

Н.Л. Дювернуа

Источники права и суд в древней России

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 93
ББК 63.3
Н11

Н11 **Н.Л. Дювернуа**
Источники права и суд в древней России / Н.Л. Дювернуа – М.: Книга по Требованию, 2021. – 419 с.

ISBN 978-5-458-12812-4

ISBN 978-5-458-12812-4

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2021
© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2021

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.

убѣдимся, что эта кратко выраженная мысль заключаетъ въ себѣ весьма много вѣрнаго. Исходя изъ понятія о правѣ, какъ объективномъ организмѣ свободы лица, мы можемъ заключить, что всѣ тѣ формы, которыя создавала древняя практика въ сферѣ частнаго права, возникали независимо отъ непосредственнаго вліянія законодателя.

Если таково значеніе обычая въ нашей исторіи, то для насъ важно уловить существенныя черты, отличающія состояніе права, когда оно находится на этой ступени развитія. Блестящія аналитическія изысканія Игеринга въ области древнѣйшаго римскаго права не могутъ не возбуждать особаго интереса къ этому вопросу. Игерингъ работалъ надъ тою областью права, гдѣ результаты мысли легко находятъ себѣ самое ясное, пластическое выраженіе въ формахъ изучаемаго предмета. Мысли Ihering'a нельзя ставить на ряду съ тѣми многочисленными попытками, которыя представляетъ нѣмецкая литература въ вопросѣ о происхожденіи права, ибо его исходную точку составляетъ изученіе положительнаго Римскаго права, а не болѣе или менѣе непосредственныя философскія пробужденія.

Извѣстно, что первый, кому принадлежитъ честь правильнаго пониманія обычнаго права, былъ Пухта. До него въ наукѣ господствовалъ взглядъ на юридическіе обычаи, какъ на дѣло простой привычки поступать въ извѣстныхъ случаяхъ извѣстнымъ образомъ. Если встрѣчается въ практикѣ надобность прибѣгнуть къ тому или другому дѣйствию, напр. для взысканія долга, то на первый разъ всё равно, какъ бы ни поступилъ кредиторъ; случайнымъ образомъ устанавливается тотъ или другой порядокъ взысканія, входитъ въ привычку, и изъ простыхъ фактовъ складывается юридическое воззрѣніе, образуется право дѣйствовать извѣстнымъ образомъ. Пухта доказалъ, что въ этомъ взглядѣ отношеніе причины и слѣдствія совершенно обратное тому, какимъ оно является на самомъ дѣлѣ. Та или другая практика, тотъ или другой способъ дѣйствія возникаютъ не случайно, а вслѣдствіе того, что такъ считаютъ должнымъ поступать; не изъ дѣйствій рождаются убѣжденія, а изъ убѣжденій дѣйствія. Убѣжденіе составляетъ причину,

а практика—ея послѣдствіе. Такимъ образомъ, отъ способа дѣйствій, отъ юридической практики мы дѣлаемъ заключеніе къ тому, что въ основаніи ея лежитъ извѣстное убѣжденіе, которое и представляетъ собою положеніе обычнаго права. Эта простая истина тотчасъ нашла себѣ всеобщее признаніе въ нѣмецкой наукѣ, и ученіе Пухты входитъ съ нѣкоторыми видоизмѣненіями, которыя здѣсь для насъ не особенно важны (Система Савиньи, т. I, § 12), во всѣ классическіе труды нѣмецкихъ цивилистовъ (v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, т. I, § 14 и слѣд., 7-е изд. Gerber, Deutsch. Privatrecht, 6-е изд., § 28, примѣч. 1. Литерат. указанія у М. Н. Капустина, Юридич. догмат., вып. 1. Обычн. право. Въ послѣднемъ сочиненіи, мы думаемъ, слова: „Pheging высказывается противъ обычн. права“, стр. 132, могли бы быть измѣнены такъ: *Iher.* высказыв. противъ тѣхъ писателей, которые идеализируютъ обычн. право). Если бы Пухта въ своихъ трудахъ держался исключительно аналитическаго пріема въ изученіи обычая, какъ исторической формы проявленія права, то онъ, конечно, не многое оставилъ бы сказать послѣ себя о томъ же предметѣ; но дѣло въ томъ, что выработанный имъ взглядъ на все право такъ тѣсно примыкаетъ къ этой первоначальной формѣ его проявленія, что, читая Пухту, невольнымъ образомъ приходишь къ заключенію, что никакая другая форма не способна такъ полно и совершенно воплощать право, какъ этотъ первоначальный, *естественный продуктъ народной жизни*. Если такое пристрастіе къ обычному праву понятно въ томъ, кому оно обязано всей своей научной конструкціей, то ученики „великаго мастера“ тѣмъ ближе подойдутъ къ истинѣ, чѣмъ свободнѣе будутъ отъ его увлеченій.

Обычное право господствуетъ въ младенческомъ состояніи общества, и на себѣ самой эта форма носить всѣ признаки младенческаго состоянія права. Историкъ не долженъ видѣть въ переходѣ къ другимъ формамъ права признаковъ утраты прежняго, блаженнаго состоянія людей, когда все жило въ невѣдомой для насъ гармоніи (В. Н. Никольскій приводитъ, въ св. сочиненіи, слова Іоанна, архіеп. гнѣз-

ненскаго, на счетъ Славянъ: *beata, plusquam beata societas, apud quam plus pietatis valet religio, quam...*). Этой гармоніи мы не найдемъ ни въ какой *исторической* стадіи... Какіе же признаки того состоянія права, которое мы называемъ младенческимъ? Для того, чтобъ отвѣтить на этотъ вопросъ,—необходимы обширныя историческія изысканія, которыхъ нельзя замѣнить никакими отвлеченными соображеніями. Въ нашемъ сочиненіи мы будемъ преслѣдовать эту задачу на формахъ древн. русск. права. Но прежде, чѣмъ перейдемъ къ русск. праву, считаемъ полезнымъ передать нѣкоторые результаты гораздо болѣе обширныхъ наблюденій знаменитаго гиссенскаго профессора. Игерингъ приглашаетъ обратиться къ практическимъ наблюденіямъ, для того чтобъ убѣдиться, легко ли дается въ руки юристу отысканіе и доказательство существующаго юридическаго обычая въ народѣ. Въ такихъ случаяхъ всегда оказывается, что по различію лицъ, которыхъ спрашиваютъ, чувство необходимости слѣдовать опредѣленному правилу далеко не одинаково сильно. У одного извѣстное правило получаетъ значеніе непреложнаго начала, которому также необходимо повиноваться, какъ высшей власти закона; у другаго то же самое правило является съ характеромъ простаго требованія справедливости и доброй совѣсти. Мы видимъ, что, даже въ рукахъ корифеевъ нѣмецкой юриспруденціи, раскрытіе свойства обязательности какого-либо начала, имѣющаго силу въ практикѣ, далеко не всегда даетъ одни и тѣ же результаты (см. *Geist d. R. R.*, 2-й части 1-я полов., стр. 29, примѣч. 17). Тѣ же явленія имѣютъ мѣсто и въ прошедшемъ народной жизни. По мѣрѣ того, какъ народъ все болѣе и болѣе сознаетъ потребность упроченія началъ права и справедливости, обычаи уступаютъ мѣсто законамъ. Законъ представляетъ собою тотъ актъ, посредствомъ котораго право выводится изъ первобытнаго, неопредѣленнаго состоянія въ свойственную ему самобытную и строго опредѣленную форму. (То, что Ihering называетъ *Uebergang aus der subjectiven Innerlichkeit zur objectiven Aeusserlichkeit*).

Начала права первоначально не могутъ такъ выдѣлиться

изъ сознанія человѣка, чтобъ искать себѣ особой, именно праву свойственной формы выраженія. Мы заключаемъ, что въ народѣ существуетъ то и другое юридическое воззрѣнiе, по тому, что всѣ дѣйствуютъ болѣе или менѣе согласно, всякій чувствуетъ, что такъ надо дѣйствовать. Такимъ образомъ, право находится въ тѣснѣйшей связи съ чувствомъ каждаго, и въ этомъ состоянiи иногда нѣтъ никакой возможности провести границу между тѣмъ, чего требуетъ совѣсть, и тѣмъ, что не должно зависѣть отъ личныхъ побужденій и обязательно для всѣхъ. Причина этой трудности въ распознаванiи *юридическаго элемента* въ обычай условливается прежде всего тѣмъ, что способъ обнаруженія для юридическихъ началъ здѣсь тотъ же, что и для началъ нравственныхъ. Поступаю ли я такъ по совѣсти или по праву, это изъ моего поступка не всегда видно. Въ народныхъ нравахъ, въ его *mores*, въ его практикѣ и привычкахъ выражаются и чисто нравственные и юридическія его воззрѣнiя. И такъ, внѣшняя форма выраженія обычнаго права носить на себѣ очень много несовершеннаго. Во внутреннемъ мотивѣ дѣйствовать такъ или иначе точно также не всегда можно различить—какимъ побужденіемъ слѣдуетъ человѣку. Изъ двухъ случаевъ, которые ничѣмъ не различаются одинъ отъ другаго, въ одномъ выступаютъ болѣе нравственные мотивы, въ другомъ тотъ же образъ дѣйствія вызывается сознаніемъ внѣшней обязательности.

Если, такимъ образомъ, въ младенческомъ состоянiи право является такъ близко связаннымъ съ другими сторонами нравственной природы человѣка, если оно такъ тѣсно и безразлично сливается съ лицомъ, такъ лично сознается, то понятно, что и средства охраненія права главнымъ образомъ лежатъ на томъ же лицѣ. Въ первоначальномъ обществѣ, которое не знаетъ другаго права, кромѣ обычнаго, средства защиты отъ правонарушеній составляютъ: самосудъ, самозащитеніе и, какъ высшая, но тоже личная или договорная форма разрѣшенія распри—выборъ третьяго.

Между состоянiемъ источниковъ права и формами процесса существуетъ необходимое и постоянное соотвѣтствіе. По мѣрѣ того какъ измѣняется воззрѣнiе на происхожде-

ніе права, эта перемѣна отражается и на порядкѣ процесса. Будучи сперва построенъ на началѣ договорномъ, судъ, и именно въ томъ моментѣ, гдѣ онъ всего тѣснѣе соприкасается съ матерьяльнымъ правомъ, въ судебномъ рѣшеніи, подчиняется порядку доклада высшей власти, которая указываетъ, какъ слѣдуетъ рѣшить. Поэтому, мы не считали возможнымъ отдѣлять вопроса объ источникахъ права въ древней Россіи отъ вопроса о судоустройствѣ и о формахъ процесса.

Въ нашей литературѣ давно обращено было вниманіе на нѣкоторыя черты первоначальнаго состоянія права, которыя здѣсь мы старались выставить. Въ извѣстной рѣчи профессора Н. И. Крылова, которую, къ сожалѣнію, можно отыскать только въ ссылкахъ другихъ писателей, въ разныхъ мѣстахъ мы находимъ слѣдующія мысли. Авторъ хочетъ сказать, что въ древнемъ русскомъ правѣ усматривается нѣкоторая двойственность, которую почтенный ученый старается изобразить въ драматической формѣ борьбы Русса язычника и Русса христіанина. Но дѣло не въ этомъ. Юридическія явленія, говоритъ онъ, тѣсно соединяются съ вѣрою и нравственностью; въ другомъ мѣстѣ: невозможно рѣзко отдѣлять одни явленія нравственнаго міра отъ другихъ. Если почтенный ученый хотѣлъ сказать, что въ первоначальныя эпохи развитія права, когда оно находится на степени личнаго сознанія, невозможно такое обособленіе различныхъ элементовъ нравственнаго міра, которое мыслимо только при дальнѣйшемъ развитіи общезжитія, то намъ пріятно найдти въ этихъ словахъ и предупрежденныя воззрѣнія теперешнихъ историковъ и новое подтвержденіе тѣхъ мыслей, которыя намъ кажутся вполнѣ вѣрными. Такимъ образомъ, мысль, воспитанная на прекрасныхъ образахъ Римскаго права, не можетъ не обогатиться и тогда, когда она обращена на юридическія образованія гораздо низшаго рода. Поэтому, мы ни для кого не считаемъ бесплоднымъ изученіе первоначальной исторіи народовъ, хотябы и очень удаленныхъ отъ всякаго соприкосновенія съ классическимъ міромъ. Въ своемъ знаменитомъ трудѣ Игерингъ многими счастливыми мыслями обязанъ то-

му, что онъ изучалъ не однѣ формы классическаго права, но спускался до самыхъ первоначальныхъ явленій юридической жизни въ мѣрѣ варварскомъ. Это тоже, что изученіе въ природѣ такихъ организмовъ, въ которыхъ всѣ отправления совершаются немногими органами.

Все дѣло въ томъ, что чѣмъ моложе общество, тѣмъ слабѣе выдѣляются или объективируются начала права, и тѣмъ, стало быть, болѣе лицо предоставлено самому себѣ. Всего болѣе дѣятельную и сильную роль играетъ въ такихъ условіяхъ личная воля въ сферѣ свободныхъ имущественныхъ отношеній, которой мы, по возможности, и будемъ исключительно держаться.

Начало личное, какъ черта, характеризующая состояніе нашего древняго права, отмѣчается не нами въ первый разъ. „Въ Опытахъ по Исторіи Русскаго Права“ мы встрѣчаемся почти на каждой страницѣ съ этимъ понятіемъ, которое должно служить для разъясненія цѣлаго ряда явленій нашего прошедшаго. Но дѣло въ томъ, что личность и личное начало въ глазахъ г. Чичерина являются символомъ разрушенія. Гдѣ лицо, тамъ хаосъ. Исторія древняго (до Петра) русскаго права должна служить именно выраженіемъ этого господства личности или господства хаоса. Въ этомъ хаосѣ не создается ничего; и только въ полнѣйшемъ подчиненіи личности, или лучше сказать, въ отрицаніи ея мы находимъ, наконецъ, утѣшительное зрѣлище государственной жизни. Личное и общее—это два непримиримыя противоположенія. Никакихъ элементовъ публичнаго права въ древней жизни найти нельзя, стало быть, господствуетъ... мы думали, хаосъ? Нѣтъ! господствуютъ начала частнаго права. Впрочемъ, между тѣмъ и другимъ нѣтъ никакой разницы (стр. 283). „Личность во всей ея случайности, свобода во всей ея необузданности лежали въ основаніи всего общественнаго быта и должны были вести къ господству силы, къ неравенству, къ междоусобіямъ, къ анархіи, которая подрывала самое существованіе союза и дѣлала необходимымъ (и тоже возможнымъ?) установленіе новаго высшаго союза—государства (стр. 368).“ Въ древней исторіи ничего нѣтъ: мѣстныхъ обычаевъ нѣтъ, законныя постановленія

скудны... „вездѣ господство личной воли“ (стр. 274). Такимъ образомъ „*всѣ народныя элементы мы должны признать за выраженіе слабости и дикой силы*“ (стр. 366)“. Мы не имѣемъ надобности раскрывать причины этихъ заблужденій. Онѣ отчасти лежатъ въ желаніи видѣть то, чего не было, отчасти въ совершенно фальшивомъ приѣмѣ историческаго изслѣдованія. Въ этомъ же трудѣ мы найдемъ нѣсколько блестящихъ страницъ (313 и слѣд.) объ методѣ опытной, которой такъ много обязаны естественныя науки. Но не надо думать, чтобъ ей слѣдовалъ авторъ, ибо никто, конечно, не знаетъ натуралиста, который бы производилъ свои изысканія посредствомъ логическихъ отрицаній и противоположеній. Если мы станемъ пересчитывать все, чего не было въ древней русской жизни, то перечень будетъ слишкомъ длиненъ. Но любопытно именно то, что при отсутствіи многихъ благопріятныхъ условій развитія,—народная жизнь текла далеко не бесплодно, и въ эпоху господства обычнаго права сложились всѣ тѣ начала права, которыя потомъ должны были перейти въ законодательство. Такимъ образомъ, „*послѣдующая дѣятельность законодательства*“ заключалась не „въ законномъ опредѣленіи того, что до тѣхъ поръ предоставлялось произволу“ (мы, признаемся, не ожидали, что намъ такъ легко встрѣтится образецъ тѣхъ взглядовъ на законодателя, которые такъ давно отжили свое время, стр. 274), а въ законномъ опредѣленіи того, что прежде было выработано народной жизнью въ формѣ обычнаго права.

Если мы отказываемъ праву, когда оно живетъ на степени обычая, въ той оконченности и особности, которой оно должно достигнуть, главнымъ образомъ, облекаясь въ форму закона, то, съ другой стороны, нельзя не признать, что никогда такъ легко и свободно лицо не открываетъ себѣ новыхъ путей, для того чтобы расширять сферу проявленія своей воли, какъ въ это время. Если право гражданское, какъ мы его себѣ представляемъ, есть, существеннымъ образомъ, объективированный организмъ свободы лица, то прежде нежели образовались всѣ диспозитивныя положенія, которыя составляютъ его содержаніе, въ гражданскомъ обо-

ротъ, въ юридическихъ сдѣлкахъ лицо само устанавливаетъ тѣ нормы, по которымъ должно быть обсуждаемо его юридическое отношеніе. Для того, чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно взять въ руки любую завладную грамоту XV вѣка, припоминая, что никакой законодательный актъ не опредѣляетъ, что слѣдуетъ чинить по договорамъ заклада или залога. Лицо является въ этихъ актахъ какъ бы само устанавливающимъ для себя законъ. Этотъ *автономическій* характеръ гражданскаго оборота давно замѣченъ европейскою наукой. Пухта рядомъ съ обычаемъ ставитъ автономію, какъ источникъ права, хотя въ нѣсколько специальномъ смыслѣ (*Gewohnheitsrecht*, II, стр. 106). Герберъ (*Archiv für die civilistische Praxis*, 37 т., 1-ая тетр.) замѣчаетъ, что въ среднихъ вѣкахъ стремленіе къ формулированью права въ юридическія положенія очень слабо; поэтому, актъ сдѣлки не представляетъ собою только средство доказательства, но настоящій *lex* для даннаго юридическаго отношенія (стр. 39). Герберъ искусно связываетъ эти свободные акты лица съ господствующими началами обычнаго права (стр. 39). Какъ бы мы ни установили понятіе автономіи, мы во всякомъ случаѣ должны будемъ признать, что свободная воля лица и частные акты составляютъ для дозаконодательной эпохи самый могущественный двигатель развитія юридической жизни. Jhering называетъ юридическія сдѣлки въ эту эпоху — предвѣстниками, суррогатомъ, рудниками диспозитивнаго права. Здѣсь классифицируются юридическія сдѣлки, расчленяются виды договоровъ, открывается надлежащее формулированье юридическихъ положеній для нихъ. Когда впоследствии законодатель станетъ создавать нормы диспозитивнаго права, то весь матеріалъ передъ нимъ уже лежитъ готовый. Герберъ жалуется, что нѣмецкіе юристы мало обращаютъ вниманія на эту черту, отличающую процессъ развитія права въ среднихъ вѣкахъ, и охотнѣе берутъ какой либо произвольный масштабъ для измѣренія достоинствъ юридическаго быта.

И такъ, если въ первоначальномъ своемъ состояніи—право мало выдѣлено, слишкомъ тѣсно слито съ лицомъ, то въ этомъ его личномъ прираженіи лежитъ одно изъ условій хо-

тя не совершенно чистаго отъ примѣси нравственныхъ, религіозныхъ элементовъ, но за то весьма изобильнаго и свободнаго образованія формъ гражданскаго оборота. Личность не имѣетъ, по нашему имѣнію, вовсе того разрушительнаго значенія въ исторіи права, которое ей хотятъ приписать. Человѣкъ, предоставленный самому себѣ, самъ создаетъ для себя и весь кругъ потребныхъ для его воли средствъ проявленія и такія формы суда, которыя замѣняютъ недостатокъ власти, готовой, въ силу ея органическаго значенія, явиться орудіемъ возстановленія права. Все, что мы хотѣли выразить здѣсь въ короткихъ словахъ, найдетъ себѣ подтвержденіе въ дальнѣйшемъ изложеніи. Къ сожалѣнію, условія изученія древняго русскаго права не одинаковы для всей эпохи, которою мы ограничиваемъ свой трудъ. Если съ начала XIV в. мы имѣемъ уже нѣкоторые первообразные памятники юридической жизни, напр. въ договорахъ князей съ Новгородомъ, то для предшествующей эпохи мы ограничены почти одной Русской Правдой, которая, въ полнѣйшихъ своихъ редакціяхъ, представляетъ весьма искусно выработанную догму дѣйствовавшихъ началъ права, но не можетъ замѣнить первообразныхъ актовъ юридическаго быта, сдѣлокъ съ ихъ формами и содержаніемъ, процесса со всѣми его живыми чертами.

Считаемъ нужнымъ предупредить, что въ этомъ трудѣ мы ограничиваемся изслѣдованіемъ условій и органовъ развитія права и процесса, какъ они являются намъ въ Русской Правдѣ, договорн. грамотахъ, памятникахъ юридической практики и законодательства XIV и XV в., не останавливаясь *особенно* на вопросахъ о вліяніи иностраннаго права. Труды митрополита Евгенія, Розенкампа, Неволина, Погодина, Калачова до такой степени исчерпываютъ всѣ средства, которыя доступны изученію, что при тѣхъ же средствахъ трудно найти побужденіе опять взяться за эти вопросы.

ГЛАВА I.

Свѣдѣнія о правѣ въ эпоху до Русской Правды и исходныя точки въ развитіи древне-русскаго права.

Старѣйшій памятникъ древняго русскаго права, около котораго должно обращаться изученіе юридическаго быта довольно обширной эпохи, соединяется въ нашей письменности съ именемъ христіанскаго князя Ярослава. Еще до него произошло другое событіе, съ которымъ тѣснѣйшимъ образомъ связана исторія нашего права: еще до Русской Правды былъ Уставъ Владиміра Св. о судѣ церковномъ. Таковъ порядокъ, въ которомъ по лѣтописи должны слѣдовать эти акты.

Еще цѣлымъ столѣтіемъ ранѣе, въ половинѣ IX вѣка, призванъ былъ князь. Чѣмъ больше уходимъ мы въ эту даль,—тѣмъ менѣе живыхъ очертаній событій остается на нашихъ глазахъ. Только одна Русская Правда и—меньшей важности—договоры съ Греками имѣютъ для исторіи права достоинство подлинныхъ памятниковъ этой отдаленной эпохи. Изученіе отдаленныхъ событій только тогда будетъ имѣть цѣну для исторіи права, когда есть возможность *уловить связь ихъ съ послѣдующимъ*. Догадки, основанныя на аналогіяхъ, противъ злоупотребленія которыми говорилъ еще Неволинъ (Ист. Рос. Гр. 3-въ, т. 1, стр. 31, ч. II, стр. 8),—тамъ, гдѣ этими догадками стараются опредѣлить подробности имущественныхъ отношеній,—могутъ имѣть лишь весьма условное значеніе. Эверсъ, желая сказать, что въ