

въ общину и отдѣляли отъ бояръ и дружины. Далѣе, тотъ-же самый родъ купческаго занятія такого свойства, что, не меньше службы въ боярской дружинѣ, рождаеть потребность и необходимость въ личной собственности. Если же такъ, если мы согласимся, что въ эпоху Русской Правды вся масса свободнаго населенія не замыкалась въ контрастѣ двухъ сословій—смердовъ и бояръ, что между этими двумя категоріями стояло еще нѣсколько другихъ посредствующихъ и переходныхъ категорій, тогда одно изъ двухъ: или наслѣдованіе послѣ лицъ этихъ переходныхъ категорій оставалось безъ всякаго опредѣленія, или же, допустивши, что наслѣдованіе послѣ бояръ и смердовъ опредѣлялось специальными нормами, мы должны будемъ допустить, что къ наслѣдованію послѣ лицъ упомянутыхъ переходныхъ категорій относятся, между прочимъ, статьи LXI и LXII съ послѣдующими (по нумераціи въ «Предварительныхъ изслѣдованіяхъ» *Калачова*) со всѣми правилами объ опеке, о наслѣдованіи послѣ матери, о правахъ вдовы, о раздѣлѣ, преимуществѣ меньшаго сына, о поминкѣ души и т. д. Что слово смердъ, употребленное въ Русской Правдѣ, обозначаетъ здѣсь какой-то специальный классъ людей, а не всю массу свободнаго небоярскаго населенія, это видно и изъ личнаго состава вѣча. Но мы можемъ подтвердить это и другими статьями Русской Правды, въ которыхъ говорится уже не о наслѣдованіи. Такъ, ст. LXXXII имѣетъ такую редакцію, что въ ней сопоставляются рабъ, холопъ и смердъ, и притомъ не только сопоставляются, но и уравниваются относительно платежа пени за ихъ убійство: за тѣхъ и другихъ одинаково 5 гривенъ; передъ этимъ же, въ предыдущихъ статьяхъ опредѣленъ совсѣмъ иной размѣръ платы за убійство другихъ лицъ. Если-бы смердъ означалъ вообще всякаго общинника, тогда мы получили бы вотъ какой выводъ: съ холопомъ уравненъ свободный человѣкъ, имѣвшій право голоса на вѣчѣ, быть можетъ вотировавшій за призваніе кня-



зя, за сдачу города и проч. Убийство его наказывается даже ниже княжеского повара! Очевидно, что званіе смерда дѣйствительно не высокое, презрѣнное и по тому самому должно быть признано исключительнымъ, обнимающимъ, сравнительно, незначительный кругъ лицъ. Далѣе, по ст. XLІ воровство коня княжескаго и смердяго наказывается различно. Такое различіе существуетъ только для коней; для воровства кобылъ, какъ и другихъ животныхъ, оно не признано. Воровство, напр., голубей или утокъ оплачивается одинаково, у кого бы оно ни было совершено. По ст. СІІІ борть князя опять сопоставляется съ бортью смерда и оцѣнивается дороже = 3 : 2 гривнамъ. Еще любопытнѣе ст. ХСV, по которой смерда нельзя мучить безъ княжескаго слова. Изъ всѣхъ этихъ статей, естественно, получается такое заключеніе: 1) положеніе смерда — положеніе зависимости, подобное положенію холопа; оно презрѣнное, низкое; законъ имѣетъ въ виду отношеніе смерда къ князю не какъ отношеніе подданнаго къ верховной власти, а какъ лица, подчиненнаго къ своему хозяину, охраняя его личность отъ посягательства другихъ такихъ-же подчиненныхъ лицъ, занимающихъ только высшую ступень въ организациі личнаго княжескаго хозяйства, напр. тіуна, ротайнаго, сельскаго старосты. Безъ разрѣшенія своего хозяина — князя, они не имѣютъ права мучить смерда; они сами такіе-же смерды, а быть можетъ и холопы, и въ этомъ отношеніи варіантъ ст. ХСV не долженъ быть упускаемъ изъ виду, хотя, съ другой стороны, статья эта можетъ имѣть и тотъ смыслъ, что личность смерда вообще охранена отъ посягательствъ лицъ постороннихъ. 2) Имущества смерда и князя представляютъ какую-то слитость, или, по-крайней-мѣрѣ, на нѣкоторыя вещи князя ложится такой характеръ, какъ будто онѣ находятся въ обладаніи смерда. Въ самомъ дѣлѣ, какъ понимать, напр., приведенную выше статью о воровствѣ коня? Мы склонны понимать ее двояко, но вы-

водъ будетъ одинаковъ. Можно понимать или такъ, что здѣсь отличается княжескій конь отъ коня смерда, значитъ, конь того и другого были въ одномъ хозяйствѣ, одномъ стадѣ, и только пятно отличало княжескаго коня; безъ пятна не было возможности отличить, гдѣ конь князя, гдѣ смерда, тогда и въ пенѣ они ничѣмъ не отличались. Или можно думать и такъ, что подъ княжескимъ конемъ нужно разумѣть коня боеваго, назначеннаго для службы князя, для его ѣзды; смердій же конь, хотя тоже принадлежалъ князю, хотя тоже держался для княжескаго хозяйства, но держался для такой цѣли, которая въ личныхъ удовольствій и потребностей князя. Какъ бы то ни было, но указаніе на признакъ, отличающій смердыаго коня отъ княжескаго и тѣмъ дающій основаніе къ разницѣ въ пенѣ, ясно даетъ понять, что эти кони могли быть смѣшаны, потому что часто находились вмѣстѣ, въ одномъ табунѣ, на одномъ пастбищѣ, въ одномъ стойлѣ, — короче, что они одинаково находились въ предѣлахъ княжескаго двора, дома, хозяйства. А если такъ, то отсюда во всякомъ случаѣ тотъ выводъ, что смердъ, по словопотребленію Русской Правды, означаетъ такое лицо, которое близко стояло къ князю по своему хозяйственному, экономическому положенію, что это лицо участвовало въ княжескомъ хозяйствѣ, какъ необходимый его факторъ, — какой именно? Какъ рабочая сила, законтрактованная на томъ или другомъ положеніи. Такой выводъ подтверждается далѣе и сопоставленіемъ княжеской борти съ бортью смерда. Если та и другая борть сопоставляются и различаются, то опять очевидно потому, что, вслѣдствіе нахождения ихъ въ одномъ мѣстѣ, онѣ легко могли быть смѣшаны; значитъ, въ составъ княжескаго хозяйства находились борти смерда, принадлежавшія послѣднему на томъ или другомъ правѣ, предоставленныя ему, быть можетъ, за охрану и уходъ за княжескими бортями. И вотъ опять само собою неотвязчиво напрашивается заключеніе,



что смердъ — лицо, близко стоявшее, прикосновенное къ князю по своей экономической обстановкѣ.

Каковъ характеръ этой близости, прикосновенности смерда къ князю? Въ отвѣтъ на это мы находимъ указаніе въ статьяхъ о платѣ за смерда и о запрещеніи не мучить его безъ позволенія князя. Это отношеніе зависимости, личной подчиненности, отношеніе наймита къ своему хозяину, подходившее къ положенію холопа; оно давало право бить, истязать смерда, право, которое, какъ извѣстно, любезно и теперь, а тѣмъ больше считалось необходимою составною частью въ содержаніи отношеній хозяина къ наймиту въ то время. Отношеніе смерда если и отличалось чѣмъ-нибудь отъ положенія холопа, то развѣ съ внутренней стороны тѣмъ, что онъ все-таки былъ человѣкъ свободный, а не вещь, а съ наружной стороны (и это въ настоящемъ случаѣ особенно важно для характеристики смерда) отличалось тѣмъ, что роль и значеніе смерда — были строго спеціальны въ княжескомъ хозяйствѣ, — обработываніе земли и вообще служба въ сельскомъ хозяйствѣ. Эта роль и значеніе даны были тѣмъ, что смерды по всей вѣроятности были мелкіе арендаторы, изорники, какъ ихъ называетъ Псковская судная грамота, или, скорѣе, рабочіе, получавшіе отъ князя за свою службу въ пользованіе поземельный участокъ, жилье и въ большей или меньшей степени инвентарное имущество. При такомъ положеніи смердъ, очевидно, имѣлъ и свое имущество, конечно, движимое, въ составъ котораго, кромѣ домашней рухляди, могли входить разная принадлежность дома, животныя, какъ рабочія, такъ и другія, словомъ, все то, что можетъ напомнить собою римское *invecta et illata*. Строгіе признаки, отдѣляющіе имущество княжеское, составлявшее инвентарь, отъ такого-же, однороднаго съ нимъ по своимъ предметамъ имущества смерда, не всегда существовали, или, по-крайней-мѣрѣ, не всегда были наглядны и очевидны. При чемъ нельзя



упускать изъ виду и того обстоятельства, что у смерда часто и даже постоянно накаплилось новое имущество уже послѣ того, какъ онъ поселялся на землѣ князя. Какъ бы то ни было, отдѣльное имущество смерда существовало, и если на-счетъ его могли возникнуть недоразумѣнія на-случай смерти смерда, то лишь потому, что не рѣдко трудно было разобрать, гдѣ имущество князя, хозяйственный инвентарь, и гдѣ имущество смерда. Отсюда, послѣ смерти смерда, претензіи не столько самого князя, сколько отъ имени его, претензіи различныхъ лицъ, завѣдывавшихъ княжескимъ хозяйствомъ, на всю движимость, какая только оказывалась въ томъ дворѣ, который былъ занятъ прежде умершимъ смердомъ. Подобныя претензіи такъ возможны, случались такъ часто, судебное разбирательство ихъ повторялось неоднократно, пока наконецъ не выработалась догма, содержаніе которой въ томъ, что имущество возможно и у смерда, что, оставаясь послѣ смерти его, оно составляетъ его задницу; на такой случай судьба его должна опредѣлиться по общему закону, т. е. оно достается дѣтямъ, и только при отсутствіи дѣтей, опять-таки въ силу того-же общаго закона, становится выморочнымъ и достается князю, какъ имущество, остающееся и послѣ всякаго другаго лица. Объ этомъ мы будемъ имѣть случай поговорить еще ниже, а теперь не можемъ не замѣтить вотъ чего: мы держались того простаго соображенія, что значеніе слова смердъ, употребленнаго въ Русской Правдѣ, нужно опредѣлить не филологически, производя его отъ слова *смердѣть*, и не по сравненію съ смердонами или чѣмъ-нибудь въ этомъ родѣ, а изъ словоупотребленія самой-же Русской Правды. Сравненіе для этой цѣли нѣсколькихъ статей, въ которыхъ употреблено это слово, ясно показываетъ, что здѣсь оно употреблено въ техническомъ, специальномъ смыслѣ, и такимъ образомъ, оставаясь на почвѣ чисто гражданскаго права, мы не имѣемъ надобности пускаться въ догадки на-счетъ политическаго состоянія смер-

довъ, на-счетъ характера ихъ землевладѣнія, на-счетъ отношеній этого землевладѣнія къ *dominium eminens* князя, какъ представителя территоріальной власти государства. Потому всѣ мнѣнія, которыя высказаны по поводу смердовъ и которыя будутъ указаны ниже, на-сколько они не исходятъ изъ того предположенія, что въ Русской Правдѣ слово смердъ имѣетъ специальное значеніе, что этого значенія нельзя смѣшивать съ тѣмъ значеніемъ, которое оно одновременно имѣло въ разговорномъ языкѣ и въ какомъ употребленіе его сохранилось въ лѣтописяхъ и другихъ памятникахъ тогдашняго времени, — что всѣ такіа мнѣнія не могутъ привести ни къ какому определенному результату — упрекъ, который въ одинаковой степени можно сдѣлать и г. Никольскому и Неволину, г. Кавелину и Витте, г. Бѣляеву и Дювернуа. Не будь ст. LIX, конечно, не могъ бы и возникнуть вопросъ о томъ, кто такіе смерды, или, по-крайней-мѣрѣ, не могъ бы быть рѣшенъ такъ, какъ онъ рѣшался обыкновенно въ нашей литературѣ, т. е., что это — вся масса свободного населенія, въ отличіе отъ бояръ и дружины, и для этой массы установленъ особый, своеобразный порядокъ наслѣдованія, въ отличіе отъ наслѣдованія бояръ. Но дѣло въ томъ, что, какъ мы дали уже замѣтить и скажемъ еще нѣсколько ниже, ст. LIX получилась вовсе не за тѣмъ, чтобы создать какое-то особенное наслѣдованіе послѣ смердовъ, а за тѣмъ, чтобы и къ этому наслѣдованію примѣнить общую, господствовавшую въ то время пошлину. Отсюда конкретность въ редакціи этой статьи, и съ перваго взгляда можетъ показаться, будто она заключаетъ въ себѣ специальную норму. Кромѣ сказанной сей-часъ причины, конкретность въ редакціи LIX статьи не должна насъ смущать еще и потому, что она совершенно въ духѣ древняго времени, когда сила сообщенія не достигла еще той степени, чтобы возвыситься до абстрактной формулировки юридической догмы. Та или другая



догма впервые признана въ отдѣльномъ случаѣ, и будучи признана, она такъ и заносится въ законодательный сборникъ во всей обстановкѣ конкретнаго случая. Кто не знаетъ проницскаго разсказа римскаго юриста о томъ, какъ истецъ проигралъ дѣло потому только, что не держался строгой терминологіи 12 таблицъ! Словомъ, мы не уклонимся отъ истины, сказавши, что наша статья собственно не больше, какъ судебное рѣшеніе, такъ-какъ мнѣніе г. Калачова и другихъ, что Русская Правда между прочимъ составлена и изъ судебныхъ рѣшеній, г. Ланге только не принято, но не опровергнуто, и въ послѣднее время нашла для себя поддержку въ даровитой и вполне научной аргументаціи г. Дювернуа. Впрочемъ, мы можемъ сдѣлать и другое предположеніе, которымъ останутся довольны и сторонники кодификаціоннаго происхожденія Русской Правды. Въ самомъ дѣлѣ, чѣмъ-же невѣроятно и такое объясненіе: при частомъ повтореніи упомянутыхъ выше притязаній, при назойливости тиуновъ, рядовичей, ротайныхъ и другихъ, хлопотавшихъ объ интересахъ князя, т. е., какъ водится, о своихъ; законодательная власть, если-бы Русская Правда дѣйствительно была ея актомъ, нашла-бы наконецъ вынужденною энергически объявить, что наслѣдство смерда ничѣмъ не отличается отъ всякаго другаго, что по вопросу о томъ, кому оно должно достаться, кто изъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, долженъ быть допущенъ прежде другихъ, съ какими правами и обязанностями, когда имущество смерда становится выморочнымъ и должно идти за князя, — во всѣхъ этихъ отношеніяхъ долженъ быть примѣняемъ общій законъ, какъ пошлина, какъ обычай, дѣйствовавшій относительно наслѣдованія послѣ лицъ другихъ сословій. Какъ-бы то ни было, но мы повторяемъ еще разъ, что о ст. LIX нельзя говорить, будто въ ней опредѣленъ какой-то спеціальный порядокъ наслѣдованія, а можно сказать развѣ то, что она формулирована съ цѣлью подчинить наслѣдованіе смердовъ об-

щему наследственному закону. Только при такомъ пониманіи становится понятнымъ, съ какой стати эта статья переносилась изъ одного списка въ другой, не смотря на то, что послѣ Русской Правды слово смердъ не употребляется больше въ техническомъ смыслѣ, да скоро выходитъ и изъ бытового языка другихъ памятниковъ. Для насъ, по-крайней-мѣрѣ, смердъ и наследованіе послѣ него невольно напоминаетъ псковскаго и зорника съ его наследованіемъ. Отсюда легко предположить, что и на земляхъ другихъ богатыхъ людей въ эпоху Русской Правды тоже были смерды, ничѣмъ не отличавшіеся отъ смердовъ княжескихъ.

На словѣ смердъ и съ нимъ отчасти на статьѣ LIX мы останавливались такъ долго потому 1) что она, больше чѣмъ слѣдующая за ней, противится объединенію съ другими статьями Русской Правды, тоже относящимися къ наследованію, и доказать такое объединеніе, между прочимъ, одна изъ цѣлей настоящей работы; 2) потому, что отчасти тѣ-же соображенія и доводы, которые представлены выше по поводу слова смердъ, имѣютъ мѣсто и по отношенію къ другой категоріи лицъ, тоже, очевидно, стоявшихъ особнякомъ, для которыхъ слѣдующая LX статья, по-видимому, опять устанавливаетъ какой-то специальный порядокъ наследованія. Мы говоримъ о боярахъ и боярской дружинѣ. Что бояре и дружина (одно ли и то-же нужно понимать подъ ними, опять вопросъ открытый) были классомъ людей, исключительнымъ по особенностямъ своего отношенія къ князю, въ этомъ согласны всѣ; всѣ подъ боярами, о которыхъ идетъ рѣчь въ Русской Правдѣ, прямо или подразумеваемо, понимаютъ сословіе служилое (*Сергіевичъ*, Вѣче и Князь, стр. 31 — 32). Разногласіе развѣ въ томъ, что одни придаютъ изъ-за этого отношенія еще и другую особенность — будто это единственные собственники, вотчинники въ эпоху Русской Правды (напр. Вѣляевъ, Кавелинъ, Аксаковъ, Дювернуа



и др.); другіе же не видятъ въ этомъ исключительной особен-ности бояръ и дружины, находя, и совершенно основательно, что институтъ личной собственности не былъ привилегією бо-яръ и дружины (напр. Неволинъ). Какъ бы то ни было, но въ боярахъ и въ боярской дружинѣ, по-крайней-мѣрѣ о ко-торыхъ говоритъ Русская Правда, мы должны видѣть не сосло-віе въ современномъ смыслѣ этого слова, т. е. не классъ лю-дей, котораго общественное положеніе дано было помимо лич-ной службы князю, дано было самымъ происхожденіемъ и исто-рическою традиціей, не классъ людей, который бы, подобно римскимъ патриціямъ, смотрѣлъ на себя какъ на космогониче-скую необходимость (Гансъ), но именно классъ лицъ, непо-средственно связанный службою къ князю, отношеніемъ личной службы. Принадлежность къ такому классу продолжалась лишь на-столько, на-сколько длилась самая служба, такъ-что зам-кнутости этого класса не могло возникнуть; между нимъ и о-стальною массою населенія происходилъ постоянный обмѣнъ (*Сер-гиевичъ, ibid.*). Это дружина въ буквальномъ смыслѣ этого сло-ва, люди жившіе при князѣ, т. е. на его дворѣ, огнищѣ, от-части на его содержаніи, то и дѣло получавшіе подарки отъ князя, кормленія, отправлявшіеся для сбора дани и т. п. Такъ что имущество ихъ или часто смѣшивалось съ княжескимъ, или же носило на себѣ слѣды княжеской милости; предоставлялось отъ князя иногда съ такимъ объемомъ правъ, который не все-гда былъ ясенъ самъ по себѣ (въ послѣдствіи, какъ извѣстно, такой объемъ опредѣлялся въ содержаніи жалованной грамоты), ясенъ на-столько, чтобы сгладить съ него окончательно харак-теръ княжескаго имущества, или же удержать такой харак-теръ несомнѣнно. Словомъ, какъ ни различно было во всемъ остальномъ отношеніе бояръ и смердовъ къ князю, но, съ одной стороны, положеніе тѣхъ и другихъ было сходно, — и смерды и дружина одинаково были непосредственно близки къ князю,

были съ нимъ связаны; такъ-что подобная связь иногда, и вѣроятно не рѣдко, подавала поводъ къ недоразумѣніямъ на счетъ того, какъ быть съ имуществомъ служилаго человека, умершаго на княжеской службѣ, быть можетъ, въ его дворѣ. Въ разрѣшеніе этихъ недоразумѣній и выработалась догма, которой общій порядокъ наслѣдованія примѣненъ и къ наслѣдованію и послѣ дружинниковъ; спеціальнаго наслѣдованія, какъ увидимъ еще ниже, и здѣсь никакого не установлено. Впрочемъ, конкретность ст. LX можетъ быть объясняема и другою причиною, — мы и здѣсь въ-правѣ предположить, что въ эту статью, какъ судебное рѣшеніе, по извѣстной уже намъ причинѣ, занесена обстановка конкретнаго случая.

§ 8. Все, сказанное нами до сихъ поръ о смердахъ и дружинникахъ, понимая подъ ними и бояръ, поможетъ намъ ориентироваться при разборѣ отдѣльных постановленій Русской правды о наслѣдованіи, дастъ намъ возможность взглянуть на эти постановленія во взаимной ихъ связи, а тогда и смыслъ ихъ для насъ представится нѣсколько въ иномъ видѣ. Мы и переходимъ теперь къ такому разбору, слѣдуя за отдѣльными статьями въ томъ порядкѣ, въ какомъ онѣ расположены у г. Калачова, въ его «Предварительныхъ изслѣдованіяхъ».

Ст. LIX. *Аже умретъ смердъ безъ дѣтей, то задница его князю, ожели будутъ дочери у него дома, то даяти часть на ня, а ожели будутъ за мужемъ, то не даяти имъ ничтоже части.* Такова редакція этой статьи по троїцкому списку, одному изъ наиболѣе полныхъ. Языкъ, конструкція, краткость и отрывочность редакціи — все это, конечно, даетъ поводъ различно толковать ея смыслъ. «Здѣсь мы ясно видимъ, говоритъ г. Бѣляевъ, что право наслѣдованія у общинниковъ, смердовъ, ограничивалось только сыновьями, дочери же изъ отцовскаго наслѣдства получали только приданое» (Наслѣдство евъ завѣщанія, стр. 26. То-же самое повторяютъ и другіе.



*Никольскій*, стр. 357, 361, 368, 376; *Поповъ*, Объ опекахъ и наслѣдованіи по Русской Правдѣ. Сборн. историч. и статист. свѣдѣній о Россіи. 1845 г. стр. 108 — 109; *Дювернуа*, стр. 126, 328; *Неволинъ*. Т. II, стр. 340; *Аксаковъ*, Полн. собр. сочиненій, т. I; *Witte*, Ein Blick, стр. 35). И такъ, послѣ смерти смерда его имущество, какъ задница, статокъ, наслѣдство, становится выморочнымъ и достается князю, какъ-только нѣтъ сыновей, все равно будутъ дочери или нѣтъ. Но всмотрѣвшись внимательнѣе въ редакцію нашей статьи, нельзя не видѣть, что, при такомъ толкованіи слова «сыновья», «мушины» не прочитано въ статьѣ, а вычитано изъ-подъ строкъ, какъ нѣчто нужное; въ статьѣ такого слова нѣтъ, дѣти же — *verbum generale*. Потому то, что говоритъ г. Никольскій по отношенію къ принимаемому имъ общему порядку наслѣдованія, въ отличіе отъ двухъ особенныхъ, которыхъ мы не признаемъ, одинаково относится ко всеѣмъ случаямъ наслѣдованія (*Никольскій*, стр. 348 — 349; Ср. *Бѣляевъ*, стр. 29). Въ самомъ дѣлѣ, держась буквально выраженнаго смысла нашей статьи, мы ровно не имѣемъ никакого права подставлять то, чего въ ней нѣтъ по ея буквальной редакціи. Статья говоритъ: задница князю, когда нѣтъ дѣтей, если между дѣтьми незамужнія дочери — дать на нихъ часть; замужемъ онѣ, не давать ничего, т. е. не давать тѣмъ, которыя стали замужемъ при жизни отца. Но кто долженъ дать часть незамужнимъ дочерямъ и кто имѣеть право не давать ничего дочерямъ замужнимъ, этого статья прямо не выразила. Иначе, понимая такъ, будто положеніе дочерей по отношенію къ наслѣдству ихъ отца опредѣлено въ нашей статьѣ лишь на тотъ случай, когда наслѣдство достается князю, какъ выморочное, мы получимъ тотъ выводъ, что положеніе незамужнихъ дочерей совершенно не обезпечено, когда выморочность не наступаетъ, когда у нихъ есть братья; и наоборотъ, послѣдніе совершенно не обезпечены противъ пре-

тензій замужнихъ сестеръ. Съ такимъ выводомъ, надѣмся, никто бы не согласился изъ тѣхъ, кто не держится точно буквального смысла, т. е. никто изъ приведенныхъ нами ученыхъ. Гораздо проще будетъ, если мы скажемъ, что наслѣдство становится выморочнымъ, достается князю, какъ-скоро нѣтъ дѣтей вообще, т. е. и сыновей и дочерей. Значить, а *contrario*, оно не становится выморочнымъ, если послѣ умершаго остались дѣти, т. е. одни ли сыновья, сыновья и дочери, или же только однѣ дочери, и различіе между послѣдними, при братьяхъ, если и существовало, смотря по тому, замужнія онѣ или нѣтъ, то, какъ увидимъ ниже, было основано на одномъ изъ началъ древняго наслѣдованія, именно на фактѣ совмѣстнаго сожительства. Во всякомъ случаѣ, какъ бы ни опредѣлялось въ частности положеніе замужнихъ дочерей, но несомнѣнно то, что нахожденіе дѣтей, жившихъ въ одномъ домѣ, хозяйствѣ съ умершимъ, мѣшало наслѣдству стать выморочнымъ и достаться князю; помѣха такая нисколько не зависитъ отъ разницы въ полѣ дѣтей.

Спрашивается, однако же, въ-правѣ ли мы сдѣлать такой выводъ въ виду второй половины LIX ст.? Совершенно въ-правѣ, потому что эта вторая половина по отношенію къ первой половинѣ играетъ такую-же роль, какую играетъ ст. LXII по отношенію къ ст. LXI. Мы хотимъ сказать, что ст. LIX лишь опредѣляетъ взаимное отношеніе дочерей и сыновей по вопросу объ участіи тѣхъ и другихъ въ оставшемся послѣ отца наслѣдствѣ, и рѣшаетъ этотъ вопросъ прежде всего полнымъ устраненіемъ замужнихъ дочерей, коль-скоро есть сыновья, возлагая на послѣднихъ извѣстную обязанность въ пользу незамужнихъ сестеръ. Объ отношеніи же князя къ дочерямъ не можетъ быть и рѣчи, если выморочность наступаетъ тогда, когда нѣтъ дѣтей вообще. Въ самомъ дѣлѣ, ничего не будетъ невѣроятнаго допустить, что ст. LIX въ томъ видѣ,



въ какомъ она дошла до насъ въ извѣстныхъ намъ спискахъ, представляется геминаціею, слитою изъ двухъ статей; при чемъ онѣ обѣ, или, по-крайней-мѣрѣ, одна изъ нихъ потерѣла, отъ такого сліянія, въ полнотѣ и большей точности своего выраженія. Намъ кажется, что наша догадка все-таки никакъ не хуже замѣны одного слова другимъ, вычитыванья не того, что стоитъ, а что нужно. Если такъ, то ст. LIX можетъ быть развернута въ цѣлую серію догмъ и далеко не такъ однородна по своему содержанію, какъ это можетъ показаться съ перваго взгляда. Эти догмы слѣдующія: 1) Наслѣдники — дѣти вообще, но съ предпочтеніемъ мужчинъ предъ женщинами въ порядкѣ допущенія къ наслѣдству. 2) Изъ женщинъ за незамужними сестрами при братьяхъ признано право на часть. Вотъ пока двѣ догмы, которыя будутъ повторены и въ другихъ статьяхъ, какъ догмы общаго наслѣдованія, примѣненнаго и къ имуществу, остающемуся послѣ смерти смердовъ. Но сверхъ того, ст. LIX выражаетъ собою еще двѣ такія догмы, которыя ея professo только и высказаны въ ней, высказаны какъ догмы общаго наслѣдованія. Такъ 3) она формально устраняетъ замужнихъ дочерей отъ всякаго участія въ имуществѣ ихъ отца, тогда какъ ст. LXII объ нихъ не упоминаетъ ни слова. Разница же между замужними и везамужними дочерьми, конечно, если не вполнѣ, то все-таки главнымъ образомъ въ томъ, что однѣ выбыли, отдѣлились изъ своего прежняго дома, родного семейства, другія же пока остаются въ домѣ своего отца (*Witte*, стр. 35; *Никольскій*, стр. 373; *Рождественскій*, Историческое изложеніе русскаго законодательства о наслѣдствѣ, стр. 34). 4) Ст. LIX въ-особенности важна тѣмъ, что она формально опредѣляетъ, при какихъ условіяхъ и обстоятельствахъ наступаетъ выморочность имущества. Но этою послѣднею догмою не исчерпывается все содержаніе нашей статьи. А между тѣмъ догма выморочности, общая всякому наслѣдованію,

послѣ кого бы оно ни открылось, формально только и выражена въ LIX статьѣ. Послѣ этого мы видимъ, что однѣ изъ тѣхъ догмъ, въ которыя развернута наша статья, таковы, что будутъ ясно повторены и въ другихъ статьяхъ, прямо, или подразумеваемо, другія же таковы, что формально только и высказаны въ нашей статьѣ. При такомъ пониманіи, статья эта не является какою-то исключительною, опредѣляющею специальное наслѣдованіе, особенность котораго дана будто-бы политическимъ состояніемъ смерда; — нѣтъ, она содержитъ въ себѣ такіа догмы, которыя имѣютъ характеръ общности, примѣнимости во всѣхъ случаяхъ, когда умершій оставилъ послѣ себя имущество и семью, дѣтей, къ какому-бы званію и состоянію онъ ни принадлежалъ. Значитъ, для насъ теряется специальный характеръ этой статьи, который обыкновенно поставляется въ томъ, будто-бы положеніе дочерей умершаго смерда совсѣмъ иное, чѣмъ положеніе дочерей другаго лица. И въ самомъ дѣлѣ, какъ мы уже замѣтили, самое названіе смерда скоро исчезло; но высказанная догма наслѣдованія дочерей, повторенная прямо и въ ст. LX, стала общерусскою юридическою догмою. Московскій князь говоритъ, что и тотъ обычай извѣстенъ во многихъ государствахъ, не токмо въ великихъ государствахъ, но и въ меньшихъ государствахъ и въ молодыхъ людяхъ. Потомъ наша догма выражена въ судебникахъ (*Дювернуа*, стр. 318. «Во времена, послѣдующія за Русскою Правдой, мы не находимъ почти никакихъ указаній о наслѣдованіи князя послѣ смердовъ». *Никольскій*, стр. 311. Въ Судебникѣ права дочерей возведены на степень общаго правила. *Рождественскій*, стр. 38). Такая догма, коренившаяся, очевидно, въ русской жизни, была тѣмъ несомнѣннѣе въ своемъ примѣненіи, что она совпадала и съ гл. 27-ю Книги числъ, ст. 8; слѣдовательно, тѣмъ съ большею настойчивостью проводилась и поддерживалась духовною властью, которой были подсудны наслѣдствен-



ныя дѣла, и тѣмъ отчетливѣе сознавалась въ жизни, что составляла правило священнаго писанія. Общепринятое мнѣніе сопоставляетъ ст. LIX съ ст. LX, и на такомъ сопоставленіи, какъ мы знаемъ, строится тотъ выводъ, будто весь смыслъ и содержаніе ст. LIX только въ томъ и состоитъ, чтобы опредѣлить выморочность имущества, т. е. права князя. Отсюда уже выводится коренная разница между наслѣдованіемъ послѣ смердовъ и послѣ бояръ, разница, для объясненія которой г. Бѣляеву, велѣдъ за Аксаковымъ, пришлось разбить всю массу тогдашняго населенія только на двѣ категоріи — общинниковъ и вотчинниковъ (*Бѣляевъ*, стр. 26, 27, стр. 34). Сопоставленіе ст. LIX съ ст. LX, конечно, необходимо, и не столько для разясненія первой изъ нихъ, сколько для разясненія второй. Но смыслъ и содержаніе обѣихъ статей получается совсѣмъ иной, если мы будемъ ихъ сравнивать и сопоставлять не прямо, такъ сказать, лицомъ къ лицу, но вводя постоянно ст. LXI и LXII, какъ одно цѣлое. Только такой пріемъ избавитъ насъ отъ необходимости признать по Русской Правдѣ, по крайней-мѣрѣ, три порядка наслѣдованія — два спеціальныхъ для бояръ и смердовъ, и третій общій, въ которомъ выморочность, по словамъ г. Никольскаго, никогда не могла наступить, если только были хотя самые отдаленные боковые родственники (*Никольскій*, стр. 357. Свои категорическія утвержденія о наслѣдованіи боковыхъ г. Никольскій, разумѣется, строить на соображеніяхъ произвольныхъ, стр. 369). Такой общій порядокъ, если допускать рядомъ съ нимъ существованіе порядковъ спеціальныхъ, прежде всего долженъ быть выраженъ въ ст. LXI и LXII; онъ предназначенъ неизвѣстно для кого, если мы согласимся съ г. Бѣляевымъ, что въ то время въ Россіи всѣ люди были или смерды-общинники, или бояре и дружина, т. е. вотчинники. Но мы не разъ еще будемъ имѣть случай увидѣть, что ни одна изъ статей Русской Правды не можетъ быть



понята и опредѣлена въ своемъ содержаніи, если мы не будемъ прямо или подразумѣваемо приводить ее въ связь и отношеніе со всеми другими статьями, трактующими о томъ-же предметѣ, т. е. относящимися къ наслѣдованію. Правда, мы находимъ, что каждая изъ этихъ статей, взятая въ отдѣльности, не строго однородна по своему содержанію, не ограничивается только тѣмъ, чтобы выразить собою одну какую-нибудь догму; напротивъ, обыкновенно одна и та-же догма повторяется разомъ въ нѣсколькихъ статьяхъ. Такой точности, и, такъ-сказать, экономіи въ выраженіи юридическихъ догмъ, не повторяющихся по-нѣскольку разъ и взятыхъ абстрактно за содержаніе отдѣльныхъ статей, мы не въ-правѣ ожидать и требовать отъ древняго памятника, который притомъ составлялся не однимъ актомъ законодательной власти, а лишь постепенно воспринималъ въ себя то, что тѣмъ или другимъ путемъ вырабатывалось въ жизни. Мы не въ-правѣ, наконецъ, требовать полного отвлеченія отъ конкретныхъ особенностей того отдѣльнаго случая, по поводу котораго не сознана, а лишь выражена та или другая догма. Тѣ-же самыя приемы, которые употреблены нами по отношенію къ ст. LIX, будутъ примѣнены и къ ст. LX, къ разбору которой мы и переходимъ.

Ст. LX. *Аже въ боярѣхъ или же въ боярствѣхъ дружинѣхъ, то за князя задница не идетъ, но аже не будетъ ни сыновъ, а и дочери возмуть.* Мы уже видѣли выше, что подъ боярами и боярскою дружиной, о которыхъ идетъ рѣчь въ нашей статьѣ, скорѣе всего можно понимать служилыхъ людей, да если-бы это было и не такъ, то сущность дѣла отъ этого нисколько не пострадаетъ (Ср. *Никольскій*, стр. 366 — 67; *Билеевъ*, стр. 29; *Кавелинъ*). Что касается до насъ, мы читаемъ нашу статью такъ: хотъ бы умершій состоялъ и въ боярахъ, или въ боярской дружинѣ, все равно, задница за князя не идетъ, если только остались дѣти, и притомъ не будетъ сыновей, возмуть



и дочери. И тѣ и другія одинаково дѣти. При такомъ чтеніи, наслѣдованіе дочерей, при неимѣніи сыновей, представляется не привилегією боярскаго сословія и дружины (*Кунимыиъ*, стр. 68 — 69; *Поповъ*, стр. 108 — 109; *Губе*, стр. 67, 68; *Никольскій*, стр. 376. Послѣдній въ такой привилегіи видитъ скандинавское вліяніе, — стр. 361, 368, 375; *Блжесъ*, стр. 29; *Серіевичъ*, Вѣче и Князь, стр. 44), а такимъ-же общимъ правиломъ, какъ и наслѣдованіе дочерей послѣ смерда. Словомъ, задница за князя не идетъ, какъ-скоро у боярина и дружинника остались сыновья или дочери, т. е. дѣти вообще, все равно, какъ и послѣ смерда; и напротивъ, задница идетъ за князя, если бояринъ умретъ безъ дѣтей. Въ такомъ случаѣ, очевидно, что обѣ статьи, и LIX и LX, прежде всего сходны въ томъ, что и та и другая опредѣляютъ условія, — первая, когда выморочность наступаетъ, вторая — когда та-же выморочность не наступаетъ, т. е. онѣ въ сущности опредѣляютъ одно и то-же, — когда не наступаетъ выморочность, только что первая опредѣляетъ условія ненаступления отрицательно, вторая — положительно. Въ этомъ сходство обѣихъ статей доходитъ до полного тождества; но если такъ, то при тождествѣ съ одной стороны является сильная вѣроятность, что такое-же тождество существуетъ и въ остальномъ объемѣ обѣихъ статей. Потому, отъ содержанія ст. LIX мы въ-правѣ дѣлать заключенія къ содержанію ст. LX, и наоборотъ, что мы и позволили уже себѣ выше. Такой пріемъ и такіа заключенія должны насъ привести къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) Заключая отъ ст. LX къ ст. LIX, мы уже высказали, что и послѣ смерда наслѣдники — дѣти вообще, только они допускаются не всѣ разомъ, но съ соблюденіемъ постепенности, основанной, во-первыхъ, на различіи пола и затѣмъ на различіи дѣтей выдѣленныхъ и невыдѣленныхъ. Но далѣе, заключая отъ ст. LIX къ ст. LX, мы, кромѣ указан-



наго уже выше, ихъ тождества въ содержаніи, находимъ 2) что и послѣ бояръ и дружинниковъ незамужнія дочери имѣютъ право на часть, которая въ ст. LXII описана какъ приданое; безъ такого же заключенія у насъ получился бы выводъ, что въ боярскомъ сословіи братья не обязаны выдавать своихъ сестеръ, *како си могутъ*, такъ-какъ въ ст. LX ничего не говорится о какой-нибудь части дочерей незамужнихъ, о которой идетъ рѣчь въ ст. LIX. Тѣмъ-же путемъ 3) мы найдемъ, что и послѣ боярина и дружинника замужнія дочери формально устраняются отъ всякаго участія въ наслѣдствѣ ихъ отца, — выводъ, который опять никакъ не слѣдуетъ самъ собою изъ одной лишь LX ст., непоставленной въ связь съ статьею предъидущею. Наконецъ, въ 4-хъ, мы находимъ, что и ст. LX формально опредѣляетъ ненаступленіе выморочности (*Servicovich*, стр. 45), но такъ-какъ, въ-отличіе отъ статьи предъидущей, она опредѣляетъ такое ненаступленіе положительно, то поэтому и высказала ех professo догму наслѣдованія дочерей при неимѣніи сыновей, чего не высказала прямо ст. LIX, которая ограничилась лишь общимъ выраженіемъ «безъ дѣтей». При такомъ пониманіи, обѣ статьи, LIX и LX, сразу оказываются въ необходимой взаимно восполняющей связи, а не въ какомъ-то противорѣчьи, или, по-крайней-мѣрѣ, внѣ связи, какъ нормы, опредѣляющія совершенно различные порядки наслѣдованія (*Дювернуа*, стр. 318; *Кавелинъ*, т. I, стр. 329; *Witte*, стр. 41; *Бяляевъ*, стр. 25 — 26). Мы видимъ, что статья LX explicite высказываетъ то, что въ ст. LIX не было развернуто въ отдѣльное выраженіе, именно, она высказываетъ допущеніе къ наслѣдованію и дочерей, когда нѣтъ сыновей. Но, съ другой стороны, ст. LIX между прочимъ explicite опредѣляетъ то, что въ статьѣ послѣдующей не будетъ выражено прямо, опредѣляетъ положеніе дочерей замужнихъ и незамужнихъ. Въдѣ и послѣ боярина, какъ и послѣ дружинни-



ка, сыновья его должны же были содержать свою сестру и затѣмъ выдать замужъ, снабдивши ее приданымъ. Если такъ, то, подобно ст. LIX, и ст. LX не заключаетъ въ себѣ никакихъ изъятій, по своему содержанію не находится въ противоположности съ статьею предыдущей; между ними тѣсная взаимно-восполняющая связь; одна безъ другой не можетъ быть понята. Но, съ другой стороны, такая-же точно связь существуетъ между ними и другими статьями, относящимися къ наслѣдованію, какъ это мы увидимъ еще не разъ въ дальнѣйшемъ изложеніи. Правда, обѣ статьи облечены въ особенности конкретного случая, и причина такой конкретности указана выше. Во всякомъ случаѣ, изъ-за одной такой оболочки, независимо отъ ихъ содержанія и отношенія къ другимъ статьямъ, совершенно нераціонально допустить, будто ст. LIX и LX даны лишь для случаевъ *suī generis* и — только для нихъ; напротивъ, мы скорѣе должны признать, что догмы выраженные въ нихъ — догмы общія, а не какія-то спеціальныя. Конкретность релакціи нашихъ статей мы уже объясняли тѣмъ, что обѣ статьи были даны для устраненія извѣстныхъ недоразумѣній; но недоразумѣнія эти устранены не тѣмъ, что для наслѣдованія послѣ смердовъ и бояръ даны спеціальныя, исключительныя нормы, а тѣмъ, что и на такіе случаи наслѣдованія распространены тѣ общія догмы, которыя, то въ формѣ обычнаго, то въ формѣ писаннаго права, дѣйствовали въ тогдашней жизни. На подобную связь между наслѣдованіемъ послѣ смердовъ, съ одной стороны, и наслѣдованіемъ послѣ бояръ и дружинниковъ, съ другой, указываетъ и г. Никольскій (*ibid.* стр. 367, 368); только связь эта все-таки не мѣшаетъ г. Никольскому стоять за спеціальныя, сословные порядки наслѣдованія въ Русской Правдѣ. Мы, конечно, не упускаемъ изъ виду, что обѣ разобранныя статьи не ограничились лишь однимъ тѣмъ содержаніемъ, которое какъ-разъ соотвѣтствовало бы вызвавшему ихъ поводу; нѣтъ, онѣ



захватили въ свое содержаніе и, такъ сказать, фиксировали еще другія догмы, которыя хотя и дѣйствовали въ видѣ обычнаго права, но не были выражены какъ писанный законъ, или, что здѣсь все равно, не были высказаны, какъ записанная пошлина. Удивительнаго и страннаго тутъ, конечно, ничего нѣтъ: древнее право — все равно что малый ребенокъ: спросите его объ одномъ, онъ, отвѣчая на вашъ вопросъ, вмѣстѣ съ тѣмъ проговорится и о томъ, чего никто у него не спрашивалъ. При томъ, далѣе, если ст. LIX и LX и по времени своего возникновенія слѣдовали одна за другою въ томъ-же порядкѣ, въ какомъ онѣ дошли до насъ въ письменномъ памятникѣ, то, очевидно, что сначала общему порядку наслѣдованія, какъ онъ опредѣлялся въ то время обычаемъ, было подчинено наслѣдованіе послѣ смердовъ, а потомъ и наслѣдованіе послѣ бояръ и дружинниковъ (*Поповъ*, Объ опекаѣ и наслѣдованіи, въ Сборн. стр. 109). Словомъ, мы настаиваемъ на томъ, что ст. LIX и LX если и представляютъ какую-нибудь особенность, то развѣ только въ томъ, что онѣ впервые подвели подъ общія догмы наслѣдованіе послѣ лицъ, находившихся въ исключительныхъ отношеніяхъ къ князю; — въ этомъ если не главная, то одна изъ причинъ конкретности ихъ редакціи. А за-тѣмъ, по своему содержанію, онѣ даютъ такія догмы, которыя одинаково примѣнимы ко всякому наслѣдованію, послѣ кого бы оно ни открылось, лишь-бы только открылось, чего, какъ извѣстно, не бывало въ-случаѣ, напр., выдачи на потокъ и разграбленіе. Это одно изъ самыхъ рѣзкихъ отступленій, которыя мы позволили себѣ сдѣлать отъ общепринятаго воззрѣнія на значеніе и взаимное отношеніе обѣихъ разобранныхъ статей. Мы вынуждены были поступить такъ не по капризу, не по страсти къ новаторству, а по другимъ причинамъ. Дѣло въ томъ, что общепринятое воззрѣніе не замѣчаетъ, кажется, всѣхъ тѣхъ противорѣчій, которыя неизбежно возникаютъ, если мы будемъ смотрѣть на



значеніе и взаимное отношеніе обѣихъ статей такъ, что онѣ являются безъ всякой связи, даже въ контрастѣ между собою и съ другими постановленіями Русской Правды, трактующими о наслѣдованіи. Такія противорѣчія даны въ томъ самомъ предположеніи, изъ котораго исходитъ общепринятое воззрѣніе, по-крайней-мѣрѣ, у наиболѣе послѣдовательныхъ его сторонниковъ. Такъ, оно исходитъ изъ того предположенія: 1) будто по Русской Правдѣ всѣ случаи наслѣдованія, смотря по сословнымъ различіямъ, распадаются на двѣ категоріи — наслѣдованіе послѣ бояръ и дружинниковъ съ одной стороны и наслѣдованіе послѣ смердовъ съ другой, или, какъ выражается г. Вѣляевъ (стр. 18; ср. *Аксаковъ*, Собр. соч. т. I), наслѣдованіе послѣ вотчинниковъ и общинниковъ; 2) что между этими двумя порядками наслѣдованія коренная разница и полнѣйшій обрывъ, такъ-что каждый изъ нихъ стоитъ особнякомъ; ergo, то, что можетъ и должно быть сказано объ одномъ порядкѣ, никоимъ образомъ не должно быть прилагаемо къ другому (*Witte*, стр. 35). Но тогда спрашивается, къ какому же наслѣдованію — къ наслѣдованію послѣ вотчинниковъ или послѣ общинниковъ, отнести ст. LXI и LXII, въ редакціи которыхъ нѣтъ уже и помину о какихъ-нибудь сословныхъ различіяхъ? Отнести ихъ одинаково къ тому и другому наслѣдованію не приходится, потому что при томъ пониманіи ст. LIX, какого держится общепринятое мнѣніе, этому рѣшительно помѣшаетъ ст. LXII. Общепринятое мнѣніе, хотя оно этого не высказываетъ и даже не желаетъ высказать, но тѣмъ не менѣе съ роковою необходимостью ведетъ къ тому заключенію, что для сыновей смерда, относительно ихъ незамужнихъ сестеръ, рѣшительно не существуетъ той обязанности, которая установлена въ ихъ пользу ст. LXII; на основаніи ст. LIX, спеціальной будто бы по своему содержанію, нѣчто подобное высказанной обязанности существуетъ только для князя, кото-

рый, по тому-же общепринятому мнѣнію, устраняетъ своимъ правомъ выморочности отъ наслѣдованія дочерей смерда. Отнести же ст. LXI и LXII лишь къ наслѣдованію послѣ бояръ и вообще дружинниковъ мѣшаетъ то соображеніе, что въ такомъ случаѣ коренной институтъ приданого, обязанность поминовенія души, предсмертный рядъ имѣли бы примѣненіе только для незначительнаго по своей численности класса людей въ тогдашней массѣ русскаго населенія. За-тѣмъ, далѣе: къ какому наслѣдованію отнести правило Русской Правды объ опекахъ, о положеніи и правахъ вдовы, о преимуществѣ меньшаго сына при раздѣлѣ наслѣдниковъ дѣтскимъ? Всѣ эти и подобные вопросы, съ точки зрѣнія общепринятаго мнѣнія, или совсѣмъ не могутъ быть рѣшены, или, если и могутъ, то лишь съ значительными натяжками. Такіе вопросы и не возбуждаются, и понятно — почему: догматическій анализъ обыкновенно не занимается нашихъ историковъ права; они предпочитаютъ лучше спорить по поводу теоріи родового или общиннаго быта, стараются во что бы то ни стало найти начало догмъ Русской Правды въ какомъ-нибудь иноземномъ источникѣ и т. д. Намъ кажется, что упомянутыя сей-часъ противорѣчія слишкомъ серьезны для того, чтобы обходить ихъ въ угоду какимъ-нибудь постороннимъ, неюридическимъ цѣлямъ. Намъ кажется, далѣе, что, въ виду тѣхъ-же противорѣчій, гораздо лучше посмотрѣть на дѣло такъ, чтобы они разрѣшались сами собою и даже вовсе не возникали. Наша точка зрѣнія тѣмъ именно и отличается отъ общепринятой, что съ нея, — намъ, по-крайней-мѣрѣ, такъ кажется, — всѣ постановленія Русской Правды, прямо или косвенно относящіяся къ наслѣдованію, представляются не въ разрывѣ и противорѣчіи, а во взаимной связи, такъ-что и по Русской Правдѣ наслѣдованіе является заменутымъ въ систему логически связанныхъ и дополняющихъ одна другую догмъ. По отношенію къ ст. LIX и LX мы во всякомъ случаѣ имѣемъ



вотъ какой выводъ: догма выморочности и условія, когда наступаетъ выморочность, опредѣлена въ ст. LIX; догма наслѣдованія дочерей, при неимѣніи сыновей, выражена въ ст. LX. Эти двѣ догмы, по нашему мнѣнію, догмы общаго наслѣдованія, одинаковаго для всѣхъ, только и высказаны въ упомянутыхъ статьяхъ; въ другихъ статьяхъ мы ихъ не найдемъ; зато найдемъ тамъ выраженными другія догмы. Ст. LIX и LX, кромѣ приведенныхъ двухъ догмъ, заключаютъ въ своей редакціи и кое-что другое; почему такъ, — мы объяснили выше. Но главная центральная статья, ядро всей системы наслѣдованія — это LXI, по отношенію къ которой ст. LXII является съ такимъ-же значеніемъ, съ какимъ вторая половина ст. LIX является по отношенію къ первой половинѣ той-же статьи. Мы и переходимъ къ ст. LXI.

§ 9. Ст. LXI. *Аже ли кто умирая раздѣлитъ домъ свой дѣтямъ на томъ же стояти; на ли безъ ряду умреть, то все дѣтямъ, а на самого часть дати по душъ.* При этой статьѣ мы должны поставить на видъ и слѣдующую:

Ст. LXII. *Оже ли будетъ сестра въ дому то тои задница не надобе нѣ отдадѣтъ ю братья како си могутъ.* Намъ необходимо разомъ имѣть предъ глазами обѣ статьи, и для чего, сей-часъ будетъ видно само собой.

Съ перваго взгляда легко прійти къ той мысли, что ст. LXI прежде всего и главнымъ образомъ имѣетъ лишь частное значеніе, что она опредѣляетъ судьбу только одной изъ возможныхъ составныхъ частей наслѣдства, т. е. судьбу дома. Но такого заключенія не допускаетъ редакція слѣдующей статьи, въ которой положеніе дочерей опредѣляется не только по отношенію къ дому, но и по отношенію ко всему вообще наслѣдству, задницѣ; а между тѣмъ ст. LXII явно относится къ ст. LXI, связана съ ней, какъ ея дополненіе. Но и независимо отъ этого, общее, а не частное лишь значеніе ст. LXI открываетъ

ся само собою при болѣе внимательномъ ея разсмотрѣніи. Въ самомъ дѣлѣ, мы не должны смущаться словомъ «домъ»: стѣить только отвѣтить на вопросъ, что обозначается этимъ словомъ. Понимать одно зданіе было бы нелѣпостью, такъ-какъ раздѣлъ зданія невозможенъ физически, а возможно лишь разрушеніе; подобнаго раздѣла законъ если прямо и не запрещаетъ, то во всякомъ случаѣ не предполагаетъ его, предоставляя дворъ съ домомъ одному изъ сыновей. Очевидно, что слово «домъ» имѣетъ здѣсь другое значеніе; но понимать подъ этимъ словомъ одну только движимость, какъ это дѣлаетъ г. Ланге, будетъ слишкомъ произвольно; тогда подъ задницей пришлось бы разумѣть одну недвижимость, т. е. пахоть и угодыя, такъ-какъ дворъ въ Русской Правдѣ такъ и называется — дворомъ. Притомъ-же, въ другомъ мѣстѣ, въ ст. LXIX, говорится, что дворъ всяко меньшему сыну, и братья одинаково могли «растянуться о задницѣ», все равно, умеръ ли отецъ ихъ съ рядомъ, или безъ ряду. И понятное дѣло, дворъ могъ имѣть значеніе для меньшаго сына лишь тогда, если онъ доставался ему застроенный, а не въ видѣ голой площади, раззоренной сносомъ строеній. Понимать домъ въ смыслѣ движимаго имущества нельзя между прочимъ и вотъ по какому соображенію: при раздѣлѣ дома, въ немъ нѣтъ доли сестрѣ — нѣтъ участія въ этой задницѣ. Правильно, или нѣтъ мнѣніе Неволіна, будто домъ въ LXI ст. означаетъ и землю, угодыя, во всякомъ случаѣ, намъ кажется, единственный способъ выйти изъ затрудненія — признать, что домъ и задница одно и то-же, т. е. наслѣдство. И во-первыхъ, въ той-же самой LXI ст. слово «домъ» чрезъ нѣсколько словъ замѣняется словомъ «все», т. е. все, какое только останется имущество, все наслѣдство — положимъ, что оно въ ту пору могло состоять только изъ наличности. Оба слова «домъ» и «задница» выражаютъ только различныя стороны одного и того-же понятія — имущества умершаго, имущества какъ цѣлаго, какъ



universitas. Это имущество, эта цѣлость, со стороны своей принадлежности покойному при его жизни, называется домомъ: оно называется, напр., такъ, когда говорится о раздѣлѣ, который предпринимается, или, по-крайней мѣрѣ, регулируется наслѣдодателемъ при своей жизни. Но то-же самое имущество, со стороны своей судьбы во время перехода отъ одного лица къ другому или къ другимъ, со стороны возможности достаться другимъ чрезъ посредство наслѣдованія, представляется какъ нѣчто оставленное, покинутое позади себя умершимъ, и потому называется задницей, остаткомъ, статкомъ (Hinterlassenschaft). Вотъ почему терминологія измѣняется, вмѣсто дома говорится о задницѣ, какъ-только рѣчь заходить о раздѣлѣ того-же самого имущества, которое передъ этимъ названо домомъ (ст. LXII и ст. LXIII). Мы знаемъ, что такое воззрѣніе не принято даже новѣйшимъ изъ писателей по исторіи русскаго наслѣдованія, г. Дювернуа; онъ говоритъ: «Различіе вещей (домъ, движимость) не сглаживается, не сливается въ одномъ цѣломъ понятіи имущества (стр. 328. У него-же отвѣтъ на вопросъ: какъ выражаетъ древній языкъ понятіе наслѣдства, стр. 141—142; *Рождественскій*, стр. 38). Но мы все-таки держимся его — оно прямое послѣдствіе редакціи статей, говорящихъ о наслѣдствѣ въ два періода, между которыми предѣломъ стоитъ открытіе наслѣдованія. Не споримъ, что то понятіе, которое по нашему мнѣнію выражается словомъ задница, долго потомъ не встрѣчается въ исторіи русскаго права. Но вопросъ въ томъ, почему оно не встрѣчается: потому ли, что оно не возникало, или, и это мы склонны думать, просто потому, что его не искали какъ слѣдуетъ. Вѣдь вотъ и то понятіе, которое выражается въ *litis contestatio* римскаго процесса, тоже долго не обрѣталось въ исторіи русскаго гражданскаго процесса, но теперь оказалось, что его не умѣли поискать какъ слѣдуетъ, а г. Дювернуа нашелъ. Намъ далѣе могутъ возразить, что рим-

ское воззрѣніе на наслѣдство, какъ на *universitas*, какъ на *omne jus, quod defunctis habuit*, искусственно и абстрактно настолько, что врядъ ли можетъ возникнуть въ только-что начинающемъ развиваться юридическомъ бытѣ. Мы на это можемъ сказать: 1) что не менѣе искусственно и абстрактно и понятие *litis contestatio*, однако-же оно весьма рано появляется въ русскомъ правѣ: 2) что не очень высока была степень развитія юридическаго быта въ Римѣ, когда и тамъ обособились двѣ стороны наслѣдства, какъ *resunia* (или *familiares*, — домъ) и *haereditas*. Быть можетъ, что у насъ такому обособленію упомянутыхъ сторонъ помогало вліяніе юридическихъ идей Византіи, проводившихся чрезъ духовенство. Здѣсь кстати не можемъ не замѣтить, что, толкуя о *матеріальномъ* вліяніи Византіи, о созданіи цѣлыхъ догмъ (или даже и цѣлыхъ институтовъ — такъ весь институтъ наслѣдованія въ томъ видѣ, какъ онъ опредѣленъ въ Русской Правдѣ, нѣкоторые выдавали за институтъ греческій, напр. Моршкинъ), наши ученые никогда не задавали вопроса о *формальномъ* вліяніи византійскихъ идей. Прослѣдить такое вліяніе было бы весьма любопытно; оно, навѣрное, было сильно и состояло въ томъ, что помогало развитію отвлеченныхъ юридическихъ концепцій по готовой формѣ концепцій византійскихъ. Не византійское вліяніе, конечно, обусловило тотъ видъ, какой получило землевладѣніе въ царскій періодъ московскаго государства, но кто не узнаетъ въ юридическихъ концепціяхъ, напр., помѣстной системы, тѣхъ концепцій и формъ, въ которыя были отлиты поземельныя отношенія въ византійской имперіи (см. у *Zachariae von Lingentheil*, *Die innere Geschichte des römisch-griechischen Privatrechts*, В. 2). Если такъ, если домъ и задница одно и то-же, наслѣдство, то для насъ въ этомъ открывается новый узелъ, связующій всѣ статьи о наслѣдованіи въ одну стройную систему, поставляющій ихъ въ такое взаимное



отношеніе, при которомъ онѣ взаимно восполняютъ и объясняютъ одна другую.

Поведемъ теперь нашъ анализъ ст. LXI дальше, проникнемъ въ глубь ея содержанія, постараемся вскрыть тѣ догмы, которыя завернуты въ этомъ содержаніи. О выморочности въ нашей статьѣ на тотъ или другой случай нѣтъ и помину; да оно и понятно, если мы вспомнимъ, что условія ненаступленія этой выморочности, и слѣдовательно, условія наступленія ея, уже опредѣлены въ двухъ предыдущихъ статьяхъ, и притомъ, какъ мы сказали выше, въ одной опредѣлены положительно, въ другой — отрицательно. За-то въ ст. LXI высказана та общая догма, которая уже была примѣнена къ наслѣдованію послѣ смердовъ, бояръ и вообще дружинниковъ; но тамъ она была высказана *implicite*, а здѣсь *explicite*. Догма вотъ какая: наслѣдники — дѣти *во всякомъ случаѣ и необходимо*, все равно, будетъ ли рядъ, или нѣтъ. Законъ предполагаетъ, и другаго предположенія не допускаетъ, что рядъ умершаго нисколько не уклонится отъ того порядка, какой слѣдуетъ самъ собою, какъ юридическая необходимость, не терпящая никакой сдѣлки съ субъективнымъ произволомъ. Законъ выражается такъ, что, независимо отъ того, будетъ рядъ или нѣтъ, наслѣдники въ томъ и другомъ случаѣ будутъ одни и тѣ-же; рядъ, разсматриваемый какъ выраженіе предсмертной воли, можетъ относиться только къ дѣтямъ. И такъ, ст. LXI выражаетъ собою юридическую необходимость, приложенную къ наслѣдованію; догма, выраженная въ ней, состоитъ прежде всего въ томъ, что наслѣдники — дѣти, кромѣ дѣтей — никто и ни подъ какимъ предлогомъ. Между тѣмъ издавна у нашихъ ученыхъ вошло въ обычай опредѣлять содержаніе разсматриваемой здѣсь статьи совсѣмъ иначе, чѣмъ это сдѣлали мы. По общепринятому мнѣнію, содержаніе ея будто-бы точно такое, какъ и содержаніе извѣстной статьи 12 таблицъ: *uti legassit...ita jus esto*. «Русская Правда, го-

ворить г. Дювернуа, не только не боится вызывать волю умирающего отца, она заранее освящает ее, не стѣсняя ничѣмъ; и этимъ она существенно отличается отъ византійскихъ источниковъ. Она какъ будто прислушивается къ этой волѣ, въ свою очередь покорной религіознымъ побужденіямъ, и устанавливаетъ такой рядъ дѣтямъ, который и прежде и послѣ непрерывно повторяютъ наши духовныя грамоты» (Источн. права, стр. 327 — 328; ср. *ibid.* стр. 107 — 108). Г. Дювернуа только рельефнѣе высказалъ то, что повторяли до него и другіе, по крайней мѣрѣ, большинство писателей, касавшихся этого вопроса. И такъ, въ древнѣйшемъ памятникѣ русскаго права намъ указываютъ на такое полное освященіе безграничнаго субъективнаго произвола, какого даже не существуетъ, собственно, и теперь. — Если противъ чего, то именно противъ этого мнѣнія мы должны протестовать со всею энергіею, и постараемся, на сколько возможно, оправдать и подтвердить свой протестъ. Прежде чѣмъ сближать рядъ Русской Правды съ римскимъ *testamentum*, нужно сначала взять одну, далеко не лишнюю, предосторожность, нужно отдать себѣ сначала отчетъ въ томъ, что такое римскій testamentъ. Это такое изъявленіе воли умирающаго, которое въ своемъ содержаніи рѣшительно внѣ всякой связи, внѣ всякаго соображенія съ тѣмъ принципомъ наслѣдованія, который выставляется въ законѣ, или вообще, въ объективномъ правѣ, какъ принципъ юридической необходимости, будетъ ли это принципъ родовой связи, или связи семейной, или другой какой-нибудь. Совпадетъ ли въ данномъ случаѣ содержаніе этой воли съ тѣмъ порядкомъ наслѣдованія, который наступилъ бы самъ собою въ силу принципа юридической необходимости, или не совпадетъ, это рѣшительно все равно; въ томъ и другомъ случаѣ содержаніе testamentа — полнѣйшее отрицаніе семейнаго или другаго начала, полнѣйшее устраненіе субъективнымъ произволомъ принципа юридической необходимости. Между обоими



принципами нѣтъ примиренія, между ними борьба, доходящая до полной исключительности и альтернативности. Вотъ почему не антикварный обломокъ, а глубокий смыслъ и образецъ высокой логики римскаго генія представляетъ догма: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Одно изъ двухъ: или субъективный произволъ, или юридическая необходимость — вотъ дилемма. *Unius enim pecuniae*, говоритъ Цицеронъ, *plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset* (*De inventione*, II, cap. 21). *Jus nostrum non patitur*, говоритъ Помпоній (l. 7. D. de regulis heris (50. 17) *eundem in paganis et testato et intestato decessisse earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus*, добавляетъ онъ, какъ-бы не допуская даже и возможности ихъ примиренія. Составить иначе завѣщаніе значить *sine observatione legum facere testamentum* (l. 19. § 2. D. de constr. pec. (49. 18) (*Трифонинъ*). (Срав. Гансъ, Bd. II, 5 Kapitel, S. 451 и сл.). О законѣ 12 таблицъ, освятившемъ безграничный субъективный произволъ, мы читаемъ (l. 120. D. de V. S. (50. 16): *Verbis legis XII tabularum his: uti legassit suae rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur, et heredes instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium*. Новѣйшія изслѣдованія въ области римскаго наслѣдственнаго права, какъ-то труды Феринга, Кенпена и другихъ, не говоря уже о богатыхъ своимъ содержаніемъ изысканіяхъ Игеринга, даютъ теперь возможность понять, въ чемъ заключалась причина тому, что римское право допустило и освятило сразу такой неограниченный субъективный произволъ, который, какъ видно, сталъ даже неудобенъ, такъ-что пришлось прибѣгнуть къ *interpretatio* и къ *auctoritas legum* и къ *auctoritas jura constituentium*, лишь-бы

только какъ-нибудь *coangustare* эту *latissima potestas*. Такой неограниченный субъективный произволъ возведенъ на степень юридическаго принципа не даромъ; на это была своя причина — своеобразное устройство римской семьи и за-тѣмъ классификація родственныхъ связей по системѣ агнатическаго родства. Новѣйшія изслѣдованія въ области римскаго наслѣдственнаго права несомнѣнно установили тотъ фактъ, что подъ видомъ *testamentum* римскій гражданинъ давалъ преимущество своимъ натуральнымъ родственникамъ предъ агнатами и предъ *gentiles*. Вспомнимъ далѣе, что римское право долго не знало *successio ordinum et graduum*, и вотъ *testamentum* съ *substitutio* въ ея разныхъ видахъ съ этой стороны является какъ средство одновременно и *supplendi* и *corrighendi juris civilis gratia*. *Testamentum* же несомнѣнно вызвалъ впервые и провелъ въ юридическое сознаніе тѣ начала, которыя потомъ были усвоены и освящены въ системѣ преторской *bonorum possessio*. Категоріи преторскаго эдикта: *unde liberi*, *unde cognati proximi*, *unde vir et uxor* — сложились подъ вліяніемъ того юридическаго воззрѣнія, которое возникло и развилось въ римскомъ обществѣ, имѣя для себя органомъ прежде всего *testamentum*. Изъ контраста *jus civile* и *jus gentium* въ области семьи и родства, изъ контраста когнатическихъ и агнатическихъ связей вышелъ на первыхъ порахъ по формѣ свободный, ни чѣмъ не ограниченный субъективный произволъ, *testamentum*. Но связь его съ семейнымъ и вообще началомъ натурального родства несомнѣнна; она выражалась между прочимъ въ *detestatio sacrorum*, и за-тѣмъ далѣе, она-же выражалась въ томъ, что первоначально *testamentum* совершался въ куриатскихъ комиціяхъ, получалъ свою санкцію отъ общины, какъ и всякій другой законъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ это доказано новѣйшими изслѣдованіями (напр. Ферингъ), такое совершеніе сопровождалось усыновленіемъ того лица, которое назначалось наслѣдникомъ. Въ каждомъ данномъ случаѣ народ-



ное собраніе утверждало или отвергало предлагавшійся на его разсмотрѣніе и санкцію тестаментъ, и поступало такъ или иначе, смотря по тому, находило или нѣтъ достаточнымъ тотъ мотивъ, который въ этомъ случаѣ заставлялъ римскаго гражданина отступить въ наслѣдованіи послѣ себя отъ семейнаго или родового начала, какъ принципа юридической необходимости. Впослѣдствіи, когда неограниченность тестамена, допущенная впервые по формѣ, проникла потомъ въ самое его содержаніе, когда не стало тѣхъ гарантій противъ подобнаго произвола, которыя даны были въ самой формѣ совершенія тестамена, происходившаго подъ контролемъ и съ-вѣдома народнаго собранія, на-манеръ *lex curiata*, — тогда только тестаментъ сталъ дѣйствительно средствомъ попираť не только связи родства агнатическія, но связи семейныя и когнатическія. Но тутъ-то началась та *coangustatio* этой *latissimae potestatis*, о которой говоритъ приведенный выше текстъ римскаго юриста. Центумвиральный судъ выработалъ *quaerela inofficiosi testamenti*, сначала не обставленную никакими условіями и правилами, допускавшуюся скорѣе по совѣсти и по соображенію обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая; но потомъ эта *quaerela inofficiosi testamenti* получила правильный, опредѣленный видъ обыкновенной *actio*. Институтъ *exhaereditio* или поименной или *inter caeteros*, смотря по различію *personae exhaeredatae*, которая наконецъ разрѣшилась въ *pars legitima* и ко времени Юстиніана сбросила съ себя всякій формальный характеръ, — *exhaereditio*, словомъ, тоже явилась коррективомъ противъ неограниченнаго произвола тестамена, когда въ такомъ коррективѣ наступила надобность, т. е. когда неограниченность субъективнаго произвола изъ формы тестамена перешла въ самое содержаніе послѣдняго. Такимъ образомъ, если мы хотимъ вводить въ наши сравненія римскій тестаментъ, то должны предварительно отдать себѣ отчетъ на-счетъ того, какова природа этого акта; но для этого

мы должны ознакомиться съ нимъ не по отрывочной фразѣ изъ фрагмента 12 таблицъ: *uti lingua nuncupassit ita jus esto*; мы должны принять въ расчетъ всю историческую обстановку, при которой возникло начало 12 таблицъ, и за-тѣмъ, постоянно должны имѣть въ виду главные фазисы въ историческомъ развитіи римскаго права наслѣдованія. Не забудемъ, наконецъ, что по самому характеру той борьбы, которая велась между плебеями и патриціями и вызвала на свѣтъ законъ 12 таблицъ, необходимымъ послѣдствіемъ ея должно было быть признаніе личности помимо тѣхъ квалификацій, которыя сначала существовали только для патриціевъ, а не для плебеевъ. Борьба эта прекрасно опредѣлена Гансомъ, который называетъ ее борьбою принципа индивидуальной личности съ принципомъ какой-то космогонической необходимости, въ которой сознавали себя патриціи. Спрашивается, было ли и у насъ до Русской Правды что-нибудь похожее на ту борьбу плебеевъ съ патриціями, которая выработала до небывалыхъ размѣровъ принципъ индивидуальной личности, велась долго и упорно и въ концѣ концовъ не разрѣшилась въ примиреніе, а только замерла въ императорскомъ періодѣ? Намъ скажутъ, что такимъ событіемъ было призваніе князей, что оно внесло принципъ личности въ древне-русскую жизнь. Но, во 1-хъ, ужъ если гдѣ искать начала личности, то ближе всего въ организаціи древняго вѣча (*Сериесвичъ*, Вѣче и Князь, стр. 51 и слѣд.), но и тамъ не отдѣльный человѣкъ выступалъ самъ по себѣ, а какъ отецъ семьи; участіе въ вѣчѣ обуславливалось семейнымъ положеніемъ. Вторыхъ, призваніе князей не затронуло тѣхъ формъ общественной жизни, которыя не приходятъ въ непосредственное прикосновеніе съ политическимъ строемъ; оно объединило, сплотило волости, общины, князья вступили съ ними въ извѣстныя отношенія по дѣламъ суда и управленія, для чего они собственно и были призваны. Но вліяніе князей не коснулось и



не могло коснуться такой замкнутой и первичной формы, какова семья. Дружина княжеская была и слишком малочисленна, и слишком измѣнчива въ своемъ составѣ для того, чтобы стать въ полный контрастъ съ остальною массою, хотя и стало общимъ мѣстомъ приписывать дружинѣ то вліяніе, будто она внесла начало личности въ русскую исторію (см. напр. *Кавелинъ*, Полн. собр. сочинен. т. 1, стр. 329; *Witte*, Ein Blick, стр. 41). Или, быть можетъ, было что-нибудь похожее на тотъ контрастъ, какой существовалъ у римлянъ между *cognatio* и *agnatio*? Ничего подобнаго не было; даже разница между законными и незаконными дѣтьми проведена впервые въ Уложеніи Алексѣя Михайловича. Русская же Правда даже такого различія не знаетъ; она различаетъ лишь дѣтей отъ свободной женщины и отъ рабы (ст. LXIV), и потому Рождественскій поспоропился найти различіе между законными и незаконными дѣтьми уже въ Русской Правдѣ (*Рождественскій*, стр. 12). Притомъ же разница между законными и незаконными дѣтьми совсѣмъ не то, что разница между *sui* и *liberi emancipati*. Съ какой же стати, откуда взятъ въ Русской Правдѣ такому явленію, какъ римскій testamentъ, да еще если при этомъ утверждаютъ, будто съ-разу же testamentъ является въ русскомъ правѣ не только неограниченнымъ по своей формѣ, но и по своему содержанію? Правда, было одно вліяніе, которое могло вызвать нѣчто похожее на testamentъ, но вліяніе такое если и оказалось, то слишкомъ своеобразно и ограничено: мы говоримъ о вліяніи церкви. Въ Русской Правдѣ есть одна догма, изъ которой впослѣдствіи выростетъ духовное завѣщаніе, хотя далеко не съ такою безграничностью въ содержаніи, какая отличала римскій testamentъ.

И такъ, мы думаемъ, что въ Русской Правдѣ не приходится искать чего-нибудь похожаго на римскій testamentъ, и наше мнѣніе можетъ быть подтверждено не только духовными грамо-



тами послѣдующаго времени, но даже и мнѣніемъ тѣхъ, которые видятъ въ ст. LXI санкцію начала *uti legassit* и т. д. Но дѣло въ томъ, что между предоставленною отцу возможностью ряда и *testamenti factio activa, quae non privati, sed publici juris est*, рѣшительно ничего нѣтъ общаго. Тѣмъ, кто смѣшиваетъ эти двѣ совершенно различныя вещи, мы напомнимъ слова Ганса: *Ueberhaupt muss der Begriff einer Erbtheilung, welcher fast allen orientalischen Völkern bekannt ist, nicht mit dem eines Testaments verwechselt werden. Die Erbtheilung überschreitet nicht den Kreis der Familie, sowie sie nicht das Leben des Theilenden überschreitet. Wenn eine Willkühr Statt findet, so fällt sie einzig und allein in das Quantitative der Portion hinein, die der Theilende bestimmt; das Testament ist aber der Familie gegenüber ein ihr Feindliches...* (Gans, Das Erbrecht, Bd. 1, стр. 150; ср. Bd. III, стр. 62). Такимъ образомъ видѣть главное содержание ст. LXI въ томъ, будто она имѣетъ въ виду формально выставить и освятить принципъ субъективнаго произвола, по нашему мнѣнію, значитъ упустить изъ виду коренные признаки римскаго тестамента, а эти признаки и въ современной теоріи гражданскаго права лежатъ въ основѣ ученія о завѣщательномъ наслѣдованіи. Ст. LXI употребляетъ слово «рядъ». Что-же такое рядъ? «Рядъ, рядить — распоряженіе, распорядить; въ этомъ-же смыслѣ рядъ значитъ договоръ (Бѣ бо Святополкъ съ Володимиромъ рядъ имѣлъ). У поляковъ «gada» — совѣтъ; слѣдовательно, рядить предполагаетъ дѣйствіе домовладыки съобща съ домочадцами» (Шульгинъ, стр. 30, примѣч. 60). «Завѣщаніе называется рядъ. Еще въ договорахъ съ греками русскіе говорили: «аще кто умретъ, не урядивъ своего имѣнія», и далѣе: «аще ли сотворитъ обряженіе» (Шлецеръ, II, гл. XV, стр. 739). И такъ, «рядъ» означаетъ распоряженіе, происходя отъ слова «рядить». Кромѣ того, слово рядъ значитъ договоръ. Такъ употребляется это слово



въ лѣтописяхъ... Это названіе указываетъ на вліяніе членовъ семьи на волю завѣщателя; вѣроятно, онъ дѣлилъ имущество, посоветовавшись съ членами семейства» (Поповъ, стр. 110, примѣч. 28). Такимъ образомъ «наслѣдники опредѣляются семейнымъ началомъ, признаннымъ за *необходимое въ наслѣдствѣ*. Воля завѣщателя не можетъ нарушить этого начала, ибо ей предоставлено только раздѣленіе имущества, а не назначеніе наслѣдника; его назначаетъ законодательство» (Поповъ, стр. 113, срав. *ibid.*, стр. 111). «Эта неограниченная (?) воля отца, этотъ рядъ, который давалъ онъ на смертномъ одрѣ своимъ дѣтямъ, не есть завѣщаніе... записывались ли слова умирающаго, или нѣтъ; изъясненіе воли отца было ни болѣе, ни менѣе какъ нравственное дѣйствіе души, *благословеніе*, какъ говорили наши предки, освященіе тѣхъ правъ, которыя дѣти по рожденію своему имѣли. Поэтому и рядъ, который давалъ умирающій отецъ своимъ дѣтямъ, есть не иное что, какъ назначеніе участковъ, которыми должны были владѣть дѣти послѣ его смерти. Это даже не раздѣлъ, ибо дѣти и послѣ этого ряда могли остаться и обыкновенно оставались въ общемъ сожителствѣ. Чтобы убѣдиться въ сказанномъ, стѣдуетъ только заглянуть въ любую изъ духовныхъ грамотъ древнѣйшаго времени, между которыми не найдется ни одной (!), гдѣ бы воля отца семейства расходилась съ обычнымъ порядкомъ наслѣдованія, или гдѣ бы воля эта проявлялась самостоятельно, независимо отъ кровныхъ побужденій, и опредѣляла бы себѣ наслѣдникомъ кого-либо чужаго, не изъ родныхъ» (Никольскій, стр. 342—343. Тутъ-же оцѣнено и воззрѣніе г. Морошкина на византійское происхожденіе нашихъ духовныхъ). Казалось бы послѣ этого, что для г. Никольскаго рѣшительно невозможно смѣшать «рядъ» Русской Правды съ римскимъ testamentомъ. А между тѣмъ оказывается, что г. Никольскій не отдалъ себѣ отчета въ своихъ собственныхъ словахъ и въ понятіи завѣщанія: «Рус-

ская Правда.... вводитъ по отношенію къ отцу семейства римское правило: *paterfamilias uti legassit, ita jus esto* — аже ли кто умирая раздѣлитъ домъ свой и т. д.» (*ibid.*, стр. 262). И это въ одномъ и томъ-же сочиненіи!

Если такъ, то статья LXI имѣетъ совсѣмъ не то содержаніе, какое, какъ мы сейчасъ видѣли, приписываетъ ей даже и г. Никольскій, расходящійся въ этомъ вопросѣ съ общепринятымъ мнѣніемъ. Она вовсе не заключаетъ въ себѣ постановленія въ томъ смыслѣ, будто субъективный произволъ можетъ нисколько не стѣсняться юридическою необходимостью, сознанною, правда, въ формѣ обычнаго права; нѣтъ, субъективному произволу если и дается просторъ, то сравнительно незначительный, — онъ можетъ лишь точнѣе опредѣлить взаимное отношеніе данныхъ того порядка наслѣдованія, который наступилъ бы и безъ ряда умирающаго, только наступилъ бы не такъ легко и удобно и не съ такою точностью во взаимномъ отношеніи количественныхъ данныхъ. Такая количественная точность участія каждаго изъ необходимыхъ наслѣдниковъ могла быть придана и обыкновенно придавалась рядомъ; но повліять на количественное распредѣленіе частей не значитъ еще отрѣшиться отъ того принципа, который, какъ принципъ юридической необходимости, даетъ основаніе для рѣшенія вопроса о томъ, кому именно должны достаться эти части. Далѣе, субъективный произволъ могъ выразиться и въ томъ, что по указанію умирающаго происходилъ физическій раздѣлъ, т. е. разверстаніе составныхъ частей наслѣдства между наслѣдниками въ удовлетвореніе той доли, которая приходилась каждому въ правѣ наслѣдовать, въ *jus succendi*, какъ *pars*, которая *concurso plurium fit*. Но, мало того, мы находимъ, что даже со стороны разверстанія отдѣльныхъ частей наслѣдства между наслѣдниками, субъективный произволъ встрѣчаетъ для себя ограниченіе, прямо выставленное въ Русской Правдѣ. Ст. LXIX рѣшительно постановляетъ, что дворъ «всяко» меньшему сыну,



все равно, былъ рядъ или нѣтъ. Нечего сказать, сильна эта воля, этотъ рядъ, который даже не можетъ опредѣлить судьбу одной изъ составныхъ частей наслѣдства иначе, какъ указано въ самомъ законѣ. Ст. LXIX именно прибавляетъ «всяко», т. е. во всякомъ случаѣ, будетъ ли рядъ или нѣтъ. Соображенія на-счетъ ряда можно повести еще дальше: вѣдь мы не можемъ даже сказать, каковъ характеръ и природа этого ряда: означаетъ ли онъ только изъясненіе воли отца, которое приводилось въ исполненіе уже послѣ его смерти, или же рядъ, быть можетъ, не ограничивался въ своемъ содержаніи однимъ изъясненіемъ воли, но эта воля тутъ-же, при жизни отца, и приводилась въ исполненіе. Изъ послѣдующей исторіи русскаго права мы знаемъ, что завѣщаніе и дареніе (обыкновенно въ пользу дѣтей, т. е. какъ выдѣлъ, назначеніе приданого) постоянно смѣшивались между собою, мы знаемъ, что и въ нынѣ дѣйствующемъ законодательствѣ завѣщаніе приравнено къ другимъ способамъ сингулярнаго преемства, что оно поставлено заурядъ съ дареніемъ, выдѣломъ и приданымъ, а наслѣдованіе по закону стоитъ въ системѣ законодательства совершенно особнякомъ. Что же невѣроятнаго въ предположеніи, что рядъ, о которомъ идетъ у насъ рѣчь, если не всегда, то очень часто, бывалъ ни больше, ни меньше какъ только выдѣлъ, раздѣлъ отцомъ своихъ дѣтей, раздѣлъ, который разъ совершился, долженъ оставаться въ своей силѣ, безъ передѣла и послѣ смерти отца. Развѣ было бы нарушено право меньшаго сына на дворъ; тогда, по силѣ ст. LXIX, можетъ быть передѣлъ. При такомъ раздѣлѣ, какъ-бы ни понимать его, умирающій, конечно, не забывалъ жены своей; онъ что-нибудь возлагалъ и на нее. Притомъ же, все заставляетъ предполагать, что рядъ былъ не одностороннимъ актомъ воли отца, но осложнялся элементомъ договорнымъ, участіемъ, одобреніемъ тѣхъ членовъ семьи, для которыхъ онъ былъ раздѣломъ. Вотъ гдѣ его

крѣпость, его, такъ сказать, сакральный характеръ для тѣхъ, кто на него согласился разъ, т. е. для дѣтей; а не въ томъ, что рядъ — послѣдняя воля умирающаго, «къ которой законъ прислушивается, которую онъ вызываетъ». Все равно, не будетъ ряда, дѣло обойдется и безъ него. Законъ предвидитъ такой случай и даетъ правила, которыя мы не можемъ назвать гипотетическими; они скорѣе — очертаніе тѣхъ наружныхъ границъ, внутри которыхъ въ большей или меньшей степени можетъ совершаться движеніе субъективнаго произвола, но переходить за нихъ не можетъ. Эти правила выражаютъ, фиксируютъ совсѣмъ другой принципъ наслѣдованія, какъ юридическую необходимость, — принципъ семейной связи. Послѣдній принципъ остается въ цѣлости, нетронутъ субъективнымъ произволомъ; если онъ и потерпѣлъ нѣкоторый проломъ, то совсѣмъ съ другой стороны, — за-одно съ нимъ освящается вліяніе церкви. Въ ст. LXI мы находимъ постановленіе, что за-одно съ наслѣдованіемъ дѣтей участвуетъ и церковь, ей также слѣдуетъ часть по душѣ на поминокъ. На первый взглядъ и это постановленіе тоже, какъ будто, чисто гипотетическаго свойства; оно, по-видимому, дано на тотъ случай, если покойный умеръ безъ ряда; о томъ же, что такая часть слѣдуетъ церкви и тогда, если былъ рядъ, прямо ничего не сказано. Но мы склонны думать, что участіе церкви, какъ-бы мы ни формулировали его, одинако имѣло мѣсто, былъ рядъ, или нѣтъ. Мы думаемъ такъ, во-первыхъ, потому, что не придаемъ особенной важности существованію ряда: полагаемъ, что не рядъ опредѣлялъ, кому участвовать въ наслѣдованіи, — дать подобное опредѣленіе онъ былъ безсиленъ; во-вторыхъ, мы думаемъ такъ потому, что религіозный интересъ, интересъ поминка, господствуетъ и въ духовныхъ грамотахъ (иногда называемыхъ просто памятями) позднѣйшаго времени; въ-третьихъ, что онъ и не могъ не быть таковымъ, принимая въ расчетъ, что дѣла по



наслѣдованію подлежали церкви, что дѣлешь дѣтскимъ не былъ исключительно необходимостью, что рѣшеніе споровъ совершалось по началамъ третейскаго суда, а кому же всего ближе было брать на себя роль третейскихъ судей, какъ не лицамъ духовнаго званія? (О святительскомъ судѣ, см. *Дювернуа*, стр. 36). Если такъ, то мы не рискуемъ погрѣшнить, сказавши, что законъ даже не предполагаетъ возможности такого случая, гдѣ бы умирающій въ своемъ рядѣ обошелъ церковь, все равно, какъ онъ не предполагаетъ возможности и такого случая, гдѣ бы рядъ умирающаго относился къ кому-нибудь, постороннему для его семейства. Оставленіе части въ пользу церкви стало такою-же юридическою необходимостью, какъ и оставленіе своего имущества дѣтямъ, а не кому-нибудь другому. Конечно, возникновеніе первой необходимости въ сознаніи тогдашняго общества имѣло для себя совсѣмъ иное основаніе, чѣмъ возникновеніе второй необходимости. Участіе дѣтей необходимо потому, что они еще при жизни отца были въ извѣстномъ смыслѣ участниками въ томъ имуществѣ, которое остается теперь, т. е. послѣ смерти отца, когда они уже не связаны необходимо въ одно цѣлое, въ одну семью. Но оставленіе части по душѣ стало юридическою необходимостью, благодаря вліянію церкви; слѣдовательно, оно церковью же было вызвано и за-тѣмъ возведено на степень юридической необходимости. Впрочемъ, мы готовы допустить, что въ этомъ случаѣ для успѣшности своего вліянія церковь имѣла прецедентъ въ языческомъ періодѣ, насколько въ систему языческихъ вѣрованій нашихъ предковъ входили вѣрованія въ загробную жизнь.

§ 10. Такимъ образомъ, по вопросу о томъ, какова судьба имущества послѣ смерти его субъекта, рядомъ съ одною юридическою необходимостью появилась и другая. А это имѣло огромное значеніе. Въ самомъ дѣлѣ для субъективнаго произвола въ извѣстной степени открылась возможность уже выбора

между двумя необходимостями; прежде всего, количественное отношение участія церкви къ участію дѣтей зависѣло отъ воли умирающаго, — вѣдь мы допустили уже выше, что отъ нея-же зависѣло и опредѣленіе количественнаго отношенія долей, слѣдовавшихъ дѣтямъ. Но за-тѣмъ, естественное дѣло, церковь раньше или позже должна была придавать санкцію своего авторитета и такимъ распоряженіямъ умирающаго, въ которыхъ онъ стремился не просто къ тому, чтобы количественно опредѣлить ея участіе въ ущербъ дѣтямъ, но, по тѣмъ или другимъ поводамъ, уклонясь совсѣмъ отъ одной юридической необходимости, прибѣгалъ къ другой, — не ту или другую часть имущества, а все цѣликомъ предоставлялъ церкви. Наконецъ, авторитетъ церкви являлся дѣйствительнымъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда умирающій, не оставляя дѣтей, хотѣлъ устранить наступленіе выморочности, претензіи князя, предоставляя свое имущество церкви. Отсюда видно, что вліяніе церкви раньше или позже должно было нанести ударъ и догмѣ выморочности, претензіямъ князя, о которыхъ сказано выше.

Такимъ образомъ вліяніе церкви вызвало субъективный произволъ, поддержало и охранило его силу на первыхъ порахъ, воспитало его. Въ самомъ дѣлѣ, въ духовныхъ грамотахъ послѣдующаго времени мы видимъ, что субъективный произволъ практикуется главнымъ образомъ на преслѣдованіи интересовъ религіозныхъ; если вмѣстѣ съ дѣтьми еще кому-нибудь назначается часть въ завѣщаніи, то обыкновенно — церкви. Такъ длилось до тѣхъ поръ, пока правительство, задавшись цѣлями секуляризаціи, сначала ограничило, а потомъ и совсѣмъ устранило подобную практику. Далѣе, мы уже видѣли, что и на первыхъ порахъ въ правѣ Русской Правды субъективному произволу была предоставлена свобода не въ назначеніи наслѣдниковъ, а въ разверстаніи между ними составныхъ частей наслѣдства; сфера, правда ограниченная, но все-таки она была.



Отсюда опять то послѣдствіе, что, окрѣпши подъ вліяніемъ церкви, субъективный произволъ сталъ претендовать и на большую свободу; коли признана свобода опредѣлять величину частей, слѣдующихъ дѣтямъ, то не труденъ переходъ и къ свободѣ устранять того или другаго изъ дѣтей отъ наслѣдства, а то—и всѣхъ ихъ, подставляя вмѣсто нихъ или церковь, или лицо, стоящее внѣ всякихъ семейныхъ связей съ умирающимъ. Наконецъ, рядъ, рассматриваемый какъ воля отца, все-таки освященъ закономъ, который, правда, не предполагалъ, чтобы эта воля въ своемъ содержаніи уклонилась отъ юридической необходимости, т. е. отъ принципа семейной связи. Какой-же изъ всего этого выводъ? Выводъ тотъ, что въ Русской Правдѣ хотя и нѣтъ завѣщательнаго наслѣдованія, но тѣмъ не менѣе заброшены его зерна, даны такія нормы, изъ которыхъ впослѣдствіи выростетъ завѣщаніе, какъ институтъ, не имѣющій ничего общаго съ семейными отношеніями и связями, держащійся единственно на субъективномъ произволѣ. Но въ такомъ видѣ институтъ нашъ выростетъ не скоро. Съ постановленіями Русской Правды случится то-же, что случилось и съ закономъ 12 таблицъ. Римскій тестаментъ былъ освященъ въ своей неограниченности по формѣ главнымъ образомъ, какъ средство обходить претензіи агнатовъ и охранить права когнатовъ, т. е., *liberi, cognati proximi*, и наконецъ, какъ средство охранить права супруговъ по отношенію другъ къ другу. Вводя абстрактное правило: *uti legassit... ita jus esto*, законъ 12 таблицъ тоже, очевидно, исходилъ изъ предположенія, что тестаментъ будетъ служить только указаннымъ сей-часъ цѣлямъ; но неограниченность тестаментъ по формѣ, освященная безусловно, перенесена была въ самое содержаніе. Послѣ этого неограниченность тестаментъ стала зломъ, которое нужно было *coangustare*, для чего и выставлены коррективы въ родѣ *exhereditio, quærela inofficiosi testamenti* и наконецъ въ различныхъ видахъ *pars legitima* позд-

нѣйшаго юстиніановскаго права. У насъ такіе коррективы не выработались, на что были свои причины, о которыхъ мы не станемъ здѣсь говорить; и вотъ въ нынѣ дѣйствующемъ русскомъ правѣ мы встрѣчаемъ странное явленіе: рядомъ съ безграничною свободою завѣщанія нѣтъ никакого корректива на тѣ случаи, когда подобная свобода можетъ оказаться просто злоупотребленіемъ, бравадою нравственности, средствомъ пустить по-міру жену и дѣтей, быть можетъ по проискамъ какой-нибудь *turgis persona*. Родовой характеръ нѣкоторыхъ имуществъ, конечно, имѣетъ значеніе подобнаго корректива; но если въ прежнее время такой коррективъ и былъ дѣйствительнымъ, зато теперь его значеніе самое ничтожное.

Кромѣ другихъ причинъ, развитію завѣщанія въ русскомъ правѣ содѣйствовало еще то обстоятельство, что принципъ семейной связи, единственно и исключительно признанный въ Русской Правдѣ, въ послѣдствіи времени видоизмѣнился и расширился въ принципъ связи родовой. Такому измѣненію, расширенію, тоже положено начало въ Русской Правдѣ, положено тамъ, гдѣ, по-видимому, нельзя было бы и ожидать его. Затѣмъ присоединились и другія причины, о которыхъ мы упомянемъ ниже. И такъ, до-сихъ-поръ мы видѣли, что имущество послѣ умершаго, все равно, изъ чего бы оно ни состояло, опредѣлялось въ своей судьбѣ прежде всего по началу семейной связи; что принципъ субъективнаго произвола, если и допущенъ, то, во-первыхъ, допущенъ внутри лишь тѣхъ границъ, которыя безусловно, неизмѣнно поставлены для него тѣмъ-же началомъ, какъ юридическою необходимостью, а во-вторыхъ, онъ допущенъ лишь на-столько, на-сколько взять подъ свою охрану церковью. Только съ такимъ содержаніемъ онъ былъ формально освященъ въ своей неограниченности; но и въ такомъ видѣ его освященіе тѣмъ не менѣе является зерномъ, исходнымъ моментомъ завѣщательнаго наслѣдованія въ русскомъ пра-



вѣ. За-тѣмъ, мы видѣли, что какъ-скоро въ данномъ случаѣ не имѣетъ мѣста примѣненіе семейнаго принципа и субъективнаго произвола, наступаетъ выморочность. Определеніе условій, при которыхъ наступаетъ выморочность, повторено въ двухъ статьяхъ — въ LIX и LX: въ одной отрицательно, въ другой — положительно. Такимъ образомъ, вмѣсто того, чтобы толковать о различныхъ порядкахъ наслѣдованія послѣ смердовъ, бояръ и дружинниковъ, при чемъ пришлось бы допустить еще и третій, какой-то общій порядокъ наслѣдованія, мы до сихъ поръ имѣли дѣло только съ единымъ порядкомъ, безъ всякихъ сословныхъ различій. Потому слова г. Никольскаго (стр. 357) мы можемъ перефразировать такъ: «чтобы понять истинный смыслъ и значеніе постановленій Русской Правды о наслѣдованіи, мы должны опредѣлить именно понятіе семейной жизни и отношенія тѣхъ лицъ, которыхъ они касаются, а не ихъ сословныя права. — Намъ нѣтъ дѣла до особенныхъ ихъ отношеній къ князю, а потому мы отрицаемъ всякое различіе въ наслѣдованіи послѣ бояръ и дружинниковъ съ одной стороны, и смердовъ съ другой». Въ каждой изъ разобранныхъ статей мы находимъ высказанною по преимуществу одну какую-нибудь догму; но высказывая такую догму, такъ сказать *ex professo*, почти каждая изъ этихъ статей, проговаривается, если можно такъ выразиться, и на счетъ другой какой-нибудь догмы.

§ 11. И такъ, семейное начало — господствующій принципъ нашего древняго права наслѣдованія; оно возведено на степень юридической необходимости и подчиняетъ себѣ субъективный произволъ. Спрашивается, въ чемъ же состоитъ это начало? Прежде чѣмъ отвѣчать на подобный вопросъ, мы должны сдѣлать еще одно отступленіе. Мы сказали, что субъективному произволу отведенъ довольно незначительный просторъ, и притомъ лишь внутри тѣхъ границъ, которыя безусловно и ненарушимо поставлены для него юридическою необходимостью, т. е.

нормами объективнаго права, которыя, какъ извѣстно, тѣмъ сильнѣе дѣйствуютъ, чѣмъ глубже и сильнѣе основа ихъ обязательности коренится въ сознаниіи человѣка; это та пора, когда онѣ дѣйствуютъ въ формѣ обычая, немногосложны и просты, какъ немногосложенъ и простъ тотъ бытъ, который опредѣляется ими. Таковъ именно бытъ, предполагаемый Русскою Правдою (*Дювернуа*, стр. 52—53). Связь нормы объективнаго права съ непосредственнымъ сознаниемъ каждаго человѣка выражается въ томъ, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ примѣненіе той или другой нормы *удостоверяется, констатируется* тѣмъ-же непосредственнымъ сознаниемъ, такъ что, съ перваго взгляда, можетъ показаться, будто въ данномъ случаѣ такая норма имѣетъ приложеніе не потому, что приложимость въ ея природѣ, а потому, что она вызвана, создана тою субъективною волею, которая вызвала и самый случай. Субъективная воля, подчиняясь той или другой юридической нормѣ, какъ юридической необходимости, все-таки считаетъ нужнымъ заявить, что она согласна на примѣненіе такой нормы, что она согласна на тѣ послѣдствія, которыя наступили бы и сами собою, безъ подобнаго заявленія. Говоря это, мы, конечно, имѣемъ въ виду только тотъ видъ юридическихъ дѣйствій, которыя называются юридическими сдѣлками, юридическими актами. Вотъ какимъ образомъ дѣло принимаетъ такой видъ, будто въ данномъ случаѣ юридическая норма прилагается не прямо, а чрезъ посредство согласія на это субъективной воли, которая выдаетъ такую норму какъ-бы за собственное созданіе. Что же получается отсюда по отношенію къ наслѣдованію? Тѣ послѣдствія, которыя бы наступили и сами собою, умирающій считаетъ нужнымъ взять содержаніемъ акта своей воли, — онъ дѣлаетъ рядъ въ пользу дѣтей и церкви, хотя участіе тѣхъ и другой наступило бы и само собою, въ силу объективной нормы. *Es ist gar nicht von einem Anderen die Rede, das etwa*



der sonstigen Ordnung der Dinge gegenüber träte, sondern nur davon, dass der Hausvater das ohnehin schon Geltende zu einem auch von ihm Gewollten erhebt. Es ist vielmehr die Anerkennung, dass die eingeführte Ordnung die rechte sey... als dass es sich gegen diese Ordnung aufzulehnen gedächte (*Gans, Erbrecht. Bd. 1, стр. 113*). Понятно теперь, что, при известной небрежности, легко прийти къ выводу, будто объективная норма такого или иного рода получилась влѣдствіе постоянного, однообразнаго повторенія известныхъ юридическихъ актовъ съ одинаковымъ содержаніемъ. И въ-частности по отношенію къ наслѣдованію легко набрести на мысль, будто завѣщательное наслѣдованіе старше по времени наслѣдованія по закону, что между тѣмъ и другимъ существуетъ отношеніе причины и слѣдствія. Къ такой мысли и пришли нѣкоторые изъ нашихъ историковъ права, какъ-то гг. Бѣляевъ, Чичеринъ и Дювернуа. «Наслѣдованіе по завѣщанію старше наслѣдованія по закону, потому что законъ могъ возникнуть изъ обычая, а обычай развился лишь изъ однообразнаго повторенія завѣщаній» (*Бѣляевъ, стр. 7*). «Въ это время (т. е. даже въ XIV и XV в.), вѣроятно, рѣдко наступало наслѣдованіе по закону. Каждый считалъ своею обязанностью сдѣлать завѣщаніе (которое, добавимъ отъ себя, иногда просто называется памятью), распорядиться на случай смерти» (*Б. П. Чичеринъ, Опыты, стр. 266. Срав. Дювернуа, стр. 217—18*). Послѣ того, что сказано нами нѣсколько выше, мы, естественное дѣло, становимся на сторону г. Никольскаго, который говоритъ вотъ что: «Сначала въ первобытной жизни у народовъ вообще не бываетъ завѣщательнаго права. Гаясѣ, изслѣдуя наслѣдственное право въ общенсторическомъ его развитіи, открываетъ это основное положеніе въ законахъ Индіи, Китая, Зороастра и Моисея. Завѣщанія показываются въ постановленіяхъ Талмуда и въ правѣ мусульманскомъ. Онъ дѣлаетъ то-



же замѣчаніе о законахъ Исландіи, Норвегіи и Даніи. Тацитъ свидѣтельствуетъ, что завѣщаніе не было извѣстно древнимъ германцамъ. По законамъ Солона, аѳиняне не могли дѣлать завѣщаній, а Монтескье думаетъ, что то-же самое было и у римлянъ до законовъ 12 таблицъ. Послѣ этого непонятно, какъ Вѣляевъ признаетъ завѣщательное наслѣдованіе старше наслѣдованія по закону» (*Никольскій*, стр. 117, примѣч. 1). Но и самъ г. Дювернуа, ставши на сторону г. Вѣляева по вопросу о старшинствѣ завѣщательнаго наслѣдованія, самъ-же потомъ высказываетъ такіа положенія, которыя никакъ не ладятъ уже съ старшинствомъ завѣщательнаго наслѣдованія, будто-бы создавшаго наслѣдованіе по закону. Такъ, онъ выражается о значеніи русскихъ духовныхъ грамотъ слѣдующимъ образомъ: «Цѣль той сложной сдѣлки (*Gesamtgeschäft*), которую представляютъ собою наши завѣщательные акты, состоитъ въ томъ, чтобы привести въ извѣстность или всю сферу юридическихъ отношеній, которыя остались послѣ умершаго, или тѣ изъ нихъ, которыя по причинамъ практическимъ, особенно нуждались въ такомъ опредѣленіи. Общихъ, постоянныхъ элементовъ духовной грамоты мы не найдемъ; это не то, что римскій testamentъ, въ которомъ существенно назначеніе наслѣдника. Мы найдемъ въ числѣ нашихъ духовныхъ грамотъ такіа, въ которыхъ о наслѣдникѣ не говорится ни слова. При существованіи духовной въ этихъ случаяхъ мыслится законный наслѣдникъ завѣщателя. Причина понятна. Не столько порядокъ наслѣдованія требовалъ опредѣленія, сколько чувствовалась необходимость опредѣлить, въ чемъ будетъ наслѣдовать то или другое лицо. Духовныя грамоты фиксируютъ понятіе и составъ наслѣдства, которыхъ не опредѣляетъ никакой законъ. Понятно, что въ разныхъ случаяхъ могутъ быть очень различныя поводы, которые вызываютъ такую дѣятельность завѣщателя. Отъ этого нѣтъ возможности указать постоянные элемен-



ты наших завѣщательныхъ актовъ» (*Дювернуа*, стр. 248—249). «Если они (наши завѣщательные акты) походили на что-нибудь въ византійской практикѣ, то скорѣе на инвентари, нежели на тестаменты» (*Дювернуа*, стр. 329). Мы приведемъ еще одно мѣсто изъ того-же автора, гдѣ противорѣчіе, по нашему мнѣнію, высказывается особенно рѣзко: «....Откуда же взялись начала наслѣдственного права въ Русской Правдѣ? Какою силой утверждался этотъ порядокъ? Какая власть устраивала эти начала семейнаго быта? Кто для дѣтей узаконялъ ихъ отношенія къ имуществу отца, къ оставшейся вдовѣ? Намъ даетъ на это отвѣтъ сама Правда. Она разсматриваетъ послѣднюю волю отца какъ законъ въ сферѣ семьи; рядъ, который онъ далъ дѣтямъ, имѣетъ повелительный характеръ, какъ и сама Русская Правда. Если въ сознаніи людей того времени установились первыя, простѣйшія начала христіанскаго семейнаго быта, то *каждый отецъ долженъ былъ своимъ дѣтямъ приказывать то-же, что приказываетъ Правда на случай отсутствія послѣдней воли родителя*» (*ibid.* стр. 327. Крайне сбивчиво то, что говоритъ *Кунцицъ*, стр. 72. *Laugier*, стр. 153—154). Если таково значеніе завѣщаній, духовныхъ грамотъ въ пору позднѣйшую, когда начало личности и субъективнаго произвола между прочимъ было воспитано церковью, выработано и признано подъ вліяніемъ другихъ причинъ, если и въ эту пору духовныя грамоты все-таки походятъ на инвентари, а не на тестаменты, то что-же сказать о томъ рядѣ, который знаетъ Русская Правда? Любопытно наблюдать такія-же колебанія еще у одного писателя, который хотя и попалъ на дорогу правильнаго воззрѣнія, но все-таки не можетъ окончательно отдѣлиться отъ тяготящей традиціи. «Завѣщаніе не опредѣляетъ наслѣдниковъ, но только раздѣляетъ имущество на части уже опредѣленнымъ наслѣдникамъ, согласно съ природою семейнаго начала, дѣйствующаго въ на-



слѣдствѣ. И такъ, юридическая сторона завѣщанія заключается въ дѣленіи наслѣдства» (*Поповъ*, стр. III; Ср. *Никольскій*, стр. 343). «Въ отношеніи къ раздѣлу имущества воля завѣщателя, вѣроятно, была неограниченна»!... (*ibid.*). Но тотъ-же авторъ, не замѣчая совсѣмъ того противорѣчія, въ которое онъ попадаетъ, продолжаетъ: «Наслѣдство по закону представляется какъ дополнительное только въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ завѣщанія»!!! (*ibid.*). И наконецъ, г. Поповъ заключаетъ: «и такъ, завѣщаніе опредѣляетъ части имущества каждому изъ наслѣдниковъ. *Наслѣдники же опредѣляются семейнымъ началомъ, признаннымъ за необходимое въ наслѣдствѣ.* Воля завѣщателя не можетъ нарушить этого начала, ибо ей представлено только раздѣленіе имущества, а не назначеніе наслѣдника; его утверждаетъ законодательство» (*Поповъ*, стр. 113; Ср. *Дювернуа*, стр. 320). Рѣшительнѣе, чѣмъ кто-нибудь, отрицаетъ существованіе въ Русской Правдѣ завѣщательнаго наслѣдованія Витте: «ebenfalls ist das Schweigen der Prawda über testamentarisches Erbrecht ein Beleg dafür, dass die Rechtsüberzeugung der Russen damals noch nicht so weit vorgeschritten war, als das ein Erbrechtsprinzip, welches lediglich auf der Idee der Individualität berührt, von ihnen als zu Recht beständig anerkannt werden konnte (*Witte*, стр. 45).

Приведенныхъ выдержекъ достаточно для того, чтобы видѣть, что вопросъ о томъ, было или нѣтъ завѣщательное наслѣдованіе при дѣйствіи Русской Правды, не могъ быть рѣшенъ, какъ слѣдуетъ, и, какъ намъ кажется, правильному рѣшенію его и даже правильной постановкѣ прежде всего мѣшали двѣ причины. Одна причина — неясное представленіе о коренномъ принципѣ завѣщательнаго наслѣдованія, другая — это старая сбивчивость въ вопросѣ объ источникахъ права. Чтобы не дать повода къ какимъ-либо недоразумѣніямъ, мы должны опять сдѣлать одно отступленіе и напомнимъ главныя положенія