

**Хвостов Вениамин Михайлович**

# **Система римского права**

## **Общая часть**

**Москва  
«Книга по Требованию»**

УДК 32  
ББК 66  
В29

В29      **Вениамин Михайлович Х.**  
Система римского права: Общая часть / Хвостов Вениамин Михайлович — М.: Книга  
по Требованию, 2023. — 209 с.

**ISBN 978-5-521-29023-9**

**ISBN 978-5-521-29023-9**

© Издание на русском языке, оформление  
«YOYO Media», 2023  
© Издание на русском языке, оцифровка,  
«Книга по Требованию», 2023

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг — не самое лучшее решение для восстановления текста в его первоизданном виде, однако, наша цель — вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания — решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.



трудами двухъ нѣмецкихъ ученыхъ: впервые ее примѣнили *Hugo* въ своихъ „Institutionen des heutigen röm. Rechts“ (1789 г.), а подробно развилъ *Heise* въ „Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts“ (1807 г.). Сущность системы въ ея теперешнемъ видѣ сводится къ тому, что весь матеріалъ гражданскаго права раздѣляется на двѣ обширныя части: часть общую, которая содержитъ въ себѣ изложеніе общихъ понятій, необходимыхъ при изученіи любого изъ вопросовъ особенной части, и часть особенную, гдѣ излагается ученіе объ отдѣльных видахъ субъективныхъ гражданскихъ правъ. Въ общей части изучаются вопросы о томъ, что такое право въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ, и каковы ихъ элементы, что такое субъектъ и объектъ права, какъ субъективными гражданскія права возникаютъ, измѣняются и прекращаются, какое вліяніе на матеріальныя права оказываетъ ихъ процессуальная защита. Особенная часть распадается на нѣсколько отдѣловъ, смотря по видамъ субъективныхъ гражданскихъ правъ. Такихъ отдѣловъ для римскаго права три: права вещныя, обязательственныя, семейныя. Четвертый отдѣлъ составляетъ ученіе объ особомъ способѣ перехода гражданскихъ правъ — о наследованіи (наслѣдственное право).

Эта послѣдняя система положена въ основу преподаванія римскаго гражданского права и въ Московскомъ Университетѣ.

III. Важнѣйшими пособіями для *болѣе обстоятельнаго* изученія системы (или догмы) римскаго гражданского права могутъ служить слѣдующія руководства (ниже цитируемы только по именамъ ихъ авторовъ).

1) На *нѣмецкомъ* языкѣ — болѣе подробное изложеніе: *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts (9 изд., обработ. *Kipp*омъ, 1906 г.; 1 т. этого руководства есть въ русск. пер.). *Dernburg*, Pandekten (7 изд., при участіи *Biermann*'а 1905 г.; 1-й и 2-й т. переведены на русск. языкъ). *Van-gerow*, Lehrbuch der Pandekten (7 изд. 1863 сл.). *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten (2—3 изд. при участіи *Lotmar*'а, (1884—1892 г.). Болѣе краткія руководства: учебники Пандектъ *Baron*'а (есть русск. пер. Петражицкаго), *Wendt*'а, *Arndts*'а.

2) На *французскомъ* языкѣ: *Girard*, Manuel élémentaire de droit romain (4 изд. 1906 г.); *Accarias*, Précis de droit romain (4 изд. 1891 г.). *Herzen* Précis de droit romain 1906.

3) На *итальянскомъ* языкѣ: *C. Ferrini*, Manuale di Pandette 1900 г.

Только общую часть содержатъ въ себѣ слѣд. руководства: *Regelsberger*, Pandekten 1893 г. *Hölder*, Pandekten 1891 г. *Bekker*, System des heut. Pandektenrechts, 1886—9.

Въ большинствѣ этихъ руководствъ (особенно у Виндшейда) желающіе найдутъ обстоятельныя указанія на монографическую литературу и полный перечень источниковъ по отдѣльнымъ вопросамъ нашей науки.

Существующіе на русскомъ языкѣ курсы (Муромцева, Митюкова, Азаревича, Загурскаго и др.) имѣютъ въ общемъ болѣе элементарный характеръ, нежели указанные выше иностранныя руководства. Тоже самое нужно сказать и объ англійскихъ учебникахъ римскаго права. — Предлагаемый курсъ также содержитъ въ себѣ лишь *элементарное* изложеніе основъ римскаго гражданского права. Для желающихъ болѣе обстоятельно познакомиться съ предметомъ въ примѣчаніяхъ къ тексту сдѣланы ссылки на поименованныя выше нѣмецкія, французскія и итальянское руководства и на нѣкоторыя другія, наиболѣе доступныя для начинающихъ, литературныя пособія, а также указаны важнѣйшія мѣста изъ первоисточниковъ.

## О Т Д Ъ Л Ъ 1.

### Право въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ.

#### 1. Глава. Понятіе и дѣленіе права въ объективномъ смыслѣ.

##### § 1. Право въ объективномъ смыслѣ, отличіе его отъ морали и нравовъ.

1. Ни одинъ человѣкъ не можетъ достигнуть полнаго развитія своихъ силъ и полнаго удовлетворенія своихъ потребностей иначе, какъ при совмѣстной жизни и дѣятельности съ себѣ подобными существами <sup>1)</sup>. Однако прочно организованное человѣческое общежитіе мыслимо лишь при одномъ условіи: каждый членъ общества долженъ поступиться частью своей индивидуальной свободы для того, чтобы извѣстная неприкосновенная сфера свободы была предоставлена каждому изъ остальныхъ участниковъ общественнаго союза. Такой порядокъ необходимъ какъ для того, чтобы каждая отдѣльная личность въ обществѣ могла свободно развиваться, такъ и для того, чтобы дѣлалось возможнымъ достиженіе общихъ цѣлей всего общественнаго союза. Для этой цѣли нужно установить цѣлый рядъ нормъ, опредѣляющихъ, какова должна быть мѣра свободы, предоставленная каждому отдѣльному индивидууму въ обществѣ, каковы должны быть отношенія участниковъ союза между собою и ко всему союзу. Среди нормъ, регулирующихъ жизнь общественныхъ союзовъ, первое мѣсто занимаютъ по своему значенію нормы юридическія; *совокупность юридическихъ нормъ, дѣйствующихъ въ данную эпоху въ данномъ общественномъ союзѣ называется правомъ въ объективномъ смыслѣ.*

Право можетъ вырабатываться въ каждомъ общественномъ союзѣ; требуется только, чтобы этотъ союзъ обладалъ достаточной силой и могуществомъ для того, чтобы предписывать своимъ членамъ извѣстный порядокъ дѣйствій и самостоятельно регулировать свои отношенія сообразно съ интересами, къ удовлетворенію которыхъ стремится данный союзъ. Мы имѣемъ напр. церков-

<sup>1)</sup> О причинахъ, обуславливающихъ необходимость общенія между людьми, см. Schmoller, Grundr. d. allgem. Volkswirtschaftslehre I (1901 г.), стр. 6 слл. Garcis Encycl. d. Rechtswiss., 2 изд. 1903 г. § 2, § 7. Ушеринъ. Философія права (1900 г.), стр. 56 сл. Хвостовъ, общія теорія права § 2.

ное и международное право, которые вырабатываются въ церковномъ и международномъ союзахъ. По преимущественной области права является *государство*. Подъ именемъ государства понимается союзъ свободныхъ людей, живущихъ осѣдло на определенной территоріи и объединенныхъ подчиненіемъ самостоятельной верховной власти <sup>1)</sup>.

II. Право въ объективномъ смыслѣ слѣдуетъ отграничить отъ другихъ нормъ, которыя, на ряду съ правомъ, регулируютъ взаимныя отношенія людей, живущихъ въ государствахъ. Такими нормами являются *мораль* и *правы* (*leges*— по латинской терминологіи) <sup>2)</sup>.

1. Прежде всего, опредѣлимъ, чѣмъ отличается *мораль* отъ права. Различіе между этими категоріями нормъ очень глубоко. Дѣло въ томъ, что право имѣетъ своею цѣлью регулировать *внѣшнее* поведеніе членовъ общества, установивъ такія нормы, чтобы никто не могъ своими поступками нарушать интересовъ государства, частныхъ лицъ и неприкосновенность чужой личности <sup>3)</sup>, цѣль же морали направлена не на регулированіе внѣшнихъ поступковъ людей, а на то, чтобы воспитать *внутреннее*, духовное настроеніе членовъ общественнаго союза.

Изъ сказаннаго не слѣдуетъ, однако, что право и мораль стоятъ въ какомъ-либо антагонизмѣ другъ съ другомъ; напротивъ, въ нормальномъ состояніи и право, и мораль должны идти рука объ руку и пополнять другъ друга; если предписанія морали и права расходятся и удаляются другъ отъ друга, то въ такомъ случаѣ въ жизни общества можетъ начаться серьезный разладъ. Отношеніе между моралью и правомъ сводится, въ сущности, къ принципу раздѣленія труда; право и мораль вмѣстѣ должны вести къ одной общей имъ обонмъ цѣли—благополучію всего общества и отдѣльныхъ его членовъ <sup>4)</sup>.

2. Перейдемъ къ различію между правомъ и *нравами*. Подъ нравами разумѣется рядъ нормъ, имѣющихъ цѣлью регулировать *внѣшнее* поведеніе людей въ обществѣ; нормы эти, такимъ образомъ, имѣютъ цѣлью общую съ правомъ, именно: обезпечить наличность такого поведенія гражданъ, при которомъ въ обществѣ былъ бы внѣшній порядокъ, каждый индивидуумъ не мѣшалъ бы другому жить и развиваться, а все общество могло бы идти къ достиженію цѣлей общечеловѣчества.

Разница между предписаніями права и нравовъ состоитъ въ томъ, что нравы берутъ подъ свою защиту менѣе важные интересы, чѣмъ право, а потому нормы права отличаются и болѣе принудительнымъ характеромъ, чѣмъ нормы нравовъ <sup>5)</sup>. Нормы права имѣютъ тенденцію господствовать надъ нами независимо отъ нашей воли; право само опредѣляетъ тѣ условія, при налич-

---

<sup>1)</sup> Опредѣленія государства съ различныхъ точекъ зрѣнія см. у *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre* (1900 г.), стр. 65 (съ соціальной точки зр.), 159 и 161 (съ юридич. т. з.), 237 (съ телеологической т. з.), 239 и 329 (съ историч. т. з.); обзоръ иныхъ опредѣленій: стр. 125 сл.

<sup>2)</sup> См. *Gareis* *op. cit.* стр. 20 пр. 1. Объ эволюціи и дифференціаціи нормъ права, нравовъ и морали см. *Schmolter* *op. cit.* стр. 41—56. *Хвостовъ*, *Общ. теор.* пр., §§ 12—14, 16.

<sup>3)</sup> См. объ этомъ *Jellinek*, *op. cit.* стр. 224 сл.

<sup>4)</sup> Ср. къ этому *Schmolter*, *op. cit.* стр. 57—59. *Унгерлингъ*, *op. cit.* стр. 83—92; стр. 188 сл.; стр. 224 сл. *Jellinek* *op. cit.* стр. 305 сл. *Gareis*, *op. cit.* стр. 23. *E. Grüber*, въ *Birkmeyer's Enc. d. Rechtswiss.* (1901 г.), стр. 17. *Stammer*, *die Lehre v. d. richt. Rechte* (1902 г.).

<sup>5)</sup> См. къ этому *Gareis*, *op. cit.* стр. 26. *Хвостовъ*, *общ. теорія* § 13, стр. 52 сл.

ности которыхъ каждое отдѣльное лицо должно имъ повиноваться. Каждое государство можетъ свободно установить, что ни одинъ гражданинъ не имѣетъ права выйти изъ территоріи этого государства и освободить себя отъ необходимости подчиняться праву этого государства; если большинство государствъ не дѣлаютъ этого теперь, то лишь потому, что считаютъ это бесполезнымъ; но у каждаго государства есть возможность сдѣлать такое постановленіе. Что касается нормъ правовъ, то онѣ претендуютъ на господство надъ нами только до тѣхъ поръ, пока мы сами этого желаемъ. Если я принадлежу къ купеческому классу или къ корпораціи адвокатовъ, то я тѣмъ самымъ обязуюсь подчиняться правамъ, существующимъ въ этой средѣ. Если я не желаю повиноваться имъ, то я воленъ выйти изъ того общества или союза, гдѣ они примѣняются. — Есть и другое различіе между правомъ и правами, болѣе вышнее. Различіе это сводится къ тому, въ какой формѣ защищаются тѣ и другія нормы. Нормы права защищаются отъ нарушенія, главнымъ образомъ, путемъ организованнаго принужденія: въ государствахъ существуютъ опредѣленные органы, которые, дѣйствуя въ установленномъ порядкѣ, налагаютъ опредѣленные кары за нарушеніе юридическихъ нормъ. Права же защищаются въ формѣ такъ называемаго неорганизованнаго принужденія. Если общество видитъ, что человекъ нарушаетъ предписаніе правовъ, то оно можетъ отвернуться отъ него, высказать ему свое порицаніе, наконецъ, заставить его выйти изъ своей среды; здѣсь главнымъ контролирующимъ органомъ является общественное мнѣніе <sup>1)</sup>.

Но въ этой разницѣ права и правовъ по способу защиты нельзя видѣть основного признака различія, ибо есть такія нормы права, которыя не защищаются въ формѣ организованнаго принужденія и тѣмъ не менѣе признаются всеми за юридическія нормы (напр. нормы, регулирующія положеніе главы государства въ монархіяхъ) <sup>2)</sup>.

3. Въ заключеніе этого обзора мы должны сказать, что границы между нормами морали, правовъ и права способны мѣняться съ теченіемъ времени. Въ одну эпоху извѣстная норма относится къ области правовъ, въ другую же эта норма можетъ перейти въ разрядъ юридическихъ нормъ, и наоборотъ. Примѣры этому въ изобиліи даетъ исторія права. Такъ, въ древнемъ Римѣ нѣкоторыя обязательственныя сдѣлки были чисто бытовыми, находились подъ охраной *fides*, т.-е. заключались на совѣсть, и неисполненіе ихъ нарушало только добрыя нравы, а потомъ, мало-по-малу, многія изъ этихъ сдѣлокъ переходить въ область права, получаютъ его санкцію и дѣлаются юридическими. Было время, когда религіозныя воззрѣнія подданныхъ точно регламентировались нормами права; въ настоящее время эта область все болѣе и болѣе выходитъ изъ сферы дѣйствія принудительныхъ нормъ права. Страхуваніе

<sup>1)</sup> См. къ изложенному *Stammer*, die Theorie des Anarchismus. *Его-же*, Wirtschaft und Recht, стр. 525 сл., 551 сл., 562 сл. *Его-же*, die Lehre v. d. richt. Rechte, стр. 234 сл. *Merkel* въ *Holtzendorff's* Encycl. d. RW. 5 изд. т. 1 стр. 22, 25 сл. *Jellinek*, op. cit. стр. 386 сл. Понятіе общества и его отношеніе къ государству: *Jellinek*, op. cit. стр. 76 сл. *Хюстона*, Общественное право, § 1. Общественное мнѣніе: тамъ же, стр. 92 сл. *Хюстона*, Общественное мнѣніе и политическія партіи. М. 1906 г. (изд. Сытина).

<sup>2)</sup> См. объ этомъ *Jellinek*, стр. 303—341; о гарантіяхъ публичнаго права см. тамъ же стр. 720 сл. Попытку дать новое опредѣленіе объективнаго права и провести иную границу между правомъ и моралью дѣлаютъ *Петражицкій*, Очерки философіи права, вып. 1 (1900 г.) и О мотивахъ человѣческихъ поступковъ (1904 г.). По вопросу объ отношеніи между правомъ и нравственностью ср. еще *Номмодорцевъ*, Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ 1901 г.

рабочихъ отъ несчастныхъ случаевъ на нашихъ глазахъ изъ чиста моральнаго долга предпринимателя обращается въ его юридическую обязанность.

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

На ряду съ положительнымъ правомъ наши источники перѣдко упоминаютъ, какъ объ особыхъ системахъ права или какъ объ особенныхъ силахъ, которыя создаютъ право, объ *aequitas*, *humanitas*, *natura rerum* и *jus naturale*.

I. Займемся сначала вопросомъ объ *aequitas* <sup>1)</sup>. Ссылки на *aequitas* попадаются у римскихъ юристовъ на каждомъ шагѣ для мотивировки отдѣльных рѣшеній и общихъ законодательныхъ нормъ. Подъ именемъ *aequitas* юристы разумѣли особый принципъ, которымъ долженъ руководиться какъ законодатель при созданіи нормъ права, такъ и юристъ-практикъ при примѣненіи этихъ нормъ къ отдѣльнымъ случаямъ. Содержаніе этого принципа въ общихъ чертахъ таково: законодатель долженъ постоянно заботиться о томъ, чтобы его дѣятельностью не нарушалось равенство всѣхъ гражданъ передъ закономъ — *aequitas*. Это равенство практически сводится къ слѣдующему: разрѣшая вопросъ о томъ, какія нормы должны быть созданы, какіе интересы и потребности гражданъ должны быть приняты правомъ подъ свою защиту, законодатель долженъ строго придерживаться такого масштаба, который былъ бы одинаково примѣнимъ ко всѣмъ лицамъ въ обществѣ и стоялъ бы надъ ними. Онъ не долженъ поэтому руководиться желаніемъ выдвинуть впередъ интересы отдѣльных лицъ или какаго-нибудь одного класса. Законодатель, который желаетъ слѣдовать принципу *aequitas*, не долженъ быть проникнутъ сословными или партійными интересами; напротивъ онъ долженъ руководиться соображеніями общаго блага всего гражданскаго общества. Только это общее благо всего народа является масштабомъ, одинаково примѣнимымъ къ оцѣнкѣ притязаній и интересовъ каждаго члена и каждаго класса общественнаго союза. Выдвигать впередъ положеніе какаго-либо одного сословія въ государствѣ и надѣлять это сословіе особыми преимуществами законодатель, руководящійся *aequitate*, можетъ лишь въ томъ случаѣ, если это является необходимымъ для процвѣтанія и крѣпости всего общественнаго союза. При другихъ условіяхъ онъ долженъ воздерживаться отъ такого образа дѣйствій, и всякое неосновательное предпочтеніе, оказываемое законодателемъ одному классу общества передъ другими, составляетъ *iniquitas juris* <sup>2)</sup>. Таковы тѣ требованія, которыя *aequitas* предъявляетъ къ законодателю.

1) Послѣдующее изложеніе основано главнымъ образомъ на моей книгѣ: „Опытъ характеристики понятій *aequitas* и *aequum jus* въ рим. класс. юриспруденціи“. М. 1895 г.

2) См. къ этому Ulp. L. 1 pr. D. 2, 2. Hoc edictum summum habet aequitatem et sine cuiusquam indignatione iusta: quis enim aspernabitur idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecerit. Cic. Top. 4. Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura 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* ср. Kipp'a у Pauly-Wissowa, Realenc. I, s. h. v.

Что касается юристов, которые применяют и разрабатывают право, то от них этот принцип требует, чтобы они в своих работах не искажали тех мыслей, которыми проводить законодатель, руководясь соображениями общего блага. Aequitas классического права требует от юристов-практиков, чтобы они, толкуя юридическія нормы, старались открыть, какую цель преследовал законодатель, издавая данную норму, какая мысль лежит в основе каждого положения права, т. е., чтобы они руководились не буквой, а смыслом закона, заботились применять право в том духе, в каком оно вышло из-под пера законодателя, руководящегося 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 абстрактных 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.*). Подъ этим<sup>1)</sup> именем разумеется принцип отличный от aequitas<sup>2)</sup>. Как показывает само слово, принцип этот требует от законодателя уважения к человеческой личности. Он требует, чтобы в правах отсутствовали нормы, унижающие 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 перевороту и слишком большому 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 принципа ясно, что aequitas и *humanitas* могут расходиться в своих требованиях от законодателя<sup>3)</sup>.

III. Третий принцип, с которым мы должны познакомиться, есть *pi-*

1) 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...

2) То, что мы называемъ здесь, следуя терминологии источниковъ, принципомъ *humanitas*, в современной литературѣ нередко именуются принципомъ равенства передъ закономъ; см. напр. *Чичерина*, Фил. пр., стр. 99 слл. Этотъ принципъ въ античномъ мірѣ не игралъ большой роли и былъ выдвинутъ на первый планъ только законодательствами позднѣе времени (*Чичерина*, стр. 105 — 107; стр. 308 сл. *Jellinek*, op. cit., стр. 297 слл.; 369 слл.); состоитъ онъ въ томъ, что законодатель, признавая повсюду равную человеческую природу, долженъ считаться съ неотъемлемыми правами человеческой личности, какъ таковой, и за всѣми лицами стараться обезпечить равную степень гражданской (если не политической: *Чичерина*, стр. 308 сл.) свободы. Къ римскому праву все эти положенія въ такой степени относятся не могутъ, какъ это, повидимому, признаетъ и *Чичерина*: у Римлянъ на первомъ планѣ стоитъ интересъ общаго блага, а затѣмъ уже слѣдуютъ соображенія о правахъ личности, причемъ эти права не считаются неотъемлемыми (ср. *Jellinek*, стр. 278 сл.; 283; 286 сл.); см. также *Maurion*, Essai sur les éléments et l'évolution de la moralité (1904 г., стр. 108 сл.). Съ современной точки зрѣнія принципъ равноправія, какъ мыѣ кажется, сводится къ комбинаціи принципа общаго блага (aequitas), и неприкосновенности личнаго достоинства (humanitas). См. мою статью въ „Моск. Еженедѣльникѣ“ 1906 г., № 15. — Ср. ниже, § 5, I.

*luxa rerum*. Перѣдко юристы мотивируютъ свои рѣшенія тѣмъ, что они вытекаютъ изъ „природы вещей“ <sup>1)</sup>. Они этимъ хотятъ выразить, что сама жизнь часто подсказываетъ законодателю, какъ надо нормировать юридическія отношенія. Если законодатель не такъ будетъ нормировать отношенія, какъ они складываются на практикѣ, то нормы, созданныя имъ, будутъ часто имѣть мало шансовъ на практическій успѣхъ. Напримѣръ, если бы законодатель постановилъ, что заемщикъ долженъ возвращать тѣ самыя вещи, которыя онъ получилъ взаймы, то это не соответствовало бы самой природѣ договора займа, потому что она предполагаетъ потребление отданныхъ вземъ вещей, и это предписаніе не могло бы осуществляться на практикѣ. Законодатель постоянно долженъ присматриваться, какъ юридическія отношенія складываются въ жизни, и какія нормы подсказываетъ ему сама жизнь.

IV. Наконецъ, въ источникахъ мы встрѣчаемъ еще одно понятіе, съ которымъ мы должны познакомиться въ настоящемъ отдѣлѣ; мы разумѣемъ такъ называемое *jus naturale*. Подъ этимъ терминомъ римскіе классическіе юристы понимаютъ нѣчто, совершенно отличное отъ только что охарактеризованной нами *natura rerum*. Понятіе *jus naturale* возникаетъ у римскихъ юристовъ подъ вліяніемъ знакомства съ греческой философій. Общимъ вѣрованіемъ классическихъ юристовъ является представленіе, что весь міръ проникнутъ естественнымъ разумомъ (*ratio naturalis*), и что этотъ разумъ устанавливаетъ порядокъ въ жизни, который вѣченъ, безусловенъ и разуменъ. Такой порядокъ естественный разумъ предписываетъ и для юридическихъ отношеній: было время, когда этотъ порядокъ примѣнялся, но потомъ онъ былъ забытъ. Задача юриста заключается въ томъ, чтобы открывать диктуемые этимъ естественнымъ разумомъ нормы, которыя являются общими для всѣхъ временъ и народовъ, и пересаживать ихъ въ дѣйствующее право <sup>2)</sup>. Таково теоретическое вѣрованіе классическихъ юристовъ.

Конечно, если бы римскіе юристы были такими же теоретиками, какъ греческіе философы, то они могли бы увлечься абстрактной теоріей и создать систему нормъ очень стройную, право, можетъ быть, очень разумное, но не соответствующее практическимъ нуждамъ современнаго имъ оборота и непонятное обществу, среди котораго это право должно было примѣняться. Отъ этой опасности избавило классическихъ юристовъ то обстоятельство, что постоянныя столкновенія съ дѣйствительною жизнью, возникавшія при разрѣшеніи отдѣльныхъ практическихъ казусовъ, не позволили имъ забывать требованій, которыя предъявляла къ юриспруденціи сама жизнь, и чрезмѣрно увлекаться проведеніемъ въ дѣйствующее право началъ *juris naturalis*, какъ они представлялись ихъ воображенію. Такъ, многіе классическіе юристы учатъ, что „*jure naturae omnes homines liberi nascuntur*“ <sup>3)</sup>, но, по указаннымъ выше соображеніямъ, они не требуютъ быстрой и полной отмѣны рабства, а довольствуются смягченіемъ участи рабовъ тамъ, гдѣ это было возможно. Главная заслуга ученія о *jus naturale* для римской юриспруденціи заключается въ томъ, что оно помогло юристамъ усвоить себѣ представленіе о правѣ, какъ о цѣломъ, проникнутомъ общими принципами, и поддержало въ нихъ стремленіе приводить нормы права въ научную систему.

<sup>1)</sup> См. напр. L. 22 § 3 D. 19, 2. L. 2 § 1 D. 45, 1. L. 34 § 1 D. 18, 1.

<sup>2)</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. rem.*, стр. 120 сл., Хаастовъ, *Исторія рим. пр.* § 50, III.

<sup>3)</sup> L. 4 § 1; 1. 5. D. 1, 5. L. 4 D. 1, 1. L. 32, D. 50, 17. L. 2 D. 40, 11. L. 64 D. 12, 6 § 2. J. 1, 2.

### § 3. Публичное и гражданское право.

1. Вопросъ о дѣленіи всего объективнаго права на публичное и гражданское является для насъ краеугольнымъ: приступая къ изученію гражданского права, мы должны ограничить его область отъ другихъ смежныхъ областей. Римскіе юристы также занимались этимъ вопросомъ, но такъ какъ они лишь мимоходомъ касались вопросовъ общей теоріи права, они не дали удачнаго разрѣшенія его. Именно, Ульпіанъ устанавливаетъ слѣдующее разграниченіе публичнаго и гражданского права: *Dig. de iust. et iure* 1, 1, 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. „въ предметъ нашего изученія есть двѣ части: публичное и гражданское (или частное) право; публичнымъ правомъ мы называемъ то, которое касается состоянія всего римскаго государства, а гражданскимъ то, которое касается частныхъ интересовъ частныхъ лицъ. Такимъ образомъ, Ульпіанъ видитъ критеріи разграниченія публичнаго и гражданского права въ различіи тѣхъ интересовъ, которые регулируются нормами того и другого права. Несомнѣнно, что въ этомъ опредѣленіи есть вѣрная мысль, но она выражена слишкомъ кратко и неясно.

По нашему мнѣнію, на различіе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ слѣдуетъ смотрѣть такимъ образомъ <sup>1)</sup>.

Ясно, что въ созданіи *всѣхъ* нормъ, регулирующихъ жизнь и отношенія отдѣльныхъ лицъ въ обществѣ, имѣетъ нужду прежде всего *государство*, какъ таковое, потому что все право создается съ тою цѣлью, чтобы обезпечить возможность совместной жизни людей въ обществѣ, возможность существованія и развитія общественнаго союза. Другими словами, такъ какъ право является необходимымъ условіемъ государственнаго порядка, то въ созданіи права заинтересовано прежде всего государство, какъ цѣлое. Для государства одинаково важно существованіе какъ тѣхъ нормъ, которыя опредѣляютъ устройство государства и органовъ государственной власти, такъ и тѣхъ нормъ, которыя регулируютъ частные интересы и отношенія между отдѣльными лицами. Но это—одна сторона дѣла. Есть и другая сторона, руководясь которой, мы можемъ провести дѣленіе между интересами, подлежащими вѣдѣнію права. Дѣло въ томъ, что, если государство къ созданію нормъ права вообще *активно побуждается* тѣмъ общегосударственнымъ интересомъ, о которомъ мы только что говорили, то самому регулированію и охранѣ со стороны нормъ права *подлежатъ* уже различныя отдѣльныя частныя интересы. Они являются *пассивнымъ* матеріаломъ, подлежащимъ нормированію со стороны права. Эти-то послѣдніе интересы могутъ быть раздѣлены нами на двѣ категоріи. Одни изъ нихъ являются настолько важными для государства, что оно присваиваетъ ихъ исключительно себѣ самому. Государство утверждаетъ, что эти интересы принадлежатъ всему государству, всему общественному союзу, и

---

<sup>1)</sup> См. къ слѣдующему *Merkel Jur Enc.* §§ 84—98; 191—196. *Regelsberger*, *Pandekten* § 28. *Dernburg*, *Pand.* т. 1 § 21. *Accarias*, *Précis de dr. rom* 1 §§ 3—5. *Girard*, *Manuel de dr. rom.*, стр. 4. *Gierke*, *op. cit.* § 4. *Jellinek*, *op. cit.* стр. 345 слл. *Gareis* § 14. *E. Grüber* въ *Birkmeyer's Enc.* стр. 29 слл. ср. *Bonfante* въ *Revue générale du droit*, 1902 г., № 4.

что никому изъ частныхъ членовъ государственнаго союза въ отдѣльности они не принадлежать и принадлежать не могутъ. Государство, какъ носитель этихъ интересовъ, является въ видѣ силы, стоящей *надъ* отдѣльными лицами и повѣлывающей ими. Такъ, напр., интересъ обороны государства отъ враговъ раздѣляется, разумѣется, и отдѣльными подданными. Но государство смотритъ на него, какъ на интересъ, принадлежащій исключительно ему самому, какъ *цѣлому*. Такой интересъ именуется интересомъ государственнымъ или *публичнымъ*; тѣ нормы, которыя назначаются для регулированія интересовъ, присваиваемыхъ себѣ государствомъ, относятся къ *публичному праву*; отношенія, которыя возникаютъ по поводу подобныхъ интересовъ между государствомъ и отдѣльными его членами, являются *публично-правовыми* отношеніями.

Другую категорію составляютъ тѣ интересы, которые принадлежатъ *отдѣльнымъ частнымъ лицамъ*. Правда, эти интересы могутъ принадлежать и государству, какъ *цѣлому*. Однако государство, въ качествѣ носителя этихъ интересовъ, является уже не силой, стоящей *надъ* частными лицами, но выступаетъ въ роли и на положеніи частнаго лица. Государство здѣсь является величиною, равною по своему значенію и могуществу каждому отдѣльному частному лицу. Оно стоитъ здѣсь уже *рядомъ* съ частными лицами и, какъ обладатель и носитель этихъ интересовъ, называется обыкновенно казною или фискомъ (*fiscus*). Сюда относятся, напр., тѣ случаи, когда государство заключаетъ договоры о поставкѣ какихъ-либо вещей, о наймѣ помѣщеній подъ присутственные мѣста и т. п. Такого рода интересы именуются *частными или гражданскими*. Нормы, касающіяся защиты гражданскихъ интересовъ, составляютъ *гражданское право*. Тѣ юридическія отношенія, которыя устанавливаются между частными лицами по поводу частныхъ интересовъ, называются *частно-правовыми* или *гражданско-правовыми* отношеніями.

Гражданско-правовыя и публично-правовыя отношенія различаются и по своему внутреннему строю. При нормированіи гражданско-правовыхъ отношеній право обыкновенно довольствуется тѣмъ, что оно обезпечиваетъ ихъ участникамъ равную сферу власти проявлять свою волю во вѣхъ и затѣмъ предоставляетъ самое регулированіе отношенія въ деталяхъ свободному усмотрѣнію участниковъ. Гражданское право, слѣдовательно, даетъ сравнительно много простора волѣ частныхъ лицъ. Такъ, напр., при заключеніи обязательственныхъ договоровъ развитое право предоставляетъ обыкновенно свободному усмотрѣнію частныхъ лицъ, какими условіями имъ угодно будетъ обставить заключаемую ими сдѣлку и какое придать этой сдѣлкѣ содержаніе; право можетъ ограничиться только тѣмъ требованіемъ, чтобы заключаемые договоры не противорѣчили добрымъ правамъ, и чтобы при ихъ заключеніи соблюдались извѣстная формальности. Государство полагаетъ, что, такъ какъ частныя лица сами являются носителями гражданскихъ интересовъ, то ихъ *личная* воля и предусмотрительность будутъ достаточно надежными факторами при опредѣленіи строя каждаго конкретнаго гражданско-правового отношенія. Бываютъ, конечно, и отступленія отъ этого порядка. Напримѣръ, если государство замѣчаетъ, что нѣкоторые лица являются неспособными къ предусмотрительной нормировкѣ тѣхъ отношеній, въ которыя они вступаютъ, и не могутъ быть хорошими судьями при управленіи своими дѣлами (эти лица напр., являются слабыми членами гражданского общества или по своему полу, или по возрасту и легко поддаются обману), то оно можетъ оставить свою обычную политику и прибѣгнуть къ принудительнымъ мѣрамъ; оно можетъ принять на себя за-

ниту частныхъ интересовъ такихъ лицъ помимо ихъ воли или даже вопреки ихъ волѣ. Такъ, право можетъ объявить, что все договоры, заключенные малолѣтними безъ согласія опекуна, не дѣйствительны, хотя бы сами малолѣтніе желали ихъ соблюденія<sup>1)</sup>).

Напротивъ, въ области публично правовыхъ отношеній право держится другихъ взглядовъ. Публичные интересы принадлежатъ государству, всему общественному союзу; если государство поручаетъ заботиться объ удовлетвореніи этихъ интересовъ частнымъ лицамъ, то эти частныя лица являются представителями или органами самого государства, а не посетелями своихъ личныхъ интересовъ. Поэтому государство обыкновенно болѣе или менѣе точно и подробно указываетъ тотъ путь, по которому должны слѣдовать эти лица при заботѣ объ публичныхъ интересахъ, болѣе или менѣе точно регулируетъ образъ дѣятельности этихъ органовъ государства и мало оставляетъ простора ихъ свободному усмотрѣнію.

II. Надо замѣтить, что граница между гражданскимъ и публичнымъ правомъ является не всегда легко уловимой. Иногда бываетъ довольно затруднительно рѣшить вопросъ, къ какой области права слѣдуетъ отнести известное данное юридическое отношеніе. Это объясняется слѣдующими причинами.

1) Есть отношенія смѣшаннаго типа, т. е. такія, которыя заключаютъ въ себѣ много элементовъ гражданско правового характера, но въ которыхъ въ то же время такъ или иначе замѣшиваются и государственные интересы, въ качествѣ предмета, *passivno* подлежащаго регулированію со стороны юридическихъ нормъ. Въ такомъ случаѣ, нормы, регулирующія данное отношеніе, получаютъ смѣшанный характеръ. Отношеніе не перестаетъ по существу считаться принадлежащимъ къ гражданскому праву, но оно подлежитъ въ извѣстныхъ предѣлахъ регулированію посредствомъ нормъ публично-правового характера; въ виду этого строй отношенія дѣлается менѣе зависимымъ отъ свободнаго усмотрѣнія фигурирующихъ въ немъ частныхъ лицъ и нормировка его носитъ болѣе принудительный характеръ. Примѣромъ могутъ служить семейныя отношенія; въ нихъ заинтересованы прежде всего лица, входящія въ семейный союзъ, но государство можетъ считать и себя непосредственно заинтересованнымъ здѣсь, потому что семья лежитъ въ основѣ государственнаго союза и отъ крѣпости семьи зависитъ крѣпость государства. Поэтому въ семейныя отношенія перѣдко вмѣшивается принудительная власть государства, которая полагаетъ предѣлы власти однихъ членовъ семьи и беретъ подъ свою защиту другихъ. Возьмемъ другой примѣръ. Договоръ фабриканта съ рабочими является, на первый взглядъ, чисто гражданскимъ отношеніемъ (найма услугъ); но и государство заинтересовано въ томъ, чтобы предприниматель не очень эксплуатировалъ рабочихъ при этомъ договорѣ; поэтому государство устанавливаетъ принудительныя нормы, которыя ограничиваютъ власть фабриканта и вносятъ въ это отношеніе публично-правовой отбѣнокъ.

2) Вторая причина заключается въ томъ, что съ теченіемъ времени самый взглядъ права на известное отношеніе можетъ мѣняться. Въ одну эпоху оно можетъ принадлежать къ числу гражданско-правовыхъ отношеній; въ другую — можетъ перейти въ область публично-правовыхъ. Такъ напримѣръ, у римлянъ кража по существу принадлежала къ гражданскому праву, считалась за *delictum privatum*, которое влекло за собою частный штрафъ; въ совре-

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