкосновенная сфера свободы была предоставлена каждому из остальных участников общественного союза. Такой порядок необходим как для того, чтобы каждая отдельная личность в обществе могла свободно развиваться, так и для того, чтобы делалось возможным достижение общих целей всего общественного союза. Для этой цели необходим ряд норм, определяющих, какова должна быть мера свободы, предоставленная каждому отдельному индивиду в обществе, каковы должны быть отношения участников союза между собой и ко всему союзу. Среди норм, регулирующих жизнь общественных союзов, первое место занимают по своему значению нормы юридические; *совокупность юридических норм, действующих в данную эпоху в данном общественном союзе, называется правом в объективном смысле.*

Право может вырабатываться в каждом общественном союзе; требуется только, чтобы союз обладал достаточным авторитетом, был в состоянии предписывать своим членам известный образ действий и самостоятельно регулировать свои отношения сообразно с интересами, к удовлетворению которых стремится данный союз. Мы имеем, например, церковное и международное право, которые вырабатываются в церковном и международном союзах. Но преимущественной областью

---

<sup>1</sup> О причинах, обуславливающих необходимость общения между людьми, см. *Schmoller*, Grund. d. allgem. Volkswirtschaftslehre I (1901 г.), стр. 6 слл.; *Gareis*, Encykl. d. Rechtswiss., (2-е изд., 1900 г.), § 2, § 7; *Чичерин*, Философия права (1900 г.), стр. 56 сл.; *Хвостов*, Общая теория права, § 2.

права является *государство*. Под именем государства понимается союз свободных людей, живущих оседло на определенной территории и объединенных подчинением самостоятельной верховной власти<sup>1</sup>.

II. Право в объективном смысле следует отграничить от других норм, которые, наряду с правом, регулируют взаимные отношения людей, живущих в государстве. Такими нормами являются *мораль* и *нравы* (*mores* — по латинской терминологии)<sup>2</sup>.

1. Прежде всего, определим, чем отличается *мораль* от права. Различие между этими категориями норм очень глубоко. Дело в том, что право имеет своей целью регулировать *внешнее* поведение членов общества, установив такие нормы, чтобы никто не мог своими поступками нарушать интересов государства, частных лиц и неприкосновенность чужой личности<sup>3</sup>; цель же морали направлена не на регулирование внешних поступков людей, а на то, чтобы воспитать *внутреннее*, духовное настроение членов общественного союза.

Из сказанного не следует, однако, что право и мораль стоят в каком-либо антагонизме друг с другом; напротив, в нормальном состоянии и право, и мораль должны идти рука об руку и пополнять друг друга; если предписания морали и права расходятся и удаляются друг от друга, то в жизни общества чувствуется серьезный разлад. Отношение между моралью и правом сводится, в сущности, к принципу разделения труда; право и мораль вместе должны вести к одной общей им обоим цели — благосостоянию всего общества и отдельных его членов<sup>4</sup>.

2. Перейдем к различию между правом и *нравами*. Под нравами разумеется ряд норм, имеющих целью регулировать внешнее поведение людей в обществе; нормы эти, таким образом, имеют цель общую с правом, именно: обеспечить такое поведение со стороны граждан, при котором в обществе был бы внешний порядок, каждый индивид не мешал бы другому жить и развиваться, а все общество могло бы идти к достижению целей общежития.

Разница между предписаниями права и нравов состоит в том, что нравы берут под свою защиту менее важные интересы, чем право; потому нормы права отличаются более принудительным характером, чем нормы нравов<sup>5</sup>. Нормы права имеют тенденцию господствовать над нами независимо от нашей воли; право само определяет те условия, при наличии которых каждое отдельное лицо должно им повиноваться.

---

<sup>1</sup> Определения государства с различных точек зрения см. у *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre* (1900 г.), стр. 65 (с социальной т. з.), 159 и 161 (с юридич. т. з.), 237 (с телеологической т. з.), 239 и 329 (с историч. т. з.); обзор иных определений: стр. 125 слл.

<sup>2</sup> См.: *Gareis*, *op. cit.*, стр. 20, пр. 1. Об эволюции и дифференциации норм права, нравов и морали см.: *Schmoller*, *op. cit.*, стр. 41—56; *Хвостов*, *Общ. теор. пр.*, §§ 12—14, 16.

<sup>3</sup> См. об этом: *Jellinek*, *op. cit.*, стр. 224 слл.

<sup>4</sup> Ср. к этому: *Schmoller*, *op. cit.*, стр. 57—59. *Чичерин*, *op. cit.*, стр. 83—92; стр. 188 сл.; стр. 224 сл.; *Jellinek*, *op. cit.*, стр. 305 сл.; *Gareis*, *op. cit.*, 23. *Grüber*, в *Birkmeyer's Enc. d. Rechtswiss.* (1901 г.), стр. 17; *Stammler*, *Die Lehre v. d. richt. Rechte* (1902 г.).

<sup>5</sup> См. к этому *Gareis*, *op. cit.* стр. 26; *Хвостов*, *Общ. теория*, § 13, стр. 52 слл.

Каждое государство может воспретить своим гражданам покидать его территорию и выходить из под господства установленных им норм права. Большинство государств не делают этого теперь лишь потому, что считают это бесполезным. Что касается норм нравов, то они претендуют на господство над нами только до тех пор, пока мы сами готовы подчиняться им. Если я принадлежу к купеческому классу или к корпорации адвокатов, то я тем самым обязуюсь подчиняться нравам, существующим в этой среде. Если я не желаю повиноваться им, то я волен выйти из того общества или союза, где они применяются. Есть и другое различие между правом и нравами, более внешнее. Нормы права защищаются от нарушения, главным образом, путем организационного принуждения: в государстве существуют определенные органы, которые, действуя в установленном порядке, налагают определенные кары за нарушение юридических норм. Нравы же защищаются в форме так называемого неорганизованного принуждения. Если человек нарушает предписание нравов, то общество может отвернуться от него, высказать ему свое порицание, наконец, заставить его выйти из своей среды; здесь главным контролирующим органом является общественное мнение<sup>1</sup>.

Но в этой разнице права и нравов по способу защиты нельзя видеть основного признака различия, ибо есть такие нормы права, которые не защищаются в форме организованного принуждения и тем не менее признаются всеми за юридические нормы (например, нормы, регулирующие положение главы государства в монархиях)<sup>2</sup>.

3. В заключение этого обзора мы должны сказать, что границы между нормами морали, нравов и права изменяются с течением времени. В одну эпоху известная норма относится к области нравов, в другую эта норма может перейти в разряд юридических норм, и наоборот. Примеры этому в изобилии дает история права. Так, в Древнем Риме некоторые обязательственные сделки были чисто бытовыми, находились под охраной *fides*, т. е. заключались на совесть, и неисполнение их нарушало только добрые нравы; потом многие из этих сделок переходят в область права, получают его санкцию и делаются юридическими. Было время, когда религиозные воззрения подданных точно регламентировались нормами права; в настоящее время эта область все более выходит из сферы действия принудительных норм права. Страхование

---

<sup>1</sup> См. к изложенному: *Stammler*, *Die Theorie des Anarchismus. Ego же*, *Wirtschaft und Recht*, стр. 525 сл., 551 сл. *Ego же*, *Die Lehre v. d. richt. Rechte*, стр. 234 сл. *Merkel*, в *Holtzendorff's Encykl. d. RW.* 5-е изд.), т. I, стр. 22, 25 сл.; *Jellinek*, *op. cit.*, стр. 386 сл. Понятие общества и его отношение к государству: *Jellinek*, *op. cit.*, стр. 76 сл. *Хвостов*, *Общая теория права*, § 1. Общественное мнение: там же, стр. 92 сл.; *Хвостов*, *Общественное мнение и политические партии*. М., 1906 г. (изд. Сытина).

<sup>2</sup> См. об этом: *Jellinek*, стр. 303—341; о гарантиях публичного права см.: там же, стр. 720 сл. Попытку дать новое определение объективного права и провести иную границу между правом и моралью делает *Петражицкий*, *Теория права и государства в связи с теорией нравственности* 1907 г.). По вопросу об отношении между правом и нравственностью ср. еще: *Новгородцев*, *Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве* (1901 г.).

рабочих от несчастных случаев на наших глазах из чисто морального долга предпринимателя превращается в его юридическую обязанность.

## § 2. *Aequitas, humanitas, natura rerum, jus naturale*

Наряду с положительным правом наши источники нередко упоминают, как об особых системах права или как об особенных силах, которые создают право, об *aequitas, humanitas, natura rerum* и *jus naturale*.

I. Займемся сначала вопросом об *aequitas*<sup>1</sup>. Ссылки на *aequitas* попадают у римских юристов на каждом шагу для мотивировки отдельных решений и общих законодательных норм. Под именем *aequitas* юристы разумели особый принцип, которым должен руководиться как законодатель при создании норм права, так и юрист-практик при применении этих норм к отдельным случаям. Содержание этого принципа в общих чертах таково: законодатель должен постоянно заботиться о том, чтобы его деятельностью не нарушалось равенство всех граждан перед законом — *aequitas*. Это равенство практически сводится к следующему: решая вопрос о том, какие нормы должны быть созданы, какие интересы и потребности граждан должны быть приняты правом под свою защиту, законодатель должен строго придерживаться такого масштаба, который был бы одинаково применим ко всем лицам в обществе и стоял бы над ними. Он не должен поэтому руководиться желанием выдвинуть вперед интересы отдельных лиц или какого-нибудь одного класса. Законодатель, который желает следовать принципу *aequitas*, не должен быть проникнут сословными или партийными интересами; напротив, он должен руководиться соображениями общего блага всего гражданского общества. Только это общее благо всего народа является масштабом, одинаково применимым к оценке притязаний и интересов каждого члена и каждого класса общественного союза. Законодатель, руководимый принципами *aequitas*, может наделить какой-либо класс граждан особыми преимуществами лишь в том случае, если это необходимо для процветания и крепости всего общественного союза. Неосновательное предпочтение, оказываемое законодателем одному классу граждан перед другими, составляет *iniquitas juris*<sup>2</sup>. Таковы требования, которые *aequitas* предъявляет к законодателю.

Что касается юристов, которые применяют и разрабатывают право, то от них этот принцип требует, чтобы они в своих работах не искажали

---

<sup>1</sup> Последующее изложение основано главным образом на моей книге: "Опыт характеристики понятий *aequitas* и *aequum jus* в рим. класс. юриспруденции". М., 1895 г.

<sup>2</sup> См. к этому: Ulp. L. 1 pr. D. 2, 2. Hoc edictum summam habet aequitatem et sine cujusquam indignatione injusta: quis enim aspernabitur idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecerit. Cic. Top. 4. Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat L. 20 § 1 C. 8, 50... propter utilitatem publicam... aequum est... Tac. Ann. III, 27: Pulso Tarquinio adversum patrum factiones multa populus paravit tuendae libertatis et firmandae concordiae: creatique decemviri et accitis, quae usquam egregia, compositae duodecim tabulae, *finis aequi juris*. Nam secutae leges etsi aliquando in maleficos ex delicto, saepius tamen dissensione ordinum et apiscendi illicitos honores aut pellendi claros viros aliaque ob prava per vim latae sunt. Liv. 3. 34. — Ср.: о римской *aequitas* ст. Kipp'a у Pauly-Wissowa, Realenc., I, s. h. v.

тех мыслей, которые проводит законодатель, руководясь соображениями общего блага. *Aequitas* классического права требует от юристов-практиков, чтобы они, толкуя юридические нормы, старались открыть, какая мысль лежит в основе каждого положения права, т. е. чтобы они руководились не буквой, а смыслом закона, стремились применять право в том духе, в каком оно создано законодателем, руководящимся принципом *aequitas*. Отсюда в источниках наших нередко ссылкой на *aequitas* обозначается согласие известного решения или теоретического вывода юриста со смыслом и основной идеей применяемых им норм права.

II. Вторым принципом, содержание которого нами должно быть выяснено, является *humanitas*. Часто отдельная норма или решение мотивируются юристами ссылкой на соответствие этой нормы или решения с *humanitas* (*humanum est*). Под этим именем разумеется принцип, отличный от *aequitas*<sup>1</sup>. Как показывает самое слово, принцип этот требует от законодателя уважения к человеческой личности. Он требует, чтобы в праве отсутствовали нормы, унижительные для человеческого достоинства. Поэтому нормы, узаконяющие рабство, в глазах классических юристов несомненно не являются гуманными. Но совершенно другое дело, соответствуют ли эти нормы принципу *aequitas*. На этот вопрос римские юристы не дают нам прямого ответа, но надо полагать, что они признают рабство необходимым злом: не считая рабство гуманным установлением, они не требуют, однако, его отмены, потому что не могут представить себе другого общественного строя, кроме основанного на рабстве, и опасаются, что уничтожение рабства повело бы к слишком сильному замешательству в государственной жизни. Поэтому они склонны признать существование рабства согласным с требованиями общего блага всего гражданского общества, т. е., с *aequitas*, но несогласным с гуманностью (а также и с *jus naturale*, как увидим ниже). Из этого примера ясно, что *aequitas* и *humanitas* могут расходиться в своих требованиях к законодателю<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См., напр.: L. 85 (84) pr. D. 28, 5 Paul... et humanius est et magis aequitatis ratione subnixum... L. 37 D. 40, 5 Marcus ap. Ulp. *Aequius videtur... neque humanum fuerit...*

<sup>2</sup> То, что мы называем здесь, следуя терминологии источников, принципом *humanitas*, в современной литературе нередко именуется принципом равенства перед законом; см., напр., Чичерин, Фил. пр., стр. 99 слл. Этот принцип в античном мире не играл большой роли и был выдвинут на первый план только законодательствами нового времени (Чичерин, стр. 105—107; стр. 308 сл. *Jellinek*, op. cit., стр. 297 слл.; 369 слл.); состоит он в том, что законодатель, признавая повсюду равную человеческую природу, должен считаться с неотъемлемыми правами человеческой личности, как таковой, и за всеми лицами стараться обеспечить равную степень гражданской (если не политической: Чичерин, стр. 308 сл.) свободы. К римскому праву все эти положения в такой степени относиться не могут, как это, по-видимому, признает и Чичерин: у римлян на первом плане стоит интерес общего блага, а затем уже следуют соображения о правах личности, причем эти права не считаются неотъемлемыми (ср.: *Jellinek*, стр. 278 сл.; 283; 286 сл.); см. также: *Mauxion*, Essai sur les éléments et l'évolution de la moralité (1904 г.), стр. 108 слл. С современной точки зрения принцип равноправия, как мне кажется, сводится к комбинации принципа общего блага (*aequitas*) и неприкосновенности личного достоинства (*humanitas*). См. мою статью в "Моск. еженедельнике" 1906 г., № 15. — Ср. ниже, § 5, I.

III. Третий принцип, с которым мы должны познакомиться, есть *natura rerum*. Нередко юристы мотивируют свои решения тем, что сама жизнь часто подсказывает законодателю, как надо нормировать юридические отношения. Если законодатель не так будет нормировать отношения, как они складываются на практике, то нормы, созданные им, будут часто иметь мало шансов на практический успех. Например, если бы законодатель постановил, что заемщик должен возвращать те самые вещи, которые он получил в займы, то это не соответствовало бы самой природе договора займа, потому что она предполагает потребление отданных в займы вещей, и это предписание не могло бы осуществляться на практике. Законодатель должен считаться с тем, как юридические отношения складываются в жизни и какие нормы подсказывает ему сама жизнь.

IV. Наконец, в источниках мы встречаем еще одно понятие, с которым мы должны познакомиться в настоящем отделе; мы разумеем так называемое *jus naturale*. Под этим термином римские классические юристы понимают нечто, совершенно отличное от только что охарактеризованной нами *natura rerum*. Понятие *jus naturale* возникло у римских юристов под влиянием знакомства с греческой философией. Общим верованием классических юристов является представление, что весь мир проникнут естественным разумом (*ratio naturalis*) и что этот разум устанавливает порядок в жизни, который вечен, безусловен и разумен. Такой порядок естественный разум предписывает и для юридических отношений: было время, когда этот порядок применялся, но потом он был забыт. Задача юриста заключается в том, чтобы открыть диктуемые этим естественным разумом нормы, которые являются общими для всех времен и народов, и переносить их в действующее право<sup>1</sup>. Таково теоретическое верование классических юристов.

Конечно, если бы римские юристы были такими же теоретиками, как греческие философы, то они могли бы увлечься абстрактной теорией и создать систему норм очень стройную, право, может быть, очень разумное, но не соответствующее практическим нуждам современного им оборота и непонятное обществу, среди которого это право должно было применяться. От этой опасности избавило классических юристов то обстоятельство, что постоянные столкновения с действительной жизнью, возникавшие при разрешении отдельных практических казусов, не позволяли им забывать требования, которые предъявляла к юриспруденции сама жизнь, и чрезмерно увлекаться проведением в действующее право начал *juris naturalis*, как они представлялись их воображению. Так, многие классические юристы учат, что “*jure naturae omnes homines liberi nascuntur*”<sup>2</sup>, но, по указанным выше соображениям, они не требуют быстрой и полной отмены рабства, а доволь-

<sup>1</sup> См. Gai I, 189. L. 1. pr. D. 41, 1. § 11 J. 1, 2. L. 11. D. 1, 1. Cf. Ulp. L. 1 § 3 D. 1, 1. Bonfante, dir. rom., стр. 120 слл. Хвостов, История рим. пр., § 50, III.

<sup>2</sup> L. 4 § 1; 1. 5. D. 1, 5. L. 4 D. 1, 1. L. 32 D. 50, 17. L. 2 D. 40, II. L. 64 D. 12, 6 § 2. J. 1, 2.

ствуются смягчением участи рабов там, где это было возможно. Главная заслуга учения о *jus naturale* для римской юриспруденции заключается в том, что оно помогло юристам усвоить себе представление о праве, как о целом, проникнутом общими принципами, и поддержало в них стремление приводить нормы права в научную систему.

### § 3. Публичное и гражданское право

I. Вопрос о делении всего объективного права на публичное и гражданское является для нас краеугольным: приступая к изучению гражданского права, мы должны отграничить его область от других смежных областей. Римские юристы также занимались этим вопросом, но, так как они лишь мимоходом касались вопросов общей теории права, они не дали удачного разрешения его. Именно Ульпиан устанавливает следующее разграничение публичного и гражданского права: *Dig. de iust. et. iure* 1, I, fr. 1 § 2. *Huius studii duae sunt, positiones, publicum et. privatum: publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*, т. е. “в предмете нашего изучения есть две части: публичное и гражданское (или частное) право; публичным правом мы называем то, которое касается состояния всего римского государства, а гражданским то, которое касается частных интересов частных лиц”. Таким образом, Ульпиан видит критерий разграничения публичного и гражданского права в различии тех интересов, которые регулируются нормами того и другого права. Несомненно, что в этом определении есть верная мысль, но она выражена неясно.

По нашему мнению, на различия между публичным и гражданским правом следует смотреть таким образом<sup>1</sup>.

Ясно, что в создании *всех* норм, регулирующих жизнь и отношения отдельных лиц в обществе, имеет нужду прежде всего *государство*, как таковое, потому что все право создается с тою целью, чтобы обеспечить возможность совместной жизни людей в обществе, возможность существования и развития общественного союза. Другими словами, так как право является необходимым условием государственного порядка, то в создании права заинтересовано прежде всего государство, как целое. Для государства одинаково важно существование как тех норм, которые определяют устройство государства и органов государственной власти, так и тех норм, которые регулируют частные интересы и отношения между отдельными лицами. Но это — одна сторона дела. Есть и другая сторона, руководясь которой мы можем провести деление между интересами, подлежащими ведению права. Дело в том, что если государство к созданию норм права вообще *активно побуждается* тем общегосударственным интересом, о котором мы только что говорили, то самому регулированию и охране со стороны норм права

---

<sup>1</sup> См. к последующему: *Merkel Jur., Enc.*, §§ 84—98; 191—196; *Regelsberger*, *Pandekten*, § 28; *Dernburg*, *Pand.*, т. I, § 21; *Accarias*, *Précis de dr. rom.*, I, §§ 3—5; *Girard*, *Manuel de dr. rom.*, стр. 4; *Gierke*, *op. cit.*, § 4; *Jellinek*, *op. cit.*, стр. 345 сл.; *Gareis*, § 14. *E. Grüber* в *Birkmeyer's Enc.*, стр. 29 сл.; ср.: *Bonfante* в *Revue générale du droit*, 1902 г., N° 4.

*подлежат* уже различные отдельные частные интересы. Они являются *пассивным* материалом, подлежащим нормированию со стороны права. Эти-то последние интересы могут быть разделены нами на две категории. Одни из них являются настолько важными для государства, что оно присваивает их исключительно себе самому. Государство утверждает, что эти интересы принадлежат всему государству, всему общественному союзу и что никому из частных членов государственного союза в отдельности они принадлежать не могут. Государство, как носитель этих интересов, является в виде силы, стоящей *над* отдельными лицами им повелевающей ими. Так, например, интерес обороны государства от врагов разделяется, разумеется, и отдельными подданными. Но государство смотрит на него, как на интерес, принадлежащий исключительно ему самому, как целому. Такой интерес именуется интересом государственным или *публичным*; те нормы, которые назначаются для регулирования интересов, присваиваемых себе государством, относятся к *публичному праву*; отношения, которые возникают по поводу подобных интересов между государством и отдельными его членами, являются *публично-правовыми* отношениями.

Другую категорию составляют те интересы, которые принадлежат *отдельным частным лицам*. Правда, эти интересы могут принадлежать и государству, как целому. Однако государство, в качестве носителя этих интересов, выступает в роли и на положении частного лица. Оно ставит себя *рядом* с частными лицами и, как и носитель этих интересов, называется обыкновенно казной или фиском (*fiscus*). Сюда относятся, например, те случаи, когда государство заключает договоры о поставке каких-либо вещей, о найме помещений под присутственные места и т. п. Такого рода интересы именуются *частными или гражданскими*. Нормы, касающиеся защиты гражданских интересов, составляют *гражданское право*. Те юридические отношения, которые устанавливаются между частными лицами по поводу частных интересов, называются *частно-правовыми* или *гражданско-правовыми* отношениями.

Гражданско-правовые и публично-правовые отношения различаются и по своему внутреннему строю. При нормировании гражданско-правовых отношений право обыкновенно довольствуется тем, что обеспечивает их участникам равную сферу власти и затем предоставляет регулирование отношения в деталях свободному усмотрению участников. Гражданское право, следовательно, дает сравнительно много простора воле частных лиц. Так, например, при заключении обязательственных договоров развитое право предоставляет обыкновенно свободному усмотрению частных лиц, какими условиями им угодно будет обставить заключаемую ими сделку и какое придать этой сделке содержание; право может ограничиться только тем требованием, чтобы заключаемые договоры не противоречили добрым нравам и чтобы при их заключении соблюдались известные формальности. Государство полагает, что так как частные лица сами являются носителями гражданских интересов, то их *личная* воля и предусматри-



тельность будут достаточно надежными факторами при определении строя каждого конкретного гражданско-правового отношения. Бывают, конечно, и отступления от этого порядка. Например, если некоторые лица признаются неспособными к предусмотрительной нормировке тех отношений, в которые они вступают, и не могут целесообразно управлять своими делами (эти лица, например, слабые члены общества или по своему полу, или по возрасту и легко поддаются обману), то государство отступает от обычной политики и прибегает к принудительным мерам; оно может принять на себя защиту частных интересов таких лиц помимо их воли или даже вопреки их воле. Так, право объявляет, что все договоры, заключенные малолетними без согласия опекуна, недействительны, хотя бы сами малолетние желали их соблюдения<sup>1</sup>.

Напротив, в области публично-правовых отношений право держится других взглядов. Публичные интересы принадлежат государству, всему общественному союзу; если государство поручает заботиться об удовлетворении этих интересов частным лицам, то эти частные лица являются представителями или органами самого государства, а не носителями своих личных интересов. Поэтому государство обыкновенно более или менее точно и подробно указывает тот путь, которому должны следовать эти лица при защите публичных интересов, более или менее точно регулирует образ действий этих органов государства и мало оставляет простора их свободному усмотрению.

II. Надо заметить, что граница между гражданским и публичным правом не всегда легко уловима. Иногда довольно затруднительно решить вопрос, к какой области права следует отнести известное юридическое отношение.

1) Есть отношения смешанного типа, т. е. такие, которые заключают в себе много элементов гражданско-правового характера, но к которым одновременно примешиваются государственные интересы. В таком случае и нормы, регулирующие данное отношение, получают смешанный характер. Отношение не перестает по существу относиться к гражданскому праву, но оно в известных пределах регулируется нормами публично-правового характера; ввиду этого строй всего отношения делается менее зависимым от свободного усмотрения частных лиц и нормировка его носит более принудительный характер. Примером могут служить семейные отношения; в них заинтересованы прежде всего лица, входящие в семейный союз, но государство может считать и себя непосредственно заинтересованным, потому что семья лежит в основе государственного союза и от крепости семьи зависит крепость государства. Поэтому в семейные отношения нередко вмешивается власть государства, полагая предел власти одних членов семьи и беря под свою защиту других. Возьмем другой пример. Договор фабриканта с рабочими является, на первый взгляд, чисто гражданским отношением (найма услуг); но государство заинтересовано в том, чтобы

---

<sup>1</sup> Ср. к изложенному: *Crome, System des D. B. R., I, § 79.*

предприниматель не эксплуатировал рабочих; поэтому государство устанавливает принудительные нормы, которые ограничивают власть фабриканта и вносят в это отношение публично-правовой оттенок.

2) Вторая причина заключается в том, что с течением времени самый взгляд права на известное отношение может измениться. В одну эпоху оно может принадлежать к числу гражданско-правовых отношений; в другую — может перейти в область публично-правовых. Так, например, у римлян кража по существу относилась к гражданскому праву, считалась за *delictum privatum*, которое влекло за собой частный штраф; в современном же праве она стала уголовным преступлением и перенесена в область публичного права<sup>1</sup>.

III. Что касается *формального признака*, которым отличаются гражданско-правовые отношения от публично-правовых, то таковым является способ защиты интереса, лежащего в основе правоотношения. Если мы имеем дело с частными интересами, принятыми правом под свою защиту, то эти интересы защищаются от посягательств по частной инициативе. Если нарушен чей-либо гражданский интерес, то судебная защита его возбуждается по требованию заинтересованного лица, самого носителя этого интереса; защита осуществляется в форме гражданского иска и гражданского процесса. Защита публичного интереса лежит на обязанности органов государственной власти, и эти органы должны вступаться за такой интерес в случае его нарушения *ex officio*, т. е. по своей собственной инициативе; публично-правовые интересы защищаются путем административного или уголовного процесса.

Но одного этого внешнего признака недостаточно для разграничения гражданско-правовых отношений от публично-правовых, потому что иногда право может и не указывать, в какой именно форме должен защищаться известный интерес, признанный достойным юридической охраны. В таких случаях юристам-практикам приходится обращаться к рассмотрению самого строя отношения для того, чтобы определить, в какой форме подлежит защите данное право.

#### **§ 4. Нормы уполномочивающие, диспозитивные и принудительные. *Ius singulare* и *privilegia*. Общее и партикулярное право**

I. Переходя к делению норм гражданского объективного права, отметим прежде всего деление их на нормы: 1) уполномочивающие; 2) диспозитивные; 3) принудительные.

1) Во всех областях права, а особенно в области права гражданского, большое значение имеет частная воля отдельных лиц (см. выше § 3,1). Право часто указывает, что известное отношение прежде всего должно нормироваться так, как этого хотят частные лица; это имеет

---

<sup>1</sup> Зачатки этой перемены замечаются, впрочем, уже в римском праве времен империи. См.: *Mommsen, Röm. Strafrecht* (1889 г.), стр. 733—783. Другие примеры см. у *Gareis*, стр. 57.

место обыкновенно в тех случаях, когда речь идет о частных интересах, регулирование которых, естественно, лучше всего предоставить воле отдельных лиц. Право заявляет, что так, как определяют свои отношения сами заинтересованные в них лица, так будет обсуждать эти отношения и суд: суд примет во внимание редакцию сделки, заключенной сторонами. Но воля частных лиц получает такое юридическое значение лишь в том случае, если право дало этим лицам соответственное полномочие создавать для регулирования своих отношений такого рода постановления. Нормы права, которые дают такие полномочия частным лицам, называются *уполномочивающими* нормами. Такой характер носит, например, следующий закон XII таблиц: “cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto”, т. е. “когда частные лица вступают в договор nexum и mancipatio, то как они в своих переговорах определяют условия сделки, так пусть обсуждает эту сделку суд” (Bruns. Fontes iuris Rom. leges XII tab., tab VI, I 1). Преторский эдикт постановляет: “pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo”, т. е. “я буду считать действительными те договоры, которые будут заключены не с злым умыслом и не вопреки законам, плебисцитам, сенатусконсультам и т. д., а также и не в обход какого-либо из постановлений этих источников права” (Lenel, Edictum perpetuum 2, стр. 64).

2) Вторым разрядом юридических норм являются нормы *диспозитивные*. Хотя право часто предоставляет частным лицам полную свободу регулировать свои отношения как им вздумается, но иногда частные лица по той или другой причине не пользуются своим правом, т. е. или совсем не заключают частного акта, или хотя и заключают этот акт, но оставляют в его содержании существенные пробелы и не предусматривают в сделке всех подробностей. Например, в договоре купли-продажи стороны могут не определить того, кто будет нести риск гибели предмета до тех пор, пока предмет не будет передан покупателю. Если воля частных лиц в каком-либо отношении, которое эти лица свободно могут регулировать, не выражена, то возникает необходимость пополнить этот пробел частной воли. Поэтому появляется ряд т. назыв. диспозитивных норм, которые служат этой цели. Примером применения диспозитивных норм, когда воля сторон не выражена, может служить *successio ab intestato*. В гражданском праве существует ряд норм, определяющих, к кому перейдет наследство в том случае, если умершим не оставлено завещания. Эти диспозитивные нормы и занимают место отсутствующей воли умирающего. Примером применения диспозитивных норм в том случае, когда воля сторон выражена недостаточно полно, служит уже упомянутый раньше случай купли-продажи. Если стороны не уговорятся о том, кто должен нести риск гибели проданного предмета до его передачи покупателю, то диспозитивной нормой римского права определяется, что риск несет покупатель. Эта норма пополняет пробел, оставленный при заключении договора сторонами.

3) Наконец, последнюю категорию юридических норм составляют нормы *принудительные* (*jus cogens*), которые предписывают частным лицам держаться в известном случае известного образа действий. Эти нормы не пополняют волю сторон, а прямо предписывают, что нужно делать и чего нельзя делать. Их особенно много в праве публичном, но они встречаются также и в гражданском. К этим нормам относится изречение юриста Папиниана: fr. 38 Dig. 2, 14: “*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*”, т. е. “принудительные нормы права не могут быть изменены по воле частных лиц”<sup>1</sup>.

II. Следующее деление юридических норм сводится к тому, что из числа их выделяется так называемое *jus singulare*. Под этим именем разумеются нормы, которые установлены для какого-нибудь особого класса лиц, вещей или отношений. Этот класс выделяется из более общего разряда вещей, лиц и отношений и ставится правом в исключительное положение. Спрашивается, почему возникает такое *jus singulare*?

Первая причина состоит в том, что часто установление исключительных норм требуется особенными свойствами какого-нибудь класса лиц, вещей и отношений. Например, особые нормы устанавливаются иногда для женщин; так, *senatusconsultum Vellaeianum* постановило, что принятие женщиной на себя ответственности по чужому обязательству не действительно. Эта норма ставит женщину в особое положение, вследствие свойственной ей *levitas animi, imbecillitas sexus*. Другой пример: *senatusconsultum Macedonianum* запрещает давать займы деньги подвластным сыновьям семейства. Эта норма имеет в виду особенность положения этих подвластных лиц, у которых своего имущества для погашения займов нет и которые, заключая займы, могут руководиться только расчетом на получение имущества от домовладыки.

Второй причиной существования *jus singulare* является следующее обстоятельство. Иногда в гражданском праве подготавливается какая-нибудь общая реформа, т. е. в праве пробивается общий принцип, который раньше не применялся: нередко новый принцип пролагает себе дорогу прежде всего только по отношению к какому-нибудь отдельному классу вещей, лиц и отношений, где наиболее чувствуется потребность в нем. В этом случае с течением времени, когда новый принцип найдет полное применение в праве в качестве общего начала, это *jus singulare* обратится в общее право. Примером этого в римском праве может служить появление *actio exercitoria* и *institoria*. Если подвластный приказчик или шкипер корабля заключил сделку, то иск мог быть предъявлен и против самого принципала. Здесь мы имеем дело с особенным *jus singulare*: из числа всех представителей особо выделены *подвластные приказчики или шкиперы*. С течением времени сложилось общее правило, состоящее в том, что если кто-нибудь уполномочило другого

---

<sup>1</sup> Сюда относятся, напр., институт т. наз. необходимого наследования: многие нормы, касающиеся опеки, напр., норма, предписывающая опекуну испрашивать разрешение властей при отчуждении имущества опекаемого.

заклучить сделку от его имени, то против уполномочившего лица будет дан иск из сделки его представителя, хотя бы последний не был подвластным и действовал лишь в качестве прокуратора по отдельному поручению<sup>1</sup>.

Третья причина — обратная. Случается, что какой-нибудь институт или принцип отживает свой век, теряет свое практическое значение и заменяется другим, новым принципом, но для некоторых случаев продолжает удерживаться в праве, как переживание (исторические аномалии). Примером может служить в позднейшем римском праве деление вещей на *res mancipi* и *res mancipi*. Прежде *res mancipi* занимали своеобразное положение в римском праве и права на них защищались более энергично; для них был создан особый способ переноса этого права — *mancipatio*. Впоследствии взгляды изменились, обладание *res mancipi* получило такую же юридическую защиту, но *mancipatio* удержалась, как особенность для *res mancipi*; таким образом, *res mancipi* были выделены в особую категорию, и для них установилось *jus singulare*.

Из сказанного видно, что *jus singulare* может быть самых различных свойств. Поэтому нам нужно совершенно отрешиться от того общего определения, которое оставили нам для *jus singulare* римские юристы и которое смущало долгое время немецкую практику. Именно, юрист Павел в своем сочинении о *jus singulare* разумеет под ним такое правило, которое принято вопреки общему принципу права в силу соображений частной пользы. Dig. 1, 3, fr. 16. Paulus libro singulari de jure singulari: Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Ясно, что это определение относится только к тому случаю, когда какой-нибудь класс лиц, вещей и отношений сознательно выделен законом из всех подобных ему ввиду его особенностей. Но этого определения нельзя применить, например, к тому случаю, когда нормы сингулярного права являются просто переживанием и сохраняются только вследствие привычки. В другом месте Папиниан (D. 40, 5, fr. 23 § 3) и Павел (D. 1, 3, fr. 14; D. 50, 17, fr. 162) говорят о *jus singulare*, что оно не должно быть “*producendum ad consequentias*”, т. е. не должно быть распространяемо по аналогии. Это не всегда правильно: аналогия допустима, когда новый общий принцип пробивает себе дорогу в праве; при этих условиях жизнь часто требует, чтобы этот новый принцип был распространен и на остальные подходящие под него случаи, и для этого приходится его “*producere ad consequentias*”.

III. *Privilegia*. Иногда *jus singulare*, устанавливающее особо выгодное положение для какого-нибудь класса лиц, вещей и отношений, называется также *privilegium* или *beneficium juris*. Но чаще всего име-

---

<sup>1</sup> Kuntze. Cursus, § 609, 610. Точно так же принцип безусловной ответственности продавца за пороки товара прежде всего проявился, как *jus singulare*, при продаже на рынке рабов и скота. См. к этому: Ihering, Geist, т. II, 2, стр. 339.

нем *privilegia* означаются в современной науке особенные льготные нормы права, созданные для какого-нибудь *отдельного* лица, или для *одной* какой-нибудь вещи, или для *одного* какого-нибудь конкретного отношения. Согласно этому, *privilegia* делятся на три вида: 1) *privilegia personae*, 2) *privilegia rei* и 3) *privilegia causae*.

Привилегии возникают двумя путями: или они создаются в силу особого закона, или же законодатель поручает какому-нибудь административному органу даровать эти привилегии при известных условиях отдельным лицам. Соответственно этому, мы имеем или законодательные привилегии, или административные. В первом случае привилегии создаются непосредственно нормами права, а во втором — через посредство особого акта административной власти, основанного на предписании закона. В первом случае, т. е. когда закон создает для какого-нибудь лица льготное право, мы имеем одну характерную особенность: эта норма объективного права непосредственно создает субъективное право для известного лица.

Цивилисты спорят о том, могут ли раз данные привилегии быть отняты и нужно ли вознаграждать лиц, у которых отняты привилегии. Все эти вопросы мы не будем разбирать, потому что их решение зависит от условий отдельного случая.

В римском праве существовало любопытное постановление о привилегиях и *jus singulare*: законы XII таблиц содержали норму: “*privilegia ne irroganto*” (у *Bruns’a Fontes*, Tab. IX, I), т. е. требующую, чтобы никто не добивался установления какой-нибудь привилегии или *jus singulare*. Это объясняется, вероятно, тем, что право XII таблиц сложилось в связи с борьбой между патрициями и плебеями, под влиянием воспоминаний о предпочтении, которое, до издания кодекса, право и суды оказывали патрициям. Нельзя признать это постановление вполне удачным. Иногда привилегии или *jus singulare* необходимы потому, что для блага всего общества требуется, чтобы какой-либо класс лиц, вещей или отношений был выделен из общих норм права. Если бы, например, для малолетних не было создано особых норм, то интересы этих лиц постоянно и незаслуженно страдали бы.

IV. Различается право *общее* и *партикулярное*. Это — деление по области, в которой действует и применяется право. Область применения права ограничивается, большею частью, территорией одного государства; но случается, что право распространяет свое действие на территорию нескольких государств. Мы говорим не о том случае, когда между нормами права нескольких государств оказывается полное сходство в содержании, а о том, когда в этих государствах применяется одно общее право, установленное одним и тем же источником права. Иногда, например, несколько соседних государств настолько связаны общими культурными условиями жизни, что в них возникает общий обычай. Право, действующее на более широкой территории, называется общим, а то право, которое применяется только в части этой территории, получает название права партикулярного. В упомянутом

нами случае право, применяемое в пределах нескольких государств, будет носить название общего, а право, применяемое в пределах только одного государства, будет правом партикулярным. В пределах одного и того же государства мы также можем встретить общее право, т. е. применяемое на всей территории этого государства, и специальное, или партикулярное, предназначенное только для известной местности в пределах государства. Так, например, для наших окраин существуют особые партикулярные права.

Отношения между общим и партикулярным правом может быть двоякого рода:

1) Общее право может быть *субсидиарным*, т. е. находить применение, поскольку, оно не отменяется нормой партикулярного права. В Германии римское право после рецепции являлось, по сравнению с правом отдельных германских государств, общим, но действовало субсидиарно.

2) Другое отношение наблюдается там, где общее право получает *абсолютное*, исключительное значение, и противоречащие ему нормы партикулярного права применяются лишь настолько, насколько это прямо дозволено общим правом.

В заключение отметим, что одно и то же право может быть одновременно и общим, и партикулярным. Например, прусское земское право (Landrecht) было партикулярным правом в сравнении с германским имперским законодательством и в то же время это Landrecht служило общим правом для всей Пруссии в сравнении, например, с Берлинским городским статутом.

## **Глава II. Источники права.**

### **Применение и теоретическая разработка юридических норм**

#### **§ 5. Материал для образования юридических норм. Учение об источниках права. Обычай. Деловое обыкновение**

Предмет настоящей главы составляет учение о том, как возникают нормы объективного права, каковы источники права. В этом отделе мы встречаемся с двумя вопросами: 1) откуда берется материал для норм права, и 2) откуда возникает обязательная сила юридических норм.

I. Что касается первого вопроса, то *материал* для юридических норм дает *сама народная жизнь*.

В жизни общества постоянно выдвигаются разного рода интересы, запросы и потребности. Задача права состоит в том, чтобы выделить из этой массы те интересы, которые нуждаются в юридической защите и заслуживают ее. Спрашивается, однако, как именно происходит этот процесс выделения интересов, заслуживающих юридической охраны? Отдельные интересы, которые подлежат регулированию со стороны права, весьма разнообразны и нередко противоречат друг другу. Если берет верх интерес, выдвигаемый одной общественной группой, то это часто совершается насчет интересов других общественных групп. Так, например, некоторые интересы удовлетворяются только при наличности известной устойчивости государственных учреждений и такого публичного права, которое способствует энергичному и разностороннему действию правительственных органов; другие интересы, напротив, могут получить удовлетворение, главным образом, при помощи известной подвижности и эластичности государственных учреждений и при посредстве права, которое предоставляет много простора свободному проявлению индивидуальных сил, суживая при этом сферу деятельности правительственных органов. Далее, интересы экономически обеспеченных классов расходятся с требованиями классов неимущих. Интересы обрабатывающей промышленности не совпадают с требованиями земледельческих классов. В этой борьбе противоположных интересов право должно играть роль справедливого посредника: руководясь знакомыми нам принципами *aequitas* и *humanitas*, оно должно стремиться по возможности равномерно удовлетворять сталкивающиеся интересы различных общественных групп, оценивая их с точки зрения соответствия общему благу государственного союза. Но удовлетворить



такому идеалу невозможно. Законодатель невольно оказывает одному из них предпочтение. Иногда законодательные органы и не желают быть беспристрастными, получают партийный характер. Ввиду этого в государстве образуются партии, довольные существующим строем и требующие его сохранения, и другие партии, требующие реформ.

Так как, по существу, вся сила юридических норм основана на той поддержке, которую они находят в обществе, то законодательство обыкновенно опирается на сочувствие партии, наиболее сильной в данный момент в обществе. Большею частью такая господствующая партия при помощи права стремится оказать защиту своим собственным интересам насчет всех прочих. Но так как право по самой идее своей должно служить не партии, а требованиям справедливости, а с другой стороны, и противные партии хотя и не являются господствующими, но все же не вполне бессильны, законодательство делает известные уступки в пользу других, не господствующих партий. В результате этого процесса право получает характер *компромисса* между различными общественными интересами, хотя, обыкновенно, с преобладанием в нем защиты интересов господствующей партии.

Эта борьба интересов существовала всегда во всяком обществе и вряд ли когда-нибудь прекратится. Меняются лишь ее формы: место кровопролитных стычек занимают дебаты в парламентах и в прессе, место революции — мирные реформы. Самая же борьба не может прекратиться, так как по мере осложнения жизни интересы общества делаются все более разнообразными. Не придумано до сих пор и таких систем права, которые дали бы возможность устранить из законодательства всякую партийность. Право должно стремиться к беспристрастной оценке различных интересов с точки зрения соответствия их требованиям общего блага, но на деле эта оценка интересов выполняется обыкновенно лишь более или менее неправильно; общее благо определяется часто под углом зрения, свойственным наиболее сильной партии. Сверх того, как уже замечено было выше, самое начало *общего блага* сплошь и рядом по необходимости приходит в коллизию с запросами отдельной *личности*, как таковой, и отдельных общественных классов. Нередко требования общего блага, даже при правильном понимании их законодателем, не позволяют в одинаковой степени удовлетворить частные интересы и запросы отдельных лиц и целых общественных классов (см. сказанное в § 2 о коллизиях между требованиями *aequitas* и *humanitas*). *Гармоничное примирение запросов личности и государственного целого является высшим идеалом, к которому должно стремиться право.* С этой точки зрения законодатель должен рассматривать все социальные явления, но на практике этот идеал еще никогда не был осуществлен<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ср. к изложенному: *Jellinek*, *op. cit.*, стр. 88 слл.; 102 слл.; *Merkel*, *Holtzendorff's Encyklopädie* (5-е изд.), т. I, стр. 16—18; *Хвостов*, *Общая теория права* (4-е изд., 1908 г.), § 9, 16.

II. Не менее сложен вопрос о том, как получают обязательную силу нормы права. Обязательную силу юридические нормы получают путем различных процессов. Иными словами, юридические нормы возникают в различных формах. Эти формы, в которых образуются нормы права, носят техническое название *источников права*.

Мы можем насчитать четыре источника права: 1) договор (договор является важным источником права главным образом в области международного права, поэтому мы его будем касаться в последующем изложении); 2) обычай; 3) закон; 4) автономия. Что касается так называемого права юристов, то мы увидим впоследствии, может ли оно претендовать на значение источника права.

1. Обычай (*mos* или *consuetudo*)<sup>1</sup>. Под именем обычая разумеется юридическая норма, получающая обязательную силу вследствие привычки к ней народа<sup>2</sup> и долгого применения ее теми органами, на которых лежит обязанность применять на практике нормы права. Обычай является наиболее древним источником права. Долго в юридической литературе существовал спор, что собственно служит источником обычая: продолжительное ли применение известной нормы, или убеждение народа в необходимости этой нормы. Ученые исторической школы, основанной Савиньи, полагали, что нормы обычного права возникают и получают обязательную силу в сознании, в духе народа; применение же этих норм на практике служит лишь внешним средством познания того, какие юридические убеждения созданы народным духом. Эта теория исторической школы является естественным продуктом общих воззрений этой школы на процесс развития права как на процесс постепенного раскрытия содержания народного духа. Ныне она оставлена; теперь господствует в науке взгляд, что убеждение народа и применение обычая идут рука об руку; чем чаще применяется обычай, тем более крепнет убеждение народа в пригодности и обязательности обычной нормы, и наоборот. Но для судьи решающим обстоятельством является постоянное применение нормы в судах. Когда судья решает, есть ли данное правило обязательная для него обычная норма или нет, то он проверяет лишь, применяется ли она, как таковая.

Обычай может вырабатываться во всем народе, во всех его слоях. Но такой общенародный обычай встречается сравнительно редко. В большинстве случаев обычай возникает и вырабатывается в отдельных слоях общества, среди лиц, занимающихся тем кругом дел, которого касается каждый данный обычай; так, торговые обычаи складываются в торговом классе. Интересным является вопрос о том, какое значение имеет деятельность *юристов* для образования юридических

---

<sup>1</sup> См. об обычае у римлян статью *Pernice* в *Zeitschr. d. Sav. St. t.* XX (1899 г.), стр. 127—171; т. XXII (1901 г.), стр. 58 слл. *Brie*, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I Thl. (1899 г.), стр. 1—58. О терминологии римских юристов см.: *Brie*, стр. 6 сл.

<sup>2</sup> Римляне говорили, что обычай основан на *consensus* народа, и сопоставляли его с постановлениями народ, собраний; см. *L. 32 § 1 D. 1, 3* (в § 6 ниже); *Brie*, стр. 16 сл. Ср.: *Pernice* в *Zeitschr. Sav. St.*, т. XXII, стр. 68.

обычаев? Юристам, которые избрали своей специальностью занятие правом и разрешение спорных юридических случаев, приходится сталкиваться в своей деятельности с различными сторонами народной жизни; у них вырабатываются собственные убеждения и воззрения на то, какая юридическая нормировка соответствует разнообразным жизненным отношениям. Если среди юристов складывается общее воззрение на то, как следует поступать в каком-либо отношении, то их *communis opinio*, как общее мнение специалистов дела, не может не оказать влияния на практику и часто приводит к созданию юридического обычая. Таким образом, несомненно, что в образовании обычая играют большую роль юристы; но спрашивается, можно ли обычай, слагающийся под влиянием убеждения юристов, выделять из общенародного обычая и рассматривать как нечто *sui generis*? На этот вопрос мы должны ответить отрицательно. Во-первых, по общему правилу нельзя ожидать, что между взглядами юристов и всего народа будет существенная разница; юристы не перестают быть детьми своего века и своего народа, и воззрения их на юридические отношения обыкновенно не расходятся по содержанию с теми воззрениями, которые складываются в среде всего общества. Во-вторых, если бы даже у юристов и сложилось убеждение, расходящееся с воззрениями народной массы, и это убеждение с течением времени окрепло бы до степени обычая, то мы имеем полное право сказать, что народ убедился в целесообразности выработанного юристами правила и согласился с ним; мы можем признать, что убеждение юристов сделалось убеждением всего народа, ибо в противном случае народ не подчинился бы этому убеждению и не дал бы ему окрепнуть до степени обычая. Таким образом, обычай, сложившийся под влиянием юристов, по существу ничем не отличается от всенародного обычая.

Для того, чтобы обычай возник как обязательная юридическая норма, требуется наличность следующих условий:

1) Необходимо, чтобы обычай путем *долговременного* применения глубоко укоренился на практике<sup>1</sup>; но при этом не требуется, чтобы обычай применялся известное, точно определенное количество времени; только западное каноническое право<sup>2</sup> требовало в доказательство существования обычая истечения определенной давности (*legitima praescriptio*). 2) Необходимо, чтобы применение обычая на практике было *однородно*, т. е. чтобы практика в одном направлении не парализовалась и не уравнивалась практикой в другом направлении<sup>3</sup>. 3) Обычай должен быть *рационален*, т. е. его применение должно вызываться известной разумной потребностью, существующей в данной местности или в данной общественной

<sup>1</sup> *Longa inveterata, diuturna consuetudo, longaevus usus.* L. 32 § 1. L. 33. 35 D. 1, 3 L. 2. 3 C. 8, 52(53).

<sup>2</sup> C. 11 X. 1, 4. c. 3 in vivo 1, 4. О *Corpus juris canonici* и способе его цитирования см.: Барон. Система, § 2; *Dernburg*, I, § 12; *Windscheid*, I, § 5.

<sup>3</sup> *Consuetudo tenaciter servata, jugiter observata.* L. 3 C. 8, 52 (53); L. 3, C. 12, 29 (30) cf. L. 34 D. 50, 17.

группе<sup>1</sup>. 4) Применение обычая должно сопровождаться убеждением в необходимости применяемой нормы (*opinio necessitatis*), в ее обязательности<sup>2</sup>; иначе возникает не обычай, а только обыкновение (об этом ниже). 5) Иногда известный образ действий постепенно укрепляется потому, что общество *по заблуждению* убеждено, что такой образ действия предписывает какая-нибудь ложно истолкованная норма права. Спрашивается, может ли такой образ действий, основанный на убеждении народа в его необходимости (народ ошибочно полагает, что этот образ действий предписан), привести к образованию обычая, несогласного с истинным смыслом той нормы, ложное толкование которой вызвало его? Могут быть два случая: а) если образ действий, возникший вследствие ложного понимания нормы, не пользуется сочувствием в обществе, если общество держалось его только потому, что считало его предписанным, то никакого обычая не возникает; б) если же общество сочувствует ложному толкованию нормы и охотно практикует вытекающий из этого толкования образ действия, то возникает обычай, отменяющий норму, на которую опиралась практика, ибо смысл практики на самом деле не соответствует истинному смыслу этой нормы. Очень часто это происходило с нормами римского права, реципированного в Германии: нередко общество и юристы, сами того не замечая, толковали нормы римского права не в том смысле, какой они действительно имели, а в том, в каком им хотелось бы видеть их в современной жизни; этим путем создавались новые нормы обычного права, по внешности основанные на римском праве, но на самом деле изменяющие постановления римского права в духе нового времени<sup>3</sup>.

Удостовериться в существовании обычая и познакомиться с его содержанием судья может разными способами: 1) по судебным решениям и приговорам<sup>4</sup>; 2) из показаний сведущих людей, старожил и пр.<sup>5</sup>; 3) из сборников обычного права, составленных частными лицами; 4) из народных поговорок, в которых нередко формулируется содержание обычаев. Если судья не знает известного обычая, на который ссылаются стороны, то стороны могут доказывать его существование<sup>6</sup>; при этом для них открыты все способы судебного доказательства, и сам судья *ex officio* обязан исследовать, какие в данной местности для данного случая существуют обычаи<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Эта разумная потребность именуется в источниках *ratio (utilitatis)*, в отличие от *ratio juris*. L. 1 C. 8, 52 (53); ср. L. 2 C. eod. Nov. 134 c. 1; *Brie*, стр. 24—32. Ср.: *Windscheid*, § 16, пр. 5.

<sup>2</sup> Этот реквизит в источниках выражен неясно; см.: *Brie*, стр. 23.

<sup>3</sup> См к этому: *Regelsberger*, § 20, III. Относительно L. 39 D. 1.3 см.: *Brie*, стр. 27 сл.: запрещается распространение по аналогии обычаев, противных общим принципам права (*ratio juris*). Так и *Dernburg*, I, § 27, пр. 4. Несколькo иначе *Pernice*, *Ztschr. Sav. St.* т. XXII, стр. 81.

<sup>4</sup> L. 34 D. 1.3. — Ср. ко всему этому: *Brie*, стр. 46 сл.

<sup>5</sup> Nov. 106 пр.

<sup>6</sup> L. 3 § 6 D. 22, 5. L. 1 C. 8, 52 (53) (*probari*).

<sup>7</sup> L. 1 C. 8, 52 (53) in f. L. 3 § 6 D. 22, 5 (*divi fratres*). L. 37 D. 1, 3. *Brie*, стр. 50 сл. См. также: *Windscheid*, § 17; *Regelsberger*, § 21. Ср.: *Dernburg*, I, § 28, I.

Довольно близко к обычаю стоит так называемое *деловое обыкновение* (в источниках также *mos, consuetudo*)<sup>1</sup>; оно состоит в том, что под влиянием практики и постоянного опыта в каком-либо классе лиц в известной местности может сложиться воззрение, как лучше и удобнее поступать при известных обстоятельствах. Например, у купцов могут выработаться обыкновения, как пересылать товары или как вести торговые книги. Это обыкновение может иметь юридическое содержание, например, торговцы могут выработать обычный размер скидки при уплате наличными за купленный товар. Но такого рода обыкновение не есть обычай, ибо здесь нет в наличности признака обязательности, а лишь одно убеждение в удобстве, в полезности такого образа действий. Деловое обыкновение не может быть признано поэтому обязательной юридической нормой, хотя бы диспозитивной. Значение делового обыкновения для права состоит в том, что из знакомства с ним можно уяснить себе содержание воли частных лиц, недостаточно ясно выраженной ими в самой сделке. Но пополнить пробелы сделки в тех случаях, где воля сторон вообще не выражена, деловое обыкновение не может: это задача диспозитивных норм права, т. е. обычая или закона. Если, следовательно, некоторые вопросы в сделке остались вполне открытыми, то судья обращается за пополнением воли сторон к диспозитивным нормам и решает на основании их тяжбу. Но если контрагенты не оговорили содержания некоторых пунктов своей сделки именно потому, что они по молчаливому или открыто выраженному соглашению решили нормировать эти пункты согласно деловому обыкновению, то суд должен руководствоваться деловым обыкновением, прежде чем прибегнуть к диспозитивным нормам.

Применению делового обыкновения нисколько не мешает то обстоятельство, что один контрагент не знал точно, в чем состоит содержание этого обыкновения, когда он выражал свое согласие подчиниться ему. Например, если бы я, посылая заказ заграничному книготорговцу, согласился довольствоваться обычной в месте жительства книготорговца скидкой с продажной цены при уплате наличными, то судья в случае возникновения спора между мной и книготорговцем должен был бы принять во внимание деловое обыкновение, существующее в месте жительства книготорговца, хотя бы точный размер скидки, делаемой согласно этому обыкновению, мне не был известен в момент заказа. Точно так же я могу заключить биржевую сделку известного рода согласно с обыкновениями Московской биржи, хотя бы эти обыкновения мне не были известны.

## **§ 6. Закон. Отношение его к обычаю. Автономия**

2. Закон. Вторым источником права является закон. По современной теории<sup>2</sup>, под именем закона разумеется такая норма, которая формули-

<sup>1</sup> L. 50 § 3 D. 30. L. 34 D. 50, 17. L. 21 § 1 D. 28, 1. L. 31 § 20 D. 21, 1. L. 6. D. 21, 2. L. 1 pr. D. 22. 1; Brie, стр. 11, пр. 21. Ко всему последующему см.: Regelsberger, § 22, II, Ср.: Lambert, La fonction du droit civil compare, стр. 813 слл.

<sup>2</sup> Римские юристы мало занимались общими вопросами об источниках права (см.: Brie, op. cit., стр. 2 слл.), и поэтому нам приходится постоянно пользоваться для полноты очерка выводами современной теории. См.: Хвостов, Общая теория права, §§ 19—21.

рована компетентным органом государственной власти и получает обязательный характер в силу обнародования ее государственной властью.

Закон сравнительно с обычаем является более поздним источником права, так как для создания закона требуется более высокое интеллектуальное развитие общества, чем для выработки обычая: надо подметить общий тип отношений, и кроме того нужно уметь создать для этих отношений подходящую общую норму, выразить ее в ясных и точных словах. Все это нелегко и требует от законодателя значительного умственного развития и сноровки, качеств, которые развиваются только со временем.

В чем состоит *взаимное отношение закона и обычая*? Закон имеет большие преимущества перед обычаем. Юридические нормы, составляющие содержание обычного права, не фиксированы авторитетным органом государственной власти, так чтобы их нельзя было изменить. Пусть даже обычай вполне укоренился, все члены общества одинаково убеждены в его обязательности и более или менее одинаково представляют себе его содержание; тем не менее при применении обычая на практике не могут не играть большой роли субъективные наклонности и субъективное мировоззрение отдельного судьи. Лица даже одного и того же класса общества до известной степени могут расходиться в своем мировоззрении, и эти индивидуальные особенности мировоззрения несомненно оказывают влияние на их представление о содержании обычных норм. Кроме того, нормы обычного права могут быть не всем лицам в обществе известны в одинаковой степени. Из этого следует, что обычай не представляет достаточно надежного обеспечения в том, что судьи всегда одинаково будут решать одинаковые дела. Это крупный недостаток обычая в сравнении с законом. Закон дает твердую почву для судопроизводства: все судьи связаны текстом норм, установленных законодателем, и имеют в своих руках те же средства для суждения о содержании нормы. Поэтому закону отводится постепенно главное место, как источнику права, и он более или менее вытесняет обычай.

Однако закон не может вытеснить обычай вполне. Обычай сохраняет известное значение и после появления закона по следующим причинам:

1) Как бы заботливо законодатель не следил за жизнью и за развивающимися потребностями ее, он не может немедленно предусматривать все новые отношения, появляющиеся в жизни, и вносить тотчас же в нормы права все те изменения, которые необходимы ввиду этих перемен. Закон всегда более или менее отстает от жизни, и пока для новых потребностей не появилось подходящей нормы закона, слагающиеся в народе для удовлетворения этих потребностей обычаи дополняют нормы закона<sup>1</sup>. 2) Закон имеет в большинстве случаев

---

<sup>1</sup> Представьте себе, сколько новых отношений, сколько новых юридических вопросов возникает в результате хотя бы какого-либо грандиозного технического усовершенствования, как, напр., изобретения парохода, телеграфа, телефона и т. п. Пока закон с ними не успеет справиться, их ведаёт сама жизнь, для них создаются сперва конкрет-

общее, абстрактное содержание; законодатель, создавая нормы права, не может предусмотреть всех индивидуальных оттенков в юридических отношениях, которые встречаются в жизни. Эти оттенки в глазах законодателя являются второстепенными деталями, но при применении права к жизни они могут получить важное значение. На помощь закону и в этих случаях является судебная практика и обычай. Они восполняют эти недостатки закона. Для законодателя невозможно предусмотреть все эти оттенки ввиду их разнообразия и многочисленности<sup>1</sup>, но обычай, вырабатываемый народною жизнью, более эластичен<sup>2</sup>.

Относительно *применения* закона существует правило, что всякий закон, действующий в известной местности, судья должен знать *ex officio* (*jura novit curia*). Только в некоторых случаях для судьи необязательно знание закона, например, когда дело идет о применении иностранных законов. Стороны, которые ссылаются на иностранное право, должны ознакомить судью с содержанием этого права, но судья, конечно, может и должен проверять правильность этих показаний сторон.

Спрашивается, может ли обычная норма *отменить норму закона*, и наоборот<sup>3</sup>. Как закон может отменить существующий в стране обычай, так и обычай может отменить закон; в последнем случае говорят, что закон вышел из употребления. Мало того, обычай может отменить даже закон, воспреещающий возникновение новых обычаев, содержание которых противно известным нормам закона<sup>4</sup>. Эти положения признавались и в римском праве. От классических юристов сохранились следующие замечания по этому поводу: Dig. 1, 3 fr. 32 § 1. Julianus “Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum, nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur”, т. е. “Старое обыкновение с полным основанием соблюдается, как закон, и в этом смысле говорят о праве, которое создается путем обычая. Ведь сами законы обязательны для нас лишь потому, что приняты по решению народа; ввиду этого вполне основательно считать общеобязательными и те нормы, которые помимо всякой записи одобрены народом; какая разница в том, выразит ли народ свою волю подачею голосов или же своими поступками?

---

Эные судебные решения, а затем и абстрактные обычаи. — *Bülow*, Gesetz und Richteramt, стр. 31.0 влияния техники на развитие договорного права ср.: *Цвингман* в Ж. М. Ю., 1902 г., № 8, стр. 149 слл.

<sup>1</sup> И ничего хорошего не произошло бы, если бы законодатель поставил себе задачу предусматривать все мельчайшие детали жизненных отношений. “Многотомные казуистические кодексы давно уже оказались самыми плохими и запутанными, самыми недостаточными”. — *Bülow*, стр. 33.

<sup>2</sup> К изложенному ср. *Lambert*, La fonction du droit civil., стр. 809 слл.

<sup>3</sup> Об обычае как средстве толкования закона см.: L. 37. 38. D. 1, 3. *Brie*, стр. 37.

<sup>4</sup> Последнего не допускает для римского права *Brie*, стр. 40 сл.: стр. 46.

Поэтому-то вполне основательно принято правило, согласно которому законы могут быть отменены не только вследствие выраженной воли законодателя, но и по молчаливому соглашению всех, путем обычая". Здесь прямо высказывается мысль, что обычай может отменить закон. Таков взгляд на дело классических юристов.

В Кодексе, однако, находится императорская конституция, принадлежащая имп. Константину, из которой можно вывести обратное заключение, — что римское право запрещало возникновение таких обычаев, которые отменяют законы. Эта конституция, изданная в 319 году, говорит следующее: *Cod. 8, 52 (53), с. 2. "Consuetudinis usque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem"*, т. е. "Значение обычая и долговременной практики не мало, но оно все же не так велико, чтобы обычай и практика могли победить или общие принципы права, или предписание закона".

Некоторые авторитетные романисты предлагают следующее толкование этой нормы. Нужно принять во внимание, что она установлена Константином, одним из позднейших римских императоров, т. е. издана в то время, когда Римская империя занимала громадную территорию, на которой жило разнородное население. Это была эпоха наименее благоприятная для выработки каких-либо общегосударственных обычаев: каждая народность создавала для себя свои собственные обычаи. Ввиду этого весьма вероятно, что Константин, издавая приведенную конституцию, имел в виду обычай не общегосударственный, а только местный, и смысл конституции состоит в том, что те из *местных обычаев*, которые противоречат содержанию *законов общих для всей Римской империи*, не могут отменять этих общеимперских законов; точно так же местные обычаи не могут нарушать такой *ratio juris*, которая является общей для всего римского государства<sup>1</sup>.

В Германии романисты, во время рецепции римского права, пользовались этой конституцией для того, чтобы доказать, что партикулярные обычаи, слагавшиеся в германских государствах, никоим образом не могут отменять или изменять нормы римского права, как они изложены в *Corpus juris*. *Corpus juris*, по воззрениям тогдашних германских юристов, являлся общим законом для всей Германской империи, а потому его постановления, как нормы закона, ввиду вышеприведенной с. 2, не могут отменяться

---

<sup>1</sup> См.: Savigny, т. I, стр. 420 слл. Windscheid, I, § 18, пр. 2; Regelsberger, § 23. Другие толкования см. у Vangerow, I, § 16. Dernburg, I, § 28 пр. 6; Pernice в Zeitsch. d. Sav. St., т. XX, стр. 149—162 (ср. также т. XXII, стр. 74—78) доказывает, что Константин ничего нового в этой конституции не сказал: римляне вообще не знали чистого обычая, как основания для отмены норм, установленных законов; такую силу обычая мог получить, лишь будучи подкреплен эдиктом (этим объясняется § 7 J. 4, 4; см. стр. 155 пр. 2). Юлиан в L. 32 § 1 D. 1, 3, по его мнению, выставляет лишь теоретическое положение, рассуждая отчасти под влиянием греческой философии: он имеет в виду возникновение *всеобщего* обычая, отменяющего закон, т. е. случай практически невозможный (стр. 156 слл.). В публичном праве от такта магистрата зависело, применять или не применять забытые законы; формально они не считались отмененными (стр. 150 сл.). — Противоречие источников принимает Brie, стр. 45 сл.; см. также стр. 6 пр. 22, но думает, что по общему смыслу Юстиниановой компиляции предпочтение должно быть отдано принципу Юлиана.



партикулярным обычаем. Воззрение это не имело под собой почвы; практическое значение *Corpus juris* в Германии было основано исключительно на обычае; поэтому если партикулярные германские обычаи изменяли и отменяли нормы, содержащиеся в компиляции Юстиниана, то это не противоречило конституции Константина.

3. *Автономия*. Последним источником права является автономия. Под именем автономии разумеется право регулировать свои внутренние отношения, предоставленное государственной властью отдельным общинам, корпорациям или другим группам лиц в государстве. Автономные постановления издаются различными общественными союзами внутри государства, городами, сельскими обществами, всевозможными корпорациями и т. п. и несомненно являются нормами права, потому что им свойствен общий характер юридических норм. Раз союз или корпорация получили от государственной власти разрешение издавать автономные нормы, то эти нормы регулируют отношения членов этого союза принудительно, независимо от согласия каждого из членов союза подчиниться им, а в этом принудительном характере и состоит отличительный признак норм права, как мы видели выше (см. выше § 1). Но нормы автономного права суть нормы низшего порядка в сравнении с нормами, исходящими от органов законодательной власти, потому что их обязательная сила основывается не столько на силе самого союза, который их издает, сколько на их признании со стороны законодательных органов государства; самое право союза издавать автономные постановления всегда ставится в известные границы государственной властью<sup>1</sup>.

## § 7. Применение норм права

В связи с учением об источниках права рассмотрим вопрос о значении *деятельности юристов* для развития объективного права. Деятельность юристов сводится к тому, что они применяют к жизни и разрабатывают теоретически нормы права; в этой деятельности они ставят себе две задачи:

1) Они стремятся к возможно более полному и точному раскрытию и применению на практике тех идей, которые скрыты в существующем запасе норм.

2) Они стремятся создать из всех существующих юридических норм стройную систему права.

*Толкование юридических норм и аналогия*. I. Если юрист применяет нормы права к жизни, он должен прежде всего подвергнуть их *критике*; эта критика бывает двух родов: низшая и высшая<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ср.: *Jellinek*, стр. 386 сл., стр. 590 сл.

<sup>2</sup> Значение терминов “низшая и высшая критика” объяснено согласно *Windscheid*, *Pandectenrecht*, т. I, § 21, прим. 1. Эти термины не всеми понимаются одинаково. Ко всему последующему ср.: *Regelsberger*, §§ 33—37; *Dernburg*, т. I, §§ 34—37; *Windscheid*, I, §§ 20—22. О толковании норм права с точки зрения современной юридической доктрины см. подробно: *F. Geny*, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899. Ко всему учению см. также: *Васьковский*, Учение о толковании и применении гражданских законов, 1901.

1. Низшая критика состоит в том, что юрист проверяет, действительно ли слова, в которых выражена обсуждаемая им норма, принадлежат самому автору нормы, действительно ли эти слова высказаны ее составителем. Юрист должен прежде всего установить самый *текст* применяемой нормы. В результате низшей критики устраняются, например, опечатки и описки, которые допущены в документе, содержащем текст закона. Для источников римского права низшая критика сводится к тому, что ученые стремятся восстановить правильное чтение каждого фрагмента *Corpus Juris*: они сличают для этой цели рукописи, а иногда, после изучения самого содержания фрагмента, приходят к тому заключению, что существующее чтение фрагмента не может быть верно и что его надо изменить известным образом (т. н. конъектуральная критика).

2. Высшая критика состоит в том, что юрист проверяет, действительно ли данная норма есть норма права, т. е. исходит ли она от источника, который может создать юридические нормы, и соблюдены ли при издании этой нормы все необходимые условия.

II. Затем юрист переходит к *толкованию норм*. Тут задача юриста состоит в том, чтобы на основании текста нормы, который установлен критикой, раскрыть ее смысл. Слова, которые употребляет законодатель, не более как средство выражения мысли законодателя; для юриста обязательны не слова закона, а та мысль, которую выражает норма.

По этому поводу один из юристов классического периода — Цельз (Celsus) — оставил следующее изречение: Dig 1, 3 fr. 17. “Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem”, т. е. “Знать законы не значит держать в памяти их слова, но значит понимать их смысл и значение”.

Принято различать два вида толкования законов: 1) легальное и 2) научное. *Легальное, или аутентическое, толкование* (*interpretatio legalis*) норм есть толкование, которое дается этим нормам законодательными органами. *Научное толкование* (*interpretatio doctrinalis*) есть то, которое исходит от юриста, не имеющего законодательной власти, и ценность которого зависит исключительно от его внутреннего достоинства.

Что касается *легальной интерпретации*, то она только по названию есть толкование и в сущности ничего общего не имеет с истинным толкованием. Сила легальной интерпретации зависит не от внутренних свойств толкования, а от того, что оно предписывается надлежащим органом государственной власти; это в сущности не толкование старой нормы, а установление новой нормы права, снабженной обратной силою (см. § 9 в конце).

Для нас представляет интерес только *научная интерпретация*. Средства для научного толкования весьма различны, и самый процесс толкования мы можем только описать; научить же искусству толковать нормы права в теоретическом курсе невозможно. Это искусство приобретается долговременной практикой и знакомством в хорошими

образцами толкования; в этом смысле большое значение имеет изучение в подлиннике *Corpus Juris*.

Различают два рода научного толкования: а) толкование грамматическое и б) толкование логическое.

а) Под именем *грамматического* толкования разумеют процесс, который сводится к тому, что толкователь, руководясь *законами языка*, определяет истинный смысл тех выражений, в которые облечена данная норма. Он истолковывает слова законодателя так, как их можно понимать на основании грамматических законов. При этом он должен принимать во внимание индивидуальное словоупотребление законодателя. Это значит, что юрист может руководиться не только общепринятым смыслом слов и выражений, но и тем смыслом, который привык связывать с этими словами и выражениями именно данный законодатель. Требуется при этом только, чтобы индивидуальное словоупотребление законодателя не являлось совершенно недопустимым по общим законам языка. При грамматическом толковании большую роль играет также то значение, которое слова имеют на специальном юридическом, техническом языке.

Грамматическое толкование само по себе обыкновенно приводит к результатам недостаточным и не дает необходимых оснований для суждения об истинном смысле нормы. Смысл каждой отдельной нормы по общему правилу вполне выясняется лишь при сопоставлении ее с другими, касающимися того же предмета. Сверх того и самая словесная редакция может быть неясной, а грамматическое толкование для устранения неясности может оказаться недостаточным; так, известное выражение может иметь несколько значений, и грамматическое толкование не указывает, какое именно значение нужно принять в данном случае; законодатель мог ошибиться в выборе выражения, употребить выражение, которое по законам грамматики имеет не тот смысл, какой имелся в виду, и т. п. Поэтому, чтобы определить смысл нормы, весьма часто приходится прибегать к другим средствам толкования.

б) Толкование закона, которое оперирует другими средствами, кроме законов языка, называется *логическим толкованием*, или логической интерпретацией<sup>1</sup>.

Что касается *средств* логической интерпретации, то в общих чертах они сводятся к следующему:

1) Очень часто смысл нормы обнаруживается после изучения *связи этой нормы с другими положениями права и иногда даже со всей системой права*. Ни одна норма не стоит в праве особняком; напротив, между всеми нормами существует внутренняя, более или менее тесная связь. По поводу этого мы имеем следующее замечание Цельза: Dig. 1, 3 fr. 24. “*Jncivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus*

---

<sup>1</sup> Это название в сущности неудачно, ибо и грамматическая интерпретация совершается сообразно законам логики, но этот термин настолько установился в науке, что нам нет надобности отступать от него. Васильковский, стр. 29 сл. различает толкование словесное и реальное.

proposita iudicare vel respondere”, т. е. “Неправильно отвечать (давать responsa) или решать дело, не имея в виду всего закона, а принимая во внимание только какую-нибудь его часть”.

2) Второе средство логической интерпретации состоит в том, что иногда для толкования нормы полезно изучить, как складывается отношение, регулируемое этой нормой, *в самой жизни*. Мы можем этим путем составить себе понятие о тех потребностях, которые вызвали известную норму, определить согласно им цель, преследуемую нормой, и выяснить, какие средства было возможно употребить для достижения этой цели и какое именно из этих средств избрал законодатель, создавая толкуемую норму. Другими словами, толкование закона должно считаться с той *целью*, которую преследовал законодатель. В этом именно смысле классический юрист Модестин (Modestinus) говорит следующее: Dig. 1, 3, fr. 25. “Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem”, т. е. “Никакой принцип права и никакая справедливость не позволяют, чтобы те нормы, которые вводятся законодателем ради покровительства интересам людей, мы истолковывали слишком строго, обращая их против этих самых лиц и придавая им характер суровости”.

Мы имеем в источниках следующий наглядный пример такого применения норм права согласно с их жизненной целью; дело касается *restitutio in integrum propter minorem aetatem*. Если несовершеннолетний (моложе 25 лет) заключил сделку, и затем обнаружилось, что интересы этого лица страдают от этой сделки, то он может просить претора о восстановлении его в прежнее состояние, т. е. об уничтожении сделки. По этому поводу юрист Павел говорит Dig. 4, 4 fr. 24 § 1 следующее: “Не всегда, однако, сделки, заключенные с *minores*, должны отменяться посредством *in integrum restitutio*, но нужно поступать согласно с *bonum et aequum* (т. е. согласно с практической целью института *restitutio in integrum*, поясним мы), чтобы не вызвать больших невыгод для лиц этого возраста, так как в противном случае никто не захочет вступать в ними в сделки и у них как бы будет отнята правоспособность (*commercium*)”.

3) Третьим средством логического толкования является следующее: нередко норма бывает частным выводом из какого-нибудь *общего принципа права* (*ratio juris*), и слияние нормы с этим принципом бросает свет на толкуемую норму<sup>1</sup>.

4) Четвертым средством логической интерпретации является знакомство с *историей права*. Настоящее коренится в прошедшем, и всякая норма права является продуктом предшествующей истории. Для того, чтобы правильно толковать нормы права, полезно поэтому обра-

---

<sup>1</sup> Так, напр., вопрос о том, что следует взыскивать с ответчика путем различных *condiciones sine causa*, решается на основании общего принципа о возврате неосновательного обогащения.

щаться к истории их возникновения и узнать, каким образом норма возникла и постепенно приняла тот вид, в котором мы ее встречаем. Между прочим, при толковании современных законодательств, особенно западных, большую роль играет история римского права, которое лежит в основе этих законодательств.

5) В пятых мы имеем еще одно внешнее пособие для толкования законов; этим пособием являются так называемые *мотивы закона*. В настоящее время не издают закона, более или менее важного, иначе, как после тщательного его обсуждения в законодательных комиссиях. Подобная комиссия в результате своей деятельности оставляет обыкновенно ряд соображений, которые привели ее к выработке известного текста закона; этими мотивами мы можем пользоваться, как данными для толкования законодательной нормы<sup>1</sup>. С этим материалом, однако, приходится обращаться осторожно. Нередко нормы получают в окончательной редакции не тот вид, который хотела придать им составлявшая проект законодательная комиссия.

Переходим теперь к *результатам* толкования законов. В результате толкования могут получиться следующие выводы:

1) Толкование может показать, что текст нормы *вполне соответствует* мысли законодателя. В таком случае норму нужно применять буквально.

2) Может оказаться, что текст нормы *совершенно расходится* с мыслью законодателя: законодатель выразил не ту мысль, которую имел в виду, и не выразил той мысли, которая у него была на самом деле. В таком случае суд не должен совсем применять этой нормы: мысль законодателя не воплотилась в норме права, а то, что выражено в норме, не есть мысль законодателя.

3) Законодатель может употребить в норме какое-нибудь *двусмысленное выражение*. В таком случае логическая интерпретация должна показать, какой смысл соответствует общему смыслу нормы, и в этом последнем смысле суд должен применить закон.

4) Интерпретация может нам показать, что законодатель выразил свою мысль или в слишком широкой, или в слишком узкой внешней форме, и при применении нормы нам надо изменить так или иначе эту буквальную редакцию нормы, т. е. или сузить ее, или расширить. Поэтому различают между двумя видами толкования: 1) *расширительное* толкование мы имеем, когда норму применяют на практике шире, чем это следует из ее буквальной редакции; 2) *ограничительное* толкование мы имеем, когда норму применяют в более узкой сфере случаев сравнительно с буквальным смыслом ее редакции.

Примером расширительного толкования может служить следующее решение Папиниана, которое передано нам Ульпианом (Dig. 38,

---

<sup>1</sup> См. в качестве хорошего образца вышедшие в пяти томах "Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich". И к русскому проекту Гражданского Уложения приложено 12 томов "Объяснений".

17 fr. 1 § 7). *Senatusconsultum Orphitianum* устанавливает, что сыновья наследуют после матери в том случае, если мать *intestata moritur*, т. е. умирает, *не оставив завещания*. Но юрист встречается со следующим казусом: мать умирает, оставив завещание, где наследником под известным условием назначен один из сыновей. Условие не наступает, и поэтому назначение в завещании наследника теряет силу. Спрашивается, допускаются ли в этом случае сыновья к законному наследованию? *Senatusconsultum* говорит о том случае, когда мать умерла *без завещания*, а в данном случае завещание есть, но условие, поставленное в нем при *heredis institutio*, не наступило. Юрист решает тем не менее, что в данном случае должно наступить наследование по закону и что закон применяется на практике шире, чем это выражено в его словах: под словами “*intestata moritur*” нужно разуместь и такой случай, когда завещание было оставлено, но не получило силы.

Примером ограничительного толкования служит решение Ульпиана, излагаемое в *Dig. 38, 17 fr. 2 § 8*. Согласно *senatusconsultum Tertullianum*, мать наследует сыну только в том случае, “*si ei filio neque suus heres sit...*”, т. е. в том случае, если своих наследников совсем не имеется. Случай, подлежащий обсуждению юриста, состоит в следующем: законные наследники имеются, но они воздерживаются от принятия наследства. Можно ли дать наследство матери? *Senatusconsultum* говорит, что мать не может наследовать сыну, если *есть* свои наследники, не упоминая о том, что они должны *принять* наследство. Юрист решает, что, несмотря на эту редакцию ограничительной оговорки, не нужно ее применять и следует допустить мать к наследству: законодатель, делая оговорку “*si neque suus heres*”, имел в виду этим оградить интересы своих наследников, а в данном случае, когда свои наследники сами не хотят принять наследства, очевидно, они вообще не заинтересованы в получении наследства. Следовательно, под словом “*sit*” не нужно понимать того случая, когда *suus heres* есть, но он не примет наследства<sup>1</sup>.

5) Возможным результатом толкования является так называемое *argumentum a contrario*. В данном случае в результате толкования получается следующий любопытный вывод: в норме, которая подлежит толкованию, заключается еще другая норма, которая прямо не выражена, но которую законодатель имел в виду. Толкование показывает, что данная норма является правилом, представляющим из себя исключение из другого противоположного правила; это исключительное правило создано только для известного вида отношений, вследствие особенных свойств этого вида, а для всех остальных подобных отношений необходимо признать правило противоположного содержания. Пример *argumentum a contrario* мы находим в следующем фрагменте юриста Павла: *Dig. 22, 5 fr. 18*. “*Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium decere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi jus habere*”, т. е.: “Из того, что *lex*

---

<sup>1</sup> См. к этому: Хвостов, Аequitas и аequum jus, 103 и 105.

Julia de adulteriis запрещает свидетельствовать на суде осужденной (за прелюбодеяние) женщине, следует, что женщины вообще вправе свидетельствовать на суде”. Этим средством приходится оперировать очень осторожно. Иногда правило выражено слишком конкретно в законе не потому, что законодатель хотел ограничить сферу его применения только названным случаем, а просто потому, что законодатель неудачно выразил свою мысль, придал ей слишком узкую, конкретную форму. Это часто наблюдается в императорских рескриптах. В них обыкновенно общие юридические нормы излагаются в применении к отдельным случаям. Императоры, издавая свои рескрипты, нередко только имеют в виду тот частный случай, который послужил причиной издания рескрипта, но не хотят этим сказать, что к другим случаям рескрипт не относится. К *argumentum a contrario* мы можем прибегать только тогда, когда есть достаточные основания полагать, что известная норма издана для одного вида отношений и должна составлять исключительное правило для этого вида отношений из более широкого круга их.

III. Переходим к вопросу о *юридической аналогии*<sup>1</sup>. Она имеет внешнее сходство с так называемым расширительным толкованием, но по существу отличается от него. Расширительное толкование состоит в том, что редакция нормы признается слишком узкой и не соответствует более широкой мысли, которую законодатель не сумел выразить лучше. Аналогия же состоит в следующем. Весьма часто законодатель, когда ему приходится проводить в право какой-нибудь широкий юридический принцип, улавливает его только в применении к известному узкому разряду отношений; большей частью он подмечает этот юридический принцип в применении к тем отношениям, где потребность в нем чувствуется особенно сильно. Мы уже говорили в отделе о *jus singulare* (выше § 4, II) о таких случаях, когда в праве пробивается общий принцип, на первых порах прокладывая себе дорогу только в одном каком-либо классе отношений. Представим себе этот случай: законодатель создает норму, в которой формулирует известный общий принцип не как общее правило, а как правило только для сравнительно небольшого круга отношений. В жизни, кроме этого круга отношений, предусмотренного законодателем, есть другие отношения, которые не бросились в глаза законодателю, а между тем они по существу аналогичны с теми, которые предусмотрены им. Спрашивается, справедливо ли нормировать эти отношения иначе, чем нормирован тот узкий ряд подобных по существу отношений? Конечно, несправедливо: одинаковые отношения должны подлежать одинаковым нормам, этого требует принцип равенства всех перед законом (*aequitas*; Cic. *Topica* 4. *Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat*). Руководясь этим требованием *aequitas*, юрист распространяет созданную законодателем норму на все аналогичные случаи и создает ряд аналогичных

---

<sup>1</sup> См. к последующему: *Regelsberger*, § 38; *Dernburg*, I, § 38; *Windscheid*, I, § 23.

норм; в результате все эти нормы выразят тот общий принцип, который был подмечен законодателем в применении к слишком узкому кругу отношений. Иное мы имеем при расширительном толковании: при расширительном толковании юрист говорит: “я применяю данную норму не по букве, я по идее, которая была у законодателя при ее создании”. А при аналогии он развивает дальше самую мысль законодателя. Здесь юрист говорит: “я создаю другую норму, аналогичную с той, которую создал законодатель”. Здесь мы имеем дело не с исправлением неправильной редакции нормы, которая не отвечает мысли законодателя, а с исправлением недостатка в самой идее законодателя: идея законодателя была слишком узка, и поэтому она должна быть расширена в применении.

Примером пользования аналогией может служить рассуждение Ульпиана Dig. 37, 12 fr. 1 pr. Он говорит о происхождении *bonorum possessio contra tabulas emancipati*. В преторском эдикте была норма, согласно которой за господином, отпустившим раба на волю, признается право необходимого наследования после этого вольноотпущенника. Ульпиан спрашивает, каково основание этой *bonorum possessio contra tabulas liberti*? Ее основанием является то соображение, что раб обязан патрону своей свободой и возможностью приобретать имущество для себя, а потому, умирая, он из благодарности должен уделить патрону часть своего имущества. Что же мы видим, когда сын эмансипируется отцом? То же самое. Он обязан своему отцу возможностью приобретать для себя имущество. Для этих одинаковых случаев должны быть созданы одинаковые нормы; поэтому претор по аналогии создает для *parens manumissor* такое же право необходимого наследования после эмансипированного сына: *bonorum possessio contra tabulas emancipati*.

Но для того, чтобы этот прием приводил к правильным результатам, надо иметь в виду некоторые ограничения. Устанавливать вполне одинаковые нормы можно только для случаев совершенно одинаковых по существу. Если юрист замечает, что два случая по существу сходны между собою, но между ними есть тем не менее известная разница, он должен отказаться от мысли распространить одну норму на оба случая; он должен внести в создаваемую по аналогии норму такие изменения, которых требуют особенности подмеченного им аналогичного случая. Примером могут служить вышеупомянутые нормы о необходимом наследовании отца после сына и патрона после вольноотпущенника. Когда Гай говорит о необходимости наследования после эмансипированного сына, он замечает: Dig. 37, 12 fr. 2. “Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem”. Смысл этого рассуждения Гая может быть передан следующим образом: “Однако необходимое наследование отца эмансипированному сыну не может быть вполне тождественным с наследованием патрона. Не надо забывать, что раб вследствие отпущения на волю делается субъектом права, римским гражданином, а сын всегда был



римским гражданином и есть *persona ingenua*; поэтому нормы о необходимом наследовании стесняют свободу либерта”<sup>1</sup>.

Аналогия разделяется на аналогию закона и аналогию права; это различие зависит от того, что именно распространяется по аналогии — отдельная норма или более общий юридический принцип, который лежит в основе целого института.

## § 8. Система права. Право юристов

А. *Построение системы права.* Второй задачей юристов является *построение системы права*. Толкованием и аналогией ограничивается юриспруденция, пока она стоит на низкой ступени развития. Развитая юриспруденция задается целью *качественно и количественно упростить* тот материал, который выработан обычаем и деятельностью законодателя, и этим путем облегчить усвоение, применение и дальнейшее развитие права. Познакомимся с теми операциями, которые юристы предпринимают для этой цели<sup>2</sup>.

1. Первая из них заключается в *анализе* норм права. Дело в том, что среди норм права есть такие, которые имеют лишь частное значение, и такие, которые имеют *общее* или абстрактное значение; анализ и состоит в том, что первые нормы выделяются из вторых. Поясним это подробнее. Юристам и законодателю в своей деятельности часто приходится разрешать такие вопросы, которые встречаются только при известного рода отношениях, но нередко они имеют дело и с такими вопросами, которые могут возникать по поводу самых разнообразных юридических отношений и постоянно разрешаются одинаково. Соответственно с этим в праве являются нормы частного характера, которые применяются лишь к определенным юридическим отношениям, и нормы общего характера, которые могут находить себе применение по поводу различных юридических отношений. Если юриспруденция разграничит эти два рода норм и отделит частные элементы права от общих, то этим она может значительно упростить состав норм права: она может решить целый ряд вопросов общего содержания, которых уже не придется решать всякий раз применительно к каждому отдельному юридическому отношению. Затем достаточно будет зарегистрировать для каждого из остальных юридических отношений те нормы, которые существуют исключительно для этого отношения и имеют, таким образом, частный характер. Для пояснения возьмем следующий пример: если мы займемся определением влияния платежа по обязательству или просрочки в платеже на само обязательство и при этом будем решать эти вопросы для каждого обязательства отдельно, то решение, найденное нами, например, для договора найма, нам придется повторить и для займа и для других видов обязательственных

<sup>1</sup> См. к этому: *Хвостов*, *op. cit.*, стр. 115—121.

<sup>2</sup> См. об этом: *Ihering*, *Geist des. röm. Rechts*, т. II, ч. 2, §§ 307—41; *Regelsberger*, § 21; *Dernburg*, § 39; *Windscheid*, § 24; *Gareis*, *op. cit.*, § 3.

сделок. Чтобы избежать этих повторений, удобнее выделить вопрос о влиянии платежа или просрочки на обязательство в особую категорию. Полученные в результате общие нормы о платеже или о просрочке будут приложимы ко всякому обязательству, каково бы оно ни было по своему содержанию. Таким образом, юридический анализ норм приводит к тому, что состав норм количественно уменьшается. Нормируя каждое отдельное юридическое отношение, юристы, при существовании этого анализа, должны обсуждать лишь то, что в этом отношении есть специфического.

II. Вторая операция состоит в том, что юристы стремятся вывести *общие руководящие принципы*, которые скрываются за нормами казуистического конкретного содержания, постепенно выработанными законами и обычаем. Очень часто юристы, работая над нормами, содержащими в себе разрешение отдельных частных вопросов, выводят из них общий принцип, по отношению к которому отдельные нормы являются частными логическими выводами для известных конкретных случаев. Например, юрист находит в законодательном кодексе постановление, согласно которому сумма, предоставленная одним лицом другому для погашения какого-нибудь долга, должна быть возвращена обратно, если долг окажется мнимым (*condictio indebiti*); затем он находит другое постановление, согласно которому сумма, данная кем-либо другому лицу с тем, чтобы это последнее выполнило известное действие, должна быть возвращена, если это действие не будет выполнено (*condictio causa data non secuta*); далее, он встречает правило, по которому сумма, данная в приданое, должна быть возвращена обратно, раз брак не состоится, и т. п. Из всех этих казуистических норм юрист может вывести один общий принцип, согласно которому предоставление должно быть возвращено обратно, раз не достигается главная и непосредственная цель этого предоставления, его *causa*, раз предоставление оказывается в руках получателя “*sine causa*” (см. ниже § 43). Установление такого общего принципа ведет, конечно, к значительному упрощению материала юридических норм. Но в то же время подобная работа расширяет содержание права, ведет к открытию новых норм права, ибо, после установления общего принципа, нередко оказывается возможным вывести из этого принципа дальнейшие консеквенции для новых частных случаев; оказывается, что известного рода нормировке подлежат не только случаи, уже предусмотренные правом в тех нормах, из которых выведен общий принцип, но и ряд подобных случаев (аналогия). Иеринг называет эту операцию “логической концентрацией материала”.

III. Наконец, последней операцией юриста является *юридическая конструкция*. Эта операция состоит, согласно правильной характеристике Коркунова<sup>1</sup>, в научном обобщении юридического материала. “Основной прием юридической конструкции заключается в том, что отношения юридические, существующие между людьми, объективиру-

---

<sup>1</sup> Коркунов, Общая теория права, стр. 351 сл.