

**О НАУЧНОЙ РАЗРАБОТКЕ ИСТОРИИ
СЛАВЯНСКОГО ПРАВА
(Вступительное чтение
в «Историю славянских законодательств»
в Новороссийском университете
в Одессе 3 марта 1870 года)¹**

В. БОГИШИЧ

Милостивые государи!

С полным сознанием громадной трудности дела принимаюсь я за преподавание истории славянского права. На мою долю выпал почин изложения с университетской кафедры науки, которая касается важнейших жизненных отношений почти стомиллионного племени, в его историческом развитии, в его многовековых связях и столкновениях с чужими племенами и народностями. На мою долю выпало преподавание науки новой, молодой, лишь на наших



глазах начавшей приобретать право гражданства в ряду других юридических наук. Мне предстоит изложение предмета, который, надо сознаться, еще доселе не приобрел вполне твердых основ, отличается материальной неполнотой, отрывочностью и недостаточной разработкой в способе исследования. Если прибавлю к этому еще то важное обстоятельство, что я в первый раз вступаю на кафедру, что я должен притом излагать свой предмет на языке, не совсем еще усвоенном мною, то вполне понятны будут вам, милостивые господа, побуждения, заставляющие меня просить у вас снисхождения к моим лекциям. Ваше внимание будет для меня лучшим поощрением и поддержкой в предстоящих моих работах.

Предметом первой моей беседы с вами, милостивые господа, я избрал вопрос о том, как, каким путем и способом следует изучать и разрабатывать историю славянского права. Так как этот предмет принадлежит к числу историко-юридических наук, то считаю уместным предварительно коснуться общих воззрений и результатов, к каким пришла историко-юридическая школа вообще, и, вместе с тем, изложу свой собственный

¹ Текст передруковується за виданням: Богишич В. О научной разработке истории славянского права // Заря. — 1870. — № 6. — С. 41–67.

взгляд на разработку истории права. Из этого можно будет видеть, каким направлениям мы будем следовать при изучении нашего специального предмета.

Прежде всего считаю нужным заметить, что если по вопросам социальным и политическим мы обыкновенно обращаемся к Англии и Франции, то за разъяснением главных вопросов, разработанных новейшими школами юриспруденции, в особенности школой исторической, мы должны обращаться преимущественно к Германии. Это еще не значит, что эти народы как бы предназначены быть исключительными руководителями ученого мира в области указанных наук. Дело в том, что в государственной и юридической жизни Англии, Франции и Германии развилось более чем где-либо аномалий, что естественно должно было приводить к борьбе, к общественным переворотам и преобразованиям, а вследствие того там рано должна была явиться потребность в научном анализе явлений общественной жизни.

Какие же причины вызвали потребность в историко-юридической школе в Германии? Их нужно искать в одностороннем направлении старой немецкой юриспруденции, в крайнем увлечении средневековых юристов римским правом, бывшим в их глазах как бы *ratio scripta*.

В самом деле, ученый вандализм нигде не свирепствовал в такой степени; манья подводить все правовые институты и отношения под воззрения чуждого права нигде так неограниченно не царила, как между немецкими юристами прошлых веков.

Господство римского права, перенесенного в Германию ревностными немецкими учениками возникшей в XII веке глоссаторской школы в Болонье тем более распространялось, чем более размножались в самой Германии школы и учителя этой науки¹. Рассматривая римское право как произведение самого разума, немецкие легисты естественно считали варварским, недостойным внимания науки всякий немецкий правовой институт, который не подходил под начала римского права. Местные установления отдельных земель были в их глазах лишь уклонения и неправильности (*aberrationes*). Само собою разумеется, что легисты считали своей священной обязанностью истреблять их, уничтожать, или, по крайней мере, видоизменять по началам своего «писаного разума». По словам германиста Безелера, трудно найти хоть один немецкий правовой институт, который бы не поддался более или менее влиянию римского права².

Высочайшее произведение римского духа — римское право — имело своих поклонников и поборников и в других средневековых землях; но никому в них не приходило в голову искоренять живые правовые институты своего народа. Во Франции, например, и особенно в стране, известной под именем *pays du droit coutumier*³, именно в эпоху знаменитого романиста Куяция⁴ самым ревностным образом собирали и записывали юридические обычаи (*coutumes*)⁵.

¹ Beseler, *System des gem. deutschen Privatrechtes*. § 8.

² Beseler I. с. стр. 30. Что романисты не имели такого громадного влияния на институты государственного права, то это было не потому, что они не желали, а потому, что не могли, не имели средств и способов осуществить в той сфере свой римский идеал.

³ *pays de droit coutumier* — «країна звичаєвого права» (фр.) — північна Франція. — *Прим. наук. ред.*

⁴ Яків Куяцій (1520 чи 1522–1590) — французький юрист, фахівець з римського права. — *Прим. наук. ред.*

⁵ Warkönig und Stein, *Französische Staats- und Rechtsgeschichte II.*, 76–80.

Во время Людовика XIV, наряду с римским и каноническим правом, введено было в университеты и право французское, как один из главных предметов преподавания¹. Даже славяне, обыкновенно упрекаемые в подражательности и легком заимствовании чуждых учреждений, умели противостоять абсолютному господству римского права², хотя и чехи и поляки посещали Болонский университет с первых лет его существования и записывались в нем отдельными нациями, — а чех *magister Damasus*³ находился в числе самих глоссаторов⁴.

Впрочем, и в Германии являлся отпор против романистов; весьма часто встречаются доказательства такого противодействия, нередко даже со стороны могущественных сословий⁵. Но это противодействие мало помогало делу. Не только императоры смотрели на себя как на каких-то наследников римских цезарей, и потому защищали законы своих предшественников, в особенности благодаря так называемым *emblemata Triboniani*⁶, но и церковь охотно брала, вследствие некоторых побуждений, римское право под свою могучую защиту⁷. Римские юристы, не довольствуясь владычеством в университетах, стремились подчинить своему влиянию и суды, и действительно, мы видим, что они сверх подачи мнения по важнейшим юридическим вопросам, мало-помалу забирают еще в свои руки все главнейшие места в высших судах (*Obergerichte*) и даже в самом имперском суде (*Reichsgericht*)⁸.

Приобретя таких защитников, римское право, понятно, не имело повода бояться конкуренции со стороны права простых и неученых немецких заседателей (*Schöffen*). И в самом деле, уже в начале XVI века римское право одержало полную победу⁹. Но «с этой победой, говорит Блунчли, наука права потеряла очень много своей жизненной силы, мертвела все более и более и низошла до бессмысленного, но практически удобного применения мертвых и абстрактных начал. Невыносимый формализм, педантство, безвкусице, рабское

¹ Закон, которым преобразовывались французские юридические факультеты, гласит об этом так: *Et afin de rien omettre dece qui peut servir a la parfaite instruction de ceux, qui etreront dans le charges de judicature, nous voulons que le droit françois contenu dans nos ordonnances et dans les coutumes soit publiquement enseigné, et a cet effet nous nommerons de professeurs qui expliqueront les principes de la jurisprudence française, (Ordonnance dd. avril 1679 art. 14. в Recueil des anciennes lois françaises X. 477).* Правда, что преподавание немецкого права вошло еще в прошлом веке в курсы некоторых университетов в Германии, но далеко не как предмет, равный римскому праву. Только в начале нынешнего столетия оно сделалось предметом вполне самостоятельным. (*Zöpfl. Deutsche Rechtsgechichte* § 56 VIII).

² Польский юрист Ян Кирст. Церазын (+ 1551) наивно говорит: «Наши не любят римского права, потому что его надо долго учить и блуждать в нем, как в лесу; у нас каждый судит, как научился от деда и прадеда». (*Slov. naučný* VII. 513).

³ Гилелмус Дамасус (*Gulielmus Damasus*) — глоссатор и викладач Болонського університету чеського походження наприкінці XII — початку XIII ст. — *Прим. наук. ред.*

⁴ *Savigny, Geschichte des röm. Rechtes im Mittelalter* V. 409.

⁵ Так, напр., баварское рыцарство в 1499 году подало жалобу, в которой между прочим говорится: «*in iudiciis intollerabilis error. Non enim eliguntur iudices more antiquo, sed multi juris romani professores, pauci magistratus, nobiles atque provinciales. Cum jus municipale servandum sit et antiquae consuetudines pro legibus habendae sint, fit, ut multa his contraria fiant, unde de ceptiones, errores et turbae oriuntur. Illi enim juris professores nostrum morem ignorant, nec etiam si sciant, illis nostris consuetudinibus quicquam tribuere volunt.*» *Zöpfl. Deutsche Rechtsgeschichte.* § 55. Указание на другие протесты римским юристам в Германии см. там же.

⁶ Сравн. напр. *Fr. 31. Dig. de legibus (1.3): «Princeps legibus solutes est.»* — *fr. 1 Dig. de Constit. princ. (1.4): «quod principi placuit, legis habet vigorem.»*

⁷ *Zöpfl. Deutsche Rechtsgeschichte* § 18. VI; § 27. IV.

⁸ *Ahrens, Jurist. Encyclopädie.* 479–480; *Beseler, System etc.* стр. 22.

⁹ *Ahrens I, c. 470.*

подчинение римскому праву, схоластически изучавшемуся больше по преданию, нежели по источникам, — вот характеристические черты римской юриспруденции последних веков в Германии»¹.

Не много помогло и оживление изучения классической древности в Италии, а с ним и ближайшее знакомство с источниками римского права. Если до этого времени легисты рабски держались общего мнения ученых (*communis doctorum opinio*), на которое большое влияние имела практика, особенно итальянских юристов, то теперь, имея в руках римские кодексы, легисты стремились еще больше отрешиться от житейских и бытовых условий и народных воззрений о праве.

Воззрения философии, которая, благодаря Гроцию и Пуфендорфу, проникла и в область права, хотя и подвинули вперед международное и уголовное право, но гражданского почти и не коснулись. И само так называемое естественное право не в силах было бороться с господством в науке воззрений легистов, благодаря своей односторонности и притязанию выводить право *a priori* из субъективного разума, не обращая внимания на положительные нужды и отношения действительной жизни.

Неудивительно поэтому, что неудачная наука римского права, шаткие принципы естественного права, отрицание народных юридических обычаев, наконец, разные политические и социальные отношения привели к мысли, что законодательная власть и ее личное благоусмотрение есть единственный источник права в государстве, — мысль, которая послужила главным основанием и источником кодификаций, совершенных в конце прошлого и начале нынешнего века в главнейших западноевропейских государствах. В этой исключительности и господстве писаного права были убеждены в начале нынешнего века и знаменитейшие учителя права в Германии. Между прочим, Тибо изложил это убеждение (которое, конечно, коренилось не столько в научной основе, сколько в современных политических отношениях его отечества), в особом сочинении, ратующем за единую кодификацию гражданского права для всех немецких земель².

Эта путаница идей, это неестественное направление юриспруденции должны были найти какой-нибудь исход, которым бы можно было выйти из лабиринта на прямую дорогу. Таким исходом была предназначена стать историческая школа.

Эйхорн собственно первый, — если не считать прежние слабые попытки — начал обрабатывать немецкое право в научно-историческом направлении³; в области же римского права Куяций еще в XVI веке пробил дорогу историческим разысканиям, но настоящим основателем историко-юридической школы надлежит считать Карла Фридриха Савиньи.

Этот великий ученый был не просто собирателем и излагателем фактов и догматов, как его предшественники; он первый светлым и глубоким взглядом проник во внутреннюю природу права и ясно изложил свои наблюдения в великом труде «О призвании нашего времени в отношении к законодательству»⁴. Вот что он говорит о природе, свойстве, развитии и функции права:

¹ *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen* (1862) стр. 45–46.

² *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechtes für Deutschland. 1814.* и в своем времени: *Civilistische Abhandlungen 1814* стр. 404, след.

³ *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. Göttingen 1808–1823.*

⁴ *Ueber den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung 1844*; II изд. 1828; III изд. 1840.

«Всюду где только мы находим документальную историю, там гражданское право уже имеет определенный характер, свойственный данному народу, как и его язык, нравы и учреждения. Эти явления не имеют своего обособленного бытия: это только отдельные силы и деятели, по природе своей неразделимо соединенные и только нашему наблюдению являющиеся в виде особых функций. Их сплачивает в одно целое общее убеждение народа, одинаковое сознание их внутренней необходимости, которое исключает всякую мысль об их случайном и произвольном созидании»¹. Несколько ниже он продолжает:

«Эта органическая зависимость права от сущности и характера народа постоянно сохраняется. В этом отношении право можно сравнить с языком. Как в языке, так и в праве нет и минуты безусловного застоя, оно подвержено тому же движению и развитию, как и всякая иная деятельность народа, и это развитие подчиняется одному и тому же закону внутренней необходимости».

«Право таким образом вместе с народом растет, развивается и умирает лишь с утратою народом его личности»².

Воззрения Савиньи на сущность и развитие права вскоре нашли себе многих последователей, но встретили и горячих противников.

Смешивая понятие исторического права с историей права, одни из противников говорили, что он стремится лишь оживить старые заржавевшие институты, только тормозящие прогресс. Подобный упрек положительно несправедлив: историческая школа вовсе не отвергает, и при своем стремлении исследовать генетическое развитие юридической жизни народов, не может отвергать прогрессивного развития права.

Другие укоряли историческую школу в том, что она пренебрегает философскими воззрениями, довольствуясь случайными и отрывочными историческими данными. Не трудно заметить, что и это возражение не основательно. Сама плод глубокого философского воззрения на сущность права, школа эта своими исследованиями может, напротив, оказать величайшую услугу философии, полагая в ее основу прочный материал, в силу которого только она и может быть производительной в области права. Без этой положительной исторической основы умозрительные мыслители в области нашей науки всегда будут напоминать известные стихи Гете:

*Ich sag' es dir: ein Kerl der speculiert,
Ist wie ein Their auf dürrer Heide;
Vom bösen Geist im Kreis herumgeführt,
Und ringsumher liegt schöne grüne Weide!*³

Главный вывод сочинения Савиньи заключается в том, что его время еще не созрело до того, чтобы быть законодателем, — мысль, направленная, очевидно, против современных кодификаторов. Это дало повод думать, что историческая

¹ *Ibid.* стр. 8.

² *I. c.* стр. 11.

³ «Хто в мудрощі химерній заходить,

Той мов осел, невдаха-довговух,

Якого пустирем мара по колу водить,

Коли кругом хвилює пишний луг».

(Йоганн-Вольфганг Гете. Фауст. Частина перша, переклад М. Лукаша). — *Прим. наук. ред.*

школа безусловно противна всякому законодательству. Это однако несколько не было мыслью Савиньи, а еще менее его последователей¹. Они требовали или должны были требовать одного: чтобы юрист, принимающий участие в законодательстве, знал внутреннюю природу права, знал данное народное право, во всех видах его проявления, во всех его отношениях, — знал, наконец, народную жизнь, народные убеждения и народные потребности. Действительно, не только практик-юрист при толковании законов, но и законодатель при их составлении не должен терять из виду превосходного правила знаменитого римского юриста Паула: *Regula est quae rem quae est breviter enarrat, non ut ex regula jus summatur, sed ex jure quod est regula fiat*². Все эти требования и правила необходимы законодателю, даже в отрицательных случаях, т. е. когда он хочет, вследствие каких либо нравственных, экономических или политических соображений, отменить, видоизменить или совершенно преобразовать какой-либо живой правовой институт. Как же лечить врачу болезнь без предварительного диагноза?

Несмотря однако на все опровержения мыслей Савиньи, враждебные голоса мало-помалу умолкали, и теперь очень мало научно образованных юристов, которые бы не соглашались словом или делом, по крайней мере, с главными началами историко-юридической школы.

Другой совершенно вопрос: исполнила ли эта школа свою задачу, оказала ли она науке всю пользу, которой с полным правом можно было ожидать от нее? При внимательном взгляде на всю деятельность исторической школы, особенно в отношении к гражданскому праву, составляющему главную ее специальность, мы должны на этот вопрос отвечать отрицательно.

Действительно, юриспруденция — разумеется здесь науку гражданского права — уже несколько лет находится в Германии в состоянии кризиса. Это выражается не только в литературе, но и в самой жизни.

Несколько лет тому назад появилась в печати речь прусского государственного прокурора Кирхмана, сказанная им в берлинском юридическом обществе. Основная ее мысль видна из самого ее заглавия: «О ничтожестве юриспруденции как науки»³. Если можно сказать об этом сочинении, что по правилу логическому *ex mere negativis nihil sequitur*⁴, то тем не менее замечателен сам факт заявления подобного мнения одним из видных практиков-юристов Пруссии. И до настоящего времени являются нередко сочинения, указывающие на то, что и до сих пор наука права не вышла еще из состояния кризиса, что доселе она не вступила на прямой путь, несмотря на все усилия отдельных деятелей дать ей надлежащее направление, выработать рациональные методы исследования и пр.⁵

¹ Bluntschli, *Die neueren Rechtsschulen* стр. 13.

² *frag. 1 Dig. de reg. juris* (50.—17).

³ *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag gehalten in der juridischen Gesellschaft zu Berlin vom Staatsanwalt von Kirchmann. Berlin 1848.*

⁴ «Лишь з негативних посилок нічого вивести не можна» (лат). — *Прим. наук. ред.*

⁵ Не говоря о мелких статьях, укажем на несколько мнений, приведенных в книге Кунце «*Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft*» (Leipzig 1856 стр. 8—9) о состоянии кризиса в юридических науках и о предлагаемых средствах к излечению его, средствах самых разнообразных.

Блунчли в предисловии к первому тому своей «*Kritische Ueberschau*» говорит: «Очевидно, что наша теперешняя наука вступила в новую фазу развития». Но прибавляет только, «что в немецкой юриспруденции философское знание и историческое исследование должны бы действовать

Неудовлетворительное состояние науки права высказывается как нельзя лучше в отношении к ней юридической практики и самого общества. В этом случае многозначителен тот факт, что практика постоянно отделяется от теории, хотя, по словам Савиньи, самая лучшая теория должна быть вместе с тем и лучшей практикой. В Западной Европе вообще и в Германии в особенности общество повсюду требует третейских судей и бежит ученых, как и торговые люди стремятся иметь судей без ученых заседателей; такой же привилегии ищут фабричные классы и селяне для своих судов. Не обличают ли все эти факты *testimonium paupertatis*¹ ученых юристов, а через них и их науку в ее нынешнем положении? Постоянное искание присяжных основывается ни на чем ином, как на этом же мотиве, хотя юристы, по замечанию Кирхмана, стараются объяснить превосходство этого института совершенно другими причинами.

Из сказанного легко понять, что историко-юридическая школа еще не много сделала для науки. Следует при этом припомнить, что сочинение Савиньи, считающееся основанием историко-юридической школы, вышло почти одновременно с трудом Боппа², положившим основание научному языковедению, и что сам основатель историко-юридической школы часто указывал на сходство организма языка и права, — мысль, которая затем на все лады повторялась последователями Савиньи. Но каких результатов достигли обе науки? Языковедение в течение полувека своего существования дало такие плоды, о каких прежде не мог мечтать и самый смелый ум; оно сделалось наукой, к которой все ее сестры, науки исторические, должны прибегать за помощью в своих исследованиях; а что между тем сделала старшая ее сверстница — наука исто-

вместе, и что она должна бы более и более согласоваться с действительной жизнью народа». Почти то же самое он говорит и в позднейшем сочинении «*Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*», 1862.

Гепб (*Reform des deutschen Rechtslebens* стр. 74-й след.), принимает кроме философской и исторической школы еще третью школу приверженцев Гегеля, как бы посредницу между двумя первыми, которую он называет историко-философской.

Рейнгард Шмид (*Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechtes* сmp. III), отвергнув прежние теории, представляет обзор теории науки, выходя из убеждения, что только с помощью психическо-антропологической критики, основанной на эмпирическом внутреннем самоубеждении, может получиться прочная основа для науки.

Лейст (*Studien über die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute* I. 2) относительно научного метода римского права замечает, что его время прошло и что ныне требуется новый метод для дальнейших успехов в догматическом изучении римского права. Тут нужно что-нибудь иное, одинаково далекое как от исторических, так и философских вопросов, именно познание «природы и устройства здоровых жизненных условий». Он называет это «изучением природы» (*Studium der Natur*).

Аренс, в предисловии к своей энциклопедии права (стр. V), говорит: «Существенные недостатки остались, так что желательнее более новое научное движение в области римского права, более глубокое вникание в вещи и соответственное тому образование понятий». В тексте же (I 323) он говорит: «Уже началась в некотором отношении новая эпоха, которая по внутреннему сглаживанию существующих противоречий будет философско-исторической и которая с образованием сравнительной юриспруденции будет стремиться к необходимым реформам в практическом направлении и преследовать цель общего немецкого законодательства».

Бринц (*Kritische Blätter* № 3) замечает: «Кажется, пробуждается новое направление, исходящее из той мысли, что и право имеет свою природу, свои элементы и свои творения (*Geschöpfe*), свои виды и свои особи, свою силу и свою слабость, свой случай и свой закон, — природу, которую юристы и законодатели воспитывают или портят, а никогда не создают. Это направление можно назвать естественно-историческим».

¹ «Свідчення злиденності» (лат.). — *Прим. наук. ред.*

² *Conjugationssystem der Sanskritsprache in Vergleichung mit jenem der griechischen, lateinischen, persischen und germanischen*. 1816.

рии права? Мы выше видели, в каком состоянии находится цивилистика — одна из главных отраслей юридических наук! Какие же причины такого явления?

Нельзя допустить, чтобы Савиньи обманулся, находя в праве органическую природу, подобную той, которую лингвисты приписывают языку, нельзя допустить, чтобы было менее деятелей на нашем поле, чем на поле лингвистики. Мы думаем, что неуспешность нашей школы главнейше заключается в способе исследования и обработке предмета.

Филологи не только разрабатывают лингвистический материал, проникая в основание состава и строя языка, но пользуются им, особенно после трудов Гримма¹, для объяснения всех сторон жизни, насколько они выражаются в слове и объясняют слово народа. Во всех своих работах они держатся одного направления: путем научного сравнения и анализа проникать в законы, действующие на явления ими наблюдаемые во временном их видоизменении.

Если бы юристы-историки следовали примеру языковедов, с которыми относительно предметов исследования, по их же собственному признанию, у них много аналогий, то они должны бы были, кроме издания памятников, распределить свои работы приблизительно следующим образом:

I. Критически выбирать материал в источниках, в какой бы форме они ни являлись, и разрабатывать юридическую догматику.

II. Исследовать элементы отдельных юридических институтов, определять отношение их между собой и к остальным сторонам народной жизни.

III. Отыскивать путем научного сравнения и критического анализа законы, по которым право рождается, живет, изменяется и умирает.

Постараемся рассмотреть, по крайней мере в общих чертах, те результаты, каких достигла историческая школа в этих трех направлениях.

I. Самая большая погрешность историко-юридической школы по отношению к исследованию материала заключается, как мне кажется, в том, что целый предмет рассматривается ею почти исключительно с одной юридической точки зрения. Историк приносится в жертву юристу, вместо того, чтобы оба элемента, юридический и исторический, шли равномерно и согласно. Филологи нового времени в этом случае поступают рациональнее; отделившись от филологов староклассического закала, оставшихся верными старине, они взяли из своего общего достояния только то, что им нужно, и пошли совершенно новым путем. Юристы-историки не догадались сделать того же, не могли расстаться со старыми традициями — и потому остались односторонними.

Вследствие этой односторонности юристы, например, в исторических исследованиях предмета не могут отрешиться от юридической фикции. При пользовании каким-нибудь законом для исторических целей исследователь почти всегда берет закон так, как будто он во всей своей полноте вошел в плоть и кровь народа, хотя бы он скроен был людьми, которые думают, что не одежда существует для человека, а человек для одежды. Фикция, что закон после обнародования входит в жизнь, нужна и даже необходима в интересах юридической теории и практики; но для историка-юриста, если он примет ее абсолютно, она может быть в высшей степени опасной и вредной, потому что через это и самая история становится для него фикцией и, так сказать, документальной ложью.

¹ Якоб Людвиг Карл Гримм (1785–1863) — немецкий филолог. — *Прим. наук. ред.*

Мне кажется, что историк-юрист в этом случае обязан более всего обращать внимание на следующие вопросы: кем издан закон; при каких обстоятельствах и влияниях; в какой мере закон согласуется с экономическими, культурными, религиозными отношениями и юридическими убеждениями народа; насколько этот закон был изменен практикой и администрацией, какое влияние оказал на народ и прочее. И действительно, закон, особенно издаваемый *ab alto*¹, имеет обыкновенно в виду не утвердить живущее в народе право, но ввести вместо него новое. Законодательство, которое не обращает внимания на общебытовое положение народа, становится часто в противоречие с целой народной жизнью.

Так, например, в Далмации 60 лет, а в Хорватии 20 лет тому назад был введен общий австрийский гражданский свод, действующий до сих пор; но в Далмации, особенно по вопросу о юридических отношениях семьи и наследства между крестьянами, составляющими громадное большинство населения, он никогда не вступал и не мог вступить в жизнь: его должны были игнорировать и народ, и судьи². В Хорватии и Словении само министерство вынуждено было административным порядком приостанавливать действие тех частей, которые находились в коренном противоречии с обычным правом крестьянского народонаселения³.

К тому же порядку явлений принадлежит и неудачная попытка Петра Великого ввести положение о единонаследии (1714 года), столь противном общему убеждению⁴, что императрица Анна Ивановна (1731 года) принуждена была его отменить⁵. Точно так же и депутаты Екатерининской комиссии не могли увлечься идеалами императрицы, навеянными ей чтением Монтескье⁶.

Нередко сам народ, вступивший в новую фазу жизни, сознает недостаточность старых обычаев, ищет заменить их твердыми законами, и не имея при этом настолько самостоятельности, чтобы устанавливать законы согласно со своими нуждами, заимствует их, с некоторыми незначительными изменениями, у народа, которого он считает просвещеннее себя. Но лишь только он начнет пользоваться этой не по его мерке сшитой одеждой, невольно замечает, что на одних местах она безобразно широка, а в других безобразно его давит. Нечто подобное

¹ «Понад усе», «вищий» (лат). — *Прим. наук. ред.*

² Судьи в этом игнорировании закона основываются на § 761 свода гражданских законов, который говорит о наследстве крестьян, но совсем в другом смысле. Только для Военной Границы было установлено наследство задруги, но не гражданскими законами, а уставом этой земли (*Grundgesetz für die Militärgrenze*) от 7 мая 1850, в §§ 22, 25, 26.

³ Сюда относится напр., *Verordnung des Ministeriums der Justiz v. 5 März 1860 «Zur Erzielung eines gleichmässigen (!) Verfahrens der Gerichte findet das Ministerium der Justiz im Grunde allerhöchster Ermächtigung v. 2 März 1860. zu verorden, dass auf die in Croatien und Slavonien bestehenden Hauscommunions, bis zurendgiltigen Regelung derselben, wegen Schuldendereinzelnen Communionmitglieder keine Executionen bewilligt und geführt. und ebenso diejenigen Executionen welche in solchen Fällen von den unteren Gerichten oder von dem Obersten Gerichtshofe selbst bewilligt werden, eingestellt werden».*

⁴ Неволин (История гражданских законов III 424–425) замечает «Порядок наследования, введенный Петром Великим, встретил сопротивление в существовавших дотоле обычаях. Родители, по равной любви ко всем своим детям, употребляли все средства для того, чтобы разделить между ними свое имение по равным частям, прибегали для того к подложным продажам и закладам; обязывали детей великими клятвами, чтобы получивший после них все имение передал часть его своим братьям; из-за наследства рождались между детьми и родственниками ссоры, ненависть, смертоубийства» ср. и §§ 518, 521 того же сочинения.

⁵ *Ibid.*

⁶ А. Попов. Предложения депутатов екатерининской комиссии о сочинении проекта нового положения о наследстве, в журнале «Заря» январь 1970 года стр. 74–107.

случилось, например, с сербами в княжестве при издании свода гражданских законов. Это издание лучше всего характеризуют слова одного из лучших сербских юристов: «Мы страшно погрешили, говорит он, тем, что усвоили себе законы извне, без всякого внимания к народным понятиям, обычаям и нуждам. Законы, взятые извне, без достаточной их оценки, сделали то, что во многих случаях, имея закон, остаемся без него, и народ, а часто и сами власти, не разумеют закона... Отсюда выходит, что делаются противозакония в то время и там, когда и где никто не желал бы поступать против закона¹.

Все это, полагаем, ясно свидетельствует о недостаточности определения одной формальной стороны дела, без исследования внутренних его оснований и мотивов. Так, например, нам кажется, что для германского историка-юриста не имеет еще такой великой важности решение известного спора по вопросу о том, было ли римское право принято в Германии *in complexu*² или нет, «*ganz*» или «*im ganzen*»³. Если бы даже в самом деле законодательная власть формально дала римскому праву всю силу закона, то и в таком случае можно усомниться в исключительном его господстве: при этом стоит лишь вспомнить выражение *usus modernus pandectarum*⁴. С другой стороны, если бы законодательная власть и отменила действие римского права, то нельзя бы было придавать тому большее значение. Стоило бы только взглянуть на множество германских институтов, видоизмененных в духе римского права или совершенно замененных им, чтобы удостовериться в действительном его господстве.

Другая не менее выдающаяся односторонность новых юристов заключается в том, что они мало или почти вовсе не обращают внимания на обычное право. Вместо того, чтобы следовать древним римским юристам, так уважавшим его⁵, наши новые юристы скорее в этом отношении подражают средневековым болонским глоссаторам, из которых первый, Ирнерий, отпел обычному праву вечную память⁶. Даже и после важных трудов Савиньи и Пухты⁷, доказавших необходимость обращать самое строгое внимание на обычное право, оно все-таки еще не заняло подобающего места в науке. Правда, важное издание Гримма⁸ отчасти восполнило этот пробел в источниках немецкого права и возбудило подражание в некоторых ученых обществах Германии, но все этого рода материалы представляют обычаи, записанные в прошлые столетия. Что же касается до собирания и изучения современных юридических обычаев немецкого народа, наука, можно сказать, еще до сих пор ничего не сделала; а между тем, сколько можно найти в них материала для юридической палеонтологии! В этом случае поучителен пример лингвистов, которые живыми, не принятыми еще ни в какой академической словарь речениями объясняют самые древние

¹ Протокол Шабачкого магистрата (в Белграде 1868 г.) в предисловии Н. Крстича. См. «Сборникъ закона и уредбъ изданихъ у Княжеству Србїи», в котором повсюду встречаются законы, уничтожающие или изменяющие отдельные постановления в гражданском своде сербском.

² «Сукупно» (лат.). — *Прим. наук. ред.*

³ «Все» чи «у всьому» (нім.). — *Прим. наук. ред.*

⁴ «Використовувати сучасні пандекти» (лат.). — *Прим. наук. ред.*

⁵ *Frag. 32, 33, 35, 40. Dig. I. 3; const. 7. Cod. I. 44; Nov. 22 cap. 1 etc.*

⁶ Комментируя I, 32 *de legibus* (I, 3) он говорит: «*Loquitur haec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per consuetudinem abrogabantur. Sed quia hodie potestas translata est in imperatorem nihil faceret desuetudo populi*». (*Savigny. Gesch. d. röm. Rechtes in Mittelalter IV. 387*).

⁷ *Das Gewohnheitsrecht. Erlangen 1828.*

⁸ *Die Weisthümer.*

формы языка; не меньше поучителен пример мифологов, открывающих в современных обычаях следы верований дохристианских времен.

Здесь уместным будет коснуться одного, по нашему мнению, неверного воззрения Савиньи, воззрения, которое, вероятно, было одним из поводов к тому, что и новейшие историки права слишком много ценят свои юридические знания и пренебрегают образом мыслей и убеждениями народа и его отдельных слоев. Мы считаем нужным обратить тем более внимание на это воззрение Савиньи, что, сколько нам известно, ученые, даже сами его противники, до сих пор мало указывали на его ошибочность.

Сказав о творческой деятельности народа первобытной эпохи в сфере права, он говорит далее об эпохе более развитой: «При дальнейшем развитии культуры все отрасли народной деятельности обособляются все более и более; что некогда делалось сообща, теперь выпадает на долю частных лиц. Являются юристы в виде отдельного сословия. Право начинает развиваться со стороны языка, принимает научное направление и, как прежде оно жило в сознании целого народа, так теперь оно держится в сознании юристов, представляющих собой народ»¹.

Нельзя отвергать того, что начало разделения труда играет важную роль в народной жизни; нельзя не желать, чтобы с развитием народа отдельные отрасли народного труда распределялись между различными частями и сословиями народа. Но все это, нам кажется, не может еще служить оправданием мысли, высказанной Савиньи в приведенном выше месте. Было бы, мы думаем, логичнее и правдоподобнее сказать, что если прежде сознание юридических отношений принадлежало безраздельно целому народу, то позже, в силу разделения труда, оно должно было раздробиться по отдельным народным классам и сословиям, придав самой идее права гораздо большую законченность и интенсивность, вместе с разнообразием в ее осуществлении и применении, соотносясь с потребностями и воззрениями различных частей народа.

Нельзя, конечно, отрицать того, что юристы составляют отдельный класс специалистов — знатоков юриспруденции, но нельзя и допускать, что им вследствие экономического разделения труда исключительно принадлежит и самое сознание юридических отношений. Иначе следовало бы признать, что им наилучше известны разнообразнейшие отношения жизни, во всем ее богатстве со всеми микроскопическими подробностями. Не обращаются же к филологам, на долю которых, в силу разделения труда, досталось сознание языка, не обращаются, говорю, к ним ткач, кузнец, моряк за наставлениями, чтобы научиться у них, как называть обыденные предметы и условия их занятий и производства. В действительности, нередко дело бывает совершенно наоборот.

Что и юристы по специальным вопросам, касающимся различных юридических отношений, нередко должны были прибегать к помощи неюристов, в этом пришлось убедиться и самому Савиньи. Так, несколько лет тому назад в Германии явилась потребность выработать общий торговый и вексельный свод для всех немецких государств. Законодательная власть не была настолько односторонней и не признала юридическое сознание за одними юристами, но кроме них пригласила к участию в деле составления свода и значительное число людей, принадлежащих к торговому сословию. Протоколы заседаний

¹ *Savigny I. c.* стр. 12.

учрежденной с этою целью комиссии свидетельствуют, что голос представителей торгового класса был по достоинству уважен¹. Сами немецкие юристы, разумеется, не без некоторого патриотического преувеличения, называют эти законы великим национальным подвигом (*grosse nationale That*)².

В заключение считаем нужным заметить, что все сказанное нами доселе о деятельности историков-юристов не дает еще повода полагать, что мы, подобно Кирхману, отрицаем вообще всякое значение и важность ученой юриспруденции и ее обработки. Напротив, вполне сознавая строгую и настоятельную необходимость научной деятельности юристов, мы только хотим указать на их одностороннее направление, которое наука должна осудить. Юрист, по нашему мнению, должен относиться к предмету своих исследований со всевозможных сторон, должен, в особенности по вопросу об обычном праве, действовать по примеру композитора, который собирает простые мелодии деревенского населения, но умеет придать им при помощи искусства такой гармонический и возвышенный характер, что их с наслаждением слушают люди с самым утонченным вкусом. Мы убеждены, что без сословных заседателей только что упомянутый свод немецких торговых законов не был бы столь совершенным, каким он вышел на деле; но, с другой стороны, нельзя не согласиться, что без содействия юристов отдельные части свода никогда не были бы приведены в такую стройную и цельную систему. Впрочем, мы коснулись этого вопроса только мимоходом, так как мы имеем дело не с теорией законодательства, но с историческим исследованием юридических явлений.

Из вышесказанного кажется мне очевидным, что основание, на котором юристы хотели бы удержать все здание исторического изучения права, недостаточно прочно для такой громадной постройки.

II. Перейдем теперь к самой разработке научного материала историками-юристами и прежде всего к деятельности, касающейся второй из предложенных нами задач, т. е. анатомии и физиологии права. Здесь следует прежде всего заметить, что историки-юристы слишком ограничивают свою задачу, не идут дальше простого изложения и описания фактов, в то время, как требовательность науки истории уже в начале нынешнего столетия далеко перешагнула эти границы. Что действительно юристы до сих пор не шли дальше описания фактов, это видно между прочим из слов Иеринга по вопросу об обработке римского права, которое и в историческом направлении нашло наиболее работников. «Если желательно, — говорит он, — обеспечить за римским правом интерес для юридического мира и на будущее время, то наука римского права должна подняться от простого представления фактов к критике. Пойти вперед по этому направлению — вот задача настоящего труда» (его «Дух римского права»). Он имеет в виду критику римского права, но не критику теперешнего римского права с точки зрения законодательной политики, а критику историко-философскую, т. е. такую, которая сопровождает его на всем его пути от начала до конца, не для того, чтобы довольствоваться внешними историческими фактами, как это обыкновенно делает история римского права, но чтобы проникнуть во внутренние пружины исторического движения (*werden*), сокровенные,

¹ *Protocolle der Commission zur Berathung eines allg. deutschen Handelsgesetzbuches, herausgeg. V. I. Lutz. Würzburg 1858 ff.*

² *Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes (Erlangen 1864.) Vorwort. VI. IX.*

побудительные причины, последние основы и духовную взаимозависимость совокупного развития права¹. Несколько далее Иеринг говорит следующее: «Основной характер всей нашей научной деятельности по отношению к римскому праву в течение столетия заключается в верующем позитивизме; наш скептицизм не переходит далее чисто позитивных вопросов, в области которых он, конечно, неустанно работает; мы довольствуемся знанием, суждение нас нимало не интересует»²; а еще несколько дальше: «В будущем будет непонятно, что наша нынешняя юриспруденция, владеющая таким высоким знанием римского права, имела столь незначительный дар наблюдательности относительно характеристических особенностей последнего, что для нас осталось закрытым то, что в самом ближайшем времени делается ясным и простому глазу, когда будет найдена надлежащая точка зрения»³.

Причина низкой степени развития юридической истории, может быть, отчасти заключается в безжизненности предмета главного труда самого основателя школы, разумею его «Историю римского права средних веков»⁴. Создавший это право народ уже давно умер: величественное его наследство — римское право, жило преимущественно гальванизированной жизнью. Юридическая практика при наибольших стараниях не могла в него вдохнуть дух жизни, свойственный только самородному праву, какой непосредственно развивается на народной почве. Неудивительно поэтому, что при всей своей даровитости и учености Савиньи не был в состоянии оживить свой мертвый предмет, как нельзя внести жизнь в историю поэтических сочинений XV и XVI века, писанных латынью века Августа в подражательном духе Вергилия и Горация. Тем не менее этот труд Савиньи имел неизгладимое влияние на воззрения, выбор предметов и способ исследования целого поколения его учеников и последователей. Значительный шаг вперед в историческом изучении римского права сделал Иеринг, благодаря тому преимущественно, что он, опираясь на труды Савиньи, Нибура, Моммзена, начинает изучение своего предмета с возникновения Рима и римского народа, а не с его падения, как было у Савиньи.

Впрочем, надлежит заметить, что сам Савиньи в вышеупомянутом сочинении «О призвании нашего времени к законодательству» уже высказал ту глубокую истину, что право не имеет отдельного существования и что его сущность коренится в народной жизни. Но юристы нашей школы не обратили достаточного внимания ни на это замечание Савиньи, ни на самый характер своего предмета.

Мы думаем, что если желательно, чтобы история права достойно исполнила свою задачу, она должна к описательной функции естественной истории прибавить еще экспериментальный метод физики. Историк права следует обращать самое серьезное внимание на отношение права на все остальные стороны жизни народа: на его географическое положение, экономический быт, социальные отношения, религию, нрав, историю политическую, характер соседних народов и т. д. Иначе историк с трудом будет отвечать на множество вопросов; — почему, например, в римском праве вместо своих постановлений

¹ *Geist des röm. Rechtes (II. Aufl.) I.* 15–16

² *Ibid.* I. 22.

³ *Ibid.* I. 23.

⁴ *Geschichte des röm. Rechtes im Mittelalter von Fridrich Carl v. Savigny. Heidelberg* 1826–31.

по мореплаванію прийняті були деякі постановлення чужеземні, наприклад, *Lex Rhodia*? Этот вопрос нельзя решить удовлетворительно если не обращать внимания на топографическое положение Рима и на первоначальный экономический быт римского народа. Каким образом объяснить отсутствие у древних славян невольничества в смысле древнего мира и западноевропейского если мы не обратим внимания на хозяйственные занятия славян, их социальные отношения, их народную психологию и пр.?

Кроме того, юридические институты необходимо рассматривать не в отдельности, а в их совокупности, необходимо постоянно иметь в виду взаимные отношения и связи отдельных институтов между собой. Кто, например, желал бы знать, почему славянские племена при существовании *задруги* не нуждаются в римской *tutela u curatela*¹, тот должен рассмотреть юридическое устройство семейной *задруги* во всей ее целостности. Желает ли кто знать, почему у некоторых славянских племен кража не всегда считается преступлением, тот должен обратить внимание на их понятия о владении, собственности и т. п.

Очевидно что и эта сторона исторического изучения права ожидает не только продолжения прежних работ, но и совершенно новой деятельности.

III. Мы видели, что историки, в широком смысле этого слова, опередили историков-юристов, но они не довольствуются сделанным прогрессом. Ввиду громадного и никогда не перестающего умножаться материала, ввиду требований философии, явилось несколько возвышенных умов, которые стараются открыть общие законы в этой бесконечной Пенелопиной пряже². Несмотря на голоса, скептически отнесшиеся к подобным попыткам, которые действительно не привели еще к положительным результатам, мы должны признать важным фактом уже одно то, что явилось сознание о необходимости открытия и исследования общих исторических законов. В области лингвистики эти законы без всякого шума стали открываться по крайней мере для огромной группы так называемых флективных языков. Такой общий для всех этих языков закон можно видеть в стремлении их к моносилабизму, как и реакции против последнего, когда он достиг своего крайнего предела; таковы многочисленные законы фонетики и пр. Нельзя допустить, чтобы история права обречена была на вечную невозможность выйти из удушливой груды частных и всяческих случайностей. Нельзя допустить, чтобы задача ее исчерпывалась только границами данного народа, чтобы никогда не смела перешагнуть через этот Рубикон. Вот отзыв Иеринга по этому вопросу: «Познание истинной сущности римского права усиливается в той же мере, в какой общее учение о *природе права* совершенствуется путем *юридическо-философским* и *эмпирическо-сравнительным* и обогащается новыми понятиями и точками зрения³».

По нашему мнению, для понимания отдельных систем права и для открытия в них общих истин, необходимо:

- 1) *Расширять* поле историческо-юридических исследований.
- 2) Сравнить *научным* способом отдельные юридические институты.

¹ Форми опіки. — Прим. наук. ред.

² Напр. Buckle *History of Civilization in England*. 1860.

³ I. c. I. 24; ср. Ahrens. *Juristische Encyclopädie. Vorwort VII*.

Но сознавала ли нынешняя историческо-юридическая школа свою задачу во всей цельности и со всеми ее требованиями? Можно смело отвечать, что нет.

Что касается расширения поля исследований, нужно заметить, что очень редко историки права могли возвыситься до сознания, что отдельные институты их специального права, в научном интересе последнего, должно сравнивать с институтами всех сродных и соседних народов, не обращая внимания на то: находятся ли они случайно на высшей, равной или низшей ступени образованности. Историки немецкого права более всего любят сравнивать его с римским правом; к праву же других народов обращаются главным образом для того, чтобы искать у них германское же право, перенесенное на их почву, не обращая вовсе внимания на исследование и изучение общих и специальных законов и начал. Результаты, добытые лингвистами путем сравнительного метода, должны послужить толчком к применению его и в области права. И в самом деле, кто бы мог надеяться, например, что сравнительное языковедение в мадьярских словах: *golomb, bolond*, в румынских *лункъ порункъ*; в греческих *λογος, ζουβρος*; в готских *plinsian, mims* не только откроет славянское их происхождение¹, что еще не много значит, но и выяснит закон ринезма в старославянском языке и этим облегчит открытие и утверждение других общих законов лингвистики.

Языковедение сравнивает не только соседние, но и все сродные языки, не обращая внимания на то, будет ли этот язык образованного народа, или нет. Если бы новейшие языковеды держались традиции и не переходили за черту староклассических и западноевропейских языков, для них оставалось бы как бы закопанным в земле великое научное сокровище, которое скрывалось в азиатских языках санскрита и зенда и в языке родственного нам, но малоизвестного литовского народа. Наконец, явились языковеды, которые не считали унижительным для своего достоинства заниматься ради научных целей изучением языка самого презренного племени в Европе — племени цыганского².

Указав вкратце на пользу от расширения области исследования, обратим внимание на то, как до сих пор делалось сравнение в области истории права.

Как астрономии предшествовала астрология, химии — алхимия, так и теперешнему языковедению предшественницей была этимология³. Не зная внутренних свойств слов, она могла их сравнивать только по случайному созвучию; разумеется, своими произвольными сравнениями очень часто возбуждала смех, так что еще в прошлом веке язвительный Вольтер сказал о ней: «*Letymologie est une science où les voyelles ne font rien, et les consonnes fort peu de chose*»⁴. Но теперь, когда не обращается внимание на внешнюю форму слова⁵, мы знаем, что, например, старославянское слово г л а д ъ по фонетическим правилам одно и тоже что и лужицкое *wut*, греческое *ἐχάτον* и славянское с т о,

¹ Miklosich, *Lautlehre der altslovenischen Sprache* (Wien 1850) стр. 13–14.

² Cp. Benfey. *Geschichte der Sprachwissenschaft und orientalischen Philologie in Deutschland*. (München 1869) стр. 604.

³ Об истории этимологии см. *Jagic Slovjensko jezikoslovje v Književnik II*. 86–95.

⁴ «Этимология — це наука, у якій голосні взагалі нічого не означають, а приголосні — дуже мало» (фр.). Висловлювання, приписуване Вольтеру. Згадується у праці «Лекції з мовознавства» М. Мюллера (1823–1900). — *Прим. наук. ред.*

⁵ Humboldt говорить: «*Bloss elende Pfluscher vergleichen noch ins Blaue hinein einzelne Wörter nach blosser Klangähnlichkeit*».

хотя звуки совершенно различны; а наоборот польское *córka* и сербское *cura*, санскритское *ghota* (*equus*) и скандинавское *goti* (тоже *equus*)¹, хотя звуки их и значение совпадают, по своему происхождению совершенно различны. Мы это привели для того, чтобы обратить внимание на тот способ, которым производилось доселе сравнение в области права. И знаменитый Гримм в своих историко-юридических работах при сравнении разноплеменных институтов и обычаев преимущественно обращал внимание на внешнее сходство, упуская из виду их внутреннюю природу. То же самое мы видим у его последователей.

И действительно, пока мы будем изучать внутренний характер права и его свойства, полагая в основу сравнения одно внешнее сходство, до тех пор наш сравнительный метод пойдет немногим дальше способа сравнения старой этимологии. Сколько бы напр. сербская *nrhuja*, особщина по своей внешней форме ни сходна была с римским *peculium*, опека женщин у афинян с опекой у германцев, или положение старонемецкого наследственного права о предпочтении мужчины женщине с подобным же положением славянского права, но все эти институты утверждены на совершенно различных основаниях, отличаются различным внутренним характером и направлением.

В изучении истории славянского права можем ли мы держаться тех условий, которые до сих пор казались достаточными исследователям истории германского права? Вышеприведенный разбор этих условий, кажется, достаточно показывает, что нет, и вместе с тем дает общий намек, какое другое направление должны мы избрать предпочтительно.

Мы прежде всего обратим внимание на общие основания права, т. е. покажем существенные черты исторической жизни славян, рассмотрим все те отношения, которые главным образом влияют на историческую жизнь народа: — отношения территориальные, климатические, этнографические, психологические, экономические, социальные, политические и т. д.: — и затем на основании всего этого изложим систему нашего предмета. В этом изложении, как уже замечено, мы не только будем обширно заниматься обычным правом, игравшим важнейшую роль в истории славянского права, но и постараемся выяснить отношение его к писанному праву данного славянского племени или земли; отношение отдельных положений между собой и в связи с целой системой права; наконец, отношения права одного славянского племени или земли к остальным. Равным образом, необходимо самое широкое применение сравнительного метода к отдельным правовым институтам сродственных иноплеменников и соседей. При этом нужно также обращать самое серьезное внимание на международное влияние в области права и на случаи и причины его, обращая постоянное внимание на главные условия внешней и внутренней жизни народов. При наших исследованиях не будем терять из виду, как это, к сожалению, обыкновенно делалось у историков юристов, народного слова, ни произведений устной словесности народа.

Само собой разумеется, что с применением такого метода исследования к материалу так обширному и мало разработанному труд наш должен значительно увеличиться. Но есть работа — будут и руки.

Хотя в продолжение наших занятий нам придется в частностях видоизменять и пополнять наш план и метод, но в главных основаниях мы будем строго

¹ Pictet, *Les origines indoeuropeennes* I. 17.

его придерживаться, ибо видим в нем единственный способ, который может привести к положительным результатам, могущим с пользой служить не только нашей славянской, но и всеобщей науке, которой мы, самые младшие из великой арийско-христианской семьи, должны заплатить и свою дань. Не эта ли самая мысль поддерживала наших языковедов в их громадных научных работах; они не допустили, чтобы, подобно романским племенам¹, вторглись в славянское языковедение чужие ученые, но сами, возделавши свой предмет, предоставили его в распоряжение и славянства, и всеобщей науки. Желательно, чтобы и славянские историки права не отстали от славянских филологов.

Но может быть, кто-нибудь возразит: «Имеет ли славянское право хотя что-нибудь особенного, чем бы могла обогатиться наука, или мы находим у себя только то, что встречаем и у других народов?». На это можно ответить даже относительно институтов, которые считаются у всех народов одинаковыми, по известному правилу: *Si duo idem faciunt, non est idem*²; что еще более может относиться к народностям как самостоятельным особам. У нас есть институты с особенным, им одним присущим характером, институты, которые мы смело можем сравнивать, без всякой для нас невыгоды, с соответствующими институтами других народов. Достаточно указать два-три примера.

Бросим взгляд, например, на общие юридические начала, господствующие в семейном праве славян и других народов. В римской семье, как известно, *paterfamilias*³ был неограниченный деспот: жена была у него *in manu*⁴, т. е. в такой подчиненности, которую римские юристы выражают словами: *filiae loco*⁵; дети также были у него *in potestate*⁶, т. е. почти в рабстве⁷. Эта строгая отцовская власть была тем тяжелее, что она продолжалась очень значительное время; при жизни отца *filiusfamilias*⁸, даже если бы был отделен, женился, имел детей, внуков, находился с женой, детьми и внуками во власти отца семьи⁹. У Германцев не было такого всецелого поглощения отцом семьи, но все таки *mundium*¹⁰ был тяжел для отдельных личностей, и сын мог освободиться от него только тогда, когда заводил свое особое хозяйство¹¹. Но еще стеснительнее был пожизненный *mundium* для женщины¹².

Насколько же гуманнее старославянская семья, незнакомая ни с властью *paterfamilias*, ни с германским *mundium*! В старой славянской семье, сохранив-

¹ Сравнительную грамматику романских языков не написал ни француз, ни итальянец, ни испанец, но немец Диц.

² «Якщо двоє роблять одне й те ж, це вже не те саме» (лат.). — *Прим. наук. ред.*

³ Голова сім'ї (лат.). — *Прим. наук. ред.*

⁴ Під його рукою (у його владі) (лат.). — *Прим. наук. ред.*

⁵ *Usu in manu conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quae enim velat annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Gajus I § III... Licet autem mulier fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilominus filiae loco incipit esse: nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam jura filiae nancisci. ibid. I. § 115. 6. (Gneist. Institutionum et regularum juris romani syntagma Lipsiae 1858).*

⁶ Під його владою (лат.). — *Прим. наук. ред.*

⁷ *Inst. II. 9. III. 28; Gajus II. § 86–96. III § 163; Cicero pro domo c. 29; frag. 11. in fine Dig. 28. 2; Valerius Maximus V. 8. 9. etc.*

⁸ Дитина (лат.). — *Прим. наук. ред.*

⁹ *frag 5 Dig. 1. 6;—Gajus I § 127;—Ulpian. X § 2 etc.*

¹⁰ Світ (лат.). — *Прим. наук. ред.*

¹¹ *Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer* стр. 455–462. *Philipps. Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte* § 40.

¹² *Walter, Deutsche Rechtsgeschichte* § 474.

шейся доселе в форме задруги у южных славян, господствует полное равенство всех взрослых членов семьи. Малолетний, приходя в совершеннолетие, вступает во все права, которыми пользуются остальные члены. Глава семейства обыкновенно избирается, но пользуется своею властью только до тех пор, пока семья находит, что он управляет разумно; в противном случае на его место поставляют другого¹. И эту семью некоторые западные писатели называют патриархальной!

А что сказать о рабстве, о самом свирепом рабстве у образованнейших народов, как, например, у Римлян, где раб рассматривался как вещь! «*Servus personam non habet*»², говорили с полным хладнокровием знаменитейшие римские юрисконсульты³. Положение германского раба было не лучше⁴. Не выражается ли глубокая ирония в известном тщеславии европейских обществ и писателей своей общечеловеческой цивилизацией и гуманностью, при том неоспоримом историческом факте, что в то время, как на западе судьба рабов несколько облегчилась только под влиянием христианства, славяне в этом отношении еще в языческую эпоху были более христиане, чем крестившиеся западные народы, ибо у них не было рабства в смысле западном. Только с распространением христианства в славянских землях усилившееся благодаря ему влияние запада способствовало возникновению и утверждению у славян этого позорного для человечества института⁵. Между тем как военнопленные славяне у других народов осуждались на вечное рабство, сами славяне, напротив того, удерживали военнопленных у себя на известный срок, по прошествии которого предоставляли им на выбор или идти без выкупа домой, или жить между ними на свободе⁶. Такой обычай немного отступает от требований новейшего международного права.

Наконец укажем на своеобразный характер поземельного владения и передел общинных земель у русского народа, в возникновении и развитии которых, кроме местных условий, несомненно принимал участие и живой народный дух. Что бы ни говорили против этого института некоторые экономисты, для нас достаточно, что западные социально-экономические школы считают каким-то идеалом, достижимым только с большими жертвами, то, что у нас само собой явилось, развилось и еще доселе крепко держится в народной жизни.

¹ Jireček, *Slovanské právo v Čechach a na Moravě* I. 154–158. Ср. наше *Právní obyčaji u Slované* 27–47.

² «Раб не має особи» (лат.). — *Прим. наук. ред.*

³ *Gajus I* § 9; — *Jnst.* 1. 3 pr.; — *frag.* 3 Dig. 1. 5.

⁴ *Walter, Deutsche Rechtsgeschichte* § 12.

⁵ Жестокое бесправие невольников в западном смысле не могло и существовать у древних славян, при известном демократическом устройстве их быта и при их мягких отношениях к чужеземцам. Впрочем, мы говорим вообще, а не об исключениях. К последним конечно относится противоположное сведение о славянах балтийских, по которым судить обо всем славянстве было бы также несправедливо, как и по быту славян адриатического побережья (напр. Дубровчан Неретван). Те и другие находились в положении исключительном.

Ср. Палацкий *Dějiny narodu českého; dílu I. částka 2.* стр. 268–272 с цитатами; его же *Geschichte von Böhmen, Zweiten Bandes zweite Abtheilung* 30–33 с цитатами; — Макушев, *Сказания иностранцев о быте и нравах Славян* стр. 148; — Котляревский, *О погребальных обычаях языческих Славян* 228–229; — Беляев, *Крестьяне на Руси* (Москва 1860). напр. стр. 312–326; — *Lubomirski. Rolnicza ludność w Polsce od XV. do XVI. wieku* в «*Biblioteka Warszawska*» 1857. II. стр. 801; 1858. I. стр. 240.

⁶ *Mauriciū Stateg.* 273; срав. *Leonis Tactica* XVIII стр. 104 (у Макушева I. с. 148–149).

Подобно всем явлениям в физическом и нравственном мире, и выше указанные явления юридической жизни различных народов имеют свои основания (*rationes existendi*); точно так же, как всякий предмет имеет свою светлую и темную сторону, так и институты нашего права могут быть не лишены недостатков. И светлые, и темные стороны предмета наших исследований достойны одинаково внимания и одинаково войдут, насколько возможно, с их причинами, в наши частные исследования.

Оканчивая беседу с Вами, милостивые государи, я должен заметить, что по краткости времени мне нельзя было с достаточной полнотой и подробностью изложить свои мысли по всем затронутым мной вопросам. Мы, как сказано, имеем дело с наукой молодой, только что начавшей развиваться. Но она, тем не менее, представляет громадный общечеловеческий интерес, и наше положение в этом случае особенно выгодно.

Изучая историю славянского права, мы, славяне, можем опираться на огромную массу явлений и опытов из нашей прошлой и настоящей жизни, — можем иметь перед собой и результаты исторической жизни древних и западноевропейских народов, — наших многочисленных иноплеменных соседей, и инородцев, стоящих на самых разнообразных ступенях культуры. Словом, нам предстоит самое широкое поле исследования, с богатейшим запасом новых явлений, очень мало затронутых научным исследованием.

Не мне судить, насколько успешна будет наша деятельность на этом поприще; я только позволю себе повторить за моим многоуважаемым наставником Лоренцом Штейном¹ известные слова Фейербаха: «Лучшее, что человек в силах сделать, состоит не в том, что он сам делает, но в том, что он возбуждает в благородных и деятельных умах».

¹ *Die Verwaltungslehre I. Vorwort zur ersten Auflage* стр. XI.