

В.В. Сокольский

Очерк истории русского права

Выпуск 1-2

УДК 304
ББК 60.5
В11

В11 **В.В. Сокольский**
Очерк истории русского права: Выпуск 1-2 / В.В. Сокольский – М.: Книга по Требованию, 2021. – 160 с.

ISBN 978-5-458-00578-4

ISBN 978-5-458-00578-4

© 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.

ному субъекту нормами права в объективном смысле этого слова. Право, таким образом, создается общением людей: где возникает общение, там же возникает и право. Но, создавая право, общественные союзы в тоже самое время самих себя, свои организации и деятельность обращают в объект регламентации со стороны права. В каждый данный исторический момент существует непосредственная связь между общественным строем и созданным им строем юридических. Вот почему процесс правообразования находится в непосредственной зависимости от процесса обмена и развития общественных форм и может быть объяснен только при посредстве этого последнего. В виду этого предварительно изложения главнейших моментов в истории правообразования необходимо ознакомиться с главнейшими моментами в истории общественного строя.

§4.

ГЛАВНЕЙШИЕ МОМЕНТЫ В ИСТОРИИ ОБЩЕСТВЕННОГО СТРОЯ.

Общение и общественные союзы возникают на основании самой природы человека из своеобразного сочетания ее эгоистических и альтруистических начал. От случайного соединения людей общественные союзы отличаются наличием известной организации и известным постоянством общения. Чем слабее претягивается организационный принцип в данной группе людей, тем менее заметно в такой группе постоянство общения, тем ниже степень развития подобной группы, тем больше она приближается к зачаточным общественным организмам, не имеющим определенного типа. Все человеческие общества определенного типа делятся на родовые и территориальные или политические. Основание первых, более древних по возникновению и происшедших в большинстве случаев путем медленного процесса

развiтiя изъ группъ неопредѣленнаго типа, - единство происхожденiя | по женской или мужской линiи |, дѣйствительное или | позднѣе | фактивное 3), а вторыхъ - единство мѣстожителъства, единство интересовъ и необходимость установленiя известнаго *modus vivendi* между племенами различнаго происхожденiя, приходящими другъ съ другомъ въ соприкосновенiе. Переходъ отъ

3) Первоначально случайно возникающiя временно дѣйствующiя побудительныя причины обуславливаютъ соединенiе людей въ группы. По достиженiи цѣли, въ виду которой произошло подобное соединенiе, оно распадается. Но, если необходимость въ соединенiи непрерывно существуетъ въ теченiи продолжительнаго времени или даже только периодически, но постоянно повторяется, то данное общественное соединенiе не легко распадается и приобретаетъ известной характеръ устойчивости и постоянства. Дѣти женщинъ данной группы воспитываются группой и остаются жить при ней. Они уже по крови принадлежатъ къ группѣ. Такимъ образомъ группа неопредѣленнаго типа превращается въ первичный родъ. Здѣсь родство опредѣляется ко всей группѣ и терминъ, обозначающiе родственныя отношенiя приурочиваются къ поколѣнiямъ. Все мужчины одного поколѣнiя называются братьями, а женщины сестрами. Предшествующее поколѣнiе именуется отцами и матерями, а послѣдующiя сыновьями и дочерьми. Родные братья обозначаются тѣмъ же терминомъ, что и двоюродные, отцы тѣмъ же, что и дяди, и сыновья тѣмъ же, что и племянники. | Сравни Сергѣевичъ. Лекцiи и изслѣдованiя по древней исторiи русскаго права, 3 - е изданiе СПб. 1903 стр. 450 |. Съ теченiемъ времени дѣти одной и той же женщины сознаютъ между собой наличность болѣе близкой родотвенной связи чѣмъ съ другими родичами. Родъ распадается на семьи со счетомъ родства по женской линiи. Еще позднѣе, когда экзогамiя вытѣсняетъ собой эндогамiю, совершается переходъ отъ преобладанiя родства по женской къ родству по мужской линiи, - отъ семьи матушкиной къ семьѣ отцовской. Наконецъ, семьи материнскiя или отцовскiя разрастаются въ родъ второй формацiи. Долгое время родство является исключительнымъ основанiемъ общенiя. Въ случаѣ необходимости приобщенiя къ основному общественному союзу, поступающему на кровномъ единствѣ, чужеродцевъ, прибѣгаютъ къ фиктивному родству, устанавливаемому очень часто посредствомъ различныхъ символическихъ дѣйствiй, напр. обрядъ братотворенiя, гдѣ лица, вступающiя въ союзъ братотва, выпиваютъ вино, въ которое примѣшана кровь каждаго изъ нихъ. Сравни Kohler:

Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte §§ 12-25
въ Holtzendorff's *Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*

Sechste, der Neubearbeitung erste Auflage Band I 1904,
а также мои статьи: Къ ученiю объ организацiи семьи и родства
въ первичныхъ обществахъ Журн. Мин. Нар. Просвѣщенiя за 1881 г.

родового строя къ территориальному или политическому совершается различно. Здѣсь могутъ дѣйствовать какъ внутреннія, такъ и внѣшнія причины. Между внутренними главное мѣсто занимаетъ осложненіе жизненныхъ отношеній, достигающее въ извѣстной исторической моментъ той степени, при которой рамки родовой организаціи становятся слишкомъ узкими и не могутъ вмѣстѣ всего разнообразія жизни. Между внѣшними особенно сильно вліяютъ: переселеніе племени изъ одной страны въ другую, подчиненіе одного племени другому, а также союз, заключаемые племенами различнаго происхожденія. Послѣ перехода къ территориальному или политическому строю не сразу устанавливается новая форма этого вида общенія. Напротивъ того, исторія представляетъ намъ въ большинствѣ случаевъ цѣльн серіи переходныхъ формъ. Внешней формой политическаго строя является строй государственній, т. е., органическое единеніе общаго въ извѣстной странѣ народа подъ господствомъ единой верховной власти. Но, и государство не вездѣ и не всегда являло и является однимъ и тотъ же обликъ. Типы государствъ весьма различны. Между государственными аггломератами древней Азии, преслѣдовавшими исключительно фискальныя цѣли, и современными государствами, способствующими достиженію общихъ культурныхъ задачъ и обеспечивающими общую безопасность — громадная пропасть. Слѣдовательно, необходимыя условія бытія государства могутъ быть опредѣлены только въ самыхъ общихъ чертахъ. Такими необходимыми условіями бытія или элементами государства являются: субъектъ государства въ государствѣ, т. е. верховной власти, и объектъ государства — народъ и территорія.

СООТВѢТСТВІЕ СТАДІИ РАЗВИТІЯ ВЪ ИСТОРИИ ПРАВООБРАЗОВАНИЯ СТАДІЯМЪ РАЗВИТІЯ ВЪ ИСТОРИИ ОБЩЕСТВЕННОГО СТРОЯ.

Право, какъ замѣчено выше, создается общежитіемъ. Гдѣ возникаетъ общежитіе, тамъ съ внутренней необходимостью возникаетъ и право, какъ нормы жизни общественной. Безъ юридическихъ нормъ прочное и устойчивое существованіе общественныхъ обществъ невозможно: имъ грозило бы постоянно, въ силу невозможности устранения конфликтовъ, распаденіе. Въ настоящее время, при наличности государственнаго строя, право во всѣхъ внутреннихъ отношеніяхъ человеческихъ обществъ создается верховной государственной властью, сознательно и безусловно опредѣляющей общественныя отношенія путемъ закона, авторитетъ котораго поддерживается внѣшней принудительной силой. Подобный способъ установленія юридическихъ нормъ не можетъ развиваться тамъ, гдѣ еще не сложилась верховная государственная власть: и, въ дѣйствительности, мы не встречаемся съ нимъ въ первичныхъ обществахъ, какъ родовыхъ, такъ и территориально - политическихъ до - государственнаго времени. Право на низшихъ ступеняхъ общественности создается с б и н а м и и д о г о ч о р о м ъ. Какъ создаются юридическія нормы путемъ обычая? Общественная жизнь и въ первичныхъ обществахъ властно требуетъ установленія нормъ, которыя регулировали бы ея теченіе. Найти такія нормы при бѣдности первичной мысли и неразвитости первичнаго сознанія весьма затруднительно: обрѣтаются онѣ первоначально путемъ экспериментированія, производства цѣлаго ряда опытовъ. Пробуютъ то то, то другой способъ разрѣшенія конфликтовъ и опредѣленія отношеній, и способъ, оказавшійся наиболее целесообразнымъ, наиболее соответ-

Будущим условиям времени, мѣста и среды, вызывая подражаніе въ цѣломъ рядѣ аналогичныхъ случаевъ. При бѣдности первоначальной мысли и первоначальнаго творчества люди цѣлко держались за разъ испробованный и оказавшійся цѣлесообразнымъ способъ опредѣленія отношеній, въ особенности, если этотъ способъ практиковался въ древнее время, обоготворенными предками: такъ пошла, такъ обшло, таково преданіе и таковъ законъ |завѣтъ| отцевъ и дѣдовъ. Нормы обычнаго права устанавливаются слѣдовательно путемъ полусознательнаго творчества 4|. Убѣжденіе

4| Исторія господствовавшихъ разновременно въ наукѣ ученій о происхожденіи и существѣ обычнаго права въ сжатомъ очеркѣ прекрасно изложена у Дьяконова: Очерки общественнаго и государственнаго строя древней Руси. Врѣвь 1907, стр. 8-15. Господствовавшее въ наукѣ до появленія т.н. исторической школы въ Германіи ученіе признавало за обычнымъ правомъ лишь субсидіарное значеніе и лишь въ той мѣрѣ, поскольку законодатель явно или молчаливо допускалъ его примѣненіе. Историческая школа признаетъ за обычнымъ правомъ самостоятельное значеніе на ряду съ другими источниками. Она кореннымъ образомъ измѣняетъ и ученіе о происхожденіи обычаевъ, объясняя теое до того чисто механически, случайно образовавшимися привычками поступать одинаковымъ образомъ въ однородныхъ случаяхъ. По ученію исторической школы, какъ оно выражено въ сочиненіи главнѣйшаго послѣ Савинья представителя этой школы Пухты, право въ той или иной формѣ имѣетъ свою основу въ національномъ духѣ, въ которомъ оно заложено и дано вмѣстѣ съ народомъ, и только на этой почвѣ возможно объяснить естественное совпаденіе убѣдешій стѣльныхъ членовъ націи о правѣ. Не повторное соблюденіе какого-либо правила создаетъ обычную норму; это соблюденіе служитъ только выраженіемъ уже существующей нормы, заложенной въ народномъ духѣ. Но, поставивъ вопросъ о происхожденіи обычнаго права на совершенно вѣрный путь, а именно, устранивъ чисто механическое объясненіе возникновенія обычаевъ, историческая школа не удержалась на этомъ пути. Национальный духъ, выдвинутый исторической школой на первый планъ, есть нѣчто мистическое, недоступное научному исслѣдованію. Во всякомъ случаѣ съ исторической точки зрѣнія ученіе это не можетъ быть признано правильнымъ, такъ какъ согласно ему существуетъ съ самаго начала только общенациональное право, а между тѣмъ въ началѣ котораго нигдѣ не существуетъ общенациональнаго обычнаго права, которое возникаетъ гораздо позднѣе на основаніи объединенія различныхъ партикулярныхъ | мѣстныхъ, племенныхъ | обычныхъ правъ. И въ русской литературѣ можно отмѣтить два противоположныхъ направленія по вопросу о происхожденіи обычнаго права. Одно изъ нихъ, начало которому положено профессоромъ Сергѣевичемъ, вводитъ обычное право, а слѣдовательно и первое право, возникшее въ исторіи, изъ индивидуальнаго убѣжденія,

въ необходимости ихъ облюденія, маткое въ началѣ процесса ихъ образованія, только съ теченіемъ времени приобрѣтаетъ

проявляющагося въ дѣйствіяхъ отдѣльныхъ лицъ, но не всегда и не непрежннно, а только при наличности благопріятныхъ для того условій. А именно: при несложности отношеній въ древнихъ обществахъ и сходствѣ условій жизни отдѣльныхъ лицъ могутъ поступать одинаковымъ образомъ въ сходныхъ случаяхъ. Такимъ образомъ создается рядъ сходныхъ поступковъ, изъ которыхъ вырабатываются привычки. Первоначально эти согласныя дѣйствія совпадаютъ съ волею дѣйствующихъ лицъ и прямо ею опредѣляются. Но, по мѣрѣ ихъ накопленія, они сами начинаютъ оказывать давленіе на волю и опредѣлять ея направленія. Другими словами если дѣйствія индивидуальной воли разныхъ лицъ будутъ одинаковы въ одинаковыхъ случаяхъ, и ихъ накопится значительная масса, возникаетъ другая сила, побуждающая волю значущихъ о существованіи известнаго образа дѣйствій - дѣйствовать также. Это инертная сила обыкновенія. При этомъ образъ дѣйствія, избранннй болѣе энергичными, передовыми людьми становится общимъ обычаемъ, благодаря тому, что другіе привыкаютъ дѣйствовать также пассивно. Обычай, по Сергѣевичу, идетъ не стъ общаго, а отъ индивидуальнаго убѣжденія, но становится болѣе или менѣе общимъ. Теорія эта не можетъ быть названа правильной, не потому, какъ полагаютъ нѣкоторые, что такимъ образомъ, въ основѣ права былъ бы положенъ произволъ, т.е. отрицаніе права, а потому, что возникновенію общаго убѣжденія въ необходимости поступать такъ, а не иначе предшествуетъ не рядъ безразличныхъ согласныхъ индивидуальныхъ дѣйствій, а только такихъ согласныхъ индивидуальныхъ дѣйствій, которыя при экспериментированіи различныхъ способовъ дѣйствія оказались наиболѣе дѣлесообразными и наиболѣе приспособленными къ условіямъ средн.

Другая теорія, основателемъ которой является Владиміръ - Будановъ, признаетъ первоисточникомъ права природу человѣка физическую и моральную, подчиненную такимъ же законамъ, какъ и природа органическая и неорганическая. Право на первой ступени является чувствомъ | инстинктомъ |. Все поступаетъ одинаково не по силѣ подражанія одному, а одновременно и повсюду, по силѣ дѣйствія одинаковаго чувства. Такъ было въ союзахъ семейныхъ и родовыхъ. На второй ступени право проникается сознаніемъ | въ союзахъ общинныхъ и государственныхъ |, превращаясь изъ явленій природы въ дѣйствіе воли; то, что естъ | фактъ |, превращается въ то, что должно быть; но законы сознанія и воли у людей такъ же одинаковы, какъ и законы физической природы; сознаніемъ осязаются тѣ же самыя нормы, которыя были установлены природою; такимъ образомъ личная творческая дѣятельность въ правѣ совершенно сливается съ общественною. Привычка лишь укрѣпляетъ нормы, а не создаетъ ихъ | Владиміръ - Будановъ: Обзоръ исторіи русскаго права | 5-е изданіе стр. 88 |. Нельзя не согласиться съ Дьяконовымъ, что только что изложенное воззрѣніе не отличается ясностью. На первой ступени развитія права, по расмажриваемому ученію, является чувствомъ, признается явленіемъ природн-фактомъ. Только на второй ступени развитія, когда право перестаетъ быть чувствомъ, а проникается сознаніемъ оно перестаетъ быть правсмъ-фактомъ и превращается въ право | по всей вѣроятности въ точномъ смыслѣ этого слова? |. въ дѣйствіе воли. Не вытекаетъ ли ско -

необходимую для юридической нормы устойчивость. Но, раз установленный, он становится, в силу указанных выше причин, неизменным и непоколебимым. Те же самые явления наблюдаются и при возникновении новых норм обычного права и замены ими прежних. Другой способ установления юридических норм в до-государственное время - договор соответствует уже более развитым и сложным формам человеческого общества, но недостижимым еще государственности. В настоящее время при развитом государственном строе, договор во внутренних отношениях является источником права, не способом установления юридических норм, но актом применения права. В до-государственное время договором создается целый ряд норм, определяющих внутренний строй человеческих обществ. По верному замечанию проф. Дьяконова | Очерки и т.д. стр. 15 |, в сфере публичного права некоторые из элементов, образующих этот строй, только на почве договора создают временную устойчивость часто колеблющихся взаимоотношений. В области частных правоотношений

речь из всего вышеизложенного, что на первой ступени развития не существовало юридически определенных общественных отношений, а существовали только фактические? Далее, нельзя не согласиться с Дьяконовым в том отношении, что все объяснение происхождения права, предлагаемое данной школой есть не что иное, как воспроизведение цѣликомъ теории Пухта, лишь иначе выраженной. И въ действительности, если вся совокупность личностей данной общественной среды представляет юридическое тождество, то все это построение не приводит ли насъ опять къ единому національному духу, творящему право. -

Профессоръ Загоскинъ придерживается относительно вопроса о происхождении обычного права возрѣній такъ называемой исторической школы. Онъ утверждаетъ | Исторія права русскаго народа, томъ I стр. 444 |, что право отдельныхъ славянскихъ племенъ порождено общеславянскимъ юридическимъ духомъ, и что общимъ первоначальнымъ источникомъ, изъ котораго почерпали свое содержаніе права отдельныхъ славянскихъ народовъ, слѣдуетъ признать общеславянскія начала права, какъ непосредственный продуктъ обще-славянскаго юридическаго сознанія | стр. 447, тамъ же |.

очень многое впервые создается соглашением заинтересованных, что объясняется единостью наличных норм обычного права или их крайней неопределенностью. Таким образом, в до - государственное время господствовали два источника права - обычай и договор. Способ установления юридических норм путем закона, т. е. веления верховной власти, обращенного к властям, учреждениям и лицам, ей подчиненным и безусловно для них обязательного, соответствует уже, как указано выше, государственному строю. Но, так как одна форма общественаго и юридического строя не сразу, а постепенно переходит в другую, то и зачатки законодательной или уставной деятельности встречаются уже в обществах, в которых еще не вполне сложился государственный строй. Сюда относятся постановления властей, господствующих в до - государственное время, стремящихся к верховенству, но еще не сосредоточивших в своих руках всех стихий державнаго права. Постановления | уставы | подобных властей обладают постолько, поскольку эти власти ф а к т и ч е с к и достаточны сильны, чтобы вынудить подчинение им со стороны остальных социальных элементов. Не редко подчинение подобным уставам старались обеспечить постановлением их под защиту Божества. 5| Иногда судебное решение сливается, если можно так выразиться, с уставным актом. Правило, на основании которого произнесено было судебное решение, при-

5| Такъ въ церковномъ уставѣ Ярослава читаемъ: А кто уста - новленіе мое нарушитъ или онове мои, или внуци мои, или правнуци мои отъ рода моего кто, или стъ бояръ, а нарушитъ рядъ мой и вступитоя въ суди митрополчи, что еси далъ ми - трополиту и епископамъ по волямъ городамъ, по правиламъ святыхъ отецъ, судивше казнити по закону, а кто иметься въ тѣ суди церковне вступати, крестьяноко имя не наречеться на томъ, а отъ святыхъ да будетъ прсклять.

вается въ руководство въ случаяхъ, подобныхъ тому, къ кото-
 рому относилось судебное рѣшеніе. Такъ въ русской Правдѣ чи-
 таемъ: а конькъ старій од отада 80 гривень, яко оута-
 вилъ Іаколавъ въ своемъ конькѣ, его же субилъ Дорогосоудыи.
 Но точно опредѣленный обликъ законъ принимаетъ только въ го-
 сударственное время. Впрочемъ, на первыхъ порахъ законъ яв-
 ляется съ характеромъ декларативнымъ, а не конститутивнымъ,
 т. е. закономъ устанавливается, первоначально только весьма
 незначительное число н о в ы х ъ нормъ, большинство же за-
 коновъ въ началѣ государственнаго времени суть не что иное,
 какъ юридическія нормы, созданія обычая и обличенія толь-
 ко въ форму закона. При этомъ законодательство не занимаетъ
 оразу воѣхъ областей права. Цѣлыя категоріи правоотношеній
 продолжаютъ по прежнему регулироваться точниками права,
 господствовавшими въ до государственное время, въ особен-
 ности обычнымъ правомъ, при чемъ не только созданія въ преж-
 нее время нормъ обычного права продолжаютъ дѣйствовать, но и
 создаются обычаями новыя юридическія нормы. Правда, очень
 часто въ самомъ началѣ государственнаго времени законъ про-
 возглашается единственнымъ и исключительнымъ точникомъ
 права, но въ дѣйствительности законъ становится таковымъ
 только на высшихъ ступеняхъ развитія государственнаго строя,
 по мѣрѣ развитія и расширенія государственной дѣятельности.
 Достиженіе извѣстнымъ обществомъ извѣстной степени умствен-
 наго развитія и просвѣщенія является такъ же необходимымъ
 условіемъ широкой законодательной дѣятельности. Въ странахъ
 мало культурныхъ и мало просвѣщенныхъ, нѣтъ условій для
 вполне оригинальнаго созданія приспособленныхъ къ условіямъ
 окружающей среды юридическихъ нормъ. Законодатель зѣбѣтъ съ

неувѣренностью устанавливаетъ новыя нормы, онъ самъ не убѣхъ -
денъ въ ихъ пригодности. Онъ ищетъ, гдѣ бы найти готовыя уже
нормы, собираетъ правила, созданныя обычаями, дѣлаетъ заимст-
вованія изъ иностранныхъ законодательствъ и т.д. Самое уста-
новленіе нормъ законодателемъ не носитъ характера безуслов-
ности. Онъ скорѣе рекомендуетъ, чѣмъ предписываетъ судьямъ
исвѣтныя нормы. Характерны въ этомъ отношеніи высказанныя
въ общемъ предисловіи къ уложенію грузинскаго царя Вахтан-
га VI воззрѣнія. Вахтангъ обращаетъ прежде всего вниманіе
судей на то, что имъ собраны въ его уложеніи самыя различныя
законы: и законы Моисея, извлеченныя изъ Библіи, и греческія
и древне-грузинскія и армянскія правоположенія. „ Рассмотрите
о судьи “, продолжаетъ грузинскій законодатель, „ эти законы,
изучите ихъ и обратьте на нихъ вниманіе, но примѣняйте изъ
нихъ только тѣ, которые пожелаете и которые вы признаете на-
илучшими “. И далѣе: „ Да рассмотритъ судія вышеупомянутыя и
эти новыя | т.е. нами изданныя | законы, и да отправляетъ
онъ правосудіе по тѣмъ законамъ, которые признаетъ за луч-
шіе. Я написалъ эту книгу не такъ, что бы въ ней ничего не
оставалось, и я не льщу себя надеждою, что въ дѣйствитель-
ности она все охватываетъ кто найдетъ или придумаетъ иѣ-
что полезное, тотъ не стунитъ прекрашно, если по собственному
усмотрѣнію прибавитъ что-либо и внесетъ въ эту книгу. “ Но
наступаетъ, наконецъ, рано или поздно историческій моментъ,
когда понятіе закона вполне выясняется, и законъ становится
единственнымъ источникомъ права во внутреннихъ отношеніяхъ.
Примѣненіе обычнаго права рассматривается какъ исключеніе и
зависитъ отъ признанія со стороны верховной власти. Въ на-
стоящее время обычай и договоръ являются источниками права
только въ международныхъ отношеніяхъ, т.е. тамъ, гдѣ не су-