

въ ученіи объ отношеніи *jus et factum*. Такъ, уже не разъ мы употребляли два различных термина — *субъективный произволъ* и *юридическая необходимость*, ставя ихъ въ отношеніе взаимнаго контраста. Опредѣлимъ же теперь точнѣе то, что мы хотимъ выразить этимъ контрастомъ. Подъ субъективнымъ произволомъ мы разумѣемъ не только способность человѣка дѣйствіемъ своей воли вызвать тотъ или другой юридическій фактъ, но и способность связать съ юридическимъ фактомъ, или вызваннымъ волею, или возникшимъ помимо нея (какова — смерть), по своему выбору, тѣ или другія юридическія послѣдствія. Въ наслѣдованіи субъективный произволъ выразится тѣмъ, что умирающему представляется возможность (*Macht, posse*) вызвать послѣ своей смерти такія юридическія послѣдствія, которыя не наступили бы сами собою, т. е. въ-частности устроить переходъ своего имущества къ такимъ лицамъ, которыя безъ этого стояли бы совершенно въ сторонѣ. Очевидно, что и тѣ юридическія послѣдствія, которыя могутъ быть вызваны лишь прямо выраженной волею, а иначе не наступать, должны быть такого свойства, чтобы ихъ допускало объективное право; такъ-что, слѣдовательно, содержаніе субъективнаго произвола состоитъ вовсе не въ томъ, будто онъ можетъ вызвать такія послѣдствія, которыя вовсе неизвѣстны стоящему надъ нимъ объективному праву, или быть можетъ даже и не допускаются послѣднимъ; нѣтъ, содержаніе субъективнаго произвола состоитъ лишь въ томъ, что онъ пользуется тѣмъ выборомъ, какой возможенъ для него между различными юридическими послѣдствіями, извѣстными и допускаемыми въ объективномъ правѣ. Чѣмъ шире такой выборъ, тѣмъ шире, значитъ, и просторъ для субъективнаго произвола. Выборъ, а не творчество — вотъ сфера субъективнаго произвола. Этимъ и опредѣляется отношеніе между субъективнымъ произволомъ, или такъ называемою *автономіею*, и положительнымъ правомъ. Надъ дѣятельностью субъективнаго про-

извола стоитъ на-сторожѣ положительное право, такъ-что юридическія послѣдствія, юридическая квалифікація, опредѣляются не этою дѣятельностью, не волею, а положительнымъ правомъ. И прогрессъ положительнаго права, какъ извѣстно, состоитъ между прочимъ въ томъ, что оно становится подробнѣе и разнообразнѣе въ опредѣленіи тѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыя долженъ вести за собою тотъ или другой фактъ, — все равно, будетъ онъ вызванъ человѣческою волею, или совершится помимо нея. Если такъ, то понятно, что проявленіе субъективнаго произвола въ данномъ случаѣ, т. е. юридическая сдѣлка, никогда не можетъ сама для себя стать и юридическою нормою. Юридическая нормировка для сдѣлки все-таки истекаетъ не изъ нея самой, а изъ стоящаго надъ нею положительнаго права, все равно, въ какой бы формѣ оно ни стояло, — въ формѣ обычая или закона. Въ этомъ отношеніи между объективнымъ правомъ и творчествомъ субъективнаго произвола остаются, и всегда должны оставаться одинаковыми, коренное различіе и контрастъ, а взгляды Гербера все-таки до-сихъ-поръ остаются ересью. (Ср. напр. Унгеръ). Правда, юридическая нормировка часто входитъ въ содержаніе юридической сдѣлки, и чѣмъ древнѣе время, тѣмъ больше такая нормировка представляется чѣмъ-то необходимымъ въ содержаніи сдѣлки. Но это вовсе не значитъ, будто сдѣлка, какъ актъ индивидуальной воли, теряетъ свой коренной характеръ юридическаго факта, будто сглаживается категорическій контрастъ между *jus* и *factum*, такой контрастъ остается неизмѣннымъ и постояннымъ, въ какой-бы формѣ ни дѣйствовало положительное право. Значеніе такого внесенія въ содержаніе сдѣлки и юридической нормировки совсѣмъ иное. Внесеніе такое значитъ вотъ что: 1) присутствіе юридической нормировки въ содержаніи самой сдѣлки указываетъ лишь на то, что положительное право дѣйствуетъ въ формѣ обычая, и слѣдовательно, прежде всего опирается на личное непосредствен-

ное сознание каждого. Вотъ почему оно и отражается въ каждой юридической сдѣлкѣ, какъ актъ воли и сознанія. 2) Въ формѣ обычая положительное право отличается неопредѣленностью, — его нормы не носятъ на себѣ той отчетливости, особенностей отъ того, какую получаютъ впоследствии, когда органомъ положительнаго права станетъ законъ, который опирается уже не на личное непосредственное сознание каждого, а на стоящій *вне авторитетъ*. Вотъ почему для изученія положительнаго права данной эпохи памятники юридическихъ сдѣлокъ тѣмъ важнѣе, чѣмъ дальше отстоятъ отъ насъ эта эпоха. Но они важны не тѣмъ, будто самыя сдѣлки создавали нормы положительнаго права, — такого творчества мы за ними не признаемъ; памятники сдѣлокъ важны тѣмъ, что выражаютъ собою положительное право своего времени, сдѣлки далѣе служатъ органомъ, чрезъ который шло выясненіе и болѣе точное опредѣленіе нормъ положительнаго права. Не *творчество*, а *проводимость* — *instrumentality*, — вотъ историческое значеніе юридическихъ сдѣлокъ. Понимать иначе отношеніе юридическихъ сдѣлокъ къ положительному праву, приписывать имъ творчество, значитъ въ корнѣ противорѣчить той теоріи обычнаго права и вообще исторіи происхожденія положительнаго права, которая выработана нѣмецкою историческою школою, и въ настоящее время, послѣ возраженій Кирульфа, Тибо и др., все-таки остается господствующею, точнѣе опредѣлена, но не отвергнута, корифеемъ обновленной исторической школы, Игерингомъ, и теперь усвоена новѣйшими пандектистами, напр. Виндшейдомъ. Послѣ этого мы не можемъ не видѣть, что приведенныя выше мнѣнія гг. Бѣляева, Чичерина, Дювернуа могли образоваться только вслѣдствіе смѣшенія юридическаго факта, юридической сдѣлки, съ юридическою нормою. Сказаннаго пока достаточно для того, чтобы опредѣлить, что мы понимаемъ подъ субъективнымъ произволомъ и какъ понимаемъ его отношеніе къ объективному праву. Мы ска-

зали, что это первый терминъ того контраста, который мы выставили выше.

Что-же мы разумѣемъ подъ юридическою необходимостью? Мы понимаемъ подъ нею извѣстный характеръ положительнаго права, и такой характеръ состоитъ вотъ въ чемъ. Мы уже видѣли, что положительное право, и только оно одно, опредѣляетъ юридическія послѣдствія извѣстныхъ фактовъ, даетъ имъ нормировку, квалификацію; но оно съ однимъ и тѣмъ-же даннымъ фактомъ можетъ связывать различныя послѣдствія, такъ-что субъективному произволу можетъ быть предоставленъ выборъ между нѣсколькими видами юридическихъ послѣдствій; или же положительное право опредѣляетъ только одинъ видъ юридическихъ послѣдствій даннаго факта, такъ-что сказаннаго выбора не существуетъ. На-сколько нормы положительнаго права отличаются такимъ отрицаніемъ субъективнаго произвола, на столько-же онѣ носятъ на себѣ характеръ юридической необходимости; чѣмъ больше, слѣдовательно, въ системѣ даннаго права оказывается такъ-называемыхъ гипотетическихъ, регулятивныхъ или диспозитивныхъ нормъ, тѣмъ меньше, значитъ, такое право носить на себѣ характеръ юридической необходимости. Появленіе и умноженіе гипотетическихъ нормъ есть результатъ того, что положительное право, если можно такъ выразиться, внимательнѣе всматривается въ особенности юридическихъ фактовъ, сами эти факты становятся гораздо разнообразнѣе, вмѣстѣ съ тѣмъ и само положительное право становится обильнѣе и подробнѣе въ опредѣленіи юридическихъ послѣдствій, становится эластичнѣе въ нормировкѣ ихъ. Но отсюда-же ясно, что чѣмъ ниже та ступень гражданственности, которой принадлежитъ система даннаго права, и между прочимъ, чѣмъ меньше на этой ступени признана индивидуальная воля, личность, тѣмъ больше такое право будетъ носить на себѣ характеръ необходимости, и тѣмъ меньше въ немъ будетъ гипотетическихъ, регулятив-

ныхъ нормъ. Что это такъ, въ этомъ можно убѣдиться, напомнивши себѣ ходъ историческаго развитія любого положительнаго права. Если такъ, то, обращаясь въ-частности къ наслѣдованію, мы неотразимо должны прійти къ тому заключенію, что система наслѣдованія у какого бы то ни было народа никогда не можетъ начаться съ завѣщательнаго порядка, что наслѣдованіе по закону на первыхъ порахъ — безусловная юридическая необходимость и вмѣстѣ съ тѣмъ исходная точка отправленія, съ которой начинается историческое развитіе системы наслѣдованія вообще. Оказываются на-лицо извѣстные факты, которые въ силу нормъ положительнаго права, опредѣляющаго юридическія послѣдствія такихъ фактовъ не гипотетически, не регулятивно, а необходимо, ведутъ за собою связанныя съ ними послѣдствія, но послѣдствія лишь одного вида; совокупность нормъ, опредѣляющихъ послѣдствія смерти относительно имущества составляетъ систему наслѣдованія. Мы говорили уже, что въ ту пору, когда право составляетъ продуктъ не рефлексіи законодателя, а непосредственнаго народнаго сознанія, когда, словомъ, право дѣйствуетъ въ формѣ обычая, оно опирается не на авторитетъ, а на личное сознаніе каждаго отдѣльнаго лица; въ одномъ этомъ сознаніи по преимуществу дана санкція положительнаго права. Но въ такомъ случаѣ, очевидно, что санкція эта будетъ имѣть силу лишь подъ тѣмъ условіемъ, когда та или другая юридическая норма сознается какъ правило, съ которымъ нѣтъ возможности не соображаться, которому нельзя не подчиняться. Короче, положительное право, дѣйствуя въ формѣ обычая, по преимуществу носить тотъ характеръ, который мы только-что назвали юридическою необходимостью; обычное право, по природѣ своей, не годится для того, чтобы въ немъ могли возникнуть и развиваться гипотетическія нормы. Съ такимъ характеромъ необходимости оно сознается еще и потому, что къ этому ведетъ простота и незатѣйливость въ содержаніи его нормъ,

какъ-разъ соотвѣтствующая простотѣ самихъ бытовыхъ отношеній. А таковы именно бытовые отношенія, для которыхъ выработаны нормы, собранныя въ Русской Правдѣ (*Дювернуа*, стр. 324, 325, 328). Какъ бы то ни было, но въ эпоху обычая санкція положительнаго права въ томъ, что его нормы считаются какъ необходимость, какъ такія правила, которыя стоятъ непреложно, неотразимо для субъективнаго произвола. Дѣйствительно, въ эпоху Русской Правды «для свободныхъ людей, въ сферѣ имущества, не было никакихъ внѣшнихъ законовъ, кромѣ тѣхъ, въ которые они вѣрили» (*Дювернуа*, стр. 327). Если такъ, то мы опять съ полнымъ основаніемъ можемъ сказать, что постановленіе Русской Правды: послѣ умершаго «все дѣтямъ» — сознавалось въ ту пору какъ юридическая необходимость, которой нельзя обойти ни рядомъ, ни другимъ способомъ, что для такого обхода въ тогдашнемъ правѣ не было ни мѣста, ни основанія, не было нормы, которая бы освящала начало, подобное римскому: «*uti legassit — ita jus esto*» (*Witte*, стр. 32; *Никольскій*, стр. 342 — 343). Если норма — «все дѣтямъ» и терпитъ подлѣ себя субъективный произволъ, то скорѣе въ видѣ изыятія: 1) для него отведенъ незначительный просторъ внутри тѣхъ границъ, которыя отведены тою-же нормою, ему предоставлено количественное опредѣленіе частей имущества, приходящихся каждому на ту *pars*, которая *concurso plurium fit*; 2) этотъ произволъ взять подъ покровительство церкви, но подъ тѣмъ условіемъ, если онъ выражаетъ собою заботу умирающаго о душѣ, если оказывается связь съ религіознымъ интересомъ, — опредѣлена часть для поминка, по душѣ. Мы уже замѣтили выше, что въ этихъ ограниченіяхъ нормы, представляющей господство семейнаго начала, заключается зерно русскаго завѣщательнаго наслѣдованія. Это зерно выростетъ медленно и опять-таки главнымъ образомъ подъ охраною церковнаго авторитета. «Дошедшія до насъ завѣщанія изъ пері-

ола до судебниковъ важны какъ проявленія новаго развитія въ правѣ наследованія... Завѣщанія эти составлялись подъ сильнымъ вліяніемъ духовенства: въ нихъ то и дѣло — отказы въ пользу церквей и монастырей» (*Witte*, стр. 45.—46). Пока въ видѣ исключенія, но тѣмъ неменѣе брешь семейному началу была нанесена, рядъ былъ освященъ какъ односторонняя воля умирающаго; вмѣстѣ съ тѣмъ заброшены основы, на которыхъ впослѣдствіи сложится и разовьется система наследованія, основанная единственно на субъективномъ произволѣ. Положительное право Русской Правды, по-крайней-мѣрѣ въ тѣхъ постановленіяхъ, которые относятся къ наследованію, выступаетъ съ характеромъ юридической необходимости въ томъ смыслѣ, что юридическія послѣдствія факта — смерти лица, оставляющаго имущество, опредѣляются лишь въ одномъ видѣ, что вызвать тѣ или другія послѣдствія субъективный произволъ не можетъ, — для него выбора нѣтъ, потому что выбирать не изъ чего. По отношенію къ наследованію такая юридическая необходимость выражаетъ собою принципъ, на которомъ исключительно, за оговоркою упомянутыхъ выше изъятій, и построена система наследованія въ Русской Правдѣ. Такимъ образомъ, постановленія Русской Правды даже и приблизительно не походятъ на гипотетическія нормы (какими они кажутся, между прочимъ, и *Куницыну*, стр. 73. *Витте*, стр. 34; *Поповъ*, въ приведенной выше выдержкѣ). И вотъ мы возвращаемся къ тому вопросу, который предложили выше, — именно, что же такое принципъ семейной связи, или просто — семейный, и въ чемъ онъ состоитъ въ примѣненіи къ наследованію?

§ 12. Въ томъ видѣ, въ какомъ семейный принципъ является по отношенію къ наследованію, этотъ принципъ описанъ еще въ римскомъ правѣ. Мы думаемъ, не лишне ознакомиться съ этимъ описаніемъ; быть можетъ, для насъ откроются такіа аналогіи,

которых мы и не подозреваемъ. Въ римскомъ правѣ семейный принципъ, искаженный своеобразною организаціею римской familia, все-таки не далъ заслонить себя окончательно; онъ выразился въ видѣленіи особой категоріи наслѣдниковъ, подъ названіемъ sui. (См. Arnold). Указанія на нихъ весьма любопытны и стѣять того, чтобы напомнить хотя нѣкоторые изъ нихъ. Вотъ что мы читаемъ о наслѣдованіи sui l. D. de liber. et post. hered. (28.2). In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eorum perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim si domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur; unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis *liberam bonorum administrationem*; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat. l. 1. § 12. D. de succ. edict. (32.9)... qui paene ad propria bona veniunt. l. 7. pr. D. de bon. donat. (48. 20): Cum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen iis inditum est. § 3. J. de heredit., quae ab int. def. (3. 1): Sui autem etiam ignorantes, fiunt heredes... et statim morte parentis quasi continuantur dominium. Cicero in Verrem. II. S. 44. Quibus cum vivi bona nostra partimur. l. 195 § 2. D. d. V. S. (50. 16): Cum paterfamilias moritur quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt... patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent. § 2. I. de hered. qualit. et differ. (2. 19). Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Что же такое семья?

Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sub unius potestate aut natura, aut jure subjectae, ut puta patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vice eorum sequuntur ut puta nepotes et neptes et deinceps. Сдѣланныхъ выдержекъ достаточно для того, чтобы видѣть, что такое семья въ римскомъ правѣ, какъ форма чело-вѣческой общественности, организованная въ силу ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, и потому организація эта та-кова, что съ большими или меньшими видоизмѣненіями должна повторяться и во всякомъ другомъ правѣ. Мы можемъ ска-зать, что три момента слагаютъ собою понятіе семьи: 1) домъ (domus, pecunia, res); 2) власть (potestas); семья основана на единствѣ авторитета, который олицетворяется въ семьѣ въ томъ или другомъ изъ ея членовъ; 3) совокупность лицъ (plures personae), связанныхъ между собою, и связь такая постро-ена на томъ, что всѣ лица, составляющія персоналъ семьи, под-чинены одному, въ лицѣ котораго сосредоточенъ авторитетъ— sub unius potestate subjectae; основаніе такого подчиненія—про-исхожденіе всѣхъ отъ того, или тѣхъ, въ лицѣ которыхъ сосре-доточенъ авторитетъ,—это natura; можетъ быть и другое осно-ваніе—jus, напр., при adoptio и arrogatio. (См. Brinz). Юри-дическая конструкція семьи можетъ быть понята при ясномъ по-ниманіи каждаго изъ этихъ моментовъ въ отдѣльности.

Домъ представляетъ собою имущественную сторону семьи (pecunia). Домъ—общее обозначеніе совокупности всѣхъ иму-щественныхъ средствъ, служащихъ къ удовлетворенію нуждъ извѣстнаго числа лицъ, связанныхъ какъ одно цѣлое, какъ семья. Въ ту пору, когда имущественный оборотъ простъ и не-затѣйливъ—и такимъ онъ былъ въ эпоху Русской Правды (Дювернуа, стр. 148), когда мѣновья сдѣлки только зарож-даются и совершаются à comptant, кредита не существуетъ, имущественныя средства каждаго состоятъ изъ наличности, при-

надлежащей своему субъекту или по праву собственности, или по праву владѣнія, — что все равно въ томъ смыслѣ, что и въ томъ и въ другомъ случаѣ наличность имѣетъ для себя топографическій центръ, т. е. то мѣсто, гдѣ живетъ семья, для которой эта наличность служить. Это мѣсто, этотъ центръ — есть тотъ поземельный участокъ, который приспособленъ къ жилью и принадлежитъ данной семьѣ. Отсюда слово «домъ» получаетъ другое, болѣе наглядное значеніе: онъ означаетъ жилье данной семьи. Въ составъ дома, какъ жилья, войдетъ не только недвижимое имущество, т. е. дворъ, но и движимость, пребывающая внутри границъ его и чрезъ это самое попадающая въ сферу частнаго обладанія известной семьи. Вотъ, между прочимъ, еще причина, почему мы считали возможнымъ принять за двѣ стороны одного и того-же понятія слова «домъ» и «задница». Наше слово домъ, какъ и латинское *domus*, употребляется не только въ смыслѣ зданія, въ которомъ живутъ люди, но точно такъ-же въ смыслѣ имущественной стороны семьи. Въ такомъ смыслѣ семья и домъ необходимо предполагаютъ другъ друга. Вотъ почему *oeconomia*, домостроительство, домоводство означаютъ не одно лишь искусство держать порядокъ въ домѣ, т. е. въ отдѣльныхъ комнатахъ; *oeconomiam* *seragatam* *constituere* въ германскомъ правѣ значитъ составлять семью, т. е. образовать новую имущественную сферу съ самостоятельнымъ центромъ. Такимъ образомъ домъ означаетъ или топографическій центръ имущественныхъ отношеній, или всю совокупность этихъ отношеній. Но отношенія эти на первыхъ порахъ очень просты, они существуютъ только по наличности, кредита нѣтъ, а потому нѣтъ и долговыхъ правъ, по-крайней-мѣрѣ такихъ, которыя возникаютъ изъ кредитныхъ сдѣлокъ и вообще изъ договоровъ. Но мало того, самая наличность въ ту пору не такъ многосложна и разнообразна. Въ самомъ дѣлѣ, изъ чего могла состоять наличность въ эпоху Русской

Правды? «Что касается до имущества, которыя были предметомъ частной собственности въ это время, то они... преимущественно состояли изъ движимости, статка, остатка, задницы (Ср. *Witte*, стр. 33. Понятіе задницы, остатка, мы опредѣлили совсѣмъ иначе). Впрочемъ, появились уже и нѣкоторыя недвижимости, а именно, постройки, домъ, дворъ, хоромы, которыя переходятъ по наслѣдству отъ отца къ сыновьямъ. Земля, какъ видно, еще не входила въ составъ частныхъ имуществъ, ибо даже позднѣйшая Русская Правда не содержитъ въ себѣ никакихъ постановленій о приобрѣтеніи или отчужденіи земли. Она различаетъ только земли, по способу обладанія ими, на занятыя и пустопорожныя, изъ которыхъ первыя, какъ видно, были отмежеваны и назывались по способу занятія ролейными или бортными». «Въ частной поземельной собственности, въ общины, не было нужды и теперь, какъ прежде въ родовомъ быту, ибо не было еще для нея достаточныхъ побужденій ни въ лицѣ, ни въ условіяхъ самой жизни. Само собою разумѣется, что, говоря это, мы имѣемъ въ виду массу населенія этого времени, а не греческое духовенство и не пришлыхъ людей, которые составляютъ исключеніе. Главными предметами обладанія были имущества движимыя, принадлежностью которыхъ опредѣлялась даже принадлежность земли; кому принадлежали движимыя вещи, тому принадлежала и земля, на которой онѣ находились; на это указываетъ постановленіе Русской Правды «о бортьхъ», изъ котораго видно, что владѣлецъ ихъ получалъ нѣкоторое право на землю (*Никольскій*, стр. 331—332)». «Этотъ имущественный міръ ясно указываетъ на ограниченность нуждъ и потребностей того времени, на простоту жизни и земледѣльческій бытъ. Домъ, дворъ, хоромы, платье, да необходимыя для обработки полей животныя и земледѣльческія орудія—вотъ все достояніе лица, частное имущество того времени. Объ этомъ движимомъ имуществѣ

только и говорит Правда, оно, слѣдовательно, только и переходило въ это время по наслѣдству. Поэтому только къ нему и относятся постановленія Русской Правды о наслѣдствѣ» (*Никольскій*, стр. 333, ср. стр. 319, 343 — 344). Г. Дювернуа выражается объ этомъ такъ: «можно сказать, что Русская Правда предполагаетъ поземельную собственность, ибо она говоритъ о господинѣ, который нашелъ ролейнаго закупа» (стр. 131). И далѣе: «говорить ли Русская Правда о наслѣдованіи въ землѣ (конечно, для тѣхъ, кому земля принадлежала какъ собственность); объ этомъ могутъ быть разныя мнѣнія. Неволинъ склоняется къ тому, что статокъ вовсе не означаетъ одного движимаго имущества. Но что несомнѣнно, это то, что Русская Правда не говоритъ вовсе о свободномъ гражданскомъ оборотѣ съ землею, о куплѣ, залогѣ, пользованіи въ отношеніи къ землѣ» (*Дювернуа*, стр. 131). Что касается до общаго владѣнія землею въ томъ видѣ, какъ оно выставлено Рейцомъ, то «Рейцево общее владѣніе намъ ни на что не нужно» (*ibid.*), а мы можемъ прибавить, что и общинное землевладѣніе гг. Никольскаго, Бѣляева тоже ни на что не нужно. «Предположеніе, что собственность была не личная, а родовая, тоже не даетъ никакихъ результатовъ, ибо мы знаемъ, что и родъ могъ продавать свое родовое имѣніе...» (*Дювернуа*, стр. 131 — 132). Мнѣніе, что не только въ эпоху Русской Правды, но и до нея господствующимъ типомъ землевладѣнія была личная собственность, а не общинная и не родовая, нашло самаго энергическаго защитника въ Неволинѣ (Истор. Рос. гр. зак. т. III, стр. 338), а въ г. Никольскомъ самаго энергическаго противника (*Никольскій*, стр. 371 и др., наприм. 119). Кто правъ, кто неправъ, вопросъ пока остается нерѣшеннымъ, и во всякомъ случаѣ на-долго останется спорнымъ. Оставаясь на почвѣ положительныхъ документовъ, т. е. постановленій Русской Правды, и не пускаясь въ догадки на-счетъ того,

какъ было въ періодъ болѣе ранній, мы можемъ объяснить молчаніе Русской Правды о землѣ (т. е. о пахотѣ и угодьяхъ) тою причиною, на которую намекнулъ г. Дювернуа, т. е. что не было оборота съ землею, а не было оборота потому, что земля какъ пахоть, какъ угодье, сама по себѣ не имѣла цѣнности, что населеніе не было окончательно осѣвшимися и бродило съ мѣста на мѣсто. Колонизація и кочеваніе, какъ мы уже имѣли случай замѣтить, — одна изъ характерныхъ чертъ русской исторіи. И въ эпоху гораздо позднѣйшую мы видимъ, что земля получаетъ цѣнность и значеніе въ экономическомъ оборотѣ не сама по себѣ, а какъ принадлежность прикрѣпленнаго къ ней труда (Ср. Жуковский), что угодья долго не возводятся на степень самостоятельной недвижимой собственности, что пустопорожни-ми землями правительство мало интересуется, пуская ихъ то на одабриваніе, то оставляя за тѣми, кому онѣ примѣрены. Но если все это и такъ, то съ другой стороны несомнѣнно и то, что въ эпоху Русской Правды былъ же какой-нибудь порядокъ въ землевладѣніи, распредѣлялась же земля по тѣмъ или другимъ началамъ между тогдашнимъ населеніемъ. Намъ рисуютъ бытъ этого времени, какъ бытъ земледѣльческій по преимуществу, указываютъ на такіа движимости, которыя служатъ для производительности земли, или прямо вытекаютъ изъ этой производительности, и въ то-же время, подъ видомъ теорій то общиннаго, то родового, то княжескаго землевладѣнія, въ сущности проповѣдуются полное отсутствіе всякихъ юридическихъ отношеній по землевладѣнію, хотя признается существованіе такихъ отношеній для обладанія портами и т. п. Мы полагаемъ, что въ земледѣльческомъ быту первое дѣло — установленіе юридическихъ отношеній относительно землевладѣнія, которое не можетъ оставаться въ состояніи какого-то безправія и неопредѣленности; оно должно распредѣляться по известной формулѣ между тѣми или другими субъектами, еди-

ничными или коллективными. Вопросъ лишь въ томъ, каковы были эти субъекты, эти *юридическіе* центры, къ которымъ приурочивалась земля, была ли такимъ субъектомъ отдѣльная личность, или же семья, или быть можетъ община или родъ? Ставя такіе вопросы, мы рискуемъ впутаться въ старые споры о русской общинѣ, о родовомъ бытѣ; но мы думаемъ, что можно обоидти такой рискъ; исторія права возможна и помимо участія въ этихъ старыхъ, замолкшихъ, но не оконченныхъ спорахъ. Думаемъ мы такъ между прочимъ и потому, что работы гг. Сергіевича и Дювернуа, при всей плодovitости достигнутыхъ ими результатовъ, исполнены помимо участія въ упомянутыхъ спорахъ. Мы не можемъ однако уклониться отъ вопроса о томъ, какъ распредѣлялось землевладѣніе, потому что, рѣшивши этотъ вопросъ по отношенію къ землѣ, тѣмъ самымъ рѣшимъ и вопросъ о распредѣленіи имущества вообще, независимо отъ того, какое оно — движимое, или недвижимое. Что же оказывается? Намъ говорятъ, что въ распредѣленіи землевладѣнія было два порядка: землевладѣніе на правѣ частной собственности и землевладѣніе на правѣ собственности общинной. Первое — это землевладѣніе духовенства и дружинниковъ, второе — землевладѣніе смердовъ, какъ общинниковъ. Съ землевладѣніемъ князя не знаютъ, что и дѣлать. Въ первомъ землевладѣніи субъектомъ, юридическимъ центромъ, является отдѣльное лицо, физическое или юридическое, во второмъ — община (*Никольскій*, стр. 146—148). «Право собственности на землю никогда ему (смерду) не принадлежало, а принадлежало или общинѣ, или князю, какъ представителю общественнаго интереса (?). Всякій членъ общества въ силу этого (т. е. въ силу того, что право собственности ему не принадлежало ?!) могъ сказать, что это и его земля, но не его частная, ему, какъ отдѣльному лицу принадлежащая собственность, а его, какъ члена общественнаго союза» (*Дювернуа*, стр. 127, сравн. его-же, стр. 126,

134; *Блжлевъ*, стр. 18). Не считая нужнымъ и даже возможнымъ пускаться въ разборъ всѣхъ мнѣній, высказанныхъ по этому поводу, мы можемъ замѣтить: во 1-хъ, вопросъ о землевладѣніи сильно запутывается представленіями о русской общинѣ въ томъ видѣ, въ какой она сложилась позднѣе какъ податная единица, слѣдовательно, сложилась и устроилась съ своимъ общиннымъ землевладѣніемъ подъ вліяніемъ правительства. Но та община, которая существовала въ удѣльно-вѣчевомъ періодѣ, не имѣетъ ничего общаго съ общиною, какъ податною единицею (*Жуковский*, въ приведен. статьѣ). Во-вторыхъ, мы должны замѣтить, что изъ постановленій Русской Правды о наслѣдованіи, исходя изъ предположенія, что существовалъ же какой-нибудь порядокъ землевладѣнія, можно несомнѣнно вывести, что центромъ, къ которому приурочивалось распредѣленіе землевладѣнія, была семья. Не была такимъ центромъ община уже хотя бы потому, что «община есть явленіе позднѣйшее въ исторіи... не община создаетъ семью, а семья общину» (*Никольскій*, стр. 372. Ср. *Рождественскій*, стр. 38). Да и во всякомъ случаѣ существованіе общиннаго землевладѣнія, если-бы оно и было, все-таки не даетъ права дѣлать такой рѣзкій выводъ: «наслѣдованіе въ общинной землѣ не только не было, но и быть не можетъ» (*Никольскій*, стр. 341). Притомъ же землевладѣніе общины, какъ отношеніе болѣе сложное и запутанное, есть созданіе болѣе поздняго времени и болѣе правильныхъ податныхъ отношеній. Такимъ центромъ не была далѣе и отдѣльная личность, потому что въ это время личность никогда и нигдѣ не являлась сама по себѣ, а непременно съ такою или другою квалификаціею, взятою изъ ея соціального, политическаго и главнымъ образомъ семейнаго положенія. Конечно, это не значитъ, будто въ древней Россіи не было юридическаго быта, потому будто-бы, что личность въ гражданской сферѣ ничего не значила (*Кавелинъ*, Собр. соч. Т. I. стр. 364.

Трудно, конечно, понять, какое значеніе имѣетъ подобная фраза: «Въ Петрѣ Великомъ личность на русской почвѣ вступила въ свои безусловныя права, отрѣшилась отъ непосредственныхъ, природныхъ, исключительныхъ національныхъ опредѣленій, побѣдила ихъ и подчинила себѣ. Вся частная жизнь Петра, вся его государственная дѣятельность (sic!) есть первая фаза осуществленія начала личности въ русской исторіи»— *ibid.* стр. 369. Для г. Кавелина начало личности— законъ въ русской исторіи; стр. 316—321, 376—378. Эта идея, подъ именемъ *Prinzip der Individualität*, проведена у Витте, въ его *Ein Blick*.— *Губе*, Сборн. историч. и статист. свѣдѣній о Россіи, стр. 63; *Никольскій* стр. 117; *Шумкинъ*, стр. 29). Не былъ, наконецъ, юридическимъ центромъ землевладѣнія и родъ, потому что, какъ бы мы ни смотрѣли на значеніе рода въ русской исторіи, но этого значенія не видно ни въ Русской Правдѣ вообще, ни въ-частности— въ ея постановленіяхъ о наследованіи. Такимъ образомъ, недвижимое имущество, со стороны своей принадлежности, ничѣмъ не отличалось отъ имущества движимаго: и то, и другое представляется пріуроченнымъ къ одинаковому центру—къ семьѣ. Такое воззрѣніе, такая пріуроченность представляются наиболѣе естественными въ томъ смыслѣ, что подобное юридическое воззрѣніе само собою стремится высказаться на извѣстной ступени развитія общественнаго быта. Мы видѣли выше, что по мнѣнію самихъ же римскихъ юристовъ такое воззрѣніе господствовало, оно должно было господствовать въ первое время и у римлянъ, что только изъ него римскіе юристы въ состояніи объяснить себѣ особенности въ наследованіи *heredes sui*. Вопросъ только въ томъ, станетъ ли оно и впослѣдствіи воззрѣніемъ юридическимъ, или же останется лишь на степени моральнаго принципа, опредѣляющаго отношеніе главы семейства по имуществу къ остальнымъ, подвластнымъ членамъ семьи. Римское право, какъ извѣстно, не воз-

вело этого воззрѣнія въ юридическую формулу, вмѣсто него оно выдвинуло *paterfamilias* съ его *potestas*, какъ лицо, совершенно заступающее семью, на которое одно перенесена принадлежность имущества, назначеннаго для удовлетворенія нуждъ семьи. (Г. *Никольскій* готовъ то-же видѣть и въ Россіи въ пору Русской Правды, стр. 277, 268, 284. Скорѣе можно бы допустить, что въ эту пору только зарождается такое положеніе, что воля отца покрываетъ собою всю семью, что онъ одинъ—полновластный субъектъ всѣхъ имущественныхъ отношеній; оно зарождается отчасти подъ вліяніемъ христіанско-византійскихъ идей, но только не проведено еще съ такою послѣдовательностью, какъ въ римскомъ правѣ. Смотр. между прочимъ *Шульгинъ*, стр. 41 и въ частности, стр. 30, 45). Оставаясь, далѣе, послѣдовательнымъ здѣсь, какъ и вездѣ, римское право парализовало способность подвластныхъ членовъ семьи пріобрѣтать что-нибудь для себя; въ этомъ отношеніи его послѣдовательность надломалась не догматически, а исторически, когда возникли различные виды *rescilia*. Но вѣдь мы знаемъ, что римское право поступило такъ только съ 12 таблицъ, т. е. съ тѣхъ поръ, когда положительное право было формулировано въ видѣ писаннаго закона, который легъ въ основаніи *interpretatio*, а потомъ преторскаго эдикта и доктринъ юристовъ. Какъ было до того времени, мы не знаемъ; очень можетъ быть, что отвергнутое позднѣе воззрѣніе господствовало до 12 таблицъ. Оно по самой природѣ какъ-разъ таково, что способно обнаружиться въ томъ періодѣ, когда право выражается въ формѣ обычая, какъ это можно сказать о періодѣ Русской Правды (*Дювернуа*, стр. 328). Если такъ, то мы въ-правѣ сказать, что въ рассматриваемое время юридическими центрами, между которыми распредѣлялись имущества, какъ движимыя, такъ и недвижимыя, были семьи, а не другія единицы («Собственность принадлежитъ семьѣ, а не родоначальнику, и управляется съ общаго согласія членовъ послѣдней». *Кавелинъ*, Собраніе соч.

т. III, стр. 85; *Witte*, стр. 22; *Губе*, стр. 63, 67, 87; *Поповъ*, стр. 105; *Никольскій*, стр. 36), и такое положеніе, по нашему мнѣнію, одинаково безусловно должно быть признано для всѣхъ классовъ тогдашняго населенія, безъ различія званій, безъ различія бояръ и дружинниковъ съ одной стороны, и смердовъ-общинниковъ — съ другой. Страннаго тутъ, конечно, нѣтъ ничего; мы знаемъ, что изъ такого-же воззрѣнія исходило и германское право. Самый составъ тогдашняго имущества благопріятствовалъ возможности и проявленію подобнаго воззрѣнія; составъ этотъ, какъ мы знаемъ, слагался почти исключительно изъ наличности, а юридическія отношенія по наличности удобно допускаютъ для себя существованіе такого безличнаго центра, субъекта, какъ семья. Иное дѣло — долговые права, возникающія изъ договоровъ, — для нихъ необходимо въ самомъ содержаніи ихъ указаніе какъ на лицо, которому принадлежит данное долговое право, такъ и на то лицо, на которомъ лежитъ отвѣтственность за удовлетвореніе этого права. Такимъ образомъ, принадлежность имущества не отдѣльному лицу, а цѣлой семьѣ — вотъ наиболѣе нормальный для тогдашняго времени типъ отношеній по имуществу. Такой взглядъ какъ нельзя болѣе повѣряется и оправдывается тѣми положеніями, которые даны въ Русской Правдѣ относительно наследованія; онъ повѣряется далѣе и юридическими памятниками, ближайшими по времени къ Русской Правдѣ. Покупка земли главой семейства съобща съ своими дѣтьми, продажа земли тоже съобща съ дѣтьми — обыкновенное явленіе, и такое участіе дѣтей было нужно вовсе не для того, чтобы тѣмъ отличить купчую отъ закладной (Ср. *Никольскій*, стр. 263 — 264; *Шульгинъ*, стр. 30), и не для того чтобы тѣмъ устранить возможность выкупа; напротивъ, скорѣе можно сказать, что такое участіе — результатъ семейной принадлежности покупаемаго и продаваемаго имущества. Покупка и продажа, какъ акты, измѣнявшіе составъ се-

мейнаго имущества, производились съ согласія всѣхъ отдѣльныхъ членовъ семьи, по общему ихъ совѣщанію. Выкупъ, чтобы ни говорили о немъ, есть институтъ болѣе поздній, принадлежащій къ тому времени, когда система русскаго наслѣдованія сдвинулась съ семейнаго начала и переставилась на начало родовое, что случилось гораздо позднѣе. Выкупъ, далѣе, получилъ для себя поощреніе подѣ влияніемъ помѣстной системы, и очень можетъ быть, что на-первыхъ порахъ выкупъ выступилъ въ видѣ спора противъ дѣйствительности продажи въ томъ случаѣ, если такая продажа была произведена однимъ членомъ семьи, хотя бы и ея главой, безъ согласія на это другихъ членовъ. Этотъ характеръ спора противъ дѣйствительности сдѣлки выкупъ, до извѣстной степени, удерживаетъ и теперь. И такъ, мы думаемъ, что въ Русской Правдѣ господствующимъ, если не исключительнымъ типомъ имущественныхъ отношеній предполагается семейная принадлежность имущества; родовыхъ имуществъ нѣтъ, а съ ними нѣтъ и благопріобрѣтенныхъ, такъ какъ тѣ и другія возможны только какъ взаимный контрастъ (Ср. *Никольскій*, стр. 148). Но послѣ этого становится вполне вѣроятною догадка г. Попова и другихъ, что предсмертный рядъ умирающаго главы семейства, вытекавшій не изъ того, что онъ, и только онъ одинъ, былъ единственнымъ безграничнымъ субъектомъ имущественныхъ правъ, не былъ одностороннимъ актомъ его воли, а напротивъ, рядъ совершался и опредѣлялся въ своемъ содержаніи при участіи воли тѣхъ, къ кому онъ относился. Вотъ еще одна причина, почему толки о за-вѣщательномъ наслѣдованіи въ Русской Правдѣ намъ кажутся заблужденіемъ за нѣсколько столѣтій впередъ. Тому, кто наблюдалъ юридическій бытъ нашего простаго народа, не безызвѣстно, что и теперь въ этомъ бытѣ понятіе семейнаго имущества преобладаетъ надъ понятіемъ личной собственности, и конечно, такое воззрѣніе не есть результатъ общиннаго быта; оно оказываетъ

ся и тамъ, гдѣ общинный бытъ (напр. въ губерніяхъ черниговской и полтавской) не въ-обычаѣ.

§ 13. Въ представленныхъ сей-часть доводахъ, которые имѣли цѣлью доказать, что въ разсматриваемое время центромъ распредѣленія имущества являлась семья, а не личность съ одной стороны, или другая болѣе сложная единица — съ другой, мы предполагали извѣстнымъ и опредѣленнымъ понятіе семьи, какъ совокупности лицъ, связанныхъ между собой тою или другою связью. Теперь намъ предстоитъ опредѣлить, что такое семья, какъ совокупность лицъ, изъ кого слагается персоналъ семьи? Персоналъ этотъ составляютъ всѣ тѣ лица, которые связаны между собою подчиненіемъ единому авторитету, единой власти. Такое единство авторитета *и даетъ связь всѣхъ лицъ*, составляющихъ персоналъ семьи. Авторитетъ сосредоточенъ прежде всего въ одномъ лицѣ, гражданская мѣтка этого лица (прозваніе, фамилія) — мѣтка всѣхъ подчиненныхъ ему лицъ; его политическое и соціальное положеніе — ихъ положеніе. Связь, данная единствомъ авторитета, наружно выражается сожительствомъ, нахожденіемъ всѣхъ связанныхъ лицъ въ одномъ мѣстѣ, тамъ, гдѣ находится и видимый, топографическій центръ всей массы имущества, какъ совокупности, связанной во-едино тождествомъ принадлежности. Единство авторитета и единство мѣста пребыванія — необходимые моменты семьи (*Кавелинъ*, *Взглядъ*, стр. 12; *Рождественскій*, стр. 37). Тотъ, кто живетъ въ одномъ мѣстѣ съ семьей, но не подчиненъ господствующему въ ней авторитету, или, хотя и подчиненъ, но совсѣмъ на другомъ основаніи, принадлежитъ къ семьѣ какъ составная часть имущества — какъ рабъ, или же какъ слуга, рабочій на семью (закупъ, закладень, наймитъ), тотъ не членъ семьи. Но и тотъ, кто прекратилъ свое сожительство съ остальными членами семьи, членомъ которой онъ былъ, тѣмъ самымъ выбылъ изъ нея, сталъ отдѣленнымъ, сталъ чуждымъ господствующему

въ ней авторитету. Такимъ образомъ, отдѣленность и неотдѣленность, уцѣлѣвнiя и теперь въ семейномъ правѣ не какъ старый, ни на что не нужный обломокъ, являются понятiями, необходимо вытекающими изъ понятiя семьи. Наконецъ, тотъ, кто вошелъ въ составъ семьи, т. е. вступилъ въ общее съ нею сожителство и подчинился на-равнѣ съ другими господствующему въ ней авторитету, тотъ членъ этой семьи (усыповленный). Кому же принадлежитъ семейный авторитетъ, въ комъ онъ сосредоточивается и олицетворяется? Онъ олицетворенъ въ томъ, кто представляется родоначальникомъ семьи, кто причина физическаго бытiя всѣхъ этихъ лицъ. Но такое значенiе, очевидно, принадлежитъ не одному лицу мужескаго или женскаго пола, а парѣ, т. е. за-одно и мужчинѣ и женщинѣ, родоначальнику и родоначальницѣ. Такое значенiе женщины, естественно должно существовать, если только женщина добывается не похищенiемъ, не покупкою, а добровольнымъ вступленiемъ въ бракъ, какъ въ отношенiе равнаго съ равною. И такъ, семейный авторитетъ въ принципѣ сосредоточенъ въ двухъ лицахъ, которые, какъ родоначальники остальныхъ членовъ семьи, по отношенiю къ послѣднимъ, представляются равными; но между собою оба эти лица должны быть приведены въ соотношенiе, которое, по понятнымъ причинамъ, должно разрѣшиться главенствомъ одного изъ нихъ надъ другимъ, т. е. мужчины надъ женщиной. Отсюда, съ другой стороны, оба представителя семейнаго авторитета должны оказаться въ неравномъ положенiи и по отношенiю къ остальнымъ членамъ семьи, и въ этомъ, собственно, состоитъ та исключительность положенiя матери, которое не знаютъ какъ формулировать (*Кавелинъ*, т. III, стр. 87, 88). Мушина ограничиваетъ женщину, но только ограничиваетъ, а не уничтожаетъ ея авторитета, который тотчасъ выступаетъ неограниченнымъ, заступаетъ авторитетъ мушины, какъ скоро исчезаетъ господствующiй представитель семейнаго авто-

ритета. Такая парность семейнаго авторитета можетъ быть нарушена, можетъ не имѣть мѣста въ томъ случаѣ, если пара, стоящая въ главѣ семьи, не представляется парой родоначальниковъ для всѣхъ членовъ послѣдней. Такъ, мужчина той пары не есть родоначальникъ—онъ вотчимъ, тогда родоначальница лишь женщина; на-оборотъ, женщина не есть родоначальница, родоначальникъ только мужчина. Въ первомъ случаѣ, семейный авторитетъ, неограниченный ничѣмъ, будетъ сосредоточенъ въ лицѣ женщины и при ней вотчимъ; во второмъ случаѣ семейный авторитетъ будетъ исключительно сосредоточенъ въ лицѣ мужчины и при немъ мачиха. Въ-частности можетъ быть и такой случай, гдѣ для однихъ членовъ семьи семейный авторитетъ оказывается одноличнымъ, а для другихъ парнымъ; тогда члены семьи будутъ дѣтьми отъ разныхъ матерей и отъ одного отца, или же, отъ разныхъ отцовъ и одной матери. Наконецъ, можетъ быть и четвертый случай, замѣчательный тѣмъ, что здѣсь для разныхъ членовъ семьи авторитетъ сосредоточивается въ разныхъ лицахъ,—тогда будутъ сводныя дѣти. По отношенію къ наслѣдованію такіе случаи предусмотрѣны и опредѣлены въ Русской Правдѣ (ст. LXIII и LXVII) (*Брянцевъ*, стр. 22—23). Дѣло въ томъ, что коль-скоро исчезаютъ или оба лица, въ которыхъ былъ сосредоточенъ семейный авторитетъ, или одно изъ нихъ, въ которомъ такой авторитетъ былъ общимъ для всѣхъ членовъ семьи, тогда послѣдняя сама собою распадается, въ ней нѣтъ того единства авторитета, которое было прежде, а нѣтъ этого единства, нѣтъ, какъ мы сказали, и семьи. Правда, и послѣ прекращенія такого единства, другой признакъ, входящій въ понятіе семьи — общее сожительство можетъ продолжаться, но семьи все-таки не будетъ. Въмѣсто одной семьи будетъ соединеніе нѣсколькихъ семей, въ главѣ которыхъ будетъ стоять одно лицо, но авторитетъ послѣдняго будетъ держаться не самъ по себѣ, не на такомъ фатальномъ и естественномъ

фактъ, какъ общее происхожденіе нѣсколькихъ лицъ отъ одного, или отъ одной пары, а на добровольномъ подчиненіи этому авторитету. Общее сожительство здѣсь будетъ не наружнымъ выраженіемъ, не послѣдствіемъ единства авторитета; напротивъ, оно будетъ служить выраженіемъ согласія на общее сожительство тѣхъ, которые живутъ вмѣстѣ, и живутъ пока имъ угодно; авторитетъ здѣсь выборный, опирающійся на добровольное подчиненіе. (Такое соединеніе нѣсколькихъ семей постоянно смѣшиваются съ единою семьей. Такое смѣшеніе у *Витте*, стр. 22; А *Поповъ*, стр. 104, и долженъ былъ смѣшивать одно съ другимъ, не различая въ своемъ изложеніи понятій семьи и рода. Путаница и у *Губе*, стр. 87, котораго въ неясности представленій о семьѣ совершенно справедливо упрекаетъ Аксаковъ. Потому то, что сказано у Губе на стр. 65, относится къ семьѣ, а не къ соединенію, не къ своду семей. *Никольскій*, стр. 117. Но соединеніе семей, сведъ и одну семью, какъ и слѣдовало ожидать, различаетъ г. Сергіевичъ; его слова заслуживаютъ того, чтобы привести ихъ въ подлинникѣ. «И въ настоящее время братья непременно дѣлятся, есть случаи общаго владѣнія братьевъ и не у однихъ только крестьянъ, но и во всѣхъ другихъ слояхъ нашего общества; это общее владѣніе имѣетъ своимъ источникомъ *соглашеніе*, и продолжается, пока есть это соглашеніе». Вѣче и Князь, стр. 48). Такое общее сожительство будетъ наружнымъ выраженіемъ не одинаго семейнаго авторитета, и слѣдовательно, единой семьи, а будетъ послѣдствіемъ соединенія нѣсколькихъ семей и семейныхъ авторитетовъ, которые добровольно соединяются, пока хотятъ, подъ главенствомъ одного выборнаго авторитета. Имущество въ такомъ случаѣ не имущество семейное, а имущество нераздѣльное, сообща принадлежащее нѣсколькимъ семьямъ, что далеко не одно и то-же.

Итакъ, юридически семья должна быть опредѣлена, какъ

совокупность лицъ, живущихъ вмѣстѣ и подчиненныхъ одному авторитету, все равно, парному или одноличному, при чемъ авторитетъ такой данъ не соглашеніемъ, не выборомъ, а фактальнымъ фактомъ — происхожденіемъ. Такой авторитетъ не подавляетъ подчиненныхъ; въ русскомъ правѣ это совѣмъ не то, что potestas и manus римскаго paterfamilias; содержаніе его не идетъ дальше представительства общихъ интересовъ семьи, опеки, надзора и порядка въ жизни семьи. Да онъ и принадлежитъ въ сущности не одному лицу, а парѣ; jus vitæ ac necis не входитъ въ его содержаніе, по-крайней-мѣрѣ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ представляется намъ въ Русской Правдѣ, сформированной подъ очевиднымъ вліяніемъ христіанства и дополнявшейся въ своемъ продолженіи источниками каноническо-византійскаго права. (Впрочемъ, г. Кавелинъ думаетъ иначе, III, стр. 85—86, хотя и здѣсь что ни слово, то и претиворѣчіе. И вообще интересно, что онъ говоритъ на стр. 84: «дѣти и рабы не различались», а между тѣмъ, «домочадцы не повиновались и домашній бытъ въ ровной мѣрѣ зависитъ отъ всѣхъ членовъ семейнаго союза» (стр. 85). Jus vitæ ac necis готовъ допустить и г. Никольскій, по-крайней-мѣрѣ, для древнѣйшаго времени, судя по тому, что у него сказано на стр. 262, 268. Но срав. Шульгинъ, стр. 41).

Связь отдѣльныхъ членовъ семьи и съ стоящимъ во главѣ ея авторитетомъ и чрезъ него между собою представляется не одинаковою по своей крѣпости и по своимъ послѣдствіямъ; въ этомъ отношеніи рѣшающими моментами являются главнымъ образомъ разниа половъ и разниа въ происхожденіи отъ общаго родоначальника,—послѣдняя, смотря по тому, будетъ ли происхожденіе это непосредственное или посредственное.

Во-первыхъ, что касается до разницы пола, то, естественно, достаточно опредѣлить только особенности лицъ женскаго пола; и притомъ, пока мы скажемъ только о тѣхъ лицахъ жен-

скаго пола, которыя прямо или посредственно происходят отъ тѣхъ, въ чьемъ лицѣ сосредоточенъ семейный авторитетъ и принадлежать къ семьѣ именно въ силу такого происхожденія. Ниже у насъ будетъ случай представить особыя соображенія относительно тѣхъ женщинъ, которыя попадаютъ въ составъ семьи и оказываются въ немъ, чрезъ бракъ съ мужчинами, входящими въ составъ этой семьи. По отношенію къ нимъ интересъ представляетъ только самое вступленіе ихъ въ семью, и затѣмъ интересъ представляетъ тотъ случай, когда семейный авторитетъ оказывается сосредоточеннымъ исключительно въ лицѣ женщины. О томъ и другомъ мы послѣ скажемъ нѣсколько словъ, а теперь опредѣлимъ нѣкоторыя стороны юридическаго положенія женщины, входящей въ составъ семьи по рожденію. Положеніе такой женщины и ея юридическія отношенія опредѣляются прежде всего тою особенностью, что она, рано, или поздно, должна выйти изъ семьи (*Поповъ*, стр. 104, 105; *Никольскій*, стр. 36, 119; *Шульгинъ*, стр. 46). Женщина выйдетъ изъ подчиненія тому авторитету, подъ который подпала вслѣдствіе своего рожденія, она промѣняетъ его на другой, на авторитетъ мужа, свекра; она выдѣлится изъ той общности имущественныхъ интересовъ, совокупность которыхъ представляется топографически сосредоточенною въ домѣ, гдѣ она родилась и жила въ составѣ лицъ, связанныхъ въ одно цѣлое единствомъ авторитета. Короче, женщина выдѣлится изъ семьи. Такой выдѣлъ, не разрывая, конечно, ея кровныхъ, родственныхъ связей съ родною семьей, все-таки сдѣлаетъ ее чуждою тѣмъ имущественнымъ интересамъ (*Кавелинъ*, *Взглядъ*, стр. 13; *Рождественскій*, стр. 33), которые связаны въ одно цѣлое своею принадлежностью этой семьѣ. Такимъ образомъ, собственно говоря, не столько полъ самъ по себѣ устранялъ сестру при братьяхъ отъ участія въ наслѣдствѣ, сколько фактъ ея выхода изъ семьи, все равно, совершился ли уже этотъ

фактъ; т. е. сестра уже замужняя, или же только онъ предстоитъ еще впереди, какъ нѣчто неотразимое, какъ нѣчто имѣющее совершиться, по крайней мѣрѣ, по общему правилу (*Купцынъ*, стр. 76; *Кавелинъ*, *Взглядъ*, стр. 22). Монастырь, или выходъ въ замужество — вотъ два положенія, въ которыхъ должна попасть женщина. Въ чужой семьѣ, куда она вступить путемъ замужства, женщина будетъ нужна, тамъ она займетъ прочное, опредѣленное положеніе; но въ родной семьѣ она — временный гость; все, что нужно для нея, — снабдить ее всѣмъ тѣмъ, что должно быть у невѣсты. Объ этомъ позаботятся прежде всего отецъ и мать, если они живы; ихъ самолюбіе не позволитъ отпустить свою дочь въ чуждую семью въ такомъ видѣ, чтобы ее попрекали тамъ нищетою и бѣдностью. Законъ вполне полагается на такой мотивъ, онъ полагается и въ Русской Правдѣ и въ нынѣ дѣйствующемъ законодательствѣ. Иное дѣло, когда нѣтъ отца и матери, остались одни братья, на нихъ полагаться не такъ безопасно. Но и тутъ, что остается сдѣлать закону, который не обезпечилъ положенія сестры опредѣленіемъ для нея наслѣдственной доли въ имуществѣ отца, т. е. въ томъ имуществѣ, которое, за смертью отца, должно распасться на нѣсколько массъ въ соотвѣтствіе распаденію самого персонала прежде единой семьи? Остается только напомнить, что братья обязаны выдать сестру сообразно своимъ средствамъ и своему положенію (како си могутъ); вотъ и все, чѣмъ ограничивается законъ. Конечно, въ содержаніе обязанности выдать замужъ входила обязанность воспитать и содержать сестру, т. е. по просту, вспоить и вскормить ее до выхода въ замужество. Уже гораздо позже такая обязанность превращена была въ *указную часть* (*Кавелинъ*, *Взглядъ*, стр. 33, *Блывъ*, стр. 33). При такой количественной неопредѣленности въ размѣрѣ обязанности выдать замужъ и воспитать, ясное дѣло, что санкція этихъ обязанностей дана была исключительно въ

обычай, все равно, какъ эта санкція въ обычаѣ же дана и теперь. Обѣ обязанности тяготѣли какъ юридическая необходимость, отъ которой никто не считалъ возможнымъ уклониться, хотя зайдя по нарушенію такой обязанности судебный споръ, врядъ ли онъ могъ бы окончиться успѣшно для женщины. Но такое положеніе женщины, какъ сестры, опредѣлялось для нея невыгодно только въ пользу имѣющихся братьевъ, или вообще въ пользу тѣхъ мужчинъ, которые вмѣстѣ съ ней входили въ составъ одной и той-же семьи. Совѣтъ иное дѣло, когда такихъ лицъ не было; тогда, значить, не было и тѣхъ лицъ, въ пользу которыхъ невыгодно опредѣлялось положеніе женщины (*Шумгинъ*, стр. 47). Но тогда, очевидно, продолженіе семьи въ видѣ отдѣльныхъ выдѣлившихся изъ нея семей было невозможно; семью, въ которой были только женщины въ качествѣ подчиненныхъ членовъ, ожидало уничтоженіе. Но при такомъ уничтоженіи какая судьба постигнетъ семейное имущество? Мы знаемъ уже, что подъ видомъ нормы, данной будто бы для бояръ и дружинниковъ, Русская Правда высказала догму, что при неимѣніи мужчинъ наслѣдницы — дочери и притомъ безъ различія замужнихъ отъ незамужнихъ. Здѣсь уже, очевидно, въ основаніе наслѣдованія взята лишь одна кровная связь сама по себѣ, независимо отъ тѣхъ моментовъ, которые должны осложнить собою кровную связь для того, чтобы возможна была семья. Вотъ почему, когда дѣло доходитъ до того, что послѣ смерти лица, какъ главы семейства, некому болѣе продолжать его семью, остались однѣ только дочери замужнія, или незамужнія, — законъ не дѣлаетъ различія между тѣми и другими, говоря прямо: «а не будетъ сыновей, а и дочери возьмутъ». Зачѣмъ, спрашивается, дѣлать между ними различіе, когда и тѣ и другія одинаково не могутъ продолжать прежней семьи; въ этомъ отношеніи женщина и для русскаго права можетъ быть характеризована словами римскаго

права, — она *caput et finis familiae suae*. Разница между замужними и незамужними дочерьми выступает лишь тогда, если есть кому продолжать семью, — тогда первая внѣ всякихъ отношеній къ своимъ братьямъ; отношеніе вторыхъ разрѣшается въ упомянутыя двѣ обязанности. Иное дѣло — мушнина, отдѣленный изъ семьи, въ которой есть кому продолжать ее и, послѣ смерти ея настоящаго главы, продолжать въ видѣ разложенія на отдѣльныя, самостоятельныя семьи. Если мы и не находимъ въ Русской Правдѣ такого положенія, которое подтверждало бы наше мнѣніе насчетъ значенія выдѣла мушчины, то находимъ его въ памятникѣ, ближайшемъ по времени къ Русской Правдѣ, — въ псковской Судной Грамотѣ. Въ известной статьѣ ея, о сынѣ, оставившемъ отца и мать, мы, вопреки гг. Бѣляеву и Дювернуа, видимъ не одинъ изъ *Indignitätsfälle*, а тѣмъ больше не случай *exheredatio*, а просто лишь указаніе на то, что сынъ, выдѣленный разъ — навсегда выдѣленъ; онъ тѣмъ самымъ поставилъ себя внѣ всякаго отношенія къ имуществу своей семьи, изъ которой онъ выбылъ. Только впоследствии такое значеніе выдѣла измѣнится въ *collatio*, въ какомъ видѣ оно остается и теперь, хотя сбивчивое и неопредѣленное. Обращаясь за-тѣмъ къ занимающему насъ вопросу, мы можемъ сказать, что положеніе женщины въ семьѣ, въ которой она родилась, опредѣляется такъ: не ей продолжать семью; послѣ смерти главы семьи, продолжать ее будутъ мушчины, и при нихъ женщинѣ, если она еще не выдѣлена, не выдана замужъ, *задница не надобе*; ей нужно одно — снабдить ее имущественными средствами при поступленіи въ чужую семью. О чемъ и позаботится отецъ, не будетъ его — братья. Но женщина лишь уступаетъ мушчинѣ, а не устраняется безусловно.

§ 14. Другая роль, которая придаетъ особенность положенію женщины въ семьѣ — это роль главы семейства. Роль жены одного изъ подчиненныхъ членовъ семьи пока не требуетъ осо-

беннаго разсмотрѣнія; она будетъ понятна сама собою послѣ того, что сказано будетъ о роли и положеніи жены главы семейства и объ іерархіи въ организаціи семьи. Мы видѣли уже, что жена главы семейства сообща съ нимъ раздѣляетъ семейный авторитетъ, или, если угодно, она сама олицетвореніе семейнаго авторитета; но этотъ авторитетъ ея ограниченный, подчиненный, имѣющій обнаружить свое содержаніе только при спаденіи связывающаго ограниченія. Но мы также выше видѣли и тѣ случаи, когда не для всѣхъ членовъ семьи авторитетъ представляется парнымъ; мы тамъ-же указали, каковы могутъ быть эти случаи и въ чемъ особенности каждаго изъ нихъ. Здѣсь же мы обратимъ вниманіе на тѣ комбинаціи, которыя возникаютъ по отношенію къ наслѣдованію, и возникаютъ смотря по тому, какъ былъ олицетворенъ семейный авторитетъ — парно, или же въ одномъ лицѣ. а) Авторитетъ для всѣхъ подчиненныхъ членовъ семьи — парный; умираетъ мужескій представитель его, остается представитель женскаго пола, положимъ, мать, хотя можетъ быть и бабка. У матери въ такомъ случаѣ оказывается полный, неограниченный больше, семейный авторитетъ; семья не разложится, если это не угодно будетъ матери; она станетъ сдерживать въ цѣлости домъ мужа своего, т. е. и прежній персоналъ семьи и прежнюю совокупность имущественныхъ отношеній, связанныхъ во-едино своею принадлежностью этой семьѣ, главой которой прежде былъ мужчина, а теперь является женщина. Ст. LXX. *«Не хотѣти ли ей дѣти начнутъ ни на дворъ, а она начнетъ хотѣти всяко и сидѣти съ дѣтьми то сѣтворити ей всяку волю ея, а дѣтемъ не дати воли, что ей далъ мужъ съ тѣмъ же ей и сидѣти съ дѣтьми или свою часть возмемъ еи съдѣти же»*. И такъ, мы видимъ, что отъ воли матери зависитъ удержать отъ разложенія прежнюю семью, связывая ее во-едино подъ своимъ авторитетомъ, который въ этомъ случаѣ не возникаетъ вновь, не

является откуда-то, какъ *deus ex machina*, а только разрѣ-
 нился отъ тяготѣвшаго надъ нимъ прежде ограниченія. (Такъ мы
 понимаемъ положеніе матери-вдовы въ противоположность *Ку-*
ницыну, стр. 74. У г. Кавелина выходитъ то-же, что и у насъ—
 мать становится главой, старшею властительницей своихъ дѣ-
 тей. Онъ называетъ такое положеніе не юридическимъ, а есте-
 ственнымъ, очевидно, принимая слова юридическій и римскій
 какъ синонимы. Какъ будто всякая другая организація семьи,
 кромѣ римской, въ которой мать считается *loco filiae*, уже бу-
 детъ не юридическая. Не говоря уже о правѣ германскомъ,
 мы знаемъ, что даже византійское право, особенно въ эпоху
 Эклоги и вообще подъ вліяніемъ христіанства, выработало со-
 всѣмъ иное воззрѣніе какъ на семью такъ и на положеніе въ ней
 матери въ-частности. См. у *Цахаріэ-фонъ-Ленгенцаль*, *Innege*
Geschichte, Bd. I, ср. *Гансз*, Bd. III. Притомъ-же, г. Каве-
 линъ отчасти самъ противорѣчитъ себѣ, утверждая, будто у
 насъ существовала лишь власть отца, а не родительская.
 Оставшись на почвѣ положительныхъ памятниковъ, мы видимъ,
 что и прежде, какъ и теперь, семейный авторитетъ представ-
 ляется въ видѣ власти родителей, а не односторонней, все-
 подавляющей власти отца. *Кавелинъ*, Собр. соч. III, стр. 88—
 89. Такая-же сбивчивость и у *Витте*, стр. 38. Мать и не
 опекуна, какъ думаетъ *Поповъ*, стр. 99, примѣч. 8. Пра-
 вильно у г. *Бняева*, стр. 42, 46. См. также *Губе*, стр. 68—
 69; *Никольскій*, стр. 316, 373; *Шульгинъ*, стр. 74). Ея по-
 ложеніе нисколько не измѣнится и отъ того, если она выйдетъ
 замужъ, но только не сходя со двора, не выходя изъ дому
 своего прежняго мужа (*Бняевъ*, стр. 42). Выйдетъ, или нѣтъ
 она замужъ, но если хочетъ удержать за собой авторитетъ и
 слѣдовательно сдержатъ отъ распаденія семью, то должна оста-
 ваться въ нераздѣлѣ, не должна брать, выдѣлять себѣ изъ
 семейнаго имущества той части, которую возложилъ на нее

мужъ, или которая слѣдовала ей по другому основанію. (Ср. *Бяляевъ*, стр. 41). Но такой авторитетъ матери и съ нимъ власть удержатъ отъ распадѣнія прежнюю семью есть право матери, отъ котораго она можетъ отказаться; отказъ выразится въ томъ, что она допустить раздѣлъ дѣтей-сыновей. Въ нашихъ юридическихъ памятникахъ подобные раздѣлы представляются такъ, будто мать выдѣляетъ своихъ дѣтей. При такомъ раздѣлѣ она можетъ взять слѣдующую ей часть и за-тѣмъ вольна устроиться, какъ ей угодно, можетъ остаться на дворѣ своего мужа, въ домѣ, можетъ выбрать одного изъ сыновей и поселиться у него въ домѣ, можетъ даже выбрать и дочь. Нѣкоторыя особенности представляетъ положеніе матери-вдовы въ томъ случаѣ, если послѣ умершаго ея мужа въ составѣ семья не окажется мужчинъ; тогда, какъ мы знаемъ, семья грозитъ неминуемое разрушеніе, наступленіе котораго можетъ быть задержано остающейся въ живыхъ вдовой на все время ея жизни, если только она захочетъ оставаться въ прежнемъ дворѣ, домѣ. Послѣ смерти ея, семейное имущество или раздробится между дочерьми, или станетъ выморочнымъ. Но, оставаясь при дѣтяхъ, мать остается полною хозяйкой, т. е. распорядительницей семейнаго имущества, все равно, возрастные дѣти или нѣтъ; (право жить въ домѣ съ дѣтьми возрастными не значить только имѣть уголь, какъ думаетъ г. *Никольскій*, стр. 316. См. *Бяляевъ*, стр. 42, 51. — *Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 22, видитъ въ такомъ правѣ матери право на содержаніе. Иначе смотритъ г. *Шульминъ*, хотя то, что сказано на стр. 41, не ладитъ съ сказаннымъ на стр. 74). Нѣтъ сыновей, т. е. вообще мужчинъ, въ такомъ случаѣ ни дочери замужнія, ни каждая изъ выходящихъ замужъ ничего не могутъ сдѣлать, не могутъ дробить семейное имущество, которое до смерти матери останется нераздѣленнымъ, связаннымъ въ одно цѣлое властью матери, — все это на основаніи той-же LXX статьи. Какъ

назвать такое положеніе матери-вдовы по отношенію къ имуществу, которое должно разложиться послѣ ея смерти? Назвать его пожизненнымъ владѣніемъ и пользованіемъ едва-ли можно; содержаніе правъ, вытекающихъ изъ такого положенія, не подходитъ подъ формулу права пользованія, какъ мы понимаемъ его теперь (*Кавелинъ*, Собр. соч. III, стр. 89), хотя въ послѣдствіи изъ него и выросло право пожизненнаго владѣнія и пользованія вдовы (*Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 35. Впрочемъ, у г. Никольскаго выходитъ такъ, будто уже въ Русской Правдѣ въ пользу вдовы установлено право пожизненнаго пользованія; но Русская Правда прямо говоритъ, что вдова — госпожа своей части, и сидѣти ей вольно на дворѣ. *Никольскій*, стр. 373 — 74. См. стр. 355, гдѣ опредѣленіе положенія вдовы приписывается вліянію христіанско-византійскихъ идей; а также и стр. 253, 316. Впрочемъ, онъ готовъ допустить и скандинавское вліяніе, стр. 202. И то и другое вліяніе отрицаетъ г. Бѣляевъ, стр. 43, 46 — 47. «Что не одно иностранное вліяніе сообщило у насъ женщинамъ права законнаго наслѣдованія, это всего лучше доказывается послѣдующею исторіею нашего законодательства» — *Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 22). Юридическое значеніе положенія вдовы и ея права по отношенію къ семьѣ и къ семейному имуществу опредѣляются тѣмъ, что она — представитель семейнаго авторитета и, слѣдовательно, на время жизни своей оказывается въ такомъ-же положеніи, какъ и отецъ. Большая опредѣленность будетъ внесена въ это положеніе позднѣе, главнымъ образомъ подъ вліяніемъ помѣстной системы. Замѣтимъ, между прочимъ, что отрицаніе существованія какихъ-то особенныхъ порядковъ наслѣдованія послѣ смердовъ и бояръ для насъ устраняетъ недоразумѣніе по вопросу о томъ, каково положеніе вдовы боярина или смерда. По нашему воззрѣнію, положеніе ея во всѣхъ случаяхъ опредѣляется ст. LXX. б) Второй случай, когда семейный авторитетъ не парный — для всѣхъ