

Сергеевич Василий Иванович

**Лекции по истории русского
права**

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 82-3
ББК 84-4
В19

В19 **Василий Иванович С.**
Лекции по истории русского права / Сергеевич Василий Иванович – М.:
Книга по Требованию, 2022. – 686 с.

ISBN 978-5-519-85426-9

ISBN 978-5-519-85426-9

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2022

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2022

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 первозданном 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.



Серия Книжный Ренессанс

www.samizday.ru/reprint

лицъ лежитъ не только ихъ личное (безсознательное) убѣжденіе, но и общенародное (Пухта, 143). Привычка, съ этой точки зрѣнія, предполагаетъ уже существованіе некоторой общей юридической нормы, лежащей въ сознаніи народа. Эта норма, опредѣляющая характеръ дѣйствій отдѣльныхъ лицъ, и создаетъ обычное право. Сила, производящая обычай, есть следовательно, народное сознаніе, которому, естественно, соответствуетъ народное (національное) право. Такой взглядъ на обычное право сдѣлался достояніемъ нѣмецкой школы, затѣмъ онъ перешелъ и въ нашу литературу. Рядомъ съ обычаемъ Пухта ставитъ еще два источника права: законодательную деятельность и деятельность юристовъ. Они, по его мнѣнію, имѣютъ одинакъ корень съ обычаемъ. Государственная власть есть тотъ единственный органъ для выраженія общей воли народа. Она должна распознать эту общую волю и выразить. Она дѣлаетъ это путемъ законодательства, которое опредѣляетъ, въ чемъ состоитъ народное убѣжденіе о правѣ; это опредѣленіе и есть законъ. Деятельность законодателя носить, сравнительно съ обычаемъ, болѣе формальный характеръ: законодатель не можетъ имѣть своего особаго правового сознанія, онъ беретъ его изъ народнаго духа (145). Третій источникъ, ученая дѣятельность юристовъ, представляется на первый взглядъ не народнымъ. Научное убѣжденіе человѣка имѣетъ не какъ членъ народа, но какъ особа; такимъ образомъ, народный духъ не является здѣсь творческой силой. Но, говоритъ Пухта, наука права имѣетъ дѣло съ національнымъ предметомъ, поэтому она станетъ только тогда дѣйствительно наукой, когда будетъ разсматривать свой предметъ, какъ народный; это и значитъ разсматривать его, какъ истинный. Только въ этомъ случаѣ наука будетъ имѣть производительную силу. Юристы, если хотятъ имѣть вліяніе на образованіе права, должны дѣйствовать, какъ представители народа (165 сл.).

Такимъ образомъ, всякое право національно, и настоящий его источникъ одинъ — народное убѣжденіе (143). Въ послѣднее время является уже сомнѣніе въ вѣрности такого взгляда на происхожденіе обычного права. Онъ предполагаетъ существованіе единого обычного права у каждаго народа. Въ дѣйствительности же историческіе памятники древнѣйшаго времени не знаютъ обычаевъ, которые были бы дѣйствующимъ правомъ цѣлаго народа; они имѣютъ дѣло съ дробными обычаями отдѣльныхъ мѣстностей, которые являются объединенными въ предѣлахъ одного или нѣсколькихъ племенъ, а ни какъ не цѣлаго народа. Нашъ начальный этнографъ различаетъ, напримѣръ, обычай полянъ отъ обычаевъ, у радимичей, вятичей и сѣверянъ онъ находитъ одинъ обычай, но этотъ обычай не во всемъ совпадаетъ съ обычаями двухъ прежде названныхъ племенъ. Тоже явленіе представляетъ и Германія. Каждъ

отдѣльное германское племя живетъ и судится на основаніи своего племеннаго права. Древніе источники не знаютъ обще-германскаго права, имъ извѣстно только право отдѣльныхъ племенъ: франковъ салическихъ, рипуарскихъ и т. д. Между бычными правами отдѣльныхъ племенъ встрѣчаются нѣкоторыя сходства въ частностяхъ. Но такія отдѣльныя сходства можно найти и между правами совершенно различныхъ народовъ. Эти сходства, слѣдовательно, нѣтъ надобности выводить изъ единства народнаго духа. Съ 1-мъ и 2-мъ движеніемъ исторіи, право отдѣльныхъ германскихъ племенъ объединяется; но это объединеніе вовсе не есть результатъ возникновенія самостоятельнаго обще-германскаго права, которое явилось бы выразителемъ общенароднаго убѣжденія германцевъ; объединеніе достигнуто путемъ побѣды племеннаго права салическихъ франковъ надъ правами другихъ германскихъ племенъ (Rudolph Sohm. Fränkisches Recht und Römisches Recht, 1880 г.).

Это несоотвѣтствіе теоріи съ историческими фактами давно было замѣчено нѣмецкими учеными и вызвало нѣкоторыя поправки къ господствующему ученію. Такъ, напримѣръ, Кирульфъ согласенъ, что въ основаніи обычая лежитъ „общее мнѣніе“, но не цѣлаго народа, говоритъ онъ, а „опредѣленнаго круга людей“ (Theorie des gemeinen Civilrechts, 1839, стр. 9 сл.). Эта поправка подрываетъ всю теорію. „Опредѣленный кругъ людей“ вѣдь есть нѣчто совершенно неопредѣленное; у этого-то неопредѣленнаго субъекта мы должны предполагать свое общее мнѣніе о правѣ. Откуда же оно? Почему одинъ кругъ людей проникнуть однимъ общимъ убѣжденіемъ, а другой — другимъ? Сторонники общенароднаго убѣжденія, въ доказательство своей мысли, приводятъ сравненіе: общее убѣжденіе о правѣ, говорятъ они, также точно присуще народу, какъ и народная рѣчь. Въ пользу общаго мнѣнія о правѣ у „опредѣленнаго круга лицъ“ нельзя привести даже этого, въ сущности ничего не доказывающаго сравненія.

Древніе памятники, какъ мы видѣли, говорятъ о племенныхъ обычаяхъ. Не слѣдуетъ ли понятіе племени поставить вмѣсто понятія народа (націи) и выводить обычай изъ общеплеменнаго убѣжденія о

нигнуть такіа общія нормы изъ дѣйствій отдѣльныхъ лицъ, выражающихъ только ихъ индивидуальное убѣжденіе и, можетъ быть, вовсе между собой несогласныхъ?

Общія нормы возникаютъ изъ дѣйствій отдѣльныхъ лицъ не всегда и не непременно, а только при наличности нѣкоторыхъ благоприятныхъ для того условий. Разные люди, при единствѣ интересовъ и сходствѣ условий жизни, могутъ въ одинакихъ случаяхъ поступать одинаково. Одинакіе поступки являются вслѣдствіе схода характера, потребностей и всей обстановки жизни. Если условія дѣятельности этихъ людей, въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени, остаются тѣ же, является послѣдовательный рядъ одинакихъ дѣйствій въ одинакихъ случаяхъ. Первоначально эти согласныя дѣйствія совершенно совпадаютъ съ волею дѣйствующихъ лицъ и прямо ею обуславливаются. Но по мѣрѣ ихъ накопленія, они сами начинаютъ оказывать давленіе на волю и опредѣлять ея направленіе. Этому способствуетъ съ одной стороны желаніе оставаться вѣрнымъ самому себѣ (разъ принятому способу дѣйствія), съ другой — примѣръ другихъ людей. Возрастающія поколѣнія, прежде чѣмъ начать дѣйствовать самостоятельно, наблюдаютъ дѣйствія старшихъ; ихъ личная воля слагается подъ вліяніемъ установившихся уже способовъ дѣйствія. „Такъ поступили отцы наши, такъ поступаемъ и мы“, — это общечеловѣческое черта. Нежеланіе выдѣляться своими дѣйствіями изъ среды другихъ людей — имѣетъ весьма важное вліяніе на поступки челоѣка. Русская пословица недаромъ говоритъ: впередъ людей не забѣгай, а отъ людей не отставай! или: какъ люди, такъ и мы! Не нами уставилось, не нами и переставится. Обязательность обычая возникаетъ, слѣдовательно въ силу присущаго челоѣку свойства слѣдовать разъ намѣченному пути. Тутъ есть что-то общее съ свойствомъ физическихъ тѣлъ, извѣстнымъ подъ именемъ инерціи.

Итакъ, обычное право возникаетъ благодаря дѣйствию двухъ силъ. Во-первыхъ, индивидуальнаго сознанія насущныхъ интересовъ челоѣка, подъ вліяніемъ котораго опредѣляется тотъ или другой способъ ея дѣйствій. Это начало самоопредѣленія (автономіи). Въ его основѣ личный интересъ, личное усмотрѣніе о томъ, что должно быть при данныхъ условіяхъ, а не отвлеченная идея правды или справедливости. Но самоопредѣленіе само по себѣ не творитъ еще обычнаго права.

нормою, обычаемъ, благодаря тому, что другіе привыкають болѣе или менѣе пассивно дѣйствовать также. Нѣкоторая практика переходитъ въ повальный обычай потому, что путемъ пассивнаго подражанія убѣжденіе о необходимости всѣмъ дѣйствовать именно такъ, а не иначе *становится повальнымъ*.

Обычай идетъ не отъ общаго, а отъ индивидуальнаго убѣжденія, но становится болѣе или менѣе общимъ. Говоримъ „болѣе или менѣе“ потому, что убѣжденіе каждаго, исполняющаго обычай, въ истинности, справедливости и разумности его основаній вовсе не нужно для дѣйствія обычая. Нужно только общее убѣжденіе въ необходимости дѣйствовать согласно съ господствующей практикой. При этомъ условіи люди будутъ подчиняться обычаю, хотя лично тотъ или другой изъ нихъ можетъ и не имѣть соотвѣтствующаго убѣжденія. „Повальный обычай, что царскій указъ“, говоритъ русская пословица, т. е. обычай также обязателенъ, также связываетъ волю, какъ и указъ. Но исполненіе указа не стоитъ въ зависимости отъ личныхъ убѣжденій исполняющаго о правѣ и справедливости. Точно также и исполненіе обычая обязательно, независимо отъ того, убѣжденъ ли исполняющій въ его пригодности, или нѣтъ. „Противъ обычая не спорь!“, говоритъ другая пословица, т. е. исполняй обычай, хотя бы онъ казался и неумѣстнымъ.

Наличность соотвѣтствующаго убѣжденія всѣхъ и каждаго не есть необходимое условіе дѣйствія обычая. Но отсутствіе такого убѣжденія есть зерно разрушенія сложившагося обычая. Люди слабые будутъ дѣйствовать по обычаю, хотя и не убѣждены въ его цѣлесообразности; наоборотъ, люди энергическіе могутъ возстать противъ пассивнаго подчиненія обычаю, не соотвѣтствующему ихъ воззрѣніямъ. Дѣйствуя по своему, изо дня въ день нарушалъ обычай, они могутъ положить начало образованію новаго обычая, который съ теченіемъ времени и при наличности благоприятныхъ условій, можетъ вытѣснить старый. „На обыкъ есть перевыкъ“, говоритъ русскій народъ; или: „быкъ, да и тотъ отвыкъ!“

Возникновеніемъ обычнаго права изъ индивидуальнаго усмотрѣнія, путемъ навыка, объясняются и многія особенности этого права. Обычное право возникаетъ не въ народѣ (націи) и даже не въ племенѣ, а въ каждой группѣ людей, ведущихъ совмѣстную жизнь. Возможность вліять другъ на друга своими дѣйствіями. „говорю, что деревня; то обычай“, говоритъ русскій. еще рѣзче: „у Сидора обычай, а у Карпа — свой“. Эти пословицы выражаютъ всемірный фактъ. Ограничимся еще только однимъ примѣромъ. Во Фландріи, говоритъ Варнкёнигъ (385), до самаго присоединенія ея къ французской республикѣ, не было общихъ обычаевъ; эта страна знала только мѣстныя права. Такъ называемые *jus commune Flandriae*, до введенія римскаго права, состояло изъ нѣкоторыхъ общихъ

основныхъ началъ, которыя совершенно также встрѣчаются и во всѣхъ другихъ странахъ.

Эти явленія необъяснимыя съ точки зрѣнія общенароднаго убѣжденія, совершенно понятны съ нашей. Если условія жизни не одинаковы, то въ предѣлахъ одного и того же народа и даже племени могутъ возникнуть разные обычаи. Объединеніе ихъ возможно только послѣ долгой совмѣстной исторической жизни и при наличности особенно благоприятныхъ для того условий. Если такихъ условий не будетъ, исторія одного и того же народа и даже болѣе мелкихъ, племенныхъ и мѣстныхъ его подраздѣленій должна будетъ имѣть дѣло съ совершенно разными началами права. Наоборотъ, при сходствѣ условій жизни, сходные обычаи могутъ возникнуть у народовъ вовсе не родственныхъ и не имѣвшихъ случая оказывать какое либо вліяніе другъ на друга.

Если обычай идетъ отъ дѣйствій отдѣльныхъ лицъ то, понятно, что первыми дѣятелями обычнаго права были люди энергическіе и сильные, а первоначальное обычное право — правомъ сильнаго. При отсутствіи общественныхъ учреждений, которыя опредѣляли бы права частныхъ лицъ и охраняли ихъ, опредѣленіе и охраненіе правъ въ началѣ исторіи было дѣломъ частнаго усмотрѣнія. Въ то время, какъ слабый человѣкъ поневолѣ долженъ былъ уступить сильному, сильный мстилъ за нанесенную ему обиду и обращалъ слабаго врага въ рабство. Это институты древнѣйшаго права, но это право есть право сильнаго и безправіе слабаго. Кто отъ природы былъ поставленъ въ наименѣе благоприятныя условія, чтобы отстоять свою личность, тотъ имѣлъ право лишь на столько, на сколько это нравилось сильному. Въ связи съ этимъ, во всѣхъ первоначальныхъ обществахъ, стоитъ зависимое положеніе женщинъ и почти безправное положеніе малолѣтнихъ дѣтей. Отъ воли отца зависѣло признать за новорожденнымъ право на существованіе или нѣтъ; въ послѣднемъ случаѣ онъ могъ оставить его на произволъ судьбы и даже убить. Почему? Такъ ему нравилось при данныхъ условіяхъ, и это было его право.

Отдѣльныя дѣйствія предшествуютъ образованію нормъ обычнаго права. Для того, чтобы образовался обычай, связывающій частную волю въ памяти людей долженъ уже накопиться на столько значительный матеріалъ сходныхъ прецедентовъ, чтобы воля была подавлена этимъ матеріаломъ. Только при этомъ условіи возникаетъ „повальный обычай“, обязательный, по русской пословицѣ, какъ царскій указъ. Обычай, слѣдовательно, при всей его древности, не есть первоначальная норма, которою управляются дѣйствія людей. Что же было до обычая? Автономныя дѣйствія, самоопредѣленіе въ формѣ самоуправства. Отсюда, въ начальной исторіи права каждого общества надо предполагать великую безурядицу. Ясные слѣды этого первоначальнаго порядка

вещей можно наблюдать въ историческія времена и притомъ весьма уже позднія.

И царскій указъ не всегда строго исполня^ются. Рядомъ съ болѣе или менѣе точнымъ его опредѣленіемъ всегда можно встрѣтить частныя отступленія практики, вызываемыя, между прочимъ, домогательствомъ заинтересованныхъ лицъ. Такія отступленія составляютъ нарушеніе указа, въ которомъ проявляется однако торжество частной воли, стремящейся къ самоопредѣленію. Если указъ обходится, тѣмъ легче встрѣтить случаи обхода обычая, который вовсе не формулированъ и держится единственно соблюденіемъ. Отсюда, хотя обычай доказывался фактами его примѣненія въ случаяхъ дѣйствительной жизни, но наличность дѣйствій, несогласныхъ съ обычаемъ, еще не можетъ быть приводима, какъ доказательство несуществованія самого обычая. „Можетъ быть господствующій обычай (повальный) и при наличности частныхъ перерывовъ и противорѣчій“ (Kierulf, 11).

Мы коснулись здѣсь самой слабой стороны всякаго обычнаго права. Если обычай, не всеміи и не всегда соблюдаемый, есть тоже обычай,—гдѣ же граница между обычаемъ сложившимся и отдѣльными автономными дѣйствіями, которыя могутъ перейти въ обычай, но еще не перешли? Твердой границы дѣйствительно нѣтъ. Въ періодъ господства обычнаго права, право установившееся и только возникающее, право дѣйствующее и вымирающее стоитъ всегда рядомъ и всегда могутъ быть перемѣшаны. Особенность этого періода состоитъ въ томъ, что тогда дѣйствуетъ не только право, которое мы называемъ положительнымъ (positives Recht), но и нѣжныя побѣги еще только возникающаго права, еще нуждающагося въ общемъ признаніи, до котораго оно можетъ и не дорости. Въ древности не всякое дѣйствующее право есть положительное (Adickes, 30). Эта особенность отразилась и на порядкѣ древняго суда. Старые судьи не только примѣняли уже сложившееся и общепризнанное право, но иногда и сами отыскивали его вновь. Нѣмецкіе шеффены, въ тѣхъ случаяхъ, о которыхъ обычай умалчиваетъ, должны были судить согласно тому, что имъ казалось наиболѣе справедливымъ и лучшимъ. Нѣтъ надобности думать, что шеффены въ этихъ случаяхъ всегда сочиняли право совершенно вновь; они могли и, конечно, дѣйствительно пользовались извѣстною имъ практикою, которая еще не успѣла перейти въ непре-

...иногда обходъ. Имя лица, въ большинствѣ случаевъ,

убѣжденія, которое по необходимости мыслится, какъ единое, или отъ природы вещи, которая представляется философскому уму также единой, онъ будетъ искать общихъ обычаевъ и не будетъ въ состояніи ориентироваться въ томъ разнообразіи началъ обычного права, какое всегда представляетъ дѣйствительность; онъ будетъ доискиваться строгой опредѣленности единыхъ нормъ въ періоды, когда въ полномъ видѣ индивидуальное самоопредѣленіе, еще не успѣвшее подчиниться обычаю. Наше право весьма долгое время и уже на глазахъ исторіи оставалось въ этомъ состояніи недостаточной опредѣленности, выражавшемся въ единовременномъ дѣйствіи разнообразныхъ началъ обычного права и въ разгулѣ индивидуальнаго самоопредѣленія. Даже въ московскомъ государствѣ мы встрѣчаемся съ проявленіями частной автономіи, и правительство московскаго государства нерѣдко признавало эти проявленія и въ своихъ указахъ санкціонировало ихъ.

Образованіе права въ каждую историческую эпоху имѣетъ свои характерныя особенности, отражающія духъ эпохи и ея воззрѣнія на право. Смотри на прошлое глазами нашего времени, мы не всегда отдаемъ должное этимъ особенностямъ; наоборотъ, мы бываемъ весьма склонны видѣть въ прошломъ тѣ же явленія, къ которымъ привыкли и въ окружающей насъ дѣйствительности. Такой невольный переносъ настоящаго въ давно прошедшее замѣчается у тѣхъ изслѣдователей, которые извѣстны намъ въ современномъ юридическомъ быту понятія „закона“ и „законодательства“ примѣняютъ къ объясненію явленій въ области образованія права XIV, XIII и еще болѣе отдаленныхъ вѣковъ.

Такъ Маѣвскій, въ своей исторіи славянскихъ законодательствъ, высказалъ мысль, что въ словахъ начальной лѣтописи о бытѣ славянскихъ племенъ, поселившихся въ предѣлахъ современной Россіи: „имяху бо обычаи свои, и законъ отецъ своихъ, и преданья“ надо видѣть указаніе на дѣленіе права по различію его источниковъ; т. е. что лѣтописецъ противопоставляетъ здѣсь законъ обычаю, и что славянскія племена еще при первомъ вступленіи ихъ въ исторію знали не только обычаи, но и законы. Несмотря на то, что Снегиревъ еще въ 1842 году замѣтилъ, что „Несторъ Печерскій давнѣе обычаи и преданія именуетъ законами отецъ“, взглядъ Маѣвскаго продолжаетъ держаться въ нашей ученой литературѣ. И. И. Срезневскій примѣнилъ его къ объясненію выраженія Олегова договора съ Греками 911 года о клятвѣ Русскихъ: „мы же кляхомся... по закону и по покону языка нашего“. По закону и по покону онъ предлагаетъ переводить римскими понятіями: *lege et consuetudine*. Такимъ образомъ, наши предки съ X уже вѣка употребляютъ слово законовъ въ смыслѣ продукта дѣятельной дѣятельности; они отличаютъ его отъ обычая совѣтъ, какъ мы дѣлаемъ это теперь.

Очень трудно думать, чтобы такъ было въ дѣйствительности, чтобы съ X уже вѣка у насъ существовала опредѣленная законодательная власть, которая творила право по своему усмотрѣнію. Но слово „законъ“ дѣйствительно употребляется въ древнѣйшихъ памятникахъ нашей письменности рядомъ съ обычаями. Что-же оно означаетъ?

Оно означаетъ тѣ же обычаи. Нашъ начальный лѣтописецъ упоминаетъ не одни только „законы отцевъ“, но и „обычаи отцевъ“. Слова: законы и обычаи замѣняютъ у него одно другое. Преданія, идущія отъ отцевъ, онъ безъ различія называетъ то обычаями, то законами. Эти законы и обычаи имѣютъ у него одинъ и тотъ же источникъ: дѣятельность отцовъ.

Все мѣсто лѣтописи, въ которомъ встрѣчаются эти слова, представляетъ образчикъ столь свойственнаго древнему языку многословія, повторяющагося и въ дальнѣйшемъ ходѣ рѣчи. Лѣтописецъ не ограничивается выраженіемъ: „Древляне живяху звѣринскимъ образомъ“, но добавляетъ: „живуще скотски“; или далѣе, сказавъ, что у Радимичей и другихъ племенъ были игрища между селъ, онъ спѣшитъ прибавить: „схожахуся на игрища, на плясанье“, и затѣмъ еще разъ повторяетъ: „и на вся бѣсовскія игрища“. Подобно этому, и выше онъ не находитъ достаточно сказать, что у каждаго славянскаго племени были свои обычаи, но прибавляетъ: „и законы отецъ своихъ, и преданія, каждо свой нравъ“; а далѣе: „Поляне бо своихъ отецъ обычай имуть“... Совокупность этихъ словъ служить ему введеніемъ къ дальнѣйшему описанію внутренняго быта славянскихъ племенъ. Въ этомъ описаніи онъ подъ рядъ, безъ всякаго различія, говоритъ о нравахъ славянъ, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, объ образѣ ихъ жизни, о пищѣ, о юридическихъ обычаяхъ (порядокъ брака) и, наконецъ, о религиозныхъ обрядахъ. Онъ передаетъ все, что извѣстно о бытѣ славянъ, но безъ всякаго обособленія внѣшней обстановки жизни отъ нравовъ и юридическихъ обычаевъ, а этихъ послѣднихъ отъ религиозныхъ обрядовъ. Всѣ собранныя имъ черты суть для него одинаково обычаи, законы отцевъ и преданія. Можно ли, при такомъ смѣшеніи нравовъ, права и религіи, думать, что въ области права онъ различаетъ уже обычай отъ закона и въ томъ именно смыслѣ, какъ можемъ различать ихъ мы?

Слово „законъ“, какъ и слово „нравъ“, означаетъ одинаково обычай, происходящее отъ слова „закъ“, которое значитъ начало, а выхъ отъ тѣхъ предѣлъ, границу. Предлогъ „за“ съ внимательнымъ надѣхомъ выражаетъ нѣкоторое движеніе, напр.: созиданіе скрылось за тучу; употребленіи слитно онъ придаетъ слову значеніе границы, предѣла, заграда и прогъ. Предлогъ „по“ имѣетъ тоже то-же значеніе; въ буду помнить; простонародное выраженіе — потуда, — Отсюда — тамъ — тамъ или покуда показывается граница человѣческой дѣ-

тельности или свободы; законъ и поконъ есть тотъ порядокъ, которому человѣкъ долженъ подчиняться въ своихъ дѣйствіяхъ. Но и обычай есть тотъ же порядокъ, подчиненіе которому обязательно; а потому обычное право представлялось со всѣми признаками закона, т. е., гра-
1872

Въ древнее время были въ употребленіи ссылки на неписаное право, на живой, всѣмъ извѣстный обычай. Съ такими ссылками встречаемся въ исторіи франкского права. Нѣкоторыя редакціи салическаго закона и другіе документы того же времени дѣлаютъ ссылки на *lex salica*, а между тѣмъ ни въ одной редакціи этого закона нѣтъ постановленій, соответствующихъ ссылкамъ. Ясно, что въ существующія редакціи салическаго закона, этотъ законъ не перешелъ весь, безъ остатка, и что ссылки на *lex salica* имѣютъ въ виду не писаное право, а живые народные обычаи, которые послужили матеріаломъ для издателей салическаго закона, но не исчерпаны ими вполне. Въ связи съ этимъ стоитъ тотъ важный для насъ фактъ, что слово *lex* въ средне-вѣковыхъ германскихъ памятникахъ употребляется далеко не въ томъ тѣсномъ смыслѣ, какой оно имѣло въ Римѣ. Въ средневѣковой латини оно обозначаетъ не только законъ, но и обычай. *Lex salica*, поэтому, не есть непременно законъ, или писаное право, это и живой народный обычай, нигдѣ не записанный (Pardessus и Zoerfl). Тоже могло быть и у насъ. Это предположеніе не исключаетъ въ себѣ ничего невѣроятнаго, такъ какъ и у насъ слово законъ такъ же означаетъ обычай, какъ у германцевъ латинское слово-*lex*. На эти живые, всѣмъ извѣстные обычаи—договоры и ссылки.

Противоположное мнѣніе основывается, главнымъ образомъ, на сходствѣ статьи договоровъ о штрафѣ за ударъ мечемъ, или какими либо орудіемъ, съ соответствующими постановленіями Русской Правды. Но это сходство, если сравнивать статьи Русской Правды въ цѣломъ ихъ составѣ со статьями договоровъ, далеко не такъ близко, чтобы можно было видѣть въ Русской Правдѣ источникъ постановленій договоровъ. По Русской Правдѣ, денежный штрафъ за ударъ мечемъ назначается въ томъ случаѣ, если обиженный не отомститъ за нанесенное ему оскорбленіе. По Русской Правдѣ, значитъ, обиженный ститъ; въ соответствующей же статьѣ договоровъ о мести вовсе не упоминается. Далѣе, въ договорахъ есть и такія ссылки на „русскіе законы“, которыя вовсе не оправдываются извѣстными намъ редакціями Русской Правды. Такова, напримѣръ, статья договора 945 года, по которому русскій человѣкъ, порабитившій Грека, съ корабля выброшеннаго на мель, подлежитъ отвѣтственности по „закону русскому“ и третьему. Русская Правда ничего не знаетъ о такомъ случаѣ. Ссылки на договоръ на „русскій законъ“ и у насъ шире. Ссылки на Русскую Правду, явленіе совершенно анало-

представляют ссылки памятниковъ древняго франкскаго права на салическій законъ. Русскій законъ „договоровъ и начальной дѣтописи—это русскій обычай, изъ котораго только очень немногое вошло въ договоры и писаную Русскую Правду.

Когда-же и какъ слово законъ разошлось въ смыслѣ со словомъ обычай?

Это случилось, когда на Руси начало распространяться Византийское право. Переводчики греческихъ книгъ встрѣчали слово „*νομος*“ въ смыслѣ императорскихъ постановленій. Передать это слово на русскій языкъ „обычаемъ“ было неудобно, такъ какъ греческое право вноситъ новыя начала, къ которымъ у насъ не было привычки; слово законъ этого неудобства не представляетъ, имъ и стали переводить „*νομος*“. Извлеченіе изъ постановленій императора Юстиніана носить въ кормчихъ книгахъ наименованіе: „Юстиніана царя законъ“. Судебникъ царя Константина названъ „судебникъ греческаго закона“. Откровенному ученію присвоится названіе „законъ Божій“, закона христіанскаго; и въ наше время народъ говоритъ: „принять законъ“, „жить въ законѣ“. Слово же *поконь* до сихъ поръ народъ нашъ употребляетъ въ смыслѣ обычай. Но, выражая границу дѣятельности, оно можетъ употребляться и для обозначенія княжескихъ распоряженій. Въ этомъ смыслѣ встрѣчаемъ его въ Русской Правдѣ. Въ 7 ст. Троицкаго списка говорится, что при Ярославлѣ были такіе-то „поконы вирные“. Въ спискѣ Академическомъ въ ст. 42 въ этомъ же мѣстѣ написано „поклоны“ вмѣсто „поконы“. Это простая ошибка. Въ концѣ же статьи читаемъ: „то ти урокъ Ярославъ“, т. е. вышеприведенные поконы вирные установлены Ярославомъ.

Для обозначенія древняго права, кромѣ словъ „законъ и поконь“, у насъ были употребительны еще выраженія: *пошлина* и *старина*.

„Пошлиной“ называется все то, что пошло издавна, изъ старины: „а дворяномъ твоимъ, княже, ходити по *пошлинѣ*, како пошло исперва“; „а отъ Смоленска чистый путь до Риги, а не надобѣ имъ ни вошець, ни мыто, а на Володѣ, какъ то есть пошло“. Эта *пошлина* имѣетъ, конечно, свое начало. Всякій порядокъ пошелъ отъ отдѣльнаго случая; моментомъ, опредѣлившимъ тотъ или другой способъ дѣйствія въ извѣстномъ случаѣ, была чья либо личная воля, можетъ быть даже воля князя; но этотъ порядокъ становится правомъ не потому, что такъ хотѣло извѣстное лицо, а потому, что онъ соблюдался пѣлымъ рядомъ лицъ. Только въ силу соблюденія дѣлается онъ обязательнымъ. Ссылаются не на лицо, которое такъ поступило, а на соблюденіе изъ старины. Всякая *пошлина* есть *старина*.

Новгородъ представлялся людямъ